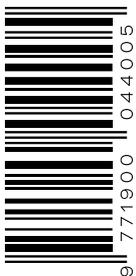


R E V I S T A

# IUSTA

Derecho, investigación, conflicto, prácticas jurídicas

ISSN 1900-0448 | ISSN Online 2500-5286  
n.º 54 | enero-junio 2021



# R E V I S T A I U S T A

ISSN impreso: 1794-3841 - ISSN online: 2422-409X

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

N.º 54

enero-junio del 2021



Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448 | e-ISSN: 2500-5286 | DOI: <https://doi.org/10.15332/25005286>

N.º 54 | enero-junio de 2021

ISSN: 1900-0448

e-ISSN: 2500-5286

DOI: <https://doi.org/10.15332/25005286>

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

2021

## **Universidad Santo Tomás**

Ediciones USTA

Sede Principal, Edificio Luis J. Torres

Cra. 9 # 51-11, sótano 1

Teléfono: (+57) (1) 587 8797, ext. 2991

<http://ediciones.usta.edu.co>

<http://www.usta.edu.co>

<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta>

[editorial@usantotomas.edu.co](mailto:editorial@usantotomas.edu.co)

Bogotá, D. C., Colombia

2020

Hecho el depósito que establece la ley.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0).

Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448 | e-ISSN: 2500-5286 | DOI: <https://doi.org/10.15332/25005286>

N.º 54 | enero-junio de 2021

## **Consejo Editorial Particular**

*Fray José Gabriel Mesa Angulo, O. P.*

Rector General

*Fray Eduardo González Gil, O. P.*

Vicerrector Académico General

*Fray Wilson Fernando MENDOZA RIVERA, O.P.*

Vicerrector Administrativo y Financiero General

*Padre Javier Antonio Castellanos, O. P.*

Decano de la División de Educación Abierta y a Distancia

*Olga Lucía Ostos Ortiz, Ph. D. (c)*

Directora de la Dirección Nacional de Investigación e Innovación

*Esteban Giraldo González*

Director de Ediciones USTA

*María del Pilar Florián Escobar*

Directora Técnica del CRAI

## **Comité editorial de la Facultad de Derecho**

*Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O. P.*

Decano de División de Ciencias Jurídicas y Políticas

*Dr. Alejandro Gómez Jaramillo*

Decano de la Facultad de Derecho

*Adriana Serrano Cadavid*

Secretaria de la División de Ciencias Jurídicas y Políticas

*Norhys Torregrosa Jiménez*

Centro de Investigaciones Sociojurídicas Francisco de Vitoria

Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448 | e-ISSN: 2500-5286 | DOI: <https://doi.org/10.15332/25005286>

N.º 54 | enero-junio de 2021

## **Comités científico y editorial**

*Misael Tirado Acero*

Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia  
Posdoctor Universidad de Buenos Aires, Argentina  
Docente Universidad Militar, Bogotá D. C., Colombia

*Mónica Fernández Muñoz*

Doctora en Derecho Privado, Scuola Superiore Sant'anna di Studi  
Universitari e di Perfezionamento Diritto Civile, Pisa, Italia  
Docente Universidad Católica, Bogotá D. C., Colombia

*Alfonso Daza González*

Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia  
Docente Universidad Libre, Bogotá D. C., Colombia

*Rodolfo Torregrosa Jiménez*

Doctor en Sociología Jurídica, Universidad Externado de Colombia  
Docente Fundación Universitaria Republicana Bogotá D. C., Colombia

*Jorge Palomares García*

Legum Magister (LL. M.) Universidad de Constanza, Alemania  
Docente Universidad Libre, Bogotá D. C., Colombia

## **Pares académicos de este número**

*César Niño*

Doctor en Derecho Internacional por la Universidad Alfonso X el Sabio, España;  
Magíster en Seguridad y Defensa Nacionales por la Escuela Superior de Guerra,  
Colombia; Profesional en Política y Relaciones Internacionales por la Universidad  
Sergio Arboleda, Colombia.  
Docente de la Universidad Sergio Arboleda, Colombia.

*Eyder Bolivar Mojica*

Doctor (c) en Derecho Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de Valencia, España; Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata, Argentina; Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Docente de la Fundación Universitaria los Libertadores

*Luis Alejandro Martínez Rodríguez*

Magíster en Docencia por la Universidad de La Salle, Colombia.

Docente de la Fundación Universitaria los Libertadores, Colombia.

*José Guillermo Castro Ayala*

Doctor Iuris por la Universidad de Constanza, Alemania.

Docente de la Universidad Nacional, Colombia.

*Gustavo Adolfo Alarcón Sánchez.*

Maestría en Educación, Concentración en Gestión de Instituciones Educativas por la Universidad de los Andes, Colombia.

Docente de la Fundación Universitaria los Libertadores, Colombia.

*Andrea Alarcón Peña*

Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, España.

Docente e investigadora de la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia.

*Juan Carlos Villalba Cuéllar*

Magister por la Universidad de París II; LL.M en droit francais, européen e int. Affaires

Docente e investigador de la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia.

*John Fitzgerald Martínez Vargas*

Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracias en Iberoamérica por la Universidad Alcalá de Henares, España.

Docente de la Universidad La Gran Colombia.

*Gustavo Rojas Páez*

Magíster en Sociología Jurídica por la Universidad de Milán.

Docente de la Universidad Libre, Colombia.

*Carlos Arturo Hernández Díaz*

Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica por la Universidad Libre.

Docente de la Universidad Autónoma, Colombia.

*Walter René Cadena Afanador*

Magíster en Derecho por la Universidad Javeriana.

Docente de la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia

*Dilia Paola Gómez Patiño*

Magíster en Análisis de Problemas Políticos Económicos e Internacionales por la Universidad Externado de Colombia.

Docente de la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia.

*Joaquín Acosta Rodríguez*

Doctor en Derecho Privado por la Universidad Montesquieu – Bordeaux IV, Francia.

Docente Universidad La Gran Colombia.

*Jose Manuel Gual Acosta*

Doctor en Derecho Privado por la Universitari e di Perfezionamento Diritto Civile, Pisa, Italia.

Docente de la Universidad Católica, Colombia.

*Eduardo Rodríguez Martínez*

Doctor en Sociología Jurídica por la Universidad Externado de Colombia.

Docente de la Universidad Nacional de Colombia.

*Wilson Ivan Morgestein Sanchez*

Magíster en Derecho Comercial por la Universidad Externado de Colombia.

Docente de la Universidad La Gran Colombia.

## Contenido

### Editorial

### Editorial

### Editorial

*Carolina Blanco Alvarado*

#### **La ampliación del concepto tradicional de *wrongful conception* en el campo de la responsabilidad médica en Colombia**

**The extension of the traditional concept of wrongful conception in the field of medical liability in Colombia**

**A ampliação do conceito tradicional de *wrongful conception* no campo da responsabilidade médica na Colômbia**

*Mónica Lucía Fernández Muñoz*

#### **Los pliegos de condiciones en el contrato de obra**

**Bidding documents in works contract**

**Os cadernos de encargos na contratação de obra**

*Jesika Michell Pinzón Téllez*

*Wilmer Steven Romero Cespedes*

#### **La decisión judicial en los casos difíciles: el caso del asbesto en Colombia y una solución progresista desde una óptica iuspositivista**

**The judicial decision in difficult cases: the asbestos case in Colombia and a progressive solution from an iuspositivist perspective**

**A decisão judicial nos casos difíceis: o caso do amianto na Colômbia e uma solução progressista sob uma visão juspositivista**

*Carlos Andrés Zambrano Sanjuán*

#### **Acercamiento teórico a la constitucionalidad del sistema tributario colombiano**

**Theoretical approach to the constitutionality of the Colombian tax system**

**Abordagem teórica da constitucionalidade do sistema tributário colombiano**

*Sol Beatriz Vélez Escobar*

*Ruby Stella Cabrera Jaramillo*

*José Wilmar Pino Montoya*

**El papel del derecho comunitario andino en la temática del medio ambiente desde las competencias de los municipios**

**The role of Andean Community law in environmental issues from the authority of the municipalities**

**O papel do direito comunitário andino na temática do meio ambiente a partir das competências dos municípios**

*Edwin Francisco Antolinez Sánchez*

**Función de los consultorios jurídicos en el posconflicto**

**Role of legal clinics in the post-conflict**

**Função dos consultórios jurídicos no pós-conflito**

*Gloria Inés Romero-Rodríguez*

**Análisis crítico de las políticas públicas que garantizan la propiedad de la tierra de la mujer rural**

**Critical analysis of public policies that guarantee land ownership by rural women**

**Análise crítica das políticas públicas que garantem a propriedade da terra da mulher rural**

*Martha Liliana Tascón Rodríguez*

**Tropas extranjeras, tránsito de tropas y operaciones de mantenimiento de la paz**

**Foreign troops, transit of troop and peacekeeping operations**

**Tropas estrangeiras, trânsito de tropas e operações de manutenção da paz**

*Daniel José Vásquez Hincapié*

# Editorial

Carolina Blanco Alvarado\*



La edición enero-junio de 2021 de la *Revista IUSTA* ha querido proponer a la comunidad académica artículos producto de proyectos de investigación institucionales, cuyo contenido evidencia novedad y complejidad jurídica en el sistema jurídico colombiano. Para tal efecto, la presente edición ofrece a sus lectores temáticas relacionadas con el derecho comunitario andino y con el ordenamiento territorial colombiano; asimismo, se abordan contenidos clásicos de la contratación estatal como la importancia de los pliegos de condiciones en el contrato estatal de obra. Por otro lado, la edición presenta también reflexiones novedosas de académicos frente al asbesto en Colombia, sobre el papel de los consultorios jurídicos en el posconflicto y en relación con las políticas públicas desde el marco de la propiedad de la tierra por mujeres rurales.

Atendiendo a la poca investigación científica desde el escenario del derecho tributario, y, desde el contexto de las investigaciones correlacionales, se presenta un análisis comparativo entre el derecho constitucional colombiano y el derecho tributario colombiano. Como temática que ha evidenciado poco desarrollo en el contexto de revistas científicas, se presenta un manuscrito que desarrolla un análisis de las tropas extranjeras desde el escenario de la paz. Para finalizar, y desde el marco del derecho privado, esta edición ha querido proponer a sus lectores una temática respecto de la cual no existe desarrollo jurisprudencial o

---

\* Universidad Santo Tomás. Editora de la *Revista IUSTA*.

doctrinal: el *wrongful conception* en el campo de la responsabilidad médica en Colombia.

# Editorial

Carolina Blanco Alvarado\*



The January-June 2021 edition of the journal *Revista IUSTA* has proposed to the academic community articles resulting from institutional research projects, whose content reveal legal novelty and complexity in the Colombian legal system. To that end, this edition offers its readers topics related to Andean Community law and Colombian land use planning; likewise, classic contents of public procurement are addressed, such as the importance of bidding documents in public works contracts. On the other hand, the edition also presents novel reflections by academics on asbestos in Colombia, on the role of legal clinics in the post-conflict and in relation to public policies in the framework of land ownership by rural women.

In view of the scarce scientific research from the tax law scenario, and from the context of correlational research, a comparative analysis between Colombian constitutional law and Colombian tax law is presented. As a topic that has shown little development in the context of scientific journals, a text is presented that develops an analysis of foreign troops from the scenario of peace. Finally, and from the framework of private law, this edition has proposed to its readers a topic on which there is no jurisprudential or doctrinal development: the wrongful conception in the field of medical liability in Colombia.

---

\* Universidad Santo Tomás. Editor of the journal *Revista IUSTA*.

# Editorial

Carolina Blanco Alvarado\*



A edição janeiro-junho de 2021 da *Revista IUSTA* apresenta à comunidade acadêmica artigos resultado de projetos de pesquisa institucionais, cujo conteúdo evidencia novidades e complexidades jurídicas no sistema jurídico colombiano. Para isso, esta edição oferece a seus leitores temáticas relacionadas com o direito comunitário andino e com o ordenamento territorial colombiano; além disso, são abordados conteúdos clássicos da contratação estatal como a importância dos cadernos de encargos na contratação estatal de obra. A edição apresenta também novas reflexões de acadêmicos quanto ao amianto na Colômbia, ao papel dos consultórios jurídicos no pós-conflito e às políticas públicas a partir do campo da propriedade da terra por mulheres rurais.

Devido à pouca pesquisa científica do âmbito do direito tributário e do contexto das pesquisas correlacionais, é apresentada uma análise comparativa entre o direito constitucional colombiano e o direito tributário colombiano. Como temática que evidencia pouco desenvolvimento no contexto de revistas científicas, é apresentado um texto que desenvolve uma análise das tropas estrangeiras no contexto da paz. Para finalizar, e a partir do direito privado, esta edição apresenta a seus leitores uma temática a respeito da qual não existe desenvolvimento jurisprudencial ou doutrinal: o *wrongful conception* no campo da responsabilidade médica na Colômbia.

---

\* Universidad Santo Tomás, Colômbia. Editora da *Revista IUSTA*.

# La ampliación del concepto tradicional de *wrongful conception* en el campo de la responsabilidad médica en Colombia\*

[Artículos]

Mónica Lucía Fernández Muñoz\*\*

Recibido: 3 de noviembre de 2020

Aprobado: 7 de diciembre de 2020

Citar como:

Fernández Muñoz, M. L. (2021). La ampliación del concepto tradicional de *wrongful conception* en el campo de la responsabilidad médica en Colombia. *Revista IUSTA*, (54). <https://doi.org/10.15332/25005286.6550>



## Resumen

El presente artículo analiza la responsabilidad por anticoncepción fallida en caso de vulneración del deber de información respecto al riesgo de embarazo frente al uso de un anticonceptivo inyectable. Con base en el

---

\* Este artículo corresponde al resultado de una investigación adelantada en el marco del grupo "Derecho, Sociedad e Industrias Creativas", cuyo título es "La ampliación del concepto tradicional de *wrongful conception* en el campo de la responsabilidad médica en Colombia", y ha sido financiada por la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano (Bogotá, Colombia).

\*\* Ph. D. en Persona y Tutelas Jurídicas por la *Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa* (Italia). Docente investigadora de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano. ORCID: [0000-0002-7885-8600](https://orcid.org/0000-0002-7885-8600). Correo electrónico: [tutorias.mfernandez@gmail.com](mailto:tutorias.mfernandez@gmail.com).

método de la investigación teórica, luego de una revisión de la figura en otros sistemas jurídicos donde ha tenido más desarrollo, la autora evidencia que Colombia propone una ampliación del ámbito de la responsabilidad médica a partir de un nuevo evento que supera el concepto tradicional de *wrongful conception*.

**Palabras clave:** anticoncepción fallida, medicamento anticonceptivo, obligación de información, responsabilidad.

## The extension of the traditional concept of wrongful conception in the field of medical liability in Colombia

### Abstract

This article analyzes the liability for wrongful conception in the event of breach of the duty to disclose regarding the risk of pregnancy when using an injectable contraceptive. Based on the theoretical research method, after a review of the figure in other legal systems where it has been more developed, the author shows that Colombia proposes an expansion of the scope of medical liability based on a new event that exceeds the traditional concept of wrongful conception.

**Keywords:** wrongful conception, contraceptives, duty to disclose, liability.

## A ampliação do conceito tradicional de *wrongful conception* no campo da responsabilidade médica na Colômbia

### Resumo

Neste artigo, é analisada a responsabilidade por falha de anticoncepcional quando há violação do dever de informação a respeito do risco de gravidez ante o uso de um anticoncepcional injetável. Com

base no método da pesquisa teórica, após uma revisão da figura em outros sistemas jurídicos em que vem tendo mais desenvolvimento, a autora evidencia que a Colômbia propõe uma ampliação do âmbito da responsabilidade médica a partir de um novo evento que ultrapassa o conceito tradicional de *wrongful conception*.

**Palavras-chave:** falha de anticoncepcional, medicamento anticoncepcional, obrigação de informação, responsabilidade.

## Introducción

Sin duda, la acción *wrongful conception* es una importante muestra de la evolución que sigue teniendo la responsabilidad médica, que ha generado, entre otros, el reconocimiento de daños que derivan del nacimiento de niños no deseados que en el pasado resultaban impensables, pero que ahora se están abriendo paso a través de una orientación expansiva de la jurisprudencia.

En otros sistemas jurídicos donde la figura ha tenido desarrollo usualmente se han identificado tres tipos de reclamaciones asociadas con el nacimiento de una persona. Por un lado, están las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*, que parten de la premisa de la falta de información en tiempo oportuno a la gestante sobre la malformación del feto, negándole la posibilidad de llevar a cabo la interrupción legal del embarazo (García, 2012).

En estos casos, si la acción es ejercitada por los padres, se habla de *wrongful birth* y, si es ejercitada por el propio hijo, se habla de *wrongful life*. Estas acciones no constituyen el objeto de esta reflexión, pues se encamina específicamente a analizar las acciones *wrongful conception*, en ocasiones también denominadas como *wrongful pregnancy* o *birth of a unwanted child*, relacionadas con las reclamaciones que se hacen por el nacimiento de un niño que, aunque es sano, no ha sido deseado, es decir,

por la concepción no esperada de un hijo sano, debido usualmente al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas. Así pues, para efectos de este estudio, se utilizará la expresión más usual, esto es, *wrongful conception*, en el entendido de que esta locución, de acuerdo con su denominación anglosajona, quiere significar “concepción no deseada”, “embarazo injusto” o “anticoncepción fallida”.

El Consejo de Estado de Colombia, en el primer caso que se decide en este país (CE, Sentencia 2005-00996/38806, Colom.), declaró la responsabilidad de una Institución Prestadora del Servicio de Salud por el daño moral causado a la víctima demandante, debido a una deficiencia en la prestación del servicio de contracepción, consistente en una falla en la información, en la medida que un médico tratante omitió informar a la mujer sobre los eventuales riesgos de embarazo del método anticonceptivo prescrito; con ello, se le habría privado de la posibilidad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva de manera informada.

En el evento, la demandante, madre de cuatro hijos, acudió a la entidad hospitalaria con la voluntad de limitar su reproducción y solicitó los servicios de planificación familiar. Según el criterio del juzgador, la madre no contó con una información cierta, inteligible, fidedigna y oportuna que le permitiera advertir cuáles eran los factores de riesgo y, en especial, su porcentaje de efectividad, es decir, el margen de error inherente al método que se le administró. Por esta razón, el prestador del servicio se habría limitado a administrarle el medicamento contraceptivo inyectable<sup>1</sup> y, estando dentro del programa de planificación familiar, la demandante quedó en embarazo de su quinto hijo, quien nació sano.

---

<sup>1</sup> Según la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2004), la contracepción hormonal es uno de los métodos más eficaces de regulación reversible de la fertilidad y los contraceptivos hormonales más utilizados son las combinaciones de estrógeno más progestágeno (Sección 18, numeral 18.3.1).

Como se analizará a lo largo de esta reflexión, el reconocimiento de este tipo de responsabilidad marca una clara tendencia de ampliación de los eventos de responsabilidad médica, logrando de paso alterar la función tradicional que tal institución cumple, al tratar de identificar un responsable bajo un contexto que resulta problemático frente a la consolidación del daño y la determinación del nexo de causalidad. Este nuevo evento de responsabilidad médica abre el camino hacia el surgimiento de una serie de reclamaciones de responsabilidad por daños relacionados con el nacimiento de una persona, lo que supone un nuevo reto en el desarrollo del sistema de responsabilidad médica en Colombia, que en esta materia de *wrongful conception* se muestra aún incipiente. En efecto, en este país, como en la mayoría de los países de América Latina, este tipo de acciones todavía carece de sistematización y, como se verificará a continuación, persiste un tímido debate en torno a los daños que en eventos de concepción no deseada se puedan generar.

Así pues, en el marco del problema de investigación que acaba de esbozarse, resulta necesario reflexionar alrededor de la construcción teórica, viabilidad e impacto de la implementación de un sistema de responsabilidad de las entidades de salud, en aquellos casos de falta de información de los riesgos de embarazo frente al uso de medicamentos anticonceptivos. Para resolver la problemática, *el proceso investigativo desarrollado se enmarcó, esencialmente, dentro del enfoque cualitativo e, igualmente*, ha sido sustentado en la posición epistemológico-metodológica hermenéutico-interpretativa, a través del empleo de métodos propios de dicho paradigma, esto es, el método hermenéutico y la investigación teórica, que se desarrollaron esencialmente a través de la técnica de indagación documental, aplicando el análisis, la síntesis, la inducción y la deducción como métodos generales, combinados con otros métodos particulares como la comparación, la

abstracción, la conceptualización y con un alcance exploratorio, descriptivo, analítico y comparativo.

## **Ampliación de los eventos tradicionales de responsabilidad por *wrongful conception***

La *wrongful conception* es una acción de responsabilidad que ha sido relacionada con el evento del nacimiento de los seres humanos. Bajo esta figura, se abre la posibilidad de que uno o ambos padres instauren una demanda de responsabilidad civil con el fin de lograr el resarcimiento de los daños que se consideran causados frente al nacimiento de un hijo que, aunque sano, no ha sido deseado. Esta acción ciertamente representa un tema complejo y delicado, pues apareja un componente humano de repercusión moral relacionado con la consideración del posible perjuicio que puede sobrevenir por el nacimiento de un hijo que, aunque sano, se ha querido evitar adoptando para ello las oportunas medidas de anticoncepción. Usualmente, en el reclamo por *wrongful conception* se argumenta que, al tratarse de un niño no deseado, no debería haber sido concebido, porque la pareja ha tratado de evitar la concepción y el hijo solo nace debido a la negligencia médica o a un defecto del propio mecanismo o instrumento anticonceptivo.

1. La siguiente tipología ha sido ensayada para agrupar los supuestos de anticoncepción fallida que se comprometen en esta clase de acción (Casals y Solé i Feliu, 2001; Macía, 2005; Scalzini, 2011; Reichman, 1985; Hurtado, 2018; Cárdenas y Sánchez, 2018; García, 2012):
2. *La esterilización fallida*. Se trata de los casos donde, no obstante haberse practicado un procedimiento de ligadura de trompas, histerectomía o vasectomía, se produce la concepción y nacimiento de un niño sano. En estas circunstancias, se han diseñado dos supuestos de responsabilidad: por un lado, la propia práctica negligente de la

esterilización; por otro, la omisión de la información sobre los riesgos del fracaso de la intervención, a pesar de su práctica diligente, por ejemplo, cuando no se informa sobre las posibilidades de recanalización espontánea o sobre las medidas necesarias por tomar luego de la intervención.

3. *El embarazo que, por negligencia médica, no es detectado dentro del plazo que legalmente se permite para interrumpirlo y se produce, en consecuencia, el nacimiento de un niño sano.* Cabe anotar que, para que esta hipótesis opere, se requiere que la mujer se encuentre dentro de un sistema que permita el aborto libre sin alegación de causa, que no existe en Colombia, donde la despenalización es parcial y opera solamente en tres eventos específicos (Fernández, 2017) (CC, Sentencia C-355/06, Colom.).
4. *La interrupción fallida del embarazo.* En este caso, la mujer decide someterse al procedimiento de interrupción legal del embarazo (IVE), pero debido a negligencia médica no se logra el resultado esperado, pues el feto no es eliminado, el hijo nace y nace sano. Este evento en concreto podría eventualmente aplicarse en Colombia, cuando las causales alegadas para interrumpir el embarazo hayan sido la afectación de la salud física o mental de la madre, o la concepción haya sido fruto de un violación o incesto (Fernández, 2017) (CC, Sentencia C-355/06, Colom.).
5. *El uso de anticonceptivos que no producen el resultado esperado de impedir el embarazo.* En este evento, se ha considerado que la responsabilidad puede plantearse desde dos perspectivas distintas: la primera se relaciona con los defectos del anticonceptivo, caso en el cual se demanda al fabricante del medicamento y demás sujetos involucrados en la puesta en circulación de un anticonceptivo ineficaz; la segunda involucra la negligencia o culpabilidad y, en consecuencia,

la responsabilidad del médico, por ejemplo, cuando aplica mal un anticonceptivo, cuando se coloca negligentemente un dispositivo intrauterino (DIU) o subdérmico, cuando se prescribe un método inadecuado para la paciente, cuando se prescribe como anticonceptivo un medicamento que carece de tal virtud o cuando no se ordena ningún anticonceptivo por la errónea creencia de una situación de esterilidad en la paciente.

Teniendo en cuenta los hechos fundamento del litigio y la clasificación antes relacionada, se observa que el caso aquí analizado no se encuentra dentro de aquellos enlistados, pues incluso el último supuesto, que al parecer está más cercano al caso que se está estudiando, hace referencia a eventos en los que la no producción del resultado esperado con el anticonceptivo se relaciona, no con la falta de información del médico, sino con el uso o prescripción negligente de un anticonceptivo inyectable que resultó fallido al no impedir la concepción.

Esto significa, como primera anotación, que la hipótesis desarrollada por el juez en estas circunstancias se ubica por fuera de los casos que usualmente se conocen como eventos de responsabilidad por *wrongful conception*, constituyendo, entonces, un suceso de ampliación o extensión del marco de la responsabilidad médica, esta vez por el incumplimiento del deber de información, especialmente por haber omitido informar a la paciente sobre la posibilidad de quedar embarazada con el uso del medicamento anticonceptivo inyectable prescrito<sup>2</sup>. En efecto, en el caso bajo análisis, según criterio del juez, las fallas en los servicios de salud

---

<sup>2</sup> Ya en un evento anterior el Consejo de Estado se había pronunciado sobre la no declaratoria de responsabilidad frente a un caso de esterilización fallida. En ese entonces, la Corporación emitió fallo desestimatorio de las pretensiones, por considerar que los padres habían sido informados de que el procedimiento de esterilización a través de ligadura de trompas traía consigo un riesgo de recanalización. Consejo de Estado [CE], noviembre 2, 2011, CP: D. Rojas Betancourth, Sentencia 21157, [Colom].

sexual y reproductiva, que permiten imputar responsabilidad a los prestadores del servicio de salud, no se circunscriben a los eventos de errores o falencias en el método utilizado, en su administración o en la praxis quirúrgica cuando ella tiene lugar, sino que se amplían a eventos como este donde hay falta de información suficiente.

Para dicha Corporación, los servicios de anticoncepción corresponden al concepto de acto médico, en la medida que estos conllevan el uso de técnicas quirúrgicas o farmacéuticas, cuyo conocimiento y praxis corresponde a los médicos y, en consecuencia, es ahí donde el tema de imputación se enmarca en los estándares de la *lex artis*. En efecto, la *lex artis* incluye también el deber de informar (Monsalve y Navarro, 2014; Moure, 2014), como parte inescindible del servicio de salud, que se traduce en la garantía de recibir aquella información necesaria para que el consentimiento del paciente, respecto del tratamiento que recibirá, sea suficientemente informado y le permita contar con elementos de juicio para decidir si lo recibe y conocer los eventuales riesgos que conlleva. Este deber de información se ha acentuado incluso mucho más cuando se trata de medicina satisfactiva (no curativa) al llevar esta un componente de mayor voluntariedad que la medicina necesaria (curativa) (Hurtado, 2018), dado que en los actos de medicina voluntaria la actuación médica no viene acompañada de una patología previa por curar.

Así pues, esta hipótesis de *wrongful conception* ejemplifica la ampliación de los eventos tradicionales de responsabilidad reconocidos en este ámbito, impulsada por el reconocimiento de la libertad de elección y la autodeterminación de la persona en el campo de la sexualidad y de la procreación y que permite lo que hasta hace algunos años era irrelevante desde un punto de vista resarcitorio; es decir, considerar la concepción fallida como fuente de responsabilidad, gracias a una relectura constitucional que nos lleva a la dilatación del área del daño resarcible,

dentro de la constante búsqueda de tutelas tendientes a mejorar la dimensión existencial de la persona humana (Rossi, 2012).

### **La información y el consentimiento en la comprensión del fundamento de la responsabilidad por *wrongful conception***

En el marco general de la responsabilidad médica, el panorama actual ha dado gran significación tanto a la información como al consentimiento informado del paciente, ambos enmarcados dentro de una visión autonomista que aboga por el respeto de las decisiones personales. En efecto, la información, en tanto requisito del consentimiento en la práctica médica, es el resultado de la expansión de las ideas de libertad individual y autonomía de la persona. Así lo reconoció, hace ya varios lustros, la Corte Constitucional colombiana (CC, Sentencia T-401/94, Colom.), cuando recalcó la puesta en tela de juicio desde la última mitad del siglo XX de la visión clásica paternalista o asistencialista, como consecuencia de la trascendencia que adquirieron los valores como la autonomía personal, la autodeterminación y la dignidad. Fue a partir de esos cambios axiológicos que se planteó la posibilidad de modificar los términos tradicionales de la relación médico-paciente, de manera tal que el médico debía condicionar su asistencia al consentimiento del paciente.

Desde la década de los noventa, la Corte Constitucional manifestó que el consentimiento informado es un principio constitucional adscrito al principio de protección de la autonomía del paciente respecto de su cuerpo, razón por la cual se impone al médico el deber de informar y hacer comprender al paciente los aspectos necesarios para que pueda tomar una decisión libre, siendo consciente de los beneficios, riesgos, alternativas y demás implicaciones de los procedimientos (CC, Sentencia T-401/94, Colom.; CC, Sentencia SU-337/99, Colom.; CC, Sentencia T-597/01,

Colom.). De este modo, el consentimiento del paciente tiene por necesario presupuesto el derecho a la información del que es titular, un desarrollo de su propia autonomía, así como de la titularidad que ostenta de su derecho a la integridad, a su salud, y ante todo a su libertad para decidir en todo cuanto compete íntimamente a la plenitud de su personalidad. La información debe ser adecuada, clara, completa y explicada al paciente, y constituye un derecho esencial para poner en ejercicio su libertad; lo contrario, es decir, una información falsa, errónea o incompleta, se entiende como una vulneración de la libertad de decisión del paciente (CE, Sentencia 12706/1994-9875, Colom.; CC, Sentencia T-401/94, Colom.).

En lo atinente a las acciones *wrongful conception*, dentro de los supuestos de concepciones fallidas arriba esbozados, reconocidos en el ámbito internacional y que podrían ser replicados en Colombia, se puede observar que solo aquellos relacionados con intervenciones de esterilización y abortos fallidos hacen referencia a una falla en el deber de información. En efecto, podría caber responsabilidad en el caso de vasectomías o ligaduras de trompas practicadas de modo correcto cuando haya omisión de la debida información sobre su riesgo de fracaso y en el caso de abortos fallidos (con la aplicación excepcional para Colombia antes mencionada) que conllevan la creencia errónea para la mujer de no estar embarazada, descubriéndose posteriormente que no ha sido eliminado el feto, produciéndose en ambos casos el nacimiento de un hijo sano. Pero el caso fallado en Colombia, que estamos analizando y que comprometió la responsabilidad médica por la falta de información de los riesgos de embarazo ante el uso de un anticonceptivo inyectable, constituye en esa medida un nuevo supuesto de concepción fallida y, en consecuencia, una ampliación de los eventos de responsabilidad en este ámbito.

Además, este caso, en el trasfondo, toca con un tema de gran importancia, que no fue desarrollado de manera abierta en la decisión y que se relaciona

con los problemas derivados del uso de medicamentos y, en especial, de la información acerca de estos que, por supuesto, se encuadra dentro del tema más amplio del derecho a la información que ostenta el paciente.

### **La información relativa al medicamento en la relación medico-paciente**

El medicamento de uso humano se define como:

Toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico.<sup>3</sup>

Con base en dicha definición, sea lo primero aclarar que en Colombia no existe un gran desarrollo alrededor del deber de información que le asiste al médico que prescribe un medicamento. Frente a esta obligación, el derecho español, por ejemplo, estima que la obligación de informar al paciente como un elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, cuando es aplicada al campo del medicamento, significa que la prestación de la información tiene como objetivo facilitar el diálogo y la participación del paciente en el tratamiento farmacológico, con el fin de lograr el éxito terapéutico buscado (Abellán y Sánchez-Caro, 2007).

---

<sup>3</sup> Se trae a colación esta definición contenida en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2015 (Esp.) y se prefiere en la medida que resulta más amplia si se compara con la establecida en el artículo 2 del Decreto 677 de 1995 (Colom.) de suyo más restringida, cuando define al medicamento como "aquel preparado farmacéutico obtenido a partir de principios activos, con o sin sustancias auxiliares, presentado bajo forma farmacéutica, que se utiliza para la prevención, alivio, diagnóstico, tratamiento, curación o rehabilitación de la enfermedad". Véase: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9751>.

De este modo, en cuanto a la información específica del medicamento por utilizar, el derecho español establece que el médico debe informar las pautas de administración y las recomendaciones especiales sobre el régimen de vida para mejorar los efectos del medicamento, además de las alternativas farmacológicas más convenientes para el paciente, teniendo en cuenta el objetivo terapéutico, la explicación sobre las características, los efectos secundarios, adversos y previsibles, las incompatibilidades y contraindicaciones<sup>4</sup>.

Así, se entiende que cuando el médico prescribe un tratamiento con medicamentos, está obligado a informar al paciente sobre todos esos aspectos, al margen de la información que contenga el prospecto, pues en algunos casos se estima que la tarea del médico va inclusive más allá de la información que pueda contener el folleto informativo que acompaña al medicamento (Abellán y Sánchez-Caro, 2007).

Se advierte de este modo un régimen riguroso de responsabilidad en el que se establece, a cargo del profesional de la medicina, el deber de contar con la información correcta y suficiente sobre cada medicamento que prescribe, máxime cuando se trata de un medicamento de amplio uso y suficientemente conocido. No obstante, no se trata de exigirle al médico que conozca absolutamente todos los medicamentos del mercado, pero sí de aquellos propios de su especialidad o que sirven para las patologías o tratamientos que suele atender y, en consecuencia, que prescribe habitualmente.

Los anticonceptivos hormonales, así como los inyectables, son medicamentos que modifican el mecanismo de control del ciclo menstrual

---

<sup>4</sup> Cabe resaltar que en el 2015 en España se aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2015 del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través del cual se regularon, aclararon y armonizaron todos los aspectos concernientes a la prestación farmacéutica, en aras de asegurar una prestación universal de calidad y sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

femenino; por lo tanto, la decisión tomada en este caso por el Consejo de Estado, que involucra el deber de información específica del medicamento anticonceptivo, permite inferir que además, por tratarse de un evento de medicina satisfactiva (no curativa), se acentúa la obligación de informar, pues se debió hacerlo en relación con las interacciones, precauciones, riesgos, apreciación de su efectividad, entre otros (Clavel, 2013). No obstante, se insiste que esta decisión no ahondó más con relación al deber de información sobre el medicamento en cuestión que le asistía al médico que lo prescribió, y en atención al grado de conocimiento que pudiera tener la paciente acerca de los efectos de ese medicamento anticonceptivo prescrito, en especial los resultados esperados y los posibles efectos adversos de este, pues en efecto, como lo considera Codina (citado por Clavel, 2013), cuando de información del medicamento se trata, es necesario que el paciente conozca la forma en que este actuará en su organismo, el efecto que tendrá sobre su salud, las precauciones que debe considerar o los efectos adversos que puedan presentarse.

### **La lesión del derecho a la información en las acciones *wrongful conception***

Tal como se anotó, el juez colombiano, al momento de identificar el daño cuya existencia no niega, esgrime como fundamento aquel que considera como daño la lesión del derecho a la información, combinado con aquél que lo identifica como un daño moral del que hablaremos posteriormente.

Por ahora, es preciso, como primera aclaración, recalcar que, en los eventos de *wrongful conception*, la lesión del derecho a la información no reside, como usualmente se entiende, en la privación de la información necesaria para emitir un consentimiento informado y legitimar la intervención médica sobre la integridad física del paciente, sino en la privación de la información necesaria para poder elegir libremente y

autodeterminar la propia conducta. Esta última lesión es, efectivamente, la que analiza el juez colombiano en el caso bajo estudio, cuando afirma que la falta de información suficiente sobre las ventajas, riesgos y eficacia de los distintos métodos anticonceptivos interfirió con la posibilidad de ejercer en forma plena la decisión libre e informada sobre el anticonceptivo por utilizar y, sobre todo, con la posibilidad de conocer los eventuales riesgos del método escogido, privándole de este modo a la demandante de la posibilidad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva de manera informada. Al respecto, el juzgador puntualiza que, en este caso concreto, la falla en los servicios de salud sexual y reproductiva no se circunscribió a eventos de errores o falencias en el método utilizado, en su administración o en la praxis quirúrgica, sino que a la falta de información suficiente en los términos que han sido indicados.

Pero aún haciendo caso omiso a esta consideración, el asunto problemático que aquí surge es si la lesión de este derecho a la información puede constituir un daño en sí mismo. Con relación a este dilema, el derecho español afirma que, en estos casos, el daño sufrido no se agota en la lesión del derecho a la información *per se*, sino que el daño indemnizable reside en los efectos de esa lesión, es decir, en los efectos que la infracción del deber de información puede producir en el ámbito de la autonomía personal del paciente (Macía, 2005). En efecto, aplicado al caso, tendríamos que, cuando hay privación de la información sobre los riesgos, pero estos no se concretan, no podría considerarse que hay daño por la simple lesión del derecho a la información, en la medida en que no habría una afectación o menoscabo alguno; sin embargo, lo que se aprecia aquí es que el daño se identifica no con la mera privación del derecho a la información, sino con el efecto que esto conlleva, esto es, con la imposibilidad de decidir respecto de otras opciones en ejercicio de su capacidad de autodeterminación (Hurtado, 2018).

Así pues, para el caso aquí estudiado, al reconocerse que el daño lo constituyó el efecto de la lesión del derecho a la información, esto es, la privación de la facultad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva de manera informada, este hecho constituye una ampliación de los supuestos de daño tradicionalmente reconocidos en las acciones *wrongful conception*, limitados a eventos distintos al ahora reconocido por el Consejo de Estado, que estimó, además, que dicha lesión se había cristalizado en la figura del daño moral como pasa a analizarse.

### **La configuración del daño en los eventos de *wrongful conception***

Las acciones *wrongful conception* han planteado a nivel internacional un intenso debate alrededor de cuál es el daño resarcible, en la medida en que en estos casos se da una estrecha relación entre el daño y el hecho de la vida de un nuevo ser. Sin embargo, podría afirmarse que hoy en día esta polémica ha sido resuelta, interpretando que el daño que se reclama en estos eventos no es la vida misma del niño no deseado, pues en el marco de las discusiones mundiales alrededor de este argumento se acepta unánimemente que considerar la existencia de un niño como una lesión efectivamente ofende los conceptos fundamentales de la vida humana (Rossi, 2012), dado que esta constituye un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, por lo que no puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores (Hurtado, 2018).

Por lo tanto, se entiende que lo que se indemniza aquí no es el nacimiento, sino los perjuicios que de él se derivan desde el punto de vista patrimonial como extrapatrimonial, es decir, los perjuicios derivados de la concepción o el embarazo que la pareja de hecho ha tratado de evitar pero que, por negligencia médica, no se logra (Sullivan, 2000); es decir, el daño ocurre en el momento de la concepción real o el embarazo que la pareja trató de

evitar; se insiste que, siendo necesario para la validez de esta acción, la persona o la pareja haya tratado de evitar el embarazo, por lo cual la negligencia médica se constituye en la causa de este.

### **Del daño extrapatrimonial**

Desde esta perspectiva, sin duda múltiples dificultades surgen en la valoración del contenido del daño que se produce como consecuencia del nacimiento de un hijo no programado, cuando se deben sopesar los sacrificios, gastos y responsabilidades frente a las satisfacciones y compensaciones que su existencia reporta; por ello, en el marco específico de la decisión objeto de análisis, el Consejo de Estado concluyó que la deficiencia en la información le había producido a la demandante un daño resarcible, representado en los cambios drásticos en el proyecto personal de familia, que previamente la mujer había proyectado al decidir limitar el número de sus hijos, daño que estimó derivado de la transgresión del derecho a la libertad reproductiva, en tanto que la omisión en la información habría limitado su pleno ejercicio. Es decir, según el criterio de la Corporación, se causó un daño moral en la demandante por la privación de una opción autónoma reproductiva plenamente informada que había generado en ella un desasosiego, congoja y aflicción personalísima susceptible de ser reparada a título de daño moral. Es decir, se apreció un daño moral en cabeza de la madre por la aflicción que le causó la vulneración de su derecho a la autodeterminación.

De entre las varias teorías que en otros sistemas se han desarrollado para hacer frente a la problemática de concretar cómo se resarce la infracción al deber de información, en esta decisión el Consejo de Estado aplica la tesis minoritaria del daño moral autónomo desarrollada, por ejemplo, en España. Esta teoría valora la ausencia o insuficiencia de la información como un daño moral *per se* por la lesión de la autodeterminación del

paciente (Cárdenas y Sánchez, 2018). Alrededor de esta teoría, por supuesto han surgido posiciones a favor y en contra: por un lado, hay quienes estiman que, al no haber ninguna repercusión objetivable, el interés del juez no sería otro que reprimir o castigar el hecho de que la información no se haya prestado en debida forma, lo cual es un riesgo pues no permite valorar, por ejemplo, qué probabilidad de no consentir existía o si el riesgo era previsible en el paciente, entre otros; por otro lado, está el sector que considera que esta solución hace evidente la función preventiva de la responsabilidad, haciendo que no quede indemne la conducta del médico que no respetó los derechos del paciente.

Además, se observa que, si bien el daño moral alegado no había sido probado, ello no impidió para que fuese admitido, como forma excepcional, mediante el reconocimiento de una presunción de la afectación inmaterial; es decir, se produjo para este caso en concreto el reconocimiento de un daño moral “presunto”, alterando de este modo el camino tradicional recorrido por la jurisprudencia colombiana alrededor del establecimiento de esta figura, reservada solamente en aquellos eventos de muerte de un pariente próximo (Tamayo, 2007; Velásquez, 2013). Por lo tanto, la decisión replantó el sistema tradicional, basado en la consideración de una presunción judicial para apreciar el daño moral por el hecho del parentesco.

Ahora bien, en las acciones de *wrongful conception* usualmente se habla de un daño moral desde otra perspectiva, un daño moral generado por la frustración, la angustia, la preocupación o la sorpresa ocasionada a los progenitores, esto es, por no haberse podido preparar psicológica o incluso económicamente para el nacimiento de un hijo no deseado, pues se afirma que, cuando los progenitores se enteran de este hecho, experimentan un impacto en la esfera anímica, representado por una serie de sentimientos de frustración, rechazo y malestar, que se identifican con un daño moral.

Se trata de lo que se conoce como *préjudice moral d'impréparation*<sup>5</sup>, también llamado *daño moral por la falta de preparación psicológica para el nacimiento del niño*; empero, en este caso se apreció un daño moral en cabeza de la madre, no por el hecho de no haber podido prepararse psicológica (o incluso económicamente) para el nacimiento de su hijo no programado, sino por la aflicción que le causó la vulneración de su derecho a la autodeterminación, consecuencia de la vulneración del deber de información.

Si bien en la mayoría de los sistemas jurídicos estos eventos de lesión de la autodeterminación en materia de procreación se consideran como daño moral, revisando la decisión analizada y en atención a los recientes desarrollos alcanzados por la jurisprudencia colombiana en torno a la posibilidad de reconocer perjuicios en el caso de presentarse una afectación, vulneración, limitación, cercenamiento o restricción en el ejercicio y disfrute eficaz de los derechos, bienes e intereses convencional o constitucionalmente amparados (Santofimio, 2017; CE, Sentencia 1999-00669, Colom.) –es decir, un daño extrapatrimonial autónomo distinto del daño moral–, podría incluso pensarse en la posibilidad de que el evento aquí analizado pudiera ubicarse, más que en el tradicional daño moral, entendido como el sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertos hechos y conductas, en un perjuicio por la lesión a intereses de rango constitucional inherentes a la persona y que puede ser considerada como un atentado a la dignidad humana, entendida como el “principio básico y vertebrador de la protección que se le debe dar a las víctimas en función de la reparación integral” (Santofimio, 2017, p. 165).

---

<sup>5</sup> En Francia se establece, aunque no de modo pacífico, que tratándose de defectos en la información es posible acumular el *préjudice d'impréparation* y la *perte de chance*, en la medida en que se trata de daños autónomos (Cristol, 2017; Jourdain, 2017).

En efecto, más que una aflicción o congoja, de lo que se trata aquí es de la vulneración del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, que incluye la libre autodeterminación con relación a la planificación familiar. Así parece haberlo percibido el juez cuando indemnizó el daño que llamó “moral” por la omisión del consentimiento informado y recordemos, además, que en estos casos que involucran la lesión de derechos fundamentales se entiende que el daño es de mayor intensidad que cualquier afectación a otra clase de derechos (Moure, 2014). No obstante, no debe perderse de vista que, para esta nueva categoría de daño extrapatrimonial, se estima como regla general de reparación, no la compensación, sino la determinación de medidas de reparación no pecuniarias que comprendan obligaciones de hacer o, si es del caso, de restablecimiento del ejercicio o del contenido del derecho, bien o interés lesionado (Santofimio, 2017), y solo excepcionalmente se puede proceder a la reparación pecuniaria de la víctima directa.

En este orden de ideas, consideramos que, dado que la decisión transita por el campo de la vulneración de derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos, en este evento era posible, atendiendo los últimos desarrollos en la materia, indemnizar no solo el daño moral, bajo la perspectiva de la falta de preparación psicológica para el nacimiento, sino además el daño por la vulneración de la autodeterminación, pues el valor que representan los derechos constitucionalmente protegidos implica de suyo un plus indemnizatorio sobre el tradicional daño moral. Además, teniendo en cuenta que se habrían expresado previamente los deseos por la paciente contrarios a la posibilidad de quedar embarazada, podría entenderse que, si se hubiese estimado la posibilidad de una compensación económica de manera excepcional, esta hubiera podido llegar a ser incluso mayor que la otorgada para el daño moral (Moure, 2014).

## **Del daño patrimonial**

En lo que toca a la polémica relativa a la reparación del daño patrimonial frente a los eventos de *wrongful conception*, es preciso puntualizar cómo el derecho alemán construyó la denominada “teoría de la separación” a efecto de eludir la discusión. Con base en esta teoría, que parte de no aceptar el nacimiento como un daño en sí mismo, se “separa o distingue” entre la vida o el nacimiento del niño y los gastos que genera la manutención de este, para concluir que es por estos gastos, y no por el nacimiento, por los que se solicita la indemnización (Macía, 2005, 2009). Se trata, entonces, de una separación entre la vida del hijo y sus costos de mantenimiento.

En la decisión que estamos analizando, efectivamente el Consejo de Estado acoge esta corriente a favor de la existencia de un daño, pues no lo discute; sin embargo, tampoco lo indemniza, argumentando que no es posible trasladar el deber de manutención de los hijos al prestador del servicio de salud, mediante el pago de una indemnización, por tres razones esenciales: primero, porque desde el punto de vista científico no existe un método anticonceptivo con una efectividad plena del 100 %; segundo, porque el ejercicio de la sexualidad conlleva determinados “riesgos” que corresponde asumir a cada persona, entre los que se encuentra el de engendrar aunque no se desee y se hayan tomado medidas idóneas, mas no infalibles, para evitarlo; y, tercero, porque en su consideración, ordenar el pago de una indemnización en estas circunstancias podría significar que la existencia del hijo se entienda como una situación lesiva, cuando en realidad, en este caso, el daño corresponde a la afectación de la posibilidad de ejercer de manera informada la libertad reproductiva.

De esta manera, los daños materiales que fueron reclamados, esto es, los correspondientes a los presuntos gastos de manutención del hijo, actuales

y futuros, afiliaciones al sistema de seguridad social y costo de los estudios hasta la etapa universitaria, fueron negados por el juzgador, concluyendo que estos no estaban llamados a ser reconocidos porque la posibilidad de concebir, que es inherente al ser humano y es consecuencia del ejercicio de su sexualidad, no había logrado ser limitada de manera plenamente eficaz a partir de los métodos anticonceptivos creados por la ciencia, menos aún a partir de aquellos que, como en el presente caso, eran meramente transitorios o temporales. De modo que, aún en presencia de una información adecuada y suficiente sobre estos y de su utilización responsable, la concepción no podría descartarse de plano en ningún individuo sano y que ha alcanzado el grado de madurez biológica suficiente para ello.

Con relación a la negativa de resarcir el daño patrimonial en este tipo de acciones, resulta oportuno verificar con los desarrollos alcanzados en otros sistemas jurídicos cómo, por ejemplo, en Estados Unidos e Inglaterra, existen varias teorías que van desde su prohibición absoluta al considerarse que una indemnización en estos casos mercantilizaría la vida del hijo (Todd, 2005), ofendería el concepto fundamental de la vida humana, además de la inconveniencia de que un niño conozca, en algún momento de su vida, que su nacimiento fue un error y que no fue deseado, estimándose, tal como se consideró en el caso inglés *Udale vs. Bloomsbury Area Health Authority*, que un pronunciamiento en este sentido sería perjudicial para la unidad familiar (Reichman, 1985). Igualmente, en el caso estadounidense *Jackson vs. Bumgardner* de 1986 (Hom, 1987), la Corte Suprema de Carolina del Norte negó los costos de crianza de los hijos, en el entendido de que la vida nunca podría ser un perjuicio admisible y que incluso, si lo fuera, la naturaleza especulativa del daño impediría su reparación. No obstante esas consideraciones, los principales críticos de esta teoría consideran que la negativa absoluta del

resarcimiento puede dar lugar a que la negligencia médica, en eventos similares, no tenga ningún tipo de prevención, llevando injustamente a que sean los padres quienes tengan que soportar toda la carga de dicha negligencia (Mee, 1992).

Una segunda teoría, opuesta totalmente a la anterior, propende por la indemnización total del daño, incluidos los gastos de crianza del hijo, los cuales son reconocidos usualmente hasta la mayoría de edad<sup>6</sup>; sin embargo, este tipo de generosa compensación no es aceptada en la generalidad de Estados en los Estados Unidos (Etienne de Villiers, 2000; Hom, 1987).

Finalmente, se encuentra la teoría que implica una indemnización limitada de los daños (*limited-damage theory of recovery*), dentro de la cual la mayoría de jurisdicciones permite recuperar los gastos hospitalarios y médicos asociados al proceso de esterilización fallida, embarazo y parto, incluido el dolor y el sufrimiento (mental y físico), salarios perdidos y pérdida de la unión familiar; por otra parte, una significativa minoría de jurisdicciones sigue la regla del “beneficio” o “compensación”, que permite la recuperación no solo de esos gastos, sino también de los costos de crianza, compensados por los beneficios que el niño confiere a sus padres (Rossi, 2012; Hom, 1987; Cárdenas y Sánchez, 2018).

Así pues, observamos que este tipo de indemnización limitada de daños se aprecia de manera positiva en los Estados Unidos, en el entendido de que dicho enfoque reconoce que algo bueno puede provenir de un hijo no planificado, pues los padres generalmente llegan a amarlo y no están agobiados por su existencia, por lo que se estima que con este tipo de decisiones judiciales se otorga a los padres una ayuda justa en razón a que

---

<sup>6</sup> Por esta misma línea, se dirigen algunas pocas decisiones de los jueces italianos (Scalzini, 2011; Christandl, 2010).

equilibra la negligencia del médico con la carga de los padres y, además, es razonable frente al nacimiento de su hijo, ya que reconoce los beneficios que puede traer un hijo, deseado o no, tanto para los padres como para la sociedad en general (Rossi, 2012). En consecuencia, dentro de los daños que usualmente han sido indemnizados en Estados Unidos, con ocasión de la *wrongful conception*, están los gastos médicos relacionados con el embarazo no planificado, la pérdida de ingresos de la madre durante el embarazo, el dolor y sufrimiento padecidos como resultado del embarazo, la pérdida de la pareja, la angustia mental y el estrés emocional de los padres, y el más controvertido, relacionado con los costos de crianza del hijo, razonables y previsibles, hasta la mayoría de edad o hasta la vida del padre (Carey, 1979; Etienne de Villiers, 2000; Cárdenas y Sánchez, 2018).

Así, respecto al reconocimiento de los gastos de crianza, en razón de la ardua polémica que suscitan, se ha estimado entonces que sería importante reconocer la necesidad de analizar cada evento en concreto pues, por ejemplo, como sucedió en Estados Unidos en el caso Doerr vs. Villate (Braverman, 1978), donde el marido de la demandante se había sometido a una vasectomía porque sus dos primeros hijos habían nacido con retraso mental, luego el tercer hijo, concebido debido igualmente a negligencia médica, también había nacido con el mismo retraso y físicamente deformado. Todas estas circunstancias concretas deberían, en consecuencia, permitir una reparación sustancial de los costos de la crianza de un nuevo hijo para un demandante que ya tiene dos niños en situación de discapacidad.

Desde otra perspectiva, encontramos las posiciones propias del derecho anglosajón, como la teoría de las consecuencias evitables (*avoidable consequence doctrine*), cuya aplicación en concreto a las acciones de *wrongful conception* tiene como objetivo limitar los daños, en la medida en que se alega que el demandante no puede reclamar aquellos que

podrían haberse evitado mediante el uso de un esfuerzo razonable. Bajo esta tesis, la carga de la prueba recae sobre el demandado, quien debe demostrar, mediante una preponderancia de pruebas, que una persona razonable en las mismas circunstancias habría tomado medidas para evitar o limitar las consecuencias adversas del evento causante del daño; en consecuencia, la reclamación se limita al momento en el que, por ejemplo, el feto pudo haber sido abortado o el hijo pudo haber sido dado en adopción. De esta manera, un demandante en *wrongful conception* tendría proporcionalmente derecho a una compensación más amplia en el caso de dar al niño en adopción, de lo que sería el caso de un aborto, aunque se estima que los niveles de angustia emocional varían en cada caso en concreto (Etienne de Villiers, 2000).

Empero, como se puede observar, esta última solución resulta bastante peculiar, ya que la fuente de la lesión puede eliminarse siempre que el demandante así lo decida; sin embargo, requerir decisiones tan drásticas podría ser discordante con respecto a lo que se puede esperar en términos de minimizar o mitigar el daño, pues la medida exigida resultaría poco razonable al entrañar un sacrificio desproporcionado (Casals y Solé i Feliu, 2001); en efecto, la mujer no tiene la obligación de mitigar su pérdida realizando un aborto (Petersen, 1996), pues además esta exigencia podría resultar vulneratoria de la dignidad humana o, incluso para el caso de la posibilidad de abortar, constituiría un trato inhumano y degradante para la mujer el tener que acudir al procedimiento de aborto por el hecho de haber fallado el método anticonceptivo dispuesto por su médico tratante, sin contar con la posibilidad de que el recurso a la interrupción del embarazo se convierta erróneamente en un instrumento de planificación familiar. Esto, desde la perspectiva de la ética latina, es a todas luces censurable, pues se entiende que aún con la despenalización parcial del

aborto se niega la posibilidad de que este procedimiento pueda aceptarse como instrumento de control de la natalidad.

En este orden de ideas, en el evento bajo análisis, se observa cierta incoherencia en la solución del conflicto, en la medida en que el juez otorga la indemnización de un daño moral, pero niega la indemnización del daño patrimonial por unas razones que curiosamente le hubieran servido para negar también el primero; en consecuencia, se considera que, si la intención del Consejo de Estado era, como se ha indicado, ampliar el campo de la responsabilidad médica hacia el reconocimiento de una nueva hipótesis de *wrongful conception*, lejana de las concepciones tradicionales, la Corporación se habría quedado finalmente corta al no otorgarle una indemnización por daño patrimonial a esta madre que, sorprendida por el embarazo que estaba tratando de evitar, seguramente aceptará a su hijo no deseado. Seguramente la impresión de haber concebido al niño no planificado desaparezca incluso antes de su nacimiento (Fordham, 2015), pero debe considerarse que ese afecto no le proporcionará el dinero para alimentarlo ni el tiempo para que, si es el caso, retome su vida laboral. Además, se estima que los beneficios que reporta el nacimiento de un hijo no esperado no son suficiente razón para neutralizar la vulneración de los intereses y la voluntad de la mujer de evitar un embarazo (Cárdenas y Sánchez, 2018).

No hay duda de que el nacimiento de un hijo trae consigo una perturbación de las finanzas familiares; además, si es cierto que se produce un cambio en el estado de la familia, en este caso, por el nacimiento de un quinto hijo y si este cambio puede medirse económicamente, debería ser indemnizable. Es más, dentro de esta reflexión, hay incluso quienes afirman que, en los eventos de anticoncepción errónea, podría pensarse que los daños patrimoniales casi que fluyen naturalmente del reclamo por

el dolor, la angustia y el sufrimiento que esta situación le genera a la madre (Tan, 2015).

Por supuesto, esta indemnización tendría que hacerse atendiendo a la doctrina de la *compensatio lucri cum damno* que exige que, del monto del daño resarcible, se haga una disminución proporcional por la concurrencia del lucro o ventaja. En este sentido, dado que la responsabilidad que asume el culpable es proporcional a la medida en que se contrastan y compensan las consecuencias favorables y desfavorables de la acción u omisión, y si las ventajas no se compensan con los daños, el resarcimiento desorbitaría su función equilibradora de los intereses perjudicados (De Cupis, 1975); para este caso en concreto, habrían que tenerse en cuenta entonces las ventajas representadas por el advenimiento no esperado de un hijo, pues aunque son ciertos los gastos y sacrificios que este hecho conlleva, también se producen satisfacciones y compensaciones derivadas de su propia existencia.

Igualmente, cabe considerar que está dentro del poder del juez otorgar una indemnización del daño patrimonial que pueda estar, por ejemplo, determinada con referencia al costo promedio de alimentación, asistencia médica y educación para un niño en Colombia hasta la mayoría de edad y, para ello, se podrían ensayar varias fórmulas como garantizar un cupo para la educación pública hasta el nivel universitario, u ordenar el pago de una renta o sumas periódicas para atender los gastos del hijo, entre otras. En suma, dado que en los eventos de *wrongful conception* la compensación buscada no es por la existencia misma del hijo sino por el costo de criarlo, se considera que cada caso en concreto debería poder ser analizado, teniendo en cuenta la situación económica de la familia; así, sería importante considerar, por ejemplo, si se trata o no de una familia en condiciones de pobreza o de bajos recursos económicos como en este caso.

## **La determinación del nexo causal en las acciones de *wrongful conception***

Tal vez uno de los principales problemas a los que se puede enfrentar la definición de la responsabilidad en estos eventos tiene que ver con la determinación del nexo de causalidad. En efecto, al igual que sucede con las otras acciones que tienen que ver con el nacimiento (*wrongful birth* y *wrongful life*), en las acciones de *wrongful conception* también se plantean problemas causales pues se entendería que en su estimación debe existir una relación de causalidad directa entre la infracción a la *lex artis* en sentido técnico y el resultado indeseado: la procreación (Hurtado, 2018). En tal entendido, encontramos a quienes consideran que, debido a que la causa de la concepción no está en el comportamiento del médico, este no debe responder; igualmente, están quienes estiman que en estos casos no existe relación de causalidad, pues no se puede saber realmente si, de estar bien informados, los progenitores hubieran decidido no procrear, dado que se trata de una situación *a posteriori* distinta y de una mera hipótesis (Macía, 2005). Al lado de estas posiciones que destacan la dificultad en la determinación de la relación de causalidad, podría sumarse la apreciación, aplicable al caso bajo análisis, de que aún bien informados y, en consecuencia, eligiendo libremente usar otro método anticonceptivo, dado que ninguno garantiza una eficacia del 100 %, la concepción hubiese podido de todos modos tener lugar; es decir, aún si el médico hubiera actuado diligentemente, informando el riesgo de quedar en embarazo, la concepción no deseada que se reclama se habría producido igualmente. Además, no debe perderse de vista que, en este caso en concreto, estamos frente al uso de un método anticonceptivo transitorio, como lo son los inyectables, con lo cual se demarca que el interés de la demandante no era el de suprimir de manera efectiva toda posibilidad de embarazo ulterior

(Martínez, 1995), pues de serlo hubiese recurrido a uno de los métodos que se aprecian definitivos, como son los procedimientos de esterilización (ligadura de trompas o vasectomía). Así pues, aún bien informada, la madre habría tenido tres posibilidades: o bien recurrir a la abstinencia, lo cual parece dudoso, ya que en ese evento el recurso a un método de anticoncepción (inyectable en este caso) habría sido inútil; o bien habría podido recurrir a otro mecanismo temporal, o incluso a un procedimiento de esterilización. Pero estas últimas dos opciones plantean problemas de incerteza, en la medida en que ningún método anticonceptivo, llámese temporal o definitivo, ofrece o garantiza una eficacia total<sup>7</sup>.

Pero si atendiendo a estas consideraciones se favoreciera la inaplicación de la figura de la responsabilidad civil para este caso en concreto, se podría recibir también la crítica de quienes estiman que, a través de ese camino, se podría permitir que el médico llegara a beneficiarse del incumplimiento del deber de información, deber que ha sido establecido precisamente para salvaguardar la autodeterminación del paciente y de quienes consideran que la asunción del riesgo por la víctima solo se extiende a los riesgos normales y no al riesgo de un comportamiento negligente.

Es más, desde la mirada del Estado Social de Derecho, cuya concepción material se sustenta en la idea de la consolidación de una sociedad justa y equitativa con sujeción al ordenamiento jurídico, que implica, entre otros, la ruptura del individualismo tradicional y la afirmación del principio *pro homine* que busca proteger a la víctima no solo en la esfera patrimonial y extrapatrimonial, sino también frente al ejercicio de sus derechos

---

<sup>7</sup> Es bien conocido que en caso de ligadura de trompas es posible que se presente la recanalización y, en consecuencia, la mujer pueda volver a quedar embarazada. En el caso de la vasectomía, se estima que la eyaculación del paciente aún puede contener espermatozoides durante un tiempo considerable después del procedimiento. En aproximadamente 1/80 000 casos, un hombre puede incluso engendrar un hijo a pesar de la aparente ausencia de espermatozoides en su eyaculación (Coetzee, 2017).

(Santofimio, 2017), este principio *pro persona*, según la Corte Constitucional, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera aquella que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental” (CC, Sentencia C-438/13, Colom.), es decir, lo más favorable a la persona y sus derechos, esto es, la prevalencia del respeto de la dignidad humana y, en consecuencia, la garantía de la efectividad de los derechos humanos y de los derechos fundamentales (Patarroyo y Benavides, 2014; Aldana y Guarín, 2016; Palomares, 2015).

Así pues, sea cual fuere la posición, lo cierto es que la determinación del nexo causal en las acciones de *wrongful conception* es difícil de establecer, en la medida en que el daño reclamado por la demandante se apoya sobre un presupuesto jurídico, como el de la libertad reproductiva, que implica que para el *iter causal* no se pueda partir de una valoración material pura, es decir, verificar si efectivamente entre el comportamiento negligente del médico, en este caso la omisión en el deber de información, existe un nexo con el daño experimentado por la reclamante por consecuencia del nacimiento o la concepción de su hijo.

Por ello, para hacer frente a esta problemática, en los eventos de *wrongful conception* se estima que la actuación negligente priva a los progenitores del correcto ejercicio de su libertad de decisión y es a partir de allí que se aprecian los daños. Se parte, entonces, de plantear el daño en términos de privación de la libertad de decisión sobre la procreación, enlazando así la omisión con la privación de información y esta a su vez con la imposibilidad de disponer de dicha información, privando así a la víctima de la libertad de decisión sobre la procreación. En consecuencia, es a través de esta ruta que se permite superar el obstáculo frente a la determinación de la relación de causalidad, pues insistir en una relación directa entre la omisión en la información y el daño conduciría

probablemente a la conclusión de que nunca habría daño en los supuestos de ausencia de información y consentimiento (Monsalve y Navarro, 2014). Es así, entonces, mediante esta vía de origen anglosajón, que el Consejo de Estado permitió una relajación en la determinación del nexo causal, no obstante su infrecuente utilización cuando se trata de aplicarla en acciones paralelas (*wrongful birth* y *wrongful life*) (Macía, 2005), dado que no aporta muchas ventajas, distintas a la facilitación en su determinación.

## Conclusiones

Con la decisión aquí analizada, se evidencia la voluntad de ampliar el ámbito de la responsabilidad médica frente a los eventos de *wrongful conception* que, tradicionalmente, se ha centrado en reclamaciones por los daños derivados de procesos de esterilización fallida por actuación negligente del profesional médico (Moncada et ál., 2015), por ejemplo: por haber procedido a ligar únicamente la trompa derecha de la paciente, creyendo que el ovario izquierdo le había sido extirpado en una operación anterior cuando en realidad solo se le había extirpado parcialmente; por haber realizado el procedimiento de esterilización de forma incompleta sobre la trompa derecha dejando intacta la izquierda; por no haber informado sobre la necesidad de adoptar, tras la cirugía de esterilización, las medidas de precaución necesarias para evitar el embarazo; por no haber informado sobre la necesidad de someterse a determinados análisis posteriores a las cirugías de esterilización para confirmar la esterilidad; por la falla en hacer las pruebas necesarias para establecer la esterilidad o, incluso, una tergiversación de que el paciente es realmente incapaz de procrear; o bien por la implantación de un óvulo fertilizado con el espermatozoides de un donante distinto al esposo de la paciente y perteneciente a un grupo étnico diferente (Casals y Solé i Feliu, 2001; Coetzee, 2017; Fordham, 2015).

Esta decisión constituye la evidencia del valor que se le da a la información y al consentimiento, como manifestaciones del derecho a la autonomía o autodeterminación del paciente, al entender que el daño existe por no haber informado a la madre del riesgo de embarazo, no obstante el uso de un anticonceptivo inyectable, concepción que finalmente tuvo lugar y finalizó con el nacimiento de un niño sano. En consecuencia, el juez consideró que en este caso la indemnización estaba justificada al tratarse de un defecto o falta de información, entendiendo que con ello se lesionó un interés de rango constitucional, como lo es la autodeterminación en materia de salud.

El daño a indemnizar pudo también reconocerse bajo la categoría de “afectación relevante a bienes o derechos constitucionalmente protegidos”, además del daño moral que se concedió, pues lo que finalmente se reconoce es una vulneración del derecho a la libre determinación y, aunque no se sepa qué habría decidido la madre si hubiera sido informada sobre el riesgo de embarazo con el uso de anticonceptivo inyectable, lo que resulta cierto es que no pudo decidir por no tener información.

Un demandante en una acción de *wrongful conception* cuenta con el respaldo de una política pública que favorece la elección individual en materia de control de la natalidad, una política que fomenta la planificación familiar y el control de natalidad, incluso hasta el punto de subsidiar anticonceptivos. Por ello, frente a los eventos de nacimiento de niños sanos pero no deseados, resulta necesario analizar el alcance de la responsabilidad médica en cada caso en concreto, y establecer unas pautas apropiadas para su reconocimiento, pues parece obvio que, a medida que la importancia de la planificación familiar responsable aumenta, el número de casos de *wrongful conception* inevitablemente crecerá.

Por otra parte, cabe resaltar que la omisión del deber de información constituye además una falta a la ética, a la buena costumbre médica, a la moral que debe presidir el obrar del médico (Mosset, 2011), por lo cual, además de su sanción en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, debe recibir otra en el contexto de la responsabilidad disciplinaria, aunque no falta quien estime que en este caso, si lo que se pretende es castigar la conducta irregular del médico, más adecuado sería dar lugar únicamente a esta responsabilidad deontológica, que realizar un uso indebido de la institución de la responsabilidad civil, cuyo fin principal es resarcir el daño causado y no sancionar conductas (Cárdenas y Sánchez, 2018).

Así las cosas, podemos concluir que en este aspecto específico no hay una posición consolidada, no se trata de una discusión acabada. Pero este primer evento de concepción fallida decidido por el Consejo de Estado colombiano permite observar su propósito de indemnizar la ausente o defectuosa información, permitiendo de este modo dar mayor relevancia a la información y al consentimiento informado en la relación médico-paciente.

## Referencias

- Abellán, F. y Sánchez-Caro, J. (2007). *La responsabilidad médica por la información del medicamento*. Comares.
- Aldana, J. y Guarín, E. (2016). Los límites de la teoría del equilibrio como alternativa de solución a la cuestión de la prevalencia del poder del Alto Tribunal de lo Constitucional en Colombia. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1), 59-82.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.01>
- Braverman, P. (1978). Wrongful Conception: Who Pays for Bringing up Baby? *Fordham Law Review*, 47(3), 418-436.
- Cárdenas, H. y Sánchez, J. (2018). Acciones de wrongful conception en Chile: Una propuesta de fundamentación. *Acta bioethica*, 24(2), 237-244.  
<http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2018000200237>

- Carey, L. (1979). Wrongful conception as a cause of action and damages recoverable. *Sherlock v. Stillwater Clinic. Missouri Law Review*, 44(3), 589-599.  
<http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol44/iss3/11>.
- Casals, M. y Solé i Feliu, J. (2001). Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos. *InDred*, 4, 1-6. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/80675/105011>
- Christandl, G. (2010). Loss of Enjoyment of life e pregiudizi alla realizzazione personale negli Stati Uniti. *Rivista Responsabilità Civile e Previdenza*, 75(5), 1181-1208.
- Clavel, A. (2013). *Conocimiento del paciente acerca de la medicación prescrita: Influencia de las fuentes de información y legibilidad de los prospectos* [Tesis de doctorado, Universidad de Murcia]. Digitum: Repositorio Institucional de la Universidad de Murcia.  
<https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/35466/1/TESIS%20COMPLETA.pdf>
- Coetzee, L. C. (2017). Legal liability for failure to prevent pregnancy (wrongful pregnancy). *Medicine and The Law*, 107(5), 394-398.  
<http://dx.doi.org/10.7196/samj.2017.v107i5.12073>
- Colombia. Decreto 677 de 1995. Por el cual se reglamenta parcialmente el Régimen de Registros y Licencias, el Control de Calidad, así como el Régimen de Vigilancia Sanitaria de Medicamentos, Cosméticos, Preparaciones Farmacéuticas a base de Recursos Naturales, Productos de Aseo, Higiene y Limpieza y otros productos de uso doméstico y se dictan otras disposiciones sobre la materia. Abril 26 de 1995.
- Consejo de Estado [CE], noviembre 2, 2011, CP: D. Rojas Betancourth, Sentencia 21157, [Colom].
- Consejo de Estado [CE], enero 24, 2002, CP: J. M. Carrillo Ballesteros, Sentencia 12706/1994-9875, [Colom].
- Consejo de Estado [CE], febrero 13, 2013, CP: J. Santofimio Gamboa, [Colom].
- Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, diciembre 5, 2016. CP: R. Pazos Guerrero, Sentencia 2005-00996/38806, [Colom].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], septiembre 12, 1994, MP: E. Cifuentes Muñoz, Sentencia T-401/94, [Colom].

- Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 12, 1999, MP: A. Martínez Caballero, Sentencia SU-337/99, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], junio 7, 2001, M P: R. Escobar Gil, Sentencia T-597/01, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 10, 2006, MP: J. Araújo Rentería y C. I. Vargas, Sentencia C-355/16, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], julio 10, 2013, MP: A. Rojas Ríos, Sentencia C-438/13 [Colom.].
- Cristol, D. (2017). Le préjudice d'impréparation né du défaut d'information médicale: une consolidation de l'édifice jurisprudentiel. *Reveu de Droit Sanitaire et Social*, 4, 716-722.  
<http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=RDSS/CHRON/2017/0290>
- De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Bosch.
- España. Real Decreto Legislativo 1/2015. Por el cual se aprobó el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Julio 24 de 2015.
- Etienne de Villiers, H. (2000). *Wrongful Conception Actions*. Universidad de Pretoria.
- Fernández, M. (2017). El nacimiento como nueva frontera de la responsabilidad médica. Reflexión desde el derecho colombiano. *Revista de Derecho*, 30(2), 317-337.  
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200014>
- Fordham, M. (2015). An IVF baby a catastrophic error – Actions for wrongful conception and wrongful birth revisited in Singapore. *Singapore Journal of Legal Studies*, 232-240.
- García, J. (2012). Responsabilidad civil por nacimiento con discapacidad: Las acciones por *wrongful birth* (nacimiento injusto) y *wrongful life* (vida injusta). *Derecho y Cambio Social*, 9(29), 1-19.  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493232.pdf>
- Hom, R. (1987). Wrongful Conception: North Carolina's Newest Prenatal Tort Claim-Jackson v. Bumgardner. *North Carolina Law Review*, 65(6), 1077-1099.
- Hurtado, I. (2018). *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*. Tirant Lo Blanch.

- Jourdain, P. (2017). Défaut d'information médicale: cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation. *Reveu Trimestrielle de Droit Civil*, 2, 403-405.
- Macía, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*. Tirant Lo Blanch.
- Macía, A. (2009). Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*. *Revista Chilena de Derecho privado*, 12, 167-206.
- Martínez, J. (1995). Echec d'une stérilisation contraceptive et responsabilité de l'hôpital public. Mme M. c/ Hospices civils de Colmar. *Revue Française de Droit Administratif*, 11(6), 1222-1234.
- Mee, J. (1992). Wrongful Conception: The Emergence of a Full Recovery Rule. *Washington University Law Review*, 70(3), 887-914.  
[http://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol70/iss3/7](http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss3/7)
- Moncada, A., Aedo, C. y Coleman, L. (2015). Panorama comparado del *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*. Su posible aplicación en el Derecho chileno. *Revista Ius et Praxis*, 21(1), 19-56. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100002>
- Monsalve, V. y Navarro, D. (2014). *El consentimiento informado en la praxis médica*. Universidad Javeriana; Temis.
- Mosset, J. (2011). *Derechos del paciente*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Moure, E. (2014). *Repensando la responsabilidad sanitaria. Soluciones jurídicas a los conflictos en sanidad*. Atelier.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2004). *Formulario Modelo sobre el Uso de Medicamentos Esenciales*.  
<https://apps.who.int/medicinedocs/es/d/Js5422s/22.3.html#Js5422s.22.3.1>
- Palomares, J. (2015). El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 10(2), 29-56.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2015.0002.06>

- Patarroyo, S. y Benavides, P. (2014). Rupturas Asignificantes: Revisiones críticas en torno al derecho. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(1), 7-31.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2014.0001.01>
- Petersen, K. (1996). Wrongful Conception and Birth: The loss of reproductive freedom and medical irresponsibility. *Sydney Law Review*, 18(4), 503-522.  
<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/1996/29.pdf>
- Reichman, A. (1985). Damages in tort for wrongful conception -Who bears the cost of raising the child? *Sydney Law Review*, 10(3), 568-590.
- Rossi, S. (2012). *La Cassazione e la nascita indesiderata*.  
[http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/giurisdizioni\\_ordinarie/0015\\_rossi.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/giurisdizioni_ordinarie/0015_rossi.pdf)
- Santofimio, J. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado. Tomo V*. Universidad Externado de Colombia.
- Scalzini, S. (2011). Quinta gravidanza a seguito di un inadeguato intervento di sterilizzazione: quali sono i danni risarcibili? *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitario*, 6, 1705-1718.
- Sullivan, M. (2000). Wrongful birth and wrongful conception: A parent's need for a cause of action. *Journal of Law Health*, 15(1), 105-20.  
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11930501>
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil* (2.<sup>a</sup> ed.). Legis.
- Tan, S. (2015). The right approach to wrongful conception. *The Oxford University Undergraduate Law Journal*, 4, 28-36.  
[https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/4th\\_edition\\_ouulj.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/4th_edition_ouulj.pdf)
- Todd, S. (2005). *Wrongful conception, wrongful birth and wrongful life*. *Sydney Law Review*, 27(3), 525-542.  
<https://search.informit.com.au/documentSummary;dn=200510248;res=IELAPA>
- Velásquez, O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual* (2.<sup>a</sup> ed.). Temis; Universidad de la Sabana.

# Los pliegos de condiciones en el contrato de obra\*

[Artículos]

Jesika Michell Pinzón Téllez\*\*

Wilmer Steven Romero Cespedes\*\*\*

Recibido: 10 de octubre de 2020

Aceptado: 30 de noviembre de 2020

Citar como:

Pinzón Téllez, J. M. y Romero Cespedes W. S. (2021). Los pliegos de condiciones en el contrato de obra. *Revista IUSTA*, (54).

<https://doi.org/10.15332/25005286.6552>



## Resumen

Como consecuencia de la implementación de los pliegos de condiciones en la contratación estatal, se pretende establecer, desde un punto de vista legal, cuál es la naturaleza jurídica de los pliegos, así como sus fortalezas, deficiencias, y crear propuestas de solución frente a estas últimas. Con

---

\* Este artículo es producto de la investigación "Los pliegos de condiciones en el contrato de obra", gestionado en la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Libre (Sede Bogotá).

\*\* Abogada por la Fundación Universitaria de San Gil Unisangil (Colombia), especialista en derecho administrativo por la Universidad Libre. Actualmente se desempeña como evaluadora jurídica de proyectos integrales de desarrollo agropecuario y rural de la Agencia de Desarrollo Rural. Correo electrónico: [jesikam-pinzont@unilibre.edu.co](mailto:jesikam-pinzont@unilibre.edu.co), [jmpinzon01@gmail.com](mailto:jmpinzon01@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5407-6276>

\*\*\* Abogado por la Universidad Santo Tomas (Colombia); especialista en derecho administrativo por la Universidad Libre (Colombia). Actualmente se desempeña como asesor jurídico de la Alcaldía de Villavicencio. Correo electrónico: [wilmers-romeroc@unilibre.edu.co](mailto:wilmers-romeroc@unilibre.edu.co), [stevenromero.juridico@hotmail.com](mailto:stevenromero.juridico@hotmail.com); ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6297-8288>

este propósito, se propone la siguiente pregunta de investigación: ¿cuáles han sido las fortalezas y deficiencias del pliego de condiciones en el proceso de selección de licitación pública desde el marco del contrato de obra? Por esta razón, se considera que, pese a las deficiencias de este acto administrativo, debido a la corrupción en la contratación estatal, el pliego de condiciones es un elemento esencial. A efectos de lo anterior, la elaboración de los pliegos de condiciones no debe estar en cabeza y a discrecionalidad de la entidad contratante; por el contrario, debería existir una institución encargada de realizarlos, aunada a la inspección y vigilancia por parte de un ente de control, que garantice la transparencia, la debida aplicación de las normas y principios que rigen la contratación pública, con el fin de erradicar los intereses políticos, personales, clientelistas, que monopolizan la contratación y que prevalezcan los intereses del Estado. El contenido del artículo es producto de una metodología de investigación cualitativa, en razón a que fue adelantado con el fin de interpretar, identificar y desarrollar el problema de investigación; además, es de carácter dogmático, teniendo en cuenta que estudiamos el ordenamiento jurídico del pliego de condiciones, para transmitir, utilizar, mejorar y complementar el conocimiento.

**Palabras clave:** contratación pública, entidades estatales, pliego de condiciones, principios, proponentes.

## Bidding documents in works contract

### Abstract

As a result of the implementation of bidding documents in public procurement, it is intended to establish, from a legal point of view, what is the legal nature of the bidding documents, as well as their strengths, weakness and create proposals for the solutions of the latter. With this purpose, the following research question is proposed: what have been the strengths and weaknesses of the bidding documents in the public bidding selection process from framework of the works contract? For this reason,

it is considered that, despite the deficiencies of this administrative act, due to corruption in public procurement, bidding documents are an essential element. For the purpose of the foregoing, the preparation of bidding documents should not be headed by and at the discretion of the contracting entity; on the contrary, there should be an institution in charge of preparing them, together with the inspection and surveillance by a control entity, who ensures transparency, the correct application of the rules and principles governing public procurement, in order to eradicate the political, personal and clientelistic interests that monopolize the contracting and that the interests of the state prevail. The content of the article is the result of a qualitative research methodology, since it was carried out with the purpose of interpreting, identifying and developing the research problem; in addition, it is of a dogmatic nature, taking into account that we studied the legal system of the bidding documents, in order to transmit, use, improve and complement the knowledge.

**Keywords:** public procurement, government entities, bidding documents, principles, bidders.

## Os cadernos de encargos na contratação de obra

### Resumo

Como consequência da implementação dos cadernos de encargos na contratação estatal, pretende-se estabelecer, do ponto de vista legal, qual a natureza jurídica dos cadernos bem como suas fortalezas e deficiências, e criar propostas de solução ante estas últimas. Com esse objetivo, é proposta a seguinte pergunta de pesquisa: quais tem sido as fortalezas e as deficiências do caderno de encargos no processo de seleção de licitação pública a partir do contexto do contrato de obra? Por essa razão, é considerado que, apesar das deficiências desse ato administrativo, devido à corrupção na contratação estatal, o caderno de encargos é um elemento essencial. Como efeito disso, a elaboração dos cadernos de

encargos não deve ser liderada pela entidade contratante e à sua discricionariedade; ao contrário, deveria existir uma instituição encarregada de realizá-los, unida à inspeção e à vigilância por parte de um ente de controle, que garanta a transparência, a devida aplicação das normas e dos princípios que regem a contratação pública, a fim de erradicar os interesses políticos, pessoais, clientelistas, que monopolizam a contratação e que prevaleçam os interesses do Estado. O conteúdo do artigo é produto de uma metodologia de pesquisa qualitativa, portanto foi realizado com o objetivo de interpretar, identificar e desenvolver o problema de pesquisa; além disso, é de caráter dogmático, considerando que estudamos o ordenamento jurídico do caderno de encargos para transmitir, utilizar, melhorar e complementar o conhecimento.

**Palavras-chave:** contratação pública, entidades estatais, caderno de encargos, princípios, licitadores.

## Introducción

La contratación estatal en Colombia, desde la creación de la Ley 80 de 1993, ha ido evolucionando, con la implementación de los distintos modos de selección, de acuerdo con las necesidades que tiene el Estado en contratar. Por eso, el pliego de condiciones, a lo largo de la contratación pública en nuestro país, ha sido de gran importancia, debido a que este acto administrativo es el que reglamenta los procesos de contratación, y bajo el cual deben regirse tanto las entidades estatales como los proponentes partícipes en un proceso contractual. Por esta razón, los pliegos de condiciones son característicos, ya que las entidades estatales tienen plena autonomía al elaborarlos. Ahora bien, hemos querido rescatar sus fortalezas, basadas principalmente en el cumplimiento de los principios de la contratación pública, el actuar debido de las entidades estatales y la elaboración de las condiciones ajustadas a nuestro

ordenamiento jurídico, en donde primen condiciones y requisitos, objetivos, justos, claros y completos.

No obstante, no nos podemos olvidar de que lo anteriormente señalado no se da en todos los procesos de selección; por eso, es pertinente señalar las deficiencias que trae consigo el pliego de condiciones, producto de un indebido actuar de la administración y desconocimiento de los principios, para favorecer intereses particulares, olvidando que la función de la administración está enfocada en el cumplimiento del artículo 2 constitucional que versa sobre los fines esenciales del Estado (Castro, 2016). Ahora bien, al identificar y profundizar en la siguiente pregunta de investigación: ¿cuáles son las fortalezas y las deficiencias del pliego de condiciones en el proceso de selección de licitación pública desde el marco del contrato de obra?, podemos establecer soluciones que permitan atacar cada una de las deficiencias que se interponen para la efectiva ejecución de los recursos públicos, que durante muchos años han sido manejados por entidades estatales corruptas, que no han permitido que nuestro país avance en pro del bienestar general y de acuerdo con las necesidades del Estado colombiano (Polo y Serrano, 2018).

A efectos de lo anterior, y con el fin de dar solución a aquellas deficiencias de los pliegos de condiciones, el problema de investigación nos permitió identificar que la problemática radica en el indebido actuar de las entidades del Estado al momento de elaborar los pliegos de condiciones que rigen los procesos de elección de los contratistas (Gallego, 2014). Por esta razón, es conveniente que la elaboración de los pliegos de condiciones no esté a discreción de las entidades contratantes, sino que, por el contrario, como propuesta para acabar con la corrupción, las actividades tendientes a realizar los procesos de selección deberían recaer en instituciones ajenas, que no tengan ningún tipo de interés de por medio, aunado a la vigilancia y control de dichos procesos por parte de un ente

encargado en garantizar la efectiva aplicación de las normas y principios de la contratación estatal (Galán, 2017).

## **Problema de investigación**

¿Cuáles han sido las fortalezas y deficiencias del pliego de condiciones en el proceso de selección de licitación pública desde el marco del contrato de obra?

## **Metodología**

El artículo de investigación fue adelantado por medio de una investigación cualitativa, con el fin de interpretar, identificar y desarrollar las fortalezas y deficiencias del pliego de condiciones en la selección de licitación pública en el contrato de obra, con el propósito de establecer soluciones a aquellas indebidas actuaciones que se presentan en la elaboración de estos actos administrativos, que son la base legal de los procesos de selección para la objetiva elección del contratista que pretenda ejecutar los recursos del Estado, realizando una profunda investigación y recolección de datos jurídicos sobre el tema. Por eso, utilizamos un tipo de investigación básica o aplicada, que busca generar conocimientos nuevos sobre los pliegos de condiciones y dar soluciones a aquellas deficiencias identificadas a lo largo de la investigación de revisión de bibliografía recopilada sobre el problema de investigación.

En concordancia con lo anterior, el método de investigación utilizado para la elaboración del presente artículo fue el dogmático, teniendo en cuenta que, a lo largo del documento, pretendemos estudiar el ordenamiento jurídico de las fortalezas y deficiencias de los pliegos de condiciones en el proceso de licitación pública del contrato de obra, con el propósito de transmitir el conocimiento, utilizarlo, optimizarlo, mejorarlo y

complementarlo con nuestro aporte personal, de acuerdo con la problemática planteada.

## **Resultados**

De acuerdo con el problema de investigación planteado, se pudo identificar que, con base en la naturaleza jurídica, la importancia y la razón de ser de los pliegos de condiciones en el contrato de obra, es necesario que dichos pliegos no sean elaborados a discrecionalidad de las entidades estatales contratantes. Por el contrario, se deben crear instituciones que realicen las actividades tendientes a desarrollar los procesos de licitación de contratos de obra, y deben existir entes de control encargados de garantizar la debida aplicación del ordenamiento jurídico y de los principios de la contratación estatal, en aras de evitar posibles desequilibrios contractuales que afecten la debida ejecución y destinación de los recursos públicos, para que prevalezcan los fines esenciales del Estado.

### **Naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones en el proceso de selección de licitación pública en el marco del contrato de obra**

La naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones en el proceso de selección de licitación pública se encuentra regulada en principio en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993, Colom.). El artículo 30 de la citada norma, que versa sobre la estructura de los procedimientos de selección, indica que la licitación se encuentra ceñida a unas reglas. Es allí donde surge la necesidad de la existencia de los pliegos de condiciones, en los cuales las entidades estatales tendrán que consignar claramente las condiciones que deberán cumplir los oferentes que quieran ser partícipes de un proceso de licitación (Barragán, 2016).

Para el artículo científico de la referencia, los pliegos de condiciones los enmarcaremos al contrato de obra. Estos deberán establecer los aspectos esenciales del contrato que se pretende adelantar, y la entidad estatal relacionará el objeto del contrato de obra, la regulación jurídica del tipo de contrato, los derechos y las obligaciones que serán ley para las partes, la determinación y ponderación de los factores de selección, el tiempo, modo y lugar en el que se pretende desarrollar el contrato. Cada una de estas reglas deberán ser objetivas, claras y completas.

El proceso de selección de licitación pública consiste en un mecanismo o proceso que adelantan las entidades estatales, con el fin de realizar una convocatoria pública, para que los oferentes interesados en participar de la selección se presenten con sus propuestas en igualdad de condiciones, con el fin de que la entidad contratante elija la oferta más favorable, y así se pueda cumplir con los fines esenciales del Estado. A su vez, para escoger los proponentes que van a desarrollar un contrato de obra, las ofertas presentadas costarán de dos sobres: en el primero de ellos reposarán los requisitos habilitantes y los requisitos calificantes; en el segundo, estará consignada la oferta económica de conformidad con las condiciones exigidas y contempladas en el pliego de condiciones (Pardo, 2014).

Finalmente, las entidades estatales publicarán un informe de evaluación junto con los documentos de los requisitos habilitantes y calificantes exigidos en el pliego de condiciones. Así, la entidad publicará este documento, con el objeto de que los posibles contratistas hagan las observaciones que consideren pertinentes, y de esta forma podrán allegar los documentos que solicita la entidad. Al concluir esta etapa, la administración pública se manifestará en cuanto a las observaciones hechas por los oferentes, y publicará un informe final de evaluación de los requisitos habilitantes y calificantes, diferentes a los de la oferta económica, teniendo en cuenta que el sobre de oferta económica estará

sellado hasta el día de la audiencia de adjudicación y se evaluará la oferta de acuerdo con la metodología establecida en el pliego de condiciones (Ley 80 de 1993, art. 30, Colom.)<sup>1</sup>.

Ahora bien, el pliego de condiciones tiene una relación estrecha con el principio de transparencia (Cortes, 2016), pues en los procesos contractuales el acto administrativo del pliego de condiciones debe tener un contenido que indique los objetivos necesarios para que el oferente participe en el proceso de selección. De la misma forma, se relacionarán las reglas del proceso, que tendrán cuatro características importantes: deberán ser reglas objetivas, justas, claras y completas; de allí que el oferente no tenga ningún tipo de duda, o que estas resulten imposibles de cumplir. Asimismo, las condiciones del pliego se definirán de tal modo que no induzcan a error a los proponentes, teniendo como base que el pliego de condiciones permitirá escoger la oferta que resulte más conveniente para la entidad estatal, obedeciendo al principio de selección objetiva y evitando que el proceso termine en una declaratoria de desierta de la licitación (Ley 80 de 1993, art. 24, Colom.).

Para el presente artículo científico, nos concierne discutir sobre los pliegos de condiciones en la selección de licitación pública enmarcados en el contrato de obra; de acuerdo con ello, el estatuto general de la contratación pública reglamenta el contrato de obra pública, que indica que son aquellos que “celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago” (Ley 80 de 1993, art. 32, Colom.).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Lo dispuesto fue adicionado por la Ley 1882 de 2018, art. 1.

<sup>2</sup> Los contratos estatales se encuentran regulados en la ley 80 de 1993, la cual los define de la siguiente manera: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente

Al respecto, Rosero (2019) señala lo siguiente:

La licitación pública es la regla general para la selección de contratistas, lo cual significa que es esta modalidad de selección la que se debe tramitar, salvo que se configure alguna de las causales para adelantar un proceso especial o específico, como lo son: selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa o mínima cuantía.

Esta modalidad de selección se aplica para contrataciones relacionadas con obra pública, prestación de servicios, compra de bienes diferentes a bienes y servicios, con características técnicas uniformes y de común utilización, cuando cualquiera de estas supere la menor cuantía, según lo establecido en el literal b), numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual se debe tener en cuenta el presupuesto de la entidad expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, como se observa en la siguiente tabla. (p. 108)

Las modalidades de selección consisten en los procesos que lleva a cabo la administración pública, para realizar la contratación de bienes, obras o servicios. Por esta razón, la elección que hace la entidad estatal para desarrollar sus proyectos y cumplir con los fines esenciales del Estado se llevará a cabo por medio de las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa<sup>3</sup>.

En concordancia con lo anterior, la licitación pública es la regla general de la contratación estatal. Debido a esto, la entidad estatal tendrá que hacer

---

estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad" (Ley 80 de 1993, art 32, Colom.).

<sup>3</sup> La licitación pública, de acuerdo con lo establecido en la ley, señala lo siguiente:

La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo. Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento. (Ley 1150 de 2007, art. 2, Colom.)

un estudio previo, para así poder determinar cuál modalidad de selección es la más apropiada para ejecutar la necesidad a contratar.

En cuanto a los criterios de selección, una vez la entidad estatal ha determinado la necesidad que pretende satisfacer, así como el objeto del contrato y la modalidad de selección que corresponde, luego del agotamiento de la etapa previa de planeación, se deben determinar los criterios o factores de escogencia de las ofertas con fundamento en lo que evaluará y calificará las propuestas de aquellos oferentes habilitados, con el propósito de seleccionar la más favorable para la entidad y los fines que ella persigue (Ley 1150 de 2007, art. 5, Colom.).

Los pliegos de condiciones según la ley podrán ser modificados cuando la entidad lo considere pertinente, modificaciones que se realizarán por medio de adendas, de oficio o a petición de un número de oferentes, cuyo plazo podrá prorrogarse antes de su vencimiento, por un término no superior al inicial. Estas adendas no se expedirán dentro de los tres días anteriores al cierre del proceso de selección, se realizarán en días hábiles y en horarios laborales (Ley 1474 de 2011, art. 89, Colom.).<sup>4</sup>

Los factores que se deben tener en cuenta al momento de escoger al proponente para la ejecución de un proyecto estatal deberán estar enmarcados en la selección objetiva del contratista, lo que quiere decir que a la entidad estatal le corresponde escoger la oferta que resulte más

---

<sup>4</sup> Los actos administrativos por los cuales se emiten las condiciones y generalidades de los procesos de selección deberán ser publicados, de acuerdo con lo señalado en la ley:

De la publicación de los actos y sentencias sancionatorias. La parte resolutive de los actos que declaren la caducidad, impongan multas, sanciones o declaren el incumplimiento, una vez ejecutoriados, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista respectivo. También se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación. (Decreto Ley 19 de 2012, art. 218, Colom.)

favorable y acorde a los intereses del Estado. Por ello, dentro de los pliegos de condiciones se establecerán los requisitos exigidos a los oferentes, los cuales tendrán que cumplir con algunos criterios como la capacidad jurídica, financiera y experiencia; también serán sometidos a una revisión documental para acreditar los requisitos habilitantes, y de esta forma poder ser partícipes de la selección, requisitos que no serán objeto de puntaje y que podrán ser subsanados si fuere el caso.

La propuesta más favorable será aquella que cumpla con los factores técnicos y económicos; además, será la misma propuesta que, después de realizada la ponderación, cumpla con los requisitos estipulados en el pliego de condiciones, concluyendo ser la oferta con mejor resultado costo-beneficio para la entidad estatal (Ley 1508 de 2012, art. 12, Colom.).

Ahora bien, los pliegos de condiciones deberán tener los requisitos que se encuentran enunciados en la ley, y que se relacionan a continuación:

1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del clasificador de bienes y servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo.
2. La modalidad del proceso de selección y su justificación.
3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar.
4. Las condiciones de costo y/o calidad que la entidad estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista.
5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato.
6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta.
7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si

hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar.

8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.
9. Las garantías exigidas en el proceso de contratación y sus condiciones.
10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un acuerdo comercial.
11. Los términos, condiciones y minuta del contrato.
12. Los términos de la supervisión o de la interventoría del contrato.
13. El plazo dentro del cual la entidad estatal puede expedir adendas.
14. El cronograma.

Esta es la información de los pliegos de condiciones que, como mínimo, corresponderá relacionar (Decreto 1510 de 2013, art 22, Colom.)<sup>5</sup>. De este modo, lo ha explicado el Consejo de Estado.

El pliego de condiciones se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación. Es por lo anterior que, en tanto acto jurídico prenegocial, predispuesto las más de las veces unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, es susceptible de interpretación con arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia, sin olvidar que la naturaleza de acto unilateral predispuesto, implica que, respecto de dicho contenido, se deba aplicar a él las reglas de interpretación decantadas por la doctrina, cuando de condiciones generales se trata. (CE, Sentencia 12344-1999, Colom.)

Explicado lo anterior, el contenido del pliego de condiciones, desde los puntos de vista formal y material (o sustancial), deberá incluir algunos

---

<sup>5</sup> Lo dispuesto fue compilado en el Decreto 1082 de 2015, art. 2.2.1.1.2.1.3.

aspectos que se exponen a continuación. En primera medida, dicho contenido deberá contar con una descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato. Conforme a lo relativo al principio de la planeación, la entidad debe tener plena certeza acerca del bien o servicio que pretende contratar, de modo que, en el pliego de condiciones, la entidad debe incluir una descripción detallada del objeto por contratar junto con todas las especificaciones técnicas que correspondan, a los efectos de que los participantes en el proceso puedan formular sus ofertas de manera adecuada.

El pliego de condiciones es un acto administrativo, del cual se despliega su naturaleza jurídica, siendo este el mecanismo por medio del cual una entidad estatal establece las reglas a las que debe sujetarse todo aquel que desee participar en un determinado proceso de contratación con el Estado. Por esta razón, el pliego de condiciones es ley para las partes, siendo un elemento esencial que delimita y establece las reglas del proceso de selección en la contratación estatal.

En consecuencia, fijar las reglas de acuerdo con los estudios, planes y proyecciones precontractuales es de gran importancia para obtener la selección objetiva del contratista, evitando que se presente en el transcurso de la contratación un desequilibrio contractual y garantizando la igualdad de condiciones entre los oferentes. Ahora bien, es pertinente resaltar que estas reglas del pliego de condiciones se deben enmarcar dentro de unos parámetros objetivos, justos, claros y completos, teniendo correlación con los principios de la contratación estatal, como planeación, transparencia, igualdad, imparcialidad, responsabilidad, equilibrio contractual,

economía, eficacia, selección objetiva, interpretación de las reglas contractuales, entre otros<sup>6</sup>.

### **Las fortalezas de los pliegos de condiciones en el proceso de selección de licitación pública en el marco del contrato de obra**

Los pliegos de condiciones son documentos de carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales contratantes y para los partícipes de un proceso de selección que deseen contratar con el Estado colombiano. Al tener el carácter de obligatorio, se convierte en ley para las partes, que debe garantizar que se cumplan las reglas y condiciones descritas en él; por esta razón, los pliegos de condiciones garantizan que lo descrito en ellos se respete y se cumpla. A continuación, se enumerarán las fortalezas del pliego de condiciones en el contrato de obra.

#### ***La publicidad***

Una de las fortalezas del pliego de condiciones es que este acto administrativo emitido por las entidades estatales goza de un elemento importante: la publicidad del proyecto de pliego de condiciones. Es decir, este debe ser publicado para garantizar la igualdad de condiciones de todos y cada uno de los oferentes que estén interesados en participar de una selección de licitación pública. En este documento se informa y relacionan los requisitos habilitantes de capacidad jurídica, capacidad financiera y capacidad organizacional, requisitos que no están sujetos a puntaje para emitir concepto de la evaluación de los proponentes, sino que

---

<sup>6</sup> De acuerdo con la ley, antes de que un proceso de selección inicie, la entidad estatal deberá elaborar los estudios, diseños, proyectos y los pliegos de condiciones; cuando se trate de contratación de obra, la entidad deberá contar con los estudios y diseños, donde se puedan evidenciar los impactos que tendría el proyecto por realizar (Ley 1474 de 2011, art. 87, Colom.).

son exactamente requisitos para establecer la posibilidad de que un proponente esté habilitado o no para continuar en el proceso de selección.

Pachón (2014) ha señalado lo siguiente, en relación con factores que deben tener los proponentes para poder participar del proceso de selección en contratación con el estado:

Los factores exigidos a los oferentes en la convocatoria (capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera y capacidad de organización), se verifica con carácter eliminatorio de acuerdo con los requisitos fijados por la entidad pública convocante sin asignarles puntaje, para continuar el proceso con quienes los cumplan. (p. 61)

Por lo anterior, los requisitos habilitantes que se exigen a los proponentes pueden ser subsanados pues no adquieren puntaje. Pero si dentro del término que indica la ley estos requisitos no son subsanados, le corresponde a la entidad seguir con el proceso, con quienes sí superaron el cumplimiento de los requisitos que los habilita para continuar con el trámite de selección. Ahora bien, lo que sí requiere de puntaje dentro del proceso es la propuesta de los oferentes.

Por otra parte, al ser público el proyecto de pliego de condiciones, este puede ser objeto de observaciones emitidas por los oferentes interesados en la posible ejecución de un contrato con el Estado. Posterior a las observaciones, la entidad emitirá un documento de respuesta sobre esas observaciones al proyecto del pliego de condiciones; asimismo, existe la posibilidad de que los pliegos de condiciones sean modificados por medio de adendas.

El Consejo de Estado, sostiene lo siguiente:

La citada Ley 80 de 1993 estableció la autonomía de la entidad estatal para definir los requisitos y las formalidades que deben acreditar los proponentes con el fin de participar en el procedimiento de licitación

pública, pero desde su expedición la jurisprudencia ha advertido, con apoyo en los dictados de la citada Ley, acerca de la existencia de los límites que debe observar la Administración Pública, tanto en el momento de fijar los mencionados requisitos y formalidades dentro de los términos y condiciones del pliego como en el evento de declarar desierta la licitación en caso que ninguno de los proponentes cumpla con los requisitos o las formas establecidas, restricciones que se han identificado con base en el análisis de las disposiciones que regulan los principios de la contratación estatal, concretamente, los principios de economía, interpretación de las reglas contractuales y selección objetiva. (C.E., Sentencia 2000-02482, Colom.)

Por lo anterior, cuando la entidad estatal pretenda declarar desierto un proceso de licitación, debe ser por razones justificables. Por lo tanto, debe ser evidente el motivo por el cual las propuestas presentadas no cumplen con el deber de selección objetiva, por lo que es necesario que las entidades sean claras y objetivas en el momento de expedir el acto administrativo del pliego de condiciones, al establecer las condiciones y términos que deben cumplir los proponentes.

De acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado, si la entidad comete un error dentro del pliego de condiciones, y no es corregido o modificado por medio de adendas, debe respetarse lo que está escrito, salvo si existe alguna condición o requisito que vaya en contra de la ley o los principios de la contratación estatal. Ahora bien, no por errores que cometa la entidad dentro del pliego de condiciones puede declararse desierto un proceso de selección, pues es deber de la administración consignar dentro de este los requisitos que pretende exigir para obtener una selección objetiva, evitar un desgaste procesal y llegar a una declaratoria de desierto de un proceso de licitación.

## *Principios*

Otra fortaleza de los pliegos es que en ellos se enmarcan y establecen los requisitos y las condiciones que se pretende que cumplan los proponentes. Las entidades estatales deben relacionar todos los requisitos que ellos estimen oportunos, pero estos deben estar ajustados a las reglas y principios de la contratación estatal, pues no deben existir condiciones que sean de imposible cumplimiento para los proponentes o que violen la normativa.

Por lo anterior, se considera que otra de las fortalezas de los pliegos de condiciones es que se realizan con base en planeación, estudios y acciones derivadas de los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad y selección objetiva, con el fin de favorecer la administración en el momento de elegir la propuesta más beneficiosa para el cumplimiento de los fines del Estado, considerando que el pliego de condiciones se emite después de hacer un estudio previo y una planeación adecuada.

Al respecto, Amaya (2016) indica lo siguiente:

Por lo que se hace evidente, que el principio de la planeación de la contratación estatal colombiana se ha desarrollado normativamente por medio de una simbiosis de las normas aplicables a los demás principios efectivamente tipificados que regentan los procesos de la contratación estatal en el país, lo anterior a razón de la necesidad de garantizar los fines para los que se ha creado la contratación pública. (p. 112)

En concordancia con lo anterior, se estaría dando cumplimiento al principio de planeación, siempre y cuando este se vea manifestado en el pliego de condiciones, toda vez que es el eje central para que el proceso de contratación estatal se desarrolle de una manera eficiente, desde la etapa precontractual hasta la liquidación del contrato; por ello, este artículo

busca rescatar el valor supremo de este principio y su relevancia en el contrato de obra.

De acuerdo a la citación con Blanco y Leudo (2016, citado por Mesa y Muñoz, 2019).

El principio de planeación es un elemento indispensable en la Administración pública, hace parte integral de las actividades que ejerce el Estado sobre la sociedad y es un principio que determina el éxito o fracaso que este puede tener en cualquier actividad que adelante. Asimismo, es una etapa del proceso de selección muy importante porque este principio genera optimización de los recursos públicos, agilidad en las contrataciones que desea adelantar cada entidad, adquisiciones inteligentes y eficientes. La falta de la aplicación de este abre la puerta al despilfarro de recursos del erario y al incumplimiento de las funciones y fines del Estado. (p. 7)

Así las cosas, el principio de planeación está directamente relacionado con la necesidad que tiene el Estado de adquirir un bien, una obra o un servicio, motivo por el cual en el pliego de condiciones ya deben estar reflejadas las características del contrato, el objeto del contrato que se pretende ejecutar, las obligaciones, los requisitos habilitantes y las reglas objetivas, justas, claras y completas a las que se someten las partes de acuerdo con lo establecido en el pliego, que previamente han sido estudiadas, diseñadas y proyectadas. Estos parámetros serán de carácter vinculante para los intervinientes en el proceso de selección, para poder escoger objetivamente la propuesta que resulte más favorable para la administración pública.

Por otra parte, el principio de transparencia también juega un papel importante dentro de la contratación estatal, pues es otra de las fortalezas que debe estar prevista en los pliegos de condiciones y en su elaboración, ya que este acto administrativo funciona como una regla general en el

proceso de selección como en el proceso contractual cuando se adjudica la licitación. De este modo, el principio de transparencia consiste en que la entidad debe actuar conforme a las reglas y criterios establecidos por ella en el pliego de condiciones pues, si es la administración quien a libre disposición elabora el pliego, también será quien deba brindar seguridad a los oferentes y garantizar la imparcialidad frente a las distintas propuestas, para que de esta manera se escoja la propuesta más objetiva y beneficiosa para la entidad pública.

Para Quintero y Aguilar (2014):

El principio de transparencia involucra conceptos básicos, relacionados con principios como el de selección objetiva, contradicción, publicidad y moralidad administrativa, entre otros, a través de los cuales, se busca disminuir los índices de corrupción y garantizar que la transparencia enmarque la actuación de la administración pública. (p. 4)

En correspondencia con lo señalado, el principio de transparencia está encaminado a que los procesos de selección se encuentren enmarcados en los parámetros normativos de la contratación estatal; asimismo, busca que las entidades del Estado garanticen que los procesos de selección sean objetivos, justos e imparciales, donde lo que se evalúe corresponda con factores de precios, experiencias, calidad de los proveedores y, de esta manera, se obtenga la selección objetiva del proponente<sup>7</sup>.

### ***Selección objetiva***

Conforme a lo señalado de manera general, las fortalezas de los pliegos de condiciones en el contrato de obra radican en los principios de la

---

<sup>7</sup> Quintero y Aguilar (2014) sostiene que “el principio de transparencia, enfatizó que las reglas establecidas por la administración, deben ser claras y no inducir a error a los proponentes y contratista, garantizando que su participación en el proceso contractual, sea el resultado de una propuesta económica, financiera, y jurídicamente favorable, para las dos partes” (p. 10).

contratación estatal que les dan protección a las actuaciones de la contratación pública. Si estos principios son implementados en los diferentes modos de selección, la contratación estará blindada contra irregularidades, lo que daría como resultado la escogencia de la oferta más favorable en cumplimiento de las necesidades de la administración y cumpliendo a cabalidad con los fines esenciales del Estado, para obtener la escogencia del contratista bajo el principio de selección objetiva.

Al respecto, Hernández et ál. (2019) señalan lo siguiente:

El mismo legislador define como selección objetiva, aquella en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. Y entiende la ley por ofrecimiento más favorable, aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo algunos de ellos, el más bajo precio, o el plazo ofrecido. (p. 10)

En relación con las fortalezas que nos ofrecen los pliegos de condiciones, podemos concluir que están directamente relacionadas con la aplicación efectiva de los principios de la contratación estatal. Por eso, en Colombia se han creado algunos manuales y guías para la correcta elaboración de pliegos de condiciones y para la ejecución de los procesos de selección, con el objetivo de que exista mayor asistencia de oferentes que libremente puedan concurrir a los procesos de selección, en igualdad de condiciones y oportunidades, recibiendo el mismo procedimiento, sin la existencia de

tratos diferenciales o la escogencia de los contratistas por capricho de las entidades públicas.

Sería ideal que el gobierno atendiera todos los mecanismos para erradicar la corrupción. De acuerdo a esto, Martínez y Ramírez (2006) manifiestan lo siguiente:

El gobierno asegura la transparencia en la designación de las condiciones y el proceso de adjudicación, así como la seguridad de que los burócratas que manejan el proceso no estarán tratando de sacar partido de la situación. Las compañías prometen no ofrecer comisiones y que denunciarán a los empleados que traten de extorsionarlos a ellos o a sus competidores. La idea es que todas las compañías tengan la seguridad de que sus competidores no estarán tomando ventajas y que, en consecuencia, se reduzcan los costos derivados de las prácticas corruptas. De esta manera, los incentivos a llevar a cabo prácticas corruptas se reducen y empieza a crearse un sistema más transparente. Parte del compromiso son las sanciones, si hay violación del acuerdo. (p. 160)

Con respecto al principio de igualdad, Colombia Compra Eficiente ha desarrollado una síntesis normativa y jurisprudencial de la etapa precontractual en la contratación estatal de Colombia, exponiendo al respecto esto:

Por ende, este principio implica, entre otros aspectos, que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones; otorgar un plazo razonable para que los interesados puedan preparar sus propuestas (No. 5 artículo 30 de la Ley 80 de 1993); la prohibición de modificar los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación, y como contrapartida que los proponentes no puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas (No. 8 art. 30 ídem); dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la

administración; aplicar y evaluar las propuestas bajo las mismas reglas y criterios, verificando que todas las propuestas cumplan con los requisitos y condiciones establecidas en los pliegos, sin que puedan rechazarse ofertas por elementos u omisiones no sustanciales e irrelevantes, y la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso. (Colombia Compra Eficiente, s. f.)

Ahora bien, como lo hemos señalado, los pliegos de condiciones inicialmente surgen de un acto prenegocial que se realiza antes de la celebración del contrato que se pretende ejecutar, de carácter vinculante y obligatorio para la entidad estatal que lo expide, por medio del cual la entidad estatal invita a los diferentes proponentes para que le presenten propuestas en las condiciones fijadas en aquel documento.

#### ***Pliego de condiciones como marco normativo***

Así las cosas, debe destacarse la importancia y fortaleza del pliego de condiciones en los procesos de contratación de obra que adelanta la administración pública, en cuanto a que constituye el marco normativo que regula o disciplina, en especial, la licitación pública. Por ende, las disposiciones en él contenidas son de carácter vinculante tanto para la administración como para los participantes en el procedimiento de selección y también para el contratista que resulte adjudicatario de la licitación de obra, de donde se destacan las fortalezas y el carácter obligatorio que le asiste al pliego de condiciones, dándole herramientas a los proponentes que facilitan la conformación de requisitos idóneos para la participación en el proceso, sumado a la oportunidad amplia en términos de actuación durante la etapa previa, que le permite al proponente tener en días hábiles perentorios la oportunidad de construir su propuesta.

Por eso, Chavarro (2016) manifiesta lo siguiente:

En los pliegos de condiciones a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, que aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación, c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato. d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren. e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados. (pp. 75-76)

### ***Adjudicación y fines del Estado***

Por último, una fortaleza del pliego de condiciones es que, una vez la entidad estatal ha determinado la necesidad que pretende satisfacer, así como el objeto del contrato de obra y la modalidad de selección que corresponde, en este caso licitación pública, luego del agotamiento de la etapa previa de planeación debe determinar los criterios o factores de escogencia de las ofertas con fundamento en los cuales evaluará y calificará las propuestas de aquellos oferentes habilitados, con el propósito de seleccionar la más favorable para la entidad y los fines que ella persigue.

Por tal razón, Galvis (2016) manifiesta lo siguiente:

Por ello, no puede concebirse un escenario de libre competencia, en el cual la adjudicación de un contrato no sea el resultado de una pugna entre los proponentes, sino de una maniobra fraudulenta, en la que mediante un acuerdo anticompetitivo los coludidos aumentan sus posibilidades de resultar seleccionados. (p. 183)

De acuerdo con Galvis (2016), las entidades estatales deben realizar una adjudicación de contratos con base en la estipulación de requisitos habilitantes idóneos, además de verificar la experiencia que le permite a la entidad evaluar la capacidad de los proponentes garantizando la escogencia que le permitirá la debida y correcta ejecución del contrato, así como la efectiva aplicación de los principios de la contratación estatal. Esta es una gran fortaleza de los procesos de selección y de los pliegos de condiciones, porque relacionan los requisitos que deben cumplir los oferentes para, posteriormente, ser evaluados y, de esta forma, realizar la debida escogencia del contratista.

De acuerdo con lo anterior, Araujo (2011) indica lo siguiente:

La Ley 1150 de 2007 se ha generado una verdadera distinción para efectos de la evaluación de las propuestas entre los requisitos de la oferta y aquellos que se predicen del proponente, bajo la construcción de un sistema de filtros que ha sido conocido coloquialmente como el procedimiento pasa - no pasa. Este sistema divide el proceso de evaluación en dos etapas: la primera, de verificación de cumplimiento; y la segunda, de evaluación de las ofertas de aquellos que hayan superado el primer filtro. Bajo esa perspectiva, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, “la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización del proponente serán objeto de verificación de cumplimiento”, es decir, que no otorgarán puntaje y constituyen lo que podría llamarse el “boleto de entrada” para que la oferta presentada por los diferentes proponentes sea evaluada. (p. 124-125)

## **Las deficiencias de los pliegos de condiciones en el proceso de selección de licitación pública en el marco del contrato de obra**

Los pliegos de condiciones también tienden a presentar deficiencias a la hora de implementarse en la licitación pública, debido a que las entidades olvidan por completo que lo dispuesto en estos documentos son las reglas de los procesos de selección y, en ocasiones, se apartan de lo que allí está regulado, ocasionando que en la contratación estatal de Colombia resulten dificultades para ejecutar los contratos, y que en muchas ocasiones terminen en pleitos jurídicos. A continuación, identificaremos las deficiencias de los pliegos de condiciones en el contrato de obra.

### *Inaplicación de los principios de la contratación estatal*

Una de las deficiencias de los pliegos de condiciones radica en la no aplicabilidad de los principios de la contratación pública en los procedimientos o etapas. Por esta razón, previo a dar inicio a un proceso de selección, es necesario realizar el estudio y planeación del objeto por contratar, así como establecer cuáles serán los requisitos que se plasmarán en el pliego de condiciones, los términos para la ejecución de cada etapa, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, obedeciendo a la obligación de tener la elección final de un contratista, posterior a cumplir cada uno de los requisitos que la entidad estatal ha manifestado. Ahora bien, cabe la posibilidad de que en los procesos de selección pueda llegar a declararse un proceso desierto, pero esta no es la finalidad cuando se realiza la apertura de selección para contratar con el Estado.

Asimismo, la violación o inaplicabilidad de los principios en la contratación estatal conlleva que algunos oferentes queden insatisfechos con las decisiones que toman las entidades contratantes, debido a que los procesos se convierten en un interés particular de las entidades y se olvidan de dar cumplimiento a una selección objetiva, dilatando los

términos del proceso, evaluando a los proponentes fuera de lo establecido en los pliegos de condiciones, desdibujando las características de las reglas justas, claras y objetivas, y dando como resultado una violación al debido proceso y a los principios de la contratación estatal.

Es claro que en Colombia existen irregularidades y desconocimiento de los principios de la contratación pública, por lo que de acuerdo con el artículo publicado por el periódico *El País*, intitulado “¿Qué hay detrás de los enredos en la Contratación en Colombia?”, se concluye lo siguiente:

En el fondo de todo, coinciden la ingeniera Espinosa y Caicedo Ferrer, está la connivencia entre contratación y política, que genera el círculo vicioso de particulares que patrocinan costosas campañas políticas, con la promesa del candidato de que una vez elegido retribuirá ese apoyo a través de contratos públicos. (Red Medios Colprensa y Unidad investigativa de El País, abril 19 de 2015, párr. 2)

De acuerdo con las deficiencias que se presentan en la contratación estatal, el legislador ha tenido que expedir diferentes leyes, decretos reglamentarios y demás normas para poder dar solución a los problemas de la contratación, a tal punto que se creó un estatuto anticorrupción, lo que deja entrever que lo que no permite que la contratación estatal sea ejecutada a la luz de la norma y de los principios es la corrupción de las entidades del Estado colombiano.

Al respecto Chaves-Villada (2015) manifiesta lo siguiente:

Evidentemente, este desbalance en la organización de los procesos de contratación afecta ostensiblemente el debido proceso que se aplica a las actuaciones administrativas de la actividad precontractual, ya que a los particulares no les es posible conocer con claridad en qué forma se orientara la decisión del Estado. (p. 121)

### *Indebida planeación y competencia desleal*

Otro factor determinante que atenta contra los principios, que consideramos como deficiencia en los pliegos de condiciones, es la inaplicabilidad directa de la planeación y la competencia desleal, puesto que las entidades estatales monopolizan los mercados de los contratistas. Como resultado de ello, siempre escogen los mismos contratistas para ejecutar los proyectos y contratos estatales. Lo anterior se da principalmente porque elaboran los pliegos de condiciones de tal forma que solo cumplan y se enmarquen en las condiciones determinados oferentes, favoreciendo, no a la administración pública y los fines del Estado, sino por el contrario a las propuestas en las que tienen intereses particulares, deficiencia que se refleja en la elaboración de los pliegos de condiciones.<sup>8</sup>

El Consejo de Estado, hace referencia a lo siguiente:

Con base en el análisis de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que será presentada de manera esquemática en la presente providencia, la Sala identifica los siguientes supuestos en los cuales procede la decisión de nulidad del acto que declara desierta la licitación pública bajo las reglas de la Ley 80, cuando se comprueba que la regla de asignación de puntaje para adjudicar o declarar desierta: i) no fue establecida o definida en forma clara, completa y equitativa; ii) fue modificada en el momento de su aplicación; iii) se estableció con fundamento en criterios distintos de los fijados para selección objetiva, o

---

8

[...] Ahora bien, para evitar la competencia desleal, en concordancia con el principio de igualdad que debe primar sobre la contratación estatal en general, se debe garantizar un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la Administración (Llano, 2013). (Mesa y Muñoz, 2019, p. 13)

en uno sólo de ellos; iv) la regla de adjudicación era imposible de cumplir; v) su aplicación hacía nugatorio el derecho a una utilidad en la ejecución del contrato y, vi) la postura del proponente frente a la regla definida fue contraria a la buena fe exigida en el procedimiento de contratación. (CE, Sentencia 2005-00214, Colom.)

De acuerdo con las causales por las cuales se puede declarar la nulidad del acto administrativo, mediante el cual la entidad declara desierto un proceso de selección de contratación pública, es evidente que dicha corporación se refiere a las deficiencias que tiene la contratación pública en nuestro país; por esta razón, se considera un deber de la entidad pública establecer de manera idónea, concreta, clara y equitativa, todas aquellas reglas en el pliego de condiciones, donde no exista algún tipo de duda o mala fe, para que los proponentes no puedan cumplir con los requerimientos relacionados en el pliego de condiciones.

En concordancia con lo dispuesto, Figueroa et ál. manifiestan lo siguiente:

Los requisitos son de imposible cumplimiento, por tanto se ve el direccionamiento a un solo proponente y varios oferentes para evitar el desgaste de lo que conlleva preparar una propuesta se abstienen de acceder a la contratación. Otro método de abstención, se materializa cuando algún oferente en su derecho de acceder a la administración de justicia por el medio de control de controversias contractuales o nulidad y restablecimiento del derecho, demanda al Estado por algún proceso de contratación y está arremetiendo contra él, por medio de su facultad de planeación no permite que este oferente pueda participar en algún proceso contractual. (pp. 11-12)

Asimismo, las condiciones del pliego no pueden ser modificadas. Solamente se podrán generar adendas en el término estimado por la ley, no posterior a cuando se realiza el cierre de las convocatorias de ofertas, ni mucho menos cuando se vaya a dar aplicación del pliego, pues los

participantes que actúan en el proceso de selección deben conocer plenamente las reglas del proceso.

También es procedente la nulidad cuando la entidad, por capricho, fundamenta su decisión en criterios distintos a la selección objetiva, pues allí se estaría afectando todo el proceso de selección, que debe estar enfocado en escoger la propuesta más objetiva, que permita satisfacer el interés de la administración pública y sus necesidades.

Ahora bien, en este texto hemos mencionado la importancia de la planeación en la contratación estatal, desde la etapa precontractual hasta el momento de ejecución del contrato y, der ser posible, también en la etapa poscontractual, teniendo en cuenta que de una buena planeación se obtendrá una disposición e inversión transparentes de los recursos del Estado, con el objetivo de que se suplan las necesidades conforme a los fines del Estado, en pro del bienestar de la sociedad en general.

Por eso, la planeación se ve reflejada en la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, que debe ser publicado para que sea sometido a observaciones por parte de los oferentes si fuere el caso, y permitir que todos los partícipes se encuentren en igualdad de condiciones, estableciendo objetivamente la necesidad por contratar y las condiciones que deberá cumplir el futuro contratista.<sup>9</sup>

Por esta razón, Aponte (2014) manifiesta lo siguiente:

---

<sup>9</sup> Desde el enfoque jurídico, la planeación es un asunto en apariencia preliminar a la contratación de obras públicas, pero la práctica demuestra que también es un asunto liminar, entre los estudios previos que plantean los términos de referencia del contrato en su dimensión objetiva y el modo fáctico correspondiente al cumplimiento contractual, que va paralelo al desarrollo y entrega a satisfacción de las obras contratadas. Esto incluye una dimensión posliminar respecto a la obra pública terminada, pues la garantía, su durabilidad en condiciones de funcionamiento adecuado, sostenibilidad económica e incluso para minimizar lo que el desarrollo industrial de la obra pública genera como impacto ambiental y social, son aspectos que se deben contemplar en el correcto empleo de los recursos públicos.

Todo lo anterior, bajo criterios de atender lo prioritario, evitando obras suntuarias, inconclusas o denominadas coloquialmente como “elefantes blancos”, y además pondrá como base del sistema de contratación pública la defensa de los recursos naturales, la cultura nacional, la diversidad biocultural en condiciones de equidad y armonía social, atendiendo las necesidades de la población más vulnerable. Se basará en un seguimiento técnico precontractual, contractual y poscontractual que garantice que las obras cumplan con mínimos de eficiencia y calidad para que el gasto público sea una inversión y no un despilfarro, dentro de marcos de legalidad, transparencia, publicidad y lucha contra la corrupción, evitando el detrimento patrimonial del Estado y el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos y particulares. (p. 193)

Conforme a lo anterior, vemos que la realidad en Colombia es que la planeación y aplicación de los principios de la contratación estatal en ocasiones se violan, con el fin de suplir los intereses particulares de las entidades.

#### ***Actuar indebido de las entidades estatales***

Otra deficiencia de los pliegos de condiciones es que, en algunas ocasiones, no relacionan ni establecen claramente la forma como evaluarán las propuestas en los procesos de contratación estatal, teniendo en cuenta que, cuando los proponentes requieren o solicitan documentos de las diferentes propuestas que participan en los procesos de selección, las entidades estatales se excusan en que los documentos tienen reserva legal, generando una deficiencia e ineficacia en el actuar de las entidades, negando la oportunidad de que los oferentes realicen las observaciones pertinentes a los informes de evaluación, favoreciendo a algunos proponentes, puesto que no se deja expresamente señalado en los pliegos de condiciones el término que existe para controvertir las propuestas de los demás, reflejando a la luz la vulneración del principio de selección objetiva.

Bahamón (2018) indica que, de acuerdo con lo manifestado por el Consejo de Estado:

El principio de selección objetiva de los contratistas “fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal” y tiene una doble naturaleza como deber-regla de conducta que orienta los procesos de selección contractual. Sin embargo, para otros autores, no constituye un principio, sino un deber jurídico claramente delimitado. Édgar González sostiene: [...] la selección objetiva no es un principio, sino una finalidad instrumental del proceso contractual; vale recordar que el fin corresponde a la aspiración que se quiere llegar, mientras que el principio supone los pensamientos generales normativos que han orientado la labor del legislador o que prescriben que un valor o un bien jurídico debe ser realizado en la mayor medida que resulte posible. (pp. 22-23)

La vulneración del principio de selección objetiva es evidente cuando la entidad establece en los pliegos de condiciones de obra escenarios que contrarían la identificación de requisitos y criterios que no sean claros, precisos u objetivos, lo que genera desigualdad entre los proponentes. Por eso, no es posible establecer requisitos o criterios ambiguos, que no sean esenciales para la comparación objetiva de las ofertas, es decir, que no ofrezcan un valor agregado al objeto de la contratación o no permitan ponderar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la administración.

Salamanca (2015) indica lo siguiente:

Con este se pretende igualmente proteger el patrimonio económico escogiendo la mejor propuesta a través de los diferentes mecanismos de selección (licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos etc.) y mediante los cuales no se escoge la más económica o más barata si no que se tiene en cuenta la más favorable que implica la evaluación de

una serie de factores jurídicos financieros por mencionar algunos previamente estatuidos por la entidad en sus pliegos de condiciones.  
(p. 18)

Tampoco es posible que una entidad establezca en el pliego de condiciones requisitos que son innecesarios o imposibles de cumplir por los proponentes. Los criterios establecidos en los pliegos de condiciones deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos.

### ***Desconocimiento de los requisitos susceptibles de subsanación***

Por otra parte, tal y como se ha planteado en anteriores oportunidades, los pliegos de condiciones tienen implícitas las reglas y requisitos que deben cumplir los oferentes en un proceso de contratación estatal. Para nuestro caso en concreto, en las licitaciones de obras públicas, estas propuestas podrán ser subsanadas, con el fin de que aquellos proponentes que no cumplieron a satisfacción con lo solicitado en el proceso lo puedan subsanar o corregir dentro del término que establece la ley, y sobre aquellos temas que no tenga incidencia con el puntaje para la escogencia del contratista.

Para Correa et ál. (2016):

Uno de los fines del principio de Subsanaibilidad se enmarca en garantizar la transparencia, celeridad, eficiencia y eficacia en el proceso contractual y por ello conforme a la norma ya citada, son subsanables todos aquellos requisitos o documentos, no necesarios para la comparación de las propuestas, pero no existe claridad suficiente acerca de qué clase de requisitos son subsanables o no. Esta incertidumbre ha propiciado que muchos agentes estatales interpreten o apliquen criterios subjetivos a la hora de decidir o aceptar el saneamiento de una oferta en el uso de esta regla. Tal duda permite a las entidades estatales que acomoden los pliegos de condiciones para favorecer a determinado

oferente y por esta vía descalificar automáticamente a otros proponentes que, inclusive, puedan presentar una oferta más favorable. Esa permisividad surgida de la duda contribuye a beneficiar de manera soterrada a un oferente mediante la exigencia de requisitos no necesarios para la comparación de la oferta, pero a los cuales se les asigna puntaje y en estas condiciones la transparencia pasa a un segundo plano dándole paso a favoritismos indelicados en el proceso de selección. (p. 3)

Conforme con esto, la etapa de subsanación de las ofertas es un derecho que tienen todos los oferentes dentro de los procesos contractuales con el Estado, pero muchas veces se convierten en armas de doble filo, teniendo en cuenta que las entidades del Estado en ocasiones no saben cuáles requisitos son subsanables y cuáles no, siendo esta una deficiencia de los pliegos de condiciones.

De acuerdo con lo anterior, González (2019) indica lo siguiente:

Por su parte, Dávila (2016, p. 336), en el libro titulado *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, reiteró que lo subsanable es lo que no de puntaje y agrega que las entidades no pueden crear causales de rechazo que no estén contempladas en la ley y que de fondo busque rechazar a un proponente por alguna situación de forma que se pueda subsanar, así mismo, señala que lo subsanable es el documento allegado al momento de presentar la propuesta. (p. 14)

### ***Requisitos de imposible cumplimiento***

Ahora bien, otra de las deficiencias notorias es la inoperancia legal de la aplicación del pliego de condiciones, en cuanto al cumplimiento de las reglas de difícil interpretación y los requisitos que conllevan una baja participación de oferentes (Echeverry y Díaz, 2016) en la declaratoria desierta, correspondiendo a reglas subjetivas, lo que claramente puede evidenciarse en la no concordancia entre los pliegos de condiciones y el contrato que resulte de la culminación del proceso selectivo.

Por lo anterior, la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigido por la entidad deja entrever que existen intereses particulares de por medio, motivo por el cual es importante que todas aquellas condiciones que se relacionan en el pliego sean razonables para su posible cumplimiento, debido a que en muchas ocasiones en los pliegos se relacionan reglas que resultan engañosas, en el momento de la ejecución del contrato. Esta es una de las deficiencias que puede presentarse en el actuar de la entidad pública, o cuando pretenden hacer cumplir una regla del pliego de condiciones que sea contraria a los principios, buena fe y las leyes, generando problemas jurídicos en nuestro país.

Sin embargo, entre el pliego de condiciones y el contrato pueden existir discrepancias justificadas, evitando viciar el negocio jurídico, contrario a lo que comúnmente pasa, al establecer condiciones de difícil cumplimiento, para que los interesados desistan de participar y, una vez adjudicado el proceso, modifica las condiciones en el texto contractual.

Al respecto, Pino (2005) indica lo siguiente:

La finalidad primordial de incorporar en el estatuto esta previsión normativa –la ineficacia de pleno derecho– es evitar que los procesos selectivos terminen con un acto que los declare desierto. En efecto, el legislador ha dotado a las entidades estatales de esta herramienta jurídica con el propósito de llevar a feliz término un proceso selectivo; todo lo anterior, con el fin no solo de satisfacer la necesidad que se pretende solventar a través del contrato, sino también de evitar el desaprovechamiento del despliegue administrativo que supone la realización de un procedimiento de esta naturaleza. Bajo esta perspectiva, considero que las entidades estatales podrán definir positivamente la suerte del proceso si los criterios ajustados a la normativa vigente le permiten seleccionar a una persona adecuada para cumplir la prestación. (pp. 187-188)

Es claro que con esto lo que se evita es el desgaste procesal en aplicación a la interpretación de los pliegos, situación contraria que se evidencia en los procesos de selección en la proyección de los pliegos de condiciones, donde las reglas no son justas ni recíprocas a la finalidad y satisfacción de la necesidad de la entidad, corroborando la vulneración del principio de planeación. Colombia Compra Eficiente también ha establecido, mediante una guía, la elaboración justa de las reglas de los pliegos, situación notoria que desconocen las entidades públicas a la hora de proyectar un pliego de condiciones en el contrato de obra, puesto que son las entidades quienes se encargan de establecer requisitos habilitantes y ponderables difíciles de cumplir, evidenciando el interés particular de beneficiar a un solo proponente.

**Propuestas de solución frente a las deficiencias de los pliegos de condiciones en el proceso de selección de licitación pública en el marco del contrato de obra**

*Propuesta de solución a la inaplicación de los principios de la contratación estatal*

Como lo planteamos en el subtema anterior, la inaplicación de los principios en temas de contratación estatal, puntualmente en el desarrollo y elaboración de los pliegos de condiciones en el proceso de selección de licitación pública, en el marco del contrato de obra, es una deficiencia que puede ser solucionada fácilmente, si en el marco de los procesos contractuales se aplicaran en debida forma todos los principios esenciales en la contratación estatal.

Rico (2015) manifiesta lo siguiente:

De conformidad con lo anterior, la aplicabilidad del principio de transparencia se desarrolla en su mayoría dentro de la etapa

precontractual, pues es en esta etapa donde se hace más necesario que los proponentes tengan claridad de los requisitos solicitados en los procesos de selección de su interés, es en la etapa donde se da la oportunidad para controvertir requisitos de los procesos y la obligación de las entidades de dar respuesta y hacer los ajustes pertinentes a los pliegos de condiciones. (p. 24)

Ahora bien, el estatuto de la contratación estatal y todas aquellas normas dirigidas a orientar y regular los procesos contractuales en Colombia han dejado en claro que es necesario que también se apliquen en debida forma los principios, como base fundamental en todo proceso de selección, por lo que es deber de las entidades estatales respetar los principios, tanto los de contratación estatal como aquellos generales del derecho, pues estos hacen parte de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

Para Orrego (2013):

La aplicación de los principios en materia contractual va más allá de la mera selección objetiva del contratista, es decir, los principios generales del derecho, los que hagan parte de la Constitución o de una ley, han de ser apreciados en todas las etapas de la contratación estatal y no sólo en el momento de la selección del contratista. Es decir que, postulados como la buena fe, la prevalencia del interés general, el debido proceso, la transparencia y la responsabilidad, entre otros, deben ser desplegados en cada una de las etapas del trámite contractual. (p. 39)

Ahora bien, dicho lo anterior, el desconocimiento de los principios en la contratación estatal afectaría la etapa previa y el mismo contrato estatal, por lo que es de suma importancia que, en la realización de los pliegos de condiciones, se apliquen correctamente los principios para que el proceso contractual concluya en la debida escogencia del contratista y la ejecución efectiva del contrato.

Con relación a la debida aplicación de los principios, los pliegos de condiciones deberán estar elaborados de tal forma que, al ser un acto administrativo sobre el cual se establecen todas las reglas y requisitos que tendrá el proceso precontractual y contractual, deberán ajustarse a unas condiciones objetivas, justas, claras y completas, materializando los principios de planeación y transparencia contractual, para que se garantice la selección objetiva entre los oferentes.

Al respecto, el Consejo de Estado manifiesta lo siguiente:

Los pliegos de condiciones son clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general.<sup>10</sup> (CE, Sentencia 1998-00833, Colom.)

#### ***Propuesta de solución a la indebida planeación y competencia desleal***

Al ser una deficiencia de los pliegos de condiciones la indebida o la no aplicación del principio de planeación, es importante recalcar que las entidades estatales, a fin de solucionar este obstáculo de los procesos de selección en los contratos de obra, deberán planear, previo al inicio de las etapas contractuales, cada una de las actividades o proyectos por

---

<sup>10</sup> De igual forma, en relación con las herramientas, instrumentos o criterios hermenéuticos aplicables en materia contractual, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, consagra que, en esa perspectiva, con arreglo a la Ley 80 de 1993, se estableció un sistema de contratación estructurado en una nomoárquica que garantiza la aplicación de los postulados de la función administrativa del artículo 209 constitucional, los relativos a la contratación privada —civil o comercial—, los generales del derecho y los del derecho administrativo. Como se advierte, toda la actividad contractual de la administración pública se rige por un plexo jurídico bastante amplio que permite la integración de principios de derecho público con aquellos predicables del derecho privado, de conformidad con la norma de integración del inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según el cual: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”.

desarrollar de acuerdo con sus necesidades y la disponibilidad de recursos con los que cuenta, de modo que suplan las necesidades de los administrados. Por lo anterior, deberá realizar un estudio del mercado y de los oferentes, con el fin de ejecutar sus recursos de manera eficiente y eficaz.

Al respecto Jauregui et ál. (2018) manifiestas lo siguiente:

Por ende, el principio de planeación implica una responsabilidad de la entidad pública al momento de contratar, es decir, realizar estudios previos para determinar la capacidad presupuestal y administrativa para la ejecución del contrato. Así se podrán establecer las estipulaciones necesarias para ejecutar el contrato conforme a la Constitución y la Ley, estableciendo las condiciones pertinentes para llevar a feliz término la labor contratada, y ante todo respetando el interés general. (p. 9)

Para complementar lo anterior, cuando se aplica en debida forma el principio de planeación, las entidades estatales también les darían aplicabilidad a lo demás principios, puesto que de una debida planeación se desencadena la transparencia, la economía, la eficacia, la legalidad, la libre concurrencia y la selección objetiva, dentro de los procesos de licitación pública en el contrato de obra. Por lo tanto, es de gran importancia que en la elaboración del prepliego y de los pliegos de condiciones se vea reflejada la planeación del objeto por contratar, la disponibilidad de los recursos, los estudios del mercado y, de este modo, se obtenga la mejor oferta para la ejecución del contrato.

Por otra parte, tratándose de la competencia desleal como una forma de corrupción, Lara (2012) manifiesta lo siguiente:

La corrupción se enfrenta con el fortalecimiento de los valores morales, éticos, cívicos y solidarios de nuestra sociedad a través de la familia, célula básica de la misma, de los entes educativos, de los medios de

comunicación social, de los partidos políticos, de la Iglesia, de los gremios profesionales y de trabajadores, y mutuo y la solidaridad, en el entendido de que lo público es para el bien de todos. (p. 27)

Como corolario de lo anterior, también planteamos como deficiencia en la elaboración de los pliegos de condiciones la competencia desleal.

Anteriormente mencionamos que la forma más adecuada de dar fin a esta problemática es por medio de la aplicación de todos los principios, debido a que, si atacamos la corrupción que enfrenta la contratación pública en nuestro país, desde la debida aplicación de la objetiva selección, el debido proceso, la transparencia, la igualdad de condiciones y demás principios, acabaríamos con la costumbre de que en todos los contratos existan intereses particulares o personales, que se ven reflejados en la elaboración de pliegos de condiciones dirigidos solo para que cumplan proponentes específicos, quienes son escogidos para ejecutar los recursos de la nación.

Con relación a lo anterior, Ávila y Olarte (2017) indican lo siguiente:

El Estado colombiano el cual se encuentra impregnado por la corrupción, en busca de una reforma integral para dar mayor transparencia en sus actuaciones contractuales, introdujo una serie de elementos y criterios, encaminados a proteger el interés general, sobre el interés particular, generando de esta forma una mejoría sustancial en los procesos de selección de la contratación. En este marco normativo se introdujo el principio de transparencia. (p. 43)

Como pilar fundamental de la contratación estatal, y para evitar la competencia desleal, es necesario que en los procesos, en especial en la elaboración de los pliegos de condiciones, prevalezca la imparcialidad, la objetividad, la proporcionalidad y la licitud de estos documentos que son el marco normativo y reglamentario de los procesos de selección<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Como lo sostienen Ávila y Olarte (2017):

### *Propuesta de solución al actuar indebido de las entidades estatales*

Otra de las deficiencias de los pliegos de condiciones es el actuar indebido de la administración en la realización de estos actos administrativos, que serán el instrumento por el cual se registrará todo el proceso de selección para contratar una obra en cabeza del Estado. Por lo anterior, se hace necesario, con el fin de dar solución a esta actuación, que los pliegos de condiciones se elaboren de tal forma que permitan que los recursos que invierte la administración sean destinados debidamente para satisfacer los fines esenciales y las necesidades de los administrados.

Al respecto Murillo et ál. (2019) manifiestan lo siguiente:

Si bien a través del Congreso de la República se ha generado la normativa en materia de contratación enmarcada en el principio de transparencia, así como sobre el instrumento del Registro Único de Proponentes, la jurisprudencia señala que en los casos en que la Administración celebra negocios jurídicos encaminados al logro de intereses colectivos, esta tiene unas restricciones en aspectos como la elección de los contratistas, ya que dicho procedimiento no debe realizarse de forma libre por la autoridad, sino que debe cumplir con las formalidades que establece el legislador para la selección, de manera que se garantice una deliberación enmarcada en los principios de transparencia, libre concurrencia, igualdad, economía, celeridad, eficiencia y eficacia, así como el aseguramiento de la oferta más conveniente a los fines del interés público. (p. 15)

---

Es claro que el principio de transparencia se materializa por medio de la selección objetiva de contratista, pero es necesario generar elementos y procedimientos, que permitan que dicha objetividad se consolide (pliegos de condiciones imparciales y reales). En ese orden de ideas, deben generarse mecanismos idóneos que permitan la ejecución con transparencia de los procesos de selección. (p. 43)

En concordancia con lo anterior, de acuerdo con el actuar indebido de las entidades, también es necesario que al interior de las instituciones prevalezca el interés colectivo, el interés social, para obtener una selección objetiva de contratistas, y que se elaboren los pliegos de condiciones, con el fin de que exista igualdad de condiciones para los proponentes.

Al respecto Bueno et ál. (2019) indican lo siguiente:

Si bien es loable que se creen diferentes estrategias para combatir la corrupción desde el ámbito de la contratación, las mismas deben no simplemente ser de forma, sino de fondo, donde realmente se involucre a las entidades de control y se conmine a que no simplemente el proceso de contratación sea transparente, sino que en la ejecución también exista forma de ejercer control y vigilancia, en otras palabras; que se si van a realizar reformas, las mismas sean de fondo y no de forma, que involucren no solamente la etapa precontractual, sino todas las etapas de ejecución contractual. (p. 19)

De acuerdo con lo señalado por los autores, es necesario que, al ser el pliego de condiciones el que rige el contrato de obra, este sea diseñado en pro de garantizar una contratación transparente y eficiente, donde también se vean involucradas las entidades de control.

Ahora bien, Vásquez manifiesta que, “en otras palabras, un problema tan común como la corrupción parece estar más justificado en las debilidades e imperfecciones de la norma que en el preeminente actuar doloso de quien emprende la contratación a nombre del Estado” (p. 88). Por eso, sería necesario que las leyes anticorrupción en nuestro país sean más fuertes, pues al endurecer las sanciones para los corruptos, de alguna u otra manera, la corrupción podría disminuir; no obstante, es preciso advertir que el actuar indebido de la administración también tiene su naturaleza en la falta de moralidad de las personas y agentes del Estado.

### *Desconocimiento de los requisitos susceptibles de subsanación*

Otra deficiencia señalada es el desconocimiento tanto de las entidades estatales como de los proponentes de aquellos requisitos que son susceptibles de subsanación, problemática que debe ser resuelta describiendo claramente cuáles son los requisitos que admiten ser subsanados y en qué términos, con la finalidad de que los pliegos de condiciones sean prácticos, de fácil manejo y entendimiento para los partícipes de los procesos de selección.

Para Zarate (2018) afirma que la ley:

Establece que son subsanables “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para comparar propuestas”. Ahora bien, la norma reitera que todo lo que no tiene puntaje es subsanable, por lo que pareciera que con esa reafirmación la norma desvirtúa los matices que había dado la jurisprudencia, cuando en realidad lo único que esta disposición hace es establecer un límite temporal para subsanar y prohibir por ley la demostración de condiciones adquiridas con posterioridad al cierre del proceso. A partir de la reforma de enero de 2018, los proponentes deberán subsanar aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje hasta el término de traslado del informe de evaluación. (p. 4)

Teniendo en cuenta que muchas veces los pliegos de condiciones no presentan claridad sobre los requisitos susceptibles de subsanación, además que las entidades estatales malintencionadamente elaboran pliegos de tal forma que creen confusión en los proponentes, o elaboran cláusulas discriminatorias con el fin de evitar la libre competencia y la igualdad entre los oferentes, se han creado pliegos tipo, con el objetivo de dar solución a esta deficiencia y blindar los procesos de corrupción, para

que exista transparencia y objetividad en las adjudicaciones de los contratos (Palomares y Calonje, 2015).

Por su parte, en relación con los requisitos de los pliegos de condiciones, López (2019) manifiesta lo siguiente:

Al respecto, el órgano de cierre de lo contencioso administrativo advirtió que las cláusulas del pliego de condiciones deben sujetarse al objeto contractual y son válidas solo en la medida en que con ellas se pueda satisfacer, de manera real, el interés de la Administración, es decir, que deben ser útiles y necesarias para que permitan efectuar una comparación de los aspectos sustanciales de las ofertas presentadas y, así, poder elegir la más favorable. (pp. 282-283)

En concordancia con lo anterior, también debe tenerse en cuenta hasta qué etapa o momento es permitido realizar el proceso de subsanación de los requisitos (Humbarita, 2015); por tal motivo, las entidades deberían estipular dicho término en los pliegos, con el fin de evitar confusiones y garantizar la efectividad del proceso de selección. López señala lo siguiente:

En la actualidad, el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 precisó cuál es el momento para subsanar, estableciendo que los oferentes deberán entregar los documentos o información solicitada por la Administración hasta el término de traslado del informe de evaluación correspondiente a cada modalidad de selección<sup>76</sup>, salvo lo dispuesto para procesos de mínima cuantía y subasta, so pena de que se rechace su ofrecimiento. (pp 304-305)

### ***Requisitos de imposible cumplimiento***

Los requisitos de imposible cumplimiento son una de las deficiencias que consideramos que tienen los pliegos de condiciones; de hecho, son una falencia repetitiva en los procesos de selección de los contratos de obra.

Como lo hemos manifestado a lo largo del artículo, una solución para este tipo de situaciones es la debida y correcta aplicación de los principios de la contratación estatal por parte de las entidades y de los oferentes, pues en ellos también recae la responsabilidad de que estos principios sean debidamente aplicados en los procesos de contratación estatal en nuestro país, de modo que exista equidad, imparcialidad, igualdad de oportunidades, competencia leal y libre concurrencia de oferentes (Rodríguez, 2016).

En cuanto a los requisitos de imposible cumplimiento, Espinosa (2019) propone lo siguiente con el objetivo de dar fin a esta problemática:

Frente a la contratación, se modifica el proceso de selección de oferentes, con el fin de lograr una participación más concurrente, transparente y competitiva para la adjudicación. La ley implementa la obligatoriedad de los pliegos tipo para obra pública, consultoría e interventoría de obra pública y le otorga la posibilidad al Gobierno de extenderlo a otro tipo de contratos o procesos. (p. 12)

El objetivo de esta estrategia es acabar de algún modo con aquellas actuaciones irregulares en los procesos de selección, debido a que se ha vuelto un actuar normal el hecho de relacionar requisitos que no todos los oferentes pueden cumplir, cambiando o alterando de alguna forma los pliegos de condiciones, o estipulando requisitos que van en contra de las normas de contratación pública y de los principios como la igualdad, la objetividad, la eficacia, la eficiencia, la transparencia, entre otros (Patarroyo y Benavides, 2014).

Por su parte, Solís (2015) manifiesta lo siguiente:

Para el efecto y con el propósito de conseguir dicha eficiencia y la transparencia, se reformuló el contenido del deber de selección objetiva de manera que la evaluación de las ofertas se concentrara en sus

condiciones técnicas y económicas y las condiciones de los proponentes fueran simplemente habilitantes, con lo que se buscó evitar el direccionamiento de los procesos desde los propios pliegos de condiciones, o el diseño del proceso de contratación a la medida de proponentes determinados. La corrupción en la estructuración de procesos de contratación se ve concretada en la desviación de poder en el establecimiento de requisitos habilitantes y factores de escogencia.  
(p. 39)

En concordancia con lo anterior, y debido a la crisis que enfrenta la contratación pública, se ha expedido un sinnúmero de normas que busca frenar la corrupción en Colombia, y que se aplique en debida forma la ley y los principios de gran importancia en la contratación estatal.

## **Conclusiones**

A lo largo de la investigación realizada, podemos establecer que los pliegos de condiciones, en el proceso de selección de licitación pública en el contrato de obra, son de uso necesario, debido a que consideramos que son una excelente estrategia y metodología. En dichos pliegos deben ir estipulados todos los requisitos y condiciones pertinentes, bajo las cuales se rigen los contratos de obra. Los pliegos de condiciones, siempre y cuando se elaboraren en el marco de la ley y los principios de la contratación estatal, permiten que los procesos de contratación de nuestro país sean transparentes, garantizando que los recursos del Estado se ejecuten correctamente, en cumplimiento de sus fines esenciales y en pro del bienestar social.

Sin embargo, la contratación pública en Colombia se ha visto altamente afectada por la corrupción en la adjudicación y ejecución de los contratos estatales. Para nosotros, este fenómeno que afecta la debida inversión de los recursos públicos radica en aquellas deficiencias que presentan los

pliegos de condiciones, falencias que se ven reflejadas desde un principio al ser elaborados a discrecionalidad de las entidades estatales. Es allí donde el indebido actuar de los entes estatales se desata al elaborar los pliegos de condiciones, de tal forma que la contratación pública siempre sea ejecutada por los mismos contratistas, en donde reine el clientelismo y la politiquería, monopolizando la contratación estatal en nuestro país.

Por tal motivo, la corrupción está opacando y obstaculizando el debido actuar de las entidades estatales, a tal punto de inaplicar los principios de la contratación estatal, que son el eje central de los concursos de licitación pública y demás concursos de selección, pues de la aplicación de estos principios se podrá evidenciar la debida inversión y distribución de los recursos del Estado, materializados en obras públicas, de alta calidad, de excelente utilidad para el desarrollo de sus fines esenciales.

De acuerdo con lo anterior, es necesario que los procesos de selección, y en especial los pliegos de condiciones, al ser estos los instrumentos que regirán todo el proceso de selección de contratistas para la ejecución de los proyectos y contratos de obras públicas, se elaboren conforme a las normas y principios de la contratación estatal. A lo largo del presente artículo, se han desarrollado y destacado aquellas fortalezas de los pliegos, que se basan principalmente en la aplicación del principio de planeación, transparencia, eficacia, publicidad, economía, libre concurrencia, equidad, igualdad, imparcialidad, debido proceso, entre otros, para llegar a una selección objetiva del contratista que tenga la oferta que resulte más favorable y acorde a los intereses del Estado.

A efectos de lo anterior, como propuesta para dar solución a nuestro problema de investigación, recogemos aquellas fortalezas de los pliegos de condiciones que se caracterizan en la debida aplicación de los principios de la contratación pública, con el fin de erradicar sus deficiencias. Por lo

tanto, creemos pertinente que, además de la existencia de aquellos pliegos tipo que se han implementado en los últimos años, estos sean implementados para todos los modos de selección de contratación, con el fin de garantizar una participación plural de oferentes en los procesos.

La implementación de pliegos tipo, elaborados por una institución nueva que no tenga antecedentes de corrupción, sería una posible solución a las deficiencias que se presentan en los pliegos de condiciones de los contratos de obra, principalmente por el indebido actuar de las entidades estatales contratantes. Por lo anterior, se hace necesario que, para todos los procesos de selección, se realice la elaboración de estos pliegos en cabeza de una entidad o institución diferente a las que pretendan contratar las obras.

Conforme a lo anterior, creemos que la elaboración de los pliegos de condiciones no debe estar en cabeza y a discrecionalidad de la entidad contratante; por el contrario, debería existir una institución encargada de realizar todos los concursos que se pretendan llevar a cabo. Esta institución tendría la función de realizar la elaboración de los pliegos de condiciones, y demás etapas del proceso de selección del contratista, que deberán estar ajustados a la necesidad que tenga la administración.

Ahora bien, dicha institución previamente tendrá que conocer a profundidad, investigar, planear y realizar aquellas actividades ineludibles para establecer la necesidad que se pretende suplir con la elección del contratista, además de conocer la disponibilidad de los recursos de la entidad contratante, para obtener la escogencia del contratista que cumpla con todos los requisitos y que tenga la propuesta que resulte más favorable de acuerdo con los intereses del Estado. Esto permitiría que las etapas de los procesos de selección no se vean afectadas por interés políticos,

personales y demás intereses que normalmente existe en la contratación Estatal.

En concordancia con lo anterior, y con el fin de dar fuerza a nuestra idea, es necesario que la institución que realizará el proceso de selección, de acuerdo con la moral y los principios que deben regir la contratación estatal, tenga en cuenta el principio elemental de planeación, para obtener un pliego de condiciones ajustado a la necesidad de la entidad estatal, lo que conllevaría ejecutar las metas y los planes de desarrollo de las entidades contratantes.

Por otra parte, la elaboración de los pliegos de condiciones en esencia sería la misma, pues al ser elaborados por instituciones ajenas a la entidad contratante sí se aplicarían correctamente las normas y principios; además, se realizarían por fin unos pliegos de condiciones donde se enmarquen las obligaciones justas, claras y completas, de acuerdo con el objeto que se pretenda contratar.

Ahora bien, al ser elaborados los pliegos con unas condiciones que permitan la libre concurrencia de oferentes, por una institución ajena a la entidad que pretende adjudicar un contrato de obra, no estarían involucrados intereses personales de por medio, de manera que se aplicaría en debida forma las normas que rigen la contratación estatal y los principios de la contratación pública.

Adicionalmente, deberá existir un ente de control que se encargue de la vigilancia y control de la institución que realice todos los trámites de los concursos de licitación pública, con el fin de evitar la existencia de algún tipo de contacto o relación entre la institución encargada del concurso y la entidad que está a la espera de los resultados de este, con el objetivo de que, al interior de los concursos, no se presenten indebidas actuaciones.

La importancia del ente de control radicaría en asegurar y garantizar la transparencia del concurso, teniendo en cuenta que en Colombia se han creado un sinnúmero de leyes y procesos para evitar o erradicar la corrupción. Pero de acuerdo con la falta de moral, y el incremento de esta “enfermedad” que tiene el país, aquellos métodos se han visto perjudicados por las malversaciones de los contratos, por las entidades, empleados, funcionarios y contratistas corruptos, que jamás han pensado en el bienestar social, sino en el particular, en llenar sus bolsillos de dinero, aun sabiendo que el país cada día está siendo destruido por su incorrecto actuar.

Por otro lado, se hace necesario recordar que las entidades estatales, posteriormente al proceso de selección, cuando el comité evaluador emite su informe de evaluación, en muchas ocasiones se apartan de este resultado, y a libre albedrío la entidad es quien termina decidiendo a quién se le adjudica o no los contratos. Por tal motivo, cuando los resultados de la evaluación que da el comité no favorecen los intereses personales y particulares de la entidad, los procesos terminan en una declaratoria desierta, que trae como resultados demandas en contra del Estado.

Por esta razón, la idea de ejecutar el proceso de selección por parte de una institución diferente a la entidad contratante permitiría que se haga valer lo estipulado en el pliego de condiciones y los resultados mismos de los procesos de evaluación de ofertas y selección de contratistas. Lo único que tendría que realizar la entidad sería el proceso de contratación del oferente escogido de acuerdo con el cumplimiento de los requisitos del concurso de selección de licitación pública, contrato que tendría que ajustarse al pliego de condiciones existente dentro del procesos.

Aunado a lo anterior, al implementar la utilización de los pliegos tipo, estos deberán tener un instructivo en el que se haga claridad sobre

aquellos requisitos susceptibles de subsanación, de manera clara, con el fin de que siga existiendo la oportunidad de subsanar aquellos requisitos que no afecten la puntuación de los oferentes, además del deber de señalar los términos para realizar dichos trámites de manera justa y en igualdad de condiciones.

Es claro que la institución a cargo de la realización del concurso deberá dar efectiva aplicación a las normas y principios de la contratación pública.

Con esta idea se garantizaría la seguridad jurídica a los procesos de selección de oferentes próximos a ser contratistas, fortaleciendo el principio de legalidad de las actuaciones de los procesos, generando confianza legítima en las etapas previas, durante y después de la ejecución de los contratos de obra. Además, esto dará tranquilidad, transparencia y credibilidad ciudadana con relación al manejo, distribución y ejecución de los recursos públicos del Estado, en pro de suplir las necesidades y beneficiar a la comunidad en general.

Asimismo, al interior de la institución que elabora todo el proceso de selección, debería existir una oficina de seguimiento y control o de un nivel superior, con el fin de generar una mayor garantía, pues este sería el encargado de velar por el cumplimiento estricto de las normas y la aplicación efectiva de los principios de la contratación estatal. Por ello, sería importante que esa oficina interna de la institución revise la elaboración de todos los documentos, actos administrativos, informes y demás etapas que se lleven a cabo durante el proceso de selección, que podrá dar un tipo de concepto donde brinde recomendaciones o sugerencias, y también apruebe la legalidad del proceso realizado para la selección del contratista que va a ejecutar los recursos.

Por lo anterior, tanto la institución que realizará el proceso de selección de licitación para contrato de obra como la oficina de seguimiento y control

de la misma institución deberán estar compuestas por un equipo interdisciplinario que cuente con las capacidades para realizar la actividad de escoger, a conciencia y de manera objetiva, el oferente que va a llevar a cabo la ejecución del contrato de obra. De esta manera, después de cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos y las evaluaciones a que haya lugar, se elegirá el contratista de acuerdo con sus capacidades técnicas, jurídicas, financieras, de experiencia y demás, a fin de obtener la oferta que más favorezca a la entidad estatal contratante.

Ahora bien, nuestra idea no se centraliza solamente en la creación de una institución o varias instituciones, encargadas de realizar de principio a fin los procesos de selección de licitación pública para los contratos de obra, quienes estarán encargadas de velar por el correcto funcionamiento de los pliegos de condiciones, hechos a conciencia, acorde a las normas y principios de la contratación estatal. Tampoco apuntamos únicamente a la creación de un ente de control tanto interno como externo del proceso, que se encargará de la inspección y vigilancia de esas instituciones que estén a cargo de los procesos de selección. También sería necesario que estas instituciones encargadas de realizar los concursos, las entidades del estado interesadas en que se les adjudique sus contratistas para la ejecución de las obras públicas, los contratistas, los entes de control y la ciudadanía en general sean partícipes de jornadas de concientización, para el debido manejo y distribución de los recursos públicos.

Adicionalmente, es preciso mejorar las condiciones de la población en su totalidad, en cuanto a la prestación de los servicios básicos necesarios, los salarios, las prestaciones sociales y demás garantías que estén en pro de un bienestar social, en donde no exista la pobreza y se elimine el pensamiento corrupto, que ha sido producto de aquellos empleos que son mal remunerados y la falta de moral que existe en las personas que ya se acostumbraron a obtener beneficios con el actuar indebido al interior de

las entidades estatales, como única opción de acrecentar sus recursos personales, deteriorando y acabando con los recursos de uso público para suplir los fines del Estado.

Por esta razón, además de crear nuevas instituciones y entes de control, también se debe crear consciencia en las personas de manera general, acerca de que los recursos del Estado son para beneficio de todos, no de unos pocos. Asimismo, es importante que se generen espacios de participación ciudadana, para que ejerzan su derecho a velar por el debido funcionamiento de las entidades y agentes estatales, e invitarlas a participar de aquellos espacios en los que ellos pueden ser generadores de ideas y proyectos para ser implementados en la sociedad.

Por otra parte, se hace necesario que se creen leyes anticorrupción, que sean más drásticas y fuertes, con el fin de que desaparezca de nuestra ideología el refrán que indica que “hecha la ley, hecha la trampa”, a efectos de que concienticemos a las personas a ser correctas, así como la implementación de leyes que castiguen fuertemente a los corruptos que quieran apropiarse de los recursos del Estado.

Ahora bien, con el presente artículo, evidenciamos que, a pesar de las dificultades que se presentan en la contratación estatal de nuestro país, producto de la corrupción que genera la inseguridad jurídica en los procesos de selección y desequilibrios contractuales, en aras de rescatar la debida aplicación de nuestro ordenamiento jurídico, es necesario implementar nuevos métodos que permitan el desarrollo correcto de los procesos contractuales, como la creación de pliegos tipo, en cabeza de instituciones nuevas, ajenas a las entidades estatales que pretendan contratar obras, con el fin de garantizar una debida y correcta actuación procesal en la adjudicación de contratos estatales.

Igualmente, es necesario crear entes de control que realmente ejerzan funciones de vigilancia a las instituciones que se harán cargo de realizar los procesos de selección de licitación pública, para los contratos de obra, con el fin de que prevalezca la igualdad entre oferentes y la libre concurrencia para participar de los procesos licitatorios del país, acatando las normas y principios de la contratación estatal.

En concordancia con lo anterior, para dar fin a la conclusión del presente artículo, de acuerdo al problema de investigación planteado, se pudo identificar que, de acuerdo con la naturaleza jurídica, la importancia y la razón de ser de los pliegos de condiciones en el contrato de obra, es necesario que dichos pliegos no sean elaborados a discrecionalidad de las entidades estatales contratantes, sino que se creen instituciones que realicen las actividades tendientes a desarrollar los procesos de licitación de contratos de obra, y existan entes de control encargados de garantizar la debida aplicación del ordenamiento jurídico y de los principios de la contratación estatal, en aras de evitar posibles desequilibrios contractuales, que afecten la debida ejecución y destinación de los recursos públicos, para que prevalezcan los fines esenciales del Estado.

## Referencias

- Amaya, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista Via Iuris*, 20, 105-119.
- Aponte, I. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 11, 177-207.  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3831/4024>
- Araujo, R. (2011). *La ley 1150 de 2007. ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia de la contratación estatal?* Editorial Universidad de Rosario.

- Avila, S. y Olarte, S. (2017). *Un binomio no perfecto: Transparencia y Licitación* [tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Libre]. Repositorio UniLibre. <http://hdl.handle.net/10901/11128>
- Bahamon, M. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Universidad Católica de Colombia.
- Barragán, D. (2016). La construcción de la mentalidad democrática como necesidad en el posconflicto. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1), 37-57. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.06>
- Bueno, L., Cetina, M. y Osorio, N. (2019). *La nueva estrategia contra la corrupción: Implementación de los pliegos tipo en la contratación colombiana* [artículo científico como requisito para optar al título de especialista en Contratación Estatal]. Repositorio UniLibre. <http://hdl.handle.net/10901/15831>
- Castro Jaramillo, A. M. (2016). Derecho a la intimidad en las redes sociales de Internet en Colombia. *Novum Jus*, 10(1), 113-133. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.5>
- Chaves-Villada, J. (2015). El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales. *Vniversitas*, 130, 91-134. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj130.ddpa>
- Chavarro, J. (2016). *Contratación Estatal y Registro Único de Proponentes*. Grupo Editorial Nueva Legislación.
- Colombia Compra Eficiente. (s. f.). *Síntesis: Etapa precontractual – CCE*. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/12248>
- Colombia. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. DO núm. 41094.
- Colombia. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. DO núm. 46691.
- Colombia. Ley 1474 de 2011. 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. Octubre 12 de 2011. DO núm. 48128.

Colombia. Decreto Ley 19 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Enero 12 de 2012. DO núm. 48308.

Colombia. Ley 1508 de 2012. Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Enero 10 de 2012. DO núm. 48308.

Colombia. Decreto 1510 de 2013. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. Julio 17 de 2013. DO núm. 48854.

Colombia. Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. Mayo 26 de 2015. DO núm. 49523.

Colombia. Ley 1882 de 2018. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. Enero 15 de 2018. DO núm. 50477.

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, julio 24, 2013, CP: E.GIL, Sentencia 1998-00833, [Colom.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, octubre 01, 2014, CP: H. Andrade, Sentencia 2005-00214, [Colom.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, julio 24, 2013, CP: M. Fajardo, Sentencia 2000-02482, [Colom.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, mayo 3, 1999, CP: D. Suarez, Sentencia 12344, [Colom.].

Correa, L., Sánchez, J. y Galeano, E. (2016). Implicaciones de las reglas de subsanabilidad en los procesos de contratación estatal en Colombia. *Revista Hipótesis Libre*, 13, 34-45.

Cortes, S. (2016). Derechos humanos en las políticas de paz y posconflicto en Colombia en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1), 129-145.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.03>

Echeverry Osorio, D. L. y Díaz Ricardo, S. (2016). Minería aurífera ilegal en el resguardo indígena alto Andágueda. *Novum Jus*, 10(1), 135-149.  
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.6>

- Espinosa, A. (2019). *Principales novedades a la contratación pública en los procesos de selección de contratos de obra e interventoría, según la ley 1882 de 2018* [trabajo de grado para la especialización en Contratación Estatal, Universidad Libre]. Repositorio UniLibre. <http://hdl.handle.net/10901/15400>
- Figuerola, L., Parra, R. y Riaño, P. (2017). *Estandarización de los Pliegos de Condiciones ¿Solución efectiva al direccionamiento de la Contratación Estatal?* [tesis para optar al título de especialista en Derecho Administrativo, Universidad La Gran Colombia]. Repositorio Universidad La Gran Colombia. <http://repository.ugc.edu.co/handle/11396/3931>
- Galán, A. R. (2017). Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia la moral y el derecho. *Novum Jus*, 10(2), 103-118. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.6>
- Gallego, J. (2014). Paradoja y complejidad de los derechos humanos en la sociedad moderna. Sentido y comunicación. *Revista IUSTA*, 40, 143-165. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2014.0040.01>
- Galvis-Quintero, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas. *Vniversitas*, 133, 133-196. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>
- González, J. (2019). *La inestabilidad de la regla de subsanabilidad en la contratación pública* [tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Militar Nueva Granada]. Repositorio UMNG. <http://hdl.handle.net/10654/20437>
- Hernández, H., Gélvez, B. y Cote, W. (2019). *El principio de transparencia en el contrato de prestación de servicios en las Entidades Estatales* [tesis de especialización en Contratación Estatal, Universidad Libre]. Repositorio UniLibre. <http://hdl.handle.net/10901/15698>
- Humbarita, J. (2015). Derecho Constitucional Hispanoamericano frente a la realidad institucional, manifiesta divergencia. *IUSTA*, 43(2), 91-118. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2015.0043.03>

- Jauregui, N., Camacho, N. y Peñaranda, A. (2018). *Evolución de la posición del consejo de estado frente a la aplicación del principio de planeación en la contratación estatal en Colombia* [trabajo para optar al título de especialista en Contratación Estatal, Universidad Libre]. Repositorio UniLibre.  
<http://hdl.handle.net/10901/11874>
- Lara, C. (2012). Mecanismos de control en la contratación estatal como elemento de la lucha anticorrupción. *Revista En-contexto*, 1, 37-65.  
<https://ojs.tdea.edu.co/index.php/encontexto/article/view/48>
- López, A. (2019). Aplicabilidad modulada del régimen jurídico de la subsanabilidad de las ofertas. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21, 263-310.  
<https://doi.org/10.18601/21452946.n21.12>
- Martínez, E. y Ramírez, J. (2006). La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo. *Reflexión Política*, 8(15), 148-162.  
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=110/11001512>
- Mesa, M. y Muñoz, A. (2019). El principio de planeación en el contrato de obra pública. *Revista IUSTA*, 2(51), 185-208. <https://doi.org/10.15332/25005286.5038>.
- Murillo, L., Murillo, P. y Arboleda, A. (2019). *El registro único de proponentes en relación con el principio de la transparencia en la contratación pública*. Repositorio UniLibre. <http://hdl.handle.net/10901/17850>
- Orrego, G. (2013). La prevalencia de los principios en la contratación estatal, como primer límite al ejercicio de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal. *Summa Iuris*, 1(1), 35-56. <https://doi.org/10.21501/23394536.615>
- Pachón, C. (2014). *Contratación Pública. Análisis normativo. Descripción de procedimientos*. ECOE Ediciones.
- Palomares, J. y Calonje, N. (2015). Tratados de libre comercio Colombia-Asia: Cuestión preliminar y perfiles de negociación. *IUSTA*, 43(1), 17-41.  
<https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2015.0043.06>
- Patarroyo, S. y Benavides, P. (2014). Rupturas Asignificantes: Revisiones críticas en torno al Derecho. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(1), 7-31.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2014.0001.01>

- Pardo, N. (2014). Un recorrido por los derechos colectivos en la jurisprudencia argentina. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(1), 32-49. <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/1338/1540>
- Pino, J. (2005). *El régimen Jurídico de los contratos estatales*. Universidad Externado de Colombia.
- Polo, S. y Serrano, E. (2018). Nueva república, nuevo horizonte, nuevo porvenir: las migraciones colombianas hacia Chile, 1990-2016. *Novum Jus*, 12(1), 165-188. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.12.1.7>
- Quintero, M. y Aguilar, D. (2014). Principio de transparencia en el régimen de la Contratación Estatal en Colombia [tesis de maestría, Universidad del Rosario]. Repositorio Institucional E-docUR. <https://bit.ly/3oP666L>
- Red Medios Colprensa y Unidad Investigativa de El país. (2015, 19 de abril). ¿Qué hay detrás de los enredos en la contratación en Colombia? *El País*. <https://www.elpais.com.co/valle/que-hay-detras-de-los-enredos-en-la-contratacion-en-colombia.html>
- Rico, M. (2015). *El principio de transparencia como lucha contra la corrupción en la contratación estatal colombiana* [trabajo para optar al título en Derecho, Universidad Católica de Colombia]. RIUC-aC. <http://hdl.handle.net/10983/14358>
- Rodríguez, E. (2016). El pasaje del estado y el derecho a la postmodernidad. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(2), 11-37. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0002.01>
- Rosero, B. (2019). *Contratación estatal*. Ediciones de la U.
- Salamanca, G. (2015). *El cumplimiento de los fines del estado en contraposición a la rigurosidad en la contratación estatal* [tesis para optar al título de especialista en Derecho Sancionatorio, Universidad Militar Nueva Granada]. Repositorio UMNG. <http://hdl.handle.net/10654/7469>
- Solís, F. (2015). El principio de proporcionalidad y los requisitos habilitantes en la contratación estatal. *Diálogos de Saberes*, 43, 22-43. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.43.160>
- Vásquez, J. (2018). Algunos problemas “públicos” de la contratación estatal en Colombia como componentes del enfoque de ciclo para la formulación de una política pública. *Prolegómenos*, 21(41), 79-98. <https://doi.org/10.18359/prole.3331>

Zárate, A. (2018). Editorial. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 20, 3-7.

<https://doi.org/10.18601/21452946.n20.01>

Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448 | e-ISSN: 2500-5286 | DOI: <https://doi.org/10.15332/25005286>

N.º 54 | enero-junio de 2021

# La decisión judicial en los casos difíciles: el caso del asbesto en Colombia y una solución progresista desde una óptica iuspositivista\*

[Artículos]

*Carlos Andrés Zambrano Sanjuán\*\**

*Recibido: 10 de octubre de 2020*

*Aprobado: 30 de noviembre de 2020*

---

\* Artículo producto de la investigación: "La decisión judicial en los casos difíciles: el caso del asbesto en Colombia y una solución progresista desde una óptica iuspositivista", gestionada en el Ministerio Público de Bogotá, dentro de la acción popular que cursó en el Juzgado 39 Administrativo de Bogotá D.C., accionante Juan José Lalinde, accionados el Ministerio de la Protección Social y Otros, radicado 2005-2488, acción constitucional en la que se debatió la prohibición del asbesto en el territorio nacional. Actualmente, dicha acción se encuentra surtiendo el trámite de apelación interpuesto por varias de las accionadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, por tanto, a la espera de una decisión definitiva que ponga fin al proceso y, en general, a la situación del asbesto y su explotación, utilización y comercialización en Colombia.

\*\* Abogado por la Universidad Surcolombiana de Neiva. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible por la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Libre sede Bogotá. Diplomado en Docencia Universitaria e Investigación; con estudios en la Universidad de Harvard en Filosofía Moral y Política y en Retórica y Argumentación; igualmente con estudios en Bioética de la Universidad de Georgetown y en Ética y Filosofía Moral de la Universidad Carlos III de Madrid. Procurador Judicial Administrativo de Bogotá en carrera administrativa, con rol de Coordinador de Procuradores Judiciales ante Sección Cuarta. Docente de pregrado en los cursos de Introducción al Derecho y Argumentación Jurídica. Correo electrónico: [carzamjuan@yahoo.com](mailto:carzamjuan@yahoo.com); ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5671-1325>

Citar como:

Zambrano Sanjuán, C. A. (2021). La decisión judicial en los casos difíciles: el caso del asbesto en Colombia y una solución progresista desde una óptica iuspositivista. *Revista IUSTA*, (54). <https://doi.org/10.15332/25005286.6553>



## Resumen

En teoría de la decisión judicial, los casos “difíciles” o “críticos” suelen ser un paradigma en el que con mayor claridad se evidencia la diferencia no solo entre las dos más importantes corrientes del pensamiento jurídico en Latinoamérica —iusmoralismo e iuspositivismo— a la hora de afrontarlos y decidirlos, sino además entre los métodos y recursos argumentativos de que se sirven para fundamentar tal decisión. En este orden de ideas, es común en parte de la doctrina y la comunidad jurídica y académica, en especial de las últimas épocas, considerar que una solución de avanzada, “progresista”, “novedosa” o, en general, “razonable y compatible con los postulados constitucionales” solo es posible a través de la aplicación del método ponderativo propio del iusmoralismo, en tanto que por vía del iuspositivismo estas soluciones suelen ser “irrazonables”, “carentes de contenido”, “formalistas” o, en general, que no consultan los “principios de justicia” y los postulados constitucionales. Veremos en este escrito que ello no es correcto y que, por vía del método interpretativo-subsuntivo propio del iuspositivismo crítico —o del siglo XX—, es posible llegar a una decisión que resulte compatible tanto con la normativa aplicable al asunto como con las exigencias y necesidades sociales y jurídicas. Así mismo, tal decisión puede contener una fundamentación y justificación mucho más razonable, sólida y estructurada si se utilizan las reglas argumentativas, así como un proceso discursivo claro y directo, que de suyo permite su escrutinio, control y verificación, necesarios para legitimar toda decisión pública dentro de una sociedad democrática.

**Palabras clave:** asbesto en Colombia, casos difíciles, derechos humanos, *hard law* y *soft law*, instrumentos internacionales de protección del medio ambiente aplicables en Colombia, método interpretativo-subsuntivo, protección del medio ambiente y la salud de las personas.

## **The judicial decision in difficult cases: the asbestos case in Colombia and a progressive solution from an iuspositivist perspective**

### **Abstract**

In judicial decision theory, "difficult" or "critical" cases are usually a paradigm in which the difference between the two most important currents of legal thought in Latin America – iusmoralism and iuspositivism – when facing and deciding them, but also between the methods and argumentative resources used to support such decision, is most clearly revealed. In this order of ideas, it is normal in part of the doctrine and the legal and academic community, especially in recent times, to consider that an advanced, "progressive" or, in general, "reasonable and compatible with constitutional postulates" solution can only be possible through the application of the iusmoralist method, while through iuspositivism these solutions tend to be "unreasonable", "lacking in content", "formalistic" or, in general, do not consult the "principles of justice" and constitutional postulates. We will analyze in this paper that this is not correct and how, by the interpretative-subjunctive method typical of critical iuspositivism – or of the 20th century –, it is not only possible to reach a decision that is compatible both with the laws applicable to the case and with the social and legal demands and needs, but that, in addition, contains a more reasonable, solid and structured rationale and justification through the use of argumentative rules, as well as a clear and direct discursive process, which in itself allows its scrutiny, control and verification, necessary to legitimize any public decision within a democratic society.

**Keywords:** asbestos in Colombia, difficult cases, human rights, hard law and soft law, international environmental protection instruments applicable in Colombia, interpretative-subjunctive method, protection of the environment and human health.

## **A decisão judicial nos casos difíceis: o caso do amianto na Colômbia e uma solução progressista sob uma visão juspositivista**

### **Resumo**

Em teoria da decisão judicial, os casos “difíceis” ou “críticos” costumam ser um paradigma no qual com maior clareza é evidenciada a diferença não somente entre as duas mais importantes correntes do pensamento jurídico na América Latina — jusmoralismo e juspositivismo — no momento de enfrentá-los e decidi-los, mas também entre os métodos e os recursos argumentativos de que se servem para fundamentar tal decisão. Nessa ordem de ideias, é comum em parte da doutrina e da comunidade jurídica e acadêmica, em especial das últimas épocas, considerar que uma solução pioneira, “progressista”, “nova” ou, em geral, “razoável e compatível com os princípios constitucionais” somente pode ser possível por meio da aplicação do método ponderativo próprio do jusmoralismo, enquanto, por via do juspositivismo, essas soluções costumam ser “irrazoáveis”, “carentes de conteúdo”, “formalistas” ou, em geral, que não consideram os “princípios de justiça” e os princípios constitucionais. Neste texto, vemos que isso não é correto e que, por via do método interpretativo-subsumtivo próprio do juspositivismo crítico — ou do século XX —, é possível chegar a uma decisão que resulte compatível tanto com a normativa aplicável ao assunto quanto com as exigências e as necessidades sociais e jurídicas. Também, essa decisão pode conter uma fundamentação e justificativa muito mais razoável, sólida e estruturada por meio de regras argumentativas, bem como um processo discursivo claro e direto, que permite seu escrutínio, controle e

verificación, necesarios para legitimar toda decisión pública dentro de una sociedad democrática.

**Palabras-chave:** amianto na Colômbia, casos difíceis, direitos humanos, *hard law* e *soft law*, instrumentos internacionais de proteção do meio ambiente aplicáveis na Colômbia, método interpretativo-subsumtivo, proteção do meio ambiente e da saúde das pessoas.

La Tierra proporciona lo  
suficiente para satisfacer las  
necesidades de cada ser  
humano, pero no la de su  
codicia

MAHATMA GANDHI  
(1869-1948)

## Introducción

El avance de la ciencia y la tecnología impacta siempre a la sociedad y le plantea desafíos que, tarde o temprano, el derecho, como constructo de ella, debe afrontar y solucionar a efectos de permitir la integración, normalización y funcionalidad de dichos avances y su acoplamiento a la vida social, así como prever y dar respuesta a las consecuencias que, positiva o negativamente, puedan presentarse en su desarrollo o uso. Esta permanente labor de previsión e integración que el derecho debe hacer se presenta en varias formas, siendo la más común –y la que, por ende, primero viene a la cabeza– la de tipo normativo, esto es, cuando el órgano competente, a través de normas positivas –cualquiera sea el rango–, regula de manera completa y detallada el avance o la cuestión que, en la práctica, ya plantea y lleva a cabo la ciencia o la tecnología (Polo y Serrano, 2018).

No obstante, esta forma “clásica” de afrontar la cambiante realidad social genera una seria dificultad: el derecho va a la zaga de esa realidad y generalmente su atraso se ve distanciado cada vez más precisamente por lo vertiginoso que es el avance de las ciencias y la tecnología: ni bien el derecho ha logrado “capturar” un avance determinado y regulado su uso y sus efectos, cuando ya la ciencia se ha adelantado muchos pasos más (Morales y Daza, 2017). Por esa razón, desde la teoría jurídica se han llevado a cabo ingentes esfuerzos para lograr que esa brecha, ese salto entre la realidad y el derecho<sup>1</sup>, pueda ser reducido al máximo, entre otras cosas, para evitar obstaculizar o impedir el avance mismo de la ciencia, pero sin dejar de prever y dar solución a sus posibles efectos adversos. Como consecuencia de esta preocupación, la doctrina ha ideado formas novedosas que apuntan a cerrar tal brecha, dando una prioridad a la protección de la vida, la salud y la integridad de las personas y la preservación de medio ambiente, como sucede, por ejemplo, con la consagración de principios tales como los de prevención y de precaución<sup>2</sup> (Galán, 2017).

Pero la interpretación también juega un papel fundamental a la hora de llevar a cabo esa labor de integración y cierre entre la realidad y el derecho, y es sobre este asunto que versa el presente trabajo: mediante la aplicación de otra figura doctrinaria, el llamado *soft law* o “derecho blando”, resulta no solo posible sino además muy pertinente y útil a la hora de enfrentar esos desafíos que la realidad y el avance de la ciencia plantean permanentemente. A través de un caso paradigmático y muy mediático a

---

<sup>1</sup> O para expresarlo en términos kantianos clásicos, entre el *sein* y el *sollen* (Kelsen, 2009, pp. 20-21, 54-55).

<sup>2</sup> Al no ser objeto del presente trabajo, en este momento solo se hace mención a estos principios sin entrar a detallarlos y analizarlos. Para una aproximación a ellos, se recomienda la consulta de las Sentencias C-703 de 2010 y T-622 de 2016, de la Corte Constitucional, así como la lectura de Drnas de Clément (2001) y de Agudelo y Huerta (2011), que hacen parte de la bibliografía de este escrito.

nivel nacional, llevado a sede judicial –y que aún está por definirse en una instancia superior–, podemos ver la importancia de labor hermenéutica a la hora de resolver esta clase de problemas sin necesidad de recurrir a instrumentos artificiosos y peligrosamente objetivistas morales como los que defienden corrientes iusmoralistas, particularmente con su método ponderativo<sup>3</sup>.

### **El planteamiento del problema en sede judicial: el conflicto de derechos que subyace al debate procesal**

El caso que dio lugar a la línea investigativa de la que se desprende el presente trabajo, como uno de sus resultados concretos, y cuya decisión resulta admirable y que bien merece ser no solo aplaudida sino defendida y difundida por toda la sociedad colombiana, consiste en el debate que, por cuenta de una acción popular, se llevó a cabo en los estrados judiciales, en donde el accionante, invocando la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, al equilibrio ecológico y la preservación del medio ambiente, y a la seguridad y salubridad públicas, consagrados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, los que consideraba estaban siendo vulnerados y seriamente amenazados por la utilización y comercialización en el territorio nacional de las fibras de asbesto, entre ellas, el crisotilo, y de productos elaborados o que contienen dicho elemento, solicitó al juez popular la prohibición total de dicho material mineral en todo el territorio nacional.

Como resulta apenas lógico, las entidades públicas y empresas privadas accionadas<sup>4</sup> se opusieron férreamente a la tesis de la parte accionante,

---

<sup>3</sup> Para profundizar en la crítica al método ponderativo y los riesgos que este encierra, véase García (2017) y Zambrano (2018).

<sup>4</sup> Dentro del amplio grupo de accionadas, tanto iniciales como aquellas que se fueron integrando a lo largo del curso procesal, además de quienes se sumaron en calidad de coadyuvantes tanto de una parte como de la otra, se destacan el antiguo Ministerio de

básicamente alegando tres argumentos muy sólidos y consistentes: primero, que el asbesto, su explotación, extracción, uso y comercialización no se encuentran prohibidos por la legislación colombiana y, por ende, que es legítimo su uso industrial y comercial; segundo, que no se encuentra demostrado científicamente, con certeza absoluta, que el crisotilo –única fibra de amianto que es utilizada hoy en día por algunas empresas del sector– produzca efectivamente mesotelioma o cáncer de pleura; y tercero, que según la documentación, legislación nacional y foránea, y varios estudios al respecto, es posible sostener que la manipulación y exposición al asbesto crisotilo resulta inocua o no genera ningún riesgo a la salud y la vida de las personas, si se hace dentro de los parámetros y bajo las medidas de seguridad industrial dictadas por las autoridades para ello; es decir, afirmaron y ratificaron que existe un “uso seguro” de dicha fibra mineral.

Este tercer argumento contaba además con un soporte sumamente importante y determinante: nada más y nada menos que el Convenio 162 de 1986 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que, al haber sido aprobado por el Congreso de la República<sup>5</sup>, y en virtud del bloque de constitucionalidad, resulta vinculante para el Estado colombiano<sup>6</sup>, en donde, efectivamente, esta alta autoridad internacional en materia de

---

la Protección Social –hoy en día nuevamente escindidos en Ministerio de Salud y Protección Social y Ministerio del Trabajo, quienes han seguido interviniendo como accionados–, la Corporación Autónoma Regional de Antioquia, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y las Empresas Públicas de Medellín (EPM), dentro del grupo de entidades públicas accionadas; así como las empresas privadas Minera Las Brisas (hoy en día “Bricolsa”, única mina oficial de explotación de asbesto en el territorio nacional), Cristalería Peldar, Eternit – Eternit Pacífico, Toptec e Incolbest, Skinco, entre otras más.

<sup>5</sup> Mediante la Ley 436 del 17 de febrero de 1998, examinada por la Corte Constitucional y declarada exequible en sentencia C-493 de 1998.

<sup>6</sup> Véase artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia, Sentencia T-979 de 2004 de la Corte Constitucional y OIT (1996-2020, párr. 1).

seguridad laboral avala la posición del “uso seguro” o “exposición segura” a las fibras de amianto dentro de los procesos fabriles.

Hubo un cuarto argumento, de carácter subsidiario –podría decirse–, por parte de algunas de las empresas del sector que utilizan crisotilo en sus procesos industriales, según el cual existe una imposibilidad de sustituir el asbesto por otro material o, al menos, por alguno otro que tampoco resulte potencialmente peligroso para la salud humana.

Teniendo en cuenta las posiciones de ambas partes, quienes aportaron abundante y muy calificado material probatorio que respaldaba sus respectivas tesis, razón por la cual no resultó fácil decidir la cuestión con ese acervo recopilado a lo largo de un proceso que se extendió en primera instancia por casi 15 años<sup>7</sup>, tuvo que hacerse, en consecuencia, una detallada y lo más completa posible recopilación del estado de arte científico a la fecha frente a la cuestión del asbesto y sus efectos en la salud humana, para poder tener una idea clara de la forma en que se debería resolver el indudable conflicto no solo normativo, sino valorativo trabado entre las partes. Por ello, se empezó por determinar, con la mayor certeza posible, si con el estado de la ciencia actual resulta posible sostener que la exposición a las fibras de asbesto, incluidas las de crisotilo, es segura bajo ciertas condiciones o si, por el contrario, no existe margen seguro de exposición y sus efectos son perjudiciales para la vida y la salud humanas. Con este primer paso, podríamos tener un camino definido, un objetivo claro al cual encaminar el concepto que, como Agente del Ministerio Público, debía rendir al proceso y que permitiera dar luces para orientar la decisión que debía tomar el juez de la acción.

---

<sup>7</sup> Se recuerda que, a la fecha de elaboración de este escrito, aún está pendiente de surtirse y decidirse la segunda instancia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por el trámite de apelación de sentencia que interpusieron prácticamente todas las accionadas, tanto públicas como privadas.

## **Estado del arte científico sobre los efectos del asbesto en la salud humana (*softlaw*)**

Como se acaba de referir, la primera labor que se emprendió fue la de revisar y analizar completamente el estado de la cuestión según la literatura científica actual, para poder tener certeza sobre los efectos que el asbesto produce o puede producir a la salud humana debido a la exposición a este. Para ello, se consultaron diversas agencias especializadas en salud, tanto a nivel global como de carácter local, encontrando los resultados más importantes que se presentan a continuación<sup>8</sup>.

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2006, 2015), por intermedio de su Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer [IARC, por sus siglas en inglés], 2018, 2019), luego de múltiples y exhaustivas investigaciones, determinó con total certeza que todas las variedades del asbesto, incluido el crisotilo, producen cáncer en los seres humanos; que no existe ningún umbral seguro de exposición a dicho material; que cualquier contacto, sin importar su nivel, puede causar mesotelioma (MPM o cáncer de pleura pulmonar), cáncer de pulmón, de laringe y de ovarios, además de asbestosis; y que el periodo de latencia de las enfermedades y cánceres asociados al asbesto puede llegar a ser extremadamente largo (de hasta 40 años), por lo que dificulta su detección y atención oportunas. Teniendo en cuenta lo anterior, la OMS ha recomendado a todos los Estados parte a detener de inmediato el uso del asbesto en todas sus variedades (OMS, 2006, 2015). Actualmente, en la clasificación que hace la IARC de las

---

<sup>8</sup> Para el propósito del presente escrito tan solo se hace referencia somera de cada uno de estos estudios y trabajos, así como un resumen muy concreto de sus principales conclusiones; sin embargo, para conocer más a profundidad el tema y tener la información completa y detallada, se recomienda consultar los documentos citados y que se relacionan en la lista de referencias.

sustancias carcinógenas, el amianto en todas sus formas –incluido el crisotilo, por supuesto– está catalogado dentro del Grupo 1; es decir, se trata de una sustancia de la que, según la evidencia existente, está absolutamente comprobada su relación con el cáncer en los seres humanos (IARC, 2018, 2019).

Igualmente la Unión Europea, a través de su órgano legislativo, el Parlamento Europeo o Eurocámara (1999, 2013), y tras varios estudios especializados, llegó a idénticas conclusiones que la OMS, al advertir que todas las variedades de asbesto son altamente peligrosas, que no existe ningún umbral seguro de exposición a dicho material, que el periodo de latencia de las enfermedades asociadas al asbesto es muy prolongado y que, en todo caso, el asbesto puede ser sustituido exitosamente por otros materiales más seguros o menos peligrosos para la salud humana. En virtud de estos resultados contundentes, el Parlamento Europeo prohibió el asbesto en todo el territorio de la Unión Europea y en el Reino Unido<sup>9</sup>.

En los Estados Unidos de Norteamérica, prácticamente todas las agencias del sector salud y medio ambiente se han pronunciado respecto de los efectos nocivos que para la salud humana implica la exposición al asbesto en cualquiera de sus formas: la Sociedad Americana contra el Cáncer (ACS), el Programa Nacional de Toxicología (NTP), el Centro para el Control y Prevención de Enfermedades (CDC), la Administración para Alimentos y Drogas (FDA), la Agencia de Protección Ambiental (EPA), la Comisión de Seguridad de Productos para el Consumidor (CPSC) y el Instituto Nacional del Cáncer (NCI) de los Institutos Nacionales de Salud (NIH). Los resultados que obtuvieron luego de muchos años de

---

<sup>9</sup> Como dato interesante, el informe A7-0025/2013 y su propuesta de Resolución, fueron aprobados por el Parlamento Europeo con una votación totalmente contundente y diciente: 40 votos a favor, una abstención y tan solo 2 votos en contra (Parlamento Europeo, 2013), lo que demuestra claramente el compromiso de los países desarrollados por eliminar cualquier uso o presencia del asbesto en sus territorios.

investigación y pruebas científicas resultan sorprendentes (ACS, 2015; NCI-NIH, 2017): no solo arriban a la misma conclusión que todas las demás agencias internacionales en el sentido de ratificar que, producto de esas pruebas, se puede determinar con certeza absoluta que todas las variedades del asbesto son altamente peligrosas para la salud humana y que la exposición a dicho mineral causa mesotelioma (MPM) y cáncer de pulmón, de ovarios y de laringe, sino que además la evidencia recopilada sugiere que también puede estar asociada a la aparición de cáncer de faringe, de estómago, de colon y hasta de recto; de hecho, en pruebas de laboratorio llevadas a cabo sobre ratas, se encontró que todas las formas de asbesto produjeron tumores en los animales. Por lo anterior, la EPA ha clasificado el asbesto, en todas sus variedades, como un comprobado carcinógeno humano (NCI-NIH, 2017).

En Colombia también se han llevado a cabo estudios y proferido documentos de carácter investigativo que dan cuenta de los efectos que causa a la salud de las personas la exposición a las fibras de asbesto. De toda la literatura científica que se ha producido en nuestro medio, vale la pena destacar tres documentos por su actualidad, sus enfoques, métodos de investigación, ámbito de elaboración y conclusiones a las que llegan: una tesis de maestría en Salud Ocupacional y Ambiental de la Universidad del Rosario (Quesada y Perdomo, 2017), un reportaje de la revista *Cerosetenta* de la Universidad de Los Andes (Lamprea y García, 2018) y el informe del Observatorio de Redes y Acción Colectiva (ORAC, 2018) de la Universidad del Rosario.

En estos trabajos investigativos también se llega a conclusiones bien interesantes: además de señalar, igual que las agencias internacionales, que todas las variedades de asbesto son sustancias ampliamente comprobadas como carcinógenas y que no existe umbral de exposición seguro al material, al estar relacionado directamente a la aparición de

cáncer de pulmón, mesotelioma y asbestosis (Lamprea y García, 2018; ORAC, 2018; Quesada y Perdomo, 2017), con evidencia científica tomada de diversas agencias internacionales determinan incluso que el crisotilo es más peligroso que la crocidolita y es responsable de la mitad de muertes por cáncer ocupacional a nivel mundial (Quesada y Perdomo, 2017); que en nuestro país tan solo una empresa como Eternit, desde su fundación en 1942, ha instalado aproximadamente 300 millones de metros cuadrados en tejas de asbesto, 1.5 millones de viviendas con tanques de almacenamiento de agua y más de 40 000 kilómetros en redes de tuberías, fabricados con ese material, y que por políticas de los diversos gobiernos de turno, los proyectos de vivienda de interés prioritario (VIP) y social (VIS), que son para la población más pobre, vulnerable y marginal, tienen como exigencia, dentro de sus pliegos en contratación, la utilización de materiales y elementos fabricados con asbesto (Lamprea y García, 2018), lo que hace especialmente sensible esta problemática en nuestro medio. Para complicar el panorama, se sugiere la posibilidad de que textiles con propiedades aislantes o térmicas tengan dentro de sus componentes fibras de asbesto y estén siendo ingresadas irregularmente al territorio nacional, situación que, de comprobarse, resultaría sumamente grave y delicada.

### **Del *soft law* al *hard law*: cómo hacer vinculante ese estado del arte científico**

Una vez estudiado el estado del arte con respecto a los graves efectos que para la salud humana conlleva la exposición a cualquiera de las variedades de asbesto, con base en toda la literatura y las evidencias científicas que se acaban de relacionar y que a su turno remiten a muchos otros estudios más elaborados durante los últimos 30 años en diversas partes del planeta, el segundo paso que debía darse entonces era el de encontrar la manera de hacer efectivo y vinculante (*hard law*) toda esa serie de recomendaciones

técnicas (*soft law*), ya que, como se refirió al inicio de este documento, en el territorio colombiano no existe legal ni reglamentariamente una prohibición expresa al uso, comercialización y explotación del asbesto, razón por la cual la posición de las entidades y empresas accionadas contaba con un aparente sólido respaldo normativo.

Teniendo en cuenta ese propósito, se pudieron establecer dos pautas sobre las cuales dar ese paso cualitativo que permitiera hacer vinculante las recomendaciones que hemos señalado *supra*: por una parte, la sentencia C-528 de 1994 de la Corte Constitucional; por otra, un documento de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACDH Colombia, 2006).

En la Sentencia C-528 de 1994, la Corte Constitucional aborda – como *obiter dictum*, hay que ser claros – el tema del *soft law* y su aplicación dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y al respecto señaló de manera puntual:

[Son] pautas de conducta [que] condicionan las actividades de los jueces en funciones de aplicación de la ley y de su interpretación, y en dicha medida son utilizados por el derecho contemporáneo, para abrir las capacidades de los operadores del derecho a soluciones que incorporan fundamentos de racionalidad jurídica y de razonabilidad práctica.

Así pues, la guardiana y máxima intérprete de la Constitución colombiana abrió las puertas para que el denominado “derecho blando” (*soft law*) pueda ser utilizado por parte de los operadores jurídicos como criterio orientador y como elemento de razonabilidad práctica, esto es, para acompañar las decisiones judiciales a las exigencias ético-morales que el caso concreto exija en búsqueda de la protección de los derechos fundamentales (personales, sociales y colectivos), la realización de los fines del Estado y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, que es

precisamente el debate constitucional que la acción popular quiso plantear a la administración de justicia.

Por otra parte, en el documento E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2., la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACDH Colombia, 2006) hace especial énfasis en la relación inescindible que existe entre la protección del medio ambiente, el derecho a la vida y a la salud de las personas con la protección y defensa de los derechos humanos, razón por la cual –según se desprende de tal afirmación–, cada que se esté enfrente de un caso en que se discuta sobre la protección a la salud y vida de las personas como consecuencia directa de afectaciones al medio ambiente y el entorno saludable, estamos entonces obligados a enfrentar el asunto como de auténtica afectación a los derechos humanos. Por ende, no solo resulta posible sino forzoso tener que aplicar todas las directrices sobre protección al medio ambiente como forma de proteger los derechos humanos que le son inherentes por extensión, para lo cual se debe acudir a la integración normativa que deriva del denominado “bloque de constitucionalidad” (CP, 1991, arts. 93 y 94, Colom.), como herramienta de interpretación, extensión y progresividad en la protección y garantía de los derechos sociales y colectivos, así como a los denominados más recientemente “estándares de derechos humanos”<sup>10</sup>, que marcan la pauta actual en materia de defensa, protección y divulgación de derechos humanos.

Con base en estos dos documentos, claros y contundentes respecto a la forma en que en nuestro ordenamiento jurídico debe operar la protección de los derechos colectivos al medio ambiente sano, como forma de

---

<sup>10</sup> Sobre el bloque de constitucionalidad y los estándares de derechos humanos, se recomienda consultar la Sentencia de la Corte Constitucional C-327 de 2016 y el documento de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” titulado *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal* (2008, pp. 25-26, 53-58, 88-91 y 99-107).

materializar la garantía y defensa de los derechos humanos esenciales a la vida y la salud de las personas, así como el compromiso de los operadores jurídicos en cuanto al parámetro de interpretación por aplicar en tales casos, el paso subsiguiente fue entonces ubicar y contextualizar la normativa que sobre la protección al medio ambiente resulta vinculante en Colombia (*hard law*), para lo cual se acudió a un doble parámetro: constitucional y convencional.

Respecto al primer parámetro de evaluación, el constitucional, resulta evidente que nuestra Constitución Política está enmarcada en lo que doctrinariamente se conoce como correspondiente a un Estado Social y Democrático de Derecho, donde la protección de los derechos colectivos –o de tercera generación (ACNUR, 2017; Amnistía Internacional, s. f.)– marca una pauta determinante como forma de garantizar la realización de las personas y sus proyectos de vida, a través de la prosperidad y bienestar social, como fines esenciales del Estado. Así, el marco general constitucional de protección de estos derechos al medio ambiente, como forma de garantizar el derecho a la vida y salud de las personas, lo podemos ver claramente en múltiples partes del texto constitucional, reiterado en casi toda su parte programática<sup>11</sup>, a tal punto que es considerada una auténtica “Constitución ecológica”<sup>12</sup>.

Este parámetro de constitucionalidad es un marco general que, por lo mismo, no resultaba suficiente para encuadrar por sí solo, con fuerza vinculante, todo ese “derecho blando” que tuvimos la oportunidad de señalar. Por lo anterior, se hacía necesario nutrir de vínculos más directos y eficaces ese salto cualitativo que debía hacerse entre ese “derecho

---

<sup>11</sup> Preámbulo y artículos 1, 2, 4, 6, 11, 49, 58, 78, 79, 93, 94, 95, nums. 4 y 8, y 333 (CP, 1991, Colom.).

<sup>12</sup> Sobre el carácter de “Constitución ecológica”, véase, entre otras, las Sentencias de la Corte Constitucional T-411 de 1992, C-671 de 2001, C-595 de 2010, C-632 de 2011, C-123 de 2014 y T-062 de 2016.

blando” a un verdadero “derecho duro”, y cuyo resultado fuese razonable, convincente y admisible.

Fue así que, entonces, se acudió a un segundo parámetro de examen, el de convencionalidad, sobre el que vamos a detenernos un poco, instrumento por instrumento, a efectos de resaltar lo más importante de cada uno de ellos y verificar la manera en que, de la mano con toda esa nomoárquica de la que está impregnada nuestra Constitución Política y cuya exigencia de protección y satisfacción reclamaba el caso objeto de decisión en atención a la contundente evidencia científica que existe en la actualidad, nos permitiera dar, de manera definitiva y segura, ese salto cualitativo del que hemos hablado.

### **Instrumentos internacionales de protección al medio ambiente como garantía y defensa de los derechos humanos: parámetro de convencionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano**

Son múltiples y variados los instrumentos de derecho internacional que resultan aplicables en nuestro ordenamiento jurídico y que permitieron hacer ese enlace definitivo entre el derecho blando y el derecho duro, vinculación que claramente tiene como fundamento el concepto de “bloque de constitucionalidad” al que ya hemos hecho alusión y que se encuentra consagrado en los artículos 93 y 94 de la Constitución Política. Veamos entonces aquellos instrumentos que, de una u otra manera, han generado obligaciones concretas a los Estados parte, entre ellos Colombia<sup>13</sup>, que

---

<sup>13</sup> De allí que sea pertinente recordar que, en el marco de la terminología utilizada en este escrito, seguimos dentro del concepto de *hard law*, solo que ahora se trata de normas vinculantes de carácter internacional, que deben ser tenidas en cuenta, acatadas y cumplidas por nuestro país como principio esencial y fundante del derecho internacional, que es el cumplimiento de buena fe de los compromisos libre y autónomamente adquiridos por los Estados parte. Sobre esa obligatoriedad y la vinculación del principio de buena fe en el cumplimiento de los instrumentos

vamos a desarrollar de manera cronológica para un mejor orden y comprensión.

### **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

El primer instrumento internacional importante del que Colombia hizo parte en materia de derechos humanos, celebrado en el marco de la *IX Conferencia Internacional Americana* llevada a cabo en Bogotá el 30 de marzo de 1948, y que incluso precedió a la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, fue esta Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, donde se consagró como uno de sus principios, en su parte considerativa, la protección de los “derechos esenciales del hombre”, y en donde además, dentro de su articulado, se estableció el derecho a la vida y la seguridad de las personas (OEA, 1948, art. I) y el derecho esencial a la preservación y protección de su salud (OEA, 1948, art. XI).

### **La Declaración Universal de Derechos Humanos**

Al poco tiempo de haberse proferido la Convención Americana, el 10 de diciembre de ese mismo año (1948), la Asamblea General de las Naciones Unidas en pleno, reunida en París, proclamó esta Declaración Universal de Derechos Humanos, en respuesta a y como resultado del final de la Segunda Guerra Mundial, en donde en su Preámbulo estableció la protección jurídica de los derechos humanos a favor de todas las personas, sin ningún distingo, por el solo hecho de ser tales, y donde conmina a todos los Estados parte –entre ellos, por supuesto, Colombia– a respetar y hacer cumplir todos los derechos y libertades fundamentales del hombre,

---

internacionales suscritos y ratificados por el Estado colombiano, véase de la Corte Constitucional, entre otras, las Sentencias C-228 de 2010 y C-269 de 2014.

reconocidos en dicho instrumento y en los demás que se promulguen al respecto.

Adicional a lo anterior, en su articulado reconoce y establece el derecho a la vida y la seguridad de las personas (NU, 1948, art. 3); a la seguridad social (NU, 1948, art. 22) que incluye, claramente, el derecho a la asistencia en salud y la prevención de enfermedades y demás situaciones que puedan atentar contra ella; y el derecho a la salud y al bienestar (NU, 1948, art. 25).

### **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en sesión llevada a cabo el 16 de diciembre de 1966, aprobó este Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que, por primera vez y de manera oficial, se empezaron a reconocer los derechos de carácter social y económico.

De este Pacto vale la pena resaltar el llamado que hace respecto de la imposibilidad de “realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”, así como el reconocimiento frente a los deberes y obligaciones que cada persona tiene para con los demás y para con la comunidad a la que pertenece (NU, 1966, Preámbulo, párrs. 4 y 6). De manera particular, merece mención especial la consagración del derecho al trabajo en condiciones de seguridad (NU, 1966, art. 7 lit. b), a la seguridad social (NU, 1948, art. 9), así como “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” que implica para los Estados parte, entre ellos Colombia, la obligación de mejorar todos “[los] aspectos de la higiene del trabajo y del

medio ambiente” y procurar “[l]a prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas” (NU, 1966, art. 12, num. 1 y 2 lit. b y c). Este Pacto fue aprobado por Colombia mediante la Ley 74 del 26 de diciembre de 1968.

### **La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)**

El 22 de noviembre de 1969, en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica, se promulgó la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>14</sup>, en cuyo Preámbulo reitera el compromiso de los Estados parte frente al respeto y protección de los “derechos esenciales del hombre”, entre ellos, el derecho a la vida (OEA, 1969, art. 4), e igualmente donde se establece el deber a cargo de los Estados parte de este instrumento de adecuar su derecho interno a efectos de hacerlo compatible con este, y de adoptar todas las medidas necesarias no solo para procurar esa compatibilidad, sino para hacer efectivos los derechos y libertades allí consagradas. Con base en esta obligación, surge el concepto de “convencionalidad” como parámetro de control de la actividad pública. Este instrumento fue aprobado por Colombia a través de la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972.

### **La Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano**

Este instrumento, que se adoptó en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, llevada a cabo el 16 de junio de 1972, dentro de sus proclamas establece que “La protección y mejoramiento del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo

---

<sup>14</sup> La que, además, daría inicio formal al que conocemos como Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos”<sup>15</sup>. Asimismo, señala el riesgo que implica el poder del hombre en la transformación de su entorno, dada la posibilidad de alterar negativamente el medio ambiente y afectar con ello la salud de las personas<sup>16</sup>; por ello, recuerda el deber de todos los “ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, en todos los planos” (NU, 1972) respecto de las responsabilidades que les incumben y su participación activa para lograr los cometidos formulados en tal instrumento, en cuanto a lograr preservar el medio ambiente y garantizar un entorno saludable para todas las personas<sup>17</sup>.

Ya en su articulado nomoárquico, señala el derecho fundamental de todas las personas a disfrutar y gozar de un medio ambiente sano, de una calidad que sea compatible con condiciones de dignidad y bienestar<sup>18</sup>, declarando abiertamente su apoyo a todos los pueblos en la lucha contra la contaminación, en cualquiera de sus formas<sup>19</sup>.

A modo de comentario marginal, resulta importante poner de presente que, aun cuando este instrumento no fue formalmente incorporado al derecho interno nacional, sí inspiró profundamente al Gobierno nacional al momento de expedir el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, que se promulgó por medio del Decreto 2811 del 18 de diciembre de 1974, al recoger postulados esenciales tales como el derecho-deber de protección del medio ambiente (Decreto 2811, arts. 1, 2, Colom.) y el derecho a disfrutar y gozar de un medio ambiente sano (Decreto 2811, art. 7, Colom.).

---

<sup>15</sup> Proclama 2.

<sup>16</sup> Proclama 3.

<sup>17</sup> Proclama 7.

<sup>18</sup> Principio 1.

<sup>19</sup> Principio 6.

## **El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador)**

El 17 de noviembre de 1988, con el fin de incorporar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, citado *supra*, se promulgó en la ciudad de San Salvador el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado también “Protocolo de San Salvador”, con el que se amplió el ámbito de protección y garantías, para incluir derechos de orden económico, cultural y social, que claramente contienen derechos de los llamados de “tercera generación”, entre ellos, los referentes a la protección, cuidado y goce de un medio ambiente sano. De su contenido podemos resaltar la reiteración que se hace –retomando claramente lo aprobado en la Asamblea General de las Naciones Unidas dentro del Pacto citado– al respeto por los derechos humanos esenciales del hombre como principio fundante tanto del instrumento en cuestión como de todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ampliando ese espectro de lo que se entendía o enmarcaba como tales a otros derechos de carácter social, económico y cultural debido a

[L]a estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros [...] solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona

gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos. (Preámbulo, párrs. 4 y 6)

De conformidad con lo anterior, se consagran en este instrumento, entre otros más, los derechos a la seguridad en las condiciones de trabajo (OEA, 1988, art. 7 lit. e), el derecho a la salud de las personas (OEA, 1988, art. 10), así como el derecho esencial de vivir en un medio ambiente sano (OEA, 1988, art. 11).

Este Protocolo fue aprobado por Colombia e incorporado a su ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 319 del 20 de septiembre de 1996, que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-251 de 1997.

### **Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación**

De este instrumento internacional, celebrado el 22 de marzo de 1989, aprobado por Colombia mediante la Ley 253 del 9 de enero de 1996 y declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-377 de 1996, resulta muy importante resaltar la definición y caracterización que hace de lo que se denomina o debe entenderse por *sustancia o desecho peligroso*; además, al catalogar tales sustancias, indica expresa y taxativamente que el asbesto, tanto en polvo como en fibra, es un material de esa naturaleza, es decir, peligroso para los humanos, en atención a lo dispuesto en su artículo 1, numeral 1, literal a, toda vez que el asbesto figura en el Anexo I (Código Y36) y posee la característica establecida en el Anexo III: se trata de “sustancias tóxicas (con efectos retardados o crónicos). Sustancias o desechos que, de ser aspirados o ingeridos, o de penetrar en la piel, pueden entrañar efectos retardados o crónicos, incluso

la carcinogenia” (Clasificación 9 H11) (Ley 253 de 1996, Anexos I y III, Colom.).

### **Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**

Para finalizar, tenemos la Declaración de Río sobre el medio ambiente, promulgada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en Río de Janeiro entre el 3 y el 14 de junio de 1992. Dentro de su contenido normativo, cabe destacar los principios allí consagrados a favor de todos los seres humanos, entre otros, a gozar de una vida saludable (NU, ppio. 1), así como la responsabilidad que hace recaer en los Estados parte de generar compromisos y acciones para evitar los daños ambientales (NU, ppio. 2); que el desarrollo de las sociedades debe responder a las necesidades ambientales (NU, ppio. 3); que el cuidado, protección y preservación del medio ambiente se constituye como límite al progreso (NU, ppio. 4) y, además, insta a los Estados parte a evitar la transferencia, ubicación o reubicación de sustancias que sean nocivas para la salud (NU, ppio. 14).

De igual manera, es bien importante señalar que fue este instrumento internacional el que formalizó, a nivel de normativa internacional y con fuerza vinculante, el principio de “precaución ambiental”, al señalar que “[C]uando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente” (NU, 1992, ppio. 15), instando a todos los gobiernos a que apliquen “ampliamente” dicho principio en aras de proteger el medio ambiente.

Con esta Declaración sucede algo particular que bien merece la pena que nos detengamos en ello por un momento, para ponerlo de relieve: si bien

es cierto que no fue aprobada “formalmente” por el Estado colombiano, al no haberse expedido la respectiva ley por parte del Congreso de la República<sup>20</sup>, sí fue incorporado por remisión e integración normativa efectuada en la Ley 99 de 1993, específicamente en su artículo 1.º, numeral 1.º, que a la letra reza lo siguiente:

Artículo 1.º Principios Generales Ambientales. La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales:

1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

Lo anterior llevó a que esa disposición normativa fuese demandada ante la Corte Constitucional, por precisamente pretermitir el trámite establecido en el texto Superior (artículo 224 de la Constitución), y en Sentencia C-528 de 1994 el Máximo Tribunal de lo Constitucional decidió la cuestión declarando la exequibilidad de la norma al establecer lo siguiente, que nos permitimos transcribir *in extenso*, dada la importancia y pertinencia con el propósito de la labor emprendida en sede judicial y que acá se divulga:

No existe duda acerca del vigor jurídico, ni del carácter normativo de la parte acusada del artículo 10. de la Ley 99 de 1993, así como de su capacidad para producir efectos jurídicos, pero bajo el entendido de que en ella se establecen unos principios y valores de rango legal, que sólo se aplican de modo indirecto y mediato, y para interpretar el sentido de las disposiciones de su misma jerarquía, y el de las inferiores cuando se expiden regulaciones reglamentarias o actos administrativos específicos; en este sentido se encuentra que la norma que se acusa está plenamente delimitada en cuanto al mencionado vigor indirecto y mediato dentro del ordenamiento jurídico al que pertenece, sin establecer conductas

---

<sup>20</sup> De conformidad con lo establecido y exigido por el artículo 224 de la Constitución Política.

específicas y sin prever consecuencias determinadas, las cuales quedan condicionadas a la presencia de otros elementos normativos completos. Este tipo de disposiciones opera como pautas de interpretación y de organización del Estado, y no se utilizan como reglas específicas de solución de casos.

Desde luego, en este caso los principios a los que se refiere la disposición acusada no son constitucionales o generales, ni fundamentadores del ordenamiento jurídico político, como podría entenderse inicialmente y como lo quiere entender el demandante al equipararlos al preámbulo de la Constitución; ni sirven para condicionar toda la organización del Estado, ni se predicán de todo el ordenamiento jurídico, sino que operan con la capacidad de ser orientadores de la conducta de los funcionarios encargados de adelantar el cumplimiento de las restantes partes de la ley que establece. Se hace necesario reconocer la existencia de ordenamientos jurídicos parciales que funcionan de modo relativamente autónomo, dentro de la unidad y plenitud del sistema jurídico al que pertenecen; *estas pautas de conducta también condicionan las actividades de los jueces en funciones de aplicación de la ley y de su interpretación, y en dicha medida son utilizados por el derecho contemporáneo, para abrir las capacidades de los operadores del derecho a soluciones que incorporan fundamentos de racionalidad jurídica y de razonabilidad práctica.*

Se observa que esta modalidad no es nueva dentro de los Estados de Derecho, y que desde los albores de la revolución liberal se acude a la incorporación de los principios contenidos en declaraciones universales de derechos y de valores, *como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sin que por su incorporación por vía de principio de interpretación de la ley o de pautas de conductas legalmente reconocidas dentro de las estructuras de los ordenamientos jurídicos, o de referencias de carácter normativo y de vigor jurídico, se les esté incorporando como si fuesen tratados internacionales o*

*convenciones o cualquiera otro instrumento de dicha índole. (Énfasis añadido.)*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional dio operatividad y aplicación a este instrumento internacional que, por sus efectos y propósitos, resulta esencial en el campo de la protección de los derechos ambientales y ecológicos a nivel nacional.

### **Los documentos OIT relativos al uso seguro del asbesto en el campo laboral e industrial: el Convenio 162 de 1986 y la Recomendación 172 de 1986. ¿Una excepción a la fuerza vinculante del bloque de constitucionalidad (*hard law*)?**

Mención aparte ha de hacerse de estos dos instrumentos dictados al interior de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, realizada en Ginebra el 24 de junio de 1986, en razón a que se estimó por parte del Agente del Ministerio Público que no podían ser tenidos en cuenta para decidir la cuestión planteada por el actor popular, a pesar de hacer formalmente parte del bloque de constitucionalidad (*hard law*), como parámetro normativo convencional aplicable en principio –y solo en principio, como ya veremos– al asunto sometido a debate judicial (CP, 1991, art. 93, Colom.). De hecho, varias de las accionadas –entidades públicas y empresas del sector– alegaron la existencia e incorporación y vigencia de estos instrumentos en el ordenamiento jurídico colombiano para sustentar y acreditar su posición de que el asbesto está permitido y puede ser utilizado bajo condiciones precisas y estrictas de seguridad industrial (tesis del “uso seguro” del asbesto).

Sin embargo, y como se acaba de referir, estos instrumentos, cuya fuerza vinculante para el Estado colombiano deriva además de la Ley 436 del 17

de febrero de 1998 –declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-493 de 1998, por la cual el Convenio 162 fue aprobado por el Congreso de la República–, aunque muy valiosos e importantes, no podían tener en todo caso plena aplicación ni efectos sobre el asunto sometido al debate constitucional subyacente a la acción popular impetrada, debido a dos razones fundamentales.

En primer lugar, ninguno de los dos instrumentos –el Convenio 162 y la Recomendación 172– podrían aplicarse de manera excluyente, por cuanto hacen referencia solo a una parte de lo que abarcaba el ejercicio de la acción popular que había sido interpuesta –y, hay que precisar, de carácter incluso más tangencial que esencial–, a saber, el derecho de los trabajadores a gozar de unas condiciones de seguridad en sus lugares o espacios de trabajo; y en tanto que la acción popular, de la manera en que se presentó y desarrolló procesalmente, estuvo claramente enfocada en la protección del medio ambiente y la salud y vida de todos los habitantes del territorio nacional, obviamente de manera principal a favor de quienes pueden estar en contacto con las fibras del amianto, pero no solo de los trabajadores de la industria, sino también, y con mayor énfasis, de los consumidores de productos que contienen dicho material y, en general, de todos los ciudadanos quienes, por supuesto, no están enmarcados ni son destinatarios de estos dos instrumentos del derecho internacional.

En segundo lugar –que constituye uno de los temas esenciales del debate que se dio en el proceso–, para la fecha en que se elaboraron y promulgaron tales instrumentos –en el año de 1986– aún no existía suficiente evidencia científica respecto de las consecuencias que para la vida y la salud podía generar la exposición al amianto, en cualquiera de sus variedades o formas, ni se contaba con la información y los estudios que, ya hoy en día, están amplia y suficientemente detallados y difundidos a nivel mundial por parte de las principales autoridades, instituciones y

agencias de reconocimiento internacional, tal y como se vio hace unas líneas.

Así las cosas, y a pesar de su aparente fuerza vinculante –se reitera, por aplicación del bloque de constitucionalidad–, ninguno de estos dos instrumentos podía ser aplicado al caso objeto de debate judicial y, por ende, el argumento del “uso seguro” del asbesto esgrimido por varias accionadas, fundamentado en las conclusiones y efectos de estos, carece de cualquier vocación de prosperidad.

Como consecuencia de lo anterior –excepción hecha de estos dos documentos expedidos por la OIT–, toda la nomenclatura, directrices, postulados, derechos y garantías que se encuentran en los demás instrumentos internacionales relacionados se encuentran debidamente consagrados dentro de nuestro ordenamiento jurídico y gozan de plena aplicabilidad en el asunto en cuestión, desde la propia Constitución<sup>21</sup> y en diversos niveles jerárquicos, como, por ejemplo, y solo de manera enunciativa, la Ley 23 de 1973<sup>22</sup>, con base en la cual se expidió el Decreto 2811 de 1974<sup>23</sup>; la Ley 99 de 1993<sup>24</sup>, la Ley 472 de 1998<sup>25</sup> y la Ley 1252 de 2008<sup>26</sup>. Todas estas disposiciones normativas son claras, categóricas y reiterativas respecto al reconocimiento del goce y garantía del medio ambiente sano como derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional, y la responsabilidad tanto de las personas de derecho privado –naturales o jurídicas– como del Estado por la afectación a la

---

<sup>21</sup> Véase Constitución Política, Preámbulo, artículos 1, 2, 5, 11, 48, 49, 78, 79, 81, 88 y 95 numerales 4 y 8.

<sup>22</sup> Artículos 1, 2, 4, 5 y 15

<sup>23</sup> Por el cual se dictó el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, artículos 1, 2, 7, 8 literales i), l) y n); y 32.

<sup>24</sup> Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones, artículo 1 numerales 1, 3 y 6.

<sup>25</sup> Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política, artículos 2 y 4 literales a), c), g), k) y n).

<sup>26</sup> Artículos 1, 2 (num. 1, 2, 4, 5, 6 y 10), 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 14.

salud y la vida de las personas, con ocasión o como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que en materia ambiental les imponen tales disposiciones.

### **La solución dada al caso: el resultado de la conexión entre el *soft law* y el *hard law* por medio de una interpretación con criterio de racionalidad argumentativa**

Una vez adelantada la labor descrita, es decir, consultado el estado del arte científico respecto de los graves efectos que para la salud humana tiene la exposición al asbesto (*soft law*); recopilada y analizada la normativa nacional e internacional acerca del deber de los Estados de proteger y garantizar el derecho a la vida, a la salud y al medio ambiente sano (*hard law*), y logrando conectar ambas esferas<sup>27</sup> a través de un camino interpretativo razonable, bajo las características esenciales de un proceso argumentativo propio del iuspositivismo crítico (García, 2018; Zambrano, 2018), se pudo determinar lo siguiente:

- Es claro e incuestionable que, hoy en día, existe suficiente evidencia científica que demuestra el peligro que para la salud humana implica la exposición al asbesto en cualquiera de sus formas, incluido por supuesto el crisotilo.
- Las múltiples y reiteradas recomendaciones, comentarios y observaciones de los organismos internacionales y las autoridades extranjeras en la materia son unívocas en conminar a todos los Estados para que se prohíba totalmente cualquier uso o presencia del asbesto, en cualquiera de sus variedades, como la mejor medida en política de

---

<sup>27</sup> Que, como se señaló anteriormente, esta labor obedece al criterio interpretativo contenido en la Sentencia C-528 de 1994 y el documento E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2., de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

salud para prevenir y evitar que se siga presentando la larga serie de enfermedades asociadas a dicho mineral, entre las que se encuentra la asbestosis y las diferentes clases de cáncer que produce o que se asocian a su exposición.

- Dichas medidas, encaminadas a la prohibición total del asbesto en todas sus formas, tienen como fundamento o soporte la abundante evidencia científica, que da cuenta de las graves consecuencias que para la salud humana tiene la exposición al asbesto en cualquiera de sus formas y, por ende, no se basan ni siquiera en la aplicación o materialización del principio de precaución ambiental, en razón a que, precisamente por esa evidencia clara y contundente, no se presenta uno de los elementos esenciales de dicho principio ambiental: la “incerteza científica” (Agudelo y Huerta, 2011, p. 35, 51-52, 58-61); en el caso del asbesto, contrario a esa “incerteza”, lo que existe es una certeza absoluta del perjuicio para la salud.
- Según toda la evidencia científica que existe en la actualidad, no queda ninguna duda que:
  - a) Todas las formas o variedades del asbesto son igual de peligrosas y perjudiciales para la salud y, por eso, se encuentran catalogadas como tales (peligrosas o cancerígenas) por parte de las principales agencias científicas a nivel mundial.
  - b) Todas las formas o variedades del asbesto causan una larga serie de enfermedades graves y crónicas, entre ellas, la asbestosis y diferentes tipos de cáncer: con absoluta certeza se sabe que genera cáncer de pleura (MPM), de pulmón, de laringe y de ovarios, y la evidencia sugiere que puede producir también cáncer de faringe, de estómago, de colon y de recto.
  - c) No es cierto que exista o que se pueda defender la tesis del supuesto “uso seguro” del asbesto: ni para los trabajadores de la industria ni

mucho menos para los usuarios o consumidores finales de los productos elaborados o que contienen asbesto en su composición.

- El asbesto puede ser sustituido o reemplazado por sustancias o compuestos menos nocivos, tal como se ha hecho en muchas partes del mundo como, por ejemplo, en toda Europa y en Estados Unidos de Norteamérica.

Bajo esas conclusiones, que claramente nos permiten evidenciar la razón que le asistió al accionante al instaurar la acción popular, se desvirtúan también de paso los argumentos o tesis que esgrimieron las accionadas, a saber:

- Si bien es cierto existen pocos estudios que sostienen la imposibilidad de catalogar el asbesto crisotilo como causante directo del mesotelioma, la evidencia científica sí demuestra, con total certeza, que causa otros tipos de cáncer no menos agresivos o peligrosos, tales como el de pulmón, de laringe y de ovarios, así como otras enfermedades graves y crónicas como la asbestosis.
- No es cierto que exista o se pueda defender la tesis del “uso seguro” del asbesto, ni siquiera del crisotilo.
- Tampoco resulta cierto que esa fibra no se pueda reemplazar por otros compuestos o materiales menos dañinos o nocivos para la salud y la vida de las personas.

Con base en estas conclusiones, y tal y como lo señaló el actor popular en su escrito accionatorio, se pudo establecer con total certeza la afectación de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, al equilibrio ecológico y la preservación del medio ambiente, y a la seguridad y salubridad públicas, consagrados en el artículo 4.º de la Ley 472 de 1998, literales a), c) y g), respectivamente. En consecuencia, se procedió a hacer algunas recomendaciones de lo que se consideró debía ser la parte resolutive del

fallo que decidiera la cuestión, en donde se tuvo además en cuenta una situación bien particular y es que, por la complejidad del asunto, que entre otras cosas requería la necesidad de adoptar políticas públicas en salud, así como ingentes y cuantiosos esfuerzos y acciones encaminados a la materialización de tales fines, la decisión debía atender tales aspectos y todas las ópticas y estamentos involucrados, que permitieran llegar a una solución multidimensional como la que dicha problemática tan compleja exige (Aldana y Guarín, 2016).

En virtud de lo anterior, se advirtió de entrada que la decisión judicial que se adoptara al respecto no podía pecar por el simplismo de dictaminar una prohibición total y abrupta del asbesto, de la noche a la mañana, pues ello, además de vulnerar los derechos que ostentan de manera legítima las empresas de la industria en que se utiliza o comercializa, generaría un conflicto aún mayor, un choque de fuerzas y, con ello, se crearía injustificadamente un obstáculo a la posibilidad de llegar a una verdadera solución de fondo, en donde todos los actores involucrados puedan participar y ayudar activamente a lograr ese tránsito hacia la erradicación de ese mineral, en aras de garantizar y proteger la salud y la vida de los habitantes del territorio nacional<sup>28</sup>.

Fue bajo esa perspectiva que se emitieron múltiples recomendaciones dirigidas tanto a las entidades públicas como a las empresas privadas accionadas, estas últimas cuya vinculación a esta acción y a las obligaciones que se consideraron debían adquirir, en aras de materializar la protección a los derechos colectivos vulnerados, obedeció no solo a la

---

<sup>28</sup> Téngase en cuenta que a Europa le ha tardado casi 20 años en lograr eliminar todo el asbesto que existe en su territorio, y a Alemania casi 30 años, y aún les falta un largo periodo por recorrer en ese propósito (Lamprea y García, 2018, pp. 6-7; ORAC, 2018).

aplicación de la teoría alemana de la *Drittwirkung*<sup>29</sup>, sino esencialmente bajo el concepto de la responsabilidad social, ambiental y ecológica inherente a la propiedad privada y que, por ende, le incumbe al sector privado y a las empresas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, obligaciones que, además de estar establecidas dentro de la Constitución<sup>30</sup>, también se enmarcan dentro del concepto del bloque de constitucionalidad o estándares de derechos humanos<sup>31</sup>.

De este modo, se recomendó conminar al gobierno nacional a diseñar y poner en marcha una auténtica y completa política pública en la materia, a la que deben apuntar diversas entidades y sectores en aras de no solo lograr la sustitución total de las fibras de asbesto en todo el territorio nacional, sino –bien importante aún– que permita su identificación, los usos y productos que lo contienen y que van con destino al consumidor final, así como la caracterización y el tratamiento de los problemas de salud asociados a su exposición y la expedición de una regulación normativa en la materia (Barragán, 2016).

Para el efecto, entre otras medidas concretas, se solicitó la implementación de un programa de sustitución del material en todos los procesos productivos y extractivos, no mayor a cinco años<sup>32</sup>; la elaboración de un plan de identificación de las empresas, los productos y los procesos en los que es utilizado el asbesto, para su control y seguimiento; además,

---

<sup>29</sup> En la que sí fue fundamentada sustancialmente la decisión adoptada por el juez popular. Para profundizar acerca de esta teoría, cfr. Borowski (2019), Mijangos González (2007) y Urzúa (2005).

<sup>30</sup> Preámbulo y artículos 1, 2, 8, 11, 49, 58 (función ecológica de la propiedad privada), 78, 79, 80, 81, 88 y 333.

<sup>31</sup> Cfr., OACDH Colombia (2006, pp. 174-177, 181-182, 184-187, y en especial, pp. 188-190).

<sup>32</sup> Plazo que se estimó suficiente y razonable, atendiendo al hecho de que varias empresas accionadas que históricamente habían utilizado el asbesto como materia prima o como elemento de sus procesos productivos, entre ellas Toptec, Peldar y Skinco, habían logrado tal sustitución en periodos más cortos, entre 2 y 3 años, tal y como fue acreditado dentro del proceso.

mientras se adelanta el proceso de sustitución, se solicitó muy especialmente –y así fue atendido por el juez– la obligación por parte de todas las empresas del sector de rotular todos los productos que contienen asbesto y cuyo destino es el mercado o los consumidores, con una advertencia o aviso al público, visible, notoria, clara y comprensible para cualquier persona, a efectos de que estos puedan tomar la decisión de si adquieren o no tales productos y, en caso afirmativo, adoptar las medidas de seguridad que se consideren necesarias. Adicional a lo anterior, se solicitó igualmente la elaboración de un registro y seguimiento de todos los usuarios del sistema de salud que presenten afecciones o diagnósticos asociados –o que puedan estarlo– a la exposición a las fibras de asbesto, para el diseño y desarrollo de las respectivas políticas y programas en salud encaminados a la atención, prevención y eliminación de las enfermedades ocupacionales y, de manera particular, de aquellas prevenibles, como las asociadas al asbesto, que además resultan bastante onerosas en su atención (López y Barragán, 2018).

Finalmente, cabe destacar la recomendación que se hizo con destino al Gobierno nacional para que, en el marco de sus competencias, llevara a cabo una concertación con el Congreso de la República y todas las fuerzas políticas del país, con el fin de que el proyecto de ley que en ese momento cursaba en el órgano legislativo tuviera un desenlace pronto y exitoso, lo cual pudo verse materializado, por fin y luego de proferida la sentencia, con la expedición de la Ley 1968 de 2019, llamada “Ley Ana Cecilia Niño”, en homenaje a una de las activistas más importantes e incansables en la lucha contra el asbesto, como afectada gravemente en su salud por la exposición a este material y que tristemente falleció en el 2017 a causa de un cáncer pleural (MPM) que le arrebató la vida antes de ver materializado su sueño y el fruto de su ardua lucha. Por esta razón, tanto con esta ley con la que se ordenó la sustitución gradual del asbesto y la prohibición al final

del plazo que estableció para ello, pero sobre todo con la decisión judicial y la toma de conciencia de la ciudadanía colombiana que esta procura, su legado continuará y seguirá sirviendo de ejemplo para las nuevas generaciones quienes, gracias a ella y a muchas otras personas que desde diferentes ámbitos han continuado con esa labor, podrán gozar de un ambiente más saludable, sin la amenaza de un material que mata silenciosa pero cruelmente.

## **Conclusiones**

La labor que acá se desarrolló tenía un doble propósito: por una parte, hacer un breve recuento de lo que fue la decisión judicial que determinó la sustitución del asbesto, mucho antes de que se expidiera la Ley 1968 de 2019 –la que se quedó corta en comparación con la sentencia aludida– y los fundamentos que se tuvieron en cuenta para llegar a ella; pero, por de otro lado, y quizá como objetivo central de la investigación que ha derivado en este escrito, lo que se pretendía era demostrar cómo, para llegar a decisiones que tengan un claro sentido social, como expresiones en búsqueda de materializar la justicia como fin de la actividad jurisdiccional, lo más adecuado es llevar a cabo una ardua pero efectiva tarea interpretativa y argumentativa.

En efecto, este documento pretende generar una reflexión respecto de la labor o práctica hermenéutica del operador jurídico y, en general, de todos quienes están interesados y trabajan en esta compleja área de la teoría de la decisión judicial, a través de una premisa que subyace a todo lo que se ha expuesto: que a través de la aplicación de las reglas de la argumentación, de la construcción adecuada de razonamientos lógicos, coherentes y con suficiente respaldo fáctico y jurídico (método interpretativo-subsuntivo de decisión judicial), bajo un modelo de racionalidad argumentativa, es posible llegar a una solución clara,

convinciente, razonable y admisible para aquellos casos judiciales que se muestran como “difíciles” o críticos, que consulte las necesidades, realidades y expectativas que el caso amerite, en búsqueda de realizar un sentido de justicia y equidad social y, lo más importante, sin necesidad de recurrir a herramientas artificiosas y, en todo caso, peligrosamente subjetivas que brindan la no poca atractiva posibilidad al juez de imponer su moral sustantiva con el agravante de no tener que someter al tamiz del escrutinio público la fuerza jurídica y moral de sus posiciones y la suficiencia y transparencia de sus razones y argumentos, como lo promueve soterradamente la teoría de la ponderación y un muy amplio sector del iusmoralismo.

Bajo las reglas de un claro esquema interpretativo subsuntivo como método hermenéutico, se pudieron conectar en el caso concreto dos esferas o ámbitos que aparentemente resultaban excluyentes: el derecho duro o vinculante (*hard law*) con el derecho blando o meramente orientador (*soft law*), con el fin de hacer a este último operativo y efectivo para el caso analizado, en aras de proteger y garantizar a todos los habitantes del territorio nacional los derechos esenciales a la vida y a la salud, a través de la protección del medio ambiente, el entorno y el mercado.

Se trata, sin dudas, de un claro ejemplo en el que la labor del operador jurídico, sin salirse de sus cauces naturales y bajo el estricto e ineludible marco normativo legal, constitucional y convencional, puede ser vista como paradigmática al dar con soluciones ajustadas a la realidad y a las necesidades ante los casos más difíciles –se insiste– siempre dentro del respeto por el ordenamiento jurídico. Por ello mismo, bien merece la pena que esfuerzos de esta naturaleza y dimensiones sean replicados en la continua labor interpretativa, así como en el estudio de casos en la academia, ya que permite un control y revisión de las decisiones a través

de sus motivaciones, de sus argumentos, de sus razones, lo que será siempre saludable y fortalecerá la democracia, la participación ciudadana y el entramado social por cuenta de una adecuada interiorización y reflexión respecto de estas decisiones que afectan a toda la sociedad.

Dar prioridad y recurrir única y exclusivamente a las razones y a los argumentos a la hora de fundamentar decisiones reduce considerablemente la posibilidad de que, como conejo de sombrero, la arbitrariedad surja de repente, sorprenda a las partes y a la sociedad, y genere espacios de injusticia e insatisfacción, que son la semilla de la desintegración social y del resquebrajamiento del Estado Social y Democrático de Derecho que nos preciamos tener y que históricamente costó tanto sacrificio y luchas poder implantar.

## Referencias

Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2017). *¿Cuáles son los derechos humanos de tercera generación?* ACNUR. [https://eacnur.org/blog/derechos-humanos-tercera-generacion-tc\\_alt45664n\\_o\\_pstn\\_o\\_pst/](https://eacnur.org/blog/derechos-humanos-tercera-generacion-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/)

Agudelo, L. y Huerta, F. (2011). *El principio de precaución ambiental en el Estado colombiano: ¿cómo aplicar el principio de precaución ambiental por la administración pública colombiana?* [tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad Libre]. Repositorio UniLibre. <http://hdl.handle.net/10901/6049>

Aldana, J. y Guarín, E. (2016). Los límites de la teoría del equilibrio como alternativa de solución a la cuestión de la prevalencia del poder del Alto Tribunal de lo Constitucional en Colombia. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1), 59-82. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.01>

Amnistía Internacional. (s. f.). *Los derechos de tercera generación*. <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-futuros.html>

Barragán, D. (2016). La construcción de la mentalidad democrática como necesidad en el posconflicto. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1), 37-57.

<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.06>

Borowski, M. (2019). La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales. *Revista Derecho del Estado*, 45,

3-27. <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.01>

Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (IARC). (2018). *Monographs of Carcinogenic Hazards to Humans and Handbooks of Cancer Prevention*.

[https://monographs.iarc.fr/wp-](https://monographs.iarc.fr/wp-content/uploads/2019/01/OrganSitePoster.PlusHandbooks.17012019.pdf)

[content/uploads/2019/01/OrganSitePoster.PlusHandbooks.17012019.pdf](https://monographs.iarc.fr/wp-content/uploads/2019/01/OrganSitePoster.PlusHandbooks.17012019.pdf)

Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (IARC). (2019). *IARC Monographs on the Identification of Carcinogenic Hazards to Humans*.

<https://monographs.iarc.fr/list-of-classifications>

Colombia. Decreto 2811 de 1974. Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Diciembre 18 de 1974. DO núm. 34243.

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2811\\_1974.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2811_1974.html)

Colombia. Ley 74 de 1968. por la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.

Diciembre 26 de 1968. DO núm. 32682. [http://www.suin-](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1622486)

[juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1622486](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1622486)

Colombia. Ley 16 de 1972. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Diciembre 30 de 1972. DO núm. 33780.

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37204&dt=S>

Colombia. Ley 23 de 1973. Por la cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones. Diciembre 12 de 1973. DO núm. 34001.

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9018>

Colombia. Ley 99 de 1993. 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. Diciembre 22 de 1993. DO núm. 41146. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0099\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html)

Colombia. Ley 253 de 1996. Por medio de la cual se aprueba el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989. Enero 9 de 1996. DO núm. 42688. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0253\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0253_1996.html)

Colombia. Ley 319 de 1996. Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Septiembre 20 de 1996. DO núm. 42884. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0319\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0319_1996.html)

Colombia. Ley 436 de 1998. Por medio de la cual se aprueba el Convenio 162 sobre utilización del asbesto en condiciones de seguridad, adoptado en la 72ª Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra 1986. Febrero 7 de 1998. DO núm. 43241. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0436\\_1998.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0436_1998.html)

Colombia. Ley 472 de 1998. 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. Agosto 5 de 1998. DO núm. 43357. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0472\\_1998.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html)

Colombia. Ley 1252 de 2008. Por la cual se dictan normas prohibitivas en materia ambiental, referentes a los residuos y desechos peligrosos y se dictan otras disposiciones. Noviembre 27 de 2008. DO núm. 47186. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1252\\_2008.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1252_2008.html)

Colombia. Ley 1968 de 2019. Por el cual se prohíbe el uso de asbesto en el territorio nacional y se establecen garantías de protección a la salud de los colombianos. Julio 11 de 2019. DO núm. 51011. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1968\\_2019.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1968_2019.html)

Constitución Política de Colombia [CP]. Julio 7 de 1991 (Colom.).

Corte Constitucional de Colombia [CC], junio 17, 1992, MP: A. Martínez, Sentencia T-411/92, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], noviembre 24, 1994, MP: F. Morón, Sentencia C-528/94, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], agosto 22, 1996, MP: A. Barrera, Sentencia C-377/96, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 28, 1997, MP: E. Cifuentes, Sentencia C-251/97, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], septiembre 15, 1998, MP: A. Barrera, Sentencia C-493/98, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], junio 28, 2001, MP: J. Araujo, Sentencia C-671/01, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], octubre 8, 2004, MP: J. Córdoba, Sentencia T-979/04, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], marzo 14, 2010, MP: L. E. Vargas, Sentencia C-228/10, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], julio 27, 2010, MP: J. I. Palacio, Sentencia C-595/10, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], septiembre 6, 2010, MP: G. E. Mendoza, Sentencia C-703/10, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], agosto 24, 2011, MP: G. E. Mendoza, Sentencia C-632/11, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], marzo 5 2014, MP: A. Rojas, Sentencia C-123/14, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], abril 29, 2014, MP: A. Rojas, Sentencia C-269/14, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], febrero 15, 2016, MP: L. E. Vargas, Sentencia T-062/16, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], junio 22, 2016, MP: G. S. Ortiz, Sentencia C-327/16, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], noviembre 10, 2016, MP: J. I. Palacio, Sentencia T-622/16, [Colom.].

Drnas de Clément, Z. (2001). Los principios de prevención y precaución en materia ambiental en el sistema internacional y en el interamericano. En OEA, *Jornadas de Derecho Internacional*, (pp. 81-92). Secretaría General de la OEA.  
[http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artprincipiosdeprecaucionprevencion/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artprincipiosdeprecaucionprevencion/at_download/file)

Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. (2008). *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Consejo Superior de la Judicatura; Universidad Nacional de Colombia.  
<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/tree/content/pdf/a16/1.pdf>

Galán Galindo, A. R. (2017). Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia la moral y el derecho. *Novum Jus*, 10(2), 103-118.  
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.6>

García, J. (2018). *Teoría de la decisión judicial. Subsunción, argumentación, ponderación*. Ediciones Nueva Jurídica.

Instituto Nacional del Cáncer de los Institutos Nacionales de Salud de los EE.UU. (2017). *Exposición al asbesto y el riesgo de cáncer*.  
<https://www.cancer.gov/espanol/cancer/causas-prevencion/riesgo/sustancias/asbesto/hoja-informativa-asbesto>

Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.

Lamprea, E. y García, D. (3 de mayo de 2018). ¿Por qué Colombia no prohíbe el asbesto? *Cerosepta*. <https://cerosepta.uniandes.edu.co/por-que-colombia-no-prohibe-el-asbesto/>

López Pinilla, A. y Barragán Garzón, P. (2018). Las decisiones judiciales: un dilema entre la legitimidad y la influencia de los medios de comunicación. *Novum Jus*, 12(2), 189-200. <http://dx.doi.org/10.14718/NovumJus.2018.12.2.10>

Mijangos González, J. (2007). La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Teoría y realidad constitucional*, 20, 583-608. <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6772>

- Morales Ferrer, S. y Daza Coronado, S. (2017). El deber de información al paciente el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España. *Novum Jus*, 10(2), 11-34. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.1>
- Naciones Unidas. (1948) *Declaración Universal de Derechos Humanos*.  
<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Diciembre 16 de 1966.  
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Naciones Unidas. (1972). *Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano*. Junio de 1972.  
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf>
- Naciones Unidas. (1972). *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Junio de 1992.  
<https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>
- Observatorio de Redes y Acción Colectiva (ORAC). (2018). *Asbesto: ¿un peligro silencioso? Parte 1: La prohibición y la regulación del uso del asbesto en el mundo*. Universidad del Rosario.  
<http://www.urosario.edu.co/Documentos/Evento-UR/Facultad-de-Ciencia-Politica/Asbesto-un-peligro-silencioso.pdf>
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2006). Comentario relativo a las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos. En A. Valencia (Comp.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional* (vol. 5, pp. 162-198).  
<http://www.hchr.org.co/index.php/publicaciones/category/48-didh-dih-dpi?download=106:compilacion-de-jurisprudencia-y-doctrina-nacional-e-internacional-derechos-humanos-derecho-internacional-humanitario-derecho-penal-internacional-vol-v>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.  
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. Noviembre 22 de 1969. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Noviembre 17 de 1988. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1986). *R172 Recomendación sobre el asbesto*. Junio 4 de 1986. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R172](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R172)
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1986). C162. *Convenio sobre el asbesto*. Junio 24 de 1986. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C162](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C162)
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1996-2020). *Convenios y recomendaciones*. <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2006). *Eliminación de las enfermedades relacionadas con el amianto*. [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/69481/WHO\\_SDE\\_OEH\\_06\\_03\\_spa.pdf?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/69481/WHO_SDE_OEH_06_03_spa.pdf?sequence=1)
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2015). *Asbesto crisotilo*. <https://www.who.int/phe/publications/asbestos/es/>
- Parlamento Europeo – Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. (2013). *Informe A7-0025/2013 Sobre los riesgos para la salud en el lugar de trabajo relacionados con el amianto y perspectivas de eliminación de todo el amianto existente (2012/2065(INI))*. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0025\\_ES.pdf?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0025_ES.pdf?redirect)

- Parlamento Europeo – Comisión Europea. (27 de julio de 1999). *The European Commission bans White Asbestos*.  
[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_99\\_572](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_99_572)
- Polo Alvis, S. y Serrano López, E. (2018). Nueva república, nuevo horizonte, nuevo porvenir: las migraciones colombianas hacia Chile, 1990-2016. *Novum Jus*, 12(1), 165-188. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.12.1.7>
- Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (1989). *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación*. PNUMA; Convenio Basilea.  
<https://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionText-s.pdf>
- Quesada, M. y Perdomo, J. (2017). *Exposición a asbesto: efectos en la salud y legislación sobre su uso* [tesis de Maestría en Salud Ocupacional y Ambiental, Universidad del Rosario]. Repositorio Institucional EDocUR.  
<http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/13601>
- Sociedad Americana contra el Cáncer. (2015). *El asbesto y el riesgo de cáncer*.  
<https://www.cancer.org/es/cancer/causas-del-cancer/asbesto.html>
- Urzúa, R. (2005). *Eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. La doctrina de la Drittwirkung Der Grundrechte* [tesis de pregrado en Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de a Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107648>
- Zambrano, C. (2018). El método interpretativo-subsuntivo como herramienta para controlar la discrecionalidad judicial. Una mirada crítica a la teoría de la ponderación. *Revista Rostros y Rastros*, 21, 42-58.  
[https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/img/ruta/Revista%20Rostros%20y%20Rastros%20%23%2021\\_.pdf](https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/img/ruta/Revista%20Rostros%20y%20Rastros%20%23%2021_.pdf)

# Acercamiento teórico a la constitucionalidad del sistema tributario colombiano\*

[Artículos]

*Sol Beatriz Vélez Escobar\*\**

*Ruby Stella Cabrera Jaramillo\*\*\**

*José Wilmar Pino Montoya\*\*\*\**

*Recibido: 10 de octubre de 2020*

*Aprobado: 30 de noviembre de 2020*

Citar como:

Vélez Escobar, S. B., Cabrera Jaramillo, R. S. y Pino Montoya, J. W. (2021).

Acercamiento teórico a la constitucionalidad del sistema tributario colombiano.

*Revista IUSTA*, (54). <https://doi.org/10.15332/25005286.5984>



---

\* Este artículo es resultados de la investigación titulada "Percepción social de los pequeños contribuyentes acerca de la constitucionalidad del sistema tributario colombiano", avalada y financiada mediante número de radicado 55488, del 8 de octubre de 2018, por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Católica Luis Amigó (Colombia), para ser desarrollado en el 2019.

\*\* Magíster en dirección y administración de empresas. Docente de la Corporación Universitaria Minuto de Dios (Uniminuto), sede Bello, Colombia. Correo institucional: [sbveleze@ucn.edu.co](mailto:sbveleze@ucn.edu.co). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4146-6435>

\*\*\* Magíster en Tributación y Política Fiscal. Docente de la Universidad Católica Luis Amigó (Colombia). Correo institucional: [ruby.cabrera@amigo.edu.co](mailto:ruby.cabrera@amigo.edu.co). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4505-382X>

\*\*\*\* Doctor en Filosofía. Docente de la Universidad Católica Luis Amigó (Colombia). Correo institucional: [jose.pinomo@amigo.edu.co](mailto:jose.pinomo@amigo.edu.co). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9035-2058>

Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448 | e-ISSN: 2500-5286 | DOI: <https://doi.org/10.15332/25005286>

N.º 54 | enero-junio de 2021

## Resumen

Este artículo de reflexión es el resultado del proyecto de investigación “Percepción social de los pequeños contribuyentes acerca de la constitucionalidad del sistema tributario colombiano”, que tiene por objetivo general analizar la percepción social de los pequeños contribuyentes acerca de la constitucionalidad del sistema tributario colombiano. La investigación se realiza desde el enfoque cualitativo y desde una estrategia de estudio documental. En los resultados se aprecia la fundamentación constitucional del pago del impuesto colombiano y cómo este se concreta en el sistema tributario, lo que lo hace un sistema cambiante. Como conclusiones se logra visualizar la garantía del impuesto a partir de la constitución, la concreción de los fines del Estado con su cobro y la potestad de exigir el pago del justo tributo bajo el marco constitucional.

**Palabras claves:** constitución, contribuyente, pequeño contribuyente, sistema tributario colombiano, tributo.

## Theoretical approach to the constitutionality of the Colombian tax system

### Abstract

This reflection article is the result of the research project "Social perception of small taxpayers about the constitutionality of the Colombian tax system", which general objective is to analyze the social perception of small taxpayers about the constitutionality of the Colombian tax system. The research is carried out from a qualitative approach and from a documentary study strategy. The results show the constitutional basis for the payment of the Colombian tax and how this is materialized in the tax system, which makes it a changing system. As conclusions it is possible to visualize the guarantee of the tax from the constitution, the realization of the purposes of the State with its

collection and the power to demand the payment of fair tax under the constitutional framework.

**Keywords:** constitution, taxpayer, small taxpayer, Colombian tax system, tax.

## Abordagem teórica da constitucionalidade do sistema tributário colombiano

### Resumo

Este artigo de reflexão é o resultado do projeto de pesquisa “Percepção social dos pequenos contribuintes sobre a constitucionalidade do sistema tributário colombiano”, que tem o objetivo geral de analisar a percepção social dos pequenos contribuintes acerca da constitucionalidade do sistema tributário colombiano. A pesquisa é realizada sob a abordagem qualitativa e a partir de uma estratégia de estudo documental. Nos resultados, é considerada a fundamentação constitucional do pagamento do imposto colombiano e como este se concreta no sistema tributário, o que o torna um sistema oscilante. Como conclusões, é possível visualizar a garantia do imposto a partir da constituição, o cumprimento dos objetivos do Estado com sua cobrança e a potestade de exigir o pagamento do justo tributo sob o referencial constitucional.

**Palavras-chaves:** constituição, contribuinte, pequeno contribuinte, sistema tributário colombiano, tributo.

### Introducción

La historia moderna enseña que el hombre es un ser vivo esencialmente sociable. En los textos de nuestra historia antigua se describen civilizaciones compuestas por miles y cientos de miles de seres humanos. Hasta nuestros días, seguimos viendo la tendencia natural del hombre al agruparse con el fin de procurarse el mayor bienestar para unos a otros y promocionar los diferentes tipos de intereses (Welte, 2004).

“Los principios del liberalismo: individualismo, igualdad, imperio de la ley, constitucionalismo, división y equilibrio de poderes, poder político limitado, entre otros, son elementos básicos para la organización de las sociedades actuales” (Rodríguez, 2008, p. 7). Sin embargo, y a pesar de la gran ventaja que representan las herramientas en la vida del hombre, las condiciones geográficas, climáticas, psicológicas, etc., limitan su accionar de tal manera que este advierte la necesidad de conformar grupos, con el fin de repartir tareas y compartir esfuerzos, en aras de lograr una mayor eficiencia en la consecución de recursos necesarios para sobrevivir (Castro, 2016).

Entendido esto, se puede traer el concepto sobre el ciudadano en la sociedad moderna, que “es aquella persona que, con base en libertades y derechos reconocidos de manera constitucional, asume posturas activas para deliberar, analizar y argumentar sobre los compromisos que se generan en la vida pública” (Uvalle, 2006, p. 309). La lucha por la vida es constante.

La agrupación de los seres humanos, con el fin de repartir tareas y compartir esfuerzos, surge de la imposibilidad material de que un individuo emprenda y culmine todo tipo de proyectos, lo que lo aleja de alcanzar un mínimo bienestar individual y de disponer de tiempo libre. Dahl (1999) comprende la participación efectiva como la libertad de las personas de plasmar ideas que sean conocidas por el resto de los miembros del conjunto social.

Al ser conscientes de que es más fácil la realización de cualquier proyecto a través del trabajo en grupo, el hombre empezó a reunirse en tribus, clanes, naciones y poblaciones cada vez más numerosas. Pero siempre ha existido en el hombre una naturaleza egoísta, que busca la autoafirmación de la voluntad de cada individuo (Galán, 2017).

Dado que el egoísmo del hombre impide que este apoye desinteresadamente al grupo al que pertenece, los distintos grupos de seres humanos han desarrollado a lo largo de la historia diferentes mecanismos para motivar en los hombres acciones dirigidas a procurar el mayor bienestar para el mayor número de individuos o, dicho de otro modo, acciones altruistas. Para alcanzar aquel bienestar, es preciso adoptar modelos de organización que permitan obtener la mayor eficiencia y eficacia en la administración de los recursos de todo el conglomerado social.

Uno de los mecanismos que dirigen las acciones humanas hacia el bienestar general es el tributo. A lo largo de los años, distintas culturas han apoyado su desarrollo y sostenimiento en este mecanismo: en unas, consistía en una cuota periódica que cada individuo pagaba de manera voluntaria a un fondo común y, en otras, dicha cuota debía cubrirse de manera obligatoria, so pena de recibir un castigo por el grupo al que se pertenecía. En la modernidad, los Estados<sup>1</sup> continúan utilizando los tributos para financiar su sostenimiento y desarrollo. Colombia no es la excepción. Los tributos representan una importantísima fuente de recursos para el sostenimiento y desarrollo del Estado colombiano.

Conforme a lo anterior, el diseño constitucional del tributo está basado en el concepto de autocontención, pero no siempre se comprende de esta manera. En efecto, la mencionada noción enlaza el interés recaudatorio con los derechos del contribuyente de ser gravado de forma justa y equitativa, por lo que cada norma tributaria debe interpretarse en una relación de fin a medios legítimos. Las entidades territoriales en Colombia

---

<sup>1</sup> Un Estado es un modelo de organización social, compuesto por tres elementos: población, territorio y soberanía.

afrontan diversos problemas de financiamiento que les impiden cumplir con sus diferentes obligaciones y responsabilidades a nivel social

Recordemos que los ingresos públicos se subdividen en ingresos corrientes y de capital. Los ingresos corrientes, a su vez, se subdividen en ingresos tributarios y no tributarios. Para el 2016 los ingresos corrientes en Colombia representaron el 59.4 % de los ingresos totales; los ingresos tributarios representaron el 99.47 % de los ingresos corrientes, mientras que los ingresos no tributarios apenas representan el 0.53 % (Mesa, 2016).

Esto es una evidencia de la importancia que los tributos tienen en Colombia. Lamentablemente, no suele advertirse su valor y su impacto en la economía nacional y las consecuentes contingencias que se derivan para cada uno de los hogares y empresas colombianas (Romero-Molina et ál., 2013). La desatención que han recibido los tributos por la mayoría de los ciudadanos colombianos se debe, en gran parte, al complejo sistema normativo que, dicho sea de paso, es tan cambiante como un ser vivo.

Este documento constituye un esfuerzo por acercar a cualquier persona, con una mediana motivación, al entendimiento de los principios, las normas y los procedimientos relevantes frente al impuesto de renta y complementarios, que representó en el 2018 el 21.7 % de los ingresos tributarios, lo que lo convierte en el principal impuesto en Colombia.

Es bien conocido que las normas tributarias son bastante cambiantes, ya que, cada vez que se promulga una nueva reforma tributaria, esta se basa en concentrar mayores recursos para la salud, educación y otros sectores que se ven impactados por los ciclos económicos. Advirtiendo este panorama, se procura estructurar unas bases conceptuales sólidas que luego le permitan al lector acercarse al estudio de cada reforma tributaria, a través de un método sistemático que facilite su comprensión y asimilación.

Para ello, en este documento se empieza por delimitar conceptos importantes, tales como *derecho*, *derecho tributario*, *norma*, *principio*, *Constitución* y *cultura de la Legalidad*, entre otros. Posteriormente, se aborda el estudio de los principios que rigen el sistema tributario colombiano.

## **Metodología**

Esta es una investigación descriptiva y analítica basada en el método cualitativo. Los estudios descriptivos consisten “en llegar a conocer las situaciones, costumbres y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas” (Sequeiros Pastor, 2015, p. 10). En un primer momento, se describe la revisión sistemática de literatura y se defiende cada una de las categorías de investigación; posteriormente, se identifica el método de análisis cualitativo que permita relacionar el impacto de los pequeños contribuyentes y el sistema tributario colombiano (Romero-Molina et ál., 2013).

En este sentido, el estudio se desarrolla bajo un enfoque cualitativo, porque busca describir y relacionar las diferentes categorías de investigación que influyen la constitucionalidad del sistema tributario colombiano, una aproximación desde la sociología fiscal a la observación de fuentes normativas y su análisis crítico, así como de la doctrina y la jurisprudencia relacionadas con el tema de estudio, seguidas de comentarios personales sobre asuntos generales y señalamientos sobre cuestiones concretas. Además, este enfoque tiene la simplicidad de extraer los conceptos que asemejan las personas a partir de lo que dicen y hacen según la percepción de los pequeños contribuyentes acerca de la constitucionalidad del sistema tributario colombiano. El proceso de indagación es inductivo, donde se buscan respuestas a preguntas que se

centran en la experiencia social y de la vida humana (Romero-Molina et ál., 2013).

Este estudio está basado en la revisión de literatura que permite determinar el estado del arte sobre el análisis de los pequeños contribuyentes con relación a la constitucionalidad del sistema tributario en Colombia. Por lo tanto, se identifica material publicado que proporcione un análisis de la literatura reciente o actual sobre las implicaciones de estos contribuyentes sobre el sistema de tributación colombiano y su relación con la Constitución Política de Colombia. En este sentido, la revisión de la literatura consistió en buscar, seleccionar y consultar la bibliografía que pueda ser útil para este estudio. A partir de esto, se identifica una serie de documentos, seleccionando información relevante y necesaria sobre los sistemas de tributación y su relación con los pequeños contribuyentes, y sus requerimientos o planteamientos mínimos sujetos a las normas constitucionales.

Se selecciona material publicado reciente sobre sistemas tributarios y la implicación de los pequeños contribuyentes. Las publicaciones integran resultados sobre el tema de estudio, sea en el título, resumen o palabras clave. Las bases consultadas fueron las siguientes: Jstor, en donde se enfatiza en la búsqueda de *Journal Economics* y *Policy Journal*, dado que estas revistas proporcionan material sobre el tema de sistemas tributarios, al igual que *Journal Economic and Financial Affairs* de la European Commission; Google Scholar; la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); y Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). Finalmente, se realizó la búsqueda en *Handbook Oxford – Journals: The Oxford handbook of public policy*.

Para los términos de búsqueda se utilizaron las siguientes palabras clave tanto en español como en inglés: *derechos, sistemas de tributación,*

*Constitución Política de Colombia, contribuyentes, normatividad y cultura de la legalidad.* Los criterios de selección para la inclusión de los artículos fueron determinados mediante documentos completos que se referían a las palabras clave. Es decir, se incluirán los estudios que analicen tanto los sistemas de tributación como el impacto de los contribuyentes sobre los tributos y su relación con la Constitución Política de Colombia, lo que permitirá obtener una mirada sobre la problemática de la complejidad de los sistemas normativos en el país y su efecto sobre las contribuciones de los pequeños empresarios.

Los criterios de exclusión se aplican para aquellos documentos tales como informes de caso, opiniones de expertos publicadas como editoriales o cartas al editor, artículos metodológicos y estudios que relacionan la financiación con los logros de la salud pública. Además, se excluyen los documentos que en su resumen no proporcionen aportes a la problemática de la complejidad de los sistemas normativos en el país y su efecto sobre las contribuciones de los pequeños empresarios o no reúnan las palabras clave en su título o resumen. No se aplican restricciones por nacionalidad de los autores.

La selección de los artículos estuvo determinada por los criterios de inclusión y exclusión, los cuales se aplicaron inicialmente a los títulos y resúmenes de las referencias identificadas. Luego, se obtuvo el texto completo de los artículos que fueron incluidos y se aplicaron los mismos criterios al texto completo, para determinar finalmente cuáles se incluirían en la revisión de literatura. A partir de la revisión de literatura se elabora una síntesis de definiciones sobre reportes de casos relacionados con los sistemas tributarios, normativos y su impacto sobre los pequeños contribuyentes.

## **Marco contextual**

En la jerarquía del ordenamiento jurídico colombiano se establece la Constitución Política de 1991 como la norma de normas, es decir, como la norma suprema con respecto a la cual han de adecuarse las demás normas jurídicas. En Colombia, doctrinariamente se ha clasificado al conjunto de normas jurídicas de acuerdo con su naturaleza, procedimiento y materia de la que se ocupan. A partir del primer criterio –la naturaleza de las normas–, se distinguen dos grandes grupos, a saber: el derecho privado y el derecho público (Barragán, 2016).

El derecho privado está conformado, entre otros, por el derecho civil, el comercial, el laboral, etc. Al derecho público, por su parte, lo conforman, entre otros, el derecho constitucional, internacional público, penal, procesal, tributario o fiscal, etc.

De las anteriores ramas del derecho público, adquiere especial importancia el derecho tributario, entendido como aquél que regula las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares en materia fiscal. Al respecto, es preciso destacar que existen propuestas teóricas que enmarcan al derecho tributario como una rama del derecho administrativo; sin embargo, en el presente estudio se aborda como una rama independiente y autónoma, gracias a que cuenta con normas, principios y procedimientos propios.

Al estudiar el derecho tributario, así como cualquier otra rama del derecho, debe atenderse a los principios, objetivos, derechos y garantías que la Constitución Política de 1991 consagra en su cuerpo normativo, en tanto es la norma de mayor jerarquía y a la cual deben adaptarse todas las demás.

De los postulados normativos que contiene nuestra Carta Política, tienen especial importancia los principios constitucionales, de los cuales algunos han recibido consagración expresa en la Constitución y otros se entienden

implícitos dentro de esta, sin que estén expresamente positivizados, tal como lo ha entendido la doctrina y la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado (Cubides, 2018). Los principios constitucionales en Colombia adquieren una gran importancia, en tanto es a partir de esta que se orienta la búsqueda de la materialización del conjunto de derechos, objetivos y garantías constitucionales, en aras de lograr una convivencia pacífica y armónica de todas las personas en el Estado colombiano.

La asociación de individuos implica la existencia de un conjunto de normas que regulan sus relaciones cotidianas. Así lo entendían los romanos, quienes acuñaron por aforismo la tesis “ubi homines, ibi societas; ubi societas, ibi ius”, que quiere decir: allí donde hay hombres, hay sociedad; donde hay sociedad, hay derecho (Derecho Constitucional, 2012).

La población del territorio colombiano, que conforma una asociación de personas, supone la existencia de reglas o normas de conducta. El sistema normativo colombiano, atravesado en su totalidad por la Constitución Nacional, otorga importancia o valor tanto a los individuos como al conglomerado social, pero predominantemente al individuo, al que se le supone, dicho sea de paso, social por naturaleza, un *zoon politikón*.

Ahora, con la Constitución de 1991, advirtiendo la importancia del recaudo de fondos para el Estado colombiano, el constituyente previó los principios que orientarían las políticas fiscales hasta nuestros días, a partir de los cuales se derivan garantías para todos y cada uno de los contribuyentes; una de ellas, y en la cual se centrará el análisis del presente estudio, es la irretroactividad de la ley tributaria.

Para abordar el análisis de esta garantía constitucional, es necesario atender a la jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado, quien es

el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, ante la cual se tramitan aspectos atinentes a conflictos suscitados entre el Estado colombiano y sus contribuyentes.

Tal garantía ostenta una importancia suprema, en la medida en que materializa otro principio constitucional, la seguridad jurídica, gracias al cual toda persona puede confiar en la perdurabilidad de las decisiones del legislador y de las actividades administrativas. En materia tributaria, el principio de irretroactividad de la ley tributaria y la seguridad jurídica constituyen, en conjunto, la potestad de toda persona de exigir del Estado coherencia en sus actuaciones y el respeto por los derechos ya adquiridos. La creación, modificación y extinción de derechos en el Estado colombiano no puede ser abrupta e intempestiva, de conformidad con las disposiciones normativas de la Constitución Política de 1991 (CC, Sentencia C-397/11, Colom.).

Desde las miradas cotidianas del ordenamiento jurídico, se tiene establecido que el derecho constitucional, como disciplina académica, está dividido en parcelas normativas, características y principios comunes que contempla el derecho civil, mercantil, administrativo, procesal y laboral.

Por lo tanto, el derecho público se ejerce en el sector del ordenamiento jurídico que regula el ejercicio de los poderes del Estado, orientado a la procura de intereses colectivos o comunes; sus normas son de carácter obligatorio (derecho administrativo). Por su parte, el derecho privado se ocupará de las normas que regulan las relaciones entre los individuos privados en defensa de sus intereses particulares y se concede un amplio margen de autonomía y voluntad (derecho mercantil, laboral y civil).

Todos los llamados de la justicia se hacen inicialmente de los principios consagrados en la Constitución de 1991, que han sido reconocidos por la jurisprudencia como consagrados de una manera implícita. También se

dice que es innegable su aporte en temas como las irretroactividades de la ley tributaria y algunas rectificaciones a las desviaciones que había tenido la jurisprudencia al respecto.

## **Hallazgos y resultados**

### **Constitución como norma de normas**

De la lectura del artículo 4.º de la Constitución Política de 1991, claramente se deduce la jerarquía normativa que ostenta la Carta Magna colombiana. La importancia de definir la jerarquía normativa de las normas constitucionales está dada por la necesidad de armonizar la interpretación del ordenamiento jurídico colombiano. En este punto es preciso realizar una puntualización respecto a las normas jurídicas, que se construyen a partir de términos o palabras que hacen parte del lenguaje humano. Este adolece de muchas dificultades como, por ejemplo, la vaguedad, la contradicción, la indeterminación, etc. Las normas jurídicas, debido a que se encuentran construidas con base en el lenguaje humano, padecen de sus mismas dificultades. Por eso, es preciso contar con criterios que limiten el ejercicio interpretativo de todos y cada uno de los términos que conforman cada norma jurídica.

El establecimiento de la Constitución Política de 1991 como norma suprema constituye la positivización, es decir, la consagración normativa del principal criterio a partir del cual se deben interpretar las demás normas que conforman la totalidad del ordenamiento jurídico colombiano. En esta se establece el conjunto de derechos, principios, objetivos y garantías que inspiran al Estado colombiano y, gracias a su jerarquía normativa y a la existencia de mecanismos jurídicos constitucionales en favor de todas las personas, cada individuo puede exigir de la

Administración Pública el cumplimiento y el respeto por los derechos, principios, objetivos y garantías constitucionales.

Colombia es un Estado social de derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Constitución Política. Esta denominación no es un simple título, sino que expresa un modelo de organización estatal que gira en torno al individuo, es decir, que valora al individuo como un elemento esencial en el conglomerado social (Motta et ál., 2012).

No siempre fue así. En el modelo previo de organización estatal, conocido como “Estado de derecho”, lo que predominaba era el interés general y, en virtud del interés general, los intereses individuales siempre debían ceder. El cambio que se dio con el nacimiento del “Estado social de derecho” es de una importancia enorme, debido a que, con el nacimiento de este modelo estatal, al individuo se le invistió con unas prerrogativas y mecanismos jurídicos que le permiten exigir del Estado la protección de sus intereses individualmente considerados.

Así pues, la Constitución Política de 1991, como norma de normas, no solo contiene un catálogo de derechos y garantías, sino que también cuenta con mecanismos jurídicos expeditos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, como la acción de tutela, la acción popular, la acción de cumplimiento, la acción de grupo, el *habeas corpus* y el *habeas data*.

Ahora bien, la Constitución Política no solo contiene un catálogo de principios, derechos, garantías y mecanismos para ejercerlos, sino también un catálogo de deberes y disposiciones que definen la estructura orgánica del Estado colombiano. Todo ese conjunto de disposiciones debe ser atendido por las autoridades que ejerzan la función legislativa, porque de lo contrario las normas proferidas por dichas autoridades se tornan inconstitucionales, motivo por el cual pueden ser expulsadas del

ordenamiento jurídico colombiano y dejar de producir efectos jurídicos (CC, Sentencia T-406/92, Colom.).

La Carta Magna consagra preceptos de orden constitucional, público y político que establecen las prescripciones reales y procedimentales con relación a conocer, entender y aplicar el derecho en Colombia para una buena convivencia social. Partiendo de esta idea, se puede argumentar y añadir que:

[...] este estatuto de libertades no es solo un listado de derechos, sino también un conjunto de criterios para interpretar y aplicar el resto del articulado constitucional, si se admite, como parece obvio, que la racionalidad finalista de todo el instrumento es garantista o libertaria. (Valencia Villa, 1992, p. 49)

La Constitución es el máximo órgano de representación política que establece los mecanismos para que el ciudadano ejerza y haga efectivo el respeto y cumplimiento de sus derechos fundamentales, partiendo del hecho de que Colombia es un Estado social de derecho.

### **Definición de Constitución**

El concepto de Constitución no es unívoco. Existen multitud de propuestas teóricas dirigidas a definir este término. Sin pretender incluir todas las conceptualizaciones que teóricos del derecho constitucional han propuesto, podemos describir algunas de las más notables que la definen como un contrato social, en términos de Rosseau (1832); también podemos entenderla como una regla de reconocimiento, en términos de H. L. A. Hart (García, 2010), quien define la regla de reconocimiento como aquella regla última en virtud de la cual se puede saber qué normas pertenecen al ordenamiento jurídico y cuáles no pertenecen a él.

En Colombia, la Constitución es entendida como un pacto político, es decir, un acuerdo entre diferentes grupos sociales con intereses contrapuestos. Esta connotación política de la Constitución de 1991 ha sido advertida en textos académicos así:

La palabra Constitución y con ella la expresión Derecho Constitucional y cualquier otra en que el término aparezca como adjetivo, se encuentra en su origen ostensiblemente cargada de significado político, evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación de poder. (Cabra, 2007, p. 78)

Este pacto político, gracias a esa jerarquía suprema que ostenta en virtud del artículo 4.º constitucional, debe ser respetado por todos los individuos que residen en el territorio colombiano y por el Estado colombiano, y deben observarse todas sus prescripciones normativas en todas y cada una de las conductas desplegadas tanto por el Estado como por las personas que lo conforman.

Con ello, se vislumbra en la Constitución Política de 1991 la consagración normativa de una cultura, de una manera de comportarse de los individuos entre sí, una forma de relacionarse basada en el respeto por la individualidad de cada persona, en el respeto por sus derechos y en el cuidado del entorno que conforma el territorio colombiano.

El ser humano es un ser social por naturaleza, hecho por el cual debe tener unos lineamientos plenamente establecidos de obligatorio cumplimiento; para el caso concreto, partimos del término *Constitución*, que hace referencia a la ley de leyes que rige el comportamiento normativo de los ciudadanos que conforman la sociedad y que jerárquicamente establece un ordenamiento jurídico y de mandato.

## **La Constitución como orden público**

El ordenamiento jurídico colombiano gravita en torno al individuo, pero para que cada sujeto pueda ejercer sus derechos y garantías constitucionales es necesario garantizar un orden público que permita la existencia de las instituciones estatales, cuya razón de ser es la protección de los derechos y garantías de todos y cada uno de los individuos.

El concepto de orden público congloba un conjunto de comportamientos o conductas sociales que cada individuo debe observar en todas sus actuaciones, en aras de mantener una armónica convivencia social. Tal conjunto de comportamientos se inspira en los principios de justicia, equidad y transparencia. Los principios son normas que consagran, ya sea de manera expresa o implícita, mandatos de optimización de la conducta humana, es decir, órdenes para dirigir la conducta de las personas hacia hábitos o costumbres de respeto. Dicho de otro modo, “con el término *orden público* el ordenamiento jurídico incluye el normal funcionamiento de las instituciones básicas de la sociedad, la paz social y la convivencia pública” (Montalvo, 2010, p. 199).

Los mandatos de optimización o principios consagrados en la Constitución Política de 1991 optan por privilegiar al individuo, pero sin desatender el interés general. En esa medida, el interés general se erige como un límite al ejercicio de los derechos por parte de los individuos. Ese límite está consagrado con el fin de dirigir el comportamiento individual hacia el mayor beneficio para la mayoría, pues dar un valor absoluto al individuo se ha advertido siempre inconveniente a través de los años, exceptuando unas corrientes filosóficas minoritarias que incluso, suponiendo un valor absoluto del individuo, ven el conjunto de normas jurídicas como un instrumento de disociación social en vez de cohesión social.

Ahora, la Constitución colombiana puede concebirse como un conjunto de normas que regulan la conducta humana, con el fin de garantizar la existencia de un orden público justo que permita a todos y cada uno de los individuos el ejercicio efectivo de todos sus derechos y garantías jurídicas. Dicho de otro modo, la Constitución Nacional es un elemento que une, que invita a unirse a formar parte de la población colombiana; es un elemento que agrupa un conjunto de elementos comunes entre las distintas razas que transitan por el territorio colombiano.

El concepto de orden público hace referencia a los lineamientos que, como miembros de la sociedad, debemos tener en cuenta para una sana convivencia; desde la Constitución, el mismo término nos lleva a las realidades sociales, políticas y jurídicas con una figura de interés general que, a su vez, remite a una especie de limitación relacionada con el comportamiento en términos de justicia, equidad y transparencia. El orden público puede constituir un límite oponible al ejercicio de las libertades. En todo entorno democrático, el mantenimiento del orden público supone un requisito esencial para preservar el orden social. Con el término “*orden público*”, el ordenamiento jurídico incluye el normal funcionamiento de las instituciones básicas de la sociedad, la paz social y la convivencia pública” (Montalvo, 2010, p. 197).

### **La Constitución Política: entre lo sustancial y lo formal**

El ordenamiento jurídico colombiano puede distinguir otros dos tipos de normas jurídicas: las sustanciales y las procedimentales. Las primeras consagran derechos y obligaciones; las segundas consagran los procedimientos a través de los cuales se ejercitan los derechos y se cumplen las obligaciones. Entre estos dos tipos de normas, existe una prevalencia de las normas jurídicas de carácter sustancial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Política.

La prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho adjetivo, procedimental o formal tiene una gran importancia práctica, que se acentúa con el fin de que el ordenamiento jurídico colombiano le da al derecho procedimental, pues el fin del derecho procedimental es materializar el sustancial. En otras palabras, la razón de ser de los procedimientos legalmente establecidos es la materialización de derechos; allí se encuentra la justificación de las formas, rituales o procedimientos jurídicos. Según Heller (2002), el Estado vive de su justificación: cada generación, con psicológica necesidad, tiene que plantearse de nuevo el problema de la justificación o consagración del Estado.

La justificación moderna que se le da a los Estados –dicho sea de paso– es el conjunto de derechos fundamentales que estos consagran en sus Constituciones. El respeto por el conjunto de derechos fundamentales se erige como una obligación estatal y su cumplimiento implica el ejercicio de la función pública dentro de estándares de transparencia, equidad y justicia. Lo anterior conlleva que en las actuaciones procesales y procedimentales se busque siempre el cumplimiento y el respeto de los derechos y obligaciones consagrados en las normas sustanciales.

El principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal está consagrado en nuestra Constitución nacional en el artículo 228; el derecho sustancial consagra en abstracto los derechos, mientras que el derecho formal o adjetivo establece la forma de la actividad jurisdiccional, cuya finalidad es la realización de tales derechos. Esos procedimientos y trámites se conocen como *obligaciones formales*, que son de forma nada más, pero que en muchos casos son indispensables para dar cumplimiento a la obligación. Desde el modelo de democracia liberal, es necesario “replantearse su justificación; necesita, como se ha señalado, ‘relegitimarse’. Esa relegitimación, a nuestro modo de ver, debe venir, sin

duda, de la transparencia y la responsabilidad como exigencias ineludibles de la gestión pública de nuestro tiempo” (Del Hierro, 2014, p. 185).

### **La cultura de la legalidad**

La cultura de la legalidad consiste en un comportamiento social estructural y sistemático que respeta el conjunto de obligaciones que las normas jurídicas consagran en cabeza de todos los individuos. El respeto por los preceptos normativos es la base en virtud de la cual se erige el conjunto de derechos de los que se dotan a todos y cada uno de los individuos, en tanto el respeto de las obligaciones implica el respeto de los derechos que le asisten a cada persona.

El respeto por los derechos de todas las personas no solo es una obligación de cada individuo, sino también una obligación del Estado colombiano. Gracias a esta obligación estatal, los servidores públicos deben atender a la justicia y a la equidad en el ejercicio de la función pública, en aras de eludir conductas unilaterales y arbitrarias por parte de la Administración Pública. En definitiva, el respeto por la ley constituye, en sí misma, un deber/derecho tanto de los particulares, individualmente considerados, como de la sociedad en su conjunto, representada por el Estado: deber, porque implica el respeto por los derechos individuales de cada persona; derecho, en tanto implica la facultad de exigir el respeto por el conjunto de derechos que le asiste a cada persona.

Cuando se habla de cultura de la legalidad se pueden entender diferentes cosas, pero principalmente ha de entenderse como un conjunto de comportamientos habituales, constantes y respetuosos de las normas jurídicas (Aldana y Guarín, 2016). Consiste en satisfacer las necesidades y preferencias de la sociedad para generar la seguridad pública y ser parte esencial de la convivencia, mejorar su calidad de vida fundamentada en el

cumplimiento de la norma, en saberla administrar como un proceso de conocimiento de lo público con equidad y justicia, donde se impide las arbitrariedades y se busca la autorregulación colectiva de la sociedad (Laveaga, 2013).

## **Discusión**

Una de las responsabilidades consagradas en el artículo 95 de la Constitución Política implica contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad, pero muchos contribuyentes perciben que su relación de intercambio con el gobierno es injusta, lo que nos lleva a pensar en los diferentes factores; por ejemplo, la idea de una insuficiente cantidad y calidad de gasto público o la concepción de que el sistema tributario es inequitativo se ve favorecida gracias a los tratos tributarios diferenciales, siendo el caso las deducciones especiales, rentas exentas y descuentos tributarios que permiten que exista una percepción de injusticia en la relación del Estado con la sociedad y favorecen que exista la evasión de impuestos. Es válido señalar la importancia de las estrategias, no solo penales, que se puedan emplear con el fin de promover el cumplimiento tributario, que, en muchos casos, por la percepción que se tiene sobre el manejo de los recursos, la alta desigualdad económica y la poca capacidad redistributiva, se ve reflejado en el incumplimiento y evasión ya mencionados.

La percepción que pueda tener una persona sobre la constitucionalidad del sistema tributario se basa en su experiencia y en la que podría conocer de los demás, lo que se fundamenta en el modo en cómo se calculan y recaudan los impuestos y hace que las personas conciben al sistema impuesto como justo o injusto. Los grados de inequidad concebidos por las personas afectan directamente el grado de recaudación que el gobierno pueda obtener. Al plantear cualquier proyecto de reforma tributaria se

deben considerar sus efectos en la estructura de equidad del sistema o, si no, podrían conseguir un sistema con una menor aceptación de los contribuyentes, malogrando el potencial tributario del país.

La percepción de los contribuyentes de la equidad, en cuanto a materia tributaria se refiere, depende del trato que reciben los demás en diferentes condiciones económicas. Es más probable que un contribuyente acepte la carga tributaria que por ley le corresponde cuando los demás también cumplen con sus obligaciones. Que un contribuyente considere que los demás evaden no solo es el resultado de observar dicha acción, también puede darse el caso de que se piense que otros evaden porque pagan pocos impuestos, aunque ello se deba a los beneficios tributarios que los cobijan (Bolaños, 2017).

Un individuo podría concluir que el sistema tributario que lo cubre no es imparcial por diferentes razones, como por ejemplo encontrar que la carga tributaria de otros ciudadanos con una capacidad de pago igual no se calcula siguiendo los mismos criterios. La percepción de justicia sobre la imposición de una obligación, como lo es un impuesto, depende del grado de aprobación del mecanismo que se siguió para determinar los compromisos fiscales de los demás.

La ideología política de un ciudadano se asocia con el grado de aceptación que le merece la obligación constitucional de pagar impuestos, en la medida en que la primera capture su percepción sobre la necesidad de la intervención estatal; si una ideología política se asocia con un interés redistributivo y una contraria no lo hace, entonces es de esperar que el individuo apoye la ideología que es más cercana a sus intereses políticos.

La confianza en el gobierno contribuye a que el intercambio tributario se considere justo y, con ello, se promueva el cumplimiento tributario. El sistema tributario, siendo fuente de ingresos de un país, no es en sí el

problema para los colombianos, puesto que por medio de este se financia el Estado para los diferentes programas sociales e inversión en infraestructura, seguridad, salud y educación, entre otros. Aunque esto es un beneficio para todos, de cierto modo pequeños empresarios e independientes se ven afectados por todo lo relacionado con los impuestos, dado que estos en muchas ocasiones tienen montos altos interfiriendo en las actividades que ellos realicen.

La tributación la deben cumplir tanto personas naturales como jurídicas y, aunque en la mayoría de los casos no están de acuerdo con todo lo relacionado con el pago de tributos, lo deben hacer, ya que el incumplimiento de estas obligaciones acarrea sanciones. La carga fiscal que deben asumir los pequeños contribuyentes en Colombia conlleva una situación adversa, afectando la parte financiera dentro de las pequeñas empresas; en consecuencia, también se ven afectados los niveles de sostenibilidad, desarrollo y competitividad, debido a que nuestro sistema tributario es complejo y existen altas tasas impositivas además de la cantidad de estos tributos.

El desarrollo económico de un país se encuentra asociado al aumento de su producto nacional bruto y al incremento de la renta per cápita, lo que tiene que ver mucho con el aumento de las utilidades de las empresas. Por tal razón, cuando los tributos son excesivos, los recursos disponibles disminuyen, lo que lleva a su vez al pago de menos impuestos o al aumento de acciones de evasión tributaria, lo que merma el ingreso de recursos estatales para el cumplimiento de sus políticas de desarrollo. Se puede afirmar que el aumento en el grado de tributación debilita el crecimiento económico (Parra, 2007).

## Conclusiones

Con base en los hallazgos del estudio, a continuación, presentamos las principales conclusiones:

- La Constitución determina las personas que son titulares de los poderes de imposición, sus límites y sus principios, y también los deberes y derechos de todos los ciudadanos, así como las obligaciones de las personas que deben contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, teniendo en cuenta los conceptos de justicia y equidad.
- Los impuestos constituyen el principal sustento de un Estado, por lo que los intereses del gobierno deben ser afines a los de los ciudadanos. La importancia de pagar tributos reside en que, con estos aportes, los colombianos contribuimos a garantizar la sostenibilidad fiscal del Estado. A su vez, esto posibilita que el gobierno provea bienes públicos para el beneficio de todos, tales como carreteras, escuelas, hospitales, etc. La Constitución, norma de normas, tiene establecido que les corresponde a los ciudadanos el financiamiento de los gastos e inversiones de la nación. Con base en esta premisa, se da el origen constitucional de la creación de los tributos.
- La mayoría de personas en el país tiene en su conciencia que los Estados necesitan de los impuestos para financiarse y realizar las inversiones, en especial en el ámbito social. Lo esperable es que estos sean justos con los ingresos de los ciudadanos y, a la vez, se inviertan de manera eficiente y eficaz, para no tener la percepción de que se los roban. Los países necesitan recursos para su adecuada sostenibilidad, pero los impuestos deberían ser consecuentes con el nivel de ingreso de cada nación.

- La corrupción limita la provisión pública de bienes y servicios para beneficiar solo a determinados agentes, lo que favorece la evasión.
- Estudiar el tema relacionado con el sistema tributario deja mucho que analizar para todos los contribuyentes, dado que, en muchas ocasiones debido a la carga fiscal, se evidencia abusos y corrupción por parte del gobierno, afectando notablemente el crecimiento de este país. Sin duda, mantenerse enterado de los cambios tributarios, de las reformas y demás es una estrategia que no solo ayuda a llevar un seguimiento de lo que realmente se debe pagar, sino que, más importante aún, nos lleva a tomar las mejores e indicadas opciones de inversión. Recordemos que hay vehículos de inversión que minimizan el pago de nuestros impuestos, por ejemplo, los fondos de pensiones voluntarias.
- Por su parte, el estatuto tributario posee un conjunto de normas encargadas de regular la mayoría de los aspectos relacionado con el recaudo de impuestos y determina aquellas personas que deben pagar tributos de acuerdo con los hechos generadores de impuestos, es decir, aquellos que tengan la capacidad de pagarlos.
- El sistema tributario colombiano presenta una inequidad, dejando en desventaja a los pequeños contribuyentes. Artículos como el 499 y el 506 del Estatuto Tributario crean una brecha entre pequeños y grandes contribuyentes, ya que es inequitativo a la hora de calcular los tributos; no obstante, estos están creados con el fin de ejercer un control y también presentan algunas ventajas para el pequeño contribuyente, pero al mismo tiempo crea una brecha y se convierte en responsable de los déficits fiscales del país, debido a que el pequeño contribuyente prefiere evadir impuestos que participar de esta brecha.
- La legislación tributaria tiene mucha relevancia en la distribución de los ingresos de los ciudadanos y, por lo tanto, deben existir normas que garanticen la equidad en su recaudación y que todos los ciudadanos

contribuyan de acuerdo con sus posibilidades. Se puede concluir que el Gobierno, tratando de controlar la evasión de impuestos y reducir el régimen fiscal, no ha tenido en cuenta las consecuencias que esto genera a los pequeños contribuyentes y, por ende, a los empresarios en general.

## Referencias

- Aldana, J. y Guarín, E. (2016) Los límites de la teoría del equilibrio como alternativa de solución a la cuestión de la prevalencia del poder del Alto Tribunal de lo Constitucional en Colombia. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1), 59-82.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.01>
- Barragán, D. (2016). La construcción de la mentalidad democrática como necesidad en el posconflicto. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1) 37-57.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.06>
- Bolaños Bolaños, L. (2017). Justicia tributaria como principio constitucional en el Estado social de derecho. *Revista de Derecho*, 48, 54-81.  
<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/8374/1117>
- Cabra, M. G. (2007). *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Universidad del Rosario.
- Castro Jaramillo, A. M. (2016). Derecho a la intimidad en las redes sociales de Internet en Colombia. *Novum Jus*, 10(1), 113-133.  
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.5>
- Constitución Política de Colombia [CP]. Julio 7 de 1991 (Colom.).
- Corte Constitucional de Colombia [CC], junio 5, 1992, MP: C. Angarita Barón, Sentencia T406/92, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 18, 2011, MP: J. I. Pretelt, Sentencia C-397/11, [Colom.].
- Cubides Durán, E. (2018). Simplificación tributaria territorial en Colombia. *Revista de Derecho Fiscal*, 12, 171-218. <https://doi.org/10.18601/16926722.n12.08>

- Dahl, R. A. (1999). *The Past and Future of Democracy*. CIRCAP.
- Del Hierro, J. L. (2014). Legitimidad y legalidad. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, marzo-agosto, 179-186.
- Derecho constitucional. (2012, 29 de julio). *El derecho y los derechos*.  
<https://www.derechoconstitucional.es/2012/01/el-derecho-y-los-derechos.html>
- Galán Galindo, A. R. (2017). Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia la moral y el Derecho. *Novum Jus*, 10(2), 103-118.  
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.6>
- García, R. (2010). *La regla de reconocimiento de HLA Hart*.
- Heller, H. (2002), *La justificación del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Jiménez, J. (1988). “Derecho constitucional. Sistema de fuentes”, de Ignacio Otto [reseña del libro Derecho constitucional: sistema de fuentes de I. Otto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8(23), 305-322.
- Laveaga, G. (1999). *La cultura de la legalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Mesa, N., A. G. (2016). *Una mirada histórica empresarial y su comportamiento en las finanzas públicas de los periodos comprendidos entre el 2012 y 2017*. Colombia.
- Montalvo, J. (2010). Concepto de orden público en las democracias contemporáneas. *RJUAM*, 22, 197-222.
- Motta Navas, A., Suelst Cock, V. y Corrales Sánchez, M. S. (2012). *La importancia de la jurisprudencia en Colombia*. Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ).  
[https://metodosderesoluciondeconflictos.files.wordpress.com/2014/07/07\\_import\\_jurisp\\_col.pdf](https://metodosderesoluciondeconflictos.files.wordpress.com/2014/07/07_import_jurisp_col.pdf)
- Parra, A. (2007). *Planeación tributaria y organización empresarial*. Legis.
- Romero-Molina, C. A., Grass-Suárez, Y. C. y García-Caicedo, X. C. (2013). Principios constitucionales que rigen el sistema tributario. *DIXI*, 15(17), 67-77.  
<https://doi.org/10.16925/di.v15i17.640>
- Rodríguez, R. (2008). *La tradición liberal. En: Ciudad y ciudadanía. Senderos contemporáneos de filosofía política*. Trotta.

- Rousseau, J. J. (1832). *El contrato social, o Principios del Derecho político*.
- Pastor, M. L. S. (2015). *Clima institucional y desempeño docente en los centros de educación básica alternativa del distrito de Abancay, 2013* [Tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/6970>
- Uvalle, R. (2006). Las políticas públicas en el gobierno de la democracia. En J. C. León y S. Mora, *Ciudadanía, democracia y políticas públicas* (pp. 299-326). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Valencia, H. (1992). Los derechos humanos de la Constitución del 91. *Estudios Políticos*, 2, 45-61.
- Welte, B. (2004). La idea del nuevo humanismo y la dialéctica de integración y progreso. *Revista Ciencia y Cultura*, 14, 83-93.  
[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2077-33232004000100007&script=sci\\_arttext&tlng=en](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2077-33232004000100007&script=sci_arttext&tlng=en)

# El papel del derecho comunitario andino en la temática del medio ambiente desde las competencias de los municipios\*

[Artículos]

*Edwin Francisco Antolínez Sánchez\*\**

*Recibido: 5 de agosto de 2020*

*Aprobado: 13 de octubre de 2020*

Citar como:

Antolínez Sánchez, E. F. (2021). El papel del derecho comunitario andino en la temática del medio ambiente desde las competencias de los municipios. *Revista IUSTA*, (54). <https://doi.org/10.15332/25005286.6554>



## Resumen

Teniendo en cuenta la importancia de la relación generada entre los cuatro ordenamientos jurídicos de la Comunidad Andina (CAN) y, por supuesto, de Colombia desde la correcta aplicación de políticas públicas

---

\* El presente manuscrito es producto del proyecto de investigación: "Las decisiones y resoluciones emitidas por la Comunidad Andina (CAN) en el marco de protección de derechos del medio ambiente en los municipios", gestionado en el marco de la Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Libre (Sede Bogotá).

\*\* Administrador Público egresado de la Escuela Superior de Administración Pública – Territorial Boyacá Casanare – CETAP Tunja, Abogado egresado de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Libre (Sede Bogotá - Colombia). ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3710-8010>. Correo electrónico: [edwinfranciscoantolinez@gmail.com](mailto:edwinfranciscoantolinez@gmail.com)

que propendan por la protección y conservación del medio ambiente por parte de los municipios, el presente artículo pretende destacar el papel del derecho comunitario andino en la temática del medio ambiente desde las competencias de los municipios. De este modo, el artículo desarrolla las siguientes temáticas: 1) la naturaleza jurídica del derecho comunitario andino; 2) para qué sirve y por qué existe el derecho comunitario andino; 3) el marco normativo de la CAN y de Colombia referente al medio ambiente en los municipios, y 4) el papel, la importancia y la finalidad del derecho comunitario andino en relación con el medio ambiente frente a los municipios. Consecuentemente, el problema de investigación planteado se basa en la siguiente pregunta: ¿el papel del derecho comunitario andino en la temática del medio ambiente busca generar impacto positivo o negativo desde las competencias de los municipios? Para el efecto, se considera que el marco normativo de los municipios no atiende las decisiones supranacionales de la CAN desde la perspectiva medioambiental.

**Palabras clave:** derecho comunitario andino, medio ambiente, municipios.

## **The role of Andean Community law in environmental issues from the authority of the municipalities**

### **Abstract**

Taking into account the importance of the relationship generated between the four legal systems of Andean Community (CAN) and, of course, of Colombia from the correct application of public policies that promote the protection and conservation of the environment by the municipalities, this article aims to highlight the role of Andean Community law in the environmental issues from the authority of the municipalities. Therefore, this article develops the following topics: 1) the legal nature of Andean Community law; 2) what is Andean Community

law for and why does it exist? 3) The regulatory framework of the Andean Community (CAN) and Colombia regarding the environment in the municipalities, and 4) the role, importance and purpose of the Andean Community law with regards to the environment in relation to municipalities. Consequently, the research problem posed is based on the following question: does the role of Andean Community law in environmental issues seek to generate positive or negative impact from the authority of the municipalities? To this effect, it is considered that the regulatory framework of the municipalities does not attend the supranational decisions of the CAN from the environmental perspective.

**Keywords:** Andean Community law, environment, municipalities.

## **O papel do direito comunitário andino na temática do meio ambiente a partir das competências dos municípios**

### **Resumo**

Considerando a importância da relação gerada entre quatro ordenamentos jurídicos da Comunidade Andina (CAN) e da Colômbia, com base na correta aplicação de políticas públicas que propendem pela proteção e pela conservação do meio ambiente por parte dos municípios, neste artigo, pretende-se destacar o papel do direito comunitário andino na temática do meio ambiente a partir das competências dos municípios. Desse modo, neste artigo, são desenvolvidas as seguintes temáticas: 1) natureza jurídica do direito comunitário andino; 2) para que serve e por que existe o direito comunitário andino; 3) o referencial normativo da CAN e da Colômbia sobre o meio ambiente nos municípios; 4) o papel, a importância e a finalidade do direito comunitário andino com relação ao meio ambiente ante os municípios. Nesse sentido, o problema de pesquisa proposto está baseado na pergunta: o papel do direito comunitário andino na temática do meio ambiente procura gerar impacto positivo ou negativo a partir das competências dos municípios?

Para isso, é considerado que o referencial normativo dos municípios não atende às decisões supranacionais da CAN sob a perspectiva meio ambiental.

**Palavras-chave:** direito comunitário andino, meio ambiente, municípios.

## **Introducción**

El presente artículo se desarrolla a partir de la formulación de la siguiente pregunta-problema de investigación: ¿el papel del derecho comunitario andino en la temática del medio ambiente busca generar impacto positivo o negativo desde las competencias de los municipios? El derecho comunitario andino es definido por el Tribunal de Justicia Comunitario como el sistema de normas que se interrelacionan con el objeto de regular la existencia y desarrollo del proceso de integración subregional y, en ese sentido, busca el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de Cartagena (Montes, 2012).

La temática en cuestión es pertinente si se tiene en cuenta que resulta importante plantear investigaciones con contenidos de la actualidad que incidan directamente en la enseñanza que brindan los docentes, el aprendizaje que reciben los estudiantes y la calidad de la educación ofrecida por el Estado a través de las universidades públicas y privadas existentes en el país. Los resultados que se presentan en este artículo son producto de un trabajo de análisis minucioso que procuró examinar un tema o aspecto concreto relacionado con la Comunidad Andina (CAN).

Es importante anotar que la presente disertación es consecuencia del proyecto de investigación titulado “Las decisiones y resoluciones emitidas por la Comunidad Andina (CAN), en el marco de protección de derechos del medio ambiente en los municipios”, cuyo propósito es analizar el papel

del derecho comunitario andino en relación con el medio ambiente desde las competencias de los municipios.

## **Metodología**

En lo que se refiere a la estructura metodológica del artículo planteado, cabe considerar que se trata de una investigación de tipo cualitativo, porque lo que se pretende es describir, comprender y profundizar sobre un tema en particular, que en este caso es el papel del derecho comunitario andino en la temática del medio ambiente desde las competencias de los municipios.

El alcance del artículo propuesto es descriptivo, porque se analizará y estudiará detalladamente la esencia del ordenamiento jurídico andino, en lo que tiene que ver con la protección y conservación del medio ambiente desde las entidades territoriales (municipios), de tal forma que se logren conocer los aspectos de mayor importancia sobre el tema objeto de estudio.

Se hará un análisis documental a partir de las fuentes del derecho interno (Constitución Política, leyes, doctrina y jurisprudencia), así como de las normas andinas, para obtener los mejores resultados posibles y poder compartirlos desde la academia.

## **Naturaleza jurídica del derecho comunitario andino**

El derecho comunitario andino se origina y se nutre del derecho internacional público, pero se ha desprendido de este con “personalidad propia” (Poppe, 1985). Los tratados que dan vida al proceso de integración están sujetos, en su formalización y efectos, a las reglas del derecho de los tratados; no obstante, queda claro que el derecho de la integración no es un derecho extranjero en los países miembros (Andueza, 1985).

De acuerdo con lo sostenido por Poppe (1985) y Andueza (1985), se puede intuir que el derecho comunitario andino es un conjunto de normas jurídicas común a las partes, creado para proteger a cada Estado miembro de la CAN de diferentes intereses en los que tiene parte esta organización de carácter internacional; por ello, no puede dársele el mismo trato que se le da al derecho extranjero (Blanco, 2015b).

El derecho comunitario es *supranacional*, y la supranacionalidad es el núcleo del derecho de la integración, ya que es el rasgo que produce la ruptura y diferencia con el derecho internacional común (Ortiz, 2002).

El Derecho Comunitario constituye un orden *jurídico propio*, distinto del Derecho Interno y del Derecho Internacional que deben aplicarse *uniformemente* en el territorio de todos los Estados miembros y, por lo tanto, tiene una jerarquía superior a los ordenamientos jurídicos nacionales. (Moreno, 1987, p. 55)

Así las cosas, se señala que el derecho comunitario andino es la base esencial del proceso de integración, habida cuenta que, al existir un conjunto de normas jurídicas que regulen a cada Estado miembro, estos quedan capacitados para generar un derecho común a toda el área de la organización internacional, obteniendo nuevas y mejores herramientas jurídicas que terminan favoreciendo en su totalidad a la CAN (Blanco, 2015c).

La tendencia mundial hacia la integración de los Estados ha venido estructurando un sistema de relaciones entre los sujetos participantes de los procesos de integración, relaciones que, según el entender de algunos autores, escapan a las regulaciones del derecho internacional y, por ende, requieren de un ordenamiento jurídico propio y especializado que algunos llaman *derecho de la integración* y otros, *derecho comunitario* (Sáchica, 1990).

El derecho comunitario, en virtud de su *supranacionalidad*, se constituye en un *ordenamiento jurídico propio y especializado*, distinto del derecho interno y del derecho internacional común, que se inserta en los ordenamientos jurídicos nacionales con valor superior a la ley nacional a la que desplaza o sustituye en forma directa y automática –principios de aplicación directa y preeminencia– (Blanco, 2014).

Existe una *ordenación jerarquizada de normas* donde las superiores son la *Constitución comunitaria*, y las que ocupan un rango inferior, las *derivadas o secundarias*, que emanan de los órganos comunitarios; también se reconoce la importancia de estas normas en la conformación del bloque de constitucionalidad (Plata López y Yepes Ceballos, 2009).

De lo expuesto por los autores, se vislumbra que la supranacionalidad del derecho comunitario andino se sustenta en dos principios esenciales, a saber: por una parte, la aplicación directa de su normativa que produce efectos jurídicos en cada país miembro de la CAN, sin que se necesite algún tipo de complemento en materia de normatividad por parte del derecho interno; por otro lado, la preeminencia, que es la facultad que conserva el ordenamiento jurídico comunitario de prevalecer sobre una norma de derecho interno que se le contraponga (Blanco, 2013a).

Resulta de vital importancia estudiar los principios de primacía del derecho comunitario y eficacia directa, génesis que pauta un lineamiento de estructuración para una debida articulación de la organización ante la cual los Estados miembros ceden, de manera expresa, algunas de sus competencias. Este es el fundamento que permite la debida interacción entre los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y la organización supranacional; en otras palabras, estos principios permiten que las decisiones emitidas por los órganos de la organización supranacional sean vinculantes para todos los Estados miembros (Cubillos et ál., 2014).

De lo expresado por Cubillos et ál (2014), se comprende el carácter vinculante que tienen las decisiones emitidas por la CAN en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado que la componen pues, por una parte, se resalta la soberanía y las competencias de los países miembros, mientras que, por otra, se pone de manifiesto la aplicación de las decisiones proferidas por la CAN con base en las facultades asignadas. En otras palabras, entran en una especie de confrontación los poderes y autoridades, tanto de cada Estado miembro como de la organización, lo que se convierte en una importante puja jurídica, resultando tan solo admisible el bienestar de la sociedad civil (Pardo, 2014).

El concepto de primacía se entiende como aquel “complejo de normas jurídicas que disciplinan las comunidades de Estados y sus relaciones jurídicas con otros sujetos de derecho dando así un sistema jurídico institucional, nuevo, autónomo y especial” (Ulate, 2004, p. 153).

En este sentido, se considera importante tener una aproximación de lo que puede entenderse como primacía, ya que, partiendo de su definición, se puede llegar a una mayor comprensión de cómo operan algunas normas que contienen un mayor peso al momento de su aplicación en un determinado escenario jurídico (Blanco, 2013b).

Este sistema presenta como principal característica la de derivarse de los tratados de integración entre Estados, a partir de los cuales nace un sujeto u organismo de integración con vida propia, con la facultad de emitir una normativa a la que deben de sujetarse tanto los Estados miembros como sus ciudadanos (Giammattei, 1999).

Aquí se evidencia que la facultad de adoptar normas por parte del derecho comunitario andino, en principio, conlleva que se produzca una situación bastante original, toda vez que durante cierto lapso la materia viene a ser regulada por una norma interna, hasta que la CAN, haciendo uso de las

competencias entregadas por los países miembros, entra a hacer su propia regulación y, entonces, dicha normativa empieza a ser de obligatorio cumplimiento para cada Estado que la integra.

Es así como el principio de primacía del derecho comunitario se entiende como el enunciado normativo que surge como resultado de las potestades cedidas por los Estados a la organización comunitaria (Rodríguez, 2016). Con base en dichas competencias, la organización supranacional puede generar normas jurídicas vinculantes para responder a los intereses comunes de los Estados (Ponce de León, 2001; Fernández de Casadevante, 2012; Lenaerts y van Nuffel, 2010; Saenz de Santa María et ál., 1999; Fairhurst, 1999).

En esta parte se afirma que, de conformidad con el alcance dado al principio de primacía del derecho comunitario andino, uno de sus elementos característicos consiste en su carácter absoluto, en la medida en que implica una limitación definitiva de cada Estado miembro en relación con sus derechos soberanos. Por esta razón, no es posible que prevalezca una norma interna en un caso determinado, porque sería incompatible con la esencia de la CAN (Patarroyo y Benavides, 2014).

De esta manera, el principio de primacía del derecho comunitario se sustenta en el concepto de soberanía que, aunque reside primigeniamente en los Estados de forma inalienable e imprescriptible, es transferida mediante un acto unilateral y uniforme a una organización supranacional para el fortalecimiento de la confianza regional y para enfrentar, de una manera más efectiva, los mayores problemas comunes a la luz del derecho internacional (Bou Franch y Cervera Vallterra, 2010).

Finalmente, se concluye que el derecho comunitario andino evidencia primacía, porque se trata de un conjunto de normas jurídicas organizado y coherente con el suficiente desarrollo y madurez para garantizar la eficacia

de su normatividad, siendo capaz de producir efectos jurídicos en cada Estado miembro, sin que sea necesario ningún tipo de complemento normativo del derecho interno; de esta manera, se convierte en una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a los que afecta.

### **¿Para qué sirve y por qué existe el derecho comunitario andino?**

En principio, puede decirse que el derecho comunitario andino sirve y existe por la necesidad que vieron algunos países de la región suramericana de fortalecer las relaciones jurídicas, a través de la conformación de un proceso de integración que, además de estrechar lazos de amistad entre pueblos hermanos, busca robustecer los aspectos económicos, políticos y sociales de cada Estado, con el fin de generar progreso y bienestar a sus ciudadanos.

El derecho comunitario andino sirve también para lograr normas homogéneas en cada Estado que hace parte de la CAN, en aras de mejorar su desarrollo, mediante la realización de una serie de actividades que permitan un intercambio intracomunitario, la preservación de conductas acordes con los compromisos asumidos y el avance en la conformación de un mercado común que se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico, de tal forma que, frente a cualquier controversia, la normativa andina ingrese a resolverla manteniendo siempre el equilibrio.

Además, el derecho comunitario andino existe porque se requiere generar armonización legislativa, es decir, surge la necesidad de tomar las leyes de cada Estado miembro de la CAN para hacer un compendio, de tal forma que existan mayores herramientas jurídicas garantes del proceso de integración y que estas no choquen entre sí cuando se vaya a resolver un pleito jurídico entre las partes.

Se cita el artículo de revista titulado el Medio Ambiente en el Marco del Derecho Comunitario Andino y la Legislación Colombiana, donde su autora Laura Lizeth Mancera Rodríguez sobre esta temática, aporta lo enunciado a continuación:

Si bien existe cierta convergencia normativa entre Colombia y la CAN para el logro del establecimiento de un régimen común, falta armonizar un mayor número de normas de carácter ambiental entre sí, y con normas de otro carácter que inciden como el penal, el comercial etc., y con tratados de carácter internacional pues “resulta fundamental coordinar estas acciones, con aquéllas previstas en tratados internacionales aplicables en el área, suscritos por varios o todos los países andinos” (Ponce de León, 2001, p. 140), ya que el vacío legislativo relativiza la protección y conservación del medio ambiente y conlleva a que se difiera en sus usos, aprovechamientos y a que se menoscabe la eficiencia de las normas. Puesto que se permite que los países miembros jueguen con las normas (Puyo, 2006).

Los Estados muchas veces son refractarios a aceptar sistemas de aplicación de normas comunitarias que pongan límites a su capacidad de acción o autonomía interna frente a los asuntos que suscite el medio ambiente. Es por esto que los obstáculos de carácter político juegan un rol importante, ya que los Estados se resisten a establecer procesos de fiscalización y control que limiten su libertad de acción soberana (Juste, 1999). Por lo que es necesario que los países miembros entiendan que la CAN exige por parte de todos éstos el sometimiento a un mismo derecho en aquellas materias en las que han realizado la transferencia del ejercicio de competencias en favor de la Comunidad. (Mancera, 2015, pp. 33-37)

El derecho comunitario andino sirve y existe por la necesidad de tener un sistema propio para resolver conflictos, ya que, en un primer momento, el Acuerdo de Cartagena no contaba con un sistema de solución de

controversias propio, sino que se regía por el procedimiento de solución de controversias pactado en el Tratado de Montevideo de 1960, que básicamente disponía la negociación, la conciliación y el arbitraje (Rodríguez, 2016).

## **Marco Normativo de la Comunidad Andina (CAN) y de Colombia Referente al Medio Ambiente en los Municipios**

Al remitirnos al orden constitucional, encontramos que la Carta Política de Colombia dispone en su artículo 9 lo siguiente:

Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe

Se observa que la Norma Superior consagra las relaciones exteriores del Estado colombiano y los procesos de integración con otros países, lo que se considera que es con el propósito de fijar algunas metas que en este caso obedecen a la defensa del medio ambiente, en aras de protegerlo y conservarlo para el disfrute de las nuevas generaciones.

Lo anteriormente expuesto cobra mayor fuerza cuando la Constitución Política de 1991 establece en su Preámbulo lo siguiente:

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano [...] y comprometido a impulsar la *integración de la comunidad latinoamericana* [...] Pudiendo mencionarse para el estudio que nos ocupa, la Comunidad Andina – CAN, como una organización de carácter internacional que busca estrechar lazos de amistad entre países vecinos, facilitando las relaciones diplomáticas y permitiendo un fortalecimiento a nivel suramericano. (Énfasis añadido.)

Ahora bien, al remontarnos al orden legal, iniciaremos citando la Ley 99 de 1993:

Artículo 10. PRINCIPIOS GENERALES AMBIENTALES. La política ambiental colombiana seguirá los siguientes principios generales: [...] **4.** Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de protección especial. [...] **10.** 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.

Se considera que este mandato legal propende por la protección del medio ambiente en todos sus ámbitos, como parte de un proceso de desarrollo económico y social del país, orientado en los principios universales del derecho, contenidos en distintas normativas nacionales e internacionales.

Una vez realizado este estudio de orden constitucional y legal, nuestra atención se centrará en las decisiones y resoluciones emitidas por la CAN en el marco de protección de derechos del medio ambiente y sus finalidades en los municipios; no obstante, antes de revisar tales pronunciamientos, presentaremos algunas generalidades sobre dicha organización.

La CAN inició con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, el 26 de mayo de 1969. Dicho Acuerdo indica en su artículo 128 lo siguiente: “Los países miembros emprenderán acciones conjuntas que permitan un mayor aprovechamiento de sus recursos naturales renovables y no renovables y la conservación y mejoramiento del medio ambiente”.

Entre tanto, dentro de la normativa emitida por la CAN, se cita la Decisión 435 de fecha 11 de junio de 1998, que sostiene en su artículo 1 lo siguiente: “Crear el Comité Andino de Autoridades Ambientales (CAAAM), que

estará conformado por las autoridades nacionales responsables del medio ambiente de cada país miembro”.

No podemos culminar este marco normativo sin mencionar algunas de las decisiones y resoluciones emitidas por la CAN en el marco de protección de derechos del medio ambiente, toda vez que tales pronunciamientos nos permiten conocer a profundidad las gestiones realizadas por esta organización internacional en torno a la preservación y cuidado del medio ambiente en cada uno de los países miembros.

En su tesis doctoral titulada *La Descentralización Territorial en el marco de la Comunidad Andina (CAN)*, Blanco (2015a) resalta algunas decisiones importantes emitidas por esta organización, entre las que se pueden mencionar:

- Con la Decisión 763 de 2011 se emite la Estrategia Andina para la Gestión Integrada de los Recursos Hídricos, entendiéndose por dicha gestión el proceso sistemático para el desarrollo, asignación y monitoreo de los usos del agua, de acuerdo con objetivos sociales, económicos y ambientales que buscan el desarrollo sostenible.
- La biodiversidad de los países andinos tiene una importancia enorme a nivel global; además, es fundamental para sustentar el desarrollo sostenible de los Estados andinos. Por eso, la CAN, mediante la Decisión 523 de 2002, emitió la estrategia regional de biodiversidad para los países del trópico andino (Blanco, 2015a).
- Por otra parte, la Decisión 713 de 2009 modifica la Decisión 591 de 2004: Estrategia Andina para la Prevención y Atención de Desastres. De conformidad con sus considerandos encontramos lo siguiente:

El Acuerdo de Cartagena establece que, para promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social, así

como para procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión, se emplearán, entre otras, acciones para la conservación y aprovechamiento de los recursos naturales y del medio ambiente.

- La Decisión 762 de 2011 aprueba la ejecución del Proyecto “Programa de Adaptación al Cambio Climático en la Región Andina”. De conformidad con sus considerandos, encontramos lo siguiente:

Para alcanzar los objetivos de desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, el Acuerdo de Cartagena establece que los Países Miembros emprenderán acciones conjuntas para el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales y del medio ambiente.

Una vez consultada la página oficial de la Comunidad Andina, se encuentra que, con la finalidad de hacer frente a la minería ilegal y buscar acciones coordinadas para proteger los recursos naturales, promover canales más fluidos de cooperación entre los países, así como para realizar actividades de prevención y control de dicho fenómeno en beneficio del medio ambiente, la vida y la salud de los ciudadanos de la subregión, los países miembros de la CAN decidieron realizar un trabajo conjunto para enfrentar este problema de carácter multidimensional, que atenta contra la paz, la seguridad, la gobernabilidad, la economía y la estabilidad.

Como resultado de este esfuerzo comunitario, mediante la Decisión 774 de 2012 se aprobó la Política Andina de Lucha contra la Minería Ilegal y se creó el Comité Andino contra la Minería Ilegal, trazándose como objetivo principal enfrentar de manera integral, cooperativa y coordinada la minería ilegal y actividades conexas, que atentan contra la seguridad, la economía, los recursos naturales, el medio ambiente y

la salud humana, y que a su vez provoca daños irreversibles, en la salud de la población, el medio ambiente y los recursos naturales. La *Gaceta Oficial* del Acuerdo de Cartagena también nos presenta la Decisión 596 de 2004, por la cual se crea el Consejo de Ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de la CAN, que consagra en su artículo 2 lo siguiente: “El Consejo de Ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Comunidad Andina estará conformado por las máximas autoridades ambientales y de desarrollo sostenible de cada país miembro”.

Se resalta el propósito e importancia de implementar una Agenda Ambiental y consagrar y regular aspectos propios del medio ambiente como el recurso hídrico, la prevención y atención de desastres, el cambio climático, la biodiversidad, los recursos genéticos y los plaguicidas químicos, para cuidar, proteger y salvaguardar el medio ambiente y los recursos naturales presentes en la región (Mancera, 2015).

En contexto, lo que busca la CAN, al proferir este tipo de decisiones, es brindar mayores instrumentos jurídicos a cada Estado miembro en el marco de protección de derechos del medio ambiente, por lo que nuestra atención se centrará en estudiarlas detenidamente para determinar si tales decisiones producen las finalidades deseadas en los municipios.

## **Papel, importancia y finalidad del derecho comunitario andino en la temática del medio ambiente frente a los municipios**

Se entiende por *medio ambiente* toda la red de interacciones geológicas y biológicas que determinan la relación entre la vida y el planeta Tierra, además del conjunto de relaciones fundamentales que existen entre el

mundo material o biofísico (atmósfera, litosfera, hidrosfera, biosfera) y el mundo sociopolítico (Tena y Hernández, 2014).

Díaz (2001), catedrático de Ecología de la Universidad Complutense de Madrid, dice que la expresión *medio ambiente* en castellano es una redundancia, ya que el ambiente es el entorno, el medio donde transcurre la vida. En general, la sociedad occidental tiene claro que en el término *medio ambiente* están recogidos el medio físico (ríos, mares y océanos, valles y montañas, etc.) y biótico (animales, plantas, hongos, etc.), pero es menos frecuente que el ciudadano sepa que también forman parte del mismo el medio sociocultural y económico, que a través de la actividad humana condiciona a los otros y a su vez influye de manera directa en las generaciones venideras (Ramos García-Serrano y Sánchez Maldonado, 2013).

A partir de las distintas definiciones de *medio ambiente* que nos presentan los autores, se plantea el siguiente interrogante: ¿Cuál es el papel del derecho comunitario andino en la relación medio ambiente-municipios?

Se encuentra una primera respuesta cuando se afirma que el papel del derecho comunitario andino en dicha relación consiste en facilitar diversas normas jurídicas que protejan a toda costa los ecosistemas a nivel local, atendiendo al grado de autonomía que tienen las entidades territoriales (municipios), partiendo también de las funciones y competencias que se encuentran asignadas a cada autoridad. Por ejemplo, para el caso de Colombia, los alcaldes pueden regular ciertas conductas mediante la expedición de decretos, mientras que los concejos lo hacen profiriendo acuerdos.

El papel del derecho comunitario andino en la relación medio ambiente-municipios, también es regular aspectos propios del medio ambiente como el recurso hídrico, la prevención y atención de desastres, el

cambio climático, la biodiversidad, los recursos genéticos y los plaguicidas químicos, para cuidar, proteger y salvaguardar el medio ambiente y los recursos naturales presentes en la región (Mancera, 2015).

El papel del derecho comunitario andino en la relación medio ambiente-municipios se resume en que la población tiene el derecho a disfrutar de un ambiente sano, pero con la responsabilidad de cuidarlo y protegerlo, contando con acciones de carácter constitucional.

En torno a lo anteriormente expuesto, y con el propósito de entrar más en materia, surgen los siguientes interrogantes:

### **¿Por qué es importante el derecho al medio ambiente desde la CAN?**

Es importante porque todo ser humano tiene derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, como una condición previa para la completa realización de otros derechos, tales como la vida, la salud, la alimentación y el agua. Estos deben ser garantizados por todas las organizaciones del mundo, entre ellas, la ONU, la OEA y, por supuesto, la CAN.

### **¿Por qué es importante que los municipios, especialmente los alcaldes, cumplan con las decisiones de la Comunidad Andina en el marco ambiental?**

Teniendo en cuenta que las decisiones son disposiciones aprobadas por la Comisión de la CAN por consenso de todos los países miembros de este organismo subregional, es importante que los municipios, especialmente los alcaldes, las cumplan por las siguientes razones:

1. Porque tienen carácter vinculante para los países (Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador), toda vez que se constituyen en normas supranacionales, a menos que las mismas normas establezcan que el Estado debe proferir disposiciones internas.

2. Porque promueven el bienestar armónico y equilibrado de cada entidad territorial en materia de protección del medio ambiente.
3. Porque son producto de un proceso de integración y cooperación para proteger los páramos, las fuentes hídricas y los ecosistemas en general de cada pueblo.
4. Porque procuran siempre un mejoramiento en el nivel de vida de los ciudadanos, al incorporar prácticas ambientales de impacto social.

Según Macías (1998), el derecho ambiental hace referencia a varios aspectos: la protección de la naturaleza, o recursos naturales renovables; la contaminación; el ordenamiento territorial; la protección de las identidades culturales de las etnias; el sistema institucional de la administración y control, entre otros aspectos, que van desde lo nacional hasta lo internacional (García y Fino, 2014).

Ahora bien, otro aspecto que centra la atención en esta investigación es el *calentamiento global* que, de acuerdo con González (2007), es el fenómeno ocasionado por los cambios promedio del aumento en la temperatura de la atmósfera terrestre y de los océanos en las últimas décadas.

Sobre el calentamiento global se considera importante indicar que se trata de un fenómeno que se ha venido incrementando día a día, debido a diversas causas. Una de ellas, quizás la principal, es la irresponsabilidad del ser humano cuando producto de su inconciencia tiende a quemar indiscriminadamente los páramos y bosques, contamina los ríos y quebradas y malgasta el agua potable regando cultivos o lavando vehículos, ignorando las consecuencias futuras de todas estas acciones (Gallego, 2014).

Por su parte, Tapiador (2015) resalta que, según los científicos del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC), el calentamiento global actual está motivado por el incremento observado en la

concentración en el aire de ciertos gases, como el dióxido de carbono. Dicho incremento se debe a las actividades humanas, fundamentalmente a la quema de combustibles fósiles, como el petróleo, el gas y el carbón (Tapiador, 2015).

De lo expresado por los autores surge el siguiente interrogante: ¿Por qué el calentamiento global es respuesta en la relación medio ambiente y municipios? Porque la relación que tenemos los ciudadanos con el medio ambiente en cada municipio hasta el momento no ha sido la mejor, resultando importante empezar en cambiarla, ya que el planeta se encuentra en riesgo y, si bien el calentamiento global hasta el momento no está fuera de control, pronto podría estarlo, a raíz de cada acto irresponsable cometido por los seres humanos; por ejemplo, cuando se talan y se queman indiscriminada los bosques o cuando se contaminan las fuentes hídricas (Humbarita, 2015).

Se concluye que el papel, importancia y finalidad del derecho comunitario andino en la temática del medio ambiente y de los municipios son bastante amplios, porque involucran distintos aspectos por estudiar, como los recursos naturales renovables y no renovables, las fuentes hídricas, la atención y prevención de desastres, el cambio climático, la biodiversidad, el calentamiento global, el cuidado de los páramos, entre otros. Estos deben contar siempre con una protección jurídica especial interna y externa (Valderrama et ál., 2018).

Ahora bien, en este apartado surge la necesidad de hacer una aproximación a los conceptos de gobernanza y paradiplomacia, porque pueden definirse desde un punto de vista jurídico y van de la mano con el actuar administrativo y político por parte de los alcaldes y los concejos en los municipios: mientras la gobernanza se refiere principalmente a un

conjunto de actuaciones internas, la paradiplomacia se encamina más a distintas acciones por fuera del país (Palomares y Calonje, 2015).

Sobre el concepto de gobernanza, se puede decir que se trata de un paradigma emergente que Aguilar (2006) ha definido como “el proceso mediante el cual los actores de una sociedad deciden sus objetivos de convivencia fundamentales y coyunturales y las formas de coordinarse para realizarlos: su sentido de dirección y su capacidad de dirección” (Aguilar, 2006, p. 90).

Teniendo ya una noción de lo que en términos generales es la gobernanza, nos permitimos dar un salto a la definición de paradiplomacia, con el propósito de establecer la relación existente entre estos dos conceptos, que van de la mano y que resultan importantes dentro de la investigación adelantada.

Si bien en relación con la paradiplomacia hay mucha literatura, aún no ha sido plenamente definida. Aunque el análisis del fenómeno inició desde la década de los años setenta, se limitó a una descripción de las actividades internacionales de las regiones, más que a un debate conceptual (Zeraqui, 2016). Es de vital importancia entender que la gobernanza y la paradiplomacia permiten promover el papel del derecho comunitario andino en relación con el medio ambiente en los municipios por las siguientes razones:

1. Se generan escenarios internos y externos que apuntan hacia el establecimiento de un compendio normativo en materia ambiental, que fortalece jurídicamente a nuestro país en todos sus niveles de gobierno, es decir, a nivel nacional, departamental y municipal, toda vez que se cuenta con mayores instrumentos en el campo del Derecho, tales como las decisiones y resoluciones emitidas por la CAN (Barragán, 2016).

2. Se propende por la creación de convenios y tratados entre los países que hacen parte de la CAN, a través de normas nacionales e internacionales, de tal forma que no exista dispersión jurídica entre el derecho comunitario andino y las normas internas de cada país miembro de la organización, evitando una posible desprotección jurídica en materia ambiental (Cortés, 2016).

## **Conclusiones**

Es evidente que el papel del derecho comunitario andino en relación con el medio ambiente busca generar un impacto positivo desde las competencias de los municipios, porque, de conformidad con el Acuerdo de Cartagena, las normas jurídicas comunitarias tienen carácter vinculante, es decir, son de obligatorio cumplimiento y prevalecen sobre las normas internas de cada Estado miembro.

El derecho comunitario andino es un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que refuerza la protección y conservación del medio ambiente, sin usurpar las competencias de los municipios, ya que entra a corregir las posibles omisiones que puedan presentar las autoridades ambientales (Ministerios de Ambiente y Corporaciones Autónomas Regionales) de cada Estado miembro a nivel nacional.

El derecho comunitario andino se constituye en un sistema propio para resolver controversias jurídicas de carácter ambiental que se presenten en los municipios, lo que significa un avance importante para los Estados parte, puesto que, en un principio, el Acuerdo de Cartagena no contaba con dicho sistema, lo que dificultaba la correcta administración de justicia.

El papel del derecho comunitario andino en la temática del medio ambiente desde las competencias de los municipios supone tener en cuenta los aspectos económico, político, social y jurídico, toda vez que cada

Estado miembro de la CAN tiene su propia forma de gobierno y, por tanto, su desarrollo institucional opera de manera diferente.

## Referencias

### Doctrina

- Aguilar, L. F. (2014). Las dimensiones y los niveles de gobernanza. *Cuadernos De Gobierno y Administración Pública*, 1(1), 11-36.  
[https://doi.org/10.5209/rev\\_CGAP.2014.v1.n1.45156](https://doi.org/10.5209/rev_CGAP.2014.v1.n1.45156)
- Andueza, J. (1985). La interpretación prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En: Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena* (p. 85). INTAL.
- Barragán, D. (2016). La construcción de la mentalidad democrática como necesidad en el posconflicto. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 11(1), 37-57.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.06>
- Bou Franch, V. y Cervera Vallterra, M. (2010). *Normativa y jurisprudencia básica del derecho de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch.
- Blanco, C. (2013a). Algunas propuestas frente a la crisis de legitimidad de la comunidad andina. *Análisis Político*, 26(78), 141-155.
- Blanco, C. (2013b). La Comunidad Andina en el marco de lo jurídico y político en *Revista Prolegómenos*, 16(31), 173-188.
- Blanco, C. (2014). La crisis de la comunidad andina. *Revista de Derecho*, 42, 1-32.
- Blanco, C. (2015a). *La Descentralización Territorial en el Marco de la Comunidad Andina (CAN)* [tesis para optar al Doctorado en Derecho, Universidad Santo Tomás]. Repositorio USTA. <http://dx.doi.org/10.15332/tg.doc.2015.00011>
- Blanco, C. (2015b). La influencia positiva de la CAN en la descentralización territorial colombiana. *Revista Opinión Jurídica*, 14(27), 161-174.
- Blanco, C. (2015c). La conexión entre descentralización territorial colombiana e integración andina. *Análisis Político*, 28(84), 207-216.  
<https://doi.org/10.15446/anpol.v28n84.54647>

- Colombia. Ley 99 de 1993. 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. Diciembre 22 de 1993. DO núm. 41146.
- Cortés, S. (2016). Derechos humanos en las políticas de paz y posconflicto en Colombia. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 11(1), 129-145. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.03>
- Cubillos, A., Pachón, J. y López, C. (2014). Los principios de primacía y eficacia directa del derecho comunitario andino: conceptualización, desarrollo y aplicación. *Revista Jurídicas*, 11(2), 148-169. [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas11\(2\)\\_9.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas11(2)_9.pdf)
- Díaz Pineda, F. (2001). Ecosistemas y biodiversidad. En P. García Barreno (dir.), *La ciencia en tus manos* (2.ª ed.) (pp. 285-312). Espasa Calpe.
- Fairhurst, J. (1999). *Law of the European Union*. Pearson.
- Fernández de Casadevante Romani, C. F. (2012). *Derecho de la Unión Europea. Nociones básicas*. Dilex.
- Gallego, J. (2014). Paradoja y complejidad de los derechos humanos en la sociedad moderna. Sentido y comunicación. *Revista IUSTA*, 1(40), 143-165. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2014.0040.01>
- García, M. y Fino, G. (2014). Los impuestos territoriales en Colombia y la inequidad social, ¿la voluntad de la clase dominante erigida en ley? *Revista IUSTA*, 2(41), 61-75. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2014.0041.04>
- Giammattei, J. A. (1999). *Guía concentrada de la integración centroamericana*. Corte Suprema de Justicia.
- González, C. (2007, abril). *Calentamiento global* [presentación de diapositivas]. <http://agricultura.uprm.edu/calentamiento/pdf/Calentamiento%20global.pdf>
- Juste, J. (1999). *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. McGraw Hill.
- Humbarita, J. (2015). Derecho Constitucional Hispanoamericano frente a la realidad institucional, manifiesta divergencia. *Revista IUSTA*, 2(43), 91-118. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2015.0043.03>

- Lenaerts, K. y Van Nuffel, P. (2010). *European Union Law*. Sweet and Maxwell.
- Macías Gómez, L. (1998). *Introducción al derecho ambiental*. Legis.
- Mancera, L. (2015). *El medio ambiente en el marco del derecho comunitario andino y la legislación colombiana* [tesis de pregrado en Derecho, Universidad Santo Tomás]. Repositorio Institucional de la Universidad Santo Tomás.  
<https://hdl.handle.net/11634/1992>
- Montes, M. (2012). *Efectos Reglamentarios y Jurisdiccionales del Derecho Comunitario Andino Sobre el Derecho Administrativo Colombiano* [tesis de grado de la Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario]. Repositorio Institucional EdocUR.  
<https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3929/52716396-2012.pdf?sequence=1>
- Moreno Loayza, G. (1987). *El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena como medio jurídico de solución de controversias*. Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.
- Ortiz Ahalf, L. (2002). Derecho comunitario y derecho internacional. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 32, 11-23.
- Palomares, J. y Calonje, N. (2015) Tratados de libre comercio Colombia-Asia: cuestión preliminar y perfiles de negociación. *Revista IUSTA*, 2(43), 17-41.  
<https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2015.0043.06>
- Pardo, N. (2014). Un recorrido por los derechos colectivos en la jurisprudencia argentina. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(1), 32-49.  
<http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/1338/1540>
- Patarroyo, S. y Benavides, P. (2014). Rupturas asignificantes: revisiones críticas en torno al Derecho. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(1), 7-31.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2014.0001.01>
- Ponce de León, E. (2001). *Temas de derecho comunitario ambiental andino* (1.<sup>a</sup> Ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Poppe, H. (1985). *Disposiciones jurídicas vigentes en el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. El Tribunal.

- Puyo, G. (16 de mayo del 2006). La importancia de la Comunidad Andina de Naciones. Institutos de estudios geoestratégicos y de asuntos políticos, Universidad Militar de la Nueva Granada.
- Plata, L. y Yepes, D. (2009). Naturaleza Jurídica de las Normas Comunitarias Andinas. *Revista de Derecho*, 31, 196-223.  
[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-86972009000100008](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972009000100008)
- Ramos García-Serrano, C. y Sánchez Maldonado, V. (eds.). (2013). *Manual de medio ambiente. Retos ambientales y cooperación para el desarrollo*. Alianza por la Solidaridad y Agencia Española de Cooperación para el Desarrollo (AECID).
- Rodríguez, C. (2016). La autonomía del derecho comunitario andino y su relación con el derecho internacional. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 4(8), 224-245. <https://doi.org/10.16890/rstpr.a4.n8.p224>.
- Rodríguez, E. (2016). El pasaje del estado y el derecho a la postmodernidad. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(2), 11-37. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0002.01>
- Sáchica, L. (1990). *Introducción al derecho comunitario andino*. Temis.
- Sáenz de Santa María, P. A., González, J. y Fernández, B. (1999). *Introducción al derecho de la Unión Europea*. Eurolex.
- Tapiador, F. (2015). *Tu compromiso por el medio ambiente*. Fundación Mapfre.  
[https://previa.uclm.es/servicios/prevencion/CADS\\_pub/doc/EL%20CALENTAMIENTO%20GLOBAL.pdf](https://previa.uclm.es/servicios/prevencion/CADS_pub/doc/EL%20CALENTAMIENTO%20GLOBAL.pdf)
- Tena, E. y Hernández, A. (2014). *Nuestro medio ambiente: cápsulas facilitadoras para su aprendizaje en la realidad dominicana*. Centro Cultural Poveda.  
[http://209.177.156.169/libreria\\_cm/archivos/pdf\\_697.pdf](http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/pdf_697.pdf)
- Ulate, E. (2004). *Integración regional y derecho agrario comunitario europeo y centroamericano*. Editorial Chico.
- Valderrama, I., Téllez, R. y Blanco, C. (2018). La incertidumbre de las víctimas dentro del Acuerdo para la Construcción de una paz estable y duradera. En J. Carvajal (ed.), *Tendencias actuales de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en Colombia* (pp. 85-104). Ediciones USTA.  
<https://doi.org/10.15332/li.lib.2018.00009>

Zeraqui, Z. (2016). Para entender la paradiplomacia. *Desafíos*, 28(1), 15-34.

[https://revistas.urosario.edu.co/xml/3596/359643444001/359643444001\\_visor\\_jats.pdf](https://revistas.urosario.edu.co/xml/3596/359643444001/359643444001_visor_jats.pdf)

### **Decisiones emitidas por la Comunidad Andina (CAN)**

Decisión 435 de 1998

Decisión 523 de 2002

Decisión 596 de 2004

Decisión 713 de 2009

Decisión 762 de 2011

Decisión 763 de 2011

Decisión 774 de 2012

# Función de los consultorios jurídicos en el posconflicto

[Artículos]

*Gloria Inés Romero-Rodríguez\**

*Recibido: 10 de octubre de 2020*

*Aprobado: 30 de noviembre de 2020*

Citar como:

Romero Rodríguez, G. I. (2021). Función de los consultorios jurídicos en el posconflicto. *Revista IUSTA*, (54). <https://doi.org/10.15332/25005286.6555>



## Resumen

Este artículo es un avance de una investigación sobre la situación de las víctimas del conflicto armado en el posconflicto luego de la firma de los Acuerdos de Paz entre el Estado colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP), en la que se propone la firma de un convenio entre la Defensoría del Pueblo y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) como mecanismos para agilizar la capacidad de respuesta de esta corporación. Este convenio apuntaría a que los estudiantes de derecho adscritos a los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho colombianas se puedan vincular al Sistema

---

\* Magíster en Intervención Social en las Sociedades del Conocimiento por la Universidad Internacional de La Rioja, España; especialista en Informática Educativa por la Universidad Libre; especialista en Pedagogía para la Docencia Universitaria por la Fundación Universitaria del Área Andina; Abogada por la Corporación Universitaria Republicana; Licenciada en Ciencias Sociales por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Docente y abogada litigante. Directora del Consultorio Jurídico de la ONG Fundación Margherita Lotti (Colombia). Correo electrónico: [gloriaromero20005@hotmail.com](mailto:gloriaromero20005@hotmail.com). ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4851-6394>

Autónomo de Asesoría y Defensa Gratuita (SAAD), como mecanismo para lograr una atención acertada a las víctimas del conflicto armado de escasos recursos, entendiendo que la consolidación de lo propuesto en el tratado firmado por las partes exige que las personas de escasos recursos víctimas del conflicto armado tengan un trato prevalente que les asegure una atención integral, si se desea alcanzar la construcción de un nuevo modelo de sociedad. Para ello, se parte de la hipótesis de que la atención de los consultorios jurídicos a las víctimas del conflicto armado de escasos recursos mejoraría la implementación del SAAD reglamentado en el Decreto 1166 del 11 de julio de 2018.

**Palabras clave:** consultorio jurídico, Defensoría del Pueblo, Facultades de Derecho, Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa Gratuita (SAAD), víctimas del conflicto armado.

## Role of legal clinics in the post-conflict

### Abstract

This article is an advance of a research on the situation of the victims of the armed conflict in the post-conflict after the signing of the Peace Agreement between the Colombian State and the Revolutionary Armed Forces of Colombia (*Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo*) (*FARC-EP*) which proposes the signing of an agreement between the Ombudsman's Office and the Special Jurisdiction for Peace (*JEP*) as mechanisms to streamline the response capacity of this corporation. This agreement would allow law students assigned to legal clinics of Colombian law schools to join the Autonomous System of Free Counseling and Defense (*SAAD*), as a mechanism to achieve an adequate service for low-income victims of the armed conflict, understanding that the consolidation of what is proposed in the treaty signed by the parties requires that low-income victims of the armed conflict have a preferential treatment that ensures them a comprehensive care, if the construction of a new model of society is to be achieved. To

this end, it is assumed that the service of legal clinics to low-income victims of the armed conflict would improve the implementation of the SAAD regulated in Decree 1166 of July 11, 2018.

**Keywords:** legal clinic, Ombudsman's Office, law schools, Autonomous System of Free Counseling and Defense (SAAD), victims of the armed conflict.

## Função dos consultórios jurídicos no pós-conflito

### Resumo

Este artigo é um avanço de uma pesquisa sobre a situação das vítimas do conflito armado no pós-conflito após a assinatura dos Acordos de Paz entre o Estado colombiano e as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia-Exército do Povo (Farc-EP), na qual se propõe a assinatura de um convênio entre a Defensoria do Povo e a Justiça Especial para a Paz (JEP) como mecanismo para agilizar a capacidade de resposta dessa cooperação. Esse convênio apontaria a que os estudantes de Direito dos consultórios jurídicos das faculdades de Direito colombianas possam se vincular também ao Sistema de Assessoria e Defesa Gratuita (Saad), como mecanismo para oferecer um atendimento efetivo às vítimas do conflito armado de baixos recursos, entendendo que a consolidação do proposto no tratado firmado pelas partes exige que as pessoas de baixos recursos vítimas do conflito armado tenham um tratamento prevalente que lhes garanta atenção integral, se se desejar atingir a construção de um novo modelo de sociedade. Para isso, parte-se da hipótese de que o atendimento dos consultórios jurídicos às vítimas do conflito armado de baixos recursos melhoraria a implementação do Saad regulamentado no Decreto 1.166 del 11 de julho de 2018.

**Palavras-chave:** consultório jurídico, Defensoria do Povo, faculdades de Direito, Sistema Autônomo de Assessoria e Defesa Gratuita (Saad), vítimas do conflito armado.

## **Introducción**

En este escrito, se enfatiza la atención a las víctimas en el marco del posconflicto entre el Estado colombiano y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP). El posconflicto que actualmente está viviendo el país es un momento histórico de gran importancia, ya que es el fin de un conflicto que duró más de cinco décadas, se presentó en todo el territorio nacional e impactó a todas las clases y sectores sociales.

El fin del conflicto armado interno no solo significa un paso positivo y notorio de la sociedad colombiana, sino que exige un replanteamiento de la política criminal, del derecho penal y, en general, del rol de los abogados dedicados a la defensa de la libertad o de las víctimas dejadas por tal confrontación social. Esta renovación necesariamente debe impactar a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho de las universidades colombianas que, desde su creación, respondieron a la urgencia de revitalizar los programas de derecho que, como dicen Recalde et ál. (2017), “no habían sido reformados desde la era republicana y privilegiaban y entre otras cosas, una educación memorística, enciclopédica, acrítica y desconectada de la realidad social” (p. 12).

El papel del abogado en el posconflicto exige un replanteamiento de la profesión en la que se reflexione sobre nuevos aspectos como “paz, reconciliación, reinserción a la vida civil, restitución, acceso a la justicia, etc., y nada de eso se logra con el sistema tradicional” (Arboleda, 2017, s. p.), rol que las facultades de derecho no van a poder enfrentar solo con el estudio de los códigos formulados hace unos cien años. Tampoco se va a resolver únicamente con el estudio de los clásicos dogmáticos en asuntos penales, ni de reflexiones hechas sobre la justicia restaurativa en otros países que, en todo caso, se deben hacer, pero teniendo presente que el

ejercicio de los derechos ciudadanos en una sociedad en paz es diferente al que se realiza en una sociedad en confrontación (Morales y Daza, 2016). Como lo afirman Bonilla et ál. (2016): “Es imperante una ciudadanía emergente en Colombia que comprometa al Estado a conceder los espacios y las disposiciones necesarias para generar los cambios y transformaciones esenciales para el éxito del posconflicto” (p. 51).

El objetivo de este artículo es demostrar que los consultorios jurídicos en el posconflicto colombiano pueden vincularse al Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa Gratuita (SAAD). Esto les daría la ventaja de formar a las futuras promociones de abogados en un nuevo ejercicio de litigio acorde al modelo de justicia transicional pactado para lograr la paz en el país, tomando como punto central de sus esfuerzos la defensa de los derechos de las víctimas del conflicto armado de escasos recursos, especialmente de las que más problemas presentan al momento de su reconocimiento, como son las que generan las acciones criminales de las bandas criminales (Bacrim).

En la Sentencia C-253A del 2012, “la Corte reconoce que existe dicha dificultad fáctica y, por ende, hay casos en los cuales las víctimas de las Bacrim podrían ser beneficiarias de la reparación” (López, 2015, p. 22), víctimas que, en virtud de la Sentencia T-834/14 de la Corte Constitucional, son contadas por la Unidad de Víctimas, pero que su atención y reparación todavía tiene grandes vacíos, toda vez que esta clase de victimarios no hacen parte del proceso de paz que vive Colombia, pero sí son agentes cada vez más amenazantes de la estabilidad social.

En ese marco, cobra importancia la definición o nombramiento de estos nuevos grupos, lo cual no es problema menor, ya que de la forma como se le catalogue se define, entre otras, las maneras e intensidades para enfrentarlos, además de las características para su tratamiento político en el contexto nacional e internacional. (Pacheco, 2019, p. 1)

La universidad, a partir de la interacción con las víctimas, está llamada a ir construyendo un modelo propio de cómo debe ser el procedimiento para su atención e incorporación a la sociedad colombiana de manera integral, respetando su identidad personal y grupal o comunitaria, proceso en el que los consultorios jurídicos deben participar en la formación de un nuevo número de abogados capaces de responder a las necesidades de la sociedad. “El profesional del Derecho de hoy ya no debe partir de entender los libros para entender su entorno; debe hacerlo para hacer propuestas creativas para la sociedad” (Arboleda, 2017, s. p.).

La orientación propuesta en este artículo les brinda a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho colombianas la posibilidad de abrirse un camino idóneo de formación del ejercicio profesional mediante la realización de un aporte concreto a la consolidación del posconflicto, independientemente de que los estudiantes de consultorio jurídico puedan actuar en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), ya que, cuando se iniciaron los consultorios jurídicos en universidades, como en la de Antioquia –en la que comenzaron–, los Andes, Santo Tomás, Externado y Cauca, los consultorios jurídicos estaban destinados a la formación profesional a través de actividades didácticas y no a su participación directa en el sistema judicial. Fruto de la existencia de estos espacios en dichas universidades, “ampliaron sus actividades hacia la pedagogía en derechos mediante actividades didácticas organizadas con comunidades vulnerables y su participación en programas de televisión educativa” (Recalde et ál., 2016, p. 37).

Dado que una de las razones de la existencia de los consultorios jurídicos es la atención de las personas de escasos recursos, con el ánimo de que puedan reclamar y materializar sus derechos mediante la asesoría gratuita a personas que de lo contrario no podrían recurrir al sistema judicial, la oportunidad de atender a las víctimas del conflicto armado es única y de

gran poder formativo y de proyección profesional, entendiendo que en los consultorios jurídicos los estudiantes “aprenden haciendo, a través de la asesoría y representación jurídica de personas vulnerables en su comunidad, no únicamente a partir de la discusión de artículos académicos o normas jurídicas bajo la dirección de un profesor” (Recalde et ál., 2016, p. 11).

La propuesta de que los consultorios jurídicos colaboren con el SAAD en la atención de las víctimas de escasos recursos está en concordancia con el artículo 1.º del Decreto 196 de 1971, que establece lo siguiente: “La abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia”.

Para ello, se parte en esta investigación de la hipótesis de que la atención de los consultorios jurídicos a las víctimas del conflicto armado de escasos recursos mejoraría la implementación del SAAD reglamentado en el Decreto 1166 del 11 de julio de 2018. Tal afirmación se apoya en un análisis documental comparativo de tipo cualitativo, en el que se toma como referencia la Ley 1957 de 2019, con los datos sobre la atención de las víctimas y su reparación, que han venido recolectando e informando las diversas instituciones, organismos y sectores especializados en el tema.

Después de esta introducción, este artículo se compone de un apartado dedicado a un análisis somero de la legislación anteriormente mencionada y la conexas a ella, mostrando cómo son las víctimas, su protección y reparación el centro de las mismas; después, se exponen los problemas y avances más significativos de la atención de las víctimas del conflicto armado en Colombia, enumerando los principales alcances, falencias, carencias y retos que se vienen presentando; finalmente, se ofrece un

diagnóstico somero de los consultorios jurídicos de las universidades del país y cómo es posible vincularlos al SAAD.

## **Un acercamiento a las víctimas a través de la Ley 1957 de 2019**

Desde el punto de vista normativo, se ha buscado que la protección, la reparación y el restablecimiento de los derechos de las víctimas sean el centro del proceso de paz con las FARC, lo cual quedó plasmado en la Ley 1957 de 2019 –*Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*–, al principio de su articulado, de la siguiente manera:

Artículo 1.º. Garantía de los derechos de las víctimas. El Estado tiene el deber jurídico de garantizar y atender los derechos de las víctimas y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance.

Más adelante, en el artículo 15, la misma Ley enumera los derechos de las víctimas, resaltando cómo “gozan de los derechos a la verdad, justicia, reparación, y garantías de no repetición”. Para tal fin, en la JEP las víctimas, a través de su representante, tienen derecho a su reconocimiento dentro del proceso judicial, quienes pueden aportar pruebas e interponer recursos; recibir asesoría, orientación y representación judicial a través del sistema autónomo de asesoría y defensa de tal jurisdicción; contar con acompañamiento psicológico y jurídico en sus procedimientos; deben ser tratadas con justicia, dignidad y respeto, y recibir información del avance de la investigación y del proceso, así como de cuándo se llevarán a cabo las distintas audiencias para que puedan intervenir en ellas (Galán, 2017).

De igual forma, en los casos en que haya reconocimiento de verdad y responsabilidad, las diferentes salas están facultadas a llevar a cabo audiencias públicas en presencia de víctimas individuales o colectivas afectadas, sin perjuicio de que dicho reconocimiento se realice por escrito. En los casos de reconocimiento escrito, deberá entregárseles copia de este a las víctimas directas y se les dará la debida publicidad conforme a las normas de procedimiento propias de tal jurisdicción (Guarín y Aldana, 2016). Además, en el mismo artículo 15, en el párrafo primero, se concreta cuáles son las víctimas que se reconocen como tales para la JEP, aclarando lo siguiente:

Servirá como medio de prueba de la condición de víctima, el reconocimiento que de ella se hubiese hecho administrativamente, su inclusión en bases de datos, y el otorgamiento de asilo o refugio por una nación extranjera por motivos relacionados directamente con el conflicto armado. (Ley 1957 de 2019, art. 15, Colom.)

Por otra parte, en el segundo párrafo se indica cómo en la ley procedimental se reglamentará lo relacionado con el número de representantes que podrán intervenir en cada caso. Al momento de la sanción presidencial de la Ley 1957 de 2019, la JEP manifestó que con ella completaba los criterios para lograr ejercer “la acción penal respecto a quienes tuvieron participación determinante en los hechos más graves y representativos del conflicto armado” (“Lo que trae la Ley Estatuaria...”, 2019, párr. 26). El articulado de esta normativa está compuesto de 159 artículos, en lo que se establece la competencia material de la JEP (artículo 62), donde se indica cómo conocerá todos los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa con el conflicto armado por combatientes de los grupos armados al margen de la ley o agentes del Estado, limitando su actuación frente a los primeros, a quienes hayan suscrito el Acuerdo

Final de Paz, los cuales serán retornados a la justicia ordinaria en caso de disidencia y deserción (Humbarita, 2015).

En lo que respecta a los agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública, solo conocerá a quienes hayan manifestado voluntariamente su intención de someterse, bajo el entendido de que la competencia temporal de la JEP se ejercerá en los términos establecidos en el artículo transitorio 5.º del Acto Legislativo 01 del 2017. (“Lo que trae la Ley Estatuaria...”, 2019). En lo que respecta al SAAD, la Ley 1957 de 2019, en el artículo 115, exige que los defensores y organizaciones seleccionados para este sistema:

Deberán inscribirse en el Registro de Abogados del Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa que para tal efecto cree y administre la Secretaría Ejecutiva de la JEP, sin perjuicio de que este sistema se articule con el administrado por la Defensoría del Pueblo. (Ley 1957 de 2019, art. 115, Colom.)

Como es sabido, los estudiantes de los dos últimos años de las facultades de derecho se vinculan al sistema de la Defensoría como lo establece la Ley 583 de 2000, que instituye en el artículo primero lo siguiente: “Las facultades de derecho oficialmente reconocidas organizarán, con los alumnos de los dos (2) últimos años lectivos, consultorios jurídicos cuyo funcionamiento requerirá aprobación del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial, a solicitud de la facultad interesada”.

De la misma manera, la Ley 583 del 2000 en su primer artículo exige que los consultorios jurídicos funcionen “bajo la dirección de profesores designados al efecto o de los abogados de pobres, a elección de la facultad, y deberán actuar en coordinación con éstos en los lugares en que este servicio se establezca” (art. 1, Colom.), para lo cual deben verificar la capacidad económica de sus usuarios. Es decir, para que una persona pueda acceder a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho es

indispensable demostrar su incapacidad económica para poder pagar un abogado. “Los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho son abogados de pobres y como tales deberán verificar la capacidad económica de los usuarios” (Ley 583 de 2000, Colom.).

Además, para ser usuario del SAAD, se necesita del reconocimiento como víctima por el Estado y demostrarse que no se cuenta con los recursos suficientes para costear la representación de un abogado. En la página oficial de la JEP, al explicar cómo funciona el SAAD, se aclara que este se ofrece de manera gratuita, con abogados especializados en el tema y que la Secretaría Ejecutiva de la JEP es la encargada de administrarlo. Básicamente, el objetivo del SAAD es el siguiente:

Asegurar el ejercicio del derecho de defensa de las personas que se sometan ante la JEP, y el derecho a la asesoría jurídica de las víctimas, cuando unos u otros carezcan de recursos económicos suficientes, sin que esto signifique que no puedan acudir a los sistemas de defensa pública dispuestos en el ordenamiento jurídico colombiano ya existentes o defensores de confianza. (JEP, 2019, párr. 6)

Así las cosas, a través de un convenio entre la JEP y la Defensoría del Pueblo, los consultorios jurídicos podrían participar en la JEP, con lo cual es posible mejorar y aumentar la capacidad de atención a las víctimas con menos capacidad de contratar un togado. El mismo artículo 115 de la Ley 1957 de 2019 le permite a la Secretaría Ejecutiva de la JEP entablar convenios interadministrativos con la Defensoría del Pueblo para la gestión del SAAD y mejorar la eficiencia de “la prestación del servicio de defensoría pública y de asesoría y representación de los intereses de las víctimas” que atiende la JEP. Asimismo, en el artículo 115, a las víctimas se les da la posibilidad de acudir al SAAD o a los sistemas de defensa pública

dispuestos en el ordenamiento jurídico colombiano o a los defensores de confianza, con el ánimo de que puedan acceder con similares estándares de calidad, pertinencia y oportunidad. En ese mismo artículo, se llama al Estado a establecer los necesarios convenios de financiación con las organizaciones de derechos humanos o de víctimas designadas “con el fin de que todos los destinatarios de esta ley disfruten de un sistema de defensa con la misma idoneidad” (Ley 1957 de 2019, art. 115, Colom.). Esto está en concordancia con lo dispuesto en el Decreto Presidencial 1166 del 11 de julio del 2018, que en el artículo 2.2.5.7.1.5 indica que el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa Gratuita “está destinado única y exclusivamente a la asistencia, asesoría y defensa de los beneficiarios del SAAD”, con el fin de responder al deber de garantizar los derechos de las víctimas.

La implementación normativa del Acuerdo Final, en especial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (sivjrn), ha tenido como principal desafío hacer realidad un principio mencionado de forma constante en el marco de las negociaciones: ‘Las víctimas están en el centro del acuerdo’. Este principio es relevante porque resume la razón de ser de las instancias y las medidas que componen el sivjrn, y responde a las expectativas de las víctimas en relación con el proceso de transformación que conlleva el cumplimiento del Acuerdo Final. (Leyke et ál., 2018, p. 4)

Aquí hay que resaltar que la sociedad civil juega un gran protagonismo en la confirmación del proceso, mediante “la creación de mecanismos para que la ciudadanía y la administración, puedan observar la ejecución y resultados de los acuerdos para el fin del conflicto o para la paz” (Castellanos, 2018, p. 18), entendiendo que el control de la ciudadanía va más allá de las instancias de control público, que están amparadas por lo que se exponga en los medios de comunicación, por la credibilidad que

alcance este acuerdo de paz en la sociedad en general y por la aceptación que los fallos que la JEP emita en la ciudadanía y las organizaciones que en la sociedad colombiana tienen presencia.

## **Las víctimas del conflicto armado en Colombia**

En este apartado se exponen los problemas y avances más significativos de la atención de las víctimas del conflicto armado en el país, enumerando algunos de los alcances, falencias, carencias y retos que se vienen presentando a pesar del esfuerzo normativo y legislativo para poner su atención en el centro de los esfuerzos gubernamentales. Partiendo del contexto que se desprende de la longevidad del conflicto y su presencia a nivel nacional, que dejó un alto número de víctimas directas, dificultades en la delimitación de quiénes son y en el que toda la sociedad colombiana ha sufrido heridas, es urgente también crear estrategias para su atención. Así fue establecido en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (Colombia, 2016). En el Acuerdo, el Estado colombiano se comprometió a “generar medidas alternas que busquen reparar el daño hecho en la sociedad en general en el marco del conflicto armado” (Castellanos, 2018, p. 3). En términos generales, se puede decir que los problemas de las víctimas en Colombia se centran en los tiempos en su atención y reparación, los bajos montos que se les reconoce y las pocas o nulas políticas locales que se están generando para su atención.

Cuatro años después de haber entrado en vigencia la Ley de Víctimas, tres dificultades ensombrecen sus logros: los titubeos en la aceptación de las víctimas de las bandas criminales como parte del universo de personas a reparar; el abismo que hay entre el dinero que se entrega por reparación administrativa y los montos que contemplan los fallos

judiciales; y el temor de que los nuevos alcaldes y gobernadores le saquen el cuerpo al tema. (Verdadabierta.com, 2015, p. 4)

El problema de las víctimas de las bandas criminales (Bacrim) es que, si bien ellas deben recibir los mismos beneficios de las víctimas de las FARC o los paramilitares, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia T-834/14, en la que se deja claro que en Colombia: “Toda persona que haya sido objeto de desplazamiento forzado tiene el derecho a ser registrada como tal de forma individual o con su núcleo familiar” (CC, 2014, Colom.), el Registro Único de Víctimas (RUV) debe garantizar los derechos de quienes se encuentran en esa situación. Si bien en esa sentencia se ordena que la accionante, una mujer que fue abusada sexualmente por miembros de Bacrim, fuera incluida en el programa establecido por la Ley de Víctimas, es decir, que se le diera tratamiento de víctima del conflicto armado a una persona afectada por un grupo ilegal distinto de las FARC y las AUC, el debate es que esta clase de agrupaciones ilegales no han recibido aceptación por parte del Estado colombiano para un acuerdo de paz (“Corte ordena reparar...”, 2015). En la Sentencia T-834/14 se le llama la atención al Gobierno para que tome “medidas para la prevención del desplazamiento forzado, atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia, y se le impuso al Estado la obligación de formular políticas para lograr esos objetivos” (“Corte ordena reparar...”, 2015, párr. 8).

La Fundación Ideas para la Paz (FIP), el día 10 abril de 2018, a menos de dos años de la firma del Acuerdo de Paz entre el Gobierno y las FARC, calculó unos 1200 disidentes según las fuentes oficiales, que según otras fuentes podían llegar a 1500. En su investigación de más de un año, ofrece un análisis documentado con cifras, mapas y datos para conocer más sobre la problemática de esta clase de grupos y personas que han continuado creciendo hasta el momento actual. Según la FIP, “las disidencias no

cuentan con alta capacidad armada, pero sus acciones tienen gran impacto humanitario y parecen utilizar el modus operandi que tenían las FARC” (Álvarez et ál., 2018, p. 1).

Las disidencias de las FARC que ensombrecen la paz en el país son exmiembros de las FARC que no entregaron sus armas. Su presencia obedece a las divisiones debidas a la falta de interés de algunos integrantes de esta clase de grupos de incorporarse nuevamente a la vida civil y a renunciar a sus prácticas. Su existencia es un fenómeno recurrente en el ámbito internacional en esta clase de tratados: “En el caso de las FARC se destacan la degradación interna de tipo criminal de varias estructuras; la proyección hacia el postconflicto de comportamientos y lógicas de violencia de corte político y militar” (Álvarez et ál., 2018, p. 1) La evidencia muestra que algunas de estas disidencias tienen como líderes a “mandos medios con experiencia y amplia y reconocida trayectoria en la guerrilla por su trabajo político, social, militar y financiero” (Álvarez et ál., 2018, p. 1). Además de las disidencias, en las Bacrim hay grupos armados ilegales al servicio del narcotráfico y de delincuencia organizada, tales como la Oficina de Envigado o el Clan Úsuga (gaitanistas), de los cuales se calculaban que, solamente en el departamento de Antioquia, había unos 13 500 en el 2017, según la Corporación para la Paz y el Desarrollo Social (Kapkin, 2017).

En el 2012, cuando comenzaron las negociaciones entre las FARC y el Gobierno –que concluirían en el 2016–, la violencia asociada al conflicto disminuyó hasta fines del 2017, cuando se recrudecieron debido a las disputas dentro del territorio nacional por parte de las organizaciones criminales y grupos armados ilegales. Aunque en el 2018 continuaron su crecimiento, en el 2019 volvieron a caer, debido a que se calmó el conflicto por acuerdos logrados entre las organizaciones criminales (Pares, Fundación Paz y Reconciliación, 2019). Por eso, es posible concluir que el

número de víctimas por el conflicto armado sigue en crecimiento, a pesar de la firma de la paz con la guerrilla de las FARC y su desmovilización definitiva: “Ramón Rodríguez, director de la Unidad de Víctimas, contó que en el registro nacional en este momento hay más de 8.9 millones de víctimas y advirtió que todavía se están recibiendo solicitudes” (“Indemnizar a todas las víctimas...”, 2020, párr. 1).

En este contexto, al comenzar el 2020, el número de víctimas registradas en la Red Nacional de Información era de 8 944 137 (Red Nacional de Información [RNI], 2020, p. 1), pero todavía hay en el país grandes controversias al momento de su delimitación conceptual, por lo que no ha sido claro el modelo con el que se están contabilizando, así como los mecanismos idóneos para repararlas o el diseño de políticas locales para su atención, tal como sucede con los menores de edad víctimas de reclutamiento ilícito.

La Ley 1448 de 2011 no considera víctima a quien, habiendo sido sujeto de reclutamiento forzado por parte de un grupo armado ilegal, se desmovilice siendo mayor de edad después de la firma del acuerdo de paz, mientras que a quien tiene las mismas características pero se desmoviliza siendo aún menor le reconoce la calidad de víctima y lo hace acreedor a la reparación contenida en la propia Ley 1448. (Aguirre, 2019, p. 2)

Otro problema es que el Estado colombiano no les reconoce a las Bacrim ningún carácter insurgente, ideológico o político, por lo que, si bien gracias a la Sentencia T-834/14, a las personas afectadas por estas bandas criminales se les pueda incorporar en el Registro Nacional de Víctimas, la Ley 1448 establece que las Bacrim no cometen infracciones al Derecho Internacional Humanitario, por lo que en sentido estricto no serían víctimas las personas o grupos afectadas por estas bandas (“Corte ordena reparar...”, 2015). La Corte Constitucional, en la síntesis de la decisión de

la Sentencia T-834/14, aclara que en la expresión “con ocasión del conflicto armado”, la definición operativa de “víctima” del artículo 3.º de la Ley 1448 de 2011, se inserta al universo de víctimas beneficiarias de la ley, de manera constitucional y compatible con el principio de igualdad:

Como quiera que quienes lleguen a ser consideradas como tales por hechos ilícitos ajenos al contexto del conflicto armado, aun cuando no sean beneficiarios de la Ley 1448 de 2011, pueden acudir a la totalidad de las herramientas y procedimientos ordinarios de defensa y garantía de sus derechos provistos por el Estado colombiano y su sistema jurídico. (CC, 2014, p. 106)

Para el alto tribunal, la expresión “con ocasión del conflicto armado” cobija situaciones ocurridas en el contexto del conflicto armado en concordancia con la *ratio decidendi* de la Sentencia C-253A de 2012 “en el sentido de declarar que la expresión ‘con ocasión de’ alude a ‘una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado’” (CC, 2014, p 106). La Sentencia T-834 de 2014 se apoya en una noción amplia de “conflicto armado” que ha sido reconocido en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, en los cuales se incluye toda la complejidad y evolución fáctica e histórica del conflicto armado interno colombiano: “estos criterios fueron tenidos en cuenta por el Legislador al expedir la Ley 1448 de 2011 y constituyen criterios interpretativos obligatorios para los operadores jurídicos encargados de dar aplicación concreta a la Ley 1448 de 2011” (CC, 2014, p. 107).

Así las cosas, para la Corte Constitucional, las víctimas de desplazamiento forzado son todos aquellos afectados por delitos contra los derechos humanos o el derecho internacional humanitario:

[...] como pueden ser las que actualmente perpetran las denominadas bandas criminales, los desmovilizados de grupos armados que en lugar

de reintegrarse a la vida civil hubieren reincidido en su accionar delictivo e incluso los afectados por desastres de la naturaleza generados dentro del conflicto, como sería la voladura de una represa. (CC, Sentencia C-280/13, Colom.)

En el país, de las 8 944 137 de víctimas solo 7 181 215 son sujeto de reparación para obtener una indemnización administrativa (RNI, 2020, p. 1) por lo que se calcula que solo al 13 % del total, es decir, unas 957 000, se podrán reparar hasta junio del 2021. En el momento actual, se calcula que “solo un 2 % de las víctimas del conflicto armado inscritas en el Programa de Reparación Colectiva han podido finalizar sus procesos” (“Solo el 2% de las víctimas...”, 2020, párr. 2). Ante este poco porcentaje que se puede cubrir con el límite temporal fijado en el artículo 208 de la Ley 1448 de 2011, y teniendo en cuenta que al otro más de 85 % que no alcanzaría la indemnización se le vulnerarían sus derechos, la Corte Constitucional decidió que ese plazo fijado debe extenderse, para lo cual ha exhortado al Congreso para que expida una nueva regulación que garantice adecuadamente los derechos de las víctimas, “de no hacerlo antes de 2021, «se entenderá que la Ley 1448 de 2011, así como los decretos 4633, 4634, 4635 de 2011 tendrán vigencia hasta el 7 de agosto de 2030»” (“Corte Constitucional amplió...”, 2019).

La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras fue el punto inicial del Proceso de Paz con el grupo guerrillero de las FARC, que culminó en el Acuerdo de Paz, y que comprende un conjunto de políticas públicas de reparación administrativa y restitución de tierras; de ella se desprende el Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, por lo que la expiración de su vigencia dejaría a las víctimas

[...] sin ningún mecanismo propio que garantizara las medidas de asistencia, acceso a educación, salud, generación de ingresos, seguridad alimentaria, vivienda y reunificación familiar, en los cuales ha insistido

persistentemente la Corte Constitucional en la sentencia T-25 de 2004 y en los autos de seguimiento a la misma. (CC, Sentencia C-588/19, Colom., p. 2)

Además, sin unas políticas públicas más amplias sobre la atención de las víctimas, los elevados niveles de pobreza y marginalidad que sufren hacen que la reparación ofrecida por el Estado, por sí sola, tenga poca capacidad de impactar positiva y de manera radical sus condiciones de existencia y realización personal y comunitaria. “Sin el esencial apoyo de una política social complementaria, es imposible que el discurso de la reparación transformadora se convierta en una realidad para las víctimas” (Centro Internacional para la Justicia Transicional [ICTJ], 2015).

Castellanos (2018) propone, a quienes critican la reparación por los “aparentes altos costos” de los programas de atención a las víctimas y los onerosos recursos destinados para el posconflicto, que el mejor argumento que se puede esgrimir es, en resumen, comparar los costos que significaría para el país la continuación del conflicto y sus efectos para la población colombiana.

Hay víctimas que no ocurrieron y de ello ganan todos e incluso el Estado en materia presupuestal. De ello, se puede concluir que el posconflicto, aunque implica una inversión grande, fue una inteligente movida para reducir el gasto en guerra y poder seguir con los cometidos del Estado Social de Derecho para las víctimas y la población en general. (Castellanos, 2018, p. 132)

En las políticas públicas de atención de las víctimas es necesario que ocupe un lugar central el acceso a la justicia y el fortalecimiento del sistema judicial, acordes con la justicia transicional pactada.

Con la Ley 975 de 2005, en el marco del proceso de desarme y desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia, se

implementaron medidas para la reparación a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley, desde un enfoque de justicia transicional. Este marco político ha marcado considerablemente la política pública en materia de reparación que actualmente se rige por la Ley 1448 de 2011. (Martínez, 2018, p. 11)

Por procesos de paz de otros países se sabe que la justicia transicional es un nuevo campo multidisciplinario en el que se deben incorporar varias figuras como las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación, la justicia de género, la reforma institucional y las iniciativas de conmemoración, entre otras, todas ellas encaminadas a fortalecer en la sociedad el respeto de los Derechos Humanos.

La justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos. En algunos casos, estas transformaciones suceden de un momento a otro; en otros, pueden tener lugar después de muchas décadas. (ICTJ, 2009, p. 1)

Cabe resaltar que las políticas públicas en el posconflicto tendientes a fortalecer a la justicia transicional se orientan a la consolidación del modelo democrático, y su mayor objetivo es la obtención de la paz social estable y duradera, en la que, mediante la participación de la sociedad civil, se logre a través de los canales constitucionales confrontar los problemas sociales que existan y ofrecerles a las víctimas el mayor respeto posible.

Estos objetivos tienen más probabilidades de ser alcanzados si se consulta y se logra la participación de las víctimas y de la ciudadanía en general, y si se hace un examen serio de las experiencias de otras

sociedades. Esto reduce el riesgo de repetir errores, pues rara vez las sociedades en transición pueden darse el lujo de cometerlos. (ICTJ, 2009, p. 2)

Es decir, la justicia transicional es más amplia que la justicia ordinaria, y se espera de ella que se ocupe especialmente de los casos de mayor relevancia y de las principales cabecillas, tomando como base jurídica de su actuación la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* de 1988 determinó la obligatoriedad que tienen todos los Estados frente a la defensa de los Derechos Humanos de tomar medidas razonables para prevenir las violaciones de estos en su espacio, de investigar objetivamente y a fondo cuando se cometan violaciones contra estos e imponer las sanciones adecuadas a los responsables de tales acciones, así como garantizar la reparación de las víctimas.

En 1998, la creación de la Corte Penal Internacional fue también significativa, dado que el Estatuto de la Corte consagra obligaciones estatales de importancia vital para la lucha contra la impunidad y el respeto de los derechos de las víctimas. (ICTJ, 2009, p. 2)

En Colombia, uno de los mayores problemas respecto a las respuestas del Estado para el restablecimiento de las víctimas está en el crecimiento del número de estas, debido a las acciones criminales de las Bacrim, ya que estas organizaciones criminales al margen de la ley tienen un gran impacto a nivel local, lo que obliga a que sean los alcaldes, gobernadores, asambleas departamentales y, especialmente, los consejos municipales los que deban tomar acciones específicas sobre cómo atender a las personas según las modalidades de las bandas criminales en cada zona del país.

Las Bacrim se caracterizan por la selectividad y poca visibilidad de su modalidad de violencia en relación con el accionar de los grupos

guerrilleros y paramilitares, pero no significa que sea menos grave, pues sus acciones se caracterizan por estar encaminadas a hacer amenazas, extorsiones y realizar asesinatos selectivos, imponiendo “normas de conducta e intimidación por medio de panfletos. También pueden causar desplazamiento intraurbano, reclutamiento forzado y uso de menores, confinamiento de poblaciones y violencia sexual” (Álvarez, 2017, p. 1). Estos delitos son similares a los que se presentaron durante el conflicto armado entre el Estado y los grupos guerrilleros, pero al carecer las Bacrim de reconocimiento político no es posible llegar a un acuerdo de paz con ellas, como se hizo con los grupos paramilitares o guerrilleros. Para febrero de 2019, en un documento elaborado por el Gobierno nacional, se evidenció que en el país, “hay más de 2400 grupos armados y de delincuencia organizada en Colombia” (“Hay más de 2.400 grupos armados...”, 2019), que básicamente están compuestos por la guerrilla del ELN, las bandas criminales organizadas y las disidencias de las FARC.

Lo alarmante de este documento es que deja en evidencia el ocupamiento de nuevos grupos delincuenciales, o la continuidad de otras organizaciones, en las zonas que fueron abandonadas por las Farc después del acuerdo de paz, con el fin de controlar el narcotráfico y la minería ilegal. (“Hay más de 2.400 grupos armados...”, 2019, párr. 5)

Es decir, la población civil de las zonas más azotadas por el conflicto armado entre el Estado y los grupos guerrilleros sigue siendo objeto de la vulneración de los Derechos Humanos, ahora por cuenta de las Bacrim, sin que la gestión de atención de las víctimas de los lugares que ya fueron despejados de la presencia de los actores del conflicto armado haya sido suficiente, adecuada y apropiada para las urgentes necesidades de las víctimas y del aseguramiento del Proceso de Paz y la consolidación del posconflicto.

## **Los consultorios jurídicos y su relación con el SAAD**

Las facultades de derecho tienen la oportunidad de que sus consultorios jurídicos jueguen una función histórica en el posconflicto colombiano a través de convenios con el SAAD, lo que se puede realizar si las universidades hacen convenios con el Sistema Nacional de Defensoría Pública (SNDP) y si la Defensoría del Pueblo pacta tal participación con la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Tales convenios son posibles dentro de la reglamentación legal de cada una de estas instituciones, y deben estar dirigidos principalmente a la atención de las víctimas de escasos recursos, teniendo como eje de sus labores que los estudiantes de derecho de los últimos semestres ayuden a las víctimas en la estructuración de su caso, la compilación del material probatorio requerido para su postulación y la asesoría jurídica en cada caso en particular, para que logren la restitución de sus derechos, superen el temor de reclamarlos y se logre frenar la violación constante a los Derechos Humanos en el país.

Con el ánimo de atender a esta problemática el Estado colombiano decidió tomar la vía de la Teoría de la Justicia Transicional como una posibilidad a través de la cual se propone la transformación radical de un orden social y político que ha generado violaciones generalizadas y sistemáticas de Derechos Humanos para lograr la paz y la reconciliación, mediante un proceso de negociación entre el Estado y los grupos armados insurgentes que comprenda el “perdón” como una medida a través de la cual el actor causante del daño no sería acreedor de la totalidad del castigo retribuido por la pena recibida, mediante indultos, medidas de libertad provisional y disminución de la pena, etc. Mediante este proceso, el Estado debe garantizar los estándares mínimos de protección de Derechos Humanos relacionados con los principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición consagrados en los instrumentos internacionales. (Pérez Fuentes et ál., 2019, p. 171)

El vincular a los estudiantes de último semestre a la JEP, con el propósito de contribuir las universidades a la restitución de los derechos de las víctimas del conflicto armado de escasos recursos, es una labor de importantísima justicia social, que haría una gran contribución a la consolidación de la paz y a la conformación de un nuevo escenario del país, en el que cada vez tenga menos uso la aplicación de la justicia propia como mecanismo para obtener la defensa de los derechos propios (Palomares y Calonje, 2015). No solo por los costos de un proceso judicial, sino también en la celeridad de estos, tanto las personas con menos recursos como los grupos marginados sienten que sus causas pasan al olvido por no tener ellos la vocería o cercanía suficiente a los círculos de poder. Además, la congestión judicial y la falta de personal y de recursos adecuados y suficientes para la rama judicial hacen que sean lentas las respuestas judiciales y que los procesos no avancen con la rapidez necesaria, convirtiéndose esa misma demora en un factor de impunidad, que en el contexto de la justicia transicional agrava la situación de las víctimas, especialmente para las que más requieren de una indemnización (Tremolada, 2014).

La barrera discriminatoria más difícil de superar no es la derivada de los costos de acceso, sino el de soportar la demora en la resolución de la controversia, que si bien, en virtud de las previsiones internacionales, debe ser dentro de un plazo razonable, en el país desborda la imaginación y permite que las partes más prósperas, entre ellas el Estado, jueguen y se aprovechen de ello. (Tremolada, 2014, p. 1)

Sin la restitución de las víctimas, la JEP se convierte en un sistema judicial privilegiado de legalización para los combatientes del conflicto armado, que carece de un impacto significativo para la consolidación de una nueva sociedad, y la paz se vuelve una realidad inalcanzable a nivel social. Hasta ahora, esa es la descripción que puede hacerse de lo logrado por la JEP,

tanto por las demoras en los procesos de la jurisdicción especial como por el poco número de víctimas indemnizadas, que permite concluir que la tarea lograda hasta el momento ha sido deficiente, especialmente para las que tienen menos recursos económicos.

Uno de los mayores desafíos que Colombia enfrenta en la construcción de paz es la reparación de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos como consecuencia del conflicto armado, que todavía sigue activo después de 50 años. En el caso de las reparaciones el reto es, literalmente, enorme: según datos de la Unidad de Víctimas (el organismo institucional que gestiona los programas de reparación), actualmente hay más de siete millones de víctimas registradas en el país. Y las cifras siguen creciendo. (ICTJ, 2015, p. 1)

La propuesta de vincular los consultorios jurídicos a la atención de las víctimas del conflicto armado les permite a los estudiantes de derecho de últimos semestres tener la oportunidad de acercarse a los mecanismos propios de la JEP. Al mismo tiempo, permite conocer de primera mano los problemas que sufren las víctimas en el territorio nacional. Desde el campo de su formación jurídica, tal práctica amplía el conocimiento de la sociología jurídica nacional y de los grandes retos a los que deben enfrentarse en el ejercicio de su profesión. Esa práctica, además, hace posible que las universidades se comprometan con la consolidación de la paz y la construcción de un nuevo proyecto social más justo, así como que en la formación profesional de los abogados se apropien de las vivencias propias del litigio que no se abordan en los cursos ni talleres usuales de la vida universitaria actual (Quintero y Molina, 2013).

Los hechos que se abordan en la restitución de los derechos de las víctimas no solo deben centrarse en el estudio del conflicto y el campo penal, sino que requieren del conocimiento de derecho civil, administrativo y constitucional, ámbitos indispensables para que las nuevas generaciones

de abogados estudien y conozcan cómo se han venido vinculando a la justicia restaurativa. Teniendo como marco máximo de acción la propuesta de vincular los consultorios jurídicos al SAAD, en función de que las universidades les permiten a las personas de escasos recursos la posibilidad de acceder al sistema judicial para que puedan hacer valer sus derechos. “La práctica de consultorio que se realiza los dos últimos años de la carrera de derecho, además de ser requisito para obtener su título, es la más clara materialización de la función social de la profesión de abogado” (Universidad Cooperativa de Colombia, s. f., p. 1). Hay que tener en cuenta que el SNDP es un “servicio público que organiza, dirige y controla el Defensor del Pueblo, a favor de las personas que lo requieren para asumir asistencia y representación judicial y garantizar el pleno e igual acceso a la administración de justicia en materia penal” (Defensoría del Pueblo, s. f., p. 1).

El objetivo principal de vincular los consultorios jurídicos al SAAD de la JEP es fortalecerlo con personal idóneo y gratuito, con el propósito de agilizar el proceso de recolección, sistematización y respuesta de los requerimientos de las víctimas del conflicto armado de escasos recursos, para lograr agilizar la restitución de sus derechos, lo que va más allá de la indemnización económica, lográndose así que la paz sea algo más que una promesa política.

La Ley de Víctimas y el discurso político hacen promesas difíciles de cumplir cuando aseguran que la reparación transformará vidas y será integral. No consideran los niveles de pobreza y marginalidad en que viven muchas víctimas, ni tampoco su desbordante número. Cuando dichas promesas son hechas por ley, la incapacidad de cumplirlas afecta seriamente a la credibilidad de la ley y la seguridad jurídica. Los compromisos legales que el Estado adquirió con la Ley de Víctimas no

pueden ser exonerados posteriormente bajo argumentos de falta de capacidad o previsión por parte del propio Estado. (ICTJ, 2015, p. 1)

La metodología para que tal vinculación sea posible es la firma de un convenio entre la Defensoría del Pueblo y la JEP, así como de las universidades con facultades de derecho con la Defensoría del Pueblo, permitiendo que sus estudiantes realicen sus prácticas en la justicia restaurativa. A su vez, las universidades deben reacomodar los consultorios jurídicos para que en ellos puedan ser atendidas las víctimas del conflicto armado de escasos recursos. La mayor bondad de la propuesta es que se agilizaría la capacidad de respuesta del SAAD y, con ello, se aportaría desde las universidades en la consolidación de una paz estable y duradera en el país (Gallego, 2014). El otro beneficio es el fortalecimiento de la legitimidad de la justicia restaurativa en el país, toda vez que no es una práctica ajena a la vida jurídica, sino un tema que debe estudiarse, analizarse y abordarse desde las universidades.

El otro gran beneficio de esta propuesta es que les permite a la nuevas generaciones de abogados conocer sobre lo que fue el conflicto, la problemática jurídica que de ella se desprende en el país y cuáles son los retos que se deben enfrentar para la construcción de un nuevo panorama social. Los costos de la vinculación de los consultorios jurídicos de las universidades al SAAD son mínimos, ya que la mayoría de las universidades cuentan con la logística que se necesita para poder atender a las víctimas del conflicto armado. Quizás la única modificación requerida, es la vinculación de docentes expertos en Derechos Humanos y de Justicia Restaurativa (Palomares, 2015).

Aparentemente, la principal crítica a esta propuesta es que se vincularían las universidades al Proceso de Paz, en la medida en que trabajarían en el restablecimiento de las víctimas del conflicto armado. Esa crítica quizás no

sería desde el campo académico, sino desde las posturas políticas opuestas al Proceso de Paz, que consideran que la JEP es una jurisdicción llamada al fracaso. Para tales posturas, el mejor argumento es que el Proceso de Paz ya hace parte de la sociedad colombiana y de su sistema jurídico, y la sociedad en general debe aprender a acatarlo independientemente de sus posturas políticas. La mayoría de las labores que tendrían que realizar los estudiantes de derecho de los consultorios jurídicos, según esta propuesta, estaría encaminada a la consolidación de la documentación requerida para la protección y restitución de derechos de las víctimas del conflicto armado de escasos recursos. Al parecer, tales tareas a primera vista parecen acciones propias de oficinistas, pero en realidad, para que se logren consolidar en debida forma, tales acciones exigen el conocimiento de la Constitución y de las leyes, que solo los estudiosos del derecho pueden hacer de manera competente, pertinente y apropiada (Rodríguez, 2014).

## **Conclusiones**

Mientras no se logre la atención integral, rápida y eficaz de las víctimas del conflicto armado, el Proceso de Paz no logrará impactar la sociedad y fortalecer un nuevo proyecto social en Colombia, teniendo presente que las víctimas han sido comunidades enteras, forzadas a desplazarse tras haber sido algunos de sus miembros víctimas de graves crímenes por agentes que atentaron contra sus Derechos Humanos. Esta situación fue reiterativa en el país por décadas y no solo afectó su situación económica: “La afectación psicosocial, física, cultural y territorial que vivieron estas comunidades ha llegado a plantear en el proceso de una construcción de paz estable y duradera la importancia de reparaciones tanto individuales como colectivas” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2019, p. 1).

En la actualidad, los consultorios jurídicos tienen una gran demanda por personas de escasos recursos que requieren una asesoría para un sinnúmero de asuntos jurídicos (Echeverry y Díaz, 2016). En la Ley 583 de 2000, en su artículo primero, se establece que los estudiantes que pertenezcan a ellos podrán litigar en causa ajena actuando como abogados de pobres en algunos procesos penales, como representantes de la parte civil, de oficio en los procesos penales como voceros o defensores en audiencia. También pueden actuar en procesos civiles que conocen los jueces municipales en única instancia al igual que en los procesos de alimentos que se adelanten ante los jueces de familia, así como de oficio en los procesos disciplinarios de competencia de las personerías municipales y la Procuraduría General de la Nación; en los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías municipales, distritales, departamentales y General de la República, y en los procesos administrativos de carácter sancionatorio que adelanten las autoridades administrativas, los organismos de control y las entidades constitucionales autónomas.

Cabe resaltar la condición que establece la Sentencia C-143 del 7 de febrero de 2001: “siempre que los estudiantes que actúen en su desarrollo ejerzan el Derecho bajo la supervisión, la guía y el control de las instituciones educativas a las cuales pertenecen”, ya que responde también a que, en un sinnúmero de ocasiones, los procesados alegan nulidades debidas a la inexperiencia de los estudiantes del consultorio jurídico cuando los resultados no son de su agrado. Esto da como resultado un desgaste de la administración de justicia, al operarse en ella unas audiencias que pueden estar viciadas por desconocimiento del derecho de defensa de los procesados, situación que no sería posible en la propuesta expuesta en este trabajo, en la que los estudiantes, aunque no participarían como defensores, sí contribuirían en la defensa de los derechos de las víctimas.

Las universidades del país están llamadas a jugar un papel protagónico en el posconflicto colombiano, buscando liderar procesos de reincorporación social y reconstrucción de la sociedad, en los que sea posible pensar en procedimientos alternos a la violencia para resolver las controversias sociales. En ese sentido, las facultades de derecho, al atender a las víctimas del conflicto armado, estarían contribuyendo de manera efectiva en la búsqueda de la paz.

Los consultorios jurídicos pueden desempeñar un papel muy importante de asesoría a las víctimas frente a todos sus derechos y la manera de reclamarlos ante las autoridades correspondientes, si trabajan de la mano con los servicios que ofrecen las Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación; de este modo, colaboran con la descongestión judicial al aportar en el trabajo de campo de los abogados defensores públicos de las víctimas.

## Referencias

- Aguirre, A. J. (2019). Victimario: la víctima desconocida del conflicto armado colombiano. Análisis de su reparación en torno al principio de igualdad. *Revista Derecho del Estado*, 43, 291-320. <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.11>
- Álvarez, E. (2017, 16 de enero). El crimen organizado en lo local: ¿un problema subvalorado en Colombia? *FIP, Fundación Ideas para la Paz*. <http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1449>
- Álvarez, E., Cajiao, A. y Pardo, D. (2018, 10 de abril). Las disidencias de las FARC: un problema en auge. *FIP, Fundación Ideas para la Paz*. <http://www.ideaspaz.org/publications/posts/1662>
- Arboleda, A. (2017, 15 de noviembre). ¿Cuál es el nuevo rol del abogado y las firmas en la construcción de la paz? *Legis, Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/cual-es-el-nuevo-rol-del-abogado-y-las-firmas-en>

Bonilla, G., Rodríguez, D. y Cardona, R. (2016). Ciudadanías emergentes: a propósito del posconflicto y la urgencia de una pedagogía para la paz desde la polifacética condición humana. *Espiral, Revista de Docencia e Investigación*, 6(2), 37-52.  
<https://doi.org/10.15332/erdi.v6i2.1648>

Castellanos, A. (2018). *El Estado colombiano frente a la reparación de víctimas del conflicto armado: examen legal de la figura de reparación integral para su implementación* [tesis para optar al grado de Maestría en Derecho Público]. Repositorio Institucional de la Universidad Santo Tomás.  
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10672/Castellanosandrea2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Centro Internacional para la Justicia Transicional. (2015, 6 de abril). *La reparación de las víctimas en Colombia, una promesa parcialmente cumplida*.  
<https://www.ictj.org/es/news/estudio-reparacion-individual-victimas-colombia>

Centro Internacional para la Justicia Transicional. (2009) *¿Qué es la justicia transicional?* <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-Spanish.pdf>

Colombia. Acto Legislativo 01 de 2017. 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. Abril 4 de 2017. DO núm. 50196.

Colombia. Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Gobierno Nacional de Colombia - Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo. Agosto 24 de 2016.  
<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/f272865f-5a3a-44e6-84f5-b21eff53b424/Acuerdo-final-paz-Colombia.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f272865f-5a3a-44e6-84f5-b21eff53b424>

Colombia. Decreto 196 de 1971. Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía. Febrero 12 de 1971. DO núm. 33255  
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/2045453/DECRETO+196+D+E+1971+PDF.pdf/15a9ad5b-bd77-46dc-b957-5c75861744f5?version=1.2>

Colombia. Decreto 1166 de 2018. Por el cual se adiciona un capítulo al Título 5 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, por el cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Justicia y del Derecho, y se reglamenta el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa que se ofrecerá respecto a los trámites y actuaciones previstas en la Ley 1820 de 2016, ante el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición -SIVJRNR. Julio 11 de 2018.  
<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201166%20DEL%2011%20DE%20JULIO%20DE%202018.pdf>

Colombia. Ley 583 de 2000. Por la cual se modifican los artículos 30 y 9 del Decreto 196 de 1971. Junio 12 de 2000. DO núm. 44042  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0583\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0583_2000.html)

Colombia. Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. junio 10 de 2011. DO núm. 48096. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1680697>

Colombia. Ley 1957 de 2019. Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Junio 6 de 2019. DO núm. 50976.  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1957\\_2019.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1957_2019.html)

“Corte Constitucional amplió la vigencia de la Ley de Víctimas”. (2019, 5 de diciembre). *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-constitucional-amplio-la-vigencia-de-la-ley-de-victimas-articulo-894429>

Corte Constitucional de Colombia [CC], febrero 7, 2001, MP: J. G. Hernández Galindo, Sentencia C-143/01, [Colom.].

Corte Constitucional de Colombia [CC], marzo 29, 2012, MP: G. Mendoza, Sentencia C-253A/12, [Colom.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-253A-12.htm#:~:text=Por%20la%20cual%20se%20dictan,V%C3%8DCTIMAS>

Corte Constitucional de Colombia [CC], mayo 15, 2013, MP: N. Pinilla Pinilla, Sentencia C-280/13, [Colom.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-280-13.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], noviembre 11, 2014, MP: J. I. Palacio Palacio, Sentencia T-834/14, [Colom.].  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-834-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia [CC], Diciembre 5, 2019, MP: J. F. Reyes Cuartas, Sentencia C-588/19, [Colom.].

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-588-19.htm>

“Corte ordena reparar a las víctimas de las Bacrim”. (2015, marzo 25). Corte ordena reparar a las víctimas de las Bacrim. *Semana*.

<https://www.semana.com/nacion/articulo/corte-constitucional-ordena-reparar-victimas-de-las-Bacrim/422187-3>

Defensoría del Pueblo. (2021). *Sistema Nacional de Defensoría Pública (SNDP)*.

[https://www.defensoria.gov.co/es/public/atencionciudadanoa/1477/Sistema-Nacional-de-Defensor%C3%ADa-P%C3%BAblica-\(SNDP\).htm#:~:text=Es%20un%20servicio%20p%C3%BAblico%20que,de%20justicia%20en%20materia%20penal](https://www.defensoria.gov.co/es/public/atencionciudadanoa/1477/Sistema-Nacional-de-Defensor%C3%ADa-P%C3%BAblica-(SNDP).htm#:~:text=Es%20un%20servicio%20p%C3%BAblico%20que,de%20justicia%20en%20materia%20penal)

Echeverry Osorio, D. L. y Díaz Ricardo, S. (2016). Minería aurífera ilegal en el resguardo indígena alto Andágueda. *Novum Jus*, 10(1), 135-149.

<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.6>

Galán Galindo, A. R. (2017). Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia la moral y el derecho. *Novum Jus*, 10(2), 103-118.

<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.6>

Gallego, J. (2014) Paradoja y complejidad de los derechos humanos en la sociedad moderna. Sentido y comunicación. *Revista IUSTA*, 1(40), 143-165.

<https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2014.0040.01>

Guarín, E. y Aldana, J. (2016). Los límites de la teoría del equilibrio como alternativa de solución a la cuestión de la prevalencia del poder del Alto Tribunal de lo Constitucional en Colombia. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 11(1), 59-82.

<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.01>

“Hay más de 2.400 grupos armados y de delincuencia organizada en Colombia”. (2019, febrero 7). *BLU Radio*. <https://www.bluradio.com/nacion/hay-mas-de-2400-grupos-armados-y-de-delincuencia-organizada-en-colombia-205207-ie430/>

Humbarita, J. (2015). Derecho Constitucional Hispanoamericano frente a la realidad institucional, manifiesta divergencia. *Revista IUSTA*, 2(43).

<https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2015.0043.03>

- “Indemnizar a todas las víctimas cuesta 45 billones de pesos”. (8 de marzo de 2020). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/director-de-unidad-de-victimas-dice-que-indemnizarlas-a-todas-cuesta-45-billones-470400>
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). (2019, julio 2). *Así funciona el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa (SAAD) de la JEP*. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Estas-son-las-funciones-del-Sistema-Aut%C3%B3nomo-de-Asesor%C3%ADa-y-Defensa-de-la-JEP.aspx>
- Kapkin, S. (2017, enero 11). ‘La Oficina de Envigado y los Gaitanistas tienen 13.500 miembros en Antioquia’: Corpades. *Pacifista*. <https://pacifista.tv/notas/la-oficina-de-envigado-y-los-gaitanistas-tienen-13-500-miembros-en-antioquia-corpades/>
- Leyke, S., Ospina, J.C. y Linares, C. (2018). *Guía 02: La satisfacción de los derechos de las víctimas: el reto de la JEP y sus comparecientes*. Comisión Colombiana de Juristas.
- López, N. (2015). Las Bacrim: ¿actores del conflicto armado colombiano? *Revista de Derecho Público*, 34, 1-29. <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.34.2015.11>
- “Lo que trae la Ley Estatutaria de la JEP que sancionó Duque”. (2019, junio 7). *Legis Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/penal/lo-que-trae-la-ley-estatutaria-de-la-jep-que-sanciono-duque>
- Martínez, C. (2018). *La reparación integral a las víctimas del conflicto armado en Colombia en el marco de la justicia transicional* [tesis para optar al Doctorado en Gobierno y Administración Pública, Universidad Complutense de Madrid]. E-Prints Complutense. <https://eprints.ucm.es/49477/1/T40329.pdf>
- Morales Ferrer, S. y Daza Coronado, S. (2016). El deber de información al paciente, el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España. *Novum Jus*, 10(2), 11-34. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.1>
- Pacheco, S. (2019, noviembre 24). ¿Cómo los llamamos: paramilitares, disidencias, grupos residuales, terroristas? *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/colombia2020/opinion/como-los-llamamos-paramilitares-disidencias-grupos-residuales-terroristas-columna-892676>
- Palomares, J. (2015). El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 10(2), 29-56. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2015.0002.06>

- Palomares, J. y Calonje, N. (2015). Tratados de libre comercio Colombia-Asia: Cuestión preliminar y perfiles de negociación en *Revista IUSTA*, 2(43), 17-41.  
<https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2015.0043.06>
- Pares, Fundación Paz y Reconciliación. (2019, agosto 28). *Más sombras que luces. La seguridad en Colombia a un año del gobierno de Iván Duque. 2019.*  
[https://pares.com.co/wp-content/uploads/2019/08/Que%CC%81-paso%CC%81-con-la-seguridad-a-un-an%CC%830-de-Duque-final-\\_compressed-Final.pdf](https://pares.com.co/wp-content/uploads/2019/08/Que%CC%81-paso%CC%81-con-la-seguridad-a-un-an%CC%830-de-Duque-final-_compressed-Final.pdf)
- Pérez Fuentes, C., Arenas Jaimes, P., Vega Ardila, L. y Camacho Castilla, J. (2019). Análisis jurisprudencial de las garantías de los derechos de las víctimas del conflicto armado por bandas criminales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), 167-196.  
<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7431>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2019). La reparación de las víctimas es nuestro compromiso.  
<https://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/presscenter/articles/2019/1/la-reparacion-de-las-victimas-es-nuestro-compromiso.html>
- Quintero, S. y Molina, D. (2013). La Ilegalidad: una herramienta de análisis para la naturaleza del conflicto en Colombia. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 8(1), 159-190. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2013.0001.06>
- Recalde, G., Blanco, T. y Bonilla, D. (2017). Justicia de pobres: Una genealogía de los consultorios jurídicos en Colombia. *Revista de Derecho*, 47, 1-72.  
<http://dx.doi.org/10.14482/dere.47.9772>
- Red Nacional de Información (RNI). (2020). Víctimas registradas. Fecha de corte: 01 ene. 2020. <https://cifras.unidadvictimas.gov.co/>
- Rodríguez, A. (2014). Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(2), 135-175.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2014.0002.06>
- “Solo el 2% de las víctimas del conflicto han obtenido reparación”. (2020, octubre 7). *Vanguardia*. <https://www.vanguardia.com/colombia/solo-el-2-de-las-victimas-del-conflicto-han-obtenido-reparacion-DM2970050>

Tremolada, E. (2014, mayo 5). ¿El acceso a la justicia, una utopía en Colombia? *La República*. <https://www.larepublica.co/analisis/eric-tremolada-506119/el-acceso-a-la-justicia-una-utopia-en-colombia-2118026>

Universidad Cooperativa de Colombia. (s. f.). *Asuntos en los cuales los estudiantes de consultorio jurídico están facultados para actuar ante juzgados*. <https://www.ucc.edu.co/ibague/Documents/aa%20aASUNTOS%20EN%20LOS%20CUALES%20LOS%20ESTUDIANTES%20DE%20CONSULTORIO%20JUR%20C%20%8DDICO%20ESTAN%20FACULTADOS%20PARA%20ACTUAR%20ANTE%20JUZGADOS.pdf>

Verdadabierta.com. (2015, abril 19). *Tres problemas que desvelan a las víctimas*. <https://verdadabierta.com/tres-problemas-que-desvelan-a-las-victimas/>

# Análisis crítico de las políticas públicas que garantizan la propiedad de la tierra de la mujer rural

[Artículos]

*Martha Liliana Tascón Rodríguez\**

*Recibido: 10 de octubre de 2020*

*Aprobado: 30 de noviembre de 2020*

Citar como:

Tascón Rodríguez, M. L. (2021). Análisis crítico de las políticas públicas que garantizan la propiedad de la tierra de la mujer rural. *Revista IUSTA*, (54). <https://doi.org/10.15332/25005286.6556>



## Resumen

Colombia ha atravesado, en los últimos años, por diversos acontecimientos sociohistóricos generados por el conflicto armado, que a su vez se ha derivado de la desigualdad social, especialmente en lo

---

\* El presente artículo es producto del proyecto de investigación institucional titulado "Análisis crítico de las políticas públicas que garantizan la propiedad de la tierra de la mujer rural", en el marco del programa del Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas en la Universidad Rey Juan Carlos, España.

Doctoranda en Ciencias Sociales y jurídicas en la Universidad Rey Juan Carlos, España; abogada por la Universidad Gran Colombia; magíster y especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Militar Nueva Granada; especialista en Pedagogía y Docencia Universitaria por la Universidad Gran Colombia. Exfuncionaria. Docente de Universidades públicas y privadas. Correo electrónico: [abogacel@hotmail.com](mailto:abogacel@hotmail.com), [martha.tascon@urj.es](mailto:martha.tascon@urj.es). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6903-6365>

Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448 | e-ISSN: 2500-5286 | DOI: <https://doi.org/10.15332/25005286>

N.º 54 | enero-junio de 2021

referente a la propiedad de la tierra. Se han adelantado varios procesos con grupos al margen de la ley durante diferentes gobiernos, que han pretendido alcanzar la tan anhelada paz, inclinándose por concebir un espacio sociopolítico ajustado a una nueva realidad social, que permita la participación política de nuevos actores y, de esta manera, generar una política más incluyente. Algunos grupos armados, como las disidencias de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN), han participado de manera activa en estos procesos; sin embargo, y pese a los logros alcanzados con los Acuerdos, el fenómeno del conflicto armado en el país se ha transformado, impactando así diferentes esferas de la sociedad. Estas luchas oscilan desde la disputa por el poder político hasta el control y la tenencia de la tierra, lo que hace que el territorio se considere un elemento esencial de la lucha armada, por lo que esta propende por una nueva redistribución de la tierra, es decir, una reforma agraria. El Gobierno nacional ha implementado políticas públicas con un enfoque de género, acción que tiene por objetivo asegurar el retorno de la familia a la zona rural y, así, garantizar, entre otras exigencias, el autoabastecimiento que brinde condiciones de vida digna para la familia y, en especial, para la mujer.

**Palabras clave:** conflicto, derechos, mujer, propiedad, tierras.

## **Critical analysis of public policies that guarantee land ownership by rural women**

### **Abstract**

In recent years, Colombia has gone through various socio-historical events generated by the armed conflict, which in turn has resulted from social inequality, especially in relation to land ownership. Several processes have been carried out with illegal groups during different governments, which have sought to achieve the longed-for peace, leaning towards conceiving a socio-political space adjusted to a new social reality, that allows the political participation of new actors and, thus,

generate a more inclusive policy. Some armed groups, such as the dissidents of the Revolutionary Armed Forces of Colombia (*Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia*) (FARC) and the National Liberation Army (*Ejército de Liberación Nacional*) (ELN), have actively participated in these processes; however, and despite the achievements of the Agreements, the phenomenon of armed conflict in the country has been transformed, thus affecting different spheres of society. These struggles range from the dispute for political power to land control and tenure, which means that territory is considered an essential element of the armed struggle, which is why it calls for a new redistribution of land, that is, an agrarian reform. The national government has implemented public policies with a gender focus, an action that aims to ensure the return of the family to the rural zone and, thus, guarantee, among other demands, self-sufficiency that provides decent living conditions for the family and, especially, for women.

**Keywords:** conflict, rights, women, property, land.

## **Análise crítica das políticas públicas que garantem a propriedade da terra da mulher rural**

### **Resumo**

A Colômbia vem atravessando, nos últimos anos, por diversos acontecimentos sócio-históricos gerados pelo conflito armado, que, por sua vez, se deriva da desigualdade social, especialmente no que se refere à propriedade da terra. Vários processos com grupos à margem da lei vêm sendo realizados durante diferentes governos, que pretendem alcançar a anelada paz, inclinando-se por conceber um espaço sociopolítico ajustado a uma nova realidade social que permita a participação política de novos atores e, dessa maneira, seja gerada uma política mais inclusiva. Alguns grupos armados, como as dissidências das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia e o Exército de Libertação Nacional vêm participando de maneira ativa nesses processos; contudo, e

apesar das conquistas atingidas com os acordos, o fenômeno do conflito armado no país vem se transformando, impactando assim diferentes esferas da sociedade. Essas lutas oscilam desde a disputa pelo poder político até o controle e a posse da terra, o que faz com que o território seja considerado um elemento essencial da luta armada, razão pela qual esta propende por uma nova redistribuição da terra, isto é, uma reforma agrária. O governo nacional vem implementando políticas públicas com um enfoque de gênero, ação que tem o objetivo de garantir o retorno da família à zona rural e, assim, garantir, entre outras exigências, o autoabastecimento que ofereça condições de vida digna para a família e, em especial, para a mulher.

**Palavras-chave:** conflito, direitos, mulher, propriedade, terras.

## **Introducción**

El análisis crítico de las políticas públicas que garantizan la propiedad de la tierra de la mujer rural, desarrollado en el marco de la investigación de mi tesis doctoral, analiza las políticas públicas existentes, así como su eficacia para velar por el derecho a la tierra que posee la mujer en las zonas rurales.

Es así como el planteamiento de las políticas públicas con perspectiva de género plantea romper las barreras del acceso a la propiedad y, de esta manera, producir acciones acertadas por parte de los entes encargados de liderar los planes que brindan una vigilancia especializada, con una propuesta institucional acorde a las exigencias propias que poseen dichos procesos (Castro, 2016).

La sociedad civil y las personas víctimas del conflicto han cumplido un rol esencial para exponer la problemática, aun cuando su desarrollo no ha logrado modificar la realidad de cada persona afectada. Así como el Gobierno, la sociedad civil y las víctimas han indagado maneras de interactuar para concebir espacios de construcción en donde no solo se

debatan los resultados de dicho debate, sino que, además, se produzcan acciones para generar resoluciones acertadas y oportunas a las exigencias planteadas por la población (Unidad de Víctimas, 2015).

De tal manera, la adopción de criterios adoptados con carácter diferencial por parte de las entidades a cargo está basada en situaciones específicas que, desde el contexto histórico-político-social, han evidenciado estereotipos patriarcales que, aún hoy, siguen vulnerando los derechos de la mujer sobre la tierra.

### **Naturaleza y alcance del problema**

La importancia de este estudio radica en el análisis del desarrollo de las políticas públicas y sus avances, encaminadas a garantizar la propiedad de la mujer rural. Por lo tanto, será un aporte para identificar por qué no ha sido eficaz la dinámica del retorno a la tierra y la garantía de su derecho a la propiedad, como está establecido en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y el Acuerdo Final de Paz en 2016; por tanto, será un aporte para que las entidades estatales examinen la ineficacia de los procesos implementados para que se materialicen los derechos de las mujeres víctimas a la titulación de la tierra (Echeverry y Díaz, 2016).

Por esta razón, la relación de este artículo con otros estudios sobre el tema planteado trata de evidenciar cómo el despojo de la tierra y la violencia en contra de las mujeres campesinas han sido una constante en Colombia, a tal punto que las políticas implementadas no han logrado los resultados esperados para garantizar el derecho a la propiedad rural de la mujer.

El aporte de la investigación se enfoca en realizar un análisis de la problemática que no ha permitido la implementación de políticas que contribuyan a la adopción de procesos eficaces de reparación de los hechos

victimizantes y, así, generar condiciones para el avance esperado en la restitución de derechos referidos a la propiedad de la mujer

Por consiguiente, se realizará un análisis desde la promulgación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras hasta la fecha, para establecer los avances que se han obtenido en la aplicación de las políticas públicas establecidas para la restitución y titulación de las tierras a la mujer desplazada.

## **Planteamiento del problema**

En el marco de la creación de la Ley 1448 de 2011, denominada Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, se estableció una serie de artículos relacionados con la protección especial a las mujeres víctimas del conflicto:

El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas que se establezcan contarán con enfoque diferencial. [...]. El Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. [...] Igualmente, el Estado establecerá procedimientos que contribuyan a la eliminación de conductas y comportamientos que generan discriminación y marginación que son antecedentes de hechos victimizantes. (art. 13, Colom.)

El desarrollo del citado principio, de carácter diferencial, insta a los organismos, tanto nacionales como departamentales, para que creen políticas públicas con el fin de garantizar la efectiva reparación (Galán, 2017).

Sin embargo, después de casi nueve años de nacimiento de la ley en el país, la adopción y el cumplimiento de las políticas públicas son ineficientes (Cortés, 2016). El fin de esta investigación se basa en poder determinar cuáles son los elementos que han fallado tanto en la creación como en la aplicación de las políticas públicas a favor de las mujeres, especialmente con respecto al derecho de la restitución de tierras y, así, poder sugerir cuáles podrían ser las posibles causas para que estas políticas no se ejecuten de manera eficiente y se materialicen según lo consagrado en la Ley 1448 de 2011.

### **La tierra como eje central del conflicto**

Colombia es uno de los países más desiguales de América con respecto a la propiedad privada, es decir, la tenencia de la tierra. Las mujeres que tienen derecho a la propiedad sobre la tierra lo adquieren por medio de herencias. Aquellas a las que se les imposibilita el acceso a la titulación de esta no cuentan con los recursos económicos para que se les permita adquirirla o tener la titulación. La propiedad siempre ha estado en manos de muy pocas personas quienes, además, poseen las tierras más productivas. Esto es muestra de que la inequidad histórica en la distribución de la tierra es un fenómeno permanente en Colombia (Pardo, 2014).

Con relación a dicha problemática, Salinas (2007) destaca la relación existente entre tenencia de tierra y violencia, asociadas no solo a una visión del conflicto armado, sino a una subsistente creencia ligada al derecho que adquieren las élites de ciertas esferas sociales y, en este caso, élites enmarcadas en distintos grupos que se han asentado en varias partes del país; lo más importante es que esto ocurre aún como un efecto colateral de una visión inequitativa de la distribución de la tierra.

La falta de información actualizada y las prácticas que aún son empleadas para desplazar a la población, impiden determinar, de manera acertada y real, la ocupación y propiedad de las tierras.

La Contraloría menciona que los narcotraficantes se adueñaron del 48 % de las tierras más aptas. Las “narcotierras” se localizan principalmente en Valle (85,7 %), Córdoba (84,6 %), Quindío (75 %), Risaralda (71,4 %), Antioquia (70,9 %), Magdalena (66,6 %), Guajira (66,6 %), Tolima (63 %) y Caldas (56 %). Otros estudios indican que los grupos armados se han apoderado del 7 % de las tierras. (Salinas, 2007, p. 3)

Luego se ha podido establecer que los grupos armados, al margen de la ley, se han apoderado de grandes extensiones de tierra a lo largo del país. Tanto la Procuraduría como la Contraloría General de la Nación, más otras entidades gubernamentales, advierten acerca de la necesidad de continuar estudiando y analizando el impacto de la relación existente entre narcotráfico, tierra y conflicto. Dicha acción es necesaria para poder consolidar una política de seguridad acertada y segura que permita el retorno al campo, de una manera segura, para aquellas personas que han sido desplazadas de su territorio y, de esta manera, se promueva el arraigo que posibilite la reubicación y protección de las víctimas en condiciones dignas y enmarcadas dentro del concepto de seguridad regido por la ley y los procesos jurídicos.

Durante décadas, Colombia enfrentó un conflicto armado interno con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (FARC-EP). El 26 de septiembre de 2016, se firmó un Acuerdo de Paz con este grupo, que puso fin al conflicto. Dentro de las consecuencias que dejó este fenómeno, se encuentran la desaparición forzada, como consecuencia del despojo de tierras; la desintegración de familias, por causa del reclutamiento militar, incluso de menores de edad; además, las

consecuencias psicosociales y económicas que cada víctima se ve abocada a enfrentar, las cuales son muy graves y generan un gran impacto psicosocial.

El Estado colombiano, obligado constitucionalmente, ha hecho caso omiso a muchas de sus obligaciones. Una de ellas es la obligatoriedad de hacer presencia en la zona rural con las entidades encargadas de suplir las necesidades básicas de la población, como los servicios públicos, la salud, la educación, entre otras. Por eso, estas condiciones dan lugar a que se sientan, aún más, las consecuencias de la violencia generadas por el conflicto armado, partiendo de la premisa de que para las mujeres víctimas del conflicto existe un impacto diferente, debido a su condición de vulnerabilidad y a la responsabilidad que adquiere al tener que asumir un doble rol: el de la crianza y el trabajo.

De esta manera, el conflicto armado vulnera los derechos fundamentales y afecta, de forma distinta, a hombres y mujeres. Si bien es cierto que todos son víctimas, las mujeres sufren aún más las consecuencias de dicha problemática, debido a los roles que le han sido impuestos por el constructo y paradigma sociales.

Las mujeres que han sufrido violencia durante el conflicto han tenido que afrontar situaciones y experiencias nuevas que las han sacado de su rol cotidiano y, de esta manera, se han visto obligadas a enfrentar cargas a las que no estaban preparadas con anterioridad. En el marco del conflicto, se presenta, en muchos casos, despojo de tierras y asesinato de los padres de familia; en estas situaciones, se presenta una ruptura familiar y social, así la mujer habituada al cuidado del hogar ahora debe ser proveedora y tiene que enfrentarse a una dinámica social nueva para la que no estaba capacitada (Agudelo, 2015).

Además del cambio de rol, las mujeres, por su condición de mujeres, participen en una sociedad patriarcal, deben asumir riesgos como la explotación o abuso sexual, al ser usadas como trofeos de guerra. Estos riesgos aumentan, de manera vertiginosa, durante y después del conflicto armado, acrecentando así las formas de violencia en contra de la mujer, ya que son ellas las que se encuentran en desventaja frente a los hombres, ya sea tanto por condiciones de fuerza física como de estigma social, al oponerse o resistirse a los actores legales e ilegales que participan, de una manera u otra, en el despojo de tierras.

### **El desplazamiento forzado como consecuencia del conflicto**

El desplazamiento forzado es una violación grave a los derechos humanos que afecta, de manera distinta, a cada género en la sociedad, debido al constructo social. Además de la violencia sexual, existen otros factores de riesgo para las mujeres en las zonas rurales como, por ejemplo, la falta de educación que obstaculiza el acceso a la propiedad de la tierra y el ejercicio de los derechos sobre esta.

Sumado a lo anterior, históricamente en Colombia las mujeres han tenido acceso limitado a la propiedad de la tierra, pues esta se concentra en manos de los hombres, de tal modo que las mujeres no pueden acceder en igualdad de condiciones a la titularización de la tierra. Lo anterior tiene lugar por el poco conocimiento de las normas y políticas públicas sobre este tema, situación que dificulta aún más la exigencia sus derechos. Colombia ha desarrollado un marco normativo con enfoque de género, que reconoce y facilita la titularidad de la mujer en la zona rural, pero aún ahora no se han implementado los mecanismos necesarios para alcanzar, con efectividad, el goce de sus derechos.

Desde las diversas políticas públicas con perspectivas de género, hasta las acciones del Estado encaminadas a garantizar la tenencia de la tierra, el enfoque de género ha dejado de ser un requisito, para convertirse en un derecho que se adquiere, no solo desde una perspectiva económica, sino también social. Diversos autores afirman que en Colombia y en gran parte de Latinoamérica la subordinación de las mujeres en el ámbito rural tiene que ver con factores, como aquellos estereotipos machistas de la diferencia sexual, el papel histórico de la mujer en la sociedad y, especialmente, en el ámbito rural, así como los patrones de parentesco que tienen como objetivo jurídico minimizar el derecho de la mujer a la tierra.

Otro factor a destacar es que, como consecuencia de las matrices culturales que apoyan ambos mecanismos de exclusión, aun cuando existan casos en diversas regiones del país donde una mujer sea titular de un certificado de propiedad o de derechos sobre la tierra, esto no le garantiza posiciones de mayor autoridad, ya que es frecuente que no posea prerrogativas reales para ejercer dominio pleno sobre los medios de producción. En muchas ocasiones, su poder de decisión no es efectivo y se ve forzada a delegar en algún hombre de su familia la responsabilidad de la explotación agrícola, actuando sólo nominalmente como cabeza de familia. (Córdoba Plaza, 2003, p. 181)

La gran problemática que se presenta en cuanto a violación de derechos especialmente hacia las mujeres se evidencian en la recopilación de datos que ha venido realizando el Registro Único para las Víctimas, estableciendo cifras de las mujeres que han vivido diversos tipos de violencia dentro del conflicto armado al mes de mayo de 2020, expuestos en la tabla 1.

Tabla 1. Mujeres víctimas de diferentes tipos de violencia

Hecho victimizante	Víctimas
Abandono o despojo forzado de tierras	11 650

Hecho victimizante	Víctimas
Acto terrorista/atentados/combates/enfrentamientos/hostigamientos	38 512
Amenaza	258 953
Confinamiento	18 974
Delitos contra la libertad y la integridad sexual en desarrollo del conflicto armado	29 309
Desaparición forzada	85 093
Desplazamiento forzado	4 140 852
Homicidio	488 769
Lesiones Personales Físicas	3 093
Lesiones Personales Psicológicas	5 405
Minas Antipersonal, Munición sin Explotar y Artefacto Explosivo improvisado	1 153
Perdida de Bienes Muebles o Inmuebles	58 142
Secuestro	9 307
Sin información	9 199
Tortura	4 583
Vinculación de Niños Niñas y Adolescentes a Actividades Relacionadas con grupos armados	2 796

Fuente: elaboración propia con base en datos de Página Red Nacional de información con corte al 30 de mayo del 2020.

## El problema de la tenencia de la tierra

La Ley de Víctimas es una de las herramientas más amplias en términos jurídicos, así como el Decreto 4800 de 2011, que propone un escenario en el que los procesos de reparación, en el marco de la ley, contemplen un enfoque de género. Pero, sin lugar a dudas, no se ha dado un cumplimiento efectivo a este, como se manifiesta en las declaraciones recabadas por el Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP) Programa para la Paz (PPP), en donde se asegura que la “Ley de Víctimas 1448 supone la incorporación de la perspectiva de género como un eje transversal a todo el proyecto, sin embargo, contiene algunos elementos que ponen en cuestión dicha transversalidad” (Sánchez, 2011, p. 21). Por lo tanto, hace falta énfasis en la ley para reconocer el enfoque diferencial

como una medida concreta que favorezca la implementación más eficaz, en cuanto al empoderamiento territorial de las mujeres.

Por tal razón, es importante que las leyes tengan énfasis en justicia de género, ya que esta vincula la participación de la mujer, dejando de lado las instituciones públicas, privadas, sociales y políticas que, de manera permanente, han perpetuado la desigualdad entre hombres y mujeres. De allí que se exija la plena garantía de los derechos de la mujer a la tenencia de la tierra, por lo que es necesario transformar aquellas estructuras sociales y, así, regular el rol histórico de la mujer mediante el estudio del ser a partir del género, situando dicho concepto en los procesos de restitución de tierras.

Nos enfrentamos, por tanto, a un escenario en donde la mujer ha sido víctima de desplazamiento en el que predomina el contexto rural de crianza y las violencias física, sexual o psicológica a manos de grupos armados ilegales en contra de mujeres cabeza de hogar y lideresas en comunidades tanto indígenas como raizales y afrocolombianas (Forero, 2003).

### **El Estado y la protección legal para acceder a la propiedad privada (tierra)**

En sus sentencias, la Corte Constitucional ha llenado vacíos legislativos a través de sus precedentes a favor de las víctimas y la protección de sus derechos. Hay que tener en cuenta que este proceso es una herramienta de materialización de los derechos de las mujeres víctimas, especialmente en la restitución de tierras, ya que este no se ha realizado satisfactoriamente; por tal razón, las víctimas se ven obligadas a acudir a tutelas que garanticen el derecho a la tierra

El Auto 099 de 2013 apunta al seguimiento de las acciones entabladas y declaradas en la Sentencia T 025, de 2004, en términos de entrega efectiva de la ayuda humanitaria por parte del Estado, así como la materialización del decreto, que se promueve en el marco de la Ley 1448 de 2011 (Montoya Villegas, 2015).

Además, la Ley 1448 de 2011 determina la titularidad de la tierra a las víctimas de desplazamiento forzado y establece ciertas limitaciones; una de ellas, se basa en cómo Colombia es un país con altas cifras de informalidad en la tenencia y titulación de la tierra. Se habla de un grupo poblacional integrado por mujeres que son víctimas del conflicto que, en razón de este, no han tenido acceso a la educación, debido a que se ven obligadas a abandonar sus estudios no solo por la violencia de la cual son víctimas, sino además por los roles que deben asumir por dicha violencia. En su gran mayoría, no cuentan con los recursos para recaudar pruebas ni poder probar su derecho y, así, acceder a la titulación de la tierra; por otra parte, el artículo 99 de dicha Ley limita la restitución de la tierra si esta se encuentra implicada en proyectos agroindustriales, decisión que favorece a las grandes industrias. De acuerdo con lo anterior:

Las víctimas no tienen la posibilidad de regresar a su tierra, ya que el artículo 99 prioriza el proyecto agroindustrial sobre el derecho al retorno. Como lo señaló el informe de seguimiento a la ley, realizado por los órganos de control colombianos, cuando se presente esta situación es posible que el beneficiario de la restitución termine por aceptar los términos que le establezca el tercero y la situación derive en una revictimización (Angulo Ceballos, 2014, p. 170)

Por esta razón, es urgente reconocer, como lo menciona la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la manera en que la Ley 1448 de 2011 podría tener un efecto revictimizador y legalizar, por tanto, el despojo a la tierra, en lugar de apuntarle a la

reparación de la víctima, en este caso particular, de la mujer como sujeto de derecho en el marco de la tenencia de la tierra en Colombia.

Asimismo, el desplazamiento generó el cambio de lo rural hacia lo urbano, lo que produjo estereotipos que ocasionaron un rompimiento del vínculo familia-mujer-tierra. De este modo, surgió un nuevo entramado social, ya que los roles preestablecidos no aplicaron, dando como resultado condiciones de vulnerabilidad en una sociedad patriarcal que obligaron a cambiar roles y a adaptarse a una nueva dinámica social. La falta de una figura masculina le entabla a la mujer víctima del conflicto nuevos retos y la obliga a asumir nuevas responsabilidades familiares y económicas.

“Llevar sobre sus hombros la responsabilidad de conservar y defender a sus familias, así como de reconstruir el tejido social” (Mesa Nacional de Incidencia por el Derecho a la Verdad, 2007, p. 30).

En el texto *La verdad de las mujeres. Víctimas del conflicto armado en Colombia* (Ruta Pacífica de las Mujeres, 2013), se despliega una amplia variedad de testimonios de carácter narrativo, en donde se categoriza un análisis frente a la forma como se afronta, de manera individual, el manejo de los hechos antes, durante y después del conflicto. Afrontar se refiere al manejo de emociones, al impacto psicológico, a la manera de sobreponerse y a la capacidad de protección. En muchos de estos casos, la protección sigue teniendo un impacto muy profundo, ya que ponen en consideración no regresar a su lugar de origen y, por lo tanto, pierden el derecho a la propiedad, en busca de proteger su integridad y seguridad.

Y aunque la constante puede variar, como se observará más adelante, otras mujeres se han organizado en sus territorios, de tal manera que ha emergido un discurso que hace visible el espacio participativo de la mujer en el conflicto y el posconflicto. No es una constante en las mujeres implicadas, debido a que afrontar las secuelas directas de la guerra, en

muchos de los casos, no es tan fácil, ya que las huellas de la violencia y el conflicto no siempre son físicas, sino que ahondan en una huella interior: el cuerpo femenino se ha usado como una arma del conflicto.

De hecho, el concepto de *propiedad* está en permanente evolución y constante ajuste, de acuerdo con las necesidades y transformaciones sociales derivadas de los cambios nacionales y globales, la amplia normativa nacional e internacional, así como las normas nacionales e internacionales que establecen directrices básicas sobre el derecho de las víctimas, las cuales admiten su facultad para interponer tutelas, si su derecho a la restitución sigue siendo quebrantado. Debido a que:

La restitución debe ser la medida de reparación preferente ante situaciones de desplazamiento forzado. Sin embargo, dadas las características específicas de cada transición, y el desarrollo normativo del derecho internacional al momento del proceso, en no pocas ocasiones se ha optado por la indemnización como medida de reparación. (Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, 2010, p. 43)

La restitución de tierras permite, de este modo, reparar los daños causados a mano de actores que quebrantan las reglas del Derecho Internacional Humanitario. Se debe destacar, en el ámbito internacional, la Resolución de la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 1993/77, que reconoce que debe existir una especial protección a las víctimas de desplazamiento forzado, en transversalidad con el reconocimiento del derecho a la vivienda y el fortalecimiento al derecho de la restitución de derechos en general de la víctima. De allí que Leckie (2013) destaque que no es solamente primordial la jurisprudencia o la integración de la legislación a la restitución de tierras y los derechos humanos, sino que también es necesario, para todos los países que están en proceso de transición de posconflicto, que se diseñen programas que

promuevan el conocimiento jurídico de las víctimas, es decir, programas que apoyen la legislación y no la coarten, ya que es una obligación del Estado no solo legal, sino moral con las víctimas y su proceso de restauración.

En suma, tal como lo afirman varias organizaciones conformadas por mujeres en Colombia y otras de carácter internacional, interesadas por la reparación de las víctimas, se distingue que el problema de la titulación de la tierra es uno de los temas más complejos en la Ley 1448, promulgada en el 2011, ya que en grandes porcentajes las mujeres que solicitan la tierra no tienen documentación alguna por desconocimiento de la ley y del procedimiento que se debe adelantar; esto se da como consecuencia de un proceso histórico patriarcal que impedía a la mujer negociar la titulación de la tierra. El Gobierno nacional pone en marcha la Resolución 80 de 2013, con la finalidad de financiar un programa con enfoque de género que apoye a niñas, adolescentes y mujeres víctimas del conflicto armado.

### **Análisis jurídico sobre el proceso de restitución de tierras**

La Ley 1448 establece una serie de determinaciones jurídicas con enfoque de género encaminadas a la protección y reparación de las víctimas del conflicto armado en Colombia. Dichas disposiciones están encaminadas al goce efectivo de los derechos de las víctimas; sin embargo, la mujer rural sigue encontrado barreras que obstaculizan el obtener la titulación, por lo que cobran una importancia significativa los fallos judiciales que han reconocido derechos a las víctimas y a la restitución. Por esto, el análisis del expediente: 0500031-21-001-2017-00060 San Roque 12 de agosto de 2019, nos lleva a analizar si la coexistencia de requisitos legales en ocasiones termina por entorpecer al proceso de restitución de tierras, lo cual conlleva a un mayor desgaste de los jueces para determinar el derecho fundamental a la tierra y revictimiza a las víctimas al obligarlas a un

proceso desgastante. Por eso, en el expediente antes mencionado se establece que la restitución de tierras es uno, si no el principal, medio de reparación desde el entendido de la justicia restaurativa, ya que para las mujeres víctimas la tierra es fundamental, debido a que es allí donde centran sus actividades y el medio de subsistencia para ellas y su núcleo familiar.

Por tal razón, de no ser posible la restitución, ya sea por problemas de seguridad o por los ocupantes terceros de buena fe, el Estado deberá garantizar la compensación o indemnización adecuada, la no repetición y así restablecer sus derechos. La Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas providencias sobre la protección de derechos fundamentales de la víctima de violaciones graves y sistemáticas de derechos humano.

La Ley de Víctimas 1448 estableció una serie de presunciones legales que coadyuvan a la actividad probatoria. Es así como el artículo 77 confirió facultades a los jueces de restitución de tierras para que declaren la nulidad o, en su defecto, la inexistencia de los negocios jurídicos, o dejar sin consecuencias jurídicas actos administrativos y sentencias judiciales cuando estas decisiones son contrarias a derecho (Ley 1448 de 2011, art. 77, Colom.).

Por tal razón, es importante para las víctimas, respecto de la prueba sumarial, que puedan constituir el reconocimiento de un derecho, en el caso de la víctima o víctimas de desplazamiento forzado o poseedores y explotadores de terrenos baldíos, cuya propiedad se pretenda adquirir por adjudicación, o cualquiera otro de las circunstancias que se establecen en el artículo 3.º de la Ley en mención, entre la fecha del 1.º de enero de 1991 y el término de vigencia de la ley. Por eso, se determinará analizando la relación jurídica y material del demandante con el daño que pudo haber sufrido desde la órbita de los Derechos Humanos. Cuando la víctima es

obligada a abandonar el predio por la presencia o amenazas de grupos armados al margen de la ley, es el material probatorio el que permitirá la ocurrencia o no del hecho victimizante (Patarroyo y Benavides, 2014).

Es claro que la restitución debe entenderse como el medio expedito para la reparación de las víctimas, al ser un elemento fundamental de la Justicia Restaurativa, y así garantizar el restablecimiento pleno de sus derechos, además de la no repetición, para lo cual todas y cada una de las instituciones encargadas deben velar por que esto se cumpla desde las políticas públicas y los organismos de seguridad, quienes son los encargados de hacer el acompañamiento cuando la víctima lo solicite.

Es así como lo determina el artículo 93 de la Carta Política de 1991, y los instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento jurídico de Colombia, pues es basado en este ordenamiento jurídico que los jueces pueden a través de sus decisiones restituir derechos, entre los que destaca el derecho a la tierra.

En cuanto a la afectación del debido proceso en las decisiones judiciales, la Ley 1448 de 2011 establece en su numeral 4.º que no puede negarse la restitución de la tierra por una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, cuando se declara la propiedad a favor de un tercero en el que dicho proceso judicial tubo su inicio para la fecha de los hechos victimizantes, ya que es la situación de violencia en estos casos lo que le impide a la víctima ejercer de manera adecuada su defensa en el proceso que legalizó una situación jurídica que se debe considerar contraria a derecho. También recuerda el juzgador en su providencia la presunción de buena fe, “la buena fe se presume, la mala se demuestra”; por tal razón, no tener en cuenta dicho concepto sería revictimizar a las víctimas de despojos o desplazamiento forzados.

Además, la Ley 1448 de 2011 estableció el pago de compensaciones a favor de los opositores que aleguen y prueben “la buena fe exenta de culpa” (2011, art. 98, Colom.). En cuanto a los medios probatorios, dicha carga de la prueba se flexibiliza cuando ese tercero se encuentre en estado vulnerable. Por esta razón, a las víctimas les basta solo con probar los presupuestos sustanciales, de tal forma que la prueba sobre un hecho no necesariamente tiene que ser controvertida por la parte contraria, más aun en aquellos contextos de violencia en los territorios en los que no se requiere probar la relación con el despojo (Rodríguez, 2016).

### **Restitución y formalización, de amparo e individualización del predio a restituir órdenes (caso en concreto)**

Por todo lo tratado respecto de la restitución de tierras para el caso de estudio, expediente: 05000312100120170006001 San Roque 12 de agosto de 2019, caso Rosalía del Carmen Ochoa Rojas, la sala protegerá el derecho fundamental a la restitución de tierras y su formalización. Este mismo expediente retoma la Ley 1448 del 2011 indicando que el derecho a la restitución “es un derecho en sí mismo y es independiente, de que haga o no efectivo el retorno a las víctimas”, sin que el mero deseo de no querer retornar impida la restitución material.

Para este caso, el miedo de la señora Rosalía del Carmen de retornar a su predio, ubicado en el municipio de San Roque, se dio de manera permanente a través del tiempo, y es lo que sucede con las víctimas del delito de desplazamiento: no es un delito de ejecución instantánea, sino que se traza en el tiempo y solo termina cuando la víctima puede retornar a su tierra. En este caso el miedo a perder la vida por las amenazas de las cuales fue víctima hicieron que incluso no concluyera con el pago de lo adeudado a la Caja Agraria, pues no encontraba sentido en continuar con

un pago sobre una tierra que no podía disfrutar y que, según ella, consideraba que no iba a recuperar nunca.

Es por tal razón que se ordena la entrega efectiva del predio a la señora Rosalía del Carmen, contando con tres días hábiles a la ejecutoria de dicha sentencia; toda vez que en dicho predio habita otra persona, se procederá a hacer el desalojo, así como también el juez, en su providencia, ordena a las Fuerzas Militares y a la Fuerza Pública hacer el acompañamiento a dicha diligencia.

Por lo tanto, este es el procedimiento que se adelanta en los casos de restitución de tierras, excepto que la víctima manifieste que no desea dicho acompañamiento; sin embargo, esto no garantiza que las víctimas no sean revictimizadas. Es primordial para la mujer víctima hacer parte activa de los colectivos que le permitan reconocerse y reconocer su entorno cultural y a su grupo familiar, abordando así las discriminaciones asociadas a ella, lo cual hace parte del reconocimiento de la igualdad de género.

## **Conclusiones**

Se puede establecer que los procesos de restitución de tierras, si bien tienen normas que establecen derechos y procedimientos, aún no han sido suficientes para cerrar la enorme brecha de desigualdad e inequidad latente entre hombres y mujeres. La creciente participación de la mujer en el mercado laboral y en los ámbitos público y privado no se ha visto acompañada de una mayor participación de los hombres en el trabajo doméstico no remunerado, ni en el cuidado de los hijos. Los modelos y patrones patriarcales no permiten aún que sean efectivas las políticas públicas para garantizar la propiedad; por lo tanto, se sigue presentando la problemática en el acceso a la propiedad de la tierra. No es suficiente con que se formulen leyes y las Altas Cortes se pronuncien también sobre esta

disyuntiva, si no se cuenta con recursos y políticas públicas claras que permitan cerrar las brechas sociales.

Por ende, es la democracia paritaria la que constituye los criterios cuantitativos y cualitativos, como eje central encargado de generar las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos con enfoque de género –igualdad entre hombres y mujeres–, transformando, de esta manera, los patrones culturales que no generen estereotipos. Solo así se alcanzará la superación de la pobreza.

## Referencias

- Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – ACCIÓN SOCIAL. (2010). *Notas sobre el derecho a la restitución y experiencias internacionales de restitución de bienes*. Serie Proyecto Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada.
- Agudelo, M. J. (2015). *El papel de la mujer al interior del conflicto colombiano* [Tesis para optar al grado en Relaciones Internacionales y Estudios Políticos, Universidad Militar Nueva Granada]. Repositorio Institucional UMNG.  
<http://hdl.handle.net/10654/13732>
- Angulo Ceballos, J. (2014). La Ley de víctimas y restitución de tierras y sus repercusiones de favorabilidad para la paz de Colombia. *Advocatus*, 23, 167-180.  
<http://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/view/296>
- Castro Jaramillo, A. M. (2016). Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia. *Novum Jus*, 10(1), 113-133.  
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.5>
- Colombia. Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Junio 10 de 2011. DO núm. 48096.  
[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1448\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html)
- Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [CIDH], Resolución 1993/77. Marzo 10, 1993.

- Córdoba Plaza, R. (2003). Acceso de las mujeres a la tierra y patrones de herencia en tres comunidades ejidales del centro de Veracruz. *Relaciones*, 24(93), 179-212.  
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13709309>
- Corte Constitucional de Colombia [C.C], enero 22, 2004, M. P.: M. J. Cepeda Espinosa, Sentencia T-025/04, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C], mayo 21, 2013 M. P.: L. G. Guerrero, N. Pinilla Pinilla y L. E. Vargas Silva, Auto 099-2013, [Colom.].
- Cortés, S. (2016). Derechos humanos en las políticas de paz y posconflicto en Colombia. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1), 129-145.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.03>
- Echeverry Osorio, D. L. y Díaz Ricardo, S. (2016). Minería aurífera ilegal en el resguardo indígena alto Andágueda. *Novum Jus*, 10(1), 135-149.  
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.6>
- Forero, E. (2003). *El desplazamiento interno forzado en Colombia* [Documento de trabajo del Encuentro “Conflict and Peace in Colombia: Consequences and perspectives for the Future”] Fundación Ideas para la Paz; Kellog Institute; Woodrow Wilson Internacional Center for Scholars.  
[http://cmap.upb.edu.co/rid=1141858439781\\_1519870801\\_2017/desplazamientoencolombiaedgarforerofip.pdf](http://cmap.upb.edu.co/rid=1141858439781_1519870801_2017/desplazamientoencolombiaedgarforerofip.pdf)
- Galán Galindo, A. R. (2017). Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia la moral y el derecho. *Novum Jus*, 10(2), 103-118.  
<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.6>
- Leckie, S. (2013 ). New Directions in Housing and Property Restitution. En S. Leckie (Ed.), *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights for Refugees and Displaced Persons* (pp. 189-207). Transnational Publishers.
- Mesa Nacional de Incidencia por el Derecho a la Verdad, la Justicia y la Reparación con Perspectiva de Género (2007). *Análisis sociodemográfico de las víctimas del conflicto armado: brechas de género* (Documento público N° 3). Alianza Iniciativa de Mujeres Colombianas por la Paz; Corporación Casa de la Mujer Trabajadora.
- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. Resolución No. 80 de 2013. Enero 31, 2013.

- Montoya Villegas, J. L. (2015). El precedente judicial y el acceso a la ayuda humanitaria por parte de la población víctima del desplazamiento forzado: análisis de los fallos de tutela proferidos por los Jueces del Circuito de Medellín en los años 2012 y 2013. *Estudios De Derecho*, 72(160), 77-104.  
<https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n160a04>
- Pardo, N. (2014). Un recorrido por los derechos colectivos en la jurisprudencia argentina. *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(1), 32-49. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2014.0001.02>
- Patarroyo, S. y Benavides, P. (2014). Rupturas asignificantes: Revisiones críticas en torno al Derecho. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(1), 7-31.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2014.0001.01>
- Rodríguez, E. (2016). El pasaje del estado y el derecho a la postmodernidad. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(2), 11-37. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0002.01>
- Ruta Pacífica de las Mujeres. (2013). *La verdad de las mujeres. Víctimas del conflicto armado en Colombia* [Informe]. <http://rutapacifico.org.co/documentos/tomo-I.pdf>
- Salinas, Y. (2007). Tenencia de tierra y conflicto interno. *PODION*.  
[http://www.podion.org/apc-aa-files/6c606489dc4c33a52d281c930806b63d/Coyuntura\\_Colombiana\\_14\\_Abr\\_2007.pdf](http://www.podion.org/apc-aa-files/6c606489dc4c33a52d281c930806b63d/Coyuntura_Colombiana_14_Abr_2007.pdf)
- Sánchez, N. (2011). Mujeres en la Ley de Víctimas. *Cien días*, 75, 20-22.  
[https://www.cinep.org.co/publicaciones/PDFS/20120701h.mujeres\\_victimas75.pdf](https://www.cinep.org.co/publicaciones/PDFS/20120701h.mujeres_victimas75.pdf)
- Tribunal Superior de Antioquia. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Agosto 12, 2019, M.P: A.M. Peláez Arenas, expediente: 0500031-21-001-2017-00060, [Colom.].
- Unidad para las Víctimas. (2015). *Mujeres y conflicto armado*. USAID; Organización Internacional para las Migraciones.  
<https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/mujeres.pdf>

# Tropas extranjeras, tránsito de tropas y operaciones de mantenimiento de la paz\*

[Artículos]

Daniel José Vásquez Hincapié\*\*

Recibido: 10 de octubre de 2020

Aprobado: 30 de noviembre de 2020

Citar como:

Vásquez Hincapié, D. J. (2021). Tropas extranjeras, tránsito de tropas y operaciones de mantenimiento de la paz. *Revista IUSTA*, (54).

<https://doi.org/10.15332/25005286.6557>



## Resumen

Este artículo pretende dar claridad a conceptos fundamentales como *tropa*, *tropa extranjera* y *tropa en tránsito*, entre otros términos, al igual que explicar algunos temas relacionados con la misión de las tropas extranjeras en operaciones de paz, toda vez que la llegada al país de una brigada norteamericana de Asistencia de Fuerza de Seguridad (SFAB),

---

\* Artículo asociado al Proyecto de Investigación DER 2561 “El Ejército Nacional: transformaciones, multimisionalidad, antinomias o vacíos legales y sus principales consecuencias en Colombia”, ejecutado dentro del grupo de Investigación de Derecho Público, avalado por la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad CEU, San Pablo; magíster en Derecho Administrativo; especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Sergio Arboleda; abogado por la Universidad La Gran Colombia; profesional en Ciencias Militares. Docente de la Universidad Militar Nueva Granada, Colombia. Correo electrónico: [danieljvas@yahoo.com](mailto:danieljvas@yahoo.com). ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2571-6438>

con el fin de ayudar a Colombia en su lucha contra el narcotráfico, ha causado diversas controversias en el Senado, principalmente porque no se tiene claridad sobre los conceptos en cuestión. Se considera que se debe hacer una distinción legal del concepto de *tropas* y, en equivalencia, hacer una definición de tropas extranjeras.

**Palabras clave:** tropa, tropa extranjera, tropa en tránsito, tropas extranjeras en operaciones de paz.

## Foreign troops, transit of troop and peacekeeping operations

### Abstract

This article aims to clarify fundamental concepts such as troops, foreign troops and troops in transit, among other terms, as well as to explain some issues related to the mission of foreign troops in peacekeeping operations, since the arrival in the country of a United States Security Force Assistance Brigade (SFAB) to help Colombia in its fight against drug trafficking, has caused several controversies in the Senate, mainly because there is no clarity on the concepts just mentioned. It is considered that a legal distinction must be made of the concept of *tropas* and, equivalently, a definition of foreign troops should be made.

**Keywords:** troops, foreign troops, troops in transit, foreign troops in peacekeeping operations.

## Tropas estrangeiras, trânsito de tropas e operações de manutenção da paz

### Resumo

Neste artigo, pretende-se esclarecer conceitos fundamentais como “tropa”, “tropa estrangeira” e “tropa em trânsito”, entre outros, assim como explicar alguns temas relacionados com a missão das tropas

estrangeiras em operações de paz, sempre que a chegada ao país de uma brigada estadunidense de Assistência de Força de Segurança, com o objetivo de ajudar a Colômbia em sua luta com o narcotráfico, causa diversas controvérsias no Senado, principalmente porque não há clareza sobre os conceitos em questão. É considerado que deve ser feita uma diferenciação legal do conceito de “tropas” e uma definição de “tropas estrangeiras”.

**Palavras-chave:** tropa, tropa estrangeira, tropa em trânsito, tropas estrangeiras em operação de paz.

## Introducción

Hacer una investigación para tratar de definir lo que es una tropa, una tropa extranjera, su tránsito o permanencia temporal en el territorio y las implicaciones que ello trae en la política interna y externa del Estado parece ahora fundamental, forzoso e inmediato, porque se ha visto en días recientes que ni militares ni políticos tienen un claro entendimiento de los conceptos, que tampoco hay una literatura fácil de verificar y, sobre todo, que las autoridades no tienen los medios para defender el cumplimiento de sus funciones ante opositores que desean una autoridad a la medida de sus aspiraciones, en detrimento del cumplimiento de funciones del Estado, de tanta magnitud, como la de consolidar la paz para los colombianos.

En relación con lo expuesto, hubo una noticia judicial reseñada por el diario *El Tiempo* (“Senado dividido ante llegada...”, 2020), generada por un anuncio del Ministerio de Defensa y de la Embajada de los Estados Unidos acerca de la llegada al país de una brigada de Asistencia de Fuerza de Seguridad (SFAB, por sus siglas en inglés) “para ayudar a Colombia en la lucha contra narcóticos” (párr. 1). Este hecho ocasionó la reacción negativa de algunos legisladores, señalando, entre otras cosas, que el art. 173 de la Constitución da al Senado la atribución de permitir el tránsito de tropas extranjeras, que violan la soberanía nacional, que amenazan con

llevar a una guerra a Venezuela, que es una agresión al proceso de paz y una amenaza de guerra transnacional, cuestionamientos respondidos por el ministro de Defensa, señalando que no habrá tránsito de tropas ni participación en operaciones militares.

Conocido el texto del convenio y divulgado el objetivo de la presencia de dichas tropas en un territorio, por lo demás claramente delimitado, se ha demandado que el Consejo de Estado dé trámite a sus demandas e impida la ejecución, pero lo que aquí se evidencia es que en nuestra legislación no se tiene claro qué es una tropa, qué se constituye como tropa extranjera y qué hace una tropa extranjera en operaciones de paz.

Por supuesto, los opositores, ignorándolo o no, querrán impedir la ejecución del convenio, pues esa función cumple para sus propósitos políticos. Pero si Gobierno y las Cortes lo tuvieran claro, el asunto habría tenido respuesta pronta y contundente sin el desgaste que actualmente presenta.

### **El concepto de tropa**

Ha de iniciarse el estudio con el concepto de tropa, como primera medida, antes de las consideraciones de su clasificación y de las incidencias de ella en las tareas, pues tropas han existido desde los inicios de las organizaciones sociales, pero los ejércitos son de más reciente aparición (Echeverry y Díaz, 2016). Así entonces, acudimos al Diccionario de la Lengua Española (2019), cuya definición de *tropa* contempla las siguientes acepciones:

- a) f. Grupo o muchedumbre de gente reunida con un fin determinado
  - f. despect. gentecilla.
  - f. Gente militar, a distinción del paisanaje.

f. *Mil.* Conjunto de cabos y soldados.

f. *Mil.* Toque militar que sirve normalmente para que las tropas tomen las armas y formen.

f. *Arg., Bol., Ec., Par. y Ven.* recua (conjunto de animales de carga).

f. *Arg., Bol., Par. y Ur.* Ganado que se conduce de un punto a otro.

f. *Arg.* Caravana de carretas que se dedicaban al comercio.

f. pl. *Mil.* Conjunto de cuerpos que componen un ejército, una división, una guarnición, etc.

De las anteriores acepciones, interesan para el estudio las relacionadas con la reunión de gente y las afines con la actividad militar, como ejercicio del manejo de las armas y el conocimiento del arte de la milicia, entendida a su vez como el arte de hacer la guerra y de preparar soldados para ella. Tal vez por esa misma definición, De Bordejé y Morencos (1981), en su *Diccionario Militar, Estratégico y Político*, definen *tropa* como un “Grupo constituido por varios soldados, formados o sueltos, armados o no” (p. 163).

De estas definiciones también se ha de inferir que el arte de la milicia no es solamente el practicado por el soldado al servicio de la nación, sino que por sentido material lo es también el civil enlistado en organizaciones por fuera de la ley, aunque, por virtud y respeto al defensor legal de la República, esa denominación se considere inadecuada, por lo que acorde con la calificación del objetivo y las formas de sus acciones han de denominarse *milicianos, bandidos, terroristas*, etc. (Galán, 2017).

Platón (2004), en *La República*, facilita el tránsito de la historia desde el clan hasta el nacimiento del Estado-nación, cuando expresó sintéticamente las causas de la transformación de tropas en organizaciones

denominadas *ejércitos*, regidas por las leyes y la política como arte de gobernar.

Los hombres cometieron y sufrieron la injusticia alternativamente; experimentaron ambas cosas; y habiéndose dañado por mucho tiempo los unos a los otros, no pudiendo los más débiles evitar los ataques de los más fuertes, ni atacarlos a su vez, creyeron que era un interés común impedir que se hiciese y que se recibiese daño alguno. De aquí nacieron las leyes y las convenciones. (p. 52)

Fueron entonces los hombres armados como tropas al servicio de sus amos, príncipes o pueblos, sin otra regla que la consecución de sus objetivos de supervivencia o de dominación, los que dieron lugar al nacimiento institucional de los ejércitos.

En la ciudad Estado el poder público fue ejercido por los filósofos o magistrados encargados de expedir las leyes y educar a todas las clases sociales, y por los vigilantes o guerreros quienes debían no solo vigilar el cumplimiento de lo dispuesto por los filósofos, sino también de ir al encuentro de los enemigos y defender de las invasiones del mismo, al Estado y todo lo que poseía. (p. 73)

Se da como entendido y aceptado que las tropas no son solamente las organizaciones militares del Estado, sino también los civiles que, armados o desarmados, uniformados o no, ejecutan acciones relativas a la milicia. Entonces, es preciso determinar las formas como el ciudadano hace su aporte en la milicia, siguiendo la clasificación dada por la Fiscalía General de la Nación (2015), y de la cual se hace una síntesis a continuación: (a) Los miembros de los cuerpos armados de la nación y los miembros de grupos armados, considerados ambos como combatientes en sentido genérico; (b) Los civiles que participan directamente en hostilidades militares; (c) Los civiles que participen indirectamente en las hostilidades.

La Corte Constitucional de Colombia ha dado su concepto jurídico sobre el combatiente genérico, mediante Sentencia C-291 de 2007, donde manifiesta que, en su sentido genérico, el término *combatientes* hace referencia a las personas que, por formar parte de las fuerzas armadas y los grupos armados irregulares, o tomar parte en las hostilidades, no gozan de las protecciones contra los ataques asignadas a los civiles.

Los combatientes en sentido genérico, según lo conceptúa el Comité Internacional de la Cruz Roja (2010), además de los soldados de la patria por razón obvia de su función, son las fuerzas disidentes y grupos armados organizados que se han vuelto contra el gobierno, con funciones permanentes dentro del grupo, a los cuales se les da también la cualificación jurídica como *combatientes* cuando hacen parte de organizaciones irregulares que son parte de delito político (Ley 599 de 2000, art. 467, Colom.) o de sedición (Ley 599 de 2000, art. 468, Colom.), y que normalmente incurren también en un sinnúmero de actividades delictivas que les hace merecedores del apelativo de bandidos o terroristas (Barragán, 2016).

Estos son civiles que participan directamente en el conflicto mientras ejecutan la preparación, la ejecución o el repliegue, y que pierdan la protección frente a los ataques militares directos, quienes, por ejemplo, conducen automóviles cargados de municiones o explosivos y los que participan en la transmisión de inteligencia táctica en tiempo real para atacar a las tropas (Fiscalía General de la Nación, 2015).

Los civiles que participan indirectamente en las hostilidades son los que apoyan el esfuerzo militar sin ejecutar ataque directo, sin perder su condición de civiles, que de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia (1999) ejecutan tareas tales como:

El suministro logístico al adversario de alimentos: alimentos, armamento, municiones, explosivos, intendencia, comunicaciones, combustible o información.

Financiación a grupos armados organizados al margen de la ley.

Distribución de propaganda, proselitismo político en apoyo a los grupos armados organizados al margen de la ley. (p. 8)

## **Tropas extranjeras**

Reconocido por los organismos internacionales y por nuestras cortes el concepto de *tropa* y de las formas de participación en los conflictos, antes de precisar a qué concierne la descripción de tropas extranjeras y los temores que genera su tránsito o permanencia temporal en nuestro territorio, haremos un brevísimo comentario sobre la intervención y uso de la fuerza por parte de las tropas de un país, tomando como base las normas del Derecho Internacional.

Aun cuando la guerra era el recurso de *ultima ratio* de los Estados para solucionar las controversias no resueltas mediante la solución amistosa o la jurídica, las primeras limitaciones fueron expedidas en el Pacto de la Sociedad de Naciones (1919), en cuyo artículo 12 se disponía que toda controversia que no fuera posible arreglar por arbitraje o medios jurídicos fuera informada al Consejo sin recurrir a la guerra, pero no prohibió el recurso de la guerra.

Posteriormente, en 1928 mediante el Pacto de Briand Kellog o Tratado de París, se realizó la primera formulación de la renuncia al derecho de hacer la guerra, y la obligación de solucionar las controversias por medios pacíficos, a excepción de la legítima defensa. Finalmente, con base en el principio de igualdad soberana de los Estados (Carta NU art. 2), estos son libres de manejar sus asuntos internos sin interferencias de otros Estados,

manifestado concretamente mediante la Resolución AG 2131 (XX), del 21 de diciembre de 1965, como Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados, luego reforzada con la Resolución AG 3314 (XXIX) de 1974, con la cual se definió el crimen de agresión y se ha llegado a la figura aceptada de la “intervención militar” con solo tres excepciones reconocidas: i) la legítima defensa individual, ii) la legítima defensa colectiva y iii) la aplicación de medidas autorizadas por un órgano competente de la organización.

La legítima defensa requiere que los derechos del Estado atacado estuvieren en claro e inminente peligro y que las sanciones tomadas en ejercicio de la autoayuda fueran proporcionales a la agresión original, es decir, dependen de un ataque armado en tanto que la legítima defensa colectiva corresponde a la acción dispuesta por el Consejo de Seguridad, de hacer primero recomendaciones a las partes para la solución pacífica de sus controversias, que si no se resuelven o se agraven pueden ser objeto de intervención inclusive con el uso de la fuerza (Carta NU, Capítulo VII).

Desde el punto de vista militar, la función de defensa comprende esencialmente mantener un nivel de fuerza capaz de disuadir cualquier intención de ataque a la nación, y desde el punto de vista político consiste en garantizar la integridad territorial y la independencia (CP, 1991, art. 217, Colom.). Para asegurarse de cumplir estos mandatos, las Fuerzas Militares realizan el esfuerzo individual de optimizar los recursos y cumplir con las misiones políticas que le son impuestas, mientras que el gobierno, en ejercicio del esfuerzo colectivo, realiza alianzas y convenios con Estados, con organismos y organizaciones internacionales, de modo que aquellas puedan cumplir con los retos que la nueva generación de enemigos le presenta con un sinnúmero tipo de riesgos.

Esto está acorde con los mandatos de los organismos internacionales y su sistema universal de seguridad colectiva, y atendiendo primordialmente la facultad que le otorga el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas de cooperar en la solución de los problemas de seguridad:

Artículo 1. Los propósitos de las Naciones Unidas son:

[...]

3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Y en las consideraciones fundacionales del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) (Organización de los Estados Americanos, 1947) se señala:

Que la obligación de ayuda mutua y común defensa de las Repúblicas Americanas se halla esencialmente ligada a los ideales democráticos y a su voluntad de permanente cooperación para realizar los principios y propósitos de una política de paz.

En el marco del TIAR, se han firmado por Colombia otros tratados complementarios, entre los cuales se encuentra el *Acuerdo complementario para la cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América*, del 3 de noviembre de 2009, en el que se hace conocida la clasificación de personas o tropas de Estados Unidos para su cumplimiento, así:

Artículo I. Definiciones A efectos del presente Acuerdo:

a) Por “personal civil” se entiende los empleados civiles o personas formalmente asignadas al Departamento de Defensa de los Estados Unidos que se encuentren en Colombia para llevar a cabo actividades en el marco del presente Acuerdo, así como los empleados civiles de otros departamentos u organismos del Gobierno de los Estados Unidos que estén en Colombia apoyando directamente una misión del Departamento de Defensa de los Estados Unidos para llevar a cabo actividades en el marco del presente Acuerdo.

b) Por “personal militar” se entiende los miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos que estén en Colombia para llevar a cabo actividades en el marco del presente Acuerdo.

c) Por “personal de los Estados Unidos” se entiende el personal militar y el personal civil de los Estados Unidos que estén en Colombia para llevar a cabo actividades en el marco del presente Acuerdo.

d) Por “contratistas de los Estados Unidos” se entiende las personas naturales o jurídicas que hayan concertado contratos con el Departamento de Defensa de los Estados Unidos para proporcionar bienes y prestar servicios para llevar a cabo actividades en el marco del presente Acuerdo.

e) Por “empleados de contratista de los Estados Unidos” se entiende las personas naturales que sean empleados por un contratista de los Estados Unidos que estén en Colombia para llevar a cabo actividades en el marco del presente Acuerdo.

f) Por “observadores aéreos” se entiende los representantes de Colombia o de terceros Estados que, previa autorización de Colombia y por invitación de los Estados Unidos, participen en misiones aéreas que se lleven a cabo en el marco del presente Acuerdo.

La determinación legal de tropas en tránsito debe, entonces, no solo ajustarse a la clasificación legal convenida, sino también al

reconocimiento legal que el Estado colombiano da a los intervinientes en el conflicto interno, puesto que se infiere, con lógica razonable, que las tropas extranjeras que ingresan en el país lo hacen precisamente como asesores o como partícipes por razones del conflicto, lo que ha de generar a su vez derechos y obligaciones concretas a las partes.

Ya sea *personal civil, personal militar, contratista, empleado del contratista u observador*, que entran a hacer parte de los combatientes genéricos, de los que participan directa o indirectamente en el conflicto en Colombia, cuando han sido dispuestos por el cooperante y aceptados por la nación para llevar a cabo actividades en el marco de un acuerdo, pacto, convenio o tratado, estos hacen parte de las tropas intervinientes.

Se excluyen de esta clasificación de tropas las personas a cargo que, según reza el Acuerdo de 2009 antes mencionado, corresponde a los cónyuges e hijos del personal civil o militar y aquellos que por diferentes razones son mantenidos por ellos si toman su residencia en el territorio nacional (art. I Definiciones).

Concordante con los protocolos de Ginebra, en particular con *el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*; (CICR, 1977), las tropas que actúan como intervinientes genéricos, directos o indirectos en un Estado en conflicto pueden ser objetivo militar de las tropas enemigas; no así los civiles correspondientes al grupo de las personas a cargo que gozan de la protección del derecho humanitario.

Sin embargo, aún hay más personal que hace parte de las tropas dentro de un Estado, y debemos referirnos a los espías encubiertos que ingresan o permanecen en el territorio y que, de ser capturados, no gozan del estatus de prisioneros de guerra, sino que son merecedores de la sanción jurídica

por espionaje, haciéndose la obvia observación que no están autorizados legalmente por el gobierno para ejercer su actividad. Pero en el caso de un militar uniformado que recoge o intenta recoger información dentro del territorio, no tiene trato como espía, sino como prisionero de guerra, porque su presencia se supone autorizada, aun cuando no para el ejercicio de la actividad por la cual se hace su detención (CICR, 1977, art. 46).

Además, deben considerarse también a los mercenarios, es decir, las tropas pagadas que no son de una nación parte del conflicto ni pertenecen a la fuerza militar de ellas, o que no han sido enviados en misión oficial por las fuerzas armadas de un Estado que sea parte del conflicto. Estos tampoco serán considerados con estatus de combatientes genéricos, puesto que no han sido autorizados por el gobierno para ejercer en el territorio la actividad militar o de tránsito (CICR, 1977, art. 47).

### **Tropas en tránsito**

Definido en nuestro concepto lo que se constituye como tropa en nuestro territorio y, por extensión, las tropas extranjeras que a él ingresan, hemos de establecer también qué se considera como *tropa en tránsito*, aun cuando parezca una discusión semántica, pero que en el caso va mucho más allá por sus implicaciones jurídicas.

Al respecto, cabe recordar que la interpretación de las normas jurídicas, según la Ley 57 de 1887, dispone que estas indican lo que la expresión gramatical idiomática quiere hacer entender (art. 27, Colom.) y lo que el sentido de la palabra escrita expresa (art. 28, Colom.), de modo que no se falta a la razón jurídica cuando se acude al diccionario de la lengua para interpretar lo que parece ser dudoso.

*Tránsito* en español, según el *Diccionario de la Lengua Española* (2019), tiene los siguientes significados:

1. m. Acción de transitar.
2. m. Actividad de personas y vehículos que pasan por una calle, una carretera, etc.
3. m. paso (|| lugar para pasar de una parte a otra).
4. m. En conventos, seminarios y otras casas de comunidad, pasillo o corredor.
5. m. Lugar determinado para hacer alto y descanso en alguna jornada o marcha.
6. m. Paso de un estado o empleo a otro.
7. m. Muerte de una persona santa y justa, o que ha dejado buena opinión con su virtuosa vida, y muy especialmente de la Virgen María.
8. m. Fiesta que la Iglesia católica celebraba el día 15 de agosto para conmemorar la muerte de la Virgen.

#### de tránsito

1. loc. adj. Dicho de una persona: Que no reside en el lugar, sino que está en él de paso.
2. loc. adj. Dicho de una mercancía: Que atraviesa un país situado entre el de origen y el de destino.

#### hacer tránsito

1. loc. verb. Parar o descansar en albergues o alojamientos situados de trecho en trecho entre los puntos extremos de un viaje.

#### por tránsitos

1. loc. adv. Haciendo tránsitos. U. más comúnmente refiriéndose a los detenidos conducidos por la fuerza pública de pueblo en pueblo.

Resultan de total interés para la investigación las acepciones 1, 2, 3, 5 y 6 que nos determinan la cualidad o ánimo de movimiento, de modo que para definir *tropas en tránsito* debemos referirnos a las tropas y su actividad en el territorio. También es imperativo hacer una precisa diferenciación entre “en tránsito” y “transitorio”, puesto que, al menos en Colombia, cuando de discutir sobre los tratados militares se trata, es muy frecuente que se discuta confundiendo lo que está en condición de transitorio de lo que está en tránsito.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 49/59 (1995), hizo definición de *Estado de tránsito* en su artículo 1, así:

- e) Por “Estado de tránsito” se entenderá un Estado, distinto del Estado receptor, en cuyo territorio el personal de las Naciones Unidas o personal asociado o su equipo esté en tránsito o temporalmente presente en relación con una operación de las Naciones Unidas.

En el artículo 5 definió, además, el concepto de *tránsito*, así: “El Estado de tránsito facilitará el tránsito sin obstáculos del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado y de su equipo hacia el Estado receptor y desde este”.

Estas definiciones permiten reconocer que el Estado de tránsito es uno diferente al receptor o al territorio donde han de desarrollar sus actividades las tropas de Naciones Unidas o de sus asociados, y que el tránsito es el realizado por el personal extranjero por el territorio intermedio entre el de origen de las tropas y el de ejecución de su misión.

Asimismo, se reconoce que las tropas extranjeras que, con carácter transitorio, son aceptadas mediante convenio, pacto, acuerdo o tratado para desarrollar actividades en nuestro territorio no están en tránsito legalmente aceptado con fines de prevenir, organizar, facilitar o preparar una agresión sobre un Estado vecino.

El mismo Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (2019) nos señala que transitorio significa:

1. adj. Pasajero, temporal.
2. adj. Caduco, perecedero, fugaz.
3. adj. Fís. Dicho de un fenómeno o de una magnitud: Que varía entre dos regímenes estacionarios consecutivos durante un corto intervalo de tiempo.

Aquí encontramos que la diferencia que fundamenta los dos vocablos no está en la acción, sino en el tiempo, por lo que aquello que se considera en tránsito lleva consigo una acción de movimiento corto en cuanto al tiempo, mientras lo transitorio implica un tiempo mayor y sin ánimo de permanencia.

Para que una tropa extranjera se considere legalmente dentro del territorio de un Estado, deben darse siquiera una de las tres condiciones siguientes: i) mediante firma de un acuerdo con el Estado huésped, i) con base en una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y iii) al aplicar la defensa propia contra un ataque previo, de modo que toda otra situación se considera presencia ilegal.

De este modo, serán tropas extranjeras en tránsito por el territorio colombiano aquellas que, con el objetivo de ingresar en otro Estado, crucen por el territorio cumpliendo condiciones de un acuerdo para misiones de paz o para operaciones militares, por orden del Consejo de

Seguridad de las Naciones Unidas para cumplimiento de resolución de defensa colectiva o por situación de defensa legítima ante un ataque:

- i) personal civil en misiones de actividades de defensa como parte de una fuerza regular y en representación de un Estado;
- ii) el personal militar en las mismas condiciones del anterior, y cuando se vea obligado a intervenir por causa de un desastre natural que el estado donde se origina no es capaz de controlar y puede afectar la seguridad en la frontera;
- iii) el personal contratista en igual situación;
- iv) el personal empleado del contratista cuando ejerce actividad en el área de operaciones;
- v) los mercenarios contratados por un Estado y ejerciendo una actividad en representación suya, y
- vi) los grupos irregulares autorizados por el gobierno del Estado en tránsito hacia el país de origen o de disputa.

Contrario a lo anterior, habrán de ser consideradas tropas ilegales extranjeras en tránsito por el territorio colombiano:

- i) los espías;
- ii) los mercenarios que no cumplen misión en nombre de un Estado, y
- iii) los grupos irregulares sin autorización del gobierno del Estado.

El límite temporal de permanencia de tropas extranjeras en territorio de un Estado tiene fundamentos en los principios de autodeterminación de los pueblos y de igualdad soberana formulados en el art. 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, y en la Resoluciones 2131 de 1960 y 2625 de 1970 de

la Asamblea General, con las que se conforma lo que conocemos como doctrina de la no intervención, de modo que la permanencia sin fecha límite se interpreta como posesión por fuerza o intrusión que no son permitidas bajo el principio de independencia de los pueblos.

Estas normas también se contemplan en el Sistema Interamericano, como en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 19 y 20), de tal modo que cualquier Estado tiene el derecho al uso legítimo de la fuerza bajo el Derecho Internacional general, contra el tránsito no autorizado por su territorio, contra la permanencia no autorizada o cuando se rehúsen a retirarse luego de que el Estado ha revocado su consentimiento o se niegue su derecho a permanencia, cuando se viole la neutralidad del Estado y en los casos de conflictos internos, contra las insurgencias que violan los derechos humanos.

### **La misión de tropas extranjeras en operaciones de paz**

La presencia de tropas extranjeras, civiles, policiales o militares genera una discusión entre gobierno y oposición, con argumentos como que vienen a intervenir en operaciones militares o que preparan operaciones contra Estados en la región. Es necesario, por lo menos, explicar que las operaciones de mantenimiento de la paz tienen también unas finalidades ajenas a las operaciones militares de imposición de la paz o intervención en el conflicto. Para ello, las Naciones Unidas en United Nations Peacekeeping Operations (2008) clasifica las actividades de paz y seguridad así:

1. Prevención de conflictos: Mediante la aplicación de medidas estructurales y diplomáticas desde despliegue preventivo hasta propuestas de medidas de confianza

2. Construcción de la paz. Para abordar problemas de conflictos en curso con el objeto de llevarlos a la negociación
3. Mantenimiento de la paz. Para sentar las bases de una paz sostenible mediante elementos militares, policiales o civiles
4. Aplicación de la paz. Para aplicar medidas coercitivas y hasta de fuerza donde hay una amenaza a la paz, violación a la paz o acto de agresión
5. Consolidación de la paz. Consistente en acciones para reducir el riesgo de caer o recaer en el conflicto. (p. 17-18)

Dado que en la actualidad transcurre un periodo de transición a la paz, luego de los acuerdos con las Farc, y que la presencia de disidencias no puede calificarse aun como una recaída en el conflicto, las misiones internacionales han de concentrarse en la consolidación de la paz.

Las Naciones Unidas señalan que entre las acciones internacionales están las operaciones multidimensionales, para hacer la transición a una paz sostenible, entre las que se contemplan intervenciones señaladas en Peacekeeping Operations sobre: “i) Infraestructura, ii) empleo, iii) gobernanza económica, iv) administración civil, v) elecciones, vi) proceso político, vii) operaciones de seguridad, viii) imperio de la ley, ix) derechos humanos, x) creación de capacidad, y xi) asistencia humanitaria” (ONU, 2008, p. 23). También señala lo siguiente:

La consecución de una paz sostenible requiere progresos en al menos cuatro áreas críticas:

- a) Restaurar la capacidad del Estado para proporcionar seguridad y mantener el orden público;
- b) Fortalecer el estado de derecho y el respeto de los derechos humanos;

- c) Apoyar el surgimiento de instituciones y participantes políticos legítimos.
- d) Promover la recuperación y el desarrollo social y económico, incluidos el retorno seguro o el reasentamiento de los desplazados internos y de refugiados desarraigados por el conflicto (p. 25)

Al respecto, el propio Consejo de Seguridad ordena implementar de manera activa programas de consolidación de la paz, en actividades críticas como:

Desarme, desmovilización y reintegración (DDR) de combatientes;

Acción contra las minas;

Reforma del Sector de Seguridad (SSR) 13 y otras actividades relacionadas con el estado de derecho;

Protección y promoción de los derechos humanos;

Asistencia electoral;

Apoyo a la restauración y ampliación de la autoridad del Estado. (p. 26)

Al ser las normas de la ONU la guía de comportamiento por seguir aceptada por todos sus miembros, parece suficiente el texto de los convenios para aceptar la intervención extranjera en el territorio, puesto que también existen normas de aplicación legal en caso de violación a lo estipulado en ellos. Discutir la conveniencia o inconveniencia política de dicha participación es el pulso entre fuerzas antagonistas en las que debe privar el contenido del derecho y donde es inexcusable la falta de normas por el Estado que aseguren el cumplimiento de las funciones de gobierno (Sarmiento et ál., 2017).

Conviene, entonces, para zanjar esas diferencias que impiden hasta el derecho de protegernos, determinar la diferencia concreta entre la actividad militar y civil dentro de las fuerzas, incluida la acción policial, pues es claro que lo militar corresponde al ámbito de la guerra, con equipos y armas que permiten entrar en combate contra un enemigo con propósito de daño o menoscabo de la contraparte, con las excepciones que la propia comunidad internacional reconoce en los cuerpos de logística y administración, tales como las realizadas por médicos, enfermeros, capellanes, entre otros (Rodríguez, 2014).

Tropas extranjeras en misiones en Colombia pueden realizar acciones legítimas de capacitación, instrucción y entrenamiento relacionados con sus servicios administrativos, de recursos humanos, de gestión de servicios para funcionar con eficiencia, con relación a salarios, bienestar social, proveedores, balance de cuentas y optimización del presupuesto y sus controles fiscales, de gestión y de resultados, que en nada imposibilitan su trabajo (Valderrama, 2016), además de hacer su ingreso respaldados en convenios respetuosos de los principios del Derecho Internacional Humanitario como:

1. distinción, para constatar que la población civil no sea objetivo militar, como tampoco los bienes indispensables para su supervivencia (art. 48 Protocolo Adicional I y Art. 3 Común a los Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional II);
2. precaución, entendida como todas las medidas para evitar o minimizar los daños colaterales que puedan afectar a la población, condiciones señaladas por la Corte Constitucional en Sentencia C-291 de 2007;
3. proporcionalidad, que de acuerdo con Parkerson (1991) es requerida para tomar precaución de modo que las operaciones militares obedezcan a 1) una necesidad militar, 2) a la obligación que pérdida de

- vidas y daños que hayan de suceder en la población no sean excesivos y
- 3) que el balance objetivo-daños justifique la razón del ataque;
4. humanidad, que establece la protección humana en el desarrollo de las hostilidades (Protocolo Adicional II);
  5. necesidad militar, con el que se compromete que las operaciones militares corresponden a un propósito legítimo y no están prohibidas por el DIH.

Aun así, desprovistos de toda capacidad ofensiva con las armas, su legalidad también se respalda en el concepto de la Fiscalía General de la Nación, en Directiva de 2015, que señaló lo siguiente: “El objetivo militar legítimo de un conflicto es debilitar la capacidad militar de la otra parte” (p. 17), y el caso en discusión, aunque no tiene el propósito de permitir tropas para operaciones, cumple el requisito de cooperación, porque el Estado busca la mejora de las condiciones de sus Fuerzas Militares para cumplir con su función.

## **Conclusión**

Vista a lo largo del texto la dificultad que en el Estado colombiano genera recibir la cooperación internacional, aun para fines tan loables como los del mantenimiento o consolidación de la paz, por causa de la interpretación oscura de las normas definitorias acerca de la misión de los Estados y las organizaciones, es imprescindible hacer distinción legal del concepto de *tropas* y, en equivalencia, hacer definición de *tropas extranjeras*.

Por lo tanto, se recomienda determinar que las tropas en tránsito sean definidas como aquellas poseedoras de armamento y equipo con fines bélicos, lo cual permitiría excluir de la categoría de tropas en tránsito a los

civiles, aun cuando hagan parte de una organización militar de otro Estado y en misión y representación de él, ante otro.

Es un derecho de la población y de su gobierno promover la recuperación y el desarrollo social y económico, de modo que la ayuda internacional en este sentido, dentro de los programas internacionales de las operaciones de paz, no debería ser obstaculizada ni objeto de oposición política.

## Referencias

A.G. Res. 2131. Sesión NU A/RES/20/2131 (Dic. 21, 1965). <https://bit.ly/3cnr1KM>

A.G. Res. 2625. Sesión NU A/RES/25/2625 (Dic. 21, 1965). <https://bit.ly/2NEBG9m>

A.G. Res. 3314. Sesión NU A/RES/29/3314 (Oct. 24, 1970).

<https://www.dipublico.org/4071/definicion-de-la-agresion-resolucion-3314-xxix-de-la-asamblea-general-de-las-naciones-unidas/>

A.G. Res. 49/59. Sesión NU A/RES/49/59 (Feb. 17, 1995).

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2004/1489.pdf>

Barragán, D. (2016). La construcción de la mentalidad democrática como necesidad en el posconflicto. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 11(1), 37-57.

<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0001.06>

De Bordejé y Morencos, F. (1981). *Diccionario militar, estratégico y político. Guía para el lector*. Editorial San Martín.

Carta NU art. 1 y 2. <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>

Colombia. Ley 57 de 1887. Código Civil Colombiano. Abril 15 de 1887.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>

Colombia. Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano. Julio 24 de 2000. DO núm. 44097.

Colombia y Estados Unidos de América. Acuerdo complementario para la cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América. Colombia - Estados Unidos de América. Noviembre 3 de 2009.

[https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Documentos\\_Home/Esp\\_Acuerdo\\_cooperacion\\_con\\_EEUU.pdf](https://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Documentos_Home/Esp_Acuerdo_cooperacion_con_EEUU.pdf)

Comité Internacional de la Cruz Roja. (2010). *Guía interpretativa del concepto de “participación directa en las hostilidades” por personas civiles, conforme al derecho internacional humanitario.*

[http://www.cruzroja.es/portal/page?\\_pageid=878,18054133&\\_dad=portal30&\\_sc\\_hema=PORTAL30#::~:~:text=El%20Comit%C3%A9%20Internacional%20de%20la\\_Melzer%2C%20Asesor%20Jur%C3%ADdico%20del%20CICR](http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,18054133&_dad=portal30&_sc_hema=PORTAL30#::~:~:text=El%20Comit%C3%A9%20Internacional%20de%20la_Melzer%2C%20Asesor%20Jur%C3%ADdico%20del%20CICR)

Corte Constitucional de Colombia [CC], abril 25, 2007, MP: M. J. Cepeda Espinosa. Sentencia C-291/17, [Colom.].

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-291-07.htm>

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Penal, febrero 4, 1999, MP: F. Arboleda, Sentencia 11837-1999, [Colom.].

[https://www.redjurista.com/Documents/corte\\_suprema\\_de\\_justicia\\_sala\\_de\\_casacion\\_penal\\_e\\_no\\_11837\\_de\\_1999.aspx#/](https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia_sala_de_casacion_penal_e_no_11837_de_1999.aspx#/)

Echeverry Osorio, D. L. y Díaz Ricardo, S. (2016). Minería aurífera ilegal en el resguardo indígena alto Andágueda. *Novum Jus*, 10(1), 135-149.

<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.6>

Fiscalía General de la Nación. (2015). Directiva No. 0003. Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional. Diciembre 17 de 2015.

Galán Galindo, A. R. (2017). Entre justicia y moralidad: criterios metateóricos en cuanto a la justicia la moral y el derecho. *Novum Jus*, 10(2), 103-118.

<https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.6>

Naciones Unidas. Convenios de Ginebra. Normadas destinadas a limitar la barbarie de la guerra. Agosto 12 de 1949.

- Naciones Unidas. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Junio 8 de 1977. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolI.aspx>
- Naciones Unidas. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Junio 8 de 1977.  
[https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/prot\\_I\\_I\\_adicional\\_convenios\\_ginebra.html](https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/prot_I_I_adicional_convenios_ginebra.html)
- Organización de los Estados Americanos. Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca. Septiembre 2 de 1947.  
<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-29.html>
- Organización de los Estados Americanos. Carta de la Organización de los Estados Americanos. Artículos 19 y 20. Abril 30 de 1948.  
[http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes\\_manual\\_formacion\\_lideres\\_anexos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_manual_formacion_lideres_anexos.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2008). *United Nations Peacekeeping Operations. Principles and Guidelines*.  
[https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/capstone\\_eng\\_o.pdf](https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/capstone_eng_o.pdf)
- Parkerson, J. E. (1991). United States compliance with Humanitarian Law Respectin Civilians during OperaionJust Cause. *Military Law Review*, 133, 31-45.
- Platón. (2004). *La República* (José Tomás y García, trad.). Editorial Panamericana (original publicado en 370 a. C.).
- Real Academia Española. (2019). Tránsito. En *Diccionario de la lengua española*. (edición de tricentenario). <https://dle.rae.es/tr%C3%A1nsito>
- Real Academia Española. (2019). Transitorio. En *Diccionario de la lengua española*. (edición de tricentenario). <https://dle.rae.es/transitorio>
- Real Academia Española. (2019). Tropa. En *Diccionario de la lengua española*. (edición de tricentenario). <https://dle.rae.es/tropa?m=form>
- Rodríguez A. (2014). Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 9(2), 135-175.  
<https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2014.0002.06>

Sarmiento, D., Medina, S. y Plazas, R. (2017). Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 12(2), 101-115.

<http://dx.doi.org/10.15332/s1909-0528.2017.0002.04>

“Senado dividido ante llegada de fuerzas de Estados Unidos”. (2020, mayo 28). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/politica/congreso/tropas-de-estados-unidos-entrarian-al-pais-sin-aprobacion-del-senado-500600>

Sociedad de Naciones. (1919). *Pacto de la Sociedad de Naciones*.

<https://www.dipublico.org/3485/pacto-de-la-sociedad-de-naciones-1919/>

Tratado de Renuncia a la Guerra-Pacto Briand-Kellog. Agosto 27 de 1928.

<https://www.dipublico.org/3584/tratado-de-renuncia-a-la-guerra-pacto-briand-kellog-1928/>

Valderrama, I. (2016) El principio de congruencia en el proceso penal. *Via inveniendi et*

*Iudicandi*, 11(2), 159-180. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0002.07>

# REVISTA IUSTA

Derecho, investigación, conflicto, prácticas jurídicas

## Editorial

Carolina Blanco Alvarado

La ampliación del concepto tradicional de *wrongful conception* en el campo de la responsabilidad médica en Colombia

Mónica Lucía Fernández Muñoz

Los pliegos de condiciones en el contrato de obra

Jesika Michell Pinzón Téllez

Wilmer Steven Romero Céspedes

La decisión judicial en los casos difíciles: el caso del asbesto en Colombia y una solución progresista desde una óptica iuspositivista

Carlos Andrés Zambrano Sanjuán

Acercamiento teórico a la constitucionalidad del sistema tributario colombiano

Sol Beatriz Vélez Escobar

Ruby Stella Cabrera Jaramillo

José Wilmar Pino Montoya

El papel del derecho comunitario andino en la temática del medio ambiente desde las competencias de los municipios

Edwin Francisco Antolínez Sánchez

Función de los consultorios jurídicos en el posconflicto

Gloria Inés Romero Rodríguez

Análisis crítico de las políticas públicas que garantizan la propiedad de la tierra de la mujer rural

Martha Liliana Tascón Rodríguez

Tropas extranjeras, tránsito de tropas y operaciones de mantenimiento de la paz

Daniel José Vásquez Hincapié