

EDICIÓN

**54**

# Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES  
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE



# Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES  
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 54, julio - diciembre de 2020  
<http://dx.doi.org/10.14482/dere.53.001>  
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (*on line*)

## UNIVERSIDAD DEL NORTE

**Adolfo Meisel Roca**  
RECTOR

**Silvia Gloria De Vivo**  
DECANA DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y  
RELACIONES INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD  
DEL NORTE

**Juan Pablo Sarmiento Erazo**  
EDITOR

**Paulina Buitrago Cueto**  
ASISTENTE EDITORIAL

## COMITÉ EDITORIAL

**Viridiana Molinara Hassan**  
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

**Juan Luis Goldenberg Serrano**  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA (CHILE)

**Julia Sandra Bernal Crespo**  
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

**Fernando López Ramón**  
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (ESPAÑA)

**José María Miquel González**  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

**Angel Menéndez Rexach**  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

**Andrés Botero Bernal**  
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER (COLOMBIA)

**Mario Alberto Cajas Sarria**  
UNIVERSIDAD ICESI (COLOMBIA)

## COMITÉ CIENTÍFICO

**Daniel Bonilla**  
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (COLOMBIA)

**Beatriz Londoño Toro**  
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO (COLOMBIA)

**María Lourdes Ramírez**  
UNIVERSIDAD DEL NORTE (COLOMBIA)

**Andrea Macía Morillo**  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

**María Amparo Alcoceba**  
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID (ESPAÑA)

**José María Gabilondo**  
FLORIDA INTERNATIONAL UNIVERSITY (ESTADOS UNIDOS)

**David J. Myers**  
PENN STATE UNIVERSITY (ESTADOS UNIDOS)

**Ricardo Rivero Ortega**  
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

**Dionisio Fernández de Gatta Sánchez**  
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (ESPAÑA)

**Pilar Benavente Moreda**  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA)

**Carlos Mario Molina**  
UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN (COLOMBIA)

La REVISTA DE DERECHO es una publicación semestral de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte.

Está incluida en:

- Index Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas de Colciencias –PUBLINDEX– **Categoría B** (<http://www.colciencias.gov.co/scienti/publindex/>).
- SciELO Citation Index - Thompson Reuters
- DOAJ - Directory of Open Access Journals
- Ulrich's Periodicals Directory
- SciELO: Scientific Electronic Library Online ([www.scielo.org.co](http://www.scielo.org.co)).
- REDALYC: Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (<http://redalyc.uaemex.mx/>).
- LATINDEX: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal ([www.latindex.unam.mx](http://www.latindex.unam.mx)).
- Bases de datos LEXBASE, EBSCO y DIALNET.
- CLASE: Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (<http://clase.unam.mx/>)
- ERIH PLUS: European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences (ERIH PLUS). <https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/index>

Se autoriza la reproducción total o parcial de su contenido siempre y cuando se cite la fuente. Los conceptos expresados son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/rderecho@uninorte.edu.co>  
<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/issue/view/500>



## Editorial

Dirección postal  
División de Derecho, Ciencia Política  
y Relaciones Internacionales  
Universidad del Norte  
Apartado aéreo 1569  
Barranquilla (Colombia)

Realización de  
Editorial de la Universidad del Norte

*Coordinación editorial*  
María Margarita Mendoza

*Asistente editorial*  
Isabella Rendón Barros

*Arte y diseño*  
Joaquín Camargo Valle

*Diagramación*  
Álvaro Carrillo Barraza

*Procesos técnicos*  
Munir Kharfan de los Reyes

*Corrección de textos*  
Eduardo Franco  
Iván Yunis

# Revista *de* Derecho

DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y RELACIONES  
INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

Número 54, julio - diciembre de 2020  
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (*on line*)

## CONTENIDO/*CONTENT*

vi ..... **Editorial**

### ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

10 ..... **El principio constitucional de solidaridad,  
como directriz para la sociedad humana**

*The Constitutional Principle of Solidarity, as a Guideline for Human Society*

Enrique Uribe Arzate

Jorge Olvera García

Universidad Autónoma del Estado de México, México

31 ..... **Las acciones populares para la defensa del medio ambiente  
en materia de fumigaciones con glifosato, constituyen  
litigio estratégico en materia ambiental**

*Class Actions for the Defense of the Environment in the Field of Fumigations  
with Glyphosate, Constitutes Strategic Litigation in Environmental Matters*

Daniel Sebastián Cortés Caballero

Universidad Santo Tomás seccional Tunja, Colombia

59 ..... **El mínimo vital como límite al deber de contribuir en Colombia**

*The Vital Minimum Income As A Limit To The Duty To Pay Taxes In Colombia*

Lucía del Carmen Bolaños Bolaños

Universidad Libre de Cali, Colombia

Iván Andrés Ordoñez-Castaño

Universidad de San Buenaventura, Colombia

89 ..... **Flexibilidad probatoria y dilemas en el nuevo  
derecho procesal del consumo chileno**

*Evidence Flexibility And Dilemmas In The New Chilean Costumer Procedural Law*

Álvaro Javier Pérez Ragone

Pablo Roberto Toledo

Universidad Nacional de Tucumán, Argentina

113 ..... **El derecho social y la comunicación de ideas jurídicas en el Atlántico a fines del siglo XIX y principios del siglo XX**

*Social law and the communication of legal ideas in the Atlantic in the late nineteenth and early twentieth centuries*

Andrés Botero-Bernal  
Universidad Industrial de Santander (UIS), Colombia

150 ..... **Principio de inembargabilidad de los bienes y recursos públicos: Excepciones en la jurisprudencia constitucional y su aplicación en las decisiones del Consejo de Estado (1992-2019)**

*The Principle of Nonseizability of Public Assets and Resources: Exceptions in Constitutional Jurisprudence and Their Application in Decisions of the Council of State (1992-2019)*

Nataly Vargas Ossa  
Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Colombia

178 ..... **Biocombustibles y los derechos humanos al agua y la alimentación en Colombia: aplicación de los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos de la ONU**

*Biofuels and Human Rights to Water and Food in Colombia: the Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*

Paola Fernanda Valbuena Latorre  
Abogada de la Universidad la Gran Colombia, Colombia

Reynell Badillo Sarmiento  
Universidad del Norte, Colombia

201 ..... **Tratados internacionales, interpretación y búsqueda de significados: Un enfoque complementario**

*International Treaties, Interpretation and Search of Meaning: A Supplementary Approach*

Andrés Téllez-Núñez  
Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

ESTUDIO DE CASO

222 ..... **El papel de la Agencia Francesa de Desarrollo en la internacionalización de la ciudad de Medellín**

*The Role of the French Development Agency in the Internationalization of Medellín*

Luis Fernando Trejos Rosero

Jolie Guzmán Cantillo  
Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia

247 ..... **El impacto de las medidas ambientales en el estándar de expropiación indirecta. El caso Eco Oro c. Colombia**

*The Impact of Environmental Measures on the Standard of Indirect Expropriation. The Eco Oro V Colombia Case*

Yadira Castillo Meneses  
Universidad de San Buenaventura, Colombia



## **Los ecosistemas como sujetos de derecho, entre la conexidad y las sentencias estructurales**

*Ecosystems as Subjects of Law Between the Connectedness and Structural Sentences*

JUAN PABLO SARMIENTO E.

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, magíster y doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad del Norte vinculado al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política de la misma Universidad. Director del Grupo de litigio de interés público de la Universidad del Norte. [jpsarmiento@uninorte.edu.co](mailto:jpsarmiento@uninorte.edu.co), [jua-sarm@uniandes.edu.co](mailto:jua-sarm@uniandes.edu.co).

A partir del 2016, Colombia dio inicio a un nuevo experimento constitucional, consistente en el reconocimiento de la personalidad jurídica de los ecosistemas. Vinculado al “biocentrismo”, la jurisprudencia constitucional parecería aproximarse a una corriente contra-hegemónica, desarrollada ampliamente en el derecho “andino”, que ha construido un Estado de derecho “socio-ambientalista” y que da origen a un “nuevo constitucionalismo de la biodiversidad” (Carducci & Castillo, 2016). Este “nuevo constitucionalismo”, “constitucionalismo biocéntrico”, “constitucionalismo experimental” o “constitucionalismo de la alteridad” tiene antecedentes en la Constitución ecuatoriana y boliviana, que explícitamente reconocen a la naturaleza como un sujeto de derechos, pero que por demás, se convierten en centros

de producción de derecho, esto es, un sistema jurídico “autóctono”, que si bien no se divorcia del ibérico-romano, se separa de éste en tanto produce categorías jurídicas propias (Carducci & Castillo, 2016). Sin embargo, no se trata de la primera experiencia comparada en crear una nueva categoría de sujetos de derecho, Ecuador y Bolivia podrían haber iniciado con estos experimentos constitucionales, pero países como Francia, Inglaterra, Australia, Alemania, Austria, Colombia, Suiza, Argentina, entre otros, desarrollaron otras herramientas jurídicas que tienen como consecuencia la subjetivización de la naturaleza. Inclusive, Nueva Zelanda fue el primer país en reconocer derechos a un río (río Whanganui), e India (Rios Ganges y Yamuna) también reconoció la personalidad jurídica a estos ecosistemas.

Lo anterior no quiere decir que en Colombia haya nacido el ecocentrismo o la protección de ecosistemas en el 2016. Al contrario, las Sentencias C-595 de 2010, C-632 de 2011, C-449 de 2015 y T-080 de 2015 protegieron la naturaleza, pero es solo mediante la Sentencia T-622 de 2016, donde la Corte Constitucional declaró por primera vez a un ecosistema como sujeto de derechos en Colombia. En este fallo la Corte reconoció al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, como consecuencia de su notable degradación ambiental, luego de la intensiva actividad minera que vertía mercurio en la fuente hídrica y que aprovechaba los recursos naturales de forma ilícita.

Luego de esta trascendental decisión, vinieron otras declaraciones judiciales en el mismo sentido, que ampliaron significativamente el número de ecosistemas protegidos constitucionalmente.

A saber: la región de la Amazonía colombiana<sup>1</sup>, los ríos Cauca<sup>2</sup>, Magdalena<sup>3</sup>, Quindío<sup>4</sup>, Pance, La Plata, Otún, Combeima, Cócora y Coello<sup>5</sup>; el páramo de Pisba, el Complejo de Páramos Las Hermosas, el Parque Nacional Natural los Nevados, la Vía Parque Isla de Salamanca (VPIS), el Valle del Cocora en Quindío y la Laguna de Tota en Boyacá.

Con todo, parecería que el reconocimiento de estos ecosistemas como sujetos de derecho se encontrase todavía en transición. En efecto, podríamos constatar que esta categoría se encuentra

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, STC4360-2018, Rad. 11001-22-03-000-2018-00319-01 Sentencia del 5 de abril de 2018.

<sup>2</sup> Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, M.P. Juan Carlos Sosa, Rad. 05001310300420190007101, Sentencia del 17 de junio de 2019

<sup>3</sup> Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Neiva, Rad. 41001-3109-001-2019-00066-00, sentencia del 24 de octubre de 2019.

<sup>4</sup> Tribunal Administrativo del Quindío, Sala Cuarta de Decisión, sentencia del 5 de diciembre de 2019.

<sup>5</sup> Tribunal Superior de Armenia, Sala Civil Familia Laboral, M.P.: Adriana Del Pilar Rodríguez Rodríguez, Rad.. 63-001-22-14-000-2020-00089-00 (RT-453), sentencia del 18 de noviembre de 2020.

en un intermedio entre la conexidad del derecho colectivo al medio ambiente con derechos al mínimo vital, integridad personal y vida, así como la equidad intergeneracional, indicando así, que el ecosistema amenazado, y la naturaleza en general, son herramientas o instrumentos para la conservación de la vida humana y de sus condiciones de existencia.

Por otra parte, estas sentencias también contienen órdenes complejas, que plantean una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales; que afecta a un número significativo de personas; consecuencia de la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos que incluye la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; y que produce un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante. En otras palabras, se trata de sentencias estructurales, donde el aparato judicial reconoce la existencia de un problema sistemático, y por ello, ordena acciones afirmativas de ejecución inmediata y progresiva, para la protección de derechos fundamentales, que pueden ser afectados de forma masiva, dada las consecuencias que tiene la degradación del ecosistema.

Con todo, se trata de una nueva categoría, en la medida en que toma prestados los insumos del litigio estructural para corregir conductas y se instaure una estrategia institucional con las entidades involucradas, con el objeto de hallar bases estructurales y complejas que garanticen el respeto de los derechos impactados, que se van a irradiar también a las personas que no acudieron a la jurisdicción (Saravia, J.& Rodríguez, A. 2015). No obstante, su aporte radica en una ficción que subjetiviza a la naturaleza (ecosistema concreto) para hacerlo destinatario de acciones afirmativas, progresivas y positivas. Así, los tribunales han optado por impartir órdenes complejas, de seguimiento y de inversiones, en aras de no solo contribuir a detener la degradación del ecosistema, sino recuperar sus condiciones ambientales, servicios ecosistémicos y de esta forma, garantizar la “supervivencia” del ecosistema.

Quizá, luego de más de una docena de sentencias que declaran como sujeto de derecho a los ecosistemas enunciados, y seguramente, otros litigios que estarán por venir, las Cortes cerrarían filas para la protección de quienes están por nacer, pero también de la naturaleza, reconociendo en ella un valor intrínseco, y por demás, una carga ética que tiene la humanidad, de conservar el planeta, su biodiversidad y su habitabilidad, tanto para la raza humana como para las demás especies. Empero, la velocidad de estas transformaciones puede ir a un ritmo más lento que la degradación ambiental, la extinción masiva de especies y el cambio climático. Sin embargo, es un paso definitivo en la consolidación de un futuro sustentable, que supere el Antropoceno y brinde, en dignidad y capacidad, una existencia plena a las generaciones que están por venir.

## REFERENCIAS

- Carducci, M. & Castillo, L. (2016). Nuevo Constitucionalismo de la Biodiversidad vs. Neoconstitucionalismo del Riesgo. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 37(73), 255-283. Doi: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n73p255>
- Saravia, J. & Rodríguez, A. (2015). Los desplazados forzados internos en el estado de cosas inconstitucional, un asunto pendiente. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 18,35,121-134.
- Sarmiento, J. (2021) La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza aportes desde el constitucionalismo colombiano. *Revista Estudios Constitucionales*, v.8 fasc.2 p.221-264.

# **El principio constitucional de solidaridad, como directriz para la sociedad humana\***

*The Constitutional Principle of Solidarity,  
as a Guideline for Human Society*

\* Este trabajo es resultado de la investigación “La concepción tetradimensional del derecho para la garantía de los derechos humanos”, con registro 3800/14, financiada por la Universidad Autónoma del Estado de México.

**E N R I Q U E U R I B E A R Z A T E**

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT. Domicilio postal: José María González Arratia sur 600A, Colonia San Sebastián, Toluca (México). [vercingtx@hotmail.com](mailto:vercingtx@hotmail.com)

**J O R G E O L V E R A G A R C Í A**

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Profesor investigador en la Facultad de Derecho de la misma universidad, miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT. Domicilio postal: Avenida Nicolás San Juan 113, Colonia Ex Rancho Cuauhtémoc, Toluca (México), C.P. 50010. [jorgeolvera62@hotmail.com](mailto:jorgeolvera62@hotmail.com)

## Resumen

Este artículo de investigación inicia con la afirmación de que los grandes problemas de las sociedades contemporáneas tienen su más clara expresión en la pobreza y la falta de solidaridad del gobierno con las personas más vulnerables. A partir de la idea de que las constituciones incluyen en su texto decisiones políticas fundamentales, y con apoyo en los métodos diacrónico y crítico-valorativo, creemos que la inserción del *principio constitucional de solidaridad* es un paso importante para la orientación adecuada del ejercicio del poder público. De este modo, una vez exploradas las diversas concepciones de la solidaridad, concluimos que el gobierno tiene que ser orientado por el principio constitucional de solidaridad, para dirigir su atención prioritaria hacia la protección de los derechos humanos de las personas.

### PALABRAS CLAVE

Decisiones políticas fundamentales, solidaridad, derechos humanos, pobreza.

## Abstract

This research article begins with the affirmation that the great problems of contemporary societies have their clearest expression in the poverty and lack of solidarity of the government with the most vulnerable people. Starting from the idea that the Constitutions include in their text *fundamental political decisions*, and with support in the diachronic and critical-valorative methods, we believe that the insertion of the constitutional principle of solidarity is an important step for the adequate orientation of the exercise of the public Power. In this way, once the diverse conceptions of solidarity have been explored, we conclude that the government has to be guided by *the constitutional principle of solidarity*, to direct its priority attention towards the protection of the human rights of the people.

### KEYWORDS

Fundamental political decisions, solidarity, human rights, poverty.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores desafíos para la humanidad es la erradicación de la miseria. Se trata no solo de identificar por qué medios es posible atenuar las asimetrías de la sociedad humana compleja y desigual, sino, además, de idear los mecanismos y acciones de mayor pertinencia para que la vida social en condiciones dignas sea posible.

Esta dura realidad que vivimos cotidianamente es una expresión tajante e incontestable de que algo falta en la organización social para ir más allá de las expresiones de condolencia o indiferencia para con aquellos mendigos y malabaristas de cruceo que nos asaltan con su miseria —sea para pedir una moneda, ofrecer productos inútiles o simular la limpieza del vehículo—, mientras nosotros simulamos que somos generosos. A nivel mundial, y en casi cualquier región de la tierra, vivimos en sociedades asimétricas con enormes desigualdades y todos participamos de la simulación y el engaño; somos individuos y nos aferramos a nuestras vidas particulares y poco nos importan los otros.

Si esta cuestión es grave entre los individuos, merced a las desigualdades abismales que hay entre los que tienen todo y aquellos que carecen de lo mínimo, desde la perspectiva del ejercicio del poder público, este asunto representa el mayor desafío para cualquier gobierno; por eso, erradicar la pobreza debe ser una tarea primordial.

Desde este enfoque general, este trabajo se focaliza en la realidad constitucional de México, a partir del argumento de que las prescripciones normativas de naturaleza constitucional trazan una ruta por seguir —deseable y con cierta orientación para el quehacer del Estado— y que, en este orden de ideas, la ausencia constitucional de la vocación solidaria del poder público puede explicar en gran medida por qué la miseria se ha extendido tanto en México.

Con fundamento en este enfoque específico es posible extender las afirmaciones del *statu quo* mexicano a los demás países que muestran una situación similar de abandono social. En la construcción de los argumentos que aquí ofrecemos subyace el aserto de que las prescripciones de naturaleza constitucional (específicamente las decisiones políticas fundamentales) marcan el ser y quehacer del poder público e inciden en este; *contrario sensu*, la falta de principios fundamentales en el texto constitucional sella definitivamente los alcances y los efectos de las acciones del gobierno. De este modo, con apoyo en las expresiones teóricas más referidas sobre la *solidaridad* y con el auxilio del método diacrónico para la revisión de lo que se ha dicho, arribamos —mediante un ejercicio crítico valorativo— a la afirmación sobre la pertinencia de incluir el principio constitucional de solidaridad en el texto de la Carta Magna, con el fin de orientar y direccionar adecuadamente el ejercicio de la potestad, para abatir el rezago y la miseria en que viven millones de personas.

Al respecto, es posible afirmar que esa miseria que alcanza a más de sesenta millones de mexicanos<sup>1</sup> ha sido generada por el modelo de economía neoliberal y los yerros que en distintas épocas han cometido algunos dirigentes. Sin embargo, es oportuno preguntarnos ¿hasta dónde es posible sostener que esas personas socialmente desahuciadas son producto de las *carencias constitucionales*?; es decir, ¿podría un modelo constitucional con recia orientación social revertir el *statu quo* de la miseria y la desesperanza? Esto es lo que intentaremos responder, desde la perspectiva –como ya se ha dicho– de que la existencia de *principios constitucionales* debe servir para orientar de la mejor manera la acción del Estado.

En este orden de ideas, podemos decir desde ahora que la Constitución del Estado juega un papel primordial en el afianzamiento de un cierto derrotero para el país concreto al que organiza y regula. Las constituciones son mucho más que prescripciones normativas, y por ello, nos parece que en la zona más profunda de todo el orden normativo podemos entrever las aspiraciones más elevadas para la sociedad, señaladas con visión prospectiva por los constituyentes.

Frente a las decisiones políticas fundamentales que fueron trazadas desde 1917 en la Constitución mexicana, es posible afirmar que todavía los ejercicios hermenéuticos no han agotado la identificación de los principios que sostienen a la sociedad y al Estado mexicano; ¿qué principios sirven como la gran estructura de la sociedad mexicana?; ¿qué principios guían y regulan la acción de los órganos del Estado?; ¿pueden servir esos principios a la gran transformación que requiere el país para paliar la miseria? Estas preguntas de fácil manufactura requieren, sin embargo, una reflexión profunda para hallar el *quid* de los contenidos constitucionales.

De entrada, la definición de México como una república, representativa, democrática, federal y laica resulta insuficiente para el trazado de los derroteros y la acción estatal. En ninguna parte de la Carta Magna advertimos la definición taxativa y clara de que México tenga una vocación inequívoca por la solidaridad y el humanismo, como poderoso andamiaje del quehacer del Estado para la reducción de las asimetrías sociales ya referidas. Es decir, sostenemos que el actual diseño constitucional es frágil, de cara a los grandes retos para la erradicación de la miseria y la construcción de escenarios para el bienestar y el disfrute de los derechos humanos de todas las generaciones.

a consecuencia de ello, creemos que la identificación de las decisiones políticas fundamentales nos debe llevar a la adición de otros principios rectores capaces de orientar y definir la acción estatal a favor de los pobres que deambulan por todo el país, sin esperanza ni asideros visibles

---

<sup>1</sup> Según datos del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), para 2016 la cifra de pobres era de 53.4 millones de mexicanos; el mismo documento señala 9.4 millones de mexicanos en pobreza extrema. Tomado de [https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza\\_2016.aspx](https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza_2016.aspx)

para atenuar y erradicar su miseria. Creemos que esos principios se resumen en la *solidaridad* y el *humanismo* que la Constitución debe recoger en el más alto nivel de concreción jurídica.

## II. LA CONSTITUCIÓN Y SUS PRINCIPIOS

Como lo sostiene la doctrina, las constituciones se articulan y adquieren identidad propia gracias al reconocimiento de ciertas decisiones fundamentales.

En México, la Constitución actual, que data de 1917, estableció en su articulado algunos criterios esenciales para la vida colectiva. Estos aspectos nodales son las decisiones políticas fundamentales. Según Carpizo (1994), “en las constituciones existen ciertos principios o decisiones que son la estructura, la base y el contenido principal de la organización política y sobre ellas descansan todas las demás normas de orden jurídico” (p. 298). Estas decisiones marcan el ser y forma de ser del Estado; articulan las aspiraciones de la sociedad a la que regulan; son, en suma, el criterio orientador de la acción política y, afianzadas de este modo, se convierten en instrumento y posibilidad para la sociedad humana.

De acuerdo con la afirmación de Carpizo, los ejercicios hermenéuticos nos permiten advertir estas decisiones: *Soberanía, división horizontal y vertical del poder público, carácter representativo de los órganos del Estado, federalismo, municipio, democracia, derechos humanos, justicia social, supremacía del Estado sobre las iglesias*. Estos principios fundamentales se asentaron en la Carta Magna desde 1917. Sin embargo, hoy la evolución social hace ostensible que el *corpus* constitucional requiere una revisión en las expresiones de carácter fundamental, para definir si es necesario establecer algunas otras decisiones políticas fundamentales que permitan un mejor diseño constitucional, o si, por el contrario, con las decisiones fundacionales que están anotadas en el *corpus* constitucional es suficiente para la consecución de los objetivos más altos de la sociedad actual.

En este orden de ideas e inmersos en los efectos del Estado liberal burgués, cabe preguntarnos si el cambio de paradigma debe escribir con claridad el modelo de Estado social como una nueva decisión fundamental. Según creemos, las asimetrías apuntadas al inicio de este trabajo dan cuenta de la necesidad de asumir lo social y humano como indefectible directriz para el quehacer estatal; *id. est.*, el diseño aquiescente para que el Estado procure aminorar la miseria y coadyuvar al desarrollo humano, es el Estado que se adjetiva sustancialmente como constitucional, democrático, social y evidentemente solidario y humanista. De acuerdo con esto, nos parece fundamental que este diseño no puede pasar por alto la exigencia de propiciar la construcción de condiciones de igualdad para la vida humana; desde luego, no es la igualdad jurídica el tema que nos interesa, sino la verdadera nivelación social, evidente y palmaria entre los seres humanos. Y de la mano con la igualdad efectiva, el tema de la solidaridad se asoma como una condición infaltable para que el Estado pueda alcanzar los fines más elevados para la vida humana en condiciones mínimas para todos.

Sin duda, el Estado debe albergar la solidaridad desde sus prescripciones normativas, porque sin la orientación meridiana de este principio –como vocación y como deber ético y constitucional–, todos los demás ejercicios de la cosa pública marcharán desorientados y sus logros serán efímeros (recaudación de impuestos sin un fin social específico; educación para formar individuos exitosos y egoístas; salud de calidad solo para quien pueda pagarla; programas sociales de cariz asistencialista para el mercado electoral); en fin, la vida estatal sin una orientación humanista indispensable para que las actividades públicas se focalicen en los seres humanos.

No sobra decir que el humanismo trazado desde la antigüedad (Publio Terencio, Cicerón), luego recuperado y renovado en el Renacimiento (Lorenzo Valla) y llevado hasta nuestros días tiene distintos filones para ser comprendido. En el núcleo de la cuestión encontramos indefectiblemente al ser humano.

Être humaniste aujourd’hui, c’est adapter la force d’un message ancestral aux exigences du monde moderne. Repenser les conditions de la compréhension mutuelle et de l’édification de la paix. Repenser la protection de la dignité humaine, et les moyens de réaliser pleinement le potentiel de chaque individu.<sup>2</sup> (Bokova, 2014, p. 307)

Por eso es comprensible el vínculo entre el humanismo y la solidaridad. Ambos conceptos se anudan para dar verdadero sentido a lo público, con base en la aseveración de que en el núcleo del humanismo identificamos a los seres humanos, origen, justificación y propósito de toda organización política. El Estado que representa el mayor desarrollo jurídico político para la organización humana tiene que focalizar en las personas su acción y todo su potencial, porque el ser humano es un ente autoteleológico y en la raíz más profunda de cualquier disquisición se encuentra su dignidad, que debe ser respetada y asegurada por el poder público.

Con base en lo anterior podemos afirmar la singular impronta de la solidaridad como un elemento sustancial para la dirección del Estado. Lamentablemente, la Constitución mexicana no ha elevado este concepto a la categoría de principio constitucional y, por ello –aunque no solo por ello–, la actividad cotidiana del gobierno y el ejercicio ordinario de la *potestas* se desarrollan sin la atención adecuada a lo más acuciante para el país que es erradicar la miseria y los escenarios que cancelan las oportunidades a las personas marginadas, pobres, ignorantes, a los jóvenes, a los indígenas, a los vulnerables; a fin de cuentas, la Constitución no ha direccionado la acción pública estatal hacia el humanismo y la solidaridad, y por ello, la *res publica* carece de cercanía, y en muchos aspectos, de legitimidad.

---

<sup>2</sup> “Ser humanista hoy es adaptar la fuerza de un mensaje ancestral a las demandas del mundo moderno. Repensar las condiciones para el entendimiento mutuo y la construcción de la paz. Repensar la protección de la dignidad humana y los medios para realizar plenamente el potencial de cada individuo”.

En este punto hacemos una digresión, solo para decir que esta falta de legitimidad empieza por la desatención que los gobiernos han tenido respecto a la pobreza.

Es de Perogrullo afirmar que hay cuatro fenómenos sociales que van enlazados entre sí: pobreza, hambre, enfermedades y desempleo; y que casi siempre el primero genera los otros tres. Y como si estos fenómenos sociales no causaran el suficiente sufrimiento, también los desastres naturales se ensañan con los más pobres, como ocurre con los terremotos, las inundaciones, los incendios, etc. (Ballén, 2007, p. 370)

Así, en una revisión atenta de los contenidos de la *lex legum* de México podemos apreciar diversos principios contenidos en ella que atienden al carácter político, social, cultural y económico de la nación, pero que lamentablemente no mencionan a la solidaridad como un principio vital para México.

Con ánimo de constatar lo aquí señalado, introducimos los conceptos de Constitución-sustancia y Constitución-praxis, para mostrar las dos grandes proyecciones que la *norma normarum* tiene en la vida de los seres humanos: la primera está vinculada a la dimensión declarativa y estructural de la Carta Magna, donde se definen los derechos de los gobernados y las competencias de los órganos públicos; la segunda está enfocada al ejercicio de las atribuciones del poder público que permite la consecución de los fines del Estado.

El resultado de esa exploración nos muestra que en el marco de las decisiones políticas fundamentales, la Constitución mexicana no ha incluido a la solidaridad como un principio basal del ordenamiento jurídico. En este sentido, podemos hablar de:

### **La Constitución-sustancia**

Con esta denominación podemos identificar la dimensión estructural que desde el ejercicio del constituyente originario sentó las bases de la organización del Estado. Aquí ubicamos los siguientes principios o decisiones políticas fundamentales:

#### A) La forma de Estado

- República representativa, democrática, federal, laica: artículo 49.

B) Los fines del Estado. Esta es una decisión política fundamental que se identifica en diversos artículos de la Constitución y que, sin embargo, en ninguno de ellos está delineada con fuerza. Después de un ejercicio hermenéutico podemos identificar estos fines del Estado mexicano:

- La democracia como sistema de vida: artículo 3.º

- La educación laica, gratuita y obligatoria: artículo 3.º
- La paz y la solidaridad internacional: artículo 3.º
- Protección y desarrollo de la familia: artículo 4.º
- Protección de la salud: artículo 4.º
- Protección de los menores: artículo 4.º
- Seguridad y soberanía de la nación: artículos 21, 25, 26, 28 y 41.

## La Constitución-praxis

Con esta voz procuramos hacer referencia directa a la forma en que debe ejercerse el poder para poner en acción al Estado y a toda su estructura.

### A) La forma de gobierno

#### a.1) Fundamento del gobierno

- Soberanía: artículo 39.

#### a.2) Diseño del gobierno

- División horizontal del poder: artículo 49.
- División vertical del poder: artículo 49.
- Las entidades federativas: artículos 41, 115, 116 y 124.
- Los municipios: artículo 115.

### B) El ejercicio del poder público

#### b.1) Principios rectores

- Legalidad. Tradicionalmente se ha dicho que este principio se ubica en los artículos 14 y 16. Empero, por la elemental exigencia de que las autoridades se sujeten a lo dispuesto por la ley (Constitución y demás normas jurídicas), dicho principio está presente en la mayoría de los artículos de la Constitución.
- Competencia: artículos 14, 16, 41, 106.

## b.2) Praxis del gobierno

- Elecciones periódicas: artículo 41.
- Sistema representativo: artículo 41.
- Supremacía del Estado sobre la Iglesia: artículo 130.

## b.3) Medios de control del poder público

- Control de legalidad. Esta modalidad del control de actos de autoridad no se contrae a los artículos 14 y 16. Basta con citar los siguientes para darnos cuenta de que dicho control está implícito en su redacción: 13, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29, 32, 70, 73, 89, 92, 94, 97, 102, 103, 104, 107, 108, 117, 120, 123, 124 y 133.
- Control de constitucionalidad: artículos 99, fracc. III; 103; 105 fraccs. I y II; 107, 110 y 111.

La redacción de grandes lineamientos para el funcionamiento del Estado significa una tarea de primera importancia para México; es claro que, aparte de lo que dice el artículo 3º. sobre la “solidaridad internacional”, no hay una sola referencia a la solidaridad como directriz del quehacer del Estado, como parámetro de las acciones del gobierno e infaltable baremo de la eficacia del ejercicio de la *potestas*.

Por eso nos parece fundamental que la Constitución acoja el principio de solidaridad con la intención de que su engarce desde el máximo *corpus* de la sociedad mexicana pueda operar como guía y fin de lo que el poder público *debe ser y hacer*. Estamos seguros de que el aminoramiento de las asimetrías sociales no dependerá absolutamente de la sola redacción de la palabra solidaridad en el texto<sup>3</sup> de la *lex fundamentalis*; empero, mucho se habrá logrado si en el pináculo normativo podemos encontrar el direccionamiento más pertinente para el ejercicio del poder público.

No perdamos de vista que la redacción de principios en la Constitución tiene el propósito de que estos preceptos guíen el quehacer del Estado para el logro de los fines de la organización colectiva; así, *vgr.*, cuando algunas constituciones resaltan la condición pluriétnica de su composición humana, es evidente que la coexistencia de los diversos grupos étnicos enmarca una cuestión vital para el ejercicio del poder público en ese Estado concreto.

---

<sup>3</sup> La constitucionalización del principio de solidaridad será un significativo avance en los ensayos por venir para las políticas públicas y el necesario e irreductible engarzamiento entre las competencias del orden federal y las del ámbito de las entidades federativas. *Cfr.* Sanz-Arcega (2015). Los rostros constitucionales de la redistribución: La vertiente económica del principio constitucional de solidaridad. *Revista de Derecho Político*, 93.

De acuerdo con lo hasta aquí señalado, combatir la miseria, el rezago y conseguir una adecuada nivelación social tendrá que ser para los países con mayores asimetrías una cuestión nuclear visible desde la redacción de su *lex fundamentalis*. Por eso es urgente que en México, y en cualquier otro país con similares condiciones de pobreza, la Constitución adopte como una decisión política fundamental a la solidaridad como tarea y propósito de la actividad pública.

### III. LA SOLIDARIDAD EN CONTENIDOS Y PROSPECTIVA

Después de anotar someramente el *quid* de los principios constitucionales, entre los cuales no encontramos a la solidaridad, es importante hacer un recorrido sobre lo esencial que se ha dicho respecto a este concepto/valor para la vida humana.

La solidaridad es un concepto amplio que fácilmente puede ser interpretado en diversos sentidos, para los usos más variopintos. Se invoca en las políticas públicas, lo mismo que en las vocaciones religiosas<sup>4</sup>; se usa en el ámbito internacional, lo mismo que en la jurisdicción doméstica. Los gobiernos, especialmente los menos democráticos, han hecho uso de este concepto para la cooptación política de las personas pobres del país<sup>5</sup>. Lo cierto es que al margen de su uso para alguna tarea concreta, el concepto de solidaridad no tiene un tratamiento adecuado en la Constitución mexicana y no se le puede invocar como directriz constitucional y como coto al abuso de poder y a la desviación de los recursos en una sociedad que carece de medios de control eficaces para amordazar a la cleptocracia y a su acompañamiento que es la caquistocracia.<sup>6</sup>

Como podemos ver, el tratamiento de la cuestión se desdobra en dos grandes ámbitos:

1. La concepción de la solidaridad como basamento para la acción del Estado.
2. La pertinencia de la inclusión de la solidaridad al nivel de principio constitucional.

---

<sup>4</sup> Puede verse, *vgr.*, Guzzetti, G. (2009). Solidarietà, giustizia e sobrietà in una società in cammino. *Iustitia*, Rivista trimestrale di cultura giuridica fondata nel 1948, anno LXII, 4. En el mismo sentido, Guerra, R. (2003). Globalizar la solidaridad. *La cuestión social*, año 11 (1).

<sup>5</sup> No es tema de tratamiento en este trabajo y solamente hacemos referencia al Programa Nacional de Solidaridad (PRONASOL), incoado con Carlos Salinas de Gortari, para dar cuenta del uso demagógico que el término “solidaridad” permite. Al respecto, puede verse Bertranou, J. F. (1993) Programa Nacional de Solidaridad, ¿un nuevo o un viejo modelo de política pública? *Revista Mexicana de Sociología*, año LV, 3.

<sup>6</sup> La caquistocracia es el gobierno de los peores o menos capacitados; estos peores o menos capacitados, o muy capacitados pero peores, lamentablemente desembocan (casi inercialmente) en la cleptocracia; esta expresión se concreta en un gobierno que se distingue por el robo, las corruptelas y las complicidades.

Son estas las principales rutas que servirán para el trazado de las líneas que siguen en esta aproximación epistémica que enfrenta el desafío de hacer una reingeniería constitucional desde los principios que vertebran a la Carta Magna.

¿Qué es la solidaridad? al respecto revisaremos a continuación algunos conceptos y definiciones:

The modern idea of solidarity originated in the constitutional revolutions of the eighteenth century. It was politically institutionalized in the republican nation-state, and within that framework it was taken up by the social movements of the nineteenth century, extended, and put into concrete form in the welfare state.

Semantically, this required the “freeing of the idea of brotherliness from earlier conceptions”, the “deflation of the Christian sense of brotherliness”, and the egalitarian juridification of republican citizenship.<sup>7</sup> (Brukhorst, 2005, pp. 55-56)

En términos de lo aquí referido, la idea de solidaridad tiene una configuración muy antigua relacionada con el concepto de fraternidad nacido del cristianismo; pero es mucho más que la conducta fraterna entre los seres humanos. Se requiere —como lo señala el autor citado—, el establecimiento de esa solidaridad en las normas que rigen a una sociedad determinada.

Los perfiles propios del Estado de bienestar condicen perfectamente con la atención que debe prodigarse a los más vulnerables, pero no como un acto de generosidad o de buena voluntad, sino como una directriz constitucional de carácter vinculante para los poderes públicos. Desde luego, el tema de la pobreza ocupa un lugar prioritario en el tratamiento de la cuestión, pues difícilmente podemos hablar de solidaridad en medio de tanta desigualdad que se fragua desde el silencio y las imprecisiones de la norma constitucional y se concreta en la falta de políticas públicas suficientemente sólidas para atenuar las penurias económicas de las personas. Esta cuestión es evidente en casi cualquier sociedad en la que no ha sido posible abatir la miseria.

Storie di <povera gente>, o comunque di gente comune, sono quelle qui evocate: certamente significative –associarsi, accordarsi, allearsi, prendersi cura dei piú deboli sono senza dubbio attività suscettibili di esprimere vincoli di solidarietà-, ma non in grado (tranne, forse, le ultime menzionate) di andare oltre la valorizzazione dello <spirito della fratellanza> per proiettare il principio della solidarietà sul piano istituzionale dei principi costituzionali di carattere sociale,

---

<sup>7</sup> “La idea moderna de solidaridad se originó en las revoluciones constitucionales del siglo XVIII. Fue institucionalizada políticamente en el Estado-nación republicano, y dentro de ese marco fue adoptado por los movimientos sociales del siglo XIX, ampliado y puesto en forma concreta en el estado de bienestar. Semánticamente, esto requirió la “liberación de la idea de hermandad de las concepciones anteriores”, la “deflación del sentido cristiano de hermandad” y la legalización igualitaria de la ciudadanía republicana”.

che contraddistinguono gli ordinamenti giuridici degli Stati europei di riferimento (Italia, Francia, Germania) così da aprire un confronto costruttivo con un'Europa tendenzialmente restia a riconoscerli<sup>8</sup>. (Busnelli, 2013, p. 441)

Ahora bien, en nuestra opinión, la solidaridad no se puede comprender sin la liga directa con el concepto de fraternidad, y tampoco sin la referencia al diseño constitucional que recoge y afianza principios constitucionales de carácter social; la solidaridad conduce a la identificación y empatía con el otro, con el que padece y no encuentra opciones transitables para que su situación mejore. Por eso, en la referencia a la importancia que tienen las decisiones políticas fundamentales, consideramos que el máximo ordenamiento jurídico de cualquier país debe incluir el principio de solidaridad, con un contenido claro y una fuerza vinculante para todos los órganos del Estado.

<Solidaridad>, en conclusión, es el término con que se reviste, a finales del siglo pasado, la esencial noción revolucionaria de fraternidad, que con esa misma denominación todavía delataba su lejano origen religioso. Solidarios son aquellos, según el Derecho romano, que se comprometen a pagar el todo de una deuda común. La idea de solidaridad, que deriva de la expresión *in solidum*, reúne la ventaja, en su juridicidad, de estar desprovista de connotaciones religiosas, según conviene al pensamiento laico. (Bilbeny, 1989, pp. 118-119)

En este orden de ideas, la solidaridad debe ser un concepto meridiano para la dimensión constitucional con que se debe dirigir la cosa pública. “Siamo subito oltre la soddisfazione delle nude necessità esistenziale. L'elemosina non basta, la dimensione puramente caritatevole cede a una descrizione dei doveri pubblici, che comprendono i diritti alla sopravvivenza, al cibo, al potersi coprire, alla salute”<sup>9</sup> (Rodotà, 2016, p. 16). Todos los derechos esenciales deben ser amparados con fundamento en la directriz constitucional de la solidaridad, lo que se puede traducir en la dimensión vivencial de los derechos económicos, sociales, culturales y al medio ambiente, en la medida que el poder público atienda efectivamente el compromiso con las condiciones de vulnerabilidad de las personas.

---

<sup>8</sup> “Las historias de <personas pobres>, o en cualquier caso gente común, son las evocadas aquí: ciertamente significativas —asociarse, ponerse de acuerdo, aliarse, cuidar a los más débiles son, sin duda, actividades susceptibles de expresar lazos de solidaridad— pero no pueden (excepto, quizás, el último mencionado) ir más allá de la valoración del <espíritu de hermandad> para proyectar el principio de la solidaridad sobre el plano institucional de los principios constitucionales de carácter social, que distinguen los sistemas jurídicos de los Estados europeos de referencia (Italia, Francia, Alemania) para abrir una confrontación constructiva con una Europa que tiende a ser reacia a reconocerlos”.

<sup>9</sup> “Estamos inmediatamente más allá de la satisfacción de las necesidades existenciales desnudas. La mendicidad no es suficiente, la dimensión puramente caritativa da lugar a una descripción de los deberes públicos, que incluyen los derechos a la supervivencia, a la alimentación, a poder cubrirse, a la salud”.

Tous les mécanismes de protection sociale, la sécurité sociale proprement dite, les allocations familiales, les systèmes de retraite, relèvent aussi du collectif tant et si bien qu'au total il semble bien que tout ce qui compte dans la vie d'un individu d'aujourd'hui, tout ce qui satisfait ses besoins les plus profonds, qui apaise ses angoisses les plus justifiées, tout cela provient du collectif. L'individuel arrive, au dessus du nécessaire, pour le surplus, le superflu, les distractions, mais l'essentiel c'est du groupe que chacun le tire.<sup>10</sup> (Baquiast, 1992, p. 51)

Ahora bien, esa fuerza de lo colectivo permite advertir que la solidaridad no puede ser entendida como política pública —asistencialista o de cualquier tipo—, ni siquiera como expresión generosa del gobierno, y menos aún como vocación accidental, aleatoria o coyuntural de quienes gobiernan. La solidaridad es la identificación fraterna con el otro, con los demás que, al igual que “nosotros” o “yo”, forman parte del entramado social. Es más, podemos afirmar que no hay “otros”, porque esta perspectiva nos sitúa a quienes lo decimos en una zona infranqueable para el que está enfrente; lo que en realidad debe existir en el discurso y en el trazo del diseño constitucional y, desde luego, en la perspectiva de las políticas públicas, es el concepto “nosotros” como sólida afirmación de la naturaleza colectiva del ser humano. Al respecto, “Rorty supone que el alivio del sufrimiento humano es la base para extender la solidaridad fuera (sic) nuestro grupo inmediato, lo que en última instancia es ampliar la “conciencia del nosotros” (Covarrubias, 2005, p. 27).

Pero además del nosotros, la solidaridad tiene una fuerte vinculación con la dimensión social/colectiva del ser humano y con la savia vital de todo este contexto que es la democracia.

Pour ce qui regarde la doctrine de la solidarité, son point de départ et sa base ne sont ni l'individu ni la société, mais l'homme entendu comme réalité sociale. La doctrine de la solidarité rejoint celle de la démocratie en répondant au problème des relations entre l'individu et la société. Vue sous cet angle, la démocratie peut se définir comme la politique de la solidarité.<sup>11</sup> (Campagnolo, 1969, p. 80)

---

<sup>10</sup> “Todos los mecanismos de protección social, la seguridad social propiamente dicha, las asignaciones familiares, los sistemas de pensiones, también forman parte del colectivo, tanto es así que en total parece que todo lo que importa en la vida de un individuo de hoy, todo lo que satisface sus necesidades más profundas, lo que apacigua sus ansiedades más justificadas, todo esto proviene del colectivo. El individuo llega, por encima de lo necesario, por lo excedente, lo superfluo, las distracciones, pero lo esencial es del grupo del que cada uno lo extrae.”

<sup>11</sup> “Con respecto a la doctrina de la solidaridad, su punto de partida y su base no son ni el individuo ni la sociedad, sino el hombre entendido como una realidad social. La doctrina de la solidaridad se une a la de la democracia al responder al problema de las relaciones entre el individuo y la sociedad. Visto desde este ángulo, la democracia puede definirse como la política de solidaridad”.

Si la democracia es la política de la solidaridad, la vida humano-social tiene que ser democrática, porque la democracia nos iguala y en el ejercicio de esta igualdad nos volvemos fraternos, idénticos, sometidos a los mismos límites y a compartidas angustias cotidianas (la vulneración por parte de los poderosos, el desgobierno, la corrupción/impunidad, etc.). La solidaridad es un concepto que se anuda a la democracia y que tiene que ser practicada cotidianamente para hacerla vivenciable. Al respecto, desde hace varias décadas el concepto de solidaridad ya había sido identificado en estos términos: “En la práctica ha faltado la solidaridad. Es decir, la posibilidad de sinergias derivadas de una cooperación creativa en los diversos niveles de intervención y responsabilidad de los actores políticos y sociales, basada en normas y valores compartidos” (Coturri, 1990, p. 140). En síntesis, “La solidarité nationale sera alors entendu, du point de vue juridique, comme le fondement possible et souhaitable de certains actions de l’État”<sup>12</sup> (Pontier, 1983, p. 925). Necesitamos el accionar del Estado en esta dirección; nos parece que no puede haber otra vía si de verdad nos interesa superar la tremenda disruptura que padecemos en nuestras sociedades desiguales como es el caso de México.

Ahora bien, desde el contexto temporal del desarrollo de los derechos humanos, la solidaridad es un derecho de tercera generación, pero al igual que los derechos de las generaciones previas, necesita ser afianzada.

In other words, solidarity rights must impose one or more joint obligations of a kind quite different from the several obligations of each party taken single. Second, solidarity rights can be realized only by the concerted efforts of *all* the actors on the social scene. Whereas the first- and second- generations rights impose obligations primarily upon states, third-generation rights can be real only if they impose obligations upon a much wider range of actors.<sup>13</sup> (Wellman, 2000: 644)

Los derechos de tercera generación necesitan otros escenarios y otros actores; o tal vez los mismos actores, pero con un escenario diferente. “A similar conception of a third generation of solidarity rights has been highly influential both within the United Nations and among some eminent jurists”<sup>14</sup> (Welman, 2000, p. 644). Por fortuna, esto no es un asunto nuevo ni reciente.

---

<sup>12</sup> “La solidaridad nacional será entonces entendida, desde un punto de vista jurídico, como el fundamento posible y deseable de ciertas acciones del Estado”.

<sup>13</sup> “En otras palabras, los derechos de solidaridad deben imponer una o más obligaciones conjuntas de un tipo muy diferente de las diversas obligaciones de cada parte tomadas en lo individual. En segundo lugar, los derechos de solidaridad solo pueden realizarse mediante los esfuerzos concertados de todos los actores de la escena social. Mientras que los derechos de primera y segunda generación imponen obligaciones principalmente a los estados, los derechos de tercera generación pueden ser reales solo si imponen obligaciones a una gama mucho más amplia de actores”.

<sup>14</sup> “Una concepción similar de una tercera generación de derechos de solidaridad ha sido muy influyente tanto dentro de las Naciones Unidas como entre algunos juristas eminentes”.

El mayor apremio de esta necesaria conversión había sido anunciado ya desde finales del siglo XX en estos términos:

Entrar de plano al siglo XXI nos significará pasar por encima, saltar una forma de desarrollo que ha herido al hombre y a la naturaleza, que se centró más en las cosas que en las personas, que respetó más a quien adquiriría que a quien creaba, que puso el memorandum por sobre la poesía, al curriculum-vitae por sobre la biografía, a la máquina por sobre quien la trabaja, y a la fuerza sobre la ley y el derecho. (Valdés, 1979, p. 63)

En el corolario de todo este recorrido, la solidaridad y el humanismo deben orientar indefectiblemente a los gobiernos y a la vida humano-social. ¿Cómo? Veamos. La solidaridad puede mirarse en dos planos: como solidaridad fraterna, también llamada solidaridad horizontal, y como solidaridad vertical. Respecto a la primera, la presencia de los particulares es decisiva.

La solidarietà di cui sin qui si è parlato può essere definita una solidarietà doverosa o fraterna (Galeotti), che in quanto tale opera su un piano orizzontale, come moto doveroso e cooperante dei cittadini, nell'adempimento delle loro varie solidarietà, e muovendosi secondo un moto ascendente, dal basso verso l'alto.<sup>15</sup> (Rossi, 2002, p. 99)

Y tenemos también el concepto de solidaridad vertical, en el que el Estado asume una actuación protagónica.

A la solidarietà "fraterna" è stata poi contrapposta una solidarietà pubblica o *paterna*, la quale opererebbe -al contrario- su un piano verticale, manifestandosi come funzione attiva della Repubblica volta a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, limitanti di fatto la libertà e l'eguaglianza.<sup>16</sup> (Rossi, 2002: 100)

El principio constitucional de solidaridad debe atender ambas perspectivas; pero, sin duda, tiene que poner especial énfasis en la solidaridad de carácter público con la que el Estado y sus órganos pueden arropar a las personas para la erradicación de la miseria y desventajas que agobian su existencia como seres humanos; a fin de cuentas, el tema de la pobreza es un asunto de ausencia de solidaridad pública, y este problema se conecta con otro en el que quienes tenemos

---

<sup>15</sup> "La solidaridad que se ha discutido hasta ahora puede definirse como una solidaridad obediente o fraterna (Galeotti), que como tal opera en un plano horizontal, como un movimiento obediente y cooperativo de los ciudadanos, en el cumplimiento de sus diversas solidaridades, y moviéndose de acuerdo con un movimiento ascendente, de abajo hacia arriba".

<sup>16</sup> "A la solidaridad "fraterna" ha sido luego contrastada una solidaridad pública o paterna, que operaría, por el contrario, en un plano vertical, manifestándose como una función activa de la República dirigida a eliminar los obstáculos de un orden económico y social, limitantes de la libertad y la igualdad".

oportunidades y modo de salir avantes en la vorágine de nuestras múltiples vulnerabilidades, debemos poner especial atención; porque como dice Alemany (2015): “No creo que el problema de la pobreza absoluta tenga una solución permanente mientras exista lo que me atrevo a llamar el problema de la “riqueza obscena”, la cual constituye un claro insulto a la dignidad de los otros” (p.185). Desde luego, los “otros” también somos “nosotros”.

#### IV. LA SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

En esta necesidad de encontrar respuestas pertinentes y viables a la complejidad ya citada, nos parece fundamental referir que la Constitución es el gran trazado (normativo) de las aspiraciones de un pueblo, pero sus contenidos expresados en lenguaje jurídico tienen una proyección metanormativa. De este modo, la Constitución normativa se dimensiona como la manera más accesible para la lectura de “lo constitucional”, pero para la visión omnicompreensiva de sus alcances son necesarios los ejercicios hermenéuticos reiterados, cotidianos.

En la perspectiva que aquí planteamos es axiomático que la Constitución teje entre sus normas un *desiderátum* que aspira a la concreción cotidiana; como es fácil advertir, la Constitución nunca es una obra terminada, sino que en el andar de la sociedad a la que regula es necesario que sus principios sean permanentemente revisados y fortalecidos. En este orden de ideas, cabe afirmar que la revisión e interpretación del texto constitucional puede plantearnos algunas claras insuficiencias en su diseño que al hacer evidentes esas *carencias constitucionales*, plantean la pertinencia de redactar en el texto constitucional nuevos principios. Es oportuno acotar que por *carencias constitucionales* entendemos aquí la *ausencia normativa de las prescripciones esenciales para hacer viable la ejecución del quid y telos del Estado*.

Como ya ha sido señalado, la Constitución mexicana nada dice sobre el principio de solidaridad; por eso, debemos aproximarnos con absoluta claridad y sin mezquindad a la forja de este concepto para que su dimensión normativo-constitucional pueda servir a la dirección de la acción pública hacia el bienestar, la erradicación de la pobreza y la reducción de las asimetrías.

En otras palabras, eso significa que el Estado no puede abandonar la exigencia de solidaridad como una virtud social, sino, que debe considerarla, al contrario, como un principio exigible, como parte del contenido de la justicia, al igual que lo son la igualdad y la libertad. (De Lucas, 1994, p. 28)

En medio de nuestras sociedades complejas, debemos entender lo que sigue:

A partir del principio de Solidaridad el Derecho constitucional es un derecho dinámico, transformador, beligerante y, por consiguiente, no puede agotarse en un derecho dúctil, funcional, ni puede reducirse a la pura operatividad de otros derechos, tal como se manifiesta en toda esa tendencia que se conoce como la administrativización del derecho constitucional. (De Cabo, 2006, p. 106)

Para poder referirnos a la solidaridad como un principio humanista en la Constitución es imprescindible este giro en la concepción del Estado, en la (re) formulación de sus tareas y en la (re) construcción de sus objetivos. Toda vez que la Constitución es el gran asiento de los trazos jurídico-políticos que hacen posible esta actuación de la *res publica*, la referencia a la solidaridad como principio constitucional es el primer paso para el rescate de la esencia humana que ningún gobierno debe desatender. Es por esto que la propuesta aquí enmarcada pretende dar viabilidad a un principio constitucional que está ausente y que la sociedad mexicana necesita para la orientación del quehacer público. La solidaridad deberá ser vinculada, interpretada y entendida en concatenación con la libertad y la justicia.

El nuevo modelo constitucional para un verdadero Estado social de derecho impone lo operativo, programático y pragmático, no mediante promesas sino con realidades que nos permitan redefinir el concepto de «igualdad» por el de «solidaridad» (entendida como) la seguridad de los débiles, predicado obligado del desarrollo y del progreso humano, socorro tangible y oportuno, asistencia fraternal e institucional, responsabilidad del nuevo humanismo, camino verdadero hacia la paz. (Herrera, 2005, p. 96)

De acuerdo con este hilo conductor, para lograr la solidaridad es necesario comprender a cabalidad el sentido y dimensión axiológica irreductible del ser humano. La Constitución y sus principios tienen mucho que hacer en este propósito, porque en un ejercicio de congruencia, las voces derecho, humanismo, constitución y solidaridad no tienen otro punto de convergencia que el ser humano; como ente autoteleológico, como un ser irreplicable asentado en la dignidad, el ser humano debe vivir en sociedad y en solidaridad.

Ser solidario, en pocas palabras, es asumir como propio el interés de un tercero, identificarse con él, hacerse incluso cómplice de los intereses, desvelos e inquietudes de ese otro ser humano. En el ámbito de lo social, la solidaridad constituye un ingrediente esencial, la verdadera «conditio sine qua non» de la existencia de un grupo social, pues, como con toda razón se ha apuntado, sin solidaridad no hay muchas posibilidades de que exista un grupo humano digno de tal nombre. (Fernández, 2012, pp. 139-140)

La solidaridad anida de manera natural en la esencia del hombre, pues expresa y hace visible la conciencia de pertenencia al género humano. Para Durkheim, la solidaridad se puede comprender “como la esencia misma de la moralidad, el ideal moral, porque conjugaría la autonomía personal con la integración social” (Fernández, 2012, p. 140). De acuerdo con esto, “la solidaridad, conjuntamente con la libertad, la igualdad y la justicia, han venido a conformar la que creo que bien podría tildarse de tetralogía axiológica del Estado social de nuestro tiempo” (Fernández, 2012, p. 140). Unida a otros principios y valores, la solidaridad genera lazos fraternos con los semejantes, al crear un ambiente de armonía y además de concienciar a los individuos para desarrollar actividades tomando en consideración al otro, al prójimo, a su semejante.

El término «solidaridad» encuentra su raíz en el étimo romano *solidarium*, que se enlaza con las expresiones *solidum*, *soldum*, y que significa «entero», «compacto», y de ahí la conocida figura jurídica de la *obligatio in solidum*, en la que cada uno de los codeudores asume la totalidad de la obligación contraída, y cada uno de los coacreedores dispone del derecho de exigir el cumplimiento de la obligación en su totalidad. (Fernández, 2012, p. 141)

Desde su raíz etimológica, la solidaridad refiere a un todo, a un ente completo, unido, en el que las partes tienen el derecho y la responsabilidad de participar en la creación y mantenimiento del bien común.

Con base en lo anterior podemos afirmar que para asociar el humanismo con la solidaridad y la Constitución se requiere de un trabajo conjunto entre la sociedad y el Estado. Por esto, incluso se habla de un *Estado constitucional cooperativo*. “Sus tareas fundamentalmente son las mismas en todos los sistemas democráticos: conciliar eficiencia y solidaridad social, fomentar la subsidiariedad en el marco del (sic) nuevas formas de descentralización (sic) y garantizar la participación popular, partiendo de las responsabilidades públicas y privadas” (Horn, 2006, p. 380). En este sentido, es fácilmente comprensible que “la referencia al mundo y a la humanidad es un elemento esencial del constitucionalismo que se manifiesta en la internacionalización de los derechos universales” (Horn, 2006, p. 380). Esta nueva vertiente del desarrollo constitucional ha sido visualizada también como el “constitucionalismo cultural” (Ávila, 2001, pp. 39-46), que coincide en el lugar de primera importancia que merecen las cuestiones colectivas; sin duda, la solidaridad constitucional se alimenta en gran parte de este constitucionalismo cultural.

Como podemos colegir de todo esto, las ideas acerca de la solidaridad tienen un alto sentido humano y se vinculan a las tareas del poder público. Desde luego que la solidaridad se relaciona indefectiblemente con la fraternidad, con la ayuda mutua entre los seres humanos, pero también tiene una importante carga política, pues se comprende como una tarea que el Estado debe atender sin vacilación. “La solidarité est la prise de conscience d’une appartenance commune, qui débouche sur une fin, la mobilisation, plus ou moins organisée, pour l’assistance ou l’entraide”<sup>17</sup> (Giorgi y Saintoyant, 2018, p. 10).

Así las cosas, la solidaridad a que nos hemos referido a lo largo de estas páginas no se puede desvincular de la ayuda mutua, de la reciprocidad y la empatía con las demás personas, pero tampoco debe concebirse como la generosidad que los gobiernos practican de manera intermitente u ocasional. La solidaridad horizontal debe ser inscrita en la práctica social y en las convicciones de todas las personas para mirar nuestra naturaleza en el “otro”; la solidaridad vertical

---

<sup>17</sup> “La solidaridad es la conciencia de una pertenencia común, que conduce a un fin, movilización, más o menos organizada, de asistencia o ayuda mutua”.

necesita de gobiernos fuertemente comprometidos con la atención a los problemas centrales entre los que se encuentra la miseria.

Por eso podemos afirmar que la dimensión actual de la solidaridad tiene una indiscutible manufactura constitucional y debe ser recogida por la Carta Magna como principio y directriz para la mejor realización de las tareas del poder público.

## CONCLUSIÓN

Los principios constitucionales o decisiones políticas fundamentales representan un gran aporte teórico en la tentativa de elucidación de lo que una Constitución *contiene* para la vida humano social, en la que convergen atributos orgánicos de quienes gobiernan y derechos irreductibles que deben ser asegurados a las personas en su carácter de gobernados.

Las tareas de orden hermenéutico que estos ejercicios significan han llevado a la doctrina a identificar algunos principios de orden esencial que, sin embargo, no sirven de manera plena ni son suficientes para la realización de la vida humana en las mejores condiciones de bienestar y desarrollo. En tal virtud, la exploración sobre el significado, contenido y posibilidades de un enfoque esencialmente humanista y solidario, nos han permitido otear alguna posibilidad viable y cercana de que el Estado funcione de mejor manera si desde la Constitución se proyecta la importancia y rutas de transformación de la solidaridad como principio constitucional.

De la revisión completa del texto constitucional se advierte apenas una referencia a la “solidaridad internacional”, pero este concepto no es suficiente para encuadrar convenientemente el quehacer de la organización estatal en un propósito de clara vocación solidaria y humanista. Por tal razón, nos parece conveniente que una reforma constitucional pueda colocar en el máximo *corpus* jurídico de México el principio aquí tratado, con la intención de que oriente y guíe el quehacer público hacia el bienestar de las personas y sirva a la vez de coto a las actividades desorientadas de algunos servidores públicos.

El auxilio de la voz *humanismo constitucional*<sup>18</sup> debe servir en este propósito, como infaltable concepto para la forja de la solidaridad vertical, con la que el Estado podrá encontrar mejores veneros para la atención de nuestros problemas colectivos. El Estado constitucional, democrático, social, de derecho tiene que ser alimentado con el *principio de solidaridad*, que le dará un nuevo rostro, desde luego, más humano, más cercano a la realidad que nos aplasta con su

---

<sup>18</sup> Puede verse “una concepción humanista” de la Constitución en Vázquez, F. (2015) Constitución y humanismo. Apuntes para la reconstrucción de un concepto humanista de Constitución. En *Ars Juris*, 50.

miseria y de frente a los enormes retos que debemos asumir colectivamente. Desde luego, es indispensable superar el uso inadecuado de ciertos conceptos que permiten la segmentación.

En una zona de pobreza homogénea, pensar en el pobre como el otro ciertamente no contribuye a establecer lazos comunitarios y solidaridad entre los más desfavorecidos. Desafiar los estigmas supone no ser como ellos; la cotidianidad de la pobreza convive así con la descalificación y la marginación social. (Bayón, 2015, p. 372)

En el discurrir de este análisis creemos que el Estado debe ser sometido a un cuidadoso proceso de reingeniería constitucional, que permita moldear los espacios donde la solidaridad es simplemente desconocida y, menos aún, practicada. En la proyección de este nuevo Estado constitucional, social, democrático y solidario, la cultura tiene que comenzar a fluir en la organización social para generar un cambio en la concepción de la *cosa pública*; y entonces sí, a partir de esa neonata concepción, la *potestad* del Estado deberá ser entendida como el patrimonio de las personas puesto al servicio del pueblo.

## REFERENCIAS

- Aleman, M. (2015). Ricos y pobres: sobre el fundamento y alcance del deber de ayuda al prójimo. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38, 159-188.
- Ávila, R. (2001). Constitucionalismo cultural: hacia una nueva etapa constitucional en México. *Lex, Difusión y análisis*, tercera época, año VI, 70, 39-46.
- Baquias, H. (1992). La politique ou l'art du collectif. *Revue politique et parlementaire*, 94<sup>ème</sup> année, 960, 47-53.
- Ballén, R. (2007). *Ilegitimidad del Estado*. Bogotá, D.C.: Temis.
- Bayón, M. C. (2015). La construcción del otro y el discurso de la pobreza. Narrativas y experiencias desde la periferia de la Ciudad de México. *Revista Mexicana de Ciencias Sociales*, Nueva época, año LX, 223, 357-376.
- Bilbeny, N. (septiembre de 1989). Igualdad y principio de solidaridad. *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 92, 117-122.
- Bokova, I. (2014). Repenser l'humanisme au 21e siècle. *International Review of Education*, 60, 307-310.
- Brukhorst, H. (2005). *Solidarity: From Civic Friendship to a Global Legal Community*. Massachusetts: MIT.
- Busnelli, F. D. (2013). Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente", oggi. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno LXVII, 2, 413-447.
- Campagnolo, U. (1969). La démocratie comme forme politique de la solidarité. *Comprendre*, 33-34, 75-85.
- Carpizo, J. (1994). *Estudios constitucionales*. México: Porrúa-UNAM.

- Coturri, G. (1990). Las bases políticas de la solidaridad. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 30, 129-160.
- Covarrubias, G. (agosto de 2005). Solidaridad y el bien común, una propuesta desde Rorty. *Bien común*, año XI, 128, 25-27.
- De Cabo, C. (2006). *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons.
- De Lucas, J. (1994). La polémica sobre los deberes de solidaridad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 19, 9-88.
- Fernández F. (2012). La solidaridad como principio constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, 30, 139-181.
- Giorgi, D. y Santoyan, V. (2018). *La solidarité en quête de sens*. Rennes: Presses de l'EHESP.
- Herrera, W. (2005). El humanismo como concreción del ideal constitucional. *Revista de Derecho*, 23, 88-96.
- Horn, H. R. (2006). Aspectos del humanismo en el mundo globalizado. *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 36, 375-383.
- Pontier, J. M. (1983). De la solidarité nationale. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, 99<sup>ème</sup> année, 899-928.
- Rodotà, S. (2016). *Solidarietà, un'utopia necessaria*. Roma: Laterza.
- Rossi, E. (2002). Il principio della solidarietà. En J. Luther et al. (Coords.), *I principi fondamentali della Costituzione italiana Lezioni*, 93-102. Università di Pisa.
- Valdés G. (1979). Reflexiones sobre el futuro de América Latina. *Estudios internacionales*, año XII, 45, 56-67.
- Welman, C. (2000). Solidarity, the individual and human rights. *Human Rights Quarterly*, 22 (3), 639-657.

**Las acciones populares para la  
defensa del medio ambiente en  
materia de fumigaciones con  
glifosato, constituyen litigio  
estratégico en materia ambiental**

*Class Actions for the Defense of the Environment in  
the Field of Fumigations with Glyphosate, Constitutes  
Strategic Litigation in Environmental Matters*

DANIEL SEBASTIÁN CORTÉS CABALLERO

Abogado, especialista en Derecho Administrativo, magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja, doctorando en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca (España), litigante y asesor en temas de responsabilidad fiscal, y derecho administrativo en general. Teléfono 314-459-1284. [danielsebastian.cortescaballero@gmail.com](mailto:danielsebastian.cortescaballero@gmail.com)

## Resumen

Este artículo pretende establecer si aun cuando no está definido en la legislación interna de Colombia el concepto de litigio estratégico, este es desarrollado por las diferentes entidades, tanto administrativas o judiciales, con el ejercicio de las acciones que ya están previstas en el ordenamiento, ya sean ordinarias o de carácter constitucional, como en el caso que estudiaremos más adelante, las acciones populares para la protección de los derechos colectivos al medio ambiente, salubridad pública y demás que estén íntimamente relacionados con el derecho ambiental, donde podemos evidenciar que con el ejercicio de estas acciones se ha podido llegar a un cambio de políticas públicas aun cuando el resultado del litigio no ha sido positivo para los demandantes.

### PALABRAS CLAVE

Medio ambiente, litigio estratégico, acciones públicas, fumigaciones con glifosato, acciones populares.

## Abstract

The objective of this article is to establish whether the concept of strategic litigation is not defined in the internal legislation of Colombia, but is developed by the different administrative or judicial entities with the exercise of the actions that are already provided for in the law, whether ordinary or constitutional, nature, as in the case that we will then study class actions for the protection of collective rights to the environment, public health and others that are closely related to environmental law, where we can demonstrate that with the exercise of these actions has been able to achieve a change in public policies, even if the outcome of the litigation has not been positive for the Claimants.

### KEYWORDS

Environment, strategic litigation, public actions, fumigations with glyphosate, class actions.

## 1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo de investigación pretendemos tener conocimiento si el litigio estratégico en materia ambiental, que no está desarrollado normativamente y muy poco en doctrina en Colombia se ve desarrollado en el ejercicio de las acciones populares, cuyos efectos se asemejan a este concepto, estudiando un caso en concreto en el que se evidencian los resultados desfavorables para una comunidad pero que llevan a las entidades administrativas a tomar decisiones que cambian las políticas públicas del Estado por presión de los accionantes con una sentencia judicial que exhorta a investigar los efectos de las aspersiones aéreas con glifosato.

Este artículo está dividido en cuatro partes mediante las cuales pretendemos desarrollar los objetivos que nos hemos propuesto en esta investigación. En la primera parte hacemos una aproximación al concepto que queremos analizar: si existe aplicación en Colombia a través de otra denominación o figura jurídica. En la segunda parte estudiamos el status del medio ambiente en el país como derecho colectivo, para así poder empezar a relacionarlo con el litigio estratégico en materia ambiental. En la tercera parte, habiendo aterrizado el concepto de litigio estratégico en materia ambiental, nos hemos dado cuenta de que este derecho colectivo puede ser defendido judicialmente mediante la acción popular, la cual, según el enfoque que se tenga y como se haga efectivo su ejercicio, puede constituir esa figura jurídica que pretendemos desarrollar. Por último, en la cuarta parte, aplicamos a un caso concreto el marco conceptual desarrollado, para así responder la pregunta planteada en esta investigación con la sentencia emitida por la Sala plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (consejero ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda) del 19 de octubre de 2009, con radicado número 25000-23-25-000-2001-0022-02(AP) IJ; donde es demandado el Ministerio de Ambiente.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Impacto ambiental de las fumigaciones con glifosato en el medio ambiente, animales y en la salud de las personas

### 2.1 Formulación del problema

¿Son las acciones populares el mecanismo jurídico que más se acerca al concepto de litigio estratégico en la protección del medio ambiente en Colombia?

Justificación

Esta investigación fue realizada con el fin de verificar la existencia del litigio estratégico en la materia ambiental en el ordenamiento jurídico colombiano, con el estudio de una acción que se asemeje a los requisitos y resultados de este concepto, y así determinar los alcances que podría

llegar a tener en el caso en concreto de las aspersiones aéreas con glifosato, por ser estas dañinas para el medio ambiente, para la salud de las persona y aceleradoras del deterioro del paisaje entre otros, y de esta manera enmarcar el litigio estratégico en las instituciones del Estado colombiano.

#### Objetivo general

- ▶ Determinar si las acciones populares para la defensa del medio ambiente en materia de fumigaciones con glifosato, constituye litigio estratégico en materia ambiental, de acuerdo a lo señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

#### Objetivos específicos

- ▶ Delimitar el concepto de litigio estratégico dentro del ordenamiento colombiano.
- ▶ Reseñar el tratamiento jurídico que le ha dado el ordenamiento jurídico colombiano al derecho del medio ambiente.
- ▶ Señalar el mecanismo idóneo para la protección de los derechos del medio ambiente en Colombia.
- ▶ Análisis de caso en concreto, acción popular del Consejo de Estado.

### 3. METODOLOGÍA

De acuerdo con los parámetros definidos dentro de los procesos de investigación, para la realización de este trabajo hemos utilizado una metodología analítico-descriptiva. Se aplicó la metodología analítica en la medida en que se consultó material bibliográfico no solo desde el punto de vista de la consulta simple, sino que sobre él se realizó el respectivo análisis de cada una de los enfoques de cada autor. Por otra parte, se aplicó la metodología descriptiva en la medida en que se realizó un trabajo de descripción de la problemática que vive el país como consecuencia de las fumigaciones con glifosato.

### 4. CONCEPTO DE LITIGIO ESTRATÉGICO

Para poder definir el concepto de litigio estratégico en materia ambiental es necesario explicar el concepto genérico que se tiene del mismo, es preciso empezar por señalar el concepto de litigio de alto impacto, el cual relacionamos con el particular:

... la estrategia de seleccionar y promover el litigio de ciertos casos que permitan lograr un efecto significativo en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un estado o región. Al mismo tiempo, el litigio de impacto promueve el imperio del derecho, provee las bases para futuros casos, facilita la documentación de violaciones de derechos humanos, promueve la rendición de cuentas por parte del Gobierno y contribuye a la educación y conciencia social. En términos

generales el litigio de alto impacto promueve la defensa del interés público en todas sus manifestaciones. (Montoya, 2008, p.12)

Siendo condición *sine qua non* para poder ejercer el litigio estratégico, la necesidad de encontrarse frente a un caso especial en el que se estén presentando vulneraciones colectivas de derechos, con el fin de defender el interés público, derechos humanos, derechos fundamentales como, por ejemplo, el derecho a la vida o a un ambiente sano.

El concepto de litigio estratégico tuvo como origen la necesidad de protección de ciertos casos especiales, los cuales tienen una incidencia importante en este caso de defensa ambiental y cuyo propósito sea no solo hacer cesar los daños o prevenir su ocurrencia. Así mismo, es obligación de las entidades estatales la formulación y aplicación de políticas públicas para la protección de ciertos grupos de personas con características especiales.

Si la formulación y adopción de medidas públicas no son atendidas por parte de las entidades estatales, o aun aplicando estas no se evitan los daños denunciados por las personas afectadas, será posible forzar de manera colectiva decisiones administrativas y judiciales que rompan paradigmas y permitan lograr para grupos en situación de vulnerabilidad manifiesta.

El litigio estratégico por lo general trata de cómo hacer uso de todas aquellas herramientas que pone a disposición de los ciudadanos el sistema jurídico colombiano, para así superar las propias deficiencias del sistema y sortear las reglas establecidas, pero buscando resultados distintos a los que ordinariamente se esperan con su utilización.

Es decir que el resultado de una acción judicial no sea el que establece la norma; en materia ambiental cabe señalar que el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, consagrada en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, pretende la condena de una persona que en los términos de la Ley 1333 de 2009 ha afectado el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje, entre otros, y por ello sea considerado un infractor ambiental, y así se pretenda la obtención de material que resulte importante en términos probatorios, para que este trámite administrativo logre resultados científicos para su aplicación en procesos de la misma naturaleza, o que en tratándose de las diferentes acciones judiciales y administrativas, no solo se busque un resultado particular consistente para exonerar a una persona en un caso particular, sino que este sea un caso que genere un cambio de visión de la jurisprudencia de la materia, y así contribuir a que una comunidad que ha experimentado casos análogos estos puedan ser estudiados por las altas Cortes, para unificar las decisiones de los diferentes jueces de conocimiento a lo largo del territorio colombiano.

Incluso la declaración de improcedencia de una demanda, no significará una derrota, si se consiguió que un máximo tribunal se pronuncie y reflexione sobre un tema de fondo, y sienta su posición en los considerandos del fallo, para que luego con los conceptos vertidos en el mismo,

con los cuales pueda iniciarse nuevas expansiones de derechos ambientales e indígenas, con el camino más limpio, y una ventaja: existe ya certeza y claridad sobre conceptos fundamentales. (Perú, 2015, Pág 1).

Entre los conceptos en materia de litigio estratégico encontramos varios tipos de elementos que constituyen la naturaleza propia de un concepto que no ha sido desarrollado como tal bajo esa denominación en la jurisprudencia y en las leyes colombianas, pero que ha tenido algunos acercamientos por parte de la doctrina en materia de litigios de alto impacto, como aquellos que se proponen basándose en las herramientas que para el fin que se busca sean utilizadas, ya sean judiciales o administrativas. Dentro de estas podemos encontrar conceptos cuya finalidad se centra en la defensa de los derechos humanos, entre los cuales logramos hallar la defensa del medio ambiente y los derivados conexos a este; el interés público o los derechos colectivos, en los que deberán primar aquellos derechos que sean concedidos a un grupo específico de personas con unas características especiales.

Características que deben ser estudiadas desde varios puntos de vista, los cuales podríamos definir como el acceso a la administración de justicia, derecho consagrado en el artículo 229 de la (Constitución Política de Colombia para defender y discutir los derechos que han sido reconocidos por las normativas, lo que los españoles han llamado *la tutela judicial efectiva* (Córdoba, 2010) donde más allá de estar descrita y reconocida en la norma, deberán adoptarse todas las precauciones y garantías para que este derecho se convierta en una realidad, de una parte, y de otra, la utilización de todas aquellas herramientas que las normas le conceden al ciudadano para que el anterior concepto pueda ser llevado ante la administración de justicia para obtener una decisión lo más acorde a derecho positivo, y si es posible, con la decisión que se adopte se cambie un paradigma o un pensamiento normativo, que permitan que las condiciones iguales tengan un impacto no solo *inter partes*, sino también para quienes tengan la responsabilidad de formular políticas que impidan la causación de estos daños o que sean resarcibles algunas conductas, sin exceder el peso de las condenas, las cuales en ocasiones, y sobre todo en materia ambiental, son desproporcionadas.

El litigio estratégico en derechos humanos es parte del ejercicio del derecho de acceso a la justicia, y tiene como objetivo final el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, ordenado por instancias de justicia nacionales o internacionales. (Yrigoyen, s.f.Pág. 9).

Es decir, estos litigios de alto impacto o estratégicos tienen la finalidad, no solo de obtener decisiones judiciales y administrativas favorables a un grupo de personas, sino también unos cambios estructurales en materias específicas, como por ejemplo, en derecho ambiental, específicamente, como se desarrollará más adelante, en la lucha jurídica surtida por algunas personas en pro de la prohibición de fumigaciones aéreas con glifosato, forzando, así, la adopción de

políticas públicas que en ocasiones se salen de la esfera de lo jurídico y pasan a la esfera política del Estado; al generar estos efectos en defensa de derechos colectivos, estamos frente a una aplicación y finalidad esperada por el litigio estratégico.

Después del ejercicio de las acciones pertinentes, con algunas experiencias y resultados que pueden ser hacer efectivos derechos colectivos, o por lo menos el estudio minucioso y particular de estas problemáticas por una alta Corte, como lo estudiaremos más adelante en este escrito por el Consejo de Estado, se ha generado un cambio del precedente jurisprudencial vinculante en las materias que estudiaremos como en el tema ambiental antes propuesto, donde se generó con esta decisión judicial del Consejo de Estado (25000-23-25-000-2001-0022-02(AP)IJ, 2009) un cambio de políticas públicas para erradicación de cultivos ilícitos en el territorio colombiano que inicialmente fuera ordenado por una entidad administrativa del orden nacional en ejercicio de una política pública. En este caso tenemos resultados en materia de derechos humanos que íntimamente están relacionado con el derecho ambiental, concebido en el ordenamiento jurídico como un derecho de raigambre colectivo.

Después de delimitar las finalidades del litigio estratégico, podremos diferenciar las clases del mismo, para así distinguir la manera de utilización de esta figura jurídica.

La primera finalidad del litigio estratégico es de carácter preventivo, la cual, en virtud y desarrollo del principio de precaución, asume causas colectivas con las que se busca evitar la comisión de daños o evitar que los perjuicios que sean irremediables, para evitar que estos daños al medio ambiente, entre otros, contaminaciones al medio, generen consecuencias perjudiciales a la salud humana, la vida y la salubridad pública. Aun sin que sea necesario tener la certeza científica de las consecuencias que pueda generar la conducta, basta con que sea afectado un recurso y que haya la probabilidad de causar daño en las personas en el entorno, el paisaje, los recursos naturales, entre otros, para que el Estado pueda ejercer su potestad sancionadora.

La segunda finalidad del litigio estratégico es de carácter correctivo, que consiste en poder hablar de daño o impacto negativo ambiental ya consumado, mediante la cual anteriormente se busca la reparación integral de esos daños causados al medio ambiente. Con la expedición de la Ley 1333 de 2009 se estableció que una vez cometida una infracción ambiental, a juicio de la autoridad ambiental, y una vez realizado el trámite pertinente y señalado en la ley y con observancia del debido proceso del artículo 29 constitucional y realizado un estudio juicioso del caso en concreto podrá imponer sanciones que pueden consistir en multas, cierre temporal o definitivo de establecimientos, edificaciones o servicios, revocatoria de la licencia ambiental, demolición de obra, decomiso, restitución de objetos y trabajo comunitario (artículo 40 de la Ley 1333, 2009), mediante acto administrativo complejo que deberá ser motivado.

Pero adicional a esta actuación y decisión de la administración, el litigio estratégico busca que respecto las decisiones que ameriten un tratamiento especial por afectar a un grupo de personas se tomen las medidas pertinentes si son de competencia de la entidad que profirió la decisión; de no ser así que sea esta decisión la que inflencie o ejerza algún tipo de presión a la entidad competente para evitar en lo sucesivo estas conductas que causan daño a estos derechos colectivos, como el medio ambiente, con la adopción y aplicación de políticas públicas, leyes o lo pertinente según las particularidades del caso.

El litigio estratégico es definido por algunos autores como un pleito que ocasionalmente tiene resultados de proyección social, por sus consecuencias en la obtención de resultados en el ámbito de los derechos colectivos, pero no puede afirmarse que todo litigio estratégico tendrá estos resultados, pues la finalidad que se busca con este es seleccionar casos de alto impacto en las ramas del derecho que presenten problemáticas marcadas y que merezcan un tratamiento especial que pueda influir en decisiones políticas o administrativas; donde sí puede cumplir con su finalidad transformadora e innovadora en la materia que se proponga, ... Aunque las acciones con proyección social lleguen a tener un alto impacto social, generalmente no se valen de estrategias jurídicas a través de casos paradigmáticos para lograr sus objetivos. (Coral-Díaz, 2010, Pág. 12).

El litigio estratégico genera importantes beneficios, como el fortalecimiento del concepto de justicia y los fines del Estado, administración de justicia de manera especial, no de manera matemática, como se ha venido haciendo hace muchos años, donde para un caso en particular se aplica la norma de manera exegética, sino que sea de una manera diferente, que se exploren y tengan en cuenta todos los factores sobre lo que se va a decidir, y si aún no está establecido en la norma, o se sospeche que no es justa o eficaz, se genere una obligación de adopción de ciertas políticas en defensa de los derechos colectivos por parte de las entidades del Estado; a diferencia de lo concebido tradicionalmente como litigio y que fuera expuesto en reglones anteriores definido así: "litigio, del lat. *Litigium* 1. m. Pleito, altercado en juicio 2. m. Disputa, contienda" (Real Academia Española, 2001), Como la disputa jurídica, que, en su desarrollo, da luces al juzgador sobre la tesis que a su parecer es más justa y legal y así proferir decisión en derecho.

Ahora bien, debemos entender el concepto de litigio estratégico y el litigio de alto impacto como sinónimos, toda vez que

El litigio estratégico forma parte del denominado Derecho de interés público, entendido como el conjunto de estrategias y litigios jurídicos y judiciales orientados a utilizar el Derecho como un factor de transformación social. Este uso transformador del Derecho tiene como propósito final la defensa del interés colectivo, la promoción de los DDHH y la justicia social. En ese marco conceptual, por litigio estratégico o de alto impacto se entiende el esfuerzo de llevar a juicio un caso específico con el objetivo de crear efectos que trasciendan los intereses individuales y generen cambios sociales más amplios. En el caso del Programa Maya, los litigios estratégicos se

centran en el reclamo de los derechos colectivos y difusos de los Pueblos indígenas, a librarse en una sociedad con fuertes rasgos de exclusión y racismo, y ante un sistema de justicia monista, ineficiente y corrupto, por lo que se requerirá construir una fuerza social proporcional a esos retos para viabilizar las Litis (Estrategia General para los litigios de Alto impacto).

Este concepto aterrizado en materia ambiental tiene unas especificidades que lo enmarcan y diferencian de otros, pues los fundamentos en lo que este pretenderá desarrollarse se basan en diferentes objetos y con diversos resultados; como el litigio de derechos colectivos; entendiéndose como derechos colectivos los consagrados en el Capítulo III (artículo 78 al 82) de la Constitución Política de Colombia, entre los que encontramos: calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización, derecho a gozar de un ambiente sano, protección a la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines, aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (quien contamina paga), entre otros; este principio del derecho ambiental lo que busca es la protección del bien jurídico, como lo es el medio ambiente, de esta manera evitar contaminaciones y que estas, además de perjudicar el medio ambiente, genere consecuencias nocivas para la salud de las personas que de alguna manera están en contacto más directo con el medio ambiente porque trabajan en él y viven del mismo; pretendiendo con esta premisa del derecho ambiental señalada anteriormente que se protejan estos derechos y que se genere una conciencia de lo colectivo en las personas habitantes del territorio nacional; siendo esto último un impacto de sensibilización para su protección.

Con el pasar de los años y con la expedición de la Constitución Política de Colombia, también llamada la “Constitución Ecológica”, se han venido incrementando las acciones judiciales y administrativas tendientes a la defensa de este tema como derecho fundamental, donde se han logrado resultados favorables no solo para el medio ambiente sino para las personas que viven de su producción, explotación y aprovechamiento, conforme a las normativas vigentes, donde podemos encontrar que se ha venido desarrollando un litigio estratégico, pues con las reclamaciones y denuncias de la personas afectadas se ha logrado cambiar la política pública del Estado a través del estudio hecho por las altas Cortes, como el Consejo de Estado Colombiano, sirviéndose de conceptos de instituciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS), donde se ha ordenado no continuar con actividades que estén afectando no solo los recursos naturales sino que han causado daño en las personas. Los cuales han resultado en declaratorias de responsabilidad del Estado por omisión en el cumplimiento de algunas de sus funciones, como la vigilancia sobre estos temas, que ahora son de trascendencia mundial.

Para este artículo he seleccionado un caso específico, en el que se podrá evidenciar que el litigio estratégico en materia ambiental, preventivo en algunos casos y correctivo en otros, ha sido utilizado por algunos grupos de personas que se vieron afectados por las fumigaciones con glifosato en ciertas partes del país, sin saber que estaban haciendo uso de esta figura por falta de tratamiento legal y jurisprudencial; caso que será desarrollado más adelante con el estudio de una sentencia proferida por el Consejo de Estado colombiano.

## **5. MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO COLECTIVO. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL**

Como antecedentes del concepto del medio ambiente como derecho en el sistema jurídico Colombiano tenemos; en primera medida, y como una de las referencias del pensamiento de la materia en el siglo XIX, en donde Simón Bolívar, expide decreto el día 19 de noviembre de 1825 en atención a que una gran parte del territorio nacional carecía del recurso hídrico y, por consiguiente, de todas aquellos productos que necesitaran del recurso para su existencia; la presencia de problemáticas relacionados con la calidad de vida de las personas; escases de productos como vegetales, por imposibilidad de la explotación de los terrenos para fines agrícolas; entre otros que en ocasiones y partes específicas de los territorios fueran explotados por algunas personas en perjuicio de otras; en el mencionado decreto, se ordena “Que se visiten las vertientes de los ríos, se observe el curso de ellos, y se determinen los lugares por donde puedan conducirse aguas a los terrenos que estén privados de ellas” (Cárdenas, 2015, Pág.47 ) Dichas acciones estaban orientadas a que toda la comunidad pueda acceder a los recursos naturales y que su explotación y uso deberá ser acorde con la normatividad, para así evitar perjuicios a los demás.

En este mismo sentido, Simón Bolívar, una vez oído el dictamen del Consejo de Estado, el 31 de julio de 1829 expide un decreto mediante el cual se establece la regulación, protección y aprovechamiento de la riqueza forestal y se especifica que los bosques de Colombia, bien sean de propiedad pública o privada, son de gran importancia para el medio ambiente, pero que la explotación indiscriminada de estos recursos, sobre todo de madera, estaba causando graves perjuicios. Para evitar que dicha situación siguiera agravándose, en diez artículos de dicho decreto se implementó la protección de los recursos de flora.

Entre otras normas, en Villa del Rosario de Cúcuta se promulgó el 21 de mayo de 1820 el decreto mediante el cual se crearon las juntas provinciales de comercio y agricultura.

Ahora bien, con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991 se redirecciona la protección ambiental y el legislador se toma en serio la protección, defensa y tutela del medio ambiente, desde varias perspectivas, las cuales han sido el asidero de las políticas públicas en varios países del mundo; obligación que reposa en cabeza del Estado colombiano y de los parti-

culares que habitan este territorio; también como deber y derecho de un colectivo de personas en circunstancias similares; “y en tercer lugar como un factor determinante del modelo económico que se debe adoptar y, por último como una limitación al ejercicio pleno de los derechos económicos” (Navas, 2002 Pág. 27).

En lo pertinente a la materia ambiental, la Constitución Política de Colombia es una norma superior que es garantista y protectora de los derechos del medio ambiente. El concepto de ambiente tiene una doble connotación, pues es considerado un deber de protección del Estado y un derecho referente a que los ciudadanos deberán gozar de un medio ambiente sano, próspero, limpio y de libre e igual acceso, el cual va íntimamente relacionado con la salud, la vida la integridad física la dignidad humana, entre otros más.

La norma superior incorporó en su cuerpo normativo garantías y conceptos que con el pasar de los años fueron tomando sustento teórico y científico, como lo son: ambiente sano (artículo 79), calidad de vida (artículos 64, 334, 366), desarrollo sostenible (artículo 80), participación ciudadana (artículo 41), función ecológica (artículo 58), entre otros. Por ello, debe dárseles el sentido y aplicación jurídica que buscaba el espíritu del legislador al incluirlas en el texto superior de los colombianos.

El concepto del medio ambiente dado por esta norma tiene un carácter que es considerado por muchos estudiosos de la materia como interdisciplinario, pues es aplicado y estudiado no solamente por quienes estudian e interpretan leyes, sino por aquellas personas que sienten la necesidad de proteger el medio ambiente, indistintamente de las profesiones que ejercen; en todo caso, se trata de conceptos dinámicos que pueden ser interpretados de manera dinámica, con lo cual se procura contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de las personas y de la defensa del medio ambiente.

La Corte constitucional colombiana ha dicho en numerosas oportunidades que la Constitución Política de 1991 ha materializado un cambio en las relaciones entre el ciudadano colombiano y el medio ambiente que este tiene a su alrededor y alcance. En la Carta se encuentran disposiciones en materia ecológica, pues su espíritu es la protección de los recursos naturales y el medio ambiente.

La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado social de derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra amparado en lo que la jurisprudencia ha denominado “Constitución ecológica”, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propongan por su conservación y protección. (Corte Constitucional, Sentencia C-431 del 2000).

El preámbulo de la Constitución tiene un efecto vinculante en cuanto a que este incorpora, más allá de un mandato especial, una motivación política de toda la normatividad del Estado, que consagra valores y fines que aspira a su cumplimiento en aras de proteger a la vida, a partir de la protección de un medio ambiente sano de las personas y todo aquello que lo rodee, como lo es el medio ambiente, a través de instituciones jurisdiccionales o administrativas como las Corporaciones Autónomas Regionales en el tema ambiental (Ortiz, 1991).

El artículo 8 de la Constitución Política es una norma sin precedente en la historia constitucional del país (Hurtado, 1991), pues impone al Estado, como administrador, la protección del patrimonio ecológico y cultural de la nación, carga que se extiende a las personas; además de estas actuaciones de preservación deberá velar por la conservación de un ambiente sano. No obstante el poder coercitivo del estado en la materia, en la Sentencia C- 423 del 20 de septiembre 1994, la Corte Constitucional, el máximo interprete constitucional, ha indicado que el cumplimiento de este fin deberá hacerse por dos vías: por un aparte, la planificación y fijación de políticas estatales en pro de la defensa y conservación de los recursos naturales, y por otra, la consagración de acciones judiciales encaminadas a la preservación del medio ambiente, y la imposición de sanciones a quienes atenten contra este derecho, acciones que podrán ser iniciadas de oficio o petición de parte de cualquier ciudadano; entre estas acciones encontramos una constitucional, que es la popular, determinada en el artículo 88 de la Constitución Política así:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad, y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica, y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

La ley 472 de 1998 desarrolla el ejercicio de las acciones populares y de grupo.

El artículo 49 de la Constitución Política de 1991, no tiene una norma anterior de las mismas características en la constitución de 1886, pues en materia de salud y de saneamiento ambiental es la primera vez que se incluye en el texto superior, teniéndose el saneamiento ambiental (Ley 142, 1994) como un servicio público cuya prestación deberá ser garantizada, bien sea por el Estado directamente o por un particular especializado, que deberá someterse al régimen jurídico especial de los servicios públicos, es decir, la Ley 142 del 11 de julio 1994. En la prestación de dichos servicios se deberá tener en cuenta los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad.

El derecho a un ambiente sano está determinado en el artículo 79 de la Constitución:

Todas las personas tienen derecho a gozar de un medio ambiente sano, la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la biodiversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Norma establecida con características similares en el Código de Recursos Naturales. Estos derechos les han sido otorgados a la comunidad en general, cuyos miembros serán los titulares de las acciones para su protección y, al mismo tiempo, serán sujetos de derechos quienes estén legitimados en la causa para exigir su cumplimiento y pedir que las afectaciones a los recursos naturales sean reparadas y/o compensadas, “por ser este derecho condición *sine qua non* de la vida misma”; y será difícil la consecución de derechos económicos y sociales si hace falta el principal que ayuda en la conservación de la vida misma, protegida en el artículo 11 superior (Borda, 1991).

Correlativamente, al entregar derechos a los ciudadanos que podrán ser exigidos en cualquier tiempo ante autoridad jurisdiccional (acción de popular) o administrativa (denuncia de infracción ambiental), también son impuestos a los ciudadanos deberes que se convertirán en obligaciones, o reglas de conducta para las personas que habiten el territorio nacional; deberes que serán de obligatorio cumplimiento, en aras de obtener una convivencia pacífica de los asociados, inicialmente haciendo obligatorio el cumplimiento del ordenamiento jurídico en materia ambiental: la obligación de proteger el medio ambiente y los recursos naturales y velar por un ambiente sano.

Las restricciones en materia de libertad solo podrán tener sustento en las razones que el legislador determine taxativamente. La Constitución podrá facultar al legislador para hacer exigibles los parámetros básicos de conducta fijados por este y será competencia del Congreso expedir normas para sancionar el ejercicio inadecuado o la obediencia a lo estipulado en la norma; en este último sentido, de manera enunciativa la Ley 1333 de 2009, por medio de la cual se establece el procedimiento sancionatorio administrativo de carácter ambiental.

Del 3 al 14 de junio de 1992 en Río de Janeiro se discutieron y aprobaron cinco documentos que en estos tiempos son de los más importantes logros en materia de defensa del medio ambiente, entre los que encontramos principios, convenios sobre biodiversidad, políticas públicas que debieren ser asumidas por los países en cuanto al cambio climático, declaraciones sobre bosques, y una agenda de trabajo en la que la actividad más importante debería ser la defensa y la procura de recuperación del medio ambiente.

Entre los principios que deberán ser rectores del derecho ambiental de los países alrededor del mundo encontramos de manera enunciativa:

- ▶ El hombre es el centro de las preocupaciones ambientales; pues él y las generaciones venideras deberán tener el derecho de gozar de un ambiente sano en todos los sentidos; adicional a estos, deberá tenerse especial protección y cuidado con su proceder, pues esto puede ser la causa de los males en la salud producidos por contaminación en el medio ambiente.

- ▶ La formulación de políticas públicas en pro del medio ambiente compete únicamente a cada Estado, pero este deberá observar que las políticas que se tomen en pro de medio ambiente no causen afectaciones de carácter ambiental a los países vecinos. “Recuérdese el famoso caso entre Estados Unidos y Canadá Smailter Trail, que obligó al cierre de una fundición ubicada en la frontera porque sus emisiones afectaban al otro estado” (VV.AA., 2002, Pág 102).
- ▶ El principio de precaución: en el cual se exige que en el evento en que se cause un daño grave e irreversible al medio ambiente se deberán tomar las medidas necesarias, aunque para el momento de tomar estas no se tenga certeza específica o científica sobre la ocurrencia de un daño de carácter ambiental; aunque este principio es la excepción a la regla general, pues en la mayoría de los casos deberá contarse con al menos la posibilidad de la eventual ocurrencia de un daño de carácter ambiental.
- ▶ La obligación de los Estados de internalizar los costos de los daños causados al medio ambiente, pues es la forma más efectiva y justa de saber cuánto vale la afectación al medio ambiente, saber el valor del recurso que se haya afectado derivado de cierta conducta, y esta deberá ser tomada en cuenta con algunos factores que se hacen de manera enunciativa y no taxativa en este escrito, como lo son tener en cuenta los beneficios sociales y ambientales del recurso afectado. “Hay que saber cuánto cuesta el ambiente para cobrarle ese uso a quien lo vaya a disfrutar en perjuicio de otras personas” (VV.AA., 2002, Pág. 103).
- ▶ La obligación del Estado a través de las autoridades ambientales de hacer un estudio de impacto ambiental para poder iniciar cualquier proyecto que se crea que puede generar un impacto negativo que sea de consideración. La Ley 99 de 1993 exige como requisito *sine qua non* para el otorgamiento de licencias ambientales, la elaboración del estudio del impacto que este generaría, para saber y tener un concepto técnico que permita resolver a favor o en contra la solicitud.

El impacto de este evento ambiental realizado en Río de Janeiro fue para Colombia positivo, pues fue expedida la Ley 99 de 1993, que creó el Sistema Nacional Ambiental (SINA), del cual hace parte el Ministerio del Medio Ambiente, como la máxima autoridad administrativa de la materia en el orden nacional. Asimismo, se creó las Corporaciones Autónomas Regionales, máximas autoridades ambientales en las regiones de su competencia, las cuales están divididas de manera geográfica en todo el territorio colombiano; también se otorgan funciones al Consejo Nacional Ambiental, y la creación de una figura jurídica importante para la materia, la licencia ambiental, la cual recoge todos los permisos que necesite un persona para la ejecución de sus actividades y que lleven consigo la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales, existencia de esta que fue confirmada con la expedición del Decreto 2150 de 1995 en el numeral segundo del artículo 47.

La Ley 99 de 1993 recoge y positiviza en una norma los principios plasmados en la Constitución Política de Colombia, en la Ley 23 de 1973, en los códigos Sanitario y de Recursos Naturales, en las declaraciones de Estocolmo y Rio de Janeiro.

La finalidad de las normas de carácter ambiental mencionadas anteriormente de manera enunciativa es sanitaria; requisito fundamental para asegurar el bienestar, la salud humana y la vida de las personas, definido así por la Ley 9 de 1979. Esta finalidad sanitaria, consagrada en la Ley 23 de 1973, ha sido soporte para que las altas Cortes, en especial la Constitucional, hayan accedido a su protección a través de la institución jurídica fundamental más importante de la Constitución, la consagrada en el artículo 86; por considerarse un mecanismo idóneo, pero no único, para la protección del medio ambiente por conexidad con derechos fundamentales como el de la vida, la salud, el bienestar, la dignidad humana (Villa, 2012).

Pero para efectos de este artículo y hablando de litigio estratégico en materia ambiental, como defensa de intereses de un grupo de personas con característica y legitimidad específica, tenemos que analizar los mecanismos más idóneos y efectivos de defensa judicial de derechos colectivos, que serán estudiados en la tercera parte de este trabajo.

## 6. MECANISMO IDÓNEO DE DEFENSA JUDICIAL DE DERECHOS AMBIENTALES COMO DERECHOS COLECTIVOS

Primeramente, debemos clasificar en qué categoría encontramos los derechos del medio ambiente, para luego entrar a determinar cuáles son las acciones pertinentes para su defensa judicial, y como ya se ha mencionado en la segunda parte de este trabajo, los derechos al medio ambiente se encuentran en el mandato constitucional, en el título II, de los derechos, las garantías y los deberes, capítulo III de los derechos colectivos y del ambiente, en los artículos 78 y ss. De su lectura podemos inferir que estos derechos son propios de un grupo de personas que son quienes gozan del medio ambiente, es decir, todos los ciudadanos del territorio; derechos que tienen la finalidad primordial de proteger las necesidades de las personas respecto de ciertas circunstancias, prestación uniforme de bienes y servicios en favor de una colectividad a cargo del Estado; es decir, esta gama de derechos colectivos regula las relaciones del ciudadano y su entorno ecológico.

Corresponde al estado en relación con el medio ambiente, planificar su administración, prevenir y controlar los factores de su deterioro y cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas fronterizos y velar por la integridad del espacio. (Moreno, 2014, Pág. 12).

En cuanto al concepto de que son intereses o derechos colectivos, el Consejo de Estado en diferentes oportunidades ha señalado:

“Aquellos derechos que pertenecen a todos y cada uno, pero que no es el interés propio de cada uno, o de una comunidad organizada. No es la suma de intereses individuales. Es el que cada uno tiene por ser miembro de la comunidad. Son una especie de derechos difusos.

Se justifica la elevación a constitucional de algunos derechos colectivos como el medio ambiente en el sentido de que el Estado como regulador de relaciones deberá proteger el medio y los recursos, naturales de las actuaciones de las personas, tanto naturales como jurídicas, tendientes a destruir y aprovechar los mismos sin las debidas autorizaciones legales o administrativas como la licencia ambiental.

Para la protección judicial de estos derechos colectivos se pueden ejercer las acciones populares, acciones elevadas de rango constitucional consagradas en el artículo 88 de la Constitución Política que más adelante fue desarrollada por la Ley 472 de 1998, entendida como un mecanismo de protección procesal que tienen a su alcance grupos de personas cuyos derechos o intereses estén catalogados como colectivos, de los cuales serían titulares de manera indivisible para su exigencia y protección y no podrá realizarse la misma de manera individual. La constitución política de manera acertada les otorgó categoría superior a estos grupos para proteger esos intereses colectivos, más cuando existen pluralidad amplia de personas afectadas.

La ley 2303 de 1989 institucionalizo la acción popular para la preservación del ambiente rural y los recursos naturales renovables. (García, 2015). Decreto que fue derogado por el artículo 627 de la Ley 1564 de 2011. (Código General del Proceso)

La acción popular es definida en el artículo 2 de la Ley 472 de 1998 como medio procesal idóneo para la protección de los derechos colectivos, ejercida para evitar un daño contingente, el cual es definido por la Corte Constitucional (2003) como susceptible de ser precavido a través del accionar del aparo jurisdiccional; o la posibilidad de volver las cosas a su *statu quo*, norma que genera expectativa en la protección del derecho colectivo estudiado, el medio ambiente.

En el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 encontramos un listado que nos orienta sobre los derechos colectivos que son susceptibles de esta acción, entre los que se encuentran el que es objeto de estudio en este escrito, en el literal c sobre la existencia de un equilibrio ecológico, el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, para así garantizar un desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas ubicados en zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente. Y los literales g y j que hacen referencia la seguridad y salubridad pública y el efectivo acceso y prestación de servicios públicos, respectivamente.

La legitimidad por activa de la acción popular reside en cualquier persona titular de los derechos colectivos, o un grupo, que podrá ser determinado o indeterminado, que se encuentra afectado o en amenaza de afectación de sus derechos, producto de una omisión o extralimitación administrativa o particular, condición *sine qua non* para su procedencia es la existencia de un derecho colectivo y la violación o amenaza de violación de estos derechos a un grupo de personas, como por ejemplo, el derecho a un medio ambiente sano, que puede presentarse en conexidad con otros derechos fundamentales o de cualquier otro rango.

Cuando esta vulneración o amenazada de vulneración de los derechos colectivos sea causada por el Estado, sea cual sea su forma o su medio, se podrá solicitar a la entidad a través de un escrito que en el menor término posible deje de causarse ese daño; o que máximo en el término de 15 días se tomen las medidas pertinentes para que cese el daño, este como requisito de procedibilidad para acudir ante el juez para decidir de fondo; siendo la excepción a la norma general del requisito de procedibilidad antes mencionado, el caso de existencia de un daño inminente, o una amenaza de ocasionar con la conducta del estado un daño irremediable al interés colectivo que se pretenderá defender con la acción popular. Aun cuando la postura del Consejo de Estado era la no exigencia de requisitos de procedibilidad frente a estas acciones pues el legislador no previó este. (Consejo de Estado, 2007)

Encontramos que los efectos y decisiones que persigue la acción popular es la reparación de los daños y perjuicios causados a un número plural de personas con condiciones especiales, estando consumado ya el daño, pero no podrá exigirse la reparación subjetiva o plural de esos daños individualmente concebidos, pues no hay legitimación personal, sino colectiva, pues ninguno de los actores es diferente o supera su condición de ser legitimado por ser parte del pueblo Pero si este aún no se ha consumado o está en camino a causarse, será su objetivo prevenir su causación.

La Ley 1285 de 2009, en su artículo 36ª, creó un mecanismo de revisión eventual de las acciones populares, donde el Consejo de Estado, como el máximo tribunal de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, revisará de manera eventual y a petición de parte o del ministerio público, a través de sus diferentes secciones divididas en los asuntos de su conocimiento, las sentencias y demás actuaciones surtidas en el procedimiento de la acción popular, con el objetivo de unificar jurisprudencia, quizás uno de los objetivos específicos del litigio estratégico en materia ambiental del que se habló en los capítulos anteriores.

La sentencia en las acciones populares será proferida una vez sea cumplido con el trámite procesal correspondiente, donde el juez cuenta con 20 días siguientes al vencimiento del término para alegar de conclusión la sentencia podrá contener una orden de hacer o no hacer, exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas a su estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo cuando fuera físicamente posible; en casos de daños a recursos naturales o el medio ambiente, el juez procurará todas aquellas actuaciones que puedan asegurar la restauración

del área afectada; el juez dará termino para el cumplimiento de su sentencia, reservándose la potestad de tomar medidas pertinentes para el cumplimiento de su decisión, “también podrá comunicar a las entidades o autoridades administrativas que considere para que en lo de su competencia sean tomadas las decisiones tendientes al cumplimiento de su fallo.”

Pudiendo esta sentencia impactar en la adopción de políticas públicas o cambio de ellas, en cuanto a que sean garantizados los derechos de un grupo en adelante, tomando las correcciones de lo ya sucedido, para que este impacto sea positivo tanto para el medio ambiente, recursos naturales como para grupos de personas con características y derechos colectivos. Así mismo, un cambio de precedente jurisprudencial, que generará efectos vinculantes para casos análogos, y puedan darse esos derechos reconocidos por una Alta Corte a las personas que tengan las mismas dificultades a lo largo y ancho del territorio colombiano, a través de la aplicación del precepto del artículo 230 de la Carta Política de 1991.

La sentencia antes mencionada deberá ser motivada, “en tal sentido, para garantizar una administración de justicia democrática, el acto de motivar las sentencias no deviene únicamente de una exigencia de orden legal, sino de una derivación del ejercicio mismo de la jurisdicción” (Guzmán, 2013, Pág. 16) Para así considerar que el uso de la acción que en este capítulo hemos mencionado constituya en un verdadero acceso a la administración de justicia donde el juez deberá proferir no solo una decisión sino que deberá en todo caso hacer un estudio a conciencia de todos los factores, valorando todo el material probatorio y haciendo un examen respecto a por qué su decisión ha sido esa, con el fin de que no solo sea vencedora una parte y vencida otra, sino que el camino a esa decisión pueda ser de provecho algunas personas; así y solo así habrá en los administrados un sensación de justicia, no solo por la decisión, sino porque su caso ha sido estudiado a conciencia y ha generado en algunos casos un impacto que ha forzado al cambio de pensamiento o de política pública en ciertas ramas del derecho.

El derecho a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, se ha definido como.

la posibilidad reconocida a todas las personas en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos con sujeción a los procedimientos establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. (Corte Constitucional 2013).

Si bien se considera que para la defensa de derechos colectivos como el medio ambiente, recursos naturales, saneamiento básico, entre otros, está establecida la acción popular, hay quienes para su protección invocan la acción de tutela (Bautista, 1999); y si es cierto que se tratan de derechos colectivos en conexión con algunos fundamentales, existen medios judiciales alterna-

tivos idóneos de defensa de derechos colectivos; así lo hace saber la Sentencia de unificación jurisprudencial SU-67 de 1993 (Díaz, s.f.), validada más adelante por varias sentencias, entre las que se encuentran la Sentencia T-254 de 1993 (Carbonell, s.f.) al decir: “No procede la acción de tutela por lo mismo, si promueve para la defensa de derechos colectivos, porque estos tienen sus propios mecanismos de amparo...”.

Estudiaremos en esta tercera parte, un caso en concreto, en el que una comunidad interpuso acción popular, que tramitó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Tribunal Administrativo de Cundinamarca), en la que exigió al ente judicial la protección de sus derechos colectivos al medio ambiente sano, de garantizar y restaurar los recursos naturales, las especies animales y vegetales y las diversas áreas de importancia ecológica, a fin de que se tomen las determinaciones que impidieran su deterioro por las aspersiones aéreas con glifosato y otros químicos con el fin de erradicación de cultivos ilícitos (Sentencia del 19 de octubre de 2004, radicación No 25000-23-25-000-2001-0022-02 (AP), consejero ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado). A pesar de que dicha Sentencia no aplica y desarrolla como tal el concepto de litigio estratégico, sus resultados son los propios de este concepto.

## 7. CASO EN CONCRETO

En retrospectiva, las aspersiones aéreas con el químico llamado glifosato iniciaron en Colombia en la década de 1970, debido al gran problema que aquejaba al país, la masiva existencia de cultivos ilícitos, como la marihuana, coca, amapola, opio, cuya distribución ha sido perseguida por el estado para su abolición a través de varios programas nacionales de control de producción y erradicación, programas coordinados por la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE), la cual fue presionada por diferentes Estados para la instauración de la fumigación con Paraquat®, del cual se realizaron experimentos en ciertas zonas del país como la región atlántica, en la Sierra Nevada de Santa Marta; después se fueron generalizando y dicha aspersión se convirtió en la principal forma de erradicación, por encima de la manual, lo cual trajo efectos negativos para el medio ambiente y para la salud. En agosto de 2002, bajo la presidencia de Álvaro Uribe Vélez, se efectuaron fumigaciones con químicos poderosos y dañinos, con lo cual se incumplieron normas ambientales (Eslava, 2007).

Luego de varios inconvenientes e inconformidades en varias regiones del territorio se interpusieron diversas acciones para poder detener dichas fumigaciones y así mitigar el daño al medio ambiente y a la salud pública.

Para el estudio del litigio estratégico en materia ambiental hemos seleccionado la acción popular fallada en segunda instancia por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo

de Estado Consejero ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda) del 19 de octubre de 2009, con radicado n.º 25000-23-25-000-2001-0022-02(AP) IJ; mediante la cual fue demandado el Ministerio de Ambiente.

Esta acción fue interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el propósito de lograr la protección de los derechos colectivos de un grupo de personas con ciertas circunstancias, de hecho idénticas, que merecían protección del aparato jurisdiccional para gozar de un ambiente sano, garantizar, aprovechar y restaurar los recursos naturales, las especies animales y vegetales y las diversas áreas de importancia ecológica, a fin de que se tomen las determinaciones que impidan el deterioro de estos elementos con el empleo de controladores biológicos, so pretexto de erradicar cultivos ilícitos, existiendo otros métodos menos nocivos para el medio ambiente que esta, y de esta manera cumplir con los dos objetivos que se buscaban. Estas personas consideran que deben emplearse procedimientos manuales para erradicar los cultivos, pues la aspersión aérea destruye el medio ambiente y aumenta la tragedia humana de quienes reciben los efectos de los químicos.

La parte actora manifiesta que estas aspersiones aéreas con paraquat en unos casos y en otros con el glifosato, mediante rociamiento aéreo, han tenido efectos nocivos para el medio ambiente, la salud de los animales y para salud de las comunidades que están cerca de los terrenos fumigados. Sin embargo, tales medidas de erradicación de los cultivos ilícitos han continuado incrementándose y el Ministerio de Ambiente no ha llevado a cabo el control y seguimiento de la aplicación del glifosato de modo que se garantice la salud de las personas y la conservación del ecosistema de ciertos territorios del país.

Asevera la parte demandante que el Estado colombiano a través del Ministerio de Ambiente ha promovido el empleo de microherbicidas que tienen el carácter de armas biológicas, con resultados que son reprochables y que constituyen un daño no solo para la salud humana, sino también para el ecosistema, el aire, el agua, la flora, la fauna y en general todos los recursos naturales los cuales son objeto de tutela judicial.

En oportunidad procesal indicada por el despacho, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial niega los hechos en que se funda la demanda; afirma que desde hace más de 20 años no se fumiga con paraquat, ni se han empleado o fabricado microherbicidas que tengan el carácter de armas biológicas; que se han exigido estudios cuya evaluación se ha llevado a cabo y se han efectuado requerimientos para prevenir, mitigar y compensar los efectos nocivos que se señalan en el libelo introductorio del proceso.

A su turno, también el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y el Ministerio del ramo han tomado las medidas pertinentes y adoptado otras para que los efectos de la aspersión aérea con glifosato se realicen dentro de las pautas trazadas para la conservación del medio ambiente.

En la decisión de primera instancia, el Tribunal Administrativo accedió a la protección de los derechos invocados por la parte demandante; dio aplicación al principio de la precaución respecto de la toxicidad crónica que causa la aspersion aérea de glifosato; ordenó suspender transitoriamente las fumigaciones aéreas a que se refiere la demanda; dispuso que el Ministerio de Seguridad Social, el Instituto Nacional de Salud con la Universidad Nacional y en coordinación con el Consejo Nacional de Plaguicidas efectuaran estudios que determinen el impacto de los químicos glifosato, poea, cosmoflux sobre la vida de los colombianos; impartió órdenes a la Dirección Nacional de Estupefacientes para que identificara los daños causados con la fumigación aérea con registros de morbilidad; designó a la Procuraduría General de la Nación para que por medio de su correspondiente delegada velara por el cumplimiento de su decisión.

La Procuraduría General de la Nación a través de su representante acepta que la fumigación a que se refiere la demanda puede lesionar los derechos invocados por la parte actora; precisa que el Ministerio de Ambiente debe exigir la presentación de un plan de manejo, recuperación o restauración ambiental; que la DNE no cumple con las obligaciones que le incumben a fin de mitigar o evitar el impacto de la fumigación aérea a que se contrae el proceso; manifiesta que la fumigación con glifosato con el fin de erradicar los cultivos ilícitos constituye riesgo para la salud humana, en razón de las toxicidades aguda y crónica que puede producir, y concluye que, con base en el principio de la precaución, las fumigaciones aéreas con glifosato deben suspenderse por constituir grave riesgo para la salud humana.

El alto tribunal, en el estudio del caso en concreto ha acudido a diferentes autoridades del tema ambiental para poder determinar la viabilidad o no de las pretensiones de la acción popular en comento, en cuyo expediente obra la monografía de la Agency International para la Investigación en Cáncer (IARC) y la Organization Mundial de la Salud (OMS), - la declaración del químico biólogo Héctor Hernando Bernal Contreras, la ficha toxicológica del Ministerio de Salud; pruebas estas que, con las reseñadas con anterioridad, permiten llegar a las siguientes conclusiones (Consejo de Estado, 2009).

El glifosato, inclusive en su presentación Round-up en las condiciones establecidas para su uso, no causa daños graves e irreparables en la salud humana, pues se excreta en un 99 % y no retenido por los organismos; que se han hecho experimentos en animales y los efectos no han sido graves sino transitorios y se ha visto su pronta recuperación en pocos días; que no hay prueba fehaciente, pese a la labor científica que se ha realizado, que haga concluir que los seres humanos corran peligro con la aspersion del glifosato; no obstante lo cual, estima la Sala que deben tomarse ciertas medidas de control para ir observando el desenvolvimiento de los hechos con el transcurso del tiempo, dado que el método empleado por quienes han efectuado las correspondientes investigaciones es, como era de esperarse, inductivo, que pretende llegar a generalizaciones partiendo de casos particulares y con base en el examen de grupos de

individualidades, tanto en relación con el hombre como en relación con las demás especies de animales y vegetales (Consejo de Estado, 2009).

Que grupos de campesinos en su labor agrícola utilizan muchos productos químicos diferentes del glifosato en sus distintas formas, algunos de los cuales son extremadamente tóxicos y que pueden ser causa determinante de afecciones (Declaración de Rodrigo Velaidez Muñetón, ingeniero agrónomo y funcionario de CEFISAM, afiliada al Vicariato Apostólico de San Vicente del Caguán (Consejo de Estado, 2009)

Por su experiencia en el programa de desarrollo regional amazónico, que se llama “Granja Familiar Amazónica”, que interviene sobre campesinos productores de coca, el ingeniero Rodrigo Velaidez Muñetón ha observado que estos no utilizan el glifosato localizadamente, por lo cual se lavan áreas de pastos (Consejo de Estados, 2009). También expresó que en el ganado joven se aprecia caída del pelo, aunque después se produce su recuperación; que al fumigar los patios de las casas con ROUND - UP se produce la muerte de aves y por causa de la caída del producto en el estanque se ha producido la muerte de alevinos.

En la jurisprudencia consultada ( Consejo de Estado, 2009) se plantearon las siguientes conclusiones: de las pruebas reseñadas no se infiere, con certeza, que el glifosato empleado para la erradicación de los cultivos ilícitos produzca daños irreversibles en el medio ambiente; por lo contrario, hay elementos de juicio que permiten concluir que la regeneración de las zonas asperjadas se produce en lapso no muy largo y que, en cambio, numerosas hectáreas de bosques son destruidas por causa de la tala de estos por los cultivadores ilícitos.

Claro está que la aspersión debe producirse de conformidad con las pautas que señalen las autoridades ambientales, sin que se permita su más leve transgresión; razón por la cual es necesario que se lleve a cabo un control permanente con evaluaciones continuas de los efectos que puedan ir apreciándose. Sin embargo, esto no puede conducir a la suspensión de las fumigaciones, pues tal medida podría llevar al debilitamiento del Estado, al tiempo que se fortalecerían los distintos grupos que se financian con el producto del tráfico de drogas, que es, sin duda alguna, un flagelo para la sociedad colombiana y para toda la humanidad. No se desconoce, porque así lo evidencian las probanzas, que de todos modos hay afecciones que se causan, pero que no alcanzan la gravedad que señala la parte actora, lo que conduce a un control permanente y rígido de las fumigaciones que se llevan a cabo.

Debe resaltarse que en el expediente no obra prueba alguna que acredite el incumplimiento de las medidas impuestas por Minambiente a la DNE por Resolución 341 de 2001; resolución por la cual se adoptan decisiones relacionadas con el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante aspersión aérea con glifosato, ni, por consiguiente, hay razón alguna para reprochar al Ministerio de Ambiente por no haber sancionado a la DNE a causa del referido supuesto incumplimiento.

Por último, debe señalarse que el artículo 6 de la Ley 99 de 1993 no puede servir de fundamento jurídico para concluir que debe decretarse la suspensión de las fumigaciones aéreas a que se contrae la demanda como medida eficaz para evitar la degradación del medio ambiente, por cuanto en las actuales circunstancias no hay razón valedera que permita afirmar que exista peligro de daño irreversible y grave que imponga esa medida extrema. Es aconsejable, sí, disponer que el Ministerio de Ambiente continúe dando estricto cumplimiento al Plan de Manejo Ambiental y que, además, no dejen de seguirse realizando estudios que precisen aún más los efectos del compuesto químico que es objeto de aspersión, con verificaciones por parte de la DNE.

En la parte resolutoria del proceso se evidencia la decisión de revocarse el fallo de primera instancia; y en su lugar se dispone ordenar al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial que continúe su labor de verificación para que se dé estricto cumplimiento al Plan de Manejo Ambiental impuesto mediante Resolución 1065 de 2001, así como a las obligaciones señaladas en los artículos 2º, 6º, 7º y 8º de la Resolución 341 de 2001, ambas del mismo Ministerio; seguidamente, el Ministerio de Protección Social debe realizar estudios que comprendan grupos expuestos a glifosato, más poea, más cosmoflux, y un grupo control (no expuesto) en el tiempo, incluyendo registros de morbilidad y mortalidad, a fin de determinar el impacto de los químicos mencionados en la salud y vida de los colombianos en las zonas asperjadas, especialmente en la zona de influencia de la Sierra Nevada de Santa Marta y en las demás zonas objeto de aspersión, a elección del Ministerio de Seguridad Social, debiendo incluir zonas asperjadas en diferentes épocas. La Dirección Nacional de Estupefacientes debe verificar los efectos de la fumigación aérea con glifosato, más poea, más cosmoflux, para la erradicación de cultivos ilícitos, en los elementos del medio ambiente, en las zonas que seleccione de las que han sido fumigadas, a manera de muestra, de modo que en ella se provean áreas fumigadas en épocas distintas; labor en la cual se mantendrá la auditoría que se requiere para el seguimiento de los efectos de la fumigación.

Luego de notificada esta decisión y conocida por la ciudadanía, diferentes entidades realizaron varios estudios (entidades lideradas no solo por el Ministerio de Salud, como lo indica la parte resolutoria de la sentencia) que pretendieron ahondar en el tema de si este químico tenía efectos nocivos para la salud de las personas; estudios que arrojaron resultados importantes y determinantes para la suspensión de estas actividades en los territorios que tenían problemas de cultivos ilícitos, obligando al Estado a tomar otras determinaciones para cumplir su finalidad estatal.

Sin bien es cierto que la sentencia por sí misma no evitó o paró las aspersiones aéreas con glifosato, instó a la autoridad competente a cambiar las políticas públicas, y así permitir que el ecosistema y los recursos naturales en su medida se recuperaran, y que los efectos sobre las personas no se agudizaran, y con esto menguar sus efectos dañinos.

Resultado de esto, en mayo de 2015, el Ministerio de Salud, en una intervención hecha anta la Comisión Segunda del Senado, a través del Dr. Alejandro Gaviria, explicó las causales que deberían

tenerse en cuenta para analizar la suspensión de las aspersiones aéreas con glifosato, como mecanismo de erradicación de cultivos ilícitos. Recomendaciones que surgieron luego de que la IARC, adscrita a la OMS, clasificara este químico como probablemente cancerígeno para los humanos.

Tras la aparición de nuevos hechos científicos y una realidad que no podría evadirse, debería actuarse de manera más responsable con el medio ambiente el ecosistema y con las personas afectadas por el uso de este químico. Manifestó en seguida que cuando se trata de acciones directas del Estado, como las aspersiones aéreas con glifosato, debe invocarse el principio de precaución; principio al que, según lo indicado por la Corte Constitucional en el Auto 073, se deberá dar aplicación inmediata si se cuenta con la valoración de indicios que indiquen la potencialidad de un daño.

En un análisis presentado por el director del Centro de Estudios sobre Seguridad y Drogas de la Universidad de los Andes esgrimieron cuatro razones principales para la suspensión de estas actividades, las cuales consisten en:

Efectividad y costos directos de las aspersiones con glifosato para combatir los cultivos ilícitos. Una investigación liderada por los economistas Pascual Restrepo del Instituto Tecnológico de Massachusetts y Sandra Rozo de la Universidad de California en Los Ángeles muestra que, por cada hectárea fumigada con el químico glifosato, los cultivos ilícitos se reducen en cerca de 0,035 hectáreas. En otras palabras, para eliminar una hectárea cultivada con coca mediante las aspersiones con glifosato hay que fumigar casi 30 hectáreas. Este mismo trabajo muestra que el costo de eliminar una hectárea de coca utilizando la aspersión con glifosato es de aproximadamente USD 72 000, cuando el valor de mercado de la hoja de coca sembrada en una hectárea es de solo USD 400. La baja efectividad de las aspersiones con glifosato ha sido confirmada por otros trabajos académicos que encuentran una muy baja efectividad de las aspersiones con glifosato en reducir los cultivos ilícitos (Rozo, s.f.).

#### Efectos sobre la salud

Además del reporte publicado por la IARC-OMS acerca de los efectos del glifosato sobre la incidencia de ciertos tipos de cáncer, en Colombia se han realizado otros estudios que muestran que la exposición al glifosato utilizado en las campañas de aspersión aérea de cultivos ilícitos causa efectos negativos sobre la salud a los pobladores expuestos a este herbicida. Utilizando el universo de consultas médicas en Colombia entre 2003 y 2007 (casi 52 millones de observaciones) y los datos diarios de aspersión a nivel municipal, un estudio realizado con Adriana Camacho y publicado el año pasado por la Universidad de los Andes muestra que existe una asociación causal muy fuerte entre la exposición al glifosato utilizado en las campañas de aspersión de cultivos ilícitos y la probabilidad de sufrir enfermedades dermatológicas y pérdidas no deseadas de embarazos.

## Efectos sobre el medioambiente

Los primeros trabajos académicos que se hicieron sobre los efectos colaterales de las campañas de aspersión aérea con glifosato estuvieron enfocados en los efectos sobre el medioambiente. Estos estudios encontraron algunos efectos negativos sobre el medioambiente, especialmente cuando el glifosato toca fuentes de agua como ríos y lagos, las contamina y afecta la población de anfibios.

## Efectos sobre la confianza en las instituciones del Estado

Un trabajo de Miguel García, del Departamento de Ciencia Política de la Universidad de los Andes, muestra que en zonas donde históricamente se han llevado a cabo las campañas de aspersión de cultivos ilícitos, los pobladores reportan tener menos confianza en las instituciones del Estado. En particular utilizando las encuestas del Barómetro de las Américas-LAPOP, el trabajo de García encontró que los pobladores de zonas expuestas a campañas de aspersión con glifosato tienden a confiar menos en las instituciones del Estado, y en particular en la Policía Nacional (Londoño, s.f.).

El 27 de abril de 2015 se recomendó al DNE suspender las actividades desarrolladas con el químico herbicida glifosato por las razones expuestas por el Ministerio de Salud, basadas en estudios científicos que permitieron llegar a las conclusiones antes descritas.

Por su parte, mediante acto administrativo el Consejo Nacional de Estupefacientes Resolución 0006 del 29 de mayo de 2015, por la cual se suspenden en todo el territorio nacional las aspersiones aéreas con el químico herbicida glifosato en las operaciones de erradicación de cultivos ilícitos; también insta a la ANLA a suspender los efectos del plan de manejo ambiental aprobado en oportunidad para el uso del particular (Observatorio de Drogas de Colombia, s.f.).

## CONCLUSIONES

1. En el estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, desarrollado en la cuarta parte de este trabajo, podemos establecer que se evidencia un hecho que generó un impacto ambiental considerable en algunos sectores del país, el cual llevó a personas afectadas a reclamar sus derechos colectivos ambientales en sede jurisdiccional a través del mecanismo que se acomoda de manera idónea al particular, es decir, las acciones populares, desarrolladas por la Ley 472 de 1998 y Ley 1437 de 2011.
2. El fallo de segunda instancia de esta sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con consejero ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, del 19 de octubre de 2009, con radicado número 25000-23-25-000-2001-0022-02(AP) IJ.

Mediante dicha Sentencia fue demandado el Ministerio de Ambiente. En principio se pensaría que al negar las pretensiones de la parte actora esta ha sido vencida, pero una vez estudiado el concepto de litigio estratégico podemos decir que ha sido una victoria no solo del sistema sino de la comunidad en general; pues el Consejo de Estado instó al Gobierno Nacional a realizar estudios que determinaran los efectos dañosos del glifosato; y una vez realizados estos por entidades nacionales como el Ministerio de Salud y algunas internacionales como la IARC y la OMS, y en firme sus recomendaciones, se suspendieron estas actividades; es decir, la sentencia analizada sirvió para cambiar políticas públicas de erradicación de cultivos ilícitos.

3. En esta investigación evidenciamos la existencia de una problemática ambiental relacionada con las aspersiones aéreas con glifosato; actividades que al generar los daños mencionados fueron puestas en conocimientos de los jueces, haciendo uso de las herramientas judiciales que más se ajustaron a las necesidades y a la problemática presentada, Se obtuvo una decisión negativa en principio, pero que influyó en el cambio de política pública del orden nacional respecto del uso de estos químicos, pues no solo una decisión positiva genera impactos efectivos en las materias que necesariamente se ponen en conocimiento para hacer objeto de estudio, pues esta decisión que estudiamos generó un cambio estructural a partir de estudios técnicos especializados que se realizaron por orden del Consejo de Estado en el tema de aspersiones aéreas y la necesidad imperiosa de suspenderlas haciendo estas actuaciones subsiguientes a la sentencia parte integrante del precedente que por finalidad tiene corregir estas problemáticas.
4. Al hacer un estudio de los elementos del Litigio Estratégico y de la sentencia junto con sus consecuencias, concluimos que el ejercicio de las acciones populares en temas ambientales constituye litigio estratégico en materia ambiental

## REFERENCIAS

- 25000-23-25-000-2001-0022-02(AP)IJ, 25000-23-25-000-2001-0022-02(AP)IJ (Consejo de Estado Sala Plena 19 de 10 de 2009).
- Ana Milena Coral-Díaz, B. L.-T.-Á. (2010). *El Concepto de Litigio Estratégico en América Latina: 1990-2010*. Bogotá.
- Artículo 40 de la ley 1333 . (21 de Julio de 2009). *Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.
- Auto del 27 de abril de 2000, expediente AP-014 (Segunda del Consejo de Estado Abril de 27 de 2000).
- autores, V. (2002). *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*. Bogotá: Univeridad Externado.
- Bautista, J. E. (1999). *Acciones populares*. Bogotá.

- Borda, Á. E. (1991). Proyecto de acto reformativo de la constitución política de Colombia, No 48. *Proyecto de acto reformativo de la constitución política de Colombia, n.º 48*. Bogotá, Colombia.
- Borda, Á. E. (1991). Proyecto de acto reformativo de la constitución política de Colombia, No 48. Bogotá, Colombia.
- C-279 de 2013 (Corte Constitucional 2013).
- C-431 (2000).
- Carbonell, M. p. (s.f.).
- Cárdenas, A. P. (2015). *La legislación ambiental y los recursos naturales*. Bogotá: Leyer.
- Constitucion Política de Colombia Artículo 229. (s.f.).
- Córdoba., J. I. (2010). *Tutela judicial efectiva, actuaciones administrativas y control judicial en el derecho regional europeo*.
- Díaz., D. C. (s.f.).
- Eslava, P. R. (2007). *Sobre los efectos del Glifosato y sus mezclas: impacto en peces nativos*. Villavicencio.
- Española, R. A. (2001). *Diccionario de la lengua española*. Real academia española.
- Estrategia General Para Los Litigios De Alto Impacto*. (s.f.).
- García, F. A. (2015). *Derecho procesal administrativo*. Tunja: Santo Tomás.
- Guzmán, L. (2013. ). *Derecho a una sentencia motivada*. Buenos Aires.
- Hurtado, Á. G. (1991). Proyecto No 23 asamblea nacional constituyente, gaceta constitucional n.º 19 del 11 de marzo de 1991. Bogotá.
- IARC, A. I. (s.f.).
- Ley 142 . (11 de Julio de 1994). *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.
- Londoño, D. M. (s.f.).
- Montoya, L. C. (2008). *Litigio de alto impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho*. Medellín.
- Moreno, D. Y. (2014 ). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: 2014.
- Navas, Ó. D. (2002). *La constitución ecológica de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado .
- Observatorio de Drogas de Colombia*. (s.f.). Obtenido de <http://www.odc.gov.co/>.
- Ortiz, J. (1991). Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia n.º 10, presentado en la Asamblea Nacional Constituyente Gaceta Constitucional n.º 9. Bogotá.
- Perú., E. I. (2015). *El litigio estratégico por la defensa del ambiente y de los pueblos indígenas*. Lima.

Rad. 25000-23-25-000-2004-01677-01 (AP). (Consejo de Estado 27 de Abril de 2007).

Rozo, P. R. (s.f.).

Sentencia , C-431 de 2000 (Corte constitucional 2000).

Sentencia , T-125 de 1994 (Corte Constitucional 14 de Marzo de 1994).

Sentencia del 1 de junio de 2000, expediente AP-043 (Consejo de Estado sección tercera Junio de 01 de 2000).

Sentencia del 14 de abril de 2000, expediente AP- 028 (Consejo de Estado 14 de Abril de 2000).

T-466 (Corte Constitucional 2003 ).

Villa, J. E. (2012). *Derecho ambiental colombiano Tomo I parte general*. Bogotá.

Yrigoyen:, R. (s.f.).

# **El mínimo vital como límite al deber de contribuir en Colombia\***

*The Vital Minimum Income As A Limit To  
The Duty To Pay Taxes In Colombia*

\* Este artículo es producto del proyecto de investigación “El mínimo vital como límite al deber de contribuir”, desarrollado por el grupo de investigación Sistemas Penitenciarios y Carcelarios, en su línea de Políticas Públicas, perteneciente a la Universidad Libre de Colombia.

LUCÍA DEL CARMEN BOLAÑOS BOLAÑOS

Doctora en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Doctora en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Barcelona. Abogada y magíster de la Universidad Libre de Cali. Contadora pública de la Universidad del Valle. Especialista en Gerencia Tributaria y Auditoría de Impuestos de Universidad Libre de Cali. Miembro del grupo de investigación de Sistemas Penitenciarios y Carcelarios de la Universidad Libre. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1454-4554>. [lucia.bolanos@outlook.com](mailto:lucia.bolanos@outlook.com) – [lucia.bolanos@uautonoma.cl](mailto:lucia.bolanos@uautonoma.cl) – [lbolanbo7.alumnes@ub.edu](mailto:lbolanbo7.alumnes@ub.edu)

IVÁN ANDRÉS ORDOÑEZ - CASTAÑO

Doctorando en Economía Agroalimentaria en la Universidad Politécnica de Valencia. Magíster en Economía Aplicada en la Universidad del Valle. Especialista en Finanzas en la EAFIT. Economista en la Universidad Autónoma de Occidente. Es profesor en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de San Buenaventura - Carrera 122 # 6-65 - 760031- Cali - Colombia, Sur América. Integrante del Grupo de Investigación Economía, Gestión, Territorio y Desarrollo Sostenible. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9423-0859>. [iaocasta@usbcali.edu.co](mailto:iaocasta@usbcali.edu.co) – [ivanorcas@doctor.upv.es](mailto:ivanorcas@doctor.upv.es) – [ivanorcas@gmail.com](mailto:ivanorcas@gmail.com)

## Resumen

Este artículo aborda la conceptualización teórica del deber de contribuir con los gastos e inversión del Estado en el marco del principio constitucional de justicia tributaria y en amparo del mínimo vital como límite de la imposición, en cumplimiento del Estado constitucional y la realización efectiva del Estado Social de Derecho en Colombia. Para ello se realiza un análisis teórico, doctrinal y jurisprudencial desde el Derecho Comparado español y colombiano, dadas las raíces, evolución y la adopción legislativa que Colombia ha retomado del ordenamiento jurídico español. En este contexto se extraen algunos criterios jurídicos que se derivan del mínimo vital para la configuración legislativa de un sistema tributario con mayor grado de equidad y justicia deseable y posible.

### PALABRAS CLAVE

Deber de contribuir, justicia tributaria, mínimo vital, sistema tributario.

## Abstract

This article presents the theoretical conceptualization of the duty to pay whit expenses and the investment of the State within the framework of the constitutional principle of tax justice and in defense of the vital minimum as limit of the taxation, in compliance with the constitutional State and the effective realization of the Social Law State in Colombia. For this, it's been made a theoretical, doctrinal and jurisprudential based on the Spanish and Colombian Comparative Law. In this context has been extracted some legal criterials from the vital minimum for the legislative configuration of a Tax System with greater degree of equity and desirable and possible justice.

### KEYWORDS

Duty to pay, tax justice, vital minimum right, tax system.

## 1. EL MÍNIMO VITAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Colombia a partir de 1991, con la promulgación de la Constitución Política Nacional (CPN), pasó de un Estado de Derecho (ED) a un Estado Social de Derecho (ESDD), con lo cual el país adquirió un nuevo rumbo de desarrollo caracterizado por ser garante de derechos políticos, sociales económicos y culturales en la medida de sus posibilidades<sup>1</sup>. Esta nueva forma de Estado demandó el crecimiento de la estructura estatal para una mayor intervención con efecto directo en el incremento del gasto público (CEET, 2015, p.13)<sup>2</sup>.

Esta fue una de las razones que impulsó a la Asamblea Nacional Constituyente a fortalecer la estructura jurídica, en pro de la defensa de la CPN con la creación de la Corte Constitucional. Es así como la Corte Constitucional colombiana (CCcol) desde entonces se ha orientado a la protección de los derechos fundamentales que permiten a cada persona la realización de su proyecto de vida en condiciones de dignidad y libertad<sup>3</sup>; intensión no ajena al Derecho Financiero y Tributario.

---

<sup>1</sup> La Corte Constitucional en Sentencia SU- 111 de 1997 señaló cómo las cláusulas del ESDD se revisten jurídicamente del poder de convocar a los órganos públicos para la concreción, en cada momento histórico, de un modo de vida público y comunitario que proporcione a las personas las condiciones materiales apropiadas para el disfrute de la vida en libertad e igualdad. En virtud de ello, la CPN establece los DESC, designa competencias al legislador, demandando el deber estatal de asegurar la prestación eficiente de servicios públicos, extiende el entorno de las responsabilidades en tanto gestión, inspección y vigilancia son de competencia estatal. Dando paso a un espacio de participación ciudadana en su rol de usuarios y beneficiarios de servicios y prestaciones estatales, en un marco de planificación económica, diseño y ejecución presupuestal descentralizado y con autonomía territorial, que posibilitan la fijación del alcance del Estado, de los medios financieros y materiales para su realización efectiva.

<sup>2</sup> De acuerdo con el primer informe entregado por la CEET, el gasto público del Gobierno central tuvo un incremento del 10 al 19 % en términos del PIB, desde 1991 a 2013.

<sup>3</sup> La CCcol en línea jurisprudencial ha señalado desde 1992 que la dignidad humana solo se logra en pleno ejercicio de la libertad individual, en las distintas esferas en las que cada persona desarrolla su proyecto de vida. Así, en 2012 reiteró y unificó la jurisprudencia indicando que la dignidad humana es un derecho *iusfundamental* que: i) fundamenta la libertad personal posibilitando la elección de un destino propio (1994), ii) se caracteriza por dotar al ser humano de autonomía personal referida a la libertad de género (1995), iii) del cual dimanar otros derechos fundamentales como la honra y el buen nombre (asociadas a la autonomía personal) (1996), iv) que otorga poder de decisión sobre la vida en determinadas circunstancias (1997), v) ligado al trabajo y el desarrollo de las actividades laborales (1998). En la providencia la Corporación subraya como el elemento integrante de la *noción jurídica de dignidad humana en sede de autonomía individual*, que es la libertad de un plan de vida concreto en el contexto de las condiciones sociales que cada persona se desarrolle (Sentencia SU 189 de 2012). Sin embargo, la observación del entorno económico y social de Colombia da cuenta de una marcada desigualdad; ello se evidencia desde el índice Gini comparado entre veintinueve países de América Latina con una media de 0.467, de la cual se aleja Colombia con 0.500. Tal desigualdad tiene manifestaciones en múltiples dimensiones que a la postre gestan sociedades más inequitativas y plagadas de injusticias, lo cual imposibilita la efectiva realización

De este modo, la Constitución Política, a efectos del Derecho Tributario, establece una serie de principios tributarios formales y materiales para demarcar el sendero sobre el cual se debe erigir un Sistema Tributario (ST) equitativo con el mayor grado de justicia deseable y posible, en concordancia con los fines y principios propios del ESDD. Sin embargo, en el ST colombiano históricamente se han integrado una serie de disposiciones normativas que, en realidad, poco o nada han contribuido a la concreción de los fines esenciales del ESDD y, contrario a ello, lo han impregnado de un grado de injusticia e inequidad en la distribución de la carga tributaria, tanto individual como global<sup>4</sup>, desconociendo los principios constitucionales tributarios materiales del artículo 363, 338 y artículo 95.9 *equidad, eficiencia, progresividad y capacidad contributiva*, o el conjunto de principios formales garantes de la seguridad jurídica del artículo 338 *legalidad, reserva de ley, confianza, legítima e irretroactividad*<sup>5</sup>.

Varios son los casos que dejan en evidencia la situación expuesta; pero uno de los casos recientes y más polémicos se originó con la Ley 1607 de 2016 por aparente vulneración de un derecho fundamental de amplia protección constitucional el mínimo vital. En agosto de 2015 la CCcol somete a control de constitucionalidad por acción los artículos 3, 4, 7,10, 11,13 y 14 de la mencionada Ley, abordando dos problemas jurídicos: i) la vulneración del principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales, cuando son incorporados en la base gravable de un nuevo sistema de

---

del proyecto de vida y, por tanto, el desarrollo en pleno del concepto de dignidad humana; ello de acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal, 2017).

<sup>4</sup> Dentro del paquete de normas tributarias que han sido modificadas, derogadas, o reglamentadas por complejas, incompletas, inequitativas e inconvenientes, en orden cronológico inverso: i) Ley 1819 de 2016, última reforma tributaria y vigente actualmente; fue corregida por yerros en los artículos 89, 99, 111, 123, 165, 180, 281, 289, 305, 317 y 319 mediante el Decreto 939/2017; y «modificada» por medio de Decreto Ley 883 de 2017 en los artículos 236.1, 238.5 y 238.6, para incluir las empresas dedicadas a la minería y explotación de hidrocarburos en la forma de pago de obras por impuestos el marco de la Justicia Especial para la Paz (JEP); ii) Ley 1739 de 2014, reforma tributaria de 2015 que modificó la Ley 1607 de 2012, reglamentada por medio de los decretos 2452 y 1123 de 2015 y corregida mediante el Decreto 1050 de 2015, declarados inexecutable los artículos 69 y 70 por vulneración de los principios de consecutividad y de identidad flexible, contenidos en los artículos 157 y 158 de la CPN; y la Ley 1607, reforma tributaria de 2013, reglamentada mediante decretos 2634, 2763 de 2012, 1794, 0099, 0568, 699, 862, 1694, 1793, 0187, 1828, 1848, 2418, 2701 y 3033 de 2013, 289 de 2014.

<sup>5</sup> El Decreto Ley 883 de 2017, que modificó la Ley 1819 suscita fuertes dudas sobre su constitucionalidad; en tanto que en el país se establece la reserva de ley mediante el artículo 338 constitucional; el cual ordena que en tiempos de paz solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los consejos distritales y municipales tienen la potestad legislativa en materia impositiva. Ello, en la medida que el Decreto en mención lo expidió el Ejecutivo, en el documento se hace una extensa exposición del proceso de la JEP, se escuda su validez en el Acto Legislativo 01, que incluyó un mecanismo transitorio y especial para la paz; pero pese a ello, es innegable el Decreto Ley modificó una norma tributaria que cambia tanto los sujetos pasivos como el hecho imponible para los sujetos incluidos, lo cual, a juicio de los autores, va en contra el principio de división de poderes y reserva de ley, atentando directamente contra el principio tributario de seguridad jurídica.

renta, previas aminoraciones no consideradas en sistemas anteriores, y *ii*) la potestad del legislador de incluir ingresos derivados de la relación laboral en un nuevo sistema de renta, si estos otrora siempre se consideraron exentos; ello en un marco constitucional que garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas (Sentencia C – 492 de 2015); en este caso la Corporación hizo una revisión de los cargos, enfocándose en los requisitos formales que debe reunir toda norma para no ser manifiestamente inconstitucional, pero obvió el debate jurídico de fondo sobre el mínimo vital como un límite efectivo al deber de contribuir con los gastos e inversiones del Estado.

El asunto soslayado por la CCcol no fue ni es de poca monta, puesto que en Colombia no se ha fijado un límite cuantitativo para la alícuota de ningún impuesto en particular; ello *prima facie* en aras del principio de *progresividad* y en defensa del principio de no *confiscatoriedad*; por tanto, no existe norma constitucional o legal que fije taxativamente tal linde, y la Corporación en sus exámenes nada ha dicho en concreto; en consecuencia, para el legislador son abstractos los linderos sobre los cuales se debe mover para configurar un ST justo que respete el derecho el *mínimo vital*, que constantemente se puede ver amenazado o vulnerado.

Ahora bien, se reconoce que en Colombia es mucho más acentuado tal problema; pero esta indefinición temática no es exclusiva de este país. En España, por ejemplo, el doctrinante José Rozas Valdés critica al Tribunal Constitucional español en razón de la benevolencia de su pronunciamiento al afirmar que sería confiscatorio un Impuesto de Renta a las Personas Físicas (IRPF) cuya progresividad alcanzara un gravamen del 100 % de las rentas. Acertada apreciación del profesor Rozas, por un lado, al considerar que tal aserto vació completamente de contenido los dos principios y, por otro, al poner de manifiesto que en otros países europeos, como en Alemania, el Tribunal Constitucional sí ha definido un límite máximo, al sostener que una carga tributaria conjunta, sumados impuesto sobre la renta e impuesto al patrimonio superior al 50 % de los ingresos potenciales, sería confiscatoria (Rozas, 2014, pp. 3221-3239).

La indefinición del límite cuantitativo de la alícuota ha ocasionado diversos efectos en la esfera del Derecho Tributario, con consecuencias directas o indirectas sobre los derechos fundamentales y, por ende, las garantías constitucionales de la persona; por ejemplo, en el caso del impuesto sobre la renta para las personas naturales (IRPN) en Colombia, ya que al no determinarse los límites cuantitativos de la alícuota del gravamen, que siendo progresiva no sea confiscatoria, se generan, entre otros: *i*) ampliación de la discrecionalidad para el legislador y el operador jurídico, *ii*) compromiso del derecho a la propiedad del artículo 58, la libertad económica e iniciativa privada del artículo 333 constitucionales, y *iii*) riesgo de vulneración del derecho al mínimo vital; estos efectos conjugados a la postre pueden desenlazarse en la inequitativa distribución de la carga tributaria, rompiendo el principio tributario de justicia y alejándose de los presupuestos y fines esenciales del ESDD.

Si bien es cierto el principio de generalidad hace un llamado a todos los ciudadanos al deber de contribuir, no todos deben ser afectados por él; solo aquellos cuya realidad evidencie un potencial de riqueza, por ingresos, patrimonio, consumo de bienes o servicios, aunado al cumplimiento de los presupuestos legislativos del ST, pues quienes no cumplan con esos mínimos tipificados e indispensables estarán al margen de la exigencia estatal de contribuir con sus gastos e inversión. Postulado soportado en una máxima latina *Primum vivere deinde tributum solvere* (Eseverri, 2006, p.29): “Primero hay que subsistir y luego pagar impuestos”.

Nadie discute que para la subsistencia humana y el desarrollo del proyecto de vida, los ingresos personales y familiares son sin duda esenciales (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 1970, p.1); en Colombia, un alto porcentaje de la población obtiene sus ingresos a través de un salario<sup>6</sup>, consecuentemente, el salario se ha convertido en una de las fuentes de recursos garante de la realización de las expectativas y planes para una vida buena y vivir bien (Dworkin, 2009, pp. 316-333)<sup>7</sup>. La determinación cuantitativa del salario y los ingresos que de él se derivan dependen de múltiples variables: *actividad o labor, nivel de estudios, género* (Galvis, 2010, pp.11-12)<sup>8</sup>, *riesgo, territorio* (Vargas, 2012, pp. 211-246), entre otros, tanto para el sector privado como para el sector público. Enhorabuena no existe libertad absoluta en esta materia, y empresa pública y privada deben respetar el límite inferior, definido por el Estado como fuente básica de satisfacción de las necesidades materiales, morales y culturales de cada persona como individuo y como parte de una familia, el *salario mínimo*.

Genéricamente, las rentas devengadas por cada persona son el objeto material del IRPN; así, las rentas laborales *prima facie* se encuentran sometidas al impuesto; sin embargo, en reconocimiento de las necesidades humanas materiales, morales y culturales de la persona y su satisfacción, el legislador ha estipulado unas rentas mínimas que se encuentran fuera del alcance de

---

<sup>6</sup> Colombia no cuenta con datos estadísticos que estimen el porcentaje de la población cuya subsistencia depende de un salario derivado de la vinculación formal.

<sup>7</sup> Dworkin en el capítulo XI de la *Dignidad y la moral* hace una diferenciación conceptual entre la vida buena y el vivir bien, vinculándola con una integración de la moral y la ética en un apoyo mutuo, perspectiva desde la cual se definen las responsabilidades morales, desde dos principios: *i*) Dignidad, que exige respeto de reconocimiento y no de apreciación, *ii*) autenticidad, entendida como la responsabilidad personal de actuar coherentemente con el carácter y proyectos que cada persona se atribuye a sí misma. Definición conceptual relevante en tanto la Corte Constitucional ha entendido la dignidad humana como un elemento fundamental en la concreción del derecho del mínimo vital.

<sup>8</sup> Galvis afirma que la variable género como determinante del salario pagado históricamente ha sido un factor de desigualdad en Colombia. En ocasiones, la diferenciación salarial entre hombres y mujeres puede estar amparada por variables objetivas, actividad, nivel de formación, lugar de trabajo; pero en otras encierra una suerte de discriminación laboral que no está permitida constitucionalmente.

la imposición; por ende, esas rentas laborales que son parte nucleica de la subsistencia humana no pueden ni deben ser objeto de tributo alguno.

Debe hacerse una claridad: el *salario mínimo* no es la medida cuantitativa asociada a ese núcleo de la subsistencia humana fijada como linde en el ámbito del Derecho Tributario; este límite se encuentra y se debe concretar desde el derecho al *mínimo vital*. Si bien es cierto que el derecho al salario mínimo está estrechamente relacionado con el derecho al mínimo vital, no son lo mismo. Son categorías jurídicas distintas, que en Colombia comparten una característica jurídica cardinal, ambos son derechos constitucionales fundamentales que gozan de amplia y especial protección; por otra parte, se diferencian, en cuanto el derecho al salario mínimo se establece en la CPN y conceptualmente se precisa en la legislación, en tanto el *derecho al mínimo vital* es un derecho constitucional innominado cuyo alcance conceptual, contenido y tratamiento se ha desprendido de la interpretación sistemática y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Así, los antecedentes legislativos del salario mínimo dan cuenta de una mezcla de leyes, decretos reglamentarios y resoluciones que lo cimientan. El primer intento legislativo remite al artículo 4 de la Ley 6 de 1945, Ley que solo entró en vigencia cuatro años más tarde por medio del Decreto 3871 de 1949, fijando el primer salario mínimo que regiría a partir del primero de enero de 1950 (Arango, Herrera y Posada, 2007, p.12). Este mismo año, con la emisión del Código Sustantivo de Trabajo, el artículo 145 definió el salario mínimo: "... es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural"; a la vez, el artículo 148 de este mismo Código ordenó que todos los contratos que estipularan un salario menor se ajustaran al salario mínimo.

Desde aquí, las diferencias conceptuales sobre el salario mínimo y el mínimo vital; semánticamente el primero está ligado a una remuneración regular *mínima* que se retribuye a un trabajador por cuenta ajena; mientras el segundo está ligado a la vida<sup>9</sup>. Desde el contexto económico, el salario mínimo es una asignación de carácter cuantitativo, precisada con base en variables cualitativas relativas a las necesidades humanas; pero en concordancia con las variables económicas del ambiente país<sup>10</sup>; mientras el mínimo vital, en esencia, es la garantía de esos mínimos de vida de una persona,; no cualquier vida, sino aquella que debe encontrar correspondencia con los presupuestos sociales, culturales, económicos y políticos fijados en el texto de la CPN<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Estas dos unidades lingüísticas son descritas así por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE).

<sup>10</sup> Entiéndase "ambiente país" como el conjunto de variables que se conjugan para determinar el contexto social, económico, político y cultural en cual se ha de materializar un Estado, cualquiera sea la forma que este adopte.

<sup>11</sup> Al respecto véase: preámbulo, artículos 1, 2, 4, 11 y siguientes de la CPN.

En el entorno jurisprudencial, la CCcol en Sentencia de Unificación de 1995 recordó que en virtud del bloque de constitucionalidad, el país ha ratificado mediante leyes, convenios y pactos internacionales un marco que permite el desarrollo de una noción integral de salario, entre ellas la Ley 54 de 1992 que ratifica el Convenio 95 de la OIT y define el salario como remuneración o ganancia, con independencia del método de cálculo, siempre evaluable en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, porción debida por un empleador a un trabajador a consecuencia de un contrato de trabajo verbal o escrito, por el trabajo realizado o a realizarse, o por los servicios prestados o por prestarse por el trabajador al empleador (OIT, 1949). De otra parte, en la misma providencia se señala la connotación conceptual de mínimo vital, que va más allá de la valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas de subsistencia por satisfacer e involucra tanto la valoración material del trabajo como las circunstancias de cada persona en sus particulares condiciones de vida (Sentencia SU- 995 de 1999); ello implica la evaluación de los presupuestos fácticos para cada caso en concreto.

En este mismo sentido el Consejo de Estado Colombiano (CEcol) hizo una clara diferenciación así:

... el Salario Mínimo... corresponde a aquello que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural y, por tanto, se encuentra especialmente protegido por la Constitución y la ley al considerarlo como un ingreso particularmente importante en el desarrollo del hombre y su subsistencia. (Sentencia 54001-23-33-000-2014-00101-01(AC) de 2014)

En cuanto al mínimo vital afirmó:

...comporta una garantía mínima de vida más desde el punto de vista cualitativo que cuantitativo, mientras que el salario mínimo ostenta una connotación un poco más material. Sin embargo es claro que la afectación del salario mínimo puede afectar el mínimo vital y poner en riesgo otros derechos fundamentales. (Sentencia 54001-23-33-000-2014-00101-01(AC) de 2014)

Se infiere razonablemente de lo expuesto acerdamente por el CEcol, que no son equiparables los términos salario mínimo y mínimo vital; en tanto el primero es en esencia un sustrato de las normas laborales y es tan solo el margen de esa porción mínima que debe pagarse en los precisos términos allí contenidos; en tanto el mínimo vital es un ingreso esencial, necesario e insus-

tituiblemente requerido por una persona para satisfacer sus necesidades básicas<sup>12</sup>, manteniendo una subsistencia en condiciones de dignidad y justicia<sup>13</sup>, para sí mismo y su grupo familiar.

En esa misma línea la CCcol sostuvo que la subsistencia que acuña el mínimo vital es *un derecho* que pese a no estar consagrado en la CPN, se deduce por interpretación extensiva de la vinculación con los derechos a *la vida, la salud, el trabajo* y a la *asistencia a la seguridad social*; elementos mínimos materiales requeridos para la subsistencia. Así, en un ESDD como el colombiano, la Constitución, al consagrar los derechos fundamentales, busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (ST - 426 de 1992).

La postura compartida por ambas corporaciones ampara parte de los compromisos asumidos por Colombia mediante pactos y convenios internacionales, entre ellos: Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ratificado por medio de la Ley 74 de 1968 y que en su artículo 11.1 declara el reconocimiento del derecho de toda persona a un nivel de vida apropiado para sí y su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados, contribuyendo a una mejora continua de las condiciones de existencia, ligado al numeral 2 el derecho fundamental de toda persona de estar protegida contra el hambre, demandando que los Estados adopten las medidas adecuadas tendientes a asegurar la efectividad de tales derechos.

Dentro de estas medidas, los tributos; puesto que tal, como lo expuso la CCcol en el 2008 desde la perspectiva teórica de Ernst Wolfgang Böckenförde, la realización efectiva del ESDD presupone el pago de tributos por los particulares, en virtud del deber de solidaridad ordenado en el artículo 1 superior, en concordancia con el deber de contribuir con los gastos e inversión del Estado fijado en el artículo 95.9, ya citado. De tal forma que tanto el principio de solidaridad como el deber de contribuir conminan a que los integrantes de la comunidad política asuman cargas públicas razonables y proporcionales a su capacidad económica, contributiva y disponibilidad de pago, posibilitando con su aporte que la otra parte de la comunidad política, la excluida,

---

<sup>12</sup> En 2008, la CCcol, al analizar la tutela impuesta por usuarios de servicios públicos a la empresa prestadora Electricaribe S.A., E.S.P. y otras, señala que la realización de los derechos fundamentales está ligada en gran medida a la prestación de servicios públicos, como: agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte. Citando la Sentencia T-388/1994 señala que esta es una forma en que el Estado realiza sus fines esenciales para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, para que las personas desarrollen su vida en condiciones de dignidad e igualdad (Sentencia SU- 1010 de 2008).

<sup>13</sup> La CCcol ha interpretado la dignidad humana como derecho desde dos dimensiones: (1) Del objeto concreto de protección, en la cual identifica tres lineamientos, la dignidad como autonomía, como condiciones materiales de existencia y como intangibilidad de bienes no patrimoniales de integridad física y moral. (2) De la funcionalidad normativa, desde donde establece tres expresiones de derecho: como valor fundante del ESDD, como principio constitucional, como derecho fundamental autónomo (Sentencia C -147 de 2017 y T- 43 de 2015).

gradualmente acceda al disfrute de los beneficios del progreso, logrando los objetivos constitucionales; es una cooperación mancomunada de los colombianos por un real ESDD (Sentencia SU- 484 de 2008). Sin embargo, aclaró la alta Corporación, que el deber solidario y contributivo impuesto por el principio del ESDD no puede ni debe ser absoluto, pues no podrá en ningún caso eliminar la libertad individual y social; *contrario sensu*, el principio del ESDD es un mandato para el legislador que le obliga a tomar decisiones con atención a la justicia y la equidad en el marco constitucional (Sentencia T- 426 de 1992).

La CCcol ha sostenido que el ESDD no impone un modelo económico o social, pero que ello no le hace indiferente a la realización de los valores de un orden social justo y de dignidad humana, siendo esta interpretación orientadora de la división de poderes y dejando a salvo la potestad legislativa en cabeza del Congreso y el diseño de programas de gobierno en manos del Ejecutivo, con la vinculación inexorable de todas las autoridades públicas. Así, en todo caso la orientación programática del gobierno como la acción legislativa no pueden ir en contravía del principio del ESDD, restando su eficacia y convirtiéndolo en una simple enunciación; en virtud de ello, la inmunidad de los derechos constitucionales y su aplicación directa ante una omisión legislativa<sup>14</sup>.

Este es el entorno que fundamenta la idea de una sociedad enfocada al logro de la igualdad real, que responde con acciones solidarias ante la escasez, marginación, exclusión, o desamparo, y más aún: aquí se ancla la interpretación de los principios mínimos en materia laboral, con especial enfoque en la movilidad del salario y sus implicaciones en el Derecho al mínimo vital; ámbito que debe ser estricta observancia para el Derecho Tributario.

## 1.1 Contenido y alcance del derecho al mínimo vital: Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

En el anterior apartado se puede advertir algunas consideraciones de la CCcol como del CEcol sobre el salario mínimo y el mínimo vital; sin embargo, la construcción de la línea jurisprudencial de la CCcol no ha transitado por un sendero pacífico, sino por un camino accidentado

---

<sup>14</sup> En Colombia la jurisprudencia constitucional ha definido la *excepción de inconstitucionalidad* como una facultad, una posibilidad y un deber de los operadores jurídicos. Facultad o posibilidad en tanto detectada una norma en clara contradicción entre la disposición aplicable a cada caso en concreto y las normas constitucionales, no se requiere alegato o la interposición de una acción para no aplicar la norma contraria, y es un deber en tanto ninguna autoridad puede dejar de hacer uso de ella; como se mencionó en la primera parte, el artículo 4 así lo ordena, con el fin de proteger los derechos fundamentales que se vean amenazados o en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía, notoria e indiscutiblemente contraria a las normas constitucionales (Sentencia SU-132 de 2013).

y divergente; quizá en razón de la encomiable tarea que le fue asignada como guardiana de la integridad constitucional en el ESDD.

Ha de reiterarse que Colombia, al ser un ESDD, erige su legitimidad en la eficacia, protección y otorgamiento efectivo de derechos (Sentencia C-158 de 1998), consignados en el ordenamiento jurídico y fundamentados en la CPN. En consecuencia, es un Estado Constitucional de Derecho<sup>15</sup>, donde toda la actividad jurídica del Estado se debe ceñir al marco constitucional (Sentencia SU- 747 de 1998), desarrollando el cumplimiento de los principios y derechos allí consagrados.

De este modo, la CPN es lo que Saffon y García denominan aspiracional<sup>16</sup>, persigue un cambio radical al presente y la promoción del cambio social por medio de la aplicabilidad y protección de los derechos constitucionales en general y los prestacionales en particular; por consiguiente, la CPN no es solamente el sustento de la vigencia formal del Derecho estatal (Pérez, 2014, pp. 34-75)<sup>17</sup>, es una norma jurídica obligatoria de aplicación inmediata (Alexy, 1993, p.159), cuya parte orgánica adquiere sentido y razón de ser a través de la aplicación formal y material de los principios, derechos y valores inscritos en la parte dogmática (Sentencia T- 406 de 1992).

Desde 1991, la salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución se confirió a la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 241 constitucional; en virtud de ello, es el órgano de cierre, convirtiéndose en el último eslabón del poder público en Colombia (López,

---

<sup>15</sup> Desde la perspectiva del neoconstitucionalismo, la Constitución configura un orden objetivo de valores, fijando contenidos materiales que vincula a los poderes del Estado a su respeto y realización, lo que se traduce en un orden jurídico justo, por tanto, afirma Domingo, representa toda una teoría de la justicia (Martínez y Domingo, 2011, pp. 1-248).

<sup>16</sup> Saffon y García en una revisión del activismo judicial de la CCCol caracterizan la Constitución de Colombia como aspiracional, por su origen en condiciones de alta insatisfacción, para el caso específico no fue producto de una revolución victoriosa, su objeto no es la preservación del presente sino su transformación radical, aunado a la promoción social, plasmando en su texto metas ambiciosas para la aplicación de derechos constitucionales en general y derechos sociales en particular, lo que, consecuentemente, hace que los derechos sean tratados como normas jurídicas y, por ende, deban ser protegidas (Saffon y García, 2011, pp.75-107).

<sup>17</sup> Para Pérez Royo, la Constitución es la última forma jurídica de ordenación del poder conocida en la historia, es la formalización jurídica de un contrato social, no entre gobernantes y gobernados, sino de un hombre con cada hombre, a fin de dar vida a un poder objetivo, despersonalizado, que no es de nadie, porque pertenece a todos, transformando la fuerza en Derecho y la obediencia en deber. Así, el Derecho del Estado no se agota en la Constitución, *contrario sensu*, comienza en ella. Sostiene que toda Constitución está definida por las siguientes características: *i*) se limita a ser una Constitución Política; *ii*) debe reconocer y garantizar los principios que dan forma a la sociedad «libertad e igualdad», razón misma de la existencia del Estado; *iii*) ofrece un cauce de autodirección social; *iv*) provee del órgano para la ejecución de las leyes, definiendo la legitimación democrática y procedimental de las decisiones; *v*) determina los organismos para el ejercicio del poder judicial en pie de democracia e imparcialidad. Así, es, en esencia, un cauce de la expresión jurídica del orden político de la sociedad.

2011, pp. 169-193); por lo tanto, sus pronunciamientos constituyen precedente judicial vinculante. En razón de ello, la construcción del contenido de cualquier derecho con la categoría de derecho fundamental innominado, como el *derecho al mínimo vital*, debe hacerse forzosamente por medio de un análisis de la jurisprudencia del juez constitucional, priorizando el de la alta Corporación; claro está, acompasándolo con la doctrina y la dogmática jurídica general.

En este sentido, uno de los estudios pormenorizados y más completos sobre la línea jurisprudencial del mínimo vital en Colombia lo realizaron Arango y Lemaitre, revisando la jurisprudencia de la CCcol desde 1991 hasta el 2002. El estudio demuestra, por un lado, que la Corporación en sus pronunciamientos no estableció un criterio fijo sobre el contenido del mínimo vital; por otro, en todos los casos el desarrollo del concepto se relacionó con una persona o grupo de personas en situación de indefensión ante el incumplimiento de obligaciones por un particular o por el Estado, situación que amenazaba su subsistencia (Arango, Lemaitre, Burbano, Lamprea y Rueda, 2002, pp.7-22).

En el análisis Arango y Lemaitre evidencian lo que hasta hoy es contundente: la magna dimensión del derecho al mínimo vital en la jurisprudencia nacional, exteriorizada en la adopción de diversas funciones, entre ellas, como *i)* derecho fundamental, *ii)* criterio fundante de otros derechos prestacionales, *iii)* condicional empírico para establecer conexidad entre derechos fundamentales y de prestación, *iv)* núcleo sustancial del derecho al trabajo, y *v)* condición de procedibilidad de la acción de tutela (Arango et al., 2002, pp.7-22).

Esta multiplicidad de funciones del *derecho al mínimo vital* obedece principalmente a: *i)* la tipología de Estado, ya que el ESDD exige el respeto y cumplimiento de una serie de principios, derechos y valores, vinculados y complementarios, pero interdependientes, que forman una amalgama jurídica compleja; *ii)* ser un derecho abstracto, por tanto multifacético, pluriconceptual y multifuncional; hasta tanto no se logre un consenso de criterios que lo doten de contenido determinado y determinante; *iii)* la ausencia de método, técnica y conceptualización de la CCcol (Arango et al., pp. 7-21), que en los primeros años de funcionamiento de la jurisdicción constitucional fue más acentuada, pero que hoy aún está presente.

En esta investigación se revisaron 21 sentencias de unificación jurisprudencial sobre el tema, analizando el nicho citacional, para realizar de manera más precisa un acercamiento a la línea jurisprudencial de la CCcol. El estudio se hizo desde 2002 a 2017; el examen confirmó la continuidad de la problemática referida a la concreción del *derecho al mínimo vital* con un criterio fijo en la jurisprudencia. La tendencia sigue siendo la misma: en las sentencias de unificación, el 62 % de los casos resuelven problemas relacionados con el reconocimiento de la pensión, su actualización y pago; el 38 % restante tiene como núcleo el derecho al trabajo y el pago de los salarios, las prestaciones sociales, entre otros; en tanto que en el análisis del nicho citacional, entre ellas sentencias de constitucionalidad y de tutela, sí se encontraron temas relacionados con la distribución de la carga tributaria y el límite de la potestad impositiva del Estado referido al mínimo vital.

Dentro de los casos evaluados, en 2017 la CCcol, en la revisión de un caso de indexación de la primera mesada pensional, citando las sentencias SU- 1073 de 2012, SU- 131 de 2013, SU- 415 de 2015, T- 906 de 2005, C- 862 de 2006, vincula el mínimo vital con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, en la medida que este se ve amenazado por la pérdida del poder adquisitivo vía inflación para aquellas personas que dependen de una prestación periódica para el mantenimiento de una vida digna y congrua (Sentencia SU- 168 de 2017). Este mismo año, al analizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada, la Corporación le da sentido así: "... el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CPN arts. 1, 53, 93 y 94) (Sentencia SU- 049 de 2017)", fijándolo como una de las disposiciones articuladas sistemáticamente en la Constitución y otras normas que fundan la estabilidad laboral reforzada.

Posteriormente, al revisar la orden de clausura de las actividades que se llevaban a cabo en la mina de Villonza, para diferenciar la minería de hecho y la minería ilícita relaciona la obtención de recursos económicos con el derecho al mínimo vital, afirmando:

La primera abarca la minería a pequeña escala, generalmente tradicional, artesanal o de subsistencia que se desarrolla "en las zonas rurales del país, como una alternativa económica frente a la pobreza y como una forma de obtención de recursos económicos que permite asegurar el mínimo vital de las familias que por tradición se han ocupado del oficio minero como herramienta de trabajo (*minería de hecho*)<sup>18</sup>" (Sentencia SU- 133 de 2017).

En ese mismo sentido la Sentencia SU- 336 de 2017, en la que la Corporación, al analizar una tutela para amparar el pago de sanción moratoria de docentes oficiales del Estado y la definición del proceso judicial, acude a la conexión del mínimo vital con el pago oportuno de las cesantías, así:

La razón por la cual en algunas normas sustantivas el legislador ha incorporado la sanción de un día de salario por cada día de mora es, precisamente, porque *una persona sin trabajo sufre cada día una lesión intensa a su mínimo vital*<sup>19</sup>. (Sentencia SU- 336 de 2017)

Aquí, el derecho al mínimo vital se liga primariamente con la obtención de ingresos a tiempo; a la vez que parece comportarse como un condicionante, un límite que demarca conductas permitidas y las no permitidas cuando se presenta un cese de labores por parte de un docente oficial.

<sup>18</sup> Texto en paréntesis y cursiva fuera del texto original.

<sup>19</sup> El texto subrayado y en cursiva es una adición de los autores.

En 2016, citando la Sentencia SU- 415 de 2015, la Corporación mantiene la línea jurisprudencial al sostener que la actualización de la mesada pensional es un mecanismo para garantizar el derecho al mínimo vital que presupone el principio de inmediatez, operando como una garantía de conservación del poder adquisitivo, hecho que posibilita la satisfacción de las necesidades, más aún para las personas de la tercera edad<sup>20</sup>.

Este mismo año la Sentencia de Constitucionalidad C- 388 de 2016, que sometió a examen la Ley 1184 de 2008 con referencia a la fórmula establecida para liquidar la cuota de compensación militar a cargo del enlistado que no ingrese a prestar el servicio militar, por presunta vulneración al principio de equidad tributaria comprometiéndose el mínimo vital de la persona que debía asumir dicho gravamen. La CCcol parte del alcance de la competencia del legislador en materia tributaria enmarcada en la relación entre el principio de ESDD y el deber de contribuir desde dos perspectivas: *i)* con fundamento en el principio de solidaridad y *ii)* la protección del mínimo vital. La providencia en cuestión llama jurisprudencia anterior, entre ellas las sentencias C- 251 de 1997, T- 426 de 1992, C- 1064 de 2001, C- 776 de 2003, C- 426 de 2005, C- 876 de 2002, C- 492 de 2015, C- 393 de 2016, para con base en ella fijar la cláusula del ESDD como variable dependiente del deber solidario de contribuir con los gastos e inversión del Estado por parte de los particulares; pero al amparo de la garantía del respeto de unas *condiciones materiales mínimas de existencia*; hecho que presupone (reitera la Corporación) asegurar a los habitantes una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance, lo cual demanda mantener o mejorar el nivel de vida. Dicho de otro modo, la realización de los DESC cumpliendo con el mandato de igualdad formal y real; por lo tanto, el tributo se constituye por su naturaleza en un mecanismo esencial de financiación del Estado tendiente a la garantía de lo que la Corporación llama el principio del derecho fundamental al mínimo vital.

En la providencia resulta interesante el recorrido de la jurisprudencia y doctrina española, al igual que fallos del tribunal de Argentina y Perú<sup>21</sup> en los salvamentos de voto, para precisar la línea de interpretación del principio tributario rector e implícito de no confiscatoriedad del ST en Colombia; pero es menos que desafortunada la conclusión a la que llega la alta Corporación,

---

<sup>20</sup> En este mismo sentido la CCcol amparó el reconocimiento de la pensión de invalidez al considerar vulnerados los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital y ordenó revocar el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. (Sentencia SU- 542 de 2016 y SU- 442 de 2016).

<sup>21</sup> Tres de los magistrados salvan su voto y acuden a la decisión 0646-1996-AA/TC del Tribunal Constitucional de Perú; citan a Naveira para referirse a Sentencia de 16 de diciembre de 2016 de la jurisdicción Argentina; llaman a destacados doctrinantes de España: Juan Ferreiro Lapatza, Cristina Pauner Chulvi, Pedro Herrera Molina, Juan Gorospe Oviedo, para construir las características, el alcance, los efectos y posible contenido del principio de no confiscatoriedad, que en España es un principio inspirador del ST y se encuentra expresamente declarado en el artículo 31.1. de la CE (Sentencia C- 388 de 2016).

pues si bien ofrece argumentos razonados sobre la dificultad de definir un límite cuantitativo de la tasa impositiva y delinea de manera correcta los efectos de la confiscatoriedad sobre la propiedad, la libertad de empresa y el derecho al mínimo vital, es estéril su pronunciamiento sobre el alcance y límites de que tal principio impone:

... el impuesto adquiere connotaciones confiscatorias en todos aquellos casos en que absorbe la totalidad del objeto gravado y, por lo tanto, erosiona completamente la capacidad contributiva del sujeto pasivo, ya sea porque la tarifa alcanza esa proporción o porque, debido a la composición de la base gravable del tributo, se arriba al mismo resultado. (Sentencia C- 388 de 2016)

Tal posición jurisprudencial anuncia lo evidente: cualquier tributo, ya sea tasa, contribución o impuesto, que prive de la propiedad, detraiga toda la renta o deteriore las condiciones de vida digna, libertad, igualdad y, por tanto, invada las condiciones mínimas materiales de una persona, su «mínimo vital», es manifiestamente confiscatorio y, por tanto, inconstitucional; las inconsistencias tanto como la insuficiencia argumentativa se analizarán más adelante.

En la línea de tiempo, en 2013 es de especial importancia la Sentencia SU- 856, en la cual la CCcol reafirma la línea jurisprudencial hasta hoy sostenida, acudiendo a jurisprudencia anterior, entre ellas las sentencias T- 055 de 2006 y T- 634 de 2002, recuerda que el derecho al mínimo vital es una condición de procedibilidad de la acción de tutela, convocando la observación cuantitativa y cualitativa para cada caso en concreto<sup>22</sup>. Igualmente, cita la Sentencia T- 603 de 2008 para dar alcance al concepto de *mínimo vital y subsistencia* afirmando que su naturaleza cualitativa debe "... permitir llevar una vida acorde con el nivel de vida alcanzado por el trabajador durante su vida activa laboral", reforzando su tesis con la Sentencia T- 1207 de 2005 para complementar el concepto:

... Corresponde a aquellos requerimientos básicos de toda persona para asegurar la digna subsistencia, el cual depende en forma directa de la retribución salarial, pues de esta manera también se estará garantizando la vida, la salud, el trabajo y la seguridad social. Así entendido el derecho al mínimo vital, no puede ser restringido a la simple subsistencia biológica del ser humano, pues es lógico pretender la satisfacción de las aspiraciones, necesidades y obligaciones propias del demandante y su grupo familiar.

---

<sup>22</sup> En este mismo sentido la CCcol, al analizar un caso de reajuste de mesada pensional de consejeros de Estado, magistrado(a)s de la Corte Suprema de Justicia o magistrado(a)s del Consejo Superior de la Judicatura, solicitada a la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) pagada por el consorcio Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpep) en Sentencia SU-975, al reconocer el mínimo vital como un derecho fundamental y como requisito de procedibilidad para la interposición de la acción de tutela, que debe ser ponderado para cada caso en concreto (Sentencia SU- 975 de 2003).

*... el mínimo vital no equivale al salario mínimo, sino que depende de una valoración cualitativa que permita la satisfacción congrua de las necesidades, atendiendo las condiciones especiales en cada caso concreto*<sup>23</sup>. (Sentencia T- 1207 de 2005)

La Corporación demarca la línea sobre la cual debe interpretarse, vincularse y dar alcance al mínimo vital y el salario mínimo; sin embargo, no se detalla qué permite la «satisfacción congrua de necesidades», dejando el tema a discrecionalidad del juez en la resolución de cada caso en concreto.

De lo expuesto se puede llegar a varias conclusiones: *i)* el mínimo vital como derecho, es reconocido por la jurisdicción constitucional como tal, por conexidad o derivación con otros derechos de categoría constitucional, en consecuencia, es y sigue siendo un derecho innominado, pero que a través del tiempo se le ha otorgado el estatus de *derecho fundamental*; *ii)* la línea jurisprudencial de la CCcol no ha sido uniforme; sin embargo, se han ido reconciliando una serie de criterios sobre los cuales se puede cimentar con más certeza el contenido del mínimo vital como derecho fundamental; *iii)* en sentido extenso y comprensivo, el derecho al mínimo vital llena su contenido desde los requerimientos básicos e indispensables garantes de la subsistencia humana en condiciones de dignidad para la persona, como individuo, como parte de una familia y de una sociedad, lo que, consecuentemente, debe reflejarse en calidad de vida; *iv)* el derecho al mínimo vital ligado a la congrua satisfacción de las necesidades materiales de la persona tiene un amplio alcance: alimento, vestido, movilidad, salud, vivienda, educación, medio ambiente, ingresos, entre otros; por tanto, la observancia de tal derecho deberá, sin duda, ajustarse a cada caso en concreto en consideración de las condiciones fácticas y formales; *v)* sin duda, *los ingresos dinerarios* que una persona perciba son innegablemente necesarios para el disfrute de esas condiciones mínimas que demanda la dignidad humana y, por ende, la calidad de vida; *vi)* desde una perspectiva procedimental, el derecho al mínimo vital se convirtió y sigue siendo un requisito de procedibilidad para la interposición de la acción de tutela.

## 1.2 El deber de contribuir en el Estado Social de Derecho y el mínimo vital

Realizado el acercamiento a un posible contenido del derecho fundamental del mínimo vital en perspectiva de la jurisprudencia constitucional, se da paso a la naturaleza del deber de contribuir y su linde jurídico en términos de tal derecho.

En perspectiva del Derecho Comparado de España y Colombia, es preciso recordar que la doctrina más respetada y avalada por el mundo de la ciencia del Derecho Tributario<sup>24</sup> converge en el

<sup>23</sup> Texto en cursiva y negrilla fuera del texto original.

<sup>24</sup> Entre los autores españoles, por mencionar algunos, Álvaro Rodríguez Bereijo, Carlos Palao Toboada, José

reconocimiento de un principio medieval: *Nullum tributum sine lege; no taxation without representation*, como cortapisa idóneo de las acciones arbitrarias del legislador y el operador jurídico frente al ejercicio de los derechos y garantías individuales de las personas, como contribuyentes y miembros de un sistema democrático, que propende por la construcción participativa y solidaria de un ST con el mayor grado de justicia deseable y posible, al exigir que todo tributo tenga origen en una ley (Rodríguez, 1998, pp. 593-626)<sup>25</sup>.

De este modo, es considerado como uno de los principios raizales que fundamentan el cumplimiento del deber solidario de los miembros de un Estado el de contribuir con sus gastos e inversión, como miembros de una comunidad política en su calidad de ciudadanos<sup>26</sup>. Es así que Bereijo, en un análisis del principio del deber de contribuir como un deber político y solidario fundamental, ve en la «capacidad económica» una suerte de derecho de los ciudadanos españoles, vinculado estrechamente con los criterios de *equidad, eficiencia y economía* del gasto público; en tanto es un límite real a la exigencia de la contraprestación patrimonial del ciudadano con el Estado, sobre el que recae la obligación de contar con una política presupuestaria idónea que dé cuenta de la pretensión de corrección de las desigualdades sociales; sin embargo, ello no legitima lo que el autor llama la «objeción fiscal», es decir, una resistencia fiscal ante el Estado, en la medida que existen instancias «Parlamento»<sup>27</sup> y procesos «*Examen, enmienda, aprobación*» del presupuesto del Estado, propio de la democracia representativa y el ESDD (Rodríguez, 2015, pp. 120-123).

---

Luis Pérez Ayala, Magín Pont Mestres, Fernando Sainz de Bujanda, Rafael Ortega Calvo, línea de pensamiento que ha sido tomada y defendida por autores colombianos como Mauricio Plazas Vega, Juan Camilo Restrepo, Juan Rafael Bravo Arteaga, entre otros.

<sup>25</sup> Para Bereijo, la reserva de la ley tiene las siguientes connotaciones: *a)* el concepto de tributo debe entenderse en sentido amplio, abarcando toda imposición de carácter contributivo originada en una contraprestación personal o patrimonial; *b)* los elementos del tributo deben definirse en la ley; *c)* en España, el arreglo a la ley del artículo 31.3 constitucional es relativo y no absoluto, permitiendo acción de desarrollo por medio de Reglamento sin dar cabida a remisiones en blanco y siempre sujeta a la ley; *d)* no cualquier ley es apta para regular la materia tributaria, existiendo límites como el uso de decretos ley, exclusiones como la iniciativa popular o prohibiciones como los de la Ley de presupuestos, todo ello en aras de garantizar la unidad financiera, la representación política.

<sup>26</sup> El artículo 95, contenido en el capítulo 5, que hace parte del Título II, de los derechos, garantías y deberes, declara a Colombia como una comunidad nacional, cuyos miembros deben enaltecerla reconociendo las libertades, derechos y responsabilidades por medio del cumplimiento de la Constitución, las leyes y los deberes como personas y ciudadanos miembros de esa comunidad política.

<sup>27</sup> En Colombia el artículo 133 de la CPN de 1991, proclama que los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa son la representación del pueblo, por tanto, sus actuaciones deberán ajustarse a los criterios de *justicia y bien común*, este en concordancia con el artículo 150.3 de las funciones... “Aprobar el Plan Nacional de Desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución...” (Constitución Política, 1991).

El planteamiento de Bereijo suscita una cuestión básica a efectos de esta investigación y sobre la cual ha de repararse. Si bien es cierto e indiscutible que basta la existencia previa de una ley para que nazca un impuesto, ello no es sinónimo de suficiencia al rasero de la justicia; en tanto y en cuanto son constantes los cuestionamientos sobre aquello que es objeto del impuesto, «hecho imponible», sobre quién recae la obligación, «sujeto pasivo», sobre aquellas rentas, costos, deducciones y descuentos que se deben sumar o detraer, «base imponible», o por qué se debe en razón de una u otra tasa, «tarifa»; pues el principio de justicia tributaria, como una síntesis de todas las exigencias constitucionales que encuadran la actuación del poder impositivo del Estado (Sentencia C- 052 de 2016), debe dar cuenta de la adecuación de la carga tributaria a la persona como individuo, como miembro de una familia y de una sociedad; en razón de la capacidad económica, la capacidad contributiva y la capacidad disponible.

Razones, entre otras, por las cuales el imperioso *deber de contribuir* no es una sujeción pasiva del «sujeto» como miembro de una comunidad política ante el poder del Estado como ordenador de la misma, sino que se cimienta en una verdadera relación de reciprocidad. Así, el sujeto como «ciudadano» y el Estado como «organización política» adquieren deberes, obligaciones y derechos que deben armonizarse en pro de los principios propios preconizados en el Estado constitucional<sup>28</sup>. De este modo, es el ordenamiento jurídico el que debe describir de manera taxativa *deberes, obligaciones y derechos* que subyacen de la imposición. Por tanto, al Estado solo le compete exigir aquello consignado en el ordenamiento jurídico; y ello no es una negación del poder del Estado, es el reconocimiento de que su poder estará mediado por la función legislativa y su capacidad de crear normas que ordenen un ST justo, en las que se definan claramente los elementos que darán origen a la carga tributaria a la cual estará sujeta la persona en el desempeño de sus roles, entre ellos aquel dimanado de su calidad de ciudadano contribuyente, dentro los estrictos y precisos límites ahí definidos; esta es la verdadera soberanía tributaria, aquella que se fundamenta en la ley y se legitima en justicia.

En Colombia, el deber de contribuir, proclamado en el artículo 95.9 CPN, es, sin duda un mandato con verdaderos efectos jurídicos para el poder público y los ciudadanos, en razón de la solidaridad, económica y social, propia del ESDD. Así, el Estado exterioriza el mandato en la potestad de exigir a través de la ley, y el ciudadano pone de manifiesto tal mandato en el cumplimiento de la obligación de «dar». Pero solo será exigible lo que es dable y se dará aquello que es exigible. Dicho de otro modo, la exigibilidad de una imposición, pese a tener origen constitucional, «es» en virtud de una ley que la define dentro las fronteras de los principios inspiradores del ST: *equidad, eficiencia, progresividad y no retroactividad*, enunciados en el artículo 363 CPN, aunados

---

<sup>28</sup> Con “Estado constitucional” se hace referencia a la forma de organización política que se haya decidido adoptar, ya Estado de Derecho, Estado Social de Derecho (ESDD) o Estado Social y Democrático de Derecho.

a los principios propios del ESDD, siendo este el contexto sobre el cual ha de fundamentarse un ST legal, legítimo y justo.

Al respecto Bereijo señala que la formulación constitucional del deber de contribuir cumple una triple función: *i) legitimar el tributo*, en razón del deber solidario del sujeto como parte de una organización política al que le interesa contribuir y mantener (Rodríguez, 2015, pp. 138-139)<sup>29</sup>; *ii) limitar y ser garantía jurídica*; ello en la medida que como norma constitucional impone las fronteras al deber de contribuir a las cuales sujetarán las exigencias del Estado; por tanto, no podrá en ningún caso ir más allá de los criterios cuantitativos, proporcionales y razonados consagrados en el mismo texto constitucional «capacidad económica», «capacidad contributiva» y «capacidad disponible»; en este contexto obra igualmente como una garantía en la configuración jurídica; en tanto esta hará observancia de la capacidad económica real, y en razón de ella se tipificarán los presupuestos de hecho, sujetos a la imposición; y *iii) orientación programática*, para el poder público, en esencia el poder legislativo, al que compete la configuración jurídico-tributaria para la construcción de un ST justo, en cumplimiento del deber de contribuir (Rodríguez, 2015, pp. 139).

De otra parte, como lo plantea Pauner Chulvi, el deber de contribuir tiene una dimensión *objetiva*, al estar enmarcado dentro de una gama de normas jurídicas de orden nacional y de índole internacional, entre ellos la CPN, las leyes y los tratados, pactos y convenios internacionales, que presuponen la aceptación tácita de los deberes impuestos por ser parte de esa comunidad política; es decir, una obligación objetivada en la posibilidad misma de la exigencia de un derecho; y *subjetiva*, en tanto ese mismo marco se dirige a otorgar un status de la persona dentro de la sociedad (Pauner, 2008, pp. 22-71); por lo tanto, derechos y deberes son categorías jurídicas inherentes, y es indeseable un catálogo de derechos sin el cumplimiento mínimo de deberes; pero tampoco al Estado le es dable un régimen unilateral de deberes.

Ahora bien, se debe añadir a este contexto que el Estado liberal redireccionó su actividad productiva, dando marcha a la apertura comercial y la promoción del ajuste fiscal (Bresser y Cunill, 1998), este modelo en crisis, como un Estado mínimo, dio paso del ESDD al Estado social contributivo, de deberes (Latorre, 2015, p 15-39); coyuntura que encuentra amparo en el Estado constitucional, constitucionalizando el ESDD imponiendo un mayor control al legislativo como desarrollador del texto constitucional, en el que la eficacia de los fines y valores pende del diseño institucional, y el juez está llamado a la ponderación de valores y principios jurídicos que posibiliten la efectivización de los derechos y deberes que dimanen de la forma de Estado.

---

<sup>29</sup> Rodríguez Bereijo cita a Berliri para resaltar que la potestad que reviste al Estado de exigir el impuesto es un derecho que el mismo ciudadano otorga como un reflejo de su «compromiso» solidario de dar para contribuir con el mantenimiento del Estado.

Este es el modelo colombiano, en el que el juez, para efectos de un Derecho tributario justo que contribuya directamente a la concreción de esos fines estatales constitucionalizados, deberá ponderar los principios constitucionales que inspiran la tributación en cumplimiento de los objetivos financieros y redistributivos que el sistema impone, y el desarrollo real de las condiciones materiales mínimas de la persona que le permitan concretar su proyecto de vida, en igualdad, dignidad y libertad, entiéndase *derecho fundamental al mínimo vital*.

La ponderación teleológica a la que está llamado el juez no es sencilla, pero tampoco imposible. La aplicación del principio de ponderación es en esencia el reconocimiento de la función correctora del derecho de distribuciones y compensaciones, que desde la teoría de Robert Alexy es entender, aplicar y conseguir el mayor grado de justicia deseable y posible para cada caso en concreto, definiendo una relación medio a fin (Alexy, 2005, pp. 161-173). Así, los fines del Derecho serán: *la certeza jurídica y la protección de los derechos fundamentales*; por lo tanto, en un conflicto de principios, el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios del ESDD, en colisión, demandará un mayor grado de importancia y satisfacción del principio favorecido.

La teoría de Robert Alexy ya ha sido acogida parcialmente por los altos tribunales en Colombia; bajo esta teoría, las decisiones correctas obedecerán a juicios fundamentados racionalmente desde elecciones preferentes que cumplan ciertas condiciones *stricto sensu: idoneidad, necesidad y proporcionalidad*, con rigurosa observancia de un orden jurídico preestablecido con centro en la CPN, la voluntad del constituyente y el precedente judicial vinculante, que se reconstruirá paulatinamente en ocasión a los principio de igualdad (Alexy, 1993, p. 49), en la medida que de la aplicación de la ponderación resultan reglas aplicables a todos aquellos casos semejantes; reglas y subreglas de derecho.

En este sentido, se cree, al igual que el profesor Pedro Herrera Molina<sup>30</sup>, que con la aplicación del principio de ponderación al Derecho Tributario, en la solución de casos complejos en los cuales este se vea amenazado o vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital, se puede dar un alcance interpretativo más preciso del cual se derive el contenido de este derecho, fijando linderos infranqueables ante la potestad impositiva del Estado.

---

<sup>30</sup> El profesor Herrera Molina, lo ejemplifica con la colisión entre el derecho a la propiedad y el principio del Estado social, donde ciertos derechos se acotan considerando sus límites inmanentes o atendiendo directamente el conflicto ponderando de los intereses prevalentes en cada caso. Así, en términos del principio de capacidad económica, su relación con el deber de contribuir, la propiedad y su función social, claramente se presenta una colisión de derechos y principios; negarlo sería suponer la existencia de un sistema normativo tributario autosuficiente, que en extenso debería contemplar de antemano todos y cada uno de los casos posibles que se pudieran derivar del sometimiento de un «presupuesto base» a un impuesto determinado, lo que en la realidad ha resultado imposible (Herrera, 1998, pp. 24-45).

Por ahora, en la primera parte de esta investigación se dará el alcance conceptual desde la doctrina y la jurisprudencia sobre los límites visibles impuestos por el mínimo vital y el cumplimiento del deber de contribuir un ESDD como el colombiano.

### **1.3 Criterios para la definición de los límites que impone el derecho fundamental al mínimo vital**

Se asume la posición jurisprudencial de la CCcol en términos de la denominación de «derecho fundamental del mínimo vital». Sin embargo, se cree que, como lo afirmó R. Alexy en 1986, sobre la estructura de los derechos fundamentales y la iusfundamentación de las normas de derechos fundamentales, no hay un consenso, ni unánime ni claro, hasta hoy. Una de las razones del disenso y ausencia de claridad estructural radica en su connotación axiológica, dependiente de la noción de «valor» (Mazzarese, 2003, pp. 687-716), dada la diversidad de valores acuñados en las concepciones socialmente aceptadas por cada comunidad política; sin embargo, pese a la disparidad conceptual sobre este tipo de derechos, como lo expone Díez Picazo, sí se ha llegado a mayor consenso desde un aspecto formal sobre la mayor fortaleza jurídica derivada de su inclusión en la Constitución, y desde el aspecto material sobre la incidencia de factores políticos, culturales, económicos, ambientales, entre otros, para su protección (Díez, 2005, pp. 32-43).

La diversidad conceptual sobre estructura y la iusfundamentación se extiende tanto en la identificación del catálogo de derechos fundamentales y su constitucionalización como su protección. En consecuencia, pese a que la CCcol a través de su jurisprudencia proclama el mínimo vital como un derecho fundamental, salvando el primer obstáculo, deja abierta la problemática de su protección y, por tanto, efectiva realización. Este es el caso del Derecho Tributario referido al ejercicio de la potestad impositiva del Estado, que en aras de lograr la financiación de sus gastos e inversión y redistribuir la riqueza, reclame el cumplimiento del deber solidario de contribuir y de alguna forma ponga en riesgo esos mínimos materiales garantizados por el derecho fundamental del mínimo vital, que el mismo está llamado a garantizar.

Como se afirmó en líneas anteriores, el poder impositivo estatal existe en razón de la esencialidad del impuesto como instrumento para logro de los objetivos y fines estatales, pero dicho poder no está revestido de una facultad ilimitada y unilateral; este, justamente al ser un mandato y una facultad constitucional, debe ejercerse en respeto de la cláusula de ESDD anclado en la justicia, la equidad y el rechazo total de todo tipo de arbitrariedad.

Si bien los derechos fundamentales pueden ser restringidos, como lo expone Robert Alexy<sup>31</sup>, este no es el caso del mínimo vital, en tanto, al ser un mínimo, se comporta como un principio

---

<sup>31</sup> Para Robert Alexy, los derechos fundamentales son y pueden ser objeto de restricciones de dos tipos: i)

constituyente por derivación de reglas o subreglas delineantes del lindero infranqueable para el Ejecutivo en la presentación de proyectos de índole tributario, el legislador en la configuración de la ley tributaria y el administrador de justicia en la interpretación y aplicación del Derecho Tributario.

En este sentido, del recorrido jurisprudencial de la CCcol, como se ha expuesto hasta el momento, la Corporación ha cimentado algunos criterios delimitantes. Sin embargo, como se afirmó al comienzo, se observa una insuficiencia de técnica, una disparidad conceptual, dada su permeabilidad por factores, financieros, políticos y económicos, lo que ha llevado a conceptualizaciones vacías y yerros interpretativos, por citar algunos casos:

- Sentencia C- 264/2013, que resolvió la posible inconstitucionalidad del artículo 771-5 del E.T, al limitar los medios de pago para efectos de la aceptación de costos, deducciones, pasivos e impuestos a depósitos, giros, transferencias, cheques, tarjetas por medio del sistema financiero y bonos regulados por el Gobierno nacional, rechazando un porcentaje progresivo de los pagos en efectivo. La Corporación declaró la exequibilidad de la norma desconociendo la realidad socio empresarial de las MiPyMes, colombianas que no cuentan con grandes capitales, no cotizan en bolsa y son objeto de tratamiento diferenciado por el sistema financiero con altas tasas de interés y gastos bancarios, en razón de la carta de riesgos con la cual las califican las instituciones financieras.
- Sentencia C 291/2015, que analizó los cargos por violación al principio de equidad tributaria presentes en el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012. Presupuesto normativo que, contrario al impuesto sobre la renta, no permitía la compensación de pérdidas en la depuración de la base gravable del CREE. La Corporación en su examen extendió las categorías conceptuales de una contribución a un impuesto, para justificar la destinación específica del recaudo generado por este nuevo impuesto, situación taxativamente prohibida por el artículo 359 CPN, que establece que no habrá rentas nacionales con destinación específica, y el CREE se catalogó como el Impuesto de la Renta para la Equidad, desde su motivación hasta su sanción.
- Sentencia C 388/2016, en esta ocasión el cargo en análisis fue presunta vulneración al principio de equidad tributaria y compromiso del mínimo vital de las personas llamadas a soportar la cuota por compensación militar, liquidada según la fórmula establecida en la Ley 1184 de 2008.

---

directamente constitucionales, es decir, por medio de norma expresa de índole constitucional, o *ii*) indirectamente constitucionales, caso en el cual la autorización surge en la CPN. Pero certeramente añade las restricciones y su restringibilidad es acotada. Así, solo se pueden admitir restricciones a los derechos fundamentales cuando estos, al entrar en colisión con derechos de la misma categoría, se comportan como principios, y al principio contrapuesto le corresponde un mayor peso (Alexy, 2005, pp. 267-293).

La CCcol aclara que dicha cuota es una contribución ciudadana, especial, pecuniaria e individual que se estableció con fundamento en el patrimonio y los ingresos, excluyendo de tal gravamen las poblaciones más vulnerables, grupos especiales como los indígenas o quienes estén en condición de discapacidad; en consecuencia, al ser una compensación, al realizar consideraciones objetivas y subjetivas, la Corporación declara la exequibilidad de los preceptos demandados.

Los cuestionamientos a esta providencia se derivan de los argumentos en contra del fallo extractados de los cuatro votos salvados<sup>32</sup>. Tres magistrados solicitan la inexecutable diferida por un año, tiempo durante el cual, en su criterio, no se generaría una lesión o un riesgo de vulneración efectivo y grave sobre los derechos fundamentales; la justificación de la petición la encuentran mediante el método analógico desde un conjunto de casos en los que la aplicación de la fórmula revela una cuota excesiva con claras implicaciones confiscatorias. El cuarto voto salvado fue el de la magistrada María V. Calle, quien ofreció juicios racionales jurídicamente relevantes y suficientes para rechazar la decisión tomada por la CCcol en la citada sentencia.

La magistrada Calle expuso acertadamente cómo los argumentos resultaban insuficientes e inconsistentes, por varias razones: *i*) la norma fue acusada por inconstitucionalidad en la tarifa; sin embargo, la Sala concentró el análisis sobre la base gravable; por lo tanto, no se detuvo en la teleología de una tarifa proporcional y no progresiva para la cuota de compensación familiar y la interferencia objetiva sobre la equidad tributaria, al aplicar el 1 % sobre el patrimonio y el 60 % de los ingresos para todos los llamados a soportar el gravamen, imponiendo, así, un sacrificio desigual, mayor para quienes tienen menos ingresos y menor para quienes tienen más; *ii*) la CPN proscribió la afectación al mínimo vital tanto transitorias como permanentes; si bien la cuota de compensación se pagaba una sola vez y por 90 días, se obvió el reconocimiento del número de hijos en una familia y la afectación real del mínimo vital para las familias de menores ingresos; *iii*) la CCcol legitimó la acción de tutela como mecanismo de protección para casos excepcionales en los que circunstancias especiales impiden cumplir el pago de la contribución, dejando en evidencia una clara inconsistencia; *iv*) la «exigencia legal» de la existencia de evidencia empírica para concluir la violación del derecho al mínimo vital que trató de sostener la CCcol no se soportó en referente normativo alguno y citó erradamente la Sentencia C- 776 de 2003<sup>33</sup>, providencia en la que se declaró afectación del mínimo vital por el artículo 34 de la Ley 788 de 2002, y, en efecto, se realizó constatación de indicadores de pobreza, pero igualmente sostuvo que tanto indicadores como evidencia empírica no eran condiciones jurídicas o requisitos para efectos de control abstracto que realiza la Corporación; *v*) la CCcol rompió la jurisprudencia

---

<sup>32</sup> Cuatro magistrados salvaron su voto: un grupo conformado por los magistrados por Jorge Iván Palacio, Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva; el otro salvamento fue presentado por la magistrada María Victoria Calle Correa.

<sup>33</sup> Cfr., p..32.

constitucional al exigir evidencia probatoria para enjuiciar la vulneración al mínimo vital<sup>34</sup>; sin embargo, no declaró explícitamente el cambio de jurisprudencia, y mucho menos ofreció argumentos poderosos que lo sustentaran.

Por casos como los expuestos, por demás comunes en la jurisprudencia de la CCcol, resulta una tarea compleja la construcción de una línea jurisprudencial concreta sobre los límites que se derivan del mínimo vital como derecho fundamental y, por tanto, como principio constitucional para efectos de la justa distribución de la carga tributaria; pese a ello, de un primer recorrido doctrinal y jurisprudencial se coligen inicialmente algunos criterios que podrían ser considerados dentro de las proximidades de un Derecho Tributario más justo, así:

- ▶ La protección del derecho al mínimo vital es un principio inspirador de la cláusula del ESDD. Mandato constitucional que impone el deber de una actividad estatal constante para la efectiva realización de los DESC y demás derechos iusfundamentales, como el de libertad, igualdad, vida digna, entre otros.
- ▶ El respeto al derecho fundamental del mínimo vital exige condiciones de seguridad de la persona como individuo y como parte de una sociedad, de igualdad de oportunidades tanto formales como materiales, en desarrollo del artículo 13 superior; en consecuencia, al Estado le compete promover acciones o abstenciones que hagan realidad las condiciones materiales mínimas que permiten una vida digna, de calidad, para que el proyecto de vida de cada persona, sin importar su condición social, deje de ser un sueño condicionado y pase a ser una realidad plena.
- ▶ Aunque el mínimo vital no es equiparable al salario mínimo legal, sí se encuentran estrechamente vinculados; así, una afectación al salario mínimo puede vulnerar el derecho fundamental del mínimo vital; ello en virtud de la dependencia directa de la satisfacción congrua de las necesidades de la persona y la remuneración salarial personal o familiar; por lo tanto, la potestad impositiva del Estado y su ejercicio está llamada a la consideración del salario mínimo en concordancia con el derecho fundamental al mínimo vital.
- ▶ Si una imposición priva o restringe de algún modo la congrua satisfacción de las condiciones dignas de subsistencia de la persona, entre ellas: alimento, vestido, movilidad, salud, vivienda, educación, medio ambiente, estará vulnerando de manera directa el derecho fundamental al mínimo vital.

---

<sup>34</sup> Las sentencias C- 776 de 2003, C- 291 de 2015, C- 492 de 2015 y C- 393 de 2016 no exigieron la existencia de evidencia empírica de la violación del derecho al mínimo vital, y la CCcol declaró la inexecutable de las normas tributarias acusadas por vulneración de principios constitucionales entre ellos el mínimo vital.

- ▶ El mínimo vital es una expresión de la máxima latina “Primero hay que subsistir y luego pagar impuestos”; en consecuencia, cualquier impuesto deberá recaer sobre las manifestaciones reales de riqueza: patrimonio, rentas, propensión de consumo o presupuestos sociales relevantes (Gallo, 2011, pp. 111-116), y no sobre presunciones tributarias que desconozcan los presupuestos fácticos de cada caso en concreto.
- ▶ Los elementos de la imposición son individual y conjuntamente considerados determinantes en la configuración de un ST más justo; por lo tanto, el ajuste de las disposiciones tributarias a los principios tributarios constitucionales y el respeto de los derechos fundamentales contribuyen directamente con la materialización de la cláusula de ESDD, marco en el cual se ordena la no interferencia transitoria, y mucho menos permanente, del principio del derecho fundamental al mínimo vital.
- ▶ El derecho al mínimo vital no es el resultado del cálculo de una cuota fija de recursos para la persona como individuo; este derecho demanda para efectos del Derecho Tributario considerar: *i*) la situación personal, entendida como situación física, mental, nivel de formación, estado civil, entre otras; *ii*) la situación económica, referida al ingreso mensual real personal y familiar, indicativa de la potencia económica global (Moschetti, 1980, pp.261)<sup>35</sup> para satisfacer las necesidades de salud, vivienda, estudio, alimentación, transporte, acceso a servicios básicos, entre otros, para determinar la capacidad contributiva y la capacidad de pago real, para no exigir de aquello que no es posible dar; y *iii*) el sacrificio fiscal igual a los iguales y desigual a los desiguales, en un trato diferenciado y equitativo que logre la conservación de la igualdad relativa (Lejeune V, 1980, p. 142)<sup>36</sup> válida constitucionalmente.
- ▶ La capacidad contributiva es la manifestación del gasto global, pues quien tiene para su propio bienestar personal, lo que incluye núcleo familiar *prima facie*, debería contar con la capacidad de contribuir para las necesidades colectivas, y en este estricto sentido, debe evaluarse su vinculación y respeto de los mínimos materiales que ampara el derecho al mínimo vital.

---

<sup>35</sup> Moschetti plantea la potencia económica global como hechos indicativos de riqueza, entre ellos: *i*) Renta global, *ii*) Patrimonio neto, *iii*) Gasto global, *iv*) Incrementos patrimoniales, e *v*) Incrementos de valor en el patrimonio; de aquí se desprende la capacidad económica contributiva y, por tanto, la capacidad de pago.

<sup>36</sup> En el ámbito del control efectivo de la discrecionalidad del legislador deben conjugarse la limitación derivada de los principios superiores como la igualdad con un eficaz sistema procesal que se pronuncie sobre la presencia o no, de fundamentos objetivos en los tratamientos diferenciados en la configuración legislativa, que por demás son válidos desde el mismo texto constitucional.

## 2. CONCLUSIONES

En Colombia la Constitución Política de 1991 le otorga su salvaguarda e integridad a la Corte Constitucional, mandato por el cual a la Corporación le corresponde la defensa de los principios, derechos y deberes constitucionales para la realización del ESDD; ámbito en el cual el tributo es un instrumento esencial desde sus dos funciones: *i)* financiera, suministrando los recursos que permita la actividad estatal, gastos e inversión; *ii)* redistributiva, por medio del gasto público priorizado según las necesidades sociales; contribuyendo a la concreción de las aspiraciones sociales de las personas que hacen parte de la comunidad política.

El ST en Colombia, es una amalgama compleja de disposiciones normativas y un conjunto de imposiciones que muchas veces han amenazado o vulnerado de manera directa los derechos fundamentales de las personas en su calidad de contribuyentes; ante ello, la acción pública de inconstitucionalidad se ha constituido en un mecanismo para exigir el control normativo y el respeto efectivo de principios y derechos, protegidos y garantizados por la CPN.

El mínimo vital ha sido proclamado por la CCcol como un derecho fundamental innominado, en virtud del cual se deben fijar unos límites infranqueables a cualquier tipo de tributo; en la medida que este es sinónimo de condiciones materiales mínimas para una vida digna, libre y autónoma de cada persona; por lo tanto, la remuneración mínima está estrechamente ligada al derecho al mínimo vital; en consecuencia, debe estar exenta o fuera del alcance de gravamen alguno, pues nadie está obligado a dar de lo que no tiene, y si el impuesto está llamado a llegar a los confines, estos estarán donde se encuentre la riqueza.

Dada la vinculación entre los derechos al mínimo vital y el salario mínimo, el Derecho Tributario debe considerar y respetar tal nexo, en tanto la afectación del segundo incide directamente en el primero, amenazando la vida, la salud, el trabajo, la dignidad y la calidad de vida; situación que de presentarse por la promulgación de alguna norma tributaria, es y debe ser rechazada por inconstitucional.

La CCcol desde sus inicios ha desempeñado un papel fundamental en la conservación y cumplimiento del Estado constitucional; pero, infortunadamente, para el Derecho Tributario, el recorrido jurisprudencial evidencia la insuficiencia de técnica, método y la deficiencia argumentativa, decantando ello en declaraciones de exequibilidad de normas legítimamente inconstitucionales y fallos de inexecutable de normas legal y legítimamente constitucionales; esto quedó en evidencia en los tres casos expuestos: Sentencia C- 264 de 2013, C- 291 de 2015 y C- 388 de 2016.

La determinación de límites que impone el derecho fundamental al mínimo vital condiciona la emisión normativa y el alcance interpretativo del Derecho Tributario, cumpliendo con el principio de justicia tributaria como sustrato de todas las exigencias del ST, representado en tarifas

equitativas, progresivas, eficientes, no confiscatorias, que recaen, de un parte sobre presupuestos reales de la riqueza global, «capacidad económica»; de otra, sobre la dimensión objetiva y subjetiva de esa riqueza, «capacidad contributiva», entendida como ese potencial del sujeto para ceder parte de esa riqueza, «capacidad disponible».

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2005). Justicia como corrección. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 161-173.
- Arango, L. E., Herrera, P. y Posada, C. E. (2007). El Salario mínimo: aspectos generales sobre los casos de Colombia y otros países. *Borradores de Economía*, 436, 1-40. Recuperado de: <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/pdfs/borra436.pdf>.
- Arango, R., Lemaitre, J., Burbano Herrera, C., Lamprea, E., & Rueda, P. (2002). Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Estudios Ocasionales CIJUS. Bogotá, D.C, Colombia: Universidad de los Andes. Facultad de Derecho; Ediciones Uniandes.
- Bresser P., L. C. y Cunill G. N. (1998). Entre el Estado y el mercado: Lo público no estatal. *CLAD Paidós*, 25-56. 2018 Recuperado de: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/unpan000164.pdf>.
- Comisión de expertos para la equidad y competitividad tributaria (2015). *Informe de actividades No 1. Diganóstico de los problemas que afectan al Sistema Tributario colombiano*. Recuperado en: <https://comisionreformatributaria.files.wordpress.com/2015/06/informe-al-ministro-de-hacienda-junio-3-de-2015.pdf>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [Cepal] (2017). *Panorama Social de América Latina*. Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/41598-panorama-social-america-latina-2016>.
- Consejo de Estado. Sentencia 54001-23-33-000-2014-00101-01(AC) de 2014 (10 de julio 2014)
- Corte Constitucional. Sentencia SU-168 de 2017 (05 de junio de 2017).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-336 de 2017 (18 de mayo de 2017).
- Corte Constitucional. Sentencia C-147 de 2017 (08 de marzo de 2017).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-133 de 2017 (28 de febrero 2017).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-049 de 2017 (02 de febrero 2017)
- Corte Constitucional. Sentencia SU-542 de 2016 (05 de octubre 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-442 de 2016 (18 de agosto 2016).

- Corte Constitucional. Sentencia C-393 de 2016 (28 de julio 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 2016 (27 de julio 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia C-052 de 2016 (10 de febrero 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia C-492 de 2015 (05 de agosto 2015).
- Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2015 (20 de mayo 2015).
- Corte Constitucional. Sentencia T-043 de 2015 (04 de febrero 2015).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-856 de 2013 (27 de noviembre 2013).
- Corte Constitucional. Sentencia C-264 de 2013 (08 de mayo 2013).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-132 de 2013 (13 de marzo 2013).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-189 de 2012 (12 de marzo 2012).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-1010 de 2008 (16 de octubre 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia SU- 484 de 2008 (15 de mayo de 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia T-055 de 2006 (02 de febrero 2006).
- Corte Constitucional. Sentencia T-1207 de 2005 (24 de noviembre 2005).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-975 de 2003 (23 de octubre 2003).
- Corte Constitucional. Sentencia C-776 de 2003 (9 de septiembre 2003).
- Corte Constitucional. Sentencia T-634 de 2002 (8 de agosto 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia C-876 de 2002 (16 de octubre 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001 (10 de octubre 2001).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-995 de 1999 (09 de diciembre 1999).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-747 de 1998 (02 de diciembre 1998).
- Corte Constitucional. Sentencia C-158 de 1998 (29 de abril 1998).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-111 de 1997 (06 de marzo 1997).
- Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992 (24 de julio 1992).
- Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992 (05 de junio 1992).
- Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 1997 (28 de mayo 1997).
- Díez P., L. M. (2005). *Sistemas de derechos fundamentales*. Navarra: Aranzadi.
- Dworkin, R. (2009). *Los derechos en serio* (2ª ed.). Marta Guastavino (trad.). Barcelona: Ariel.
- Eseverri, E. (2006). *Derecho tributario parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Galvis, L. A. (2010). Diferenciales salariales por género y región en Colombia: Una aproximación con regresión por cuartiles. *Documentos de trabajo sobre Economía Regional y Urbana*, 131, 1-12. Recuperado de: <http://www.banrep.gov.co/es/dtser-131>.
- Gallo, F. (2011). *Las razones del Fisco. Ética y justicia en los tributos*. José A Rozas y Francisco Cañal (trads.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Herrera M., P. M. (1998). *Capacidad económica y sistema fiscal*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Latorre, G. I. (2015). *El Juez administrativo colombiano. ¿Un actor influyente en el fortalecimiento del Estado social y constitucional de derecho?* Bogotá, D.C: Editorial Universidad del Rosario.
- Lejeune, V. E. (1980). Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria. En A. Amatucci y otros, *Seis estudios sobre Derecho constitucional e Internacional tributario*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- López D., G.A. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?, *Cuestiones Constitucionales*, 24, 169-193). Recuperado de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932011000100005](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100005).
- Martínez P., A. L. y Domingo, T. (2011). *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: teoría general e implicaciones prácticas*. Granada: Comares.
- Mazzarese, T. (2003). Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 687-716.
- Moschetti, F. (1980). *El principio de capacidad contributiva*. [ed.] Juan Calero Gallego y Rafael Navas Vázquez. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales [IEF].
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (1949). *Convenio 095/1949, primero de julio, Convenio relativo a la protección del salario*. Recuperado de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312240:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312240:NO).
- Organización Internacional del Trabajo [OIT] (1970). *Convenio 131/1970, 22 de junio, Convenio sobre la fijación de salarios mínimos*. Recuperado de: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C131](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C131).
- Pauner, C. C. (2008). *El deber de constitucional de contribuir al sostenimiento de los gasto públicos*. (Tesis doctoral). Universidad Jaume, Castellón, España.
- Pérez Royo, J. (2014). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- República de Colombia (2012). Ley 1607. *Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones*.

- República de Colombia (2014). Ley 1739. *Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones.*
- República de Colombia (2016). Ley 1819. *Por medio de la cual se adopta una reforma estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.*
- República de Colombia (2017). Decreto Ley 883. *Por el cual se modifica la Ley 1819 de 2016 para incluir a las empresas dedicadas a la minería y a la explotación de hidrocarburos en la forma de pago de obras por impuestos.*
- Rodríguez, B. Á. (1998). Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional. *Civitas: Revista española de Derecho Financiero*, 100, 593-626.
- Rodríguez, B. Á. (2015). *La Constitución Fiscal de España: Tres estudios sobre Estado Social de Derecho, Sistema Tributario, gasto público y estabilidad presupuestaria.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rozas V., J. A. (2014). De la Confiscación. En F. Adame Martínez y J. Prieto Ramos. *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público: Homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez.* Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Saffon, M. P. y García, V.M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 75-107.
- Vargas, C. (2012). Cambio tecnológico y desigualdad de salarios: Colombia, 1984-2010. En L. E. Arango y F. Hamann, *El mercado de trabajo en Colombia: hechos, tendencias e instituciones.* Banco de la República.

# **Flexibilidad probatoria y dilemas en el nuevo derecho procesal del consumo chileno\***

*Evidence Flexibility And Dilemmas In The  
New Chilean Costumer Procedural Law*

\* Financiado por la Universidad Católica del Norte (Antofagasta, Chile).

Á L V A R O J A V I E R P É R E Z R A G O N E

Abogado (Universidad Nacional de Tucumán), magíster (LL.M.) y doctor en Derecho (Dr. Iur Utr.) (Universidad de Colonia Alemania), Post. Doc. Alexander von Humboldt Fellow, miembro del Instituto y la Asociación internacional de Derecho Procesal. Profesor visitante permanente de Derecho Civil, Universidad Católica del Norte (Chile). Profesor titular de Derecho Procesal Civil, Universidad de San Pablo-T (Tucumán, Argentina). Av. Estado de Israel 1062, CP 4000, Tucumán, Argentina. Tel.: 543814180660. alvaro.perez01@ucn.cl

P A B L O R O B E R T O T O L E D O

Abogado (Universidad Nacional de Tucumán), doctor en Derecho (Universidad de Rosario/ Argentina), relator Corte Suprema Tucumán, profesor de Derecho Procesal Civil, Universidad Nacional de Tucumán. Dirección: San Juan 142, 7º piso, Dpto. 5, CP 4000, San Miguel de Tucumán, Argentina. Tel.: 543814339605. pabl roberto toledo@hotmail.com

## Resumen

Este estudio examina dogmática y comparativamente la carga de la prueba en materia de los procesos de consumo a partir de la reciente modificación al derecho positivo chileno al respecto. La desigualdad de las partes en el acceso y producción de la prueba es un problema permanente en el proceso de consumo. La reforma se focaliza en ello para ofrecer un mecanismo para palear aquello. Puede concluirse en resaltar lo positivo de incorporar la flexibilidad probatoria en un área como la del proceso de consumo. Ahora bien, la norma introducida debiera leerse siguiendo la distinción propiciada sobre la carga que impone, lo que permite advertir que el pasaje final de la norma es consistente con la variante de carga dinámica de la prueba en tanto exigencia de colaboración. Ello es así porque a la empresa le bastaría con aportar la prueba de la que disponga, sin ampararse en el silencio ni en la mera negativa de la hipótesis fáctica sostenida por el consumidor, pero no correría con la carga de despejar la incertidumbre sobre el hecho controvertido, como sí lo hace la primera parte de la norma. En síntesis, para esta segunda manifestación de la regla analizada, el productor debe aportar toda la información que se encuentra en su poder, pero no sufre las consecuencias de la incertidumbre que puede subsistir una vez verificada dicha colaboración activa en el esclarecimiento de los hechos.

### PALABRAS CLAVE

Consumidores, carga de la prueba, colaboración.

## Abstract

This paper examines dogmatically and comparatively the burden of proof in the matter of costumer litigation from the recent amendment to the Chilean positive law in this regard. The problem of inequality of the parties in the access and production of evidence is a permanent problem in the costumer proceedings. The reform focuses on it to offer a mechanism to shovel that. It can be concluded by highlighting the positive aspects of incorporating evidentiary flexibility in an area such as that of the costumer proceedings. Now the introduced norm should be read following the distinction made on the load it imposes, which makes it possible to note that the final passage of the standard is consistent with the dynamic load variant of the test as a requirement for collaboration. This is so, because the company would be enough to provide the evidence it has, without relying on silence or the mere denial of the factual hypothesis held by the consumer, but would not bear the burden of clearing the uncertainty about the fact controversial, as the first part of the norm does. In synthesis, for this second manifestation of the analyzed rule, the producer must provide all the information that is in his power, but does not suffer the consequences of the uncertainty that can subsist once verified that active collaboration in the clarification of the facts.

### KEYWORDS

Costumers, burden of proof, collaboration.

## I. INTRODUCCIÓN

La determinación de a cuál de las partes le corresponde probar sus alegaciones fácticas judicialmente se suele situar solo en un ámbito de consideración residual y relevante cuando ya no existe más prueba por examinar y el juez se enfrenta a un escenario de insuficiencia o inexistencia probatoria (Gerhardt, 1969, 289-316). Así refiere a un concepto casi indeterminado que además solo desempeñaría un rol aparentemente subjetivo para una consideración de cierre: a quién le correspondía probar y qué debía decidir el juez con base en aquello (Prütting, 1983, p. 269; Nieva, 2011, pp. 91-120). Réplica de esta visión solo subjetiva se traduce en la norma (e interpretación) que es considerada como la “regla de la carga de la prueba” en el derecho nacional chileno (Carvajal, 2012, pp. 565-604).

En realidad, la regla de la carga de la prueba tiene una visión subjetiva, pero también otra objetiva, ambas son dos caras de la misma moneda, y desconocerlo conlleva a tergiversar la importante función que esta regla cumple. Incluso parecería ser esta la visión para quienes asumen un rol crítico a modificaciones propuestas en las que se insertan mecanismos de flexibilidad probatoria (Palomo Vélez, 2013, p. 448). La mencionada regla desempeña un rol cuyos destinatarios son las partes y el juez, pero a partir de una formulación que distribuya y atribuya claramente en la relación sustantiva quién la asumirá, sabiendo de antemano las consecuencias y pudiendo recurrir a ellas en el razonamiento probatorio (Taruffo, 2010, pp. 76-80).

Una visión reducida y tradicional de la carga de la prueba ha sido que esta cumple un rol subsidiario al momento de la apreciación y valoración de la prueba, basada en los principios probatorios *incumbit probatio qui dicit non qui negat/actori incumbit y non liquet*, debiendo aplicarla el juez automáticamente, sin interacción previa con las partes. Estos postulados se complementan con la visión errada de que la prueba pertenece y solo aprovecha o perjudica a la parte que la ofreció y rindió (Prütting, 2009, pp. 135-158). Todo ello coherente con la prohibición de “autoinculpación”. Ahora ello es atendible en materia penal y convencional, no en lo civil. A nivel del TEDH se refrendó la superación y no aplicación en sede civil del principio *nemo contra se edere tenetur*, de modo que nada obsta para que una parte pueda producir prueba que la perjudique y beneficie a la contraria. Por lo tanto, aquella constituye una premisa propia del proceso punitivo-persecutorio no trasladable a materia civil y superada en este ámbito por la cooperación procesal (Stürner, 2010, p. 147; Bentham, 1840, pp. 440-451). En realidad, aquí resulta aplicable en general lo sostenido por Couture en tanto la carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario: “es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no pueda probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que señala” (Couture, 1959, p. 242; ver además y comparar Mekki, 2015).

Este artículo analiza los fundamentos de la doctrina de la llamada flexibilidad probatoria o “carga dinámica de la prueba” (en sentido amplio) con ocasión de la incorporación de una de sus

variantes en el nuevo Derecho de Consumo chileno 2018. La propuesta de la nueva regulación en materia de consumo en su art. 50Q inc. 4 Ley n° 19.496, establece que el tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio. Es así necesario formular adecuadamente la regla general de la carga de la prueba (Lobinger, 2014, pp. 5-20). Ello condice con el estándar en materia civil de “plausibilidad relativa o probabilidad preponderante” para dar por acreditado un hecho (Allen y Stein, 2013, pp. 557 y 588-594).

A partir de ello es posible identificar casos en el derecho material en los que por las condiciones propias de la relación debe haber válvulas de flexibilidad probatorias, no necesariamente alteración de la regla de la carga de la prueba, inversión o reasignación de la misma (Schweizer, 2015, pp.125-145). Ello queda reservado para situaciones excepcionales; mucho más útil es aplicar criterios de disponibilidad y acceso a la prueba para instar a esa parte su producción, no por la carga, sino por un deber de colaboración procesal y su rol en la relación sustantiva (Dos Santos, 2016, pp. 245-274). La referencia en la tradición anglosajona de la carga de producir la prueba, además de la carga de la persuasión del tribunal, en definitiva son fundamentales como un dispositivo para minimizar los costos del litigio (Hay y Spier, 1997, pp. 413-431; Baumgärtel, 2014, p. 21).

El “procedimiento ordinario” simbolizó cierto estándar de igualdad de trato y, al mismo tiempo, un cerrojo para que el proceso se adecue a las particularidades del derecho sustantivo en litigio (Proto Pizani, 2014, p. 50). Ello no fue neutro en lo que a la carga de la prueba se refiere y, por ende, un parámetro único y rígido sustantivo se manifiesta en el caso chileno con ocasión de la prueba de las obligaciones (Kaplov, 2012, pp. 738-855; Schweizer, 2015, pp. 125-145). Ese modelo proyecta un régimen probatorio afiliado a una conceptualización privatística del quehacer judicial, en el que se postula que solo las partes soportan las consecuencias de la omisión probatoria, ocultando la dimensión social que también atraviesa al proceso judicial, y por el cual debe existir un compromiso de todos con el resultado útil y efectivo del litigio (Morello, 2001a, pp. 85-87). Por ello, superando la distinción entre carga y deber, podría hablarse de deberes procesales de las partes en relación con el aporte de información relevante para un proceso, en muchos casos superadores del clásico imperativo de la “carga procesal” (Stürner, 1976, p. 329). Hay áreas como la del Derecho del Consumidor en las que no puede aplicarse mecánicamente la carga de la prueba tal cual está planteada en el Código Civil. Coherente con ello y desde otro plano se impone la prohibición de acordar con el consumidor cláusulas que “inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”. Ello tiene su razón de ser, pero conviene hacer una interpretación extensiva en tanto no solo que “inviertan”, sino además que pongan condicionamientos a la prueba a cargo del consumidor que la transformen en una prueba difícil o compleja que, en definitiva, desaliente su voluntad de acceso a la justicia (Fuentes Maureira, 2013, pp. 323-325).

Además se complementa con otros institutos que instan al acceso y producción de prueba necesaria para una decisión adecuada del proceso. Esta es la opción que adoptó el legislador con

cierta vaguedad y alguna imprecisión conceptual y terminológica en la reforma chilena. En realidad, la técnica empleada por el legislador refiere no a alterar la carga, sino a imponer un deber de cooperación probatoria (o carga secundaria en la terminología de la doctrina alemana) en la parte sobre la que no pesa carga probatoria alguna (Fernández, 2013, p. 828).

Este aporte se estructura en las siguientes partes: (II) Primero se parte con aclaraciones metodológica y la hipótesis de trabajo. (III) En los resultados de la investigación se profundiza a partir de la carga de la prueba una reformulación de la misma, luego se tratan los deberes de colaboración probatoria, la flexibilidad, para concluir con su aplicación en la reciente reforma al derecho del consumo chileno. Finalmente se exponen las (IV) conclusiones.

## II. METODOLOGÍA E HIPÓTESIS

Este trabajo acude a la metodología dogmático-jurídica y al derecho comparado para comprender institutos y principios generales como el derecho positivo que se desea analizar. El recurso del derecho comparado permite comprender que se presentan situaciones con similares soluciones que enriquecen la mirada al propio derecho nacional como a los empleados para emplear como metodología. No es un derecho comparado descriptivo, sino insertado sistémicamente para el análisis de los problemas identificados y los resultados.

El problema jurídico que se plantea es la desigualdad probatoria de las partes en un proceso de consumo y como resolverla.

La respuesta al problema parte de la hipótesis de que la interpretación de la flexibilidad probatoria podría acudir a otra mirada desde los deberes de colaboración probatoria en lugar de la compleja carga dinámica de la prueba. La interpretación que se propone permitiría una mejor tutela de los derechos de los consumidores en lo relativo a *onus probandi*.

## III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

### 1. Notas generales sobre la carga de la prueba

La carga de la prueba impone distinguir como inicio entre las cuestiones de derecho y las cuestiones de hecho. Las primeras se someten a la interpretación y finalmente aplicación de la autoridad, en nuestro caso judicial (*iura novit curia*). En cuanto a los hechos, cabe considerar tres ámbitos: (i) la carga de persuasión en tanto las alegaciones fácticas que realizan las partes y las pruebas con determinado estándar o intensidad que acreditan aquellas; (ii) la carga de la prueba en tanto qué le corresponde probar a cada parte asumiendo las consecuencias si un hecho no resulta acreditado; (iii) la carga del impulso, prosecución y producción de la prueba, en tanto cuál de las partes gestionará en concreto la producción de determinada prueba. Los tres

ámbitos tienen reconocimiento en la tradición continental como anglosajona (Taruffo, 2010, pp. 76-79; Cristofaro, 2010, p. 283).

¿De qué forma objetivamente la ley establece la solución para el caso que una parte no pruebe cuando debió hacerlo? ¿Cómo se soluciona el problema cuando una parte cumple con la carga de alegar y construye su argumento persuasivo, pero finalmente no prueba lo afirmado? Ello se distingue de la carga de la prueba en un caso y proceso en concreto (la carga de la prueba subjetiva o positiva). Esta última se torna nítida en las situaciones en las que la ley establece en un caso concreto cuál de las partes debe probar un hecho alegado (Fernández López, 2006, p. 63). En la doctrina nacional se describe el *onus probandi* como “la necesidad de las partes de establecer los hechos que constituyen el supuesto de la norma que invocan a su favor y, en caso necesario, la de probar su existencia” (Alessandri, 2011, p. 419). Este principio se establece en el inciso 1° del artículo 1698, del Código Civil chileno, según el cual “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”. Finalmente, son numerosos los casos en que la misma ley realiza modificaciones mediante presunciones, que en realidad no alteran la carga de la prueba, sino que relevan ese supuesto de prueba o bien permiten que se desvirtúe por prueba en contrario. Ello difiere de las presunciones judiciales que sí son realmente integrantes de razonamientos y mecanismos probatorios (Rodríguez Papic, 2009, p. 47).

Si bien la doctrina expuesta es la reinante en el orden jurídico nacional, esta no está exenta de críticas. En este sentido se ha señalado que el artículo 1698 es insuficiente, sería apenas una generalización prescriptiva y, por ende, admitiría consideraciones diferenciadas especiales (Bravo Hurtado, 2013, pp. 13-46; “Sernac con Banco Santander Chile”, Corte de Apelaciones de Santiago 11/6/2016-Rol N° 20072-SCS-2014). Si la duda pesa sobre el hecho constitutivo, esta debe ser soportada por el actor, ocurriendo lo contrario en relación con los demás hechos (Cadiet, Normand, y Amrani-Mekki, 2013, p. 839). O sea, el incumplimiento de la carga no implica necesariamente un resultado desfavorable, sino el aumento del riesgo de un resultado negativo en el proceso (Marinoni y Cruz Arenhart, 2016, pp. 218-223). Así, otro ejemplo de flexibilidad se presenta en la reforma al proceso laboral chileno con la incorporación en determinados casos de reducir las exigencias probatorias para la parte que tiene la carga (Ugarte Cataldo, 2004, 132; Gamonal Contreras, 2008, pp. 27-32; Santibáñez Boric, 2010, pp. 83-92; Ormazábal, 2011, pp. 60-68). En el caso del proceso de tutela laboral, el mecanismo de facilitación o flexibilidad probatoria es el permitir un estándar menor, consistente en la prueba indiciaria por parte del trabajador; allí no hay ni inversión de la carga, ni redistribución de la misma, tampoco el uso del deber procesal de colaboración calificado de aporte probatorio (Caamaño Rojo y Ugarte Cataldo, 2014, pp. 67-90).

#### a. Precisiones sobre la teoría normativa de la prueba

Cada parte en un proceso hace valer su posición motivando por qué considera (o no) aplicable a su caso determinada norma jurídica. En tanto las alegaciones de demandante y demandado

contengan hechos controvertidos relativos a los que consideran o no constituyen el presupuesto fáctico de la norma cuya aplicación solicitan para su caso, surgen interrogantes cuyos destinatarios son el juez y las partes: al primero se indica cómo resolver, y a los segundos, quién tiene que probar o bien debió haber probado (carga de la prueba subjetiva). Pero además objetivamente dirime un problema eventual de insuficiencia o inexistencia de prueba para minimizar el riesgo de error en la decisión por falta de evidencia sobre el supuesto de hecho de una norma jurídica aplicable o no a un caso (Nance, 2016, pp.15-35; Rosenberg, 1927, p. 342).

Ante la ausencia de regla expresa (Leipold, 1966, p. 17; Patti, 1987, p. 85; Prütting, 1983, p. 352; Schelmmmer-Schulte, 1992, pp. 5-25), llegó a la conclusión lógica denominada *Normentheorie* (Patti, 1987, p. 85; Prütting, 1983, p. 352; Schelmmmer-Schulte, 1992, pp. 5-25), que enuncia: *Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios especiales diferentes la carga de probar*. Así, compete a la parte a quien beneficie la aplicación de una norma jurídica acreditar sus supuestos fácticos, lo que se considera la recepción de la teoría normativa alemana de Rosenberg. Un sistema probatorio no solo contempla aquello que se debe probar y cómo, sino también hacerse cargo de minimizar el error en la decisión de casos en la que no habrá prueba o ella será insuficiente (Caire, 2012, pp. 23-56). Además, la prueba, una vez incorporada al proceso, es común y puede beneficiar o perjudicar a las partes por igual, independientemente de quién la haya aportado (Verde, 1974, pp. 10-35).

El derecho material determina la consecuencia con base en lo que a cada parte le corresponde probar. Pero la solución no puede englobar todos los supuestos y matices especiales de las relaciones materiales, en especial aquellas en las que la parte que tiene que probar no tiene acceso a la prueba. Es que en materia probatoria pretender regular todos los supuestos a través de una fórmula rígida es incompatible con la necesidad de hacer justicia en una realidad heterogénea y cambiante, que reclama mecanismos de flexibilidad probatoria (Morello, 2001b, p. 98). Solo para mencionar un ejemplo, el PCPC2012 para Chile enuncia en su artículo 294, por un lado, la formulación de la teoría normativa. Es (era) una propuesta superadora del artículo 1698 del CC., ubicado con ocasión de “La prueba de las obligaciones”, que además incorporaba en la norma procesal una formulación más general de la carga de la prueba. Ya en el acápite siguiente veremos la propuesta del PCPC.

- b. El problema del acceso dificultoso a la producción de prueba por la parte que tiene la carga

Hay casos en los que quien debe probar ese supuesto de hecho carece de acceso (o lo tiene en insuficiente medida) a la prueba del mismo. El Derecho Civil chileno conoce estos inconvenientes y los problemas que de él se derivan. Basta intentar una interpretación coordinada de los

artículos 1698 con el 1547 y 2598 del CC para justamente llegar a lo que bien se denomina “una posible variación de la regla dogmática de distribución de la carga de la prueba de la culpa” en ese caso (Domínguez, 2010, pp. 21-44; Lobinger, 2014, pp. 15-35).

Si a las posibles soluciones y disputas sustantivas al respecto se suma la necesidad de claridad para la solución judicial de ello y que el juez debe tender a acercarse a la verdad de lo acontecido, surgen necesariamente las reglas de facilidad y disponibilidad probatoria (la doctrina de *Beweiserleichterung* o facilidad de la prueba en la doctrina alemana) (Leipold, 2008, pp. 77-99). El segundo inciso del proyectado artículo sobre la “carga de la prueba” en el Proyecto chileno de CPC regula procesalmente estos problemas sustantivos: “El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria”. Es importante tener en cuenta esta formulación, ya que más adelante veremos que es la incorporada por el legislador en la reforma en materia de consumo (Corral Talciani, 2013, p. 107).

Es que el proceso civil del siglo XX y XXI es un proceso enemigo de la sorpresa y la artimaña, en el que el juez dialoga con las partes e indica todo aquello que resulte conducente para una adecuada, justa y rápida solución del caso. La carga de la prueba tiene un rol permanente en el proceso; el juez durante el proceso podrá indicar a alguna de las partes el defecto de credibilidad sobre su alegación, o de oficio podrá solicitar rendir una determinada prueba, lo que se denomina traslado o dinamismo de la prueba (Cabral, 2005, p. 458). De esta forma, la flexibilidad probatoria señala que deberá probar, en determinados casos, el que está en mejores condiciones de hacerlo o de acceso a la prueba, sin que ello implique que tenga la carga de la prueba, sí el deber de gestionarla (Peyrano, 2008, p. 19; Rambaldo, 2008, p. 29).

Un acápite especial dedica el Manual de Derecho Europeo de Acceso a la Justicia para la dificultad de acceso a la prueba. Señala para que

una persona obtenga una reparación adecuada en los tribunales, debe aportar pruebas suficientes que respalden su caso. Si los umbrales probatorios son demasiado altos, las demandas judiciales pueden estar condenadas al fracaso y los derechos individuales pueden resultar inaplicables en la práctica. (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa (2016). Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia, esp.(pp. 62 y ss). Recuperado de: <http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/Manual-DerechoEuropeo-AccesoJusticia-FRA.pdf>.

“En algunos casos, los obstáculos procesales en materia probatoria pueden reducirse introduciendo requisitos específicos sobre cuál de las partes ha de probar los elementos del caso (requisitos sobre la carga de la prueba)”. En ello es conteste importante doctrina (Girard, 2013, p. 26; Oteiza, 2009, p. 202; Berizonce, 1999, p. 371; Morello, 2001a, p. 192).

## 2. La compleja coordinación entre carga de la prueba y deber de colaboración procesal

La evolución conceptual del principio de debido contradictorio o bilateralidad tiene correlación con el deber de cooperación de las partes en el proceso; ello en tanto deberes aplicables a los sujetos procesales (Cabral, 2005a, 59-81; Berizonce, 2002, pp. 385-401). El derecho a la información necesaria para esclarecer las alegaciones fácticas en un proceso puede ser visto de un modo bifronte y complementario: (i) por un lado, sustento de una pretensión sustantiva que corresponde dilucidar y probar; (ii) por otro lado, la autonomía propia procesal de las alegaciones fácticas que fundan la pretensión (como el esclarecimiento mismo y la satisfacción de las finalidades del proceso civil para conjugar verdad y justicia). Dentro de lo primero es posible encontrar sustento sustantivo (deberes probatorios contemplados en el mismo derecho sustantivo como por ejemplo la obligación de llevar conforme a ley los libros por parte del comerciante o deberes de información); dentro del segundo es posible hablar de deberes probatorios de carácter procesal autónomos, así el clásico ejemplo de los deberes del testigo. Esta clasificación adquiere importancia a efectos de determinar una técnica legislativa adecuada para el tratamiento del deber de cooperación procesal probatoria (Schöpflin, 1992, p. 190). Nada impide la coexistencia de ambos tipos de deberes de información exigibles (Verberk, 2010, p. 413).

Corresponde así evaluar la recepción en principio e ideas de una vanguardista tesis de habilitación para esa época (Stürner, 1976 y 1990, pp. 208-213) y otra monografía posterior (Stürner, 1982) para justificar y examinar la reforma alemana a partir de 2002 como enorme contribución al derecho procesal civil comparado. El deber de aviso, advertencia o instrucción del juez a las partes y el imperativo de aclaración de estas coadyuvan a un mejor y más justo proceso dentro de los marcos de libertad, igualdad y reconocimiento de la responsabilidad de los distintos intervinientes en el proceso civil. Cualquiera sea la visión crítica que se asuma, nos encontraremos con una serie de supuestos regulados, ya en el derecho material, ya en el derecho procesal, que conforman imperativos de cooperación o esclarecimiento (Stürner, 1990, pp. 208 y 212; Koch, 2013, pp. 5-10 y 330). Entre tantas posiciones hay una intermedia (Prütting, 1983 p. 13) que reconoce la existencia de deberes especiales de esclarecimiento fundados en el derecho material, los cuales deben ser observados, cumplidos y, en su caso, sancionados procesalmente (Stürner, 1976, p. 92; Huber, 2008, pp. 106-112; Zekoll y Bolt, 2002, p. 2129; Kraayvanger, 2003, p. 572; Stürner, 1976, pp. 10-60; Beckhaus, 2010, pp. 25-35; Prütting, 1983 pp. 8 y 13). A ello suma la necesidad de respetar y de cumplir aquellos deberes de cooperación procesal que surjan en casos excepcionales, aún sin fundamento en el derecho sustantivo (Katzenmeier, 2002, p. 534; Schlosser, 1991, pp. 599 y 604; Prütting, 1983 137; Stickelbrock, 1996, p. 156; Jurisprudencia alemana: OLG Koblenz NJW 1968, p. 897; BGH NJW 1972, pp. 1131, 1132; 1986, pp. 2371, 2372; OLG Koblenz NJW 1968, p. 897; OLG Koblenz NJW 1968, p. 897; BGH NJW 1960, p. 821; 1963, pp. 389, 390)

Por los principios generales como la lealtad y colaboración de las partes entre sí y para con el órgano jurisdiccional se impone incluso la eliminación de conductas estratégicas obstructivas de aquella parte sobre la que no pesa la carga de la prueba (Prütting, 1983, p. 137). Sucede que combinar la aplicación de la carga de la prueba en algunos casos con la imposición del deber de cooperación procesal en otros ofrece una salida más atendible justamente para los casos en los que existe dificultad probatoria para la parte que tiene la carga (Engel, 2009, pp. 438-442).

El derecho sustantivo no logrará cubrir todas las hipótesis de regulación de aporte de información en relación con las partes de futuros procesos; ello debe complementarse con los imperativos procesales de cooperación y esclarecimiento autónomos que pueden regularse procesalmente (Stürner, 1985, p. 237; Schlosser, 1991, p. 599). El proceso “usa” de los deberes que impone el derecho sustantivo para exigir el aporte de información de aquel que no tiene la carga de la prueba procesal, pero que sí es sujeto obligado del derecho sustantivo (Stickelbrock, 1996, p. 156; Prütting, 1983, p. 427; Brüggemann, 1968, pp. 47-51). Así representa la solución, partir considerando la existencia de un deber general de información y colaboración (de partes y terceros) (Storme, 2012, pp.151-158).

### 3. Flexibilidad probatoria y sus manifestaciones

La carga de la prueba y los deberes en su caso de esclarecimiento en el proceso son inseparable del derecho material al que deben adecuarse. Es el propio derecho material que impone adecuar el proceso y sus normas procesales (Girard, 2013, p. 46). Lo que hace legislador es prever y determinar a quién le corresponde la carga de la prueba. Las modificaciones en su distribución por parte del juez se justifican exclusivamente en casos en los que por imperio del derecho material así deba procederse, a veces afectando la misma carga de la prueba, pero otras sin alterar aquella; se acude a la imposición y cumplimiento de un deber de colaboración procesal probatoria (Prütting, 2017, pp. 329-340). Igual solución procede en el Derecho del Consumo con el deber de cooperación probatoria para resguardo de igualdad de armas entre las partes en definitiva (Koch, 2014, pp. 97-116).

Todas las situaciones que puedan presentarse desde el derecho material no son idénticas y unificadas; por eso en determinados supuestos corresponde la aplicación de mecanismos para facilitar en definitiva la identificación de la parte que debiera aportar determinada prueba. Nótese que ello no puede ser determinado por la regla de la carga de la prueba en su faz objetiva, ya que surge de la peculiaridad de una controversia. El legislador puede prever que a partir de un grado de probabilidad calificado que en determinados tipos de proceso por razón del derecho material en cuestión, se precise de normas especiales en el campo del derecho probatorio (Marinoni y Cruz Arenhart, 2016, pp. 248-249). Lo aceptable en todo caso es no limitar herramientas con las que el juez pueda enfrentar de mejor modo esa situación. La flexibilidad deseada se ejercita y controla con los criterios del principio de proporcionalidad (Osna, 2017, pp. 32-42).

El uso de una terminología como “carga dinámica” podría referirse casi exclusivamente a modificar en determinados supuestos la titularidad de la carga de la prueba (versión restringida), o bien, como se empleará aquí, en el sentido de mecanismos de flexibilización probatoria (Peyrano, 2011, p. 87). Disposiciones similares en contenido al descrito PCPC chileno 2012 están contenidas en la LECE, en el artículo 370 del nuevo Código de Processo Civil brasileño del año 2015, el CGP de Colombia en su artículo 167 (Pérez Garzón, 2013, pp. 46-66). En realidad, no existe duda, inexistencia o insuficiencia probatoria para el caso, lo que existe es un problema de facilidad, acceso o disponibilidad para poder aportar esa prueba al proceso. Lo que juez realiza no es imponer, trasladar o reasignar la carga de la prueba a la parte que originalmente no la tenía, sino que determina que ella debe colaborar probatoriamente aportando la prueba que dispone, a la que tiene acceso. Si consideramos la interesante opción-formulación del deber de cooperación probatoria en el artículo 142 del CGP del Uruguay (reforma de 2013), puede echar luces, incluso sin hacer referencia a la facilidad o dificultad de acceso a la prueba. Judicialmente no hay modificación de la distribución de la carga de la prueba, sino, más bien, imposición de un deber de colaboración específico a una de las partes, un deber de colaboración probatorio. Más bien, directamente podrá inferir en contra de aquel que tenía el deber de aportar la prueba porque disponía de ella y no la aportó (según lo decidido en Chile “Sernac con Banco Santander Chile”, Corte de Apelaciones de Santiago 11/6/2016-Rol N° 20072-SCS-2014). El juez impone un deber de conducta probatoria, entiéndase, de aportar la prueba a la parte que está en mejores condiciones de hacerlo (Netzer, 2015, pp. 10-35).

Como el juez se debe convencer de algo que está en el plano del derecho material, resultaría imposible una exigencia de convicción uniforme para todas las situaciones que puedan presentarse en ese nivel. Por eso, en determinados casos se emplean diversos mecanismos para equilibrar la desigualdad sustantiva entre las partes, de modo de evitar que se traduzca en definitiva en una desigualdad procesal (Bordalí Salamanca, 2016, pp. 173-198). Lo antes descrito ejemplifica que la flexibilización probatoria no solo comprende ni se reduce a la llamada “carga dinámica de la prueba” (en su acepción restrictiva). Hay un problema de claridad conceptual y terminológica. Ya que la carga de las partes comprende la de alegar y persuadir, en esta última situamos a la manifestación subjetiva y objetiva de la carga de la prueba. Tal cual se lo expuso, comprende la carga de la prueba estos dos ámbitos y no conviene, ni resulta justo exacerbar lo subjetivo por sobre lo objetivo, y viceversa, en tanto el problema es la dificultad probatoria en formulación positiva, o el no poder acceder o no ser fácil aportar la mejor prueba disponible para la parte que tiene acceso a ella (Mekki, 2014, p. 1391).

Frente a casos en los que existe dificultad probatoria corresponderá preguntarse a cuál de las partes corresponde probar, según el derecho sustantivo que objetivamente predetermina quién debe probar en ese contexto. Pero los mecanismos para permitir procesalmente la alteración de esas reglas no siempre implican redistribuir la carga de la prueba ni menos invertirla. Una

opción es reconocer esa realidad e instar a la parte (que no tiene la carga de la prueba, ni tampoco se le atribuye o redistribuye judicialmente) a que aporte esa prueba por estar en mejores condiciones de hacerlo (Hunter Ampuero, 2015, pp. 209-257).

Allí entramos en lo que parte de la doctrina alemana denomina “cargas secundarias” o relacionadas, más bien, con la producción y rendición de la prueba antes que con la carga. Y la solución legal es sujetar a la conducta que pueda asumir la parte requerida de producir esa prueba determinadas consecuencias jurídicas frente a su no cumplimiento. Es que ya no estamos en el ámbito de la carga de la prueba, sino en el de un deber impuesto judicialmente en aportar o producir determinada prueba por las condiciones especiales del derecho material y las mejores circunstancias de acceso a esa prueba por el requerido (Marcus, 2013, p. 821; Giannini, 2016, p. 1136). Confirma esta interpretación propuesta lo sostenido en Italia, verificada la existencia de ciertas circunstancias, relacionado con la distribución de la carga de la prueba y mecanismos de flexibilización dispersos en los artículos 2697 y 2698 CC, los cuales constituyen “un verdadero estándar” que habilita de poder discrecional fundado, más bien, en el principio y deber de cooperación (Verde, 2017, p. 29).

En la experiencia argentina se observa el impulso de la jurisprudencia (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A “Bocalandro, Norberto H. y otra c. Villa Muhueta S.A. y otros”, 10/06/1998, DJ 1999-1-515, entre otros) lo que provocó la aparición de mecanismos de flexibilización probatoria. En ese marco, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas constituyó una reacción contra la rigidez que se le atribuía a las reglas sobre la carga de la prueba, siendo su principal logro explicar que aquellas no eran útiles en todos los casos (Oteiza, 2009, p. 205). Justamente, en lo atinente a las reglas que rigen la carga de la prueba, la propia Corte Suprema de Justicia de Argentina se ocupó de aclarar que

ellas deben ser apreciadas en función de la índole y características del caso sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía —por sobre la interpretación de las normas procesales— a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal. (Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso “G., A. N. c. S., R. s/ filiación”, 15/03/2016)

No debemos olvidar que el proceso debe aspirar a resolver conflictos mediante una decisión justa apoyada por una reconstrucción de la verdad de las hipótesis de hecho sostenidas por las partes (Oteiza, 2009, p. 195). Por su parte, el artículo 1735 del Código Civil y Comercial argentino también regula un mecanismo de flexibilidad probatoria en materia de responsabilidad civil, al señalar que no obstante el principio general, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida (De los Santos, 2016, pp. 499-505), ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla; en cuyo caso deberá comunicar

previamente a las partes al respecto de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa (Kemelmajer de Carlucci, 2016, pp. 473-478).

Una flexibilización probatoria específica contempla Argentina respecto de las acciones de filiación biológica, mediante las cuales se consagra un deber de colaboración legal, en tanto dispone que frente a la negativa de participar de la prueba genética, el juez valora esa conducta “como indicio grave contrario a la posición del renuente” (Véase las conclusiones en eventos científicos sobre los alcances de estas normas <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wpcontent/uploads/sites/10/2017/10/COMISION-N%C2%B0-12.pdf>). En ese marco, la Corte Nacional Argentina resaltó la necesidad de que el órgano jurisdiccional valore especialmente la conducta de las partes en la construcción del razonamiento adjudicativo (Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso “G., A. N. c. S., R. s/ filiación” (15/03/2016)). Un ejemplo de facilidad probatoria en el derecho comparado puede verse en el estándar probatorio especial fijado por la Corte Suprema de Justicia Argentina para la acreditación de los actos de discriminación (Corte Suprema de Justicia de Argentina, “Pelllori, L. S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, 15/11/2011, fallos 334:1387).

Lo cierto es que aún luego de estas incorporaciones legales sobre mecanismos de flexibilización probatoria, el debate sobre los mismos sigue abierto en Argentina, reclamando de la doctrina mayores esfuerzos para construir interpretaciones alternativas superadoras.

#### **4. Dilemas de la recepción de la “carga dinámica de la prueba” en la ley de protección al consumidor de Chile**

En la adecuada protección de los consumidores se prevé el acceso del consumidor a la justicia; así se reconoce que en una relación de consumo, la parte más débil es el consumidor frente al proveedor. Sostuvo el Tribunal Constitucional chileno en num. 25 del TC (Rol 4012-17, del 18/1/2018): “La asimetría de información, la dependencia del consumidor respecto de determinados bienes, el valor de los mismos y los costos litigiosos ponen al consumidor en una posición de minusvaloración de su poder”. Sustantivamente por la información que tiene el proveedor, por el poder que tiene al conceder los bienes o servicios, la relación material de consumo parte con la hiposuficiencia de una de las partes que necesita traducirse en un tratamiento procesal que garantice una igualdad de armas. Uno de esos aspectos sustantivos-procesales de vulnerabilidad eventual es la prueba (Morales Aragón, 2013, pp. 53-68). Así corresponde al proveedor la obligación de colaborar en el esclarecimiento de la cuestión aportando todos los elementos que tenga en su poder. Es que estando de por medio una relación de consumo se suelen regular mecanismos de presunciones (Bernardo, Talley & Welch, 2000, p. 1; Álvarez Sánchez de Movellán, 2007, p. 101), de inversión de la carga de la prueba y el que nos ocupa acá de alteración judicial del deber de aporte probatorio (Heinemann, 2014, p. 167). “Todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente

consideración como cierta de la versión que sustenta la pretensión del consumidor” (Junyent Bas y del Cerro, 2010, p. 1281).

Las inferencias que puedan hacerse de una prueba “no pertenecen” ni podrían solo favorecer a la parte que la ofreció y produjo. Rige la adquisición de la prueba para el proceso, y adquiere autonomía en relación con la parte que la gestó (Gomille, 2016, pp. 23-30). Por esto, el juez, al analizar el conjunto probatorio, puede valorar la prueba, incluso en perjuicio de la parte que la instó. Además, por aplicación del principio del contradictorio, nada obsta para que una parte inste a que se considere lo que le favorezca de una prueba instada por su contraparte. Por de pronto, nada impide que una parte sobre la cual no recae la carga de la prueba tenga sí el deber de cooperar con el proceso y parte de ese deber sea el de aportar prueba para el esclarecimiento de la causa (la beneficie o perjudique) (Laumen, 2002, pp. 3739-3746). La propuesta de la Comisión Europea en el Libro Blanco para la tutela adecuada de los derechos de los consumidores sostuvo que esta interpretación se ajusta perfectamente. Se puede agregar que una expansión de las reglas del deber de develar toda la prueba necesaria (sea por una carga, sea por un deber general de colaboración procesal) no viola garantías ni principios procesales (Friedl, 2003, pp. 15-30; Gsell, 2008, pp. 29-34). El principio frecuentemente citado de *nemo tenetur edere contrase* no es compatible con los desarrollos modernos en el proceso civil (Stürner, 2005, p. 235). Incluso con respecto a la legislación de la UE, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha decidido que el *nemo tenetur* no se aplica en los procesos civiles, ya que no conduciría a la aplicación de una sanción penal para la cual están pensados (Otto/Postbank, Case C-60/92 [1993] ECR, I-5683, párr. 21). Ahora con corrección señala Stürner que cuando se trata de corregir las asimetrías, desplazar o reducir la carga de la prueba debe considerarse una última, más gravosa y/o la menos útil de las soluciones en comparación con un sistema de deberes procesales para develar o poner a disposición una prueba y cooperar probatoriamente. Esto es incluso más cierto cuando la probabilidad de la veracidad de la presunción no es muy alta (Stürner, 2007, p. 163; Moreira y otros, 2008, p.176). Esto último queda como potestad judicial en determinados casos; por ejemplo, cuando se acuden al empleo de indicios, o bien permitiendo que el tribunal señale específicamente un deber de colaboración probatoria específico a la parte que no detenta la carga de la prueba, pero tiene mayor facilidad o disponibilidad de acceso a aquella.

*La Corte de Casación Italiana* aplicó directamente la inversión de la carga de la prueba en favor del consumidor que en realidad devino en imposición de un deber de colaboración, según decisión n. 201102, del 2 de septiembre de 2013. También resulta pertinente el fallo del Tribunal de Justicia Europeo en 2015 que impone el deber de aporte de prueba al proveedor en favor del consumidor, ya que las circunstancias del caso hacen más previsible que aquel produzca la prueba relevante para decidir el caso y no el segundo (Gsell, 2015, pp. 446-452; Heinemeyer, 2015, p. 179). Confirma esta orientación lo decidido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en C-497/13, *Faber c. Hazet* del 4/6/2015.

Es nutrida y variada también la jurisprudencia española al respecto (Mollar Piquer, 2017, pp. 139-154). Por un lado, hay grados de adaptabilidad a las circunstancias que en cada caso se presenten puestas en relación con los criterios de facilidad probatoria establecidos en el artículo 217 apartado 7° de disponibilidad de medios y de proximidad a las fuentes de prueba. Ello ya en la interpretación de la LECE sobre la carga de la prueba; así lo decidió en la Sentencia n° 308/2013 de la Sección 6ª de la AP de la Coruña de 25 de noviembre de 2013 (TOL 5.379.380) y el fallo n° 551/2010, Sección 10ª de la AP de Madrid de 24 de noviembre de 2010.

También se sostuvo que la rigidez de la regla del artículo 1214 C.C. sobre la prueba del cumplimiento de las obligaciones es un adecuado equilibrio y flexibilidad en materia de consumo en relación con la carga de la prueba, según Sentencia de la Sección 4ª AP Málaga, no° 285/2011, de 27-05-2011 (TOL 2.240.502), y Sección 11ª AP Madrid de 25-11-2011 (TOL 2.303.221). Como conclusión en esta visión, el Tribunal Supremo Español se pronunció en un caso sosteniendo la infracción de las normas de la carga de la prueba por no haber considerado el principio de facilidad probatoria por parte del inferior, en la sentencia Tribunal Supremo Sentencia n° 237/2016 de 12 de abril de 2016 (TOL 5.694.661)

La experiencia argentina recorre el mismo camino, en tanto el artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor (n° 24.240 y sus modificatorias) dispone que los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. El fundamento de esta flexibilización probatoria impresa en la regulación sobre defensa del consumidor en Argentina es la búsqueda de igualar al consumidor frente al proveedor, para evitar el abuso de una situación de ventaja frente a la dificultad probatoria de aquel (Sáenz Silva, 2009, 664). Desde esa perspectiva, y más allá de las diferentes posiciones sobre la naturaleza de aquella flexibilización probatoria, la norma impone un deber genérico de colaboración en el esclarecimiento de la verdad material del caso y provoca la ampliación de los poderes ordenatorios, instructorios y cautelares del juez a través de la adopción de un “solidarismo probatorio” (Tambussi, 2007).

Más allá de ello, se aprecia que son numerosos los precedentes judiciales que, ante la conducta o, al menos, la falta de cooperación probatoria del proveedor (*v.gr.*: omitiendo acompañar o destruyendo la evidencia necesaria para la producción de una prueba pericial), extraen conclusiones claves en su razonamiento sentencial del Supremo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires en la causa C. 117.760, “G., A. C. contra Pasema S.A. y otros. Daños y perjuicios” del 01/04/2015 y Cámara 6ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, “Gallardo Quevedo, Jesica P. c. Movistar de Telefónica Móviles Argentina SA s/ ordinario” del 09/03/2017. Lo que resulta legítimo, en tanto aquel deber de colaboración probatoria se complementa con la potestad judicial de valoración de la conducta procesal de las partes, en tanto el comportamiento desarrollado por los litigantes en el proceso asume una trascendental importancia, debiendo el juez analizarla, ponderarla y valo-

arla, encontrándose autorizado a extraer de ella conclusiones para fines probatorios (Masciotra, 2007, pp. 53-80). En efecto, esa conducta de las partes puede constituir una prueba indiciaria, susceptible de llevar, por vía inferencial, a la deducción de hechos. Así la vasta jurisprudencia: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F (Argentina). “Playa Palace S.A. contra Peñaloza, Leandro H.”, del 05/10/2010. También: Corte Suprema de Justicia de Tucumán (Argentina), “Alperovich Leonor Noemí contra Citybank N.A. y otros s/ daños y perjuicios”, Sentencia n° 485 del 18/04/2018.

## 5. El nuevo derecho del consumo en Chile

En primer lugar debemos recordar que si el juez no puede ordenar medidas de instrucción, o si no puede ordenar que una de las partes produzca una prueba, se verá obligado a resolver la disputa mientras las “sombras” permanecen. Los hechos de la disputa seguirán siendo inciertos y permanecerá la incertidumbre que podría haber sido dilucidada por la intervención del juez (Fuentes Maureira, 2013, pp. 321-326). La desigualdad y necesidad de disminuir el estándar exigido, trabajar con alternativas de pruebas indirectas, alterar carga de la prueba y trabajar con indicios o presunciones casos de dificultad probatoria para consumidores han demostrado ser soluciones necesarias aunque disímiles en eficacia y aplicabilidad (Weber, 2014, pp. 45-49). Esta flexibilización no puede resolver todos los problemas relacionados con la gestión probatoria, especialmente en el caso en que las partes se encuentren en dificultades similares de producción frente a una prueba. En Chile, según lo decidido en “Sernac con Banco Santander Chile”, Corte de Apelaciones de Santiago 11/6/2016, Rol N° 20072-SCS-2014; Comp. “Sernac c. Promotora Falabella S.A.” 2/8/2016, Rol 884-216, Corte de Apelaciones de Santiago: “Corresponde al proveedor la carga probatoria de la debida diligencia, cuidado y actuación conforme a los estrictos términos del servicio ofrecido. Ello es así atendido el carácter protector del derecho del consumidor, unido a la circunstancia de la mayor disponibilidad y facilidad probatoria que normalmente acompaña a las entidades proveedoras de servicios”. Esta visión legal sustancial del riesgo de la prueba termina con el temor de que la carga probatoria, al ser una división de roles entre los actores del juicio al servicio de una verdad dialógica, se destine solo a facilitar decir el derecho más que la verdad (González Granda, 2007, pp. 29; Pazos Méndez, 2007).

La nueva regulación en su artículo 50Q permite que el juez distribuya la carga de la prueba acorde con criterios de facilidad probatoria, lo que debe comunicar “a las partes para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar”. Para la rendición de esa prueba se debe fijar una nueva audiencia. Si bien por su ubicación podría inferirse que esta norma tiene como destinatario al juez de Policía Local en las acciones individuales que ejerzan los consumidores, en realidad, ello podría ser trasladable al juez civil en las acciones colectivas o en las individuales que le competen (Erbetta Mattig, 2017, pp. 629-638).

Ya se viene prestando atención a uno de los principales inconvenientes que presenta la llamada teoría de la carga dinámica de la prueba, como es la ausencia de claridad acerca de sus alcances concretos. Se hace referencia a los problemas que suscita la utilización indistinta dada a dicha noción, como incluyendo aspectos referidos no solo a la distribución del *onus probandi* en sentido estricto, sino también a la valoración de la conducta de las partes en juicio (en especial las consecuencias de su ausencia de colaboración) (Giannini, 2016, p. 1136 y, 2011, pp. 145-160).

Se destaca allí la necesidad de despejar conceptualmente el campo de acción de los dos institutos procesales asociados a las situaciones descritas en el párrafo anterior. Referirse al “principio de colaboración”, por un lado y, por el otro, a la “teoría de la carga dinámica de la prueba”, entendida como inversión del *onus probando stricto sensu*. Ambas instituciones vienen desde hace tiempo empujando conjuntamente en pos de la flexibilización de algunas de las reglas más tradicionales de nuestros códigos adjetivos, vinculadas con la determinación de los hechos controvertidos, especialmente en los procesos caracterizados por la dificultad probatoria y la desigualdad de las partes respecto de los medios para acceder a la información. Se trata de un debate que, lejos de estar superado, parece haberse profundizado con la sanción de textos legales que no despejan esta incertidumbre, como ocurre en la Argentina con su reciente Código Civil y Comercial de la Nación, o en Chile con la norma que aquí se examina.

Ahora bien, la norma debe interpretarse con estas distinciones que advertimos, es decir, no en el sentido de alteración judicial de la carga de la prueba, que como ya se desarrolló, no parece ser la mejor vía. En realidad, el juez impone a la parte que dispone más fácilmente de la prueba que la rinda, le impone un deber de colaboración probatoria, y frente a ese incumplimiento puede inferir consecuencias negativas en su contra, ello es, poder tener por acreditadas las alegaciones de la contraparte. Así coherente con lo decidido en “Alexis Sagues Tapia con Lantam Airlines Group S.A.” (9/12/2016), Rol 1467-2016, Corte de Apelaciones de Santiago en el considerando quinto:

Y ello es así, atendido el carácter protector del derecho del consumidor, unido a la circunstancia de la mayor disponibilidad y facilidad probatoria que normalmente acompaña a las entidades proveedoras de servicios. Y ello con mayor razón tratándose de la fuerza mayor o caso fortuito invocado como eximente de responsabilidad, en que sus elementos deben ligarse a proposiciones fácticas precisas que deben ser materia de prueba en la causa. Al no estar esa prueba, debe rechazarse la eximente y dar por configurada la infracción.

Esta parece ser la aplicación e interpretación adecuadas, por cierto condicen con lo regulado por el numeral 10 artículo 51 para los procesos colectivos, que establece que los proveedores demandados estarán obligados a entregar al tribunal todos los instrumentos que este ordene, de oficio o a petición de parte (Oteiza, 2009, pp. 193-202).

## CONCLUSIONES

1. Así, puede concluirse en resaltar lo positivo de incorporar mecanismos de flexibilidad probatoria en un área como la del proceso de consumo. Ahora bien, la norma introducida debiera leerse siguiendo la distinción propiciada sobre la carga que impone, lo que permite advertir que el pasaje final de la norma es consistente con la variante de carga dinámica de la prueba en tanto exigencia de colaboración. 2. Ello es así, porque a la empresa le bastaría con aportar la prueba de la que disponga, sin ampararse en el silencio ni en la mera negativa de la hipótesis fáctica sostenida por el consumidor, pero no correría con la carga de despejar la incertidumbre sobre el hecho controvertido, como sí lo hace la primera parte de la norma.
3. En síntesis, para esta segunda manifestación de la regla analizada, el productor debe aportar toda la información que se encuentra en su poder, pero no sufre las consecuencias de la incertidumbre que puede subsistir una vez verificada dicha colaboración activa en el esclarecimiento de los hechos.
4. Por otro lado, con reforma o sin ella del texto ya decidido, debe aclararse el ámbito de aplicación de la doctrina de la carga dinámica, definiéndose si dicha flexibilización solo importa exigir una amplia colaboración en el aporte del material probatorio (carga de producir evidencia) o si, por el contrario, sienta una regla según la cual la incertidumbre siempre pesa sobre quien estaba en mejores condiciones de probar, haya o no cooperado al máximo de sus posibilidades para intentar despejarla.
5. El empleo de los deberes de colaboración es más eficiente y eficaz que lo planteado por las cargas dinámicas; curiosamente el resultado será casi idéntico al poner al empresario en situación de tener que probar lo que le corresponde como parte fuerte. La diferencia es que con antemano el juez indica ello (sin que implique prejuzgamiento) para poder tener mayores elementos para una decisión justa.

## REFERENCIAS

- Alessandri, A. (2011). *Tratado de Derecho Civil, II* (7ª ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Allen, R. & Stein, A. (2013). Evidence, Probability, and the Burden of Proof. *Arizona Law Review*, 55, 557.
- Álvarez Sánchez de Movellán, P. (2007). *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Madrid: Comares.
- Baumgärtel, G. (2014). *Beweislastpraxis im Privatrecht*. Köln: Karl Heymannns Verlag.
- Beckhaus, G. (2010). *Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung*. Tubinga: Mohr Siebeck.

- Bentham, J. (1840). *Rational of Judicial Evidence. The Works of Jeremy Bentham now first collected under the Superintendece of his executor John Bowring*, Part XIV. Edinburgh: William Tait.
- Berizonce, R. O. (1999). *Derecho Procesal Civil Actual*. La Plata y Buenos Aires: Librería Editorial Platen-se-Abeledo Perrot.
- Berizonce, R. O. (2002). El principio de colaboracion procesal y el régimen de la prueba. En *La Prueba: homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*. Colombia: Editora Universidad.
- Bernardo, A., Talley, E. & Welch, I. (2000). A Theory of Legal Presumptions. *The Journal of Law, Economics & Organization*, 16, 1.
- Bordali Salamanca, A. (2016). Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno: análisis en un contexto de facilidad probatoria, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 23(1), 173-198.
- Brändli, B. (2013). *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*. Berna.
- Bravo Hurtado, P. (2013). Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile. *Revista chilena de derecho privado*, 21, 13-46.
- Brüggemann, D. (1968). *Judex statutor und judex investigator*. Bielefeld: Giesecking.
- Caamaño Rojo, E. y Ugarte Cataldo, J. L. (2014). El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales. *Ius et Praxis*, 20(1), 67-90.
- Cabral, A. do Passo (2005). Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale, Padova*, 60(2), 458.
- Cabral, A. do Passo (2005). O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, 30(126), 59-81.
- Cadiet, L., -Normand, J. y Amrani-Mekki, S. (2013). *Théorie générale du procès* (2ª Ed.). Paris: P.U.F.
- Caire, A.-B. (2012). *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*. Paris: Pédone.
- Carvajal, P. (2012). Non liquet!, Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil. *Revista Chilena de Derecho-Editorial*, 39(3), 565-604.
- Corral Talciani, H. (2013). Sobre la carga de la prueba en el Proyecto de Código procesal civil. En M. Aguirrezabal (Coord.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena* (p. 107). Santiago: Universidad de los Andes.
- Couture, E. (1959). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (3ª ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Cristofaro, M. (2010). *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*. n.º 2, *Rivista di Diritto Processuale*, 283.
- De los Santos, M. A. (2016). Las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial de la Nación. En VV.AA. (J. A. Rojas Coord.), *La Prueba*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- Domínguez, C. (2010). El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica. En *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado*, n° 6. Santiago: Fundación Fueyo.
- Dos Santos, H. L. (2016). A Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova no Direito Probatório Material Português: algumas notas de *Iure Condendo*". *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, LVII (XXX da 2ª Série), 1-4, 245.
- Engel, Ch. (2009). Preponderance of the Evidence Versus Intime Conviction: A Behavioral Perspective on a Conflict Between American and Continental European Law. *Vermont Law Review*, 33, 435.
- Erbetta Mattig, A. (2017). La carga de la prueba del incumplimiento contractual en la ley No 19.496 a partir de un fallo reciente: entre la validez de las cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad y la aplicación de las reglas del Código Civil. *Revista Ius et Praxis*, año 23, 1, 629-638.
- Fernandez, E. (2013). A prova difícil ou impossível. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. 1 (p. 828). Coimbra: Coimbra Editora.
- Fernández López, M. (2006). *La carga de la prueba en la práctica judicial Civil*. Madrid: Editorial La Ley.
- Fraga Mandián, A. y Fraga Mandián J. (2011). *La tutela procesal civil de los consumidores en las leyes sustantivas especiales*. Sepin Cuadernos Jurídicos.
- Friedl, Markus J. (2003). *Beweislastverteilung unter Berücksichtigung des Effizienz Kriteriums*, Diss. Frankfurt am Main.
- Fuentes Maureira, C. (2013). "Comentario al artículo 16 D). En I. de la Maza Gazmuri y W. C. Pizarro (Dirs.) y Barrientos Camus (coord. a), *La protección de los derechos de los consumidores*. Santiago: Legal Publishing.
- Gamonal Contreras, S. (2008). *El procedimiento de Tutela de Derechos Laborales* (2ª ed.). Santiago: Editorial LegalPublishing.
- Gerhardt, W. (1969). Beweisvereitelung im Zivilprozessrecht. *Archiv für die Civilistische Praxis*, Band 169.
- Giannini, L. J. (2011). Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria). En VV.AA. (R. Berizonce, Coord.), *Principios procesales*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Giannini, L. (2016). *Principio de Colaboración y Carga Dinámica de la Prueba. Una distinción necesaria*. La Ley.
- Girard, F. (2013). *Essai sur la preuve dans son environnement culturel*, 2 tomos. Paris: P.U.A.M.
- Gomille, Ch. (2016). *Informationsproblem und Wahrheitspflicht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- González Granda, P. (2007). *Carga de la responsabilidad civil y Prueba*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- González Poveda, P. (2008). *La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos*. Barcelona: Bosch.
- Gsell, B. (2008). Sachmangelbegriff und Reichweite der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf. *Juristen Zeitung*, 29-34.

- Gsell, B. (2015). Beweislastumkehr zugunsten des Verbraucher-Käufers auch bei nur potenziellem Grundmangel - Besprechung von EuGH, Urt. v. 04.06.2015, Rs. C-497/13 Faber, VuR 2015, pp. 446-452.
- Hay, B. y Spier, K. (1997). Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective. *The Journal of Legal Studies*, 26(2), 413-31.
- Heinemann, A. (2014). Access to Evidence and Presumptions – Communicating Vessels in Procedural Law. En K. Hüschelrath & H. Schweitzer (Eds.), *Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe*, ZEW Economic Studies 48, Berlin-Heidelberg: Springer-Verlag.
- Heinemeyer, S. Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf Anmerkung zu EuGH, Urteil vom EuGH Faber c. Hazet del 4/6/2015, C-497/13, GPR 2015, p. 179.
- Huber, S. (2008). *Entwicklung transnationaler Modellregeln Zivilverfahren*. Tübinga: Mohr Siebeck.
- Hunter Ampuero, I. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil: tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta, 22(1), 209-257.
- Junyent Bas, F. A. y Del Cerro, C. (2010). *Aspectos procesales en la ley de defensa del consumidor*. La Ley.
- Kaplov, L. (2012). Burden of Proof. *Yale Law Journal*, V. 12221, n°. 4, 38-855.
- Katzenmeier, Ch. (2002). Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess. *Juristen Zeitung*, 534.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2016). Algunas reglas sobre la carga probatoria para el ejercicio de los derechos contenidas en el Código Civil y Comercial. Un muestreo a vuelo de pájaro. En VV.AA. (J. A. Rojas, Coord.), *La Prueba*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Koch, R. (2013). *Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess*. Tübingen.
- Koch, R. (2014). Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess? Die Beweislastregelung des § 630h BGB. En H. H. Henning Rosenau (Dir.), *Kodifikation der Patientenrechte, Beiträge des X. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht*. Berlin: Nomos.
- Kraayvanger, H. (2003). Urkundenvorlegung im Zivilprozess - Annäherung an das amerikanische 'discovery'-Verfahren. *Neue Justiz*, 572.
- Laumen, H-W. (2002). Die "Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr" – Ein beweisrechtliches Phänomen. *Neue Juristische Wochenschrift*, 3739-3746.
- Leipold, D. (1966). *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Leipold, D. (2008). Neuere Entwicklungen der Beweislast und der Beweiserleichterungen nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht. *Ritsumeikan Law Review*, 25, 77-99.
- Lluch, X., Abel- J., PICÓ I Junoy- González, M. R. (2011). *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*. Madrid: Editorial La Ley.
- Lobinger, T. (2014). *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- Marcus, R. (2013). Cooperation and Litigation: Thoughts on the American Experience. *KansasLaw Review*, 61, 821 y ss.
- Marinoni L. G. y Cruz Arenhart S. (2016). Comentários ao Código de Processo Civil. En L.G. Marinoni (Director), S. Cruz Arenhart, y D. Mitidiero(Cords.), *Revista dos Tribunais*.
- Masciotra, M. (2007). El valor probatorio de la conducta procesal de las partes. En VV.AA. (A. M. Morello, Dir.), *Prueba*. Buenos Aires: La Ley.
- Mekki, M. (2014). *Le droit privé de la preuve... à l'épreuve du principe de précaution*. París: Dalloz.
- Mekki, M. (2015). *Preuve et vérité, in La preuve*. Journées internationales de l'association Henri Capitant, thèmes et commentaires, à paraître. París: Dalloz.
- Mollar Piquer, M. P. (2017). *La prueba en el proceso de consumidores y usuarios español*. (Tesis doctoral). Universidad Jaume I, Castellón de la Plana
- Morales Aragón, J. A. (2013). La carga dinámica de la prueba dentro del proceso contractual de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque. *Revista Ciencias Humanas*, 10, 53-68.
- Moreira, C. R. Barbosa e outros (2008). Direito Civil e Processo - *Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. *Revista dos Tribunais*, 17.
- Morello, A. M. (2001). *La Prueba. Tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Morello, A. M. (2001). *La eficacia del proceso* (2° ed. ampl.). Hammurabi.
- Nance, D. (2016). *The Burdens of Proof: Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*. UK: Cambridge University Press.
- Netzer, F. (2015). *Status quo und Konsolidierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Nieva, J. (2011). Los Sistemas de Valoración de la Prueba y la Carga de la Prueba: Nociones que Precisan Revisión. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 3-4, 91-120.
- Ormazábal, G. (2011). *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Osna, G. (2017). Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise crítica da teoria procesual. *Revista dos Tribunais*.
- Oteiza, E. (2009). La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar. En VV.AA. (E. Oteiza, Coord.), *La prueba en el proceso judicial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Palomo Vélez, D. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta? *Ius et Praxis*, 19(2).
- Patti, S. (1987). *Prove - Disposizioni generali*. Bologna: Zanichelli.

- Pazos Méndez, S. (2007). Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil. En A. Lluch y J. Picó I J. (coords.), *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: Bosch Editor.
- Pérez Garzón, C. A. (2013). Aspectos generales sobre la carga de la prueba en el derecho probatorio colombiano. *Revista Justicia y Derecho*, 1(1), 46-66.
- Peyrano, J. W. (2008). Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. En J. Peyrano (Dir.), *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni
- Peyrano, J. (2011). La prueba difícil. *Civil Procedure Review*, 2, 87 y ss.
- Proto Pizani, A.. (2014). *Lezione di diritto processuale civile* (8ª Ed.). Napoli: Jovene.
- Prütting, H. (1983). *Gegenwartsprobleme der Beweislast*. München: Beck.
- Prütting, H. (1993). Datenschutz und Zivilverfahrensrecht. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, 106, 427.
- Prütting, H. (2009). Die non-liquet Situation und die Normentheorie. In G. Laumen, H.-W. & H. Prütting (Eds.), C. H. Köln, *Handbuch der Beweislast* (pp. 135-158).
- Prütting, H. (2017). El Proceso Civil por Responsabilidad Médica. *Revista de Processo*, 329-340.
- Rambaldo, J. A. (2008). Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico. En J. Peyrano (Dir.), *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Rodríguez Papic, I. (2009). *Procedimiento Civil. El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía* (7ª Ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Rosenberg, L. (1927). *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. Berlín: Beck.
- Santibañez Boric, C. (2010). Las cargas probatorias dinámicas. *Revista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1(1), 83-92.
- Sáenz, Luís R. J. y Silva, R. (2009). Comentario del art. 53 de la LDC. En S. Picasso R. Vázquez Ferreira (Dir.), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y anotada*. Buenos Aires: La Ley.
- Schelmmer-Schulte, S. (1992). *Beweislast und Grundgesetz*. Köln-Berlin: Heymanns Carl.
- Schlosser, P. (1991). Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne. *Juristen Zeitung*, 599 y 604.
- Schöpflin, M. (1992). *Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess*. Frankfurt a M.: Peter Lang.
- Schweizer, M. (2015). Loss Aversion, Omission Bias and the Civil Standard of Proof. In K. Mathis (Ed.), *European Perspectives on Behavioral Law and Economics* (p. 125). Cham: Springer.
- Stickelbrock, B. (1996). *Die Kollision von Prozessmaximen*. Köln: Heymanns.
- Storme, M. (2012). Harmonisation of Civil Procedure and the Interaction with Substantive Private Law. In X-C.H. van Rhee, C.V. (Ed.), *Civil Litigation in a Globalising World Kramer*. La Haya: Springer/Asser.
- Stürner, R. (1976). *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*. Tubinga: Mohr Siebeck.
- Stürner, R. (1982). *Richterliche Aufklärungspflicht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- Stürner, R. (1985). *Parteipflichten bei der Sachaufklärung im Zivilprozess. Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, 98, 237- 39.
- Stürner, R. (1990a). Anm. zum Urteil des BGH vom 11.6.1990. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht* (NJW, 315 1), 208 y 212.
- Stürner, R. (1990b). Anm. zum Urteil des BGH vom 11.6.1990. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht* (NJW, 315 1), 208-213.
- Stürner, R. (2005). The Principles of Transnational Civil Procedure – An Introduction to Their Basic Conceptions. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 69, 235.
- Stürner, R. (2007). Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law. In J. Basedow (Ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Stürner, R. (2010). Parteiherrschaft versus *Richtermacht* – Materielle Prozessleitung und Sachverhaltsaufklärung im Spannungsfeld zwischen Verhandlungsmaxime und Effizienz. *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, 123, 147.
- Tambussi, C. E. (2007). Responsabilidad de la empresa de telefonía celular por modificación unilateral del plan. Daño moral y punitivo. *La Ley* 2017-E, 243.
- Taruffo, M. (2010). "Evidence". *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, Cap. 7. Tübingen: Mohr.
- Ugarte Cataldo, J. L. (2004). *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago: Editorial Universitaria.
- Verberk, R. (2010). *Fact-Finding in Civil Litigation*. Antwert: Intersentia.
- Verde, G. (1974). *L'onere della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene.
- Verde, G. (2017). Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice. *Anno LXXII* (Seconda Serie), 1, 29.
- Weber, F. (2014). *The Law and Economics of Enforcing European Consumer Law*. London: Routledge.
- Zekoll, J. & Bolt, J. (2002). Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess - Amerikanische Verhältnisse in Deutschland. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2129.

# **El derecho social y la comunicación de ideas jurídicas en el Atlántico a fines del siglo XIX y principios del siglo XX\***

*Social Law and the Communication of Legal  
Ideas in the Atlantic in the Late Nineteenth  
and Early Twentieth Centuries*

\* Resultado de investigación financiado con recursos del proyecto interno 2514 (código SIVIE) de la convocatoria interna de investigación de 2019, Universidad Industrial de Santander (Colombia). Esta investigación se realizó bajo el método documental-bibliográfico, con enfoque hermenéutico.

**A N D R É S   B O T E R O - B E R N A L**

Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y doctor en Derecho por la Universidad de Huelva (España). Abogado y filósofo. Profesor titular de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander (UIS). Miembro del grupo de investigación Politeia de la UIS. Número Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2609-0265>. [aboterob@uis.edu.co](mailto:aboterob@uis.edu.co)

## Resumen

Este artículo busca exponer cómo circularon las ideas del derecho social a finales del siglo XIX y principios del XX entre Europa y América. Para ello, este texto muestra, con algunas generalizaciones por cuestiones de espacio, el caso alemán, francés, italiano, español, estadounidense y latinoamericano, para dejar en claro cómo operó esa comunicación atlántica de ideas académicas y normas sociales en el derecho. Además, este escrito se propone demostrar que, si bien existió una circulación global de ideas sociales en el derecho, no puede perderse de vista cómo fueron recibidas esas ideas localmente, de manera tal que no puede estudiarse lo uno sin lo otro, aspecto que este artículo denomina la “glocalización” del derecho social.

### PALABRAS CLAVE

Derecho social, socialismo jurídico, marxismo, doctrina social de la Iglesia.

## Abstract

This paper seeks to expose how the ideas of social law circulated in the late 19th and early 20th centuries between Europe and America. To do this, this text shows, with some generalizations for reasons of space, the German, French, Italian, Spanish, American and Latin American case, to make clear how this Atlantic communication of academic ideas and social rules operated. Furthermore, this paper aims to demonstrate that, although there was a global circulation of social ideas in law, it cannot be lost sight of how these ideas were received locally, in such a way that one cannot be studied without the other, an aspect that this article called “glocalization” of social law.

### KEYWORDS

Social law, legal socialism, Marxism, Catholic social teaching.

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo que pretendemos con este escrito es doble. De un lado, buscamos exponer, de forma muy general, la expansión del derecho social (tanto de las ideas académicas como de la legislación social) en Occidente, expansión que solo se pudo llevar a cabo gracias a la fuerte comunicación atlántica (no aludimos al mundo pacífico, pues no ha sido nuestro campo de investigación) entre iusfilósofos y escuelas jurídicas en la segunda mitad del siglo XIX y las primeras décadas del XX, comunicación dinámica, a la vez que compleja, que nos permite considerarla como un claro ejemplo de *globalización* del derecho; además, exponer los tremendos debates nacionales surgidos con ocasión de dicha comunicación en aquellos años, debates que lograron la *localización* de las ideas globalizadas del derecho social. Dicho con otras palabras, queremos hacer un retrato panorámico de la complejidad de la circulación de dichas ideas y normas, lo que supone ya cierto ejercicio reduccionista (un retrato nunca será lo retratado), pero que, de todas maneras, cumple una labor importante: evita creer que la circulación de ideas y normas puede ser vista como un proceso simple, en una sola vía, con pocos actores en movimiento.

Del otro, buscamos poner en evidencia la necesidad de hacer una historia de la filosofía del derecho que vaya más allá de los estrechos límites de la historiografía institucionalista y nacional, que se ha quedado rezagada al estudiar una escuela o un autor iusfilosófico como si los límites de sus ideas jurídicas fuesen los mismos de su país o, a lo sumo, al exponer los casos de relaciones de esa escuela o autor con movimientos académicos de otros países como una mera anécdota superficial. Sin embargo, tampoco puede llegar a ignorarse la visión nacional o local, pues si bien los conceptos suelen circular más allá de las fronteras, buena parte de los debates que se han dado con esos conceptos transnacionales son locales.

Para lograr este doble propósito expondremos, con algunas generalizaciones por cuestiones de espacio, el caso alemán, francés, italiano, español, estadounidense y latinoamericano, para dejar en claro tanto esa comunicación atlántica de ideas académicas y normas sociales en el derecho como el debate glocal (global y local) entre formalistas y antiformalistas.

Otra aclaración necesaria para el lector, antes de entrar en materia, es recordar que no se puede confundir el derecho social o socialismo jurídico con el derecho ni con la academia jurídica de los países comunistas, en especial con los de la Unión Soviética y los de la extinta Cortina de Hierro, aunque puedan tener algunos nexos por compartir algún punto de partida: la denuncia de los excesos del capitalismo en lo económico y del individualismo en lo político-jurídico (sobre los aspectos en común, ver Crespi, 1974-1975, pp. 845-867). En consecuencia, en este escrito aludiremos a las formas glocales del socialismo jurídico occidental que, si bien fueron muy críticas con el modelo político-económico dominante, no por ello se les puede considerar como comunistas, pues incluso muchos de los autores que mencionaré habrían estado a gusto en un sistema capitalista moderado por las ideas sociales.

## 2. ALEMANIA

La academia jurídica alemana, en la segunda mitad del siglo XIX, giraba en torno a debates universitarios (fruto del matrimonio entre ciencia del derecho y universidad a partir de Savigny [1779-1861]), destacándose el que se dio entre la *Jurisprudencia de conceptos* (con Puchta [1798-1846] a la cabeza y ampliamente aferrada a las cátedras universitarias), la *Jurisprudencia de intereses* (especialmente su ala más social y menos academicista), y, poco tiempo después, la *Jurisprudencia del derecho libre* (donde militaron Bülow [1837-1907], Ehrlich [1862-1922] y Kantorowicz [1877-1940], entre otros, aunque esta última más inclinada por lo procesal), sobre la función del derecho positivo y la forma que debía asumir la ciencia jurídica. Aquí denominaremos *socialismo jurídico en sentido general* a esa parte del debate que privilegió la función social del derecho y que defendió una ciencia jurídica activista y socialista.

Como todos saben, la *Jurisprudencia de intereses* tenía un ala academicista en cuanto sus pretensiones y moderación, liderada por Heck [1858-1943] (García, 2011), Max von Rumelin [1861-1931] y, parcialmente, el segundo Ihering [1818-1892]. A la par de ella, podríamos ubicar, para efectos pedagógicos, un ala o sector más social en cuanto sus temas de investigación, pero además en cuanto su ideario político. Esta ala social consideró que el derecho debía enfocarse no tanto a las elucubraciones teóricas y lógicas de la *Jurisprudencia de conceptos*, sino a la construcción de instituciones jurídicas que respondiesen a intereses y problemas sociales concretos (y no a intereses abstractos, como estos socialistas veían las ideas de Heck), en especial en el campo de la propiedad, los servicios públicos y el Estado. Muchas de estas ideas socialistas continuaron, con desarrollos propios en la *Jurisprudencia del derecho libre* y en otros movimientos como el *Socialismo jurídico en sentido estricto* de Gierke [1841-1921] y Anton Menger [1841-1906] (Ramm, 1974-1975, pp. 7-23).

En este sentido, tanto la *Jurisprudencia de intereses*, en especial su ala socialista, como varios miembros de la *Jurisprudencia del derecho libre* y del *Socialismo jurídico* se hicieron notar como teorías antiformalistas por su rechazo a una escuela que fue considerada desde muy temprano como formalista, conservadora e individualista, esto es, la *Jurisprudencia de conceptos*.

Pero dentro de dicho debate contra los formalistas, quienes se llevaron la mayor parte de las miradas fueron el filósofo del derecho culturalista y poeta Josef Kohler [1849-1919] (quien consideró que el derecho es la causa y el efecto de una cultura que, para ser ética, debe estar al servicio de la voz social), el historiador del derecho Otto von Gierke (quien logró un importante reconocimiento por sus críticas, desde el socialismo, a las posturas individualistas presentes en los primeros borradores del *Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB que entró a regir en 1900) y el austriaco Anton Menger (Reich, 1974-1975, pp. 157-182). Este último, procesalista civil, recibió una doble influencia: de un lado, el socialismo teórico y económico (pero uno que va más allá

del marxismo, en tanto se enfrentó con los ortodoxos en más de una ocasión (Orrù, 1974-1975, pp. 185-186), llegando a considerar a Marx como un reproductor de ideas previas); y, del otro, de los movimientos jurídico-socialistas concomitantes a sus reflexiones, en especial del *Socialismo jurídico* en sentido general del que ya hemos hablado. Menger, al igual que Gierke, fue un duro crítico del BGB por considerar que dicho código estaba redactado para la protección de los intereses individuales de los poderosos. Por demás, sus ideas tuvieron un reconocido eco en el jurista socialista suizo Eugen Huber [1849-1923] y en su *Schweizerische Zivilgesetzbuch* (o ZGB, Código Civil Suizo) de 1907 (Caroni, 1974-1975, pp. 273-318).

Las posturas de estos tres autores, que ayudaron a irradiar buena parte del socialismo jurídico [(Seelmann, 1974-1975, pp. 73-102) y (Dilcher, 1974-1975, pp. 319-365)], las podemos sintetizar de la siguiente manera: un error del marxismo fue creer que desde la economía podía encontrarse respuesta y solución a los problemas sociales, cuando en verdad la mejor herramienta para ello no sería otra que el derecho. En este sentido, una *legislación social* sería la meta del socialismo jurídico reformador, lo que supondría destruir el enemigo en este campo: el *instituto jurídico tradicional*, construido, según el socialismo jurídico, en el utilitarismo y, por tanto, en el egoísmo propio del derecho romano privado tal cual como fue reconstruido por el liberalismo del siglo XVIII y de principios del XIX. Este tradicionalismo jurídico estaría representado en el mundo de las facultades de derecho, según los socialistas, en los remanentes de la *Escuela Histórica* y la *Jurisprudencia de Conceptos*.

En contraposición a este tradicionalismo, se propuso pues un socialismo jurídico que luchase por la transformación del derecho, con el fin de ponerlo al servicio de las clases trabajadoras. Esto se manifestaría de mejor manera en el cambio mismo del concepto de la propiedad, que dejaría de ser una libertad absoluta de la persona para pasar a atribuirle una función social que limite lo que el propietario puede hacer con su bien (Orrù, 1974-1975, p. 207). Se trataba entonces de poner al concepto de propiedad y persona, bases del derecho, en un contexto social, en contra de los conceptos abstractos de *propiedad privada absoluta* y *persona con voluntad y libertad económica ilimitadas* propios del pensamiento formalista tradicional (Cimbali, 1885, p. 11), tradición que propugnaba por la defensa de las libertades negativas (derechos o intereses subjetivos), la democracia liberal [con un sistema electoral censitario que le garantizaba a las élites económicas el control de los órganos representativos (Giannini, 2017, p. 698)] y el individualismo como modelo constitucional (Fioravanti, 1995, pp. 28-41).

Según los socialistas, el *instituto jurídico tradicional* propio de la forma en que realmente operaba el Estado liberal<sup>1</sup>, impedía la solidaridad social, considerada por aquellos como una necesidad de

---

<sup>1</sup> El socialismo jurídico, en general, partió de distinguir el Estado liberal como ideal político (con la consagración de libertades civiles tuteladas por la ley, el principio de la separación de poderes, el imperio de la ley,

justicia en momentos de tensión como los que en ese entonces se vivía. Igualmente, los socialistas jurídicos elogiaban el “derecho vivo” (concepto ampliamente desarrollado por Ehrlich, entre otros<sup>2</sup>), uno que se conectara con la realidad y potencializara su desarrollo histórico-social, en contraposición al “derecho muerto” propio de la tradición jurídica conservadora (esto es, del derecho liberal-individualista) que impedía el desarrollo de las comunidades y la justicia social.

Estas ideas socialistas tenían tanta potencia en sí mismas, atendiendo el contexto sociopolítico, que su expansión fue casi que inmediata. Y entre los autores socialistas, la figura de Menger tomó un inusitado renombre, hasta llegar a recibir el calificativo de “padre del socialismo jurídico”, pero sin olvidar que también ayudó a la expansión del derecho social por medio de su colección privada de textos sobre el socialismo en general, y el socialismo jurídico en particular, colección que fue considerada la mejor de Europa y que potencializó este campo al ser de obligatoria consulta por parte de sus colegas socialistas. A lo que se suma su asiduo trabajo epistolar con colegas de todo el mundo, a lo que le dedicaremos una reflexión posterior.

Ahora bien, este giro a lo social en las escuelas jurídicas alemanas estaba muy en consonancia con el progresivo fortalecimiento del *Sozialdemokratische Partei Deutschlands*, que se remonta a la fundación, en 1863, de la *Asociación General de Trabajadores de Alemania* por parte del jurista Ferdinand Lassalle [1825-1864], de un lado; y como una respuesta institucional, democrática y jurídica para salirles al paso a los reclamos marxistas más radicales, buscando así que, con normas sociales, el *fantasma del comunismo dejase de recorrer* amplios sectores sociales alemanes, del otro. De esta forma, el discurso socialista decimonónico, en términos generales, consideró que una nueva democracia, una que se centrara más en sus aspectos sustantivos y no reducida a las elecciones, permitiría, mediante normas sociales, la superación más o menos pacífica de la

---

etc.), de la forma como realmente operaba el Estado liberal; esto es, separar el *papel* de la *realidad* (ver la nota de pie de página siguiente), aunque reconociendo que el papel ha contribuido a que la realidad sea como ha sido. En este sentido, según Lassalle (1992), el socialista debe centrar sus críticas en los *factores reales del poder* y no tanto en lo que está escrito en el papel constitucional. Esto está muy de la mano con Giannini (2017), quien reafirmó en 1954 que los ideales del Estado liberal nunca fueron realidad, que las críticas al Estado liberal no deben enfocarse en lo que nunca existió y que hay que estudiar cómo había funcionado en la realidad de cada país, para entender por qué la *crisis del Estado* de la que tanto se habla.

<sup>2</sup> Fueron varios los autores que separaron el derecho eficaz del derecho vigente, para reivindicar el primero ante el segundo. Gray [1839-1915] planteó este asunto (Gray, 1909), pero fue Pound (1910) quien volvió popular la diferenciación entre *law in books* (derecho de los libros, en el papel) y *law in action* (el derecho vivo, el eficaz). Como buen realista, Pound sugiere centrar los estudios jurídicos en el derecho en acción. Claro está que Pound, por la comunicación atlántica a la que aludiremos en este escrito, construyó muchas de sus teorías a partir de elaboraciones doctrinales de la ciencia jurídica europea, especialmente la alemana. En este caso, el concepto de “*law in action*” está en íntima relación con el de “derecho vivo” de Ehrlich. Incluso, fue Pound quien prologó la traducción inglesa de *Grundlegung der Soziologie des Rechts* de 1913: Ehrlich (1936). Y el estadounidense no dejaba de referirse al austriaco, incluso con una obra en concreto: Pound (1922, pp. 129-130).

*cuestión social* (Schirò, 2020), es decir, de los conflictos socio-económicos del momento (v.gr. límites a la propiedad privada y la voluntad contractual, protección al trabajador frente a accidentes laborales, implementación de seguros sociales como la pensión, derecho a casas baratas, derechos de las mujeres y los niños, derecho al descanso dominical, límites a la jornada laboral diaria, participación en beneficios económicos, instauración de la jurisdicción del trabajo, etc.). Por demás, el efecto decisivo de varias normas de este derecho social a favor de los desfavorecidos propició un aireado debate entre los socialistas con los comunistas. Veamos.

Resulta que, generalizando, Marx cuestionó varias medidas jurídicas a favor de los obreros y las mujeres, a lo que se denominó “legislación social”, por considerarlas insuficientes y meros paliativos que no resolvían el problema de fondo y terminaban siendo cantos de sirena de una burguesía que, de esta manera, buscaba aplacar las masas. Pero el propio Marx también llegó a elogiar algunas medidas en concreto al considerarlas logros de la organización obrera y síntomas de la creciente “conciencia de clase” (López, 1985, pp. 51-52). Esta actitud ambivalente ante el “derecho social” del siglo XIX llevó a muchos marxistas posteriores (como el comunismo soviético de los primeros años, con Stucka [1865-1932] a la cabeza, y a ciertos marxistas italianos de los que hablaremos luego) a considerar que el derecho, como función y efecto de las relaciones económicas, no está habilitado para modificar la economía política, como estructura y causa de las relaciones jurídicas, políticas y sociales. La verdadera transformación solo vendría con una revolución; esto es, con la violencia del proletariado. De allí que el reformismo del derecho, especialmente del privado, defendido por los juristas socialistas no debía llamarse socialismo, por lo menos no en sentido estricto (Schirò, 2020). En cambio, otros marxistas, inspirados en algunos trabajos de Marx<sup>3</sup>, y especialmente en Engels<sup>4</sup>, consideraron que el derecho positivo sí puede influir en transformaciones estructurales, esto es, que la función puede condicionar y modificar la estructura, en este caso, que la legislación social puede lograr la emancipación de los más desfavorecidos.

---

<sup>3</sup> (Marx, tomo i, 2007; tomo ii, 1982; tomo iii, 1984). Sintetizando, de este texto puede deducirse que una determinación es tanto determinada como determinante, en una especie de espiral que se desarrolla a lo largo de la historia.

<sup>4</sup> “El desarrollo político, jurídico, filosófico, religioso, literario, artístico, etc., descansa en el desarrollo económico. Pero todos ellos repercuten también los unos sobre los otros y sobre su base económica. No es que la situación económica sea la causa, lo único activo, y todo lo demás efectos puramente pasivos. Hay un juego de acciones y reacciones, sobre la base de la necesidad económica, que se impone siempre, en última instancia” (Engels en su carta a W. Borgius, de 1894, citado por López, 1985, p. 53). No obstante, Engels, al igual que Marx, fue ambiguo, pues no hay un criterio inequívoco en toda su obra. Señalamos esto porque Engels también defendió una postura opuesta, al ser el responsable del fiscalismo y del determinismo histórico-economicista, que será desarrollado más ampliamente por la visión tradicional (Lenin y Stucka, especialmente).

Pero por fuera de estos debates, si se nos permite ser muy generales, la sociedad alemana de ese entonces no estaba para respuestas normativas ni estudios jurídicos más del cielo que de la tierra<sup>5</sup>, más logicistas que sociales, más teóricos que prácticos. Ante la creciente *opinión pública* alemana y europea<sup>6</sup>, a la que se creía base del derecho y la justicia<sup>7</sup>, favorable a que la democracia (pero ya no la liberal-individualista), mediante normas jurídicas, limitase los excesos del individualismo, del industrialismo y del capitalismo, no había otra manera que propender, según los juristas que estudiamos, por un derecho social, para lograr así un equilibrio entre realidad y norma, y para volver a restituir la importancia de lo social en la configuración de lo público<sup>8</sup>.

Esta idea social en el derecho (especialmente en el derecho privado, la propiedad, los servicios públicos, el trabajo, la constitución y el Estado), en la medida en que logró, poco a poco y con no pocas peleas de por medio, hacerse un lugar en la universidad y en la academia alemanas (es decir, la *Kathedersozialismus*), se transmitió a los jóvenes juristas (quienes en el siglo XIX y principios del XX tenían roles sociales más proactivos y políticos que los limitados roles estrictamente laborales que tienen hoy día los abogados) mediante dos vías que queremos resaltar, sin ser las únicas. La primera, mediante la *formación directa*, con clases y seminarios universitarios liderados por los juristas socialistas. La segunda, mediante la *formación indirecta*, por medio de los textos que dichos juristas escribieron y que circularon especialmente por medio de traducciones, y la correspondencia que tuvieron con colegas no solo alemanes sino también de otras latitudes (recordemos que el género epistolar, en ese entonces, tenía funciones más allá de la meramente personal, como lo recordaremos más adelante).

En relación con la vía de *formación directa* queremos resaltar que, por la fama que logró la universidad alemana en general, y las facultades de derecho en especial, en este período de tiempo, a las aulas asistían estudiantes de todo el mundo, quienes luego, al regresar a sus países de origen, replicaban lo aprendido, sirviendo además de traductores de los libros de sus maestros alemanes socialistas. Estamos ante una nueva especie de *ius commune*, si se nos permite –con

---

<sup>5</sup> En clara alusión a Ihering (1993, pp. 63-119).

<sup>6</sup> Concepto tan importante para el imaginario social de los siglos XVIII y, especialmente, XIX. Para el caso alemán: Blackbourn (2003, p. xv, preface). Más general: Mazzacane (2012, pp. 11-43). Para el mundo hispanoamericano: Granillo (2003, pp. 147-171). En la actualidad, la *opinión pública* ha sido desmitificada de su sitio de juzgador de las empresas políticas, por su ambigüedad: Zimmerling (1993, pp. 97-117).

<sup>7</sup> Como lo dice Aguilar (s.f.) reiteradas veces, posiblemente en 1912.

<sup>8</sup> Valga indicar que, ante el neoliberalismo actual, reaparecen discursos, tanto en la religión como en el derecho y en la filosofía, que ponen de relieve la importancia (a) de lo social en la configuración de lo público (Rico, 2019) y (b) de la democracia social como forma de resolver los conflictos colectivos (Valencia, 2018). Dejamos a criterio del lector evaluar la cercanía de los discursos socialistas decimonónicos con los actuales antineoliberales.

indulgencia— la comparación, en tanto que se replicó por dicha vía, por todo Occidente, las ideas del derecho social que empezaban a surcar los recintos universitarios del centro de Europa.

Con respecto a la circulación de libros y traducciones, y a la correspondencia, debemos decir que fueron motores, incluso más fuertes que la vía directa, de la circulación atlántica de estas ideas de un derecho social, pero eso sí, no en una sola vía, pues la retroalimentación en la comunicación igualmente afectó el pensamiento matriz, y esto es algo que se suele pasar por alto, al creer que estamos ante un sistema de formación en el que alguien enseña y el otro aprende, y no como un sistema de circulación, en el que el formador es, simultáneamente, formado.

Sobre esta formación indirecta, los juristas, por su particular visión fragmentaria que les impide ver la complejidad del mundo real, suelen pasar por alto la importancia de la transformación postal mundial ocurrida desde el último cuarto del siglo XIX, específicamente desde 1863 año en el cual se realizó la Conferencia de París que inició los canales diplomáticos que darán lugar, en 1874, con el Tratado de Berna, a la Unión General de Correos que luego terminará por llamarse la *Unión Postal Universal* (Ascandoni, 1983), auspiciada por la necesidad cada vez mayor de una internacionalización de las relaciones (económicas, sociales, políticas y jurídicas), el aumento considerable del número de paquetes y cartas que se remitían desde todos los rincones e incentivada por creciente red de comunicaciones propiciada por los ferrocarriles y los nuevos barcos trasatlánticos<sup>9</sup>, todo lo cual permitió se tejiesen redes de intercambio de libros, cartas, manuscritos, en fin, de ideas, como las que aquí aludimos del derecho social, que cambiaron la cara de la gobernanza<sup>10</sup>, de la cultura y, también, del derecho. Sin embargo, no podremos ahondar más en este aspecto, so pena de alargarnos en exceso y alejarnos de nuestras pretensiones formuladas en la introducción.

En conclusión, varios movimientos que se autocalificaban como antiformalistas, por su rechazo al formalismo de la *Jurisprudencia de conceptos*, fueron pioneros de una respuesta más social a la crisis que en su momento enfrentaba el derecho, y que gracias a las posibilidades que la modernidad abría a las comunicaciones, lograron abrirse al mundo, en una compleja de red o urdimbre que funcionaba en doble vía.

---

<sup>9</sup> Realmente, el asunto es más complejo de lo que aquí puede enunciarse. El aumento del número de alfabetos, los nuevos estilos de letra y de materiales para escribir que facilitaron en mucho la labor, los cambios culturales propios de la vida burguesa, que exigía un mayor conocimiento de la vida privada del otro, la transformación económica que supuso el capitalismo, que exigía una mayor comunicación de mercancías, etc., dieron lugar al incremento significativo de la demanda de servicios de correo y encomiendas, que se correspondió con los nuevos sistemas internacionales de correos que vehiculizaron, entre otras cosas, las ideas socialistas por todo Occidente. Algo de esta complejidad se puede leer en Petrucci (2008, pp. 138-139).

<sup>10</sup> Sin esas reformas postales, que implicaron un ejercicio de diplomacia del que se aprendió mucho por demás, no habría sido posible pensar en la gobernanza internacional (o sociedad internacional) que surgió luego de la Primera Guerra Mundial (1914-1918): Gorman (2012, p. 2, 238 y 311).

## 2. FRANCIA

Por su parte, Francia vivía su propia historia de disputas locales. Los juristas que articularon su concepción del derecho con un socialismo jurídico se consideraban antiformalistas por su rechazo al individualismo y al liberalismo del Código Civil de 1804, y al formalismo de los comentadores de dicho texto. Recordemos que era algo generalizado en la segunda mitad del siglo XIX acusar al Código napoleónico de partir de una visión agraria, de un lado, e individualista, del otro. Entonces, con la llegada del capitalismo decimonónico, con el paso de una sociedad agraria a una industrial, el Código no pudo contener los efectos nocivos de tales cambios; por el contrario, por haber sido concebido para otro tipo de sociedad y por su individualismo marcado en el respeto casi que absoluto a la voluntad contractual, el Código terminó promocionando dichos efectos perversos.

Incluso, en el seno de estos movimientos franceses de derecho social (articulados con un iusnaturalismo católico que unió fuerzas en su crítica al individualismo del Código) fue que surgió el nombre peyorativo con el que se conocerá a su enemigo: *exégesis*, mote que era desconocido a los comentarios decimonónicos del Código Civil pero que tendrá un éxito en el siglo XX como término desdeñoso para designar a los odiados juristas civilistas supuestamente apegados a la obra de Napoleón. Y digo supuestamente apegados, porque hay que diferenciar lo que dijeron realmente esos comentadores del Código en el siglo XIX de lo que la leyenda negra –que vendieron los socialistas, los iusnaturalistas y los antiformalistas franceses– dijo que ellos dijeron. Pero ese no es nuestro asunto y, además, ya está muy bien tratado por otros colegas (por ejemplo, Halperin, 2003, pp. 681-685 y Hespanha, 2012, pp. 13-52).

Ahora bien, los antiformalistas franceses estaban en íntima conexión con los defensores alemanes (pero también austriacos, italianos, etc.) del derecho social, ora porque varios de ellos se formaron en Alemania, ora porque leían asiduamente sus textos en su idioma original o traducidos (en su mayoría, traducidos al francés por los que recibieron clases en Alemania). A lo anterior se suma la abultada correspondencia entre juristas y académicos de estos países que lograron afinar, al compás del otro, sus propias ideas, a pesar de tener enemigos académicos diferentes a cada lado de la frontera, todo lo cual terminó por cuajar las ideas del derecho social en ambos países como si se tratase de la misma cosa.

Además, no perdamos de vista que Francia vivía problemas sociales similares a los alemanes, pero no idénticos, generados por los excesos del industrialismo y el capitalismo, dentro de una sociedad muy desigual (más información en Arnaud & Arnaud, 1974-1975, pp. 25-54). Claro está que estos problemas se vieron alimentados por una fuerza inexistente en Alemania en el siglo XIX: un Código civil, el de 1804, que, como dijimos, había quedado obsoleto para responder adecuadamente ante la nueva realidad. Lo peor es que este Código, en tanto se convirtió en un mito de identidad nacional (Martin, 2015, pp. 1-6), no fue reformado en la misma medida en que la sociedad lo requería, de manera tal que la cultura jurídica francesa del período que estudiamos partió de un

Código vetusto, pero más o menos intocable para el legislador por ser mito nacional, y una *opinión pública* fortísima que reclamaba derecho para limitar los excesos del sistema económico. Al finalizar, esta paradoja –entre lo que hay y lo que se desea– no logró democratizar el Código, por medio de una reforma sustancial, por lo que terminó resolviéndose de alguna manera empoderando a los jueces (Herrera, 2011), como si fuesen los nuevos jurisconsultos romanos que encarnaban la justicia concreta (equidad), mediante fórmulas como el *método histórico* (Saleilles [1855-1912]) y los *principios generales del derecho* (Gény [1861-1959]), por dar dos casos, para que así ellos pudiesen aportar un contenido social y actualizar, en sus sentencias, la ley civil que ya era obsoleta e incapaz de controlar el egoísmo capitalista en la sociedad.

En ese contexto, abundaron los congresos (v.gr. el *Congrès International des habitations à bon marché* de 1889 en París, que siguió realizándose en años posteriores en otras ciudades europeas), los textos y las conferencias sobre la cuestión social en el derecho, ambiente en el que brillaron académicos como Gény<sup>11</sup>, Duguit<sup>12</sup> [1859-1928], Saleilles<sup>13</sup> y Lambert [1866-1947], entre otros, quienes citaban continuamente a los socialistas locales, así como a alemanes y austriacos (como Huber y Menger); a la par, en ese mismo contexto, resaltaron abogados litigantes (Lekeal, 2020), funcionarios estatales y jueces antilegalistas como Magnaud [1848-1926], juez del Tribunal de Distrito de Château-Thierry (Leyret, 1909), quien logró ribetes de mito judicial, de nuevo Salomón del socialismo jurídico (Weyl & Picard, 1974-1975, pp. 367-382). Claro está que sería algo desproporcionado señalar que todos los autores acabados de citar fueron parte de un socialismo jurídico francés en sentido estricto, pues sus inclinaciones iusnaturalistas católicas (siguiendo la *Doctrina social de la Iglesia*) fueron fuertes en muchos de ellos (salvo en Lambert), pero el uso de las ideas sociales, como réplica al formalismo individualista de la exégesis, fue algo común en sus obras.

Llama la atención, eso sí, cómo el francés, por ser lengua romance y, por tanto, más cercana al español, fue la principal vía, junto con el italiano y las traducciones al castellano hechas en España, mediante la cual las ideas del derecho social atravesaron el Atlántico rumbo a América Latina, asunto del que hablaremos luego.

Y esta apertura francesa hacia el comercio de las ideas jurídicas, país que seguía considerándose como el contrapeso a la academia alemana y centro del mundo de las doctrinas, se vio igual-

---

<sup>11</sup> Sobre la lucha de Gény contra la *Exégesis* en Francia, véase Bernuz (2006).

<sup>12</sup> Duguit (1908). Texto que, palabras más, palabras menos, propone un régimen político fundado en el recíproco control de los gobernantes, la burocracia y las organizaciones sindicales y sociales. Por demás, este libro tuvo un gran éxito en Italia, Settis (2017, p. 691).

<sup>13</sup> Más datos sobre el socialismo jurídico, fundado en la solidaridad y el método histórico, de Saleilles, en Sabbioneti (2010, pp. 566-659).

mente favorecida por el surgimiento de la disciplina del derecho comparado, surgida de y con la iushistoria<sup>14</sup> y que, poco a poco, desplazaba a la disciplina universitaria del derecho romano<sup>15</sup>. El derecho comparado surgía con fuerza por toda Europa (primero con asociaciones, con bastante comunicación entre ellas, como la *Société de législation comparée*, con sede en París, en 1869, y la *Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, constituida en Berlín, en 1894, entre otras), e inspiró a muchos de estos antiformalistas franceses como Saleilles (1900, pp. 383-405)<sup>16</sup> y Lambert (1903), quienes jugaron un rol destacadísimo en el *Congrès international de droit comparé*, realizado en París con ocasión de la Exposición Universal de 1900<sup>17</sup>. La naciente disciplina científica del derecho comparado entabló, a lo largo de los años y en posteriores congresos de derecho comparado, como el de 1932 en La Haya, puentes entre Francia y Estados Unidos, por mencionar una sola vía de comunicación, lo que tuvo eco en famosos juristas americanos, como Wigmore [1863-1943], Pound [1870-1964] (Pound, 1955, pp. 70-84) y Radin [1880-1950] (Petit, 2001b, p. XLIV). Y sobre esos puentes comparatistas circularon, en las primeras décadas del siglo XX, las ideas del derecho social con gran éxito, como lo veremos más adelante. Entonces, no solo fue espontánea la comunicación atlántica de la que hemos venido hablando, sino también consciente, pues se volvió una forma más de hacer ciencia del derecho. Por tanto, el derecho comparado, con fuerte sabor europeo y francés<sup>18</sup>, como nuevo campo científico, fue determinante, pero no la única vía, en la exportación y la importación de ideas sociales en el derecho.

### 3. ITALIA

Italia no fue ajena a esta circulación de ideas. Antes que nada, hay que partir de la buena tradición universitaria italiana, que se remonta, en largos intercambios académicos, a la tradición alemana y austriaca. Igualmente, las presiones sociales por un derecho más social se vivían con fuerza entre los espíritus reformadores italianos, tanto así que la Iglesia, más italiana que

---

<sup>14</sup> La iushistoria y el derecho comparado comparten el mismo origen, aunque se separaron en el camino, a pesar de que siempre se han visto de reojo para no alejarse mucho una del otro. Ahora se propone de nuevo su integración epistemológica: Pihlajamäki (2018, pp. 733-750).

<sup>15</sup> Disciplina que era, igualmente, globalizada, pues su vocación, método y objeto de estudio escapaban a los estrechos límites del derecho estatal y nacional. Por ejemplo, los romanistas de principios de siglo XX estaban insertos en urdimbres complejas de comunicación atlántica, similares, aunque no iguales, a las que aquí registramos para el socialismo jurídico. Ver el caso del romanista Radin, quien fue uno de los puntos más activos en esa comunicación compleja, con sus ires y venires, bien expuesto por Petit (2001b, pp. XI-CXI).

<sup>16</sup> Más información en Sabbioneti (2010, pp. 227-293).

<sup>17</sup> Congreso que se volvió, con el tiempo, hito (¿mito?) fundador de esa disciplina: López (2015, pp. 127-148) y Jamin (2002, pp. 701-718).

<sup>18</sup> Sabor que aun se mantiene entre los comparatistas estadounidenses. De allí que algunos comparatistas, críticos con la tradición de su disciplina en Estados Unidos, propugnen por su des-europeización: Reimann (1998, pp. 637-646).

europea en aquel entonces, dio lugar a su *Doctrina social*, de la que hablaremos más adelante. Además, esta opinión pública favorable a un derecho social fue una impronta diferenciadora que debía asumir el nuevo derecho del país italiano (reunificado en 1861), frente a los vetustos sistemas jurídicos rivales, especialmente el austriaco (enemigo político por excelencia del nuevo reino italiano) y el francés (caracterizado por su Código Civil en obsolescencia).

Valga señalar que la influencia de los movimientos socialista-jurídicos italianos, a la que podemos llamar *Escuela Social del Derecho*, estuvo más presente en España<sup>19</sup> que en Latinoamérica<sup>20</sup>, donde, por motivos ya dichos, predominaron un poco más los autores socialistas franceses. Lo anterior explica en parte esa abultada traducción de la literatura jurídica italiana a la lengua española y la fuerte influencia de esta en España a finales del siglo XIX y durante las dos primeras décadas del siglo XX, lo cual fue llamado la “fiebre de las traducciones” (Unamuno, en 1912) (Petit, 2004, p. 1440). Podría decirse entonces que la ciencia jurídica italiana, incluyendo su socialismo jurídico, encontraba amplio eco en la doctrina española (*v.gr.*, Petit, 2012, pp. 223-248).

En relación con el socialismo jurídico italiano, encontramos autores de la talla de Vadalà-Papale [1854-1921], Cimbali [1855-1887], Gianturco [1857-1907], Brini [1856-1941], Salvioli [1857-1928], Simoncelli [1860-1917] y D’Aguanno [1862-1908], entre otros. Toda una generación interdisciplinaria (que quería conectar el derecho con las *ciencias sociales* del momento), conocedora del socialismo que se gestaba en otras latitudes, con una extraordinaria capacidad intelectual y política, y portadora de una revolución, tanto en las formas de hacer ciencia jurídica como en sus contenidos, que trastocó por completo el modelo heredado, el positivismo legicentrista, al afirmar que los intereses económicos de ciertas organización no debían regir al derecho ni al Estado, so pena de fragmentar la soberanía<sup>21</sup>, sino justo lo contrario. Vale la pena

---

<sup>19</sup> Sobre los motivos que apoyaron la difusión ibérica de la doctrina privatística italiana, ver: Petit (2004, pp. 1429-1478).

<sup>20</sup> Sin querer insinuar que no tuvieron influencia alguna en esta región. Dos trabajos, a manera de ejemplo, nos dan cuenta de la recepción de este movimiento italiano en Latinoamérica: Narváez (2004, pp. 201-226) y Mazzarella (2015, pp. 157-201).

<sup>21</sup> Advertía Romano [1875-1947], uno de los padres del organicismo, en 1909 (Romano, 1969, pp. 3-26). Para Romano, la mejor forma de enfrentar la crisis del Estado, fragmentado por los intereses económicos, era que este asumiera también los intereses sociales de las organizaciones de los desfavorecidos por el capitalismo de la época. El Estado debería ser la síntesis de las fuerzas sociales y no el escudo de una de las partes de dichas fuerzas.

resaltar entre los miembros de dicha generación a Enrico Cimbali<sup>22</sup> y Giuseppe Salvioli<sup>23</sup>, quienes jugaron un rol decisivo en su conformación.

El socialismo jurídico italiano fue muy productivo bibliográficamente (Sbriccoli, 1974-1975a, pp. 873-1035), a la vez que estuvo siempre atento a lo que sobre el tema se hacía en otros países (verbigracia, la traducción al italiano de Menger, 1894). Entre sus particularidades locales está que tomó como propio, como un asunto de urgencia nacional, el rechazo a la pena de muerte, adoptando el debate liderado en aquellos momentos por el jurista alemán Carl Joseph Antón Mittermaier [1787-1867], a la vez que tomaba partido en la escena local en el enfrentamiento doctrinal entre la tradición romanística alemana de la *Escuela Histórica* y la *Jurisprudencia de Conceptos*, de un lado, y la tradición civilística de los comentaristas franceses del Código Civil, del otro, buscando así un punto intermedio que sería la apuesta por una guía científica, desde el profesor universitario al legislador italiano, en la unificación de un derecho para el recién creado país, pero una legislación que, a diferencia de los movimientos formalistas citados, diera respuesta contundente a los reclamos sociales exigidos en todos los ramos, no solo en el derecho civil (con su Código de 1865) y en el procesal, sino también en lo penal (Sbriccoli, 1974-1975b, pp. 557-642). Así, se buscaba por medio de un estatuto epistemológico anclado en la Universidad, como guía del legislador, la implantación de un *derecho solidario* que evitase que la nueva normativa de la unificación se dejase llevar por los errores del pasado, esto es, del *derecho egoísta*.

Como sucedió con otros casos ya vistos, las ideas del socialismo jurídico italiano aparecieron casi que simultáneamente (y en comunicación permanente) con las ideas sociales de los movimientos antiformalistas alemanes, austriacos y franceses<sup>24</sup>, aunque dicho socialismo italiano, hoy día, suele ser invisibilizado en la historia del derecho social. Lo anterior no debe entenderse como una anécdota en la búsqueda de quién fue primero, sino, más bien, como una confirma-

---

<sup>22</sup> Ampliamente conocido en España, en especial por esta obra: (Cimbali, 1885). Petit (2004, p. 1447) expone su influencia en España, en especial en el jurista y político Augusto Comas y Arqués [1834-1900]. Más información del autor italiano, en Majo (1974-1975, pp. 383-429). Igualmente, el estudio introductorio presente en: Fiorentini (2007).

<sup>23</sup> Que merece una nota adicional de nuestra parte: historiador, filósofo del derecho e intelectual comprometido que, además de profesor, militó activamente en el Partido Socialista Italiano y otros movimientos antifascistas. Sus trabajos iushistóricos están plagados de reflexiones socialistas y críticas al capitalismo inmoderado, de manera tal que sus ideas, aunque camufladas en la historia, incluso la antigua, tuvieron un notable éxito en su momento (Costa, 1974-1975, pp. 457-494). Igualmente, fue alguien muy comprometido con el tema reforma agraria, especialmente para el sur de Italia, en contra de los latifundios (Vescio, 2020).

<sup>24</sup> Por ejemplo, dijo un estudiante de los cursos de filosofía del derecho de Salvioli que él se desenvolvía en clases “esaminando le correnti solidariste francesi e tedesche: Bourgeois, Duguit, Menger, Gierke, etc., mise di fronte, innanzi ai miei occhi, il Solidarismo borghese, che aveva avuto e aveva allora anche in Italia forti rappresentanti, basti citare il Cimbali, il Gianturco, il Coviello, il Vivante, e il Sindacalismo rivoluzionario di G. Sorel”. Escribió Sergio Panunzio en 1931, citado por: Cassese (1974-1975, p. 497).

ción de la hipótesis planteada en la introducción de que el derecho social fue fruto de una mundialización tanto en sus causas (la opinión pública favorable a cambios del industrialismo y el capitalismo, y la crítica a un sistema jurídico tradicional que no podía responder a los nuevos reclamos) como en sus medios (una ciencia jurídica cada vez más crítica con el entorno económico y político, sumado a una nueva cultura de la comunicación de cosas e ideas) y en sus efectos (un derecho que introdujo aspectos de defensa de lo social en muchísimas instituciones jurídicas, no solo del derecho privado). Dicho con otras palabras, existió, sin lugar a dudas, “una sensibilidad común, una coincidencia en el método y una fusión de ideas” (Mazzarella, 2015, p. 164) entre los juristas europeos, que dificulta muchísimo seguir en planteamientos de quién fue el Adán del derecho social.

En este sentido, al igual que experiencias previas, el socialismo jurídico italiano se consolidó gracias a la intensa comunicación, directa e indirecta, con las escuelas socialistas de otros países, pero igualmente gracias a debates locales en el contexto de la unificación del reino, donde el formalismo y el individualismo se consideraron como errores que no podían cometerse en la nueva normativa nacional que debía expedirse, de manera tal que más que un enemigo real se está ante un enemigo derivado de la comparatística con otros Estados.

Claro está que, aunque aquí no podamos desarrollarlo de mejor manera, no todos los marxistas italianos estuvieron de acuerdo con este socialismo jurídico, por motivos muy similares a los vividos en Alemania. Por ejemplo, Antonio Labriola [1843-1904], Claudio Treves [1869-1933] y Sergio Panunzio [1886-1944] criticaron el socialismo jurídico de su país al considerar que el bienestar del proletariado pasa más por un ajuste de cuentas revolucionario al poder real y no a partir de cambios normativos enfocados al derecho privado, de un lado, y que la legislación social pedida por los socialistas jurídicos terminaría siendo usada por los partidos conservadores para calmar los ánimos, ya sea prometiendo reformas sociales a cambio del apoyo al gobierno burgués, ya sea haciendo reformas puntuales que hicieran creer que la burguesía, por fin, se preocupaba por el proletariado, del otro (Gerratana, 1974-1975, pp. 55-72; Cassese, 1974-1975, pp. 495-505 y Martone, 1974-1975, pp. 103-144). En otros términos, estos críticos marxistas consideraron excesivo llamar socialistas a esos juristas italianos, pues aquellos consideraron a estos últimos como burgueses ingenuos o, peor aún, cretinos (Schirò, 2020).

Finalmente, la Iglesia no pudo ser pasiva en estos debates y, gracias al magisterio de León XIII (período 1878-1903), expidió la encíclica *Rerum Novarum* en 1891<sup>25</sup>, con una tremenda influen-

---

<sup>25</sup> Donde leemos: “23... A través de estas cosas queda al alcance de los gobernantes beneficiar a los demás órdenes sociales y aliviar grandemente la situación de los proletarios, y esto en virtud del mejor derecho y sin la más leve sospecha de injerencia, ya que el Estado debe velar por el bien común como propia misión suya...

<sup>27</sup>. Los derechos, sean de quien fueren, habrán de respetarse inviolablemente; y para que cada uno disfrute del

cia global (Misner, 1991), que reconoció la problemática moderna del trabajo como un auténtico signo de los nuevos tiempos (Berríos, 2009, pp. 549-563) y que sirvió de tercera vía entre el socialismo-comunismo y el liberalismo-capitalismo<sup>26</sup>. Frente al marxismo, la encíclica, sin ser en esto muy innovadora, le cuestionó su intención de eliminar la propiedad privada, lo que supone atentar contra la propia libertad del trabajador; su determinismo económico, pues esto llevaría a negar el libre albedrío del cristiano; su deriva estatista y totalitaria, pues encarga todo lo público a la dictadura del proletariado; su ateísmo, que niega la dignidad trascendente del hombre; y, en conclusión, su visión violenta fruto de la “lucha de clases” que desplaza el deber cristiano de la armonía y la hermandad entre todos. Pero más interesante aún es que, frente al capitalismo, la Encíclica le acusa de promover la injusticia social al glorificar excesivamente al individuo y de haber cooptado al Estado, llegando al extremo reprochable de subordinar la política y el derecho a sus intereses. Es que, para dicha encíclica, el Estado y su derecho están claramente al servicio de la clase obrera, de los campesinos, de los pobres, de los desprotegidos (Vélez, 1992, pp. 7-16). Así, la Iglesia romana global, no sin muchos debates internos que hasta hoy día se mantienen, tomó partido a favor de un socialismo y un sindicalismo cristianos, dando un impulso en los países de ascendencia católica a las ideas y las normas sociales.

---

suyo deberá proveer el poder civil, impidiendo o castigando las injurias. Sólo que en la protección de los derechos individuales se habrá de mirar principalmente por los débiles y los pobres. La gente rica, protegida por sus propios recursos, necesita menos de la tutela pública; la clase humilde, por el contrario, carente de todo recurso, se confía principalmente al patrocinio del Estado. Este deberá, por consiguiente, rodear de singulares cuidados y providencia a los asalariados, que se cuentan entre la muchedumbre desvalida”. [http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html).

<sup>26</sup> Esta Encíclica no parte de cero. Ya había antecedentes socialistas en varios teólogos católicos, quienes buscaban una vía alterna a los dos opuestos en conflicto: capitalismo liberal y socialismo marxista. Cfr. (Waterman, 2004, cap. “The Intellectual Context of Rerum Novarum”, pp. 179-193; Truyol, 2002, pp. 171-178 y Behr, 2019, pp. 34-65). Igualmente, esta Encíclica ha sido la base de otros documentos oficiales de la Iglesia posteriores, como la “*Laborem Exercens*” (1981), donde se puede leer: “El citado principio (de la propiedad privada), tal y como se recordó entonces y como todavía es enseñado por la Iglesia, se *aparta* radicalmente del programa del *colectivismo*, proclamado por el marxismo y realizado en diversos Países del mundo en los decenios siguientes a la época de la Encíclica de León XIII. Tal principio se diferencia al mismo tiempo, del programa del *capitalismo*, practicado por el liberalismo y por los sistemas políticos, que se refieren a él. En este segundo caso, la diferencia consiste en el modo de entender el derecho mismo de propiedad. La tradición cristiana no ha sostenido nunca este derecho como absoluto e intocable. Al contrario, siempre lo ha entendido en el contexto más amplio del derecho común de todos a usar los bienes de la entera creación: *el derecho a la propiedad privada* como *subordinado al derecho al uso común*, al destino universal de los bienes” (numeral 14). Paréntesis fuera de texto.

#### 4. ESPAÑA

España en aquel entonces vivía a la expectativa de los movimientos académicos europeos, pero especialmente por la vía italiana y, en menor medida, francesa, que sirvieron, como se dijo, en puente de comunicación (en doble vía) entre lo que acaecía en el centro de Europa con los países de lenguas latinas. Obviamente, no puede absolutizarse la afirmación anterior, por dos motivos: por la gran capacidad hispánica del mestizaje que les facilitaba la reconversión y la adaptación de todo tipo de teorías, y porque hubo juristas españoles que accedieron a la literatura en lengua alemana directamente –de los que daremos un ejemplo más adelante–, pero no fue la regla general.

En este sentido, los movimientos sociales del derecho de aquel entonces recibían ideas foráneas globales que eran transformadas localmente para ser nuevamente puestas en circulación con destino, especial pero no únicamente, a Latinoamérica. Este contexto de transformación local partía de varios aspectos, de los que mencionaremos solo algunos para dar cuenta de la complejidad del retrato español de principios de siglo XX. En primer lugar, los juristas socialistas ibéricos se distanciaron, generalizando, de los del centro de Europa al mixturar las ideas de derecho social recibidas con visiones religiosas moderadas (como las propiciadas en el pontificado de León XIII) y con la filosofía del alemán Karl Christian Friedrich Krause [1781-1832], pues este autor permitió una lectura que buscaba, a como fuese lugar, una conciliación entre la Modernidad (como el liberalismo y el positivismo científico) con la tradición (el iusnaturalismo, la religión cristiana, etc.) (Manzanero, 2019, pp. 135-158).

Por todo lo anterior, el socialismo jurídico español estaba mucho más lejos del marxismo y el comunismo que el del centro de Europa. Incluso, el marxismo y el comunismo eran criticados por varios progresistas al considerarlos teorías de la confrontación y el revanchismo, lo que iba en contra del ideal social-católico de *armonía social* y *humanidad como hermandad* pregonados en la *Doctrina social de la Iglesia*. Entonces, los debates locales españoles no eran de la misma dimensión de los de otros países, pues sus experiencias jurídicas y el enemigo a ser derrotado eran bien distintos.

En segundo lugar, el enemigo de estos socialistas ibéricos sería, en el papel, el capitalismo egoísta y salvaje (que no había llegado a la Península), pero en realidad sería el tradicionalismo jurídico (representado en ese momento, aunque expuesto con exageraciones retóricas por parte de los progresistas, por el *derecho histórico*) y la ortodoxia católica; de esta manera, el incipiente capitalismo español, con un nivel de desarrollo muy diferente del que tenía en Inglaterra o en el centro de Europa, no fue visto de la misma manera por los socialistas ibéricos, si se compara con la visión que de él tenían los socialistas de esos otros países, pues, para empezar, en España el capitalismo no fue considerado como un sistema egoísta que se había apropiado del derecho

codificado individualista (codificación que apenas inició en 1889), sino que el capitalismo era más una expectativa que un logro, ya que de todas maneras la economía española era más agraria que industrial-urbana en dichos momentos. Así, lo que definía el antiformalismo del jurista social español era un enemigo más teórico que real en sus territorios, el Estado y el derecho liberales, y uno más concreto, el historicismo corporativista religioso. Entonces, el enemigo (el formalismo) fue muy diferente en los otros países a los que he aludido. Pero se entendió, gracias al criterio de apertura que caracteriza la comunicación de ideas jurídicas, que había un enemigo común entre las culturas jurídicas sociales que hemos visto, el “formalismo”, como si fuese algo identificable más allá de las disputas locales, aunque realmente no era así.

En tercer lugar, el socialismo jurídico tuvo un importante eco en el pensamiento político y económico español, a pesar de que tuvo sus contradictores. Este ambiente de relativa aceptación de las ideas socialistas (en lo que mucho tuvo que ver la *Doctrina social de la Iglesia*<sup>27</sup>) se ejemplifica con las continuas publicaciones y conferencias a favor de un derecho social de políticos reconocidos de la época, como es el caso de Raimundo Fernández Villaverde [1848-1905], jurista, político y economista (con una importante incidencia en la reorganización de la hacienda pública) del Partido Moderado<sup>28</sup>, quien ofreció, al asumir –nada más y nada menos– la presidencia de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, un famoso discurso en 1900 denominado “La cuestión social y el derecho civil” (seguido, al año siguiente, de otro discurso del mismo talante: “Las Coligaciones industriales y las huelgas de obreros ante el Derecho”), publicado como libro (Fernández, 1900a) y, además, en la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, en tres partes (Fernández, 1900b, pp. 365-388; Fernández, 1901a, pp. 361-382 y Fernández, 1901b, pp. 78-119).

Otro buen ejemplo de estos socialistas puede ser el asturiano Adolfo Posada [1860-1944], quien logró ser uno de los promotores del derecho social en general y del derecho del trabajo en particular en España (Martín, 1987, pp. XLVIII-LXXVII). Posada logró con sus textos [entre los que destaca *Socialismo y reforma social* (Posada, 1904)], sumado a sus influencias (en la que fue determinante Krause) y gran actividad académica y política (al ser actor fundamental en la puesta en práctica de las agencias estatales de reforma del derecho del trabajo español), propiciar el derecho social (Valera, 2010, pp. 623-638). Igualmente, vale la pena destacar su trabajo

---

<sup>27</sup> Fue tal el éxito en la *opinión pública* de tal Doctrina que hasta los inicialmente escépticos, como Cánovas del Castillo [1828-1897], dirigente del Partido Conservador, terminaron por defenderla en público, esperando, así, granjearse la amistad de los trabajadores.

<sup>28</sup> Puede consultarse esta biografía política (en la que su discurso de 1900 apenas merece una mención marginal), en: Serrano (2006, pp. 635-652).

de *anfíbio cultural*<sup>29</sup>, en calidad de traductor de obras de Ihering (1892 y 1896) y Menger (1898), entre otros, obras que circularon ampliamente en el mundo hispanoamericano, y como autor que fue traducido al francés, italiano y alemán; además, sus viajes al Cono Sur en 1910 y 1922 fueron aportes significativos a la circulación atlántica de ideas del derecho social. Le debemos a Posada, por dar un ejemplo, en su obra *Constituciones de Europa y América*, que editó con su discípulo Nicolás Pérez, una difusión importante a la constitución socialista mexicana de 1917, de la que hablaremos luego, y la alemana de 1919 (Posada y Pérez, 1927).

Otro caso que ejemplifica la comunicación de ideas sociales está en la ley española de “Casas Baratas” de 1911, en la que Adolfo Posada jugó un papel importante, que respondió a una creciente exigencia tanto de la *opinión pública* como de los socialistas locales, y que estuvo influida por la ley belga del tema de 1889 y la ley francesa “des habitations à bon marché” (o ley Siegfried, en homenaje al político que le dio vida [1837-1922]) de 1894, entre otras normas europeas. Sin embargo, la ley francesa no fue trasplantada o recibida, sino que fue transformada atendiendo los contextos de aplicación local y el desarrollo doctrinal de los Congresos Internacionales de Casas Baratas a los que aludimos antes (Castrillo, 2003, pp. 27-35). A su vez, la ley española inspiró desarrollos jurídicos en Latinoamérica, como el caso chileno (Hidalgo, 2000), país que, a su vez, reconstruyó las fuentes de cara a los debates y las necesidades locales y, de nuevo, pone a circular el resultado final en otros lugares.

En conclusión, España se convirtió en un puerto de ideas y normas sociales, a las que tuvieron acceso los juristas españoles por las dos vías antes señaladas: la directa y la indirecta. Así, ante el tránsito de juristas por toda Europa, los libros que iban y venían gracias al incremento del servicio postal, las traducciones que se hacían de los libros que se incorporaban luego a los flujos comerciales atlánticos, la abultada correspondencia entre colegas, las noticias de los periódicos –fuente de la *opinión pública*– de lo acaecido en otros países, etc., hacen que sea imposible pensar en una red de circulación con pocos puertos, máxime que en la relación entre dos puntos se cruzaban líneas provenientes de otros lugares, ni mucho menos creer que estamos

---

<sup>29</sup> Los “anfíbios culturales” son agentes sociales que saben moverse, con gran eficacia, en diferentes mundos, sirviendo de puente entre ellos. Hacemos, pues, alusión a la metáfora desarrollada por Mockus (1994, pp. 37-48). Aunque con una corrección de sentido, dado que, para Mockus, los *anfíbios culturales* son aquellos que pueden desenvolverse en diferentes medios sin perder su “integridad intelectual y moral” (p. 38), siento este último aspecto algo problemático al momento de estudiar biografías concretas [una crítica al concepto de Mockus, justo por este determinismo moral, se encuentra en Ramírez (1999, pp. 63-65)]. En fin, el concepto de *anfíbio cultural*, aplicado a quien «asimila varias y diferentes culturas e identidades que rebasan, por la divergencia de sus intereses, la posibilidad de una solución integral» (Ramírez, 1999, p. 65), no solo permite identificar el quehacer de los juristas socialistas hispanos e latinoamericanos, sino también deja en claro la heterogeneidad y las tensiones en la circulación de las instituciones jurídicas atlánticas, pues en cada recepción había que conciliar lo “extranjero” con sistemas culturales y normativos “locales”.

ante una recepción pasiva, un trasplante o una importación, sino una circulación, profundamente veloz y en múltiples direcciones, de ideas y normas, que se convierten en agentes globales que interactúan en contextos locales.

## 5. ESTADOS UNIDOS

Siendo muy generales, a principios del siglo XX, en Estados Unidos existió una disputa de fondo entre juristas defensores de la visión individualista y liberal de la Constitución (que podríamos llamar como *originalistas*) y los juristas *progresistas* que recibían –y reconstruían– encantados las ideas de un derecho social de Europa. Paradójicamente, los primeros fueron denominados conservadores (a pesar de ser liberales económicos) y los segundos liberales, antiformalistas o socialistas. Esta disputa se volvía cada vez más intensa dado el carácter ultraconservador de la Corte Suprema de dicho país, que solía liquidar las iniciativas de legislación social, tanto federales como estatales, al considerar que dicha normativa social atentaba contra el espíritu originario de la Constitución: el respeto más absoluto por la propiedad privada y la libertad contractual<sup>30</sup>. Así, mientras los conservadores elogiaban dicha línea jurisprudencial, los antiformalistas progresistas reclamaban un cambio de punto de mira por parte de la Corte, pues con el individualismo, decían ellos, se estaba defendiendo la injusticia, de un lado, y se echaba leña al fuego que podría dar lugar a un colapso social sin precedentes, del otro. Valga señalar que este debate, que no solo se dio en los ámbitos académicos, logró su máximo tope cuando la Corte Suprema declaró inconstitucional varias partes del paquete de medidas denominadas como el *New Deal* de Roosevelt, con el que pretendía enfrentar el gran colapso económico de 1929, que obligó al Senado y al presidente, Franklin D. Roosevelt [1882- 1945], al famoso *Court Packing Plan* [1937]<sup>31</sup>, que consistió en amenazar con nombrar jueces adicionales, aprovechando un vacío constitucional, para lograr la mayoría necesaria para

---

<sup>30</sup> Un buen resumen de este problemático asunto, hecho por mano anónima, se expone en “Freedom of Contract under the Constitution” (1915, pp. 496-499).

<sup>31</sup> Aunque no podamos hacer énfasis en ello, la tradición liberal económica de la Corte Suprema de Estados Unidos impidió, como ya se dijo, la implementación de políticas sociales necesarias en el momento, como el *New Deal* del presidente Roosevelt (periodo 1933-1945), con el que pretendía enfrentarse a la gran crisis económica de 1929. Ante el rechazo de la Corte hacia las medidas adoptadas por dicho presidente, ampliamente inspiradas en J. M. Keynes [1883-1946], aparece el famoso *Court Packing Plan*, mediante el cual se pretendía incrementar el número de miembros de la Corte, para permitir la llegada adicional de juristas más liberales (esto es, en terminología de la época, defensores de medidas sociales y del *Welfare State*), con el fin de que fuesen mayoría ante los conservadores. Con esta medida, conocida como la Revolución de 1937, Estados Unidos empezó a cambiar su enfoque constitucional ultraindividualista, y permitió, de un lado, la entrada de ideas socialistas y, del otro, fortaleció –aún más– el poder de la Federación ante los estados miembros. Lo interesante es ver cómo, en momentos de la Revolución de 1937, se usaron los argumentos de Pound y demás colegas para justificar el golpe a la Corte conservadora. Cfr. Macgregor (2009, Caps. 8-9 y Shesol (2010).

aprobar las reformas sociales requeridas en ese momento según el criterio del gobierno, amenaza que nunca se llevó a efecto pero permitió la aplicación parcial del *New Deal*.

Pero lo anterior no nos dice mayor cosa si no lo articulamos con las redes académicas de dicho país. A finales del siglo XIX brillaba la primera ola del realismo judicial americano, como la tradición iusfilosófica suele denominarla, conformada en su mayoría por jueces federales que consideraban que el núcleo del derecho estaba centrado en su particular forma de concebir el *Common Law* estadounidense. Esta primera ola tuvo uno que otro ribete exagerado que llegó a confundir el derecho con el precedente de los jueces, e incluso, que el derecho era producto del estado (anímico, social, económico, cultural, político, etc.) del juez. Pero en términos generales, las vertientes más numerosas, que eran a su vez moderadas (Jiménez, 2010, pp. 1471-1477), concebían que el derecho no se reducía a la actividad de los jueces y que si bien el contexto del juez era importante para sus decisiones, no era el único criterio para tener en cuenta sobre cómo un juez fallaba de tal o cual manera. Lo que sí era más claro en esta primera ola era un aire optimista con que se describía la forma en que operada el derecho estadounidense.

A esta primera ola le siguió una más academicista, a la que podríamos denominar *Jurisprudencia sociológica*, centrada ya no en jueces federales sino en profesores e investigadores universitarios que intentaban emular, en cierta medida, el rol institucional de y el derecho propuesto por los profesores universitarios alemanes y franceses. Esta nueva ola enfatizó sus estudios en cómo los jueces administraban justicia, pero esta vez con un tono cada vez más crítico contra el enemigo formalista local: el *Classical Legal Thought* (Kennedy, 1980, pp. 3-24). Justo en esta segunda ola es en la que podemos ubicar la recepción creativa de las ideas del derecho social europeo en Estados Unidos. En esta ola o generación, que por su interés por lo social dará lugar a la sociología del derecho<sup>32</sup>, encontramos a Wigmore [1863-1943]<sup>33</sup>, Kocourek [1875-1952] y Pound, por citar algunos casos relevantes. De este último ya hemos hablado antes en este escrito (en especial como una parte clave en la recepción del derecho comparado, lo que lo puso en contacto con Lambert (Petit, 2000, pp. 503-554), y por su tesis del *derecho vivo*, que mostraba la influencia que en él ejerció la sociología del derecho europea), pero valga recordar que Pound logró un reconocimiento temprano (en 1906) por sus críticas constantes al conservadurismo de la Corte Suprema, que se manifestó con su decisión del caso *Lochner* (1905)<sup>34</sup>, mediante el cual

---

<sup>32</sup> Generalizando, se podría decir que la *jurisprudencia sociológica* estadounidense dio lugar a la sociología jurídica, mientras que en Europa la sociología dio lugar al socialismo jurídico y a la sociología del derecho. No podremos ahondar en las relaciones fuertísimas entre la sociología general, la sociología del derecho y el socialismo jurídico, que igualmente fueron globales y locales, pero recomendamos: Deflem (2008, pp. 97-116, García (2006, pp. 343-382, Rabban (2015, pp. 1-15 y Pocar (1974-1975, pp. 145-154).

<sup>33</sup> Sobre la relación de este autor con la cultura jurídica europea de su momento: Petit (2019, pp. 1-14).

<sup>34</sup> Críticas de Pound que le merecieron la admiración de Wigmore (1936, pp. 176-178).

dicho tribunal dejó sin efectos una ley neoyorquina que fijó la jornada laboral de los panaderos por considerar que así se atentaba contra el derecho de propiedad y la libertad contractual, consideradas como derechos absolutos en la Constitución.

Al igual que en otros países, en Estados Unidos los antiformalistas estaban al tanto de los movimientos europeos a favor de las ideas sociales en el derecho, gracias al desarrollo de su servicio postal nacional<sup>35</sup> articulado con los aportes que le generó la Unión Postal Universal<sup>36</sup>. Ya hay abundante literatura que muestra cómo Wigmore, Pound y Llewellyn [1893-1962], por dar tres ejemplos, no solo eran receptores asiduos de lo que se producía al efecto en Europa (por ejemplo, Petit, 2000, pp. 503-554; Petit, 2001a, pp. 53-98; Petit, 2007, pp. 801-900 y Petit, 2019, pp. 1-14), sino también que por correspondencia (la vía indirecta a la que antes aludimos) reafirmaron sus ideas a la que vez que aportaron otras a los juristas franceses, italianos, alemanes, etc. Todo esto explica cómo los textos de estos juristas progresistas y sus centros académicos estadounidenses fuesen focos de promoción de autores europeos (en especial por medio de traducciones y congresos) como Duguit, Gierke, Kohler, Hauriou [1856-1929], Ehrlich, Cammeo [1872-1939] y Kantorowicz, por mencionar unos pocos casos.

Otro ejemplo de esta circulación de ideas sociales, que a su vez pone en evidencia la importancia de los discursos locales ante dichas ideas globales, está en el efecto histórico diferenciado que se provocó a ambos lados del Atlántico con la obra de Lambert *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos* [1921, en español (Lambert, 2010)]. Este libro, sintetizando, expuso los peligros que implicaría para el derecho social francés, eminentemente legislativo, la recepción de instituciones jurídicas estadounidenses como su derecho judicial y el *judicial review*, llamando la atención de los riesgos de un gobierno de los jueces, mucho antes de la famosa tesis de la tiranía judicial de Schmitt en contra de los tribunales constitucionales kelsenianos. Este libro fue interpretado por la mayoría de los juristas estadounidenses como un análisis crítico contra el papel conservador y, por tanto, antisocial de su Suprema Corte, mientras que en Europa continental fue interpretado como una denuncia de los peligros de la

---

<sup>35</sup> Que por su importancia no estuvo exento de debates en aquel entonces sobre cómo mejorar su eficacia: Loud (1904, pp. 222-234).

<sup>36</sup> Importancia resaltada por Huebner (1906, pp. 126-174). Aquí se puede leer: “The results of these conventions are not generally appreciated because people do not realize the unsatisfactory conditions of the foreign service prior to 1863. Now, postage rates are low and uniform to any country from any point in the United States, and the mails are safe, speedy and run on regular schedules” (p. 165). De forma similar: “In you sent a letter in those days, or any time before the year 1863, you had to pay for distance. It cost twenty-five cents, and then later ten cents to send a letter to San Francisco. In 1863 the rate was fixed at three cents for any distance whatever. In 1883 the postage was reduced to two cents. Now you can send by mail a pound of candy or a jack-in-the-box, but before 1860 you could only send something either written or printed” Stiles (1899, p. 330).

recepción de ciertas instituciones estadounidenses y de la intromisión del poder judicial en los asuntos propios del legislador.

## 6. LATINOAMÉRICA

Si se nos permite generalizar, la vía indirecta de formación fue la más determinante. La literatura europea, leída en sus fuentes originales o por medio de las traducciones hechas en Francia y España, fue importantísima para la recepción y la reconstrucción de las ideas sociales en el derecho latinoamericano en las primeras décadas del siglo XX, aspecto del que ya hemos dado cuenta en varios apartados anteriores. Es de destacar que, entre las obras leídas directamente, prevalecía la literatura socialista francesa, lo cual es más que entendible, dada la facilidad de acceso al francés, en tanto era segunda lengua para la mayoría de las clases *cultas* en aquel entonces [a fin de cuentas, la abogacía, en aquellos años, era una profesión del poder (Botero, 2011, pp. 161-216)].

Entonces, como la literatura socialista que llegaba de Europa hablaba de un enemigo terrible, el capitalismo egoísta que se travestía de formalismo jurídico (exegético en el caso francés), los juristas progresistas latinoamericanos se identificaron rápidamente como antiformalistas, pero al momento de identificar al enemigo se encontraron con apuros, pues el temido capitalismo apenas se vislumbraba en algunas regiones latinoamericanas y la codificación civil, si bien no era nueva en teoría, apenas empezaba su práctica eficaz y no era comparable plenamente con lo que pasaba en Francia frente a su Código de 1804. Por ejemplo, el Código Civil chileno (que fue el adoptado y reconstruido en Colombia) no era, por más que algunos profesores anacrónicos lo hayan querido ver así, copia del Código napoleónico, que era más agrario que urbano, más individualista que solidario y más laico que escolástico (Botero, 2018, pp. 155-173).

Generalizando, y de forma similar a España, el enemigo local pasó a ser la visión tradicional del derecho, auspiciada por una visión muy conservadora católica (acorde con el *Primer Concilio Vaticano* de 1869). Por demás, la Iglesia latinoamericana en ese momento se encontraba dividida entre un sector conservador, dominante, y uno progresista, desde los criterios de la época (Andes & Young, 2016, pp. xx-xxi). Estos últimos, agrupados en diferentes movimientos, como la Acción Social Católica, círculos obreros y sindicatos, y para el caso colombiano (Roldán, 2016, pp. 245-274), varias veces bajo tutelaje jesuita, reivindicaban continuamente la encíclica *Rerum Novarum* y la *Doctrina social* como señales determinantes de que la Iglesia debía cambiar su sentido y su discurso, buscar su renovación y repensar su puesto en una sociedad que cambiaba a ritmos impensados para una teología que seguía viendo en la rutina medieval como los

tiempos de Dios (los tiempos ideales de la sociedad cristiana patrística)<sup>37</sup>; sin embargo, esta ala progresista tenía la dificultad de superar los embates de la jerarquía conservadora, profundamente anticomunista, de un lado, y de dotar de sentido a la encíclica en un contexto local, tan diferente al europeo en lo que se refiere al capitalismo y a las relaciones de trabajo existentes, del otro<sup>38</sup>. A pesar de estas dificultades lograron crear circuitos eficaces de asistencia social, como sucedió en Colombia (Castro, 2007, pp. 157-188), e influir en movimientos académicos y políticos que con el tiempo promocionaron el derecho social en la región.

Empero, este segundo sector, moderado si se quiere (a pesar de su fiereza contra el marxismo), fue visto con sospecha al considerarlo como una concesión indebida al comunismo desde los púlpitos de las parroquias rurales y barriales, desde la catequesis de varios obispos reaccionarios y desde las editoriales de varios periódicos conservadores (para el caso colombiano, ver Figueroa, 2005, pp. 103-130 y 2016, pp. 237-259). Esta división en la Iglesia latinoamericana de la época pone en evidencia que la doctrina papal global no siempre fue acatada en lo local (Edwards, 2016, pp. 6-7 y 13-20). Por todo esto, varios socialistas jurídicos latinoamericanos, tocados e influidos por el discurso global de la *Doctrina social de la Iglesia*, pero viendo la ambivalencia del clero local ante la *cuestión social*, prefirieron acercarse a movimientos anticlericales, los más radicales, o a posturas políticas que si bien eran creyentes, consideraban como necesario para la región la separación entre Iglesia y Estado, los más sobrios.

Hay que agregar, además, que estos juristas sociales distaban mucho de la claridad conceptual propia de los movimientos académicos antiformalistas alemán, francés e italiano, en la medida que en Latinoamérica se impone y funciona el mestizaje, a la vez que el enemigo interno variaba significativamente del de los formalistas europeos.

Por ejemplo, en el caso colombiano, era relativamente común que los estudiantes y los profesores estudiaran el Código Civil de Andrés Bello, que si bien era de mediados del siglo XIX, apenas a inicios del XX empezó su reinado efectivo en el derecho, justo cuando aparecían los primeros movimientos asociados a la *Doctrina social* y cuando predominaba la recepción del krausismo (Orden, 1999, pp. 139-179) y de la literatura antiexégeta francesa y la socialista europea; es decir, si bien el Código fue elaborado en otro contexto, su aplicación fuerte apenas inició cuando el ambiente había cambiado por completo, lo que trajo no pocos conflictos jurídicos y extranormativos (Botero, 2018). Entonces, a inicios del siglo XX, los profesores, especialmente

---

<sup>37</sup> Por ejemplo, para México: Ceballos (1991). Perú: Cubas (2017, pp. 21-43). Chile: Valdivieso (1999, pp. 553-573). Argentina: Asquini (2016, pp. 15-42). Finalmente, Alonso (1991, pp. 903-913).

<sup>38</sup> Estas dos dificultades las exponen, para el caso brasileño (donde las relaciones de trabajo pasaban más por el tema agrario y esclavista que por el urbano e industrial), Borges (2016, pp. 35-36 y 44-49) y Fonseca (2002, 130-135).

los del Partido Liberal y que hacían parte de la generación de los “expertos”<sup>39</sup>, partido más cercano al socialismo político –sin confundirse con él (Flórez, 2010, pp. 167-191)– y que recibió las lecciones que circulaban del socialismo jurídico, solían iniciar sus clases y conferencias criticando la exégesis y el formalismo en el derecho (representados, según los liberales-socialistas, en los juristas conservadores de la generación anterior, conocida como la de los “gramáticos”<sup>40</sup>), pues de ellos (de la exégesis y el formalismo) se tenían noticias terribles por los manuales civilísticos europeos, especialmente franceses; y luego de las críticas iniciales, dichos profesores perfectamente podían pasar a explicar las instituciones jurídicas del Código Civil de Bello, con las reformas que a lo largo del tiempo se le impusieron, muy apegados al texto de la ley. Así, se podía ser de alguna manera, exégeta criticando el odiado formalismo, y un tradicionalista aparentando ser un jurista a la moda de los tiempos. Dicho de otro modo:

en las obras civilísticas y en las clases de derecho civil de las primeras décadas del siglo XX colombiano, se podía ser formalista y legicentrista mientras se criticaba de palabra la EXÉGESIS, ya maldita en Francia en ese entonces, para luego aplicar su método exegético, dando eso sí algún lugar a los *principios generales* y al derecho natural, citando en la misma página a uno que otro jurista francés y alemán, todo al momento de interpretar y enseñar tal o cual artículo del código civil. Se podía ser legicentrista (exégeta de obra) criticando la exégesis francesa ya mandada a recoger en los círculos académicos europeos (Botero, 2018, p. 172).

Habrá que esperar una nueva generación de socialistas (que militaban en la izquierda del Partido Liberal), en su mayoría juristas, para ver los efectos de la circulación de las ideas del socialismo jurídico en este país, aplicadas para comprender y auspiciar diferentes movimientos agrarios y obreros en las primeras décadas del siglo XX (Morales, 1987, pp. 17-27), Partido Liberal que fue el que auspició, una vez retoma el poder [entre 1930-1946], varias reformas al sistema jurídico en temas sindicales, laborales, de asistencia social, de pensiones, etc. (Muñoz, 2010). Entre dichas reformas se destacan la constitucional de 1936 [que introdujo elementos socialistas a una

---

<sup>39</sup> “En síntesis, este tipo de intelectuales (que han sido de mayor aliento, pues hoy en día sus rastros aún se encuentran en buena parte del quehacer académico contemporáneo) no se acercaron a los partidos como su estructura de actividad política; más bien su ejercicio público se gestó en torno al dominio reconocido socialmente del saber jurídico, que en el caso de Fernando Vélez constituía el prestigio profesional. Fueron influyentes en el Estado, pero más por su saber-poder adquirido. Además, fueron, en cierta medida, precursores del tecnócrata contemporáneo y del intelectual-consultor” (Botero, 2011, p. 186).

<sup>40</sup> “[E]stos hombres, como ya se elijo, giraron en torno a un saber legitimador que, si bien se heredó de procesos anteriores, lo radicalizan en sus dimensiones públicas. Se trata del estudio de la gramática (en su sentido más estricto), en la literatura (especialmente, en los géneros de la poesía y los cuadros de costumbres, así como de las causas célebres en el campo jurídico), en el periodismo (donde lo literario y la opinión partidista se daban cita, sin mediar ruptura entre ellos), en los estudios de lenguas clásicas (especialmente, en filología latina) y en la retórica antigua (siguiendo la terminología de Perelman)” (Botero, 2011, p. 177).

constitución tradicional conservadora como lo era la de 1886 (Tirado y Velásquez, 1982)] y la Ley 200 del mismo año [que instaura, entre otras cosas, los jueces agrarios especializados, experiencia que es replicada en otros países (Morales, 1987, p. 22)], ley promovida especialmente por la dupla de juristas y políticos liberales Darío Echandía [1897-1989] y Carlos Lleras Restrepo [1908-1994]<sup>41</sup>. Estas reformas introdujeron la solidaridad y la función social (artículo 10, Acto Legislativo n.º 1 de 1936) en el concepto normativo de propiedad privada, siguiendo así no solo los moldes europeos, sino también el del constitucionalismo mexicano de 1917 (Arboleda, 2008, pp. 97-121 y Mercado, 2013). Pero como dato anecdótico de la particularidad local de las ideas globales, estas reformas sociales a la propiedad privada se vendieron, con éxito, no como una crítica al capitalismo (que apenas existía en Colombia), sino como una forma de potencializarlo [ver las notas de prensa presentes en Arboleda (2008, p. 118)].

Y esto nos lleva al caso latinoamericano de circulación de ideas sociales más estudiado de todos, el mexicano, pues con ocasión de su Revolución [1910-1917] se impuso una Constitución, la de Querétaro en 1917, que fue la primera en instaurar a ese nivel (el constitucional) ideas sociales en el derecho y en el Estado (Martínez, 2017, pp. 300-336 y Zuluaga, 2019, p. 471), aunque con una relativa ineficacia material de sus disposiciones durante sus primeras décadas<sup>42</sup>. Influencia socialista que llegó hasta el Código Civil de 1928 (Narváez, 2004, pp. 201-226) y la configuración del derecho y la justicia laboral (Morales, 2019, pp. 257-277). El origen de estas ideas socialistas en el derecho mexicano se debe a una confluencia de muchas fuentes, como ya lo hemos retratado para otras latitudes: algunas políticas (en especial del ideario de cierto sector de la Revolución victoriosa e incluso del socialanarquismo magonista<sup>43</sup>), otras religiosas<sup>44</sup> y otras jurídicas (como el socialismo jurídico europeo, recreado según los contextos locales).

---

<sup>41</sup> Quienes se aliaron para incentivar las reformas sociales, aunque tuvieron discrepancias técnicas en cuanto la forma de hacerlas (Vallejo, 2000, p. 51).

<sup>42</sup> Cosa normal en Latinoamérica hasta el día de hoy: García (2009, pp. 307-335).

<sup>43</sup> Por el liberal y luego socio-anarquista Ricardo Flores Magón [1873-1922], gran defensor de medidas sociales a favor de los pobres y los obreros. Flores Magón, a su vez, es otro punto en la urdimbre atlántica, al reconstruir el socialismo y el anarquismo europeo. Sobre la influencia del magonismo en la Constitución de 1917: Morales (2016, pp. 113-129).

<sup>44</sup> Si bien la Revolución mexicana fue anticlerical y la Constitución de 1917 fue considerada como bolchevique por la Iglesia vaticana (Blancarte, 2016, pp. 335-364), no podemos perder de vista la importancia cultural del guadalupismo y el trabajo político de movimientos religiosos, como la Acción Católica, la Unión Católica Obrera y la Juventud Obrera Católica, entre otros, que usaban la Doctrina social como arma discursiva en aquellos días (Escontrilla, 2009, pp. 139-159); incluso, el nuevo Estado social mexicano no podía soportar la fortaleza de esos movimientos socio-católicos, pues los veía como una indebida competencia (Camp, 1998, p. 46). Aun así, muchos afirman la presencia de la *Doctrina social* en la Constitución de 1917, en especial en el artículo 123 sobre el trabajo subordinado y asalariado: Adame (1983, pp. 423-448), Ceballos (1987, pp. 165-166) y Morales (2019, pp. 257-277).

Centrándonos en esta última, los constituyentes que propiciaron dicha Constitución recibieron una fuerte influencia del socialismo europeo, especialmente en su vertiente francesa, y en buena medida por las traducciones españolas de las que ya hemos hablado, sumado al intercambio epistolar. Pero, no perdamos de vista, la Constitución de 1917 no fue un punto de llegada, sino que logró ser un foco de irradiación mundial del constitucionalismo social, pues fue ampliamente difundido, en el resto de los países latinoamericanos y en la Europa de Entreguerras, como un éxito americano de las ideas socialistas que debía ser emulado: un ir y un venir.

## CONCLUSIONES

En Alemania, gracias a la cantera propiciada por el marxismo y el ala social de las escuelas iusfilosóficas antiformalistas, se propuso una concepción más social del derecho y del Estado y la expedición de una legislación social, todo lo cual posibilitó reformas socioeconómicas en aquel momento, como las realizadas bajo el gobierno de Otto von Bismarck [1815-1898, período 1871-1990]. En Francia se hizo algo similar por medio de los movimientos antiformalistas que tenían entre ojos, como enemigo, a la moribunda exégesis y que aprovecharon al máximo los renovadores aires que ofrecía el derecho comparado para reconstruir internamente y para exportar su socialismo jurídico. En Italia, las preocupaciones por la reunificación, sumado a un continuo comparativismo, lograron propiciar un socialismo jurídico muy productivo y con gran incidencia en España. En este último país, el derecho social fue recibido y reconstruido, de cara al enfrentamiento con el tradicionalismo católico, logrando, además, tender un puente entre el socialismo jurídico europeo con el latinoamericano. En Estados Unidos, la segunda ola del Realismo estadounidense se enfrentó a los jueces conservadores (quienes defendían el liberalismo individualista de la Constitución de 1787), y propuso una renovación ideológica del derecho más socialista (pero no por ello comunista), siempre en una asidua comunicación con los centros y los autores europeos. Y podríamos seguir la lista de países, incluyendo los latinoamericanos, donde movimientos político-jurídicos, que se catalogaron como liberales y socialistas, pregonaron, algunos con más éxito que otros, la necesidad de una legislación social, enfrentándose así a fuerzas locales enemigas, catalogadas como conservadoras y formalistas<sup>45</sup>.

Incluso, este vuelco a lo social no solo se vio en el derecho, sino en la religión y la cultura misma: la Iglesia respondió globalmente a ese llamado con su Doctrina social, en especial –pero no únicamente– con la encíclica *Rerum Novarum* (1891) de León XIII, y el arte (en todos los niveles) se empeñó en mostrar las deficiencias del modelo liberal económico. Sobre esto último,

---

<sup>45</sup> Llama la atención la ausencia de un criterio unificador de qué es liberal y de qué es conservador a nivel global, puesto que ser lo uno o lo otro dependía más de las coyunturas locales. Justo por esta falta de un criterio objetivo-global es por lo que se hace difícil definir con claridad, más allá de lo local, como “conservador” o no a un movimiento o individuo (Botero, 2008, pp. 595-613).

pensemos, para seguir solo dos líneas, en la literatura con *Tiempos difíciles* [Ch. Dickens, 1854], por dar un ejemplo entre muchos posibles, y el cine de la primera mitad del siglo XX, con filmes como *Metrópolis* [F. Lang, 1927] y *Tiempos modernos* [Ch. Chaplin, 1936], por señalar dos cintas relevantes<sup>46</sup>.

Pero este movimiento global que en el derecho se tornó como la defensa del “derecho social” solo se comprendería si se observan esos movimientos iusfilosóficos como agentes en comunicación constante entre ellos, de un lado, y con la cultura que los rodea, del otro.

Agregamos que estos movimientos glociales del socialismo jurídico lograron también avanzar las ciencias sociales en tanto desarrollaron una protosociología que, a pesar de sus contradicciones internas desde el saber sociológico posterior y lo rudimentario de sus instrumentos de lectura del entorno, aportó enseñanzas importantes para aquellos que observan el derecho como un instrumento de transformación social y para quienes reclaman una mayor democratización de los códigos (Narváez, 2005).

Pero mal se sería creer que este movimiento social en el derecho fue en una sola vía (un grupo que emite y otro que recibe) y eminentemente un discurso transnacional (en el que lo local es casi que irrelevante). Frente a lo primero, porque la correspondencia y los textos publicados (en su idioma original o en traducciones), que iban y venían gracias al lucrativo comercio de libros y al reciente sistema moderno de correo internacional, las ideas de los sistemas emisores de una idea o norma social se reformaban o ajustaban según las experiencias en los sistemas receptores más periféricos, de manera tal que no es posible creer que se estuvo ante un sistema básico de comunicación (emisor, código y receptos), sino ante una complejísima urdimbre en la que las ideas, que en cada pasada se modificaban, iban y venían sin parar, por cientos de caminos que es difícil retratar, pero no por ello se puede ignorar. Dicho con otras palabras, para el académico siempre será más fácil indagar por la recepción de unas pocas ideas sociales en un sistema o autor concreto, pero esto puede hacerle perder de vista al lector la complejidad del fenómeno, pues la realidad de esa circulación de ideas fue mucho más compleja de lo que cualquier retrato o texto pretenda hacer.

Frente a lo segundo, porque la recepción y la reconstrucción de las ideas sociales del derecho se hacía de cara a las necesidades locales y en confrontación con teorías propias, que también estaban insertas en el comercio atlántico de ideas, normas y textos. Así, mientras en Alemania el formalismo enemigo era la *Jurisprudencia de conceptos*, en Francia era la *Exégesis*, en Estados Unidos el *Classical Legal Thought* y en Latinoamérica la política conservadora y clerical. Esto ratifica que, si bien es posible retratar la comunicación atlántica de ideas y normas sociales como un elemento

---

<sup>46</sup> Ejemplos que, por demás, ponen en evidencia lo fructífero que sería para la historia de la iusfilosofía, el estudio de la literatura y el cine.

común o globalizado, al momento de poner a operar esas ideas y normas en un contexto específico, lo local entra en juego, dando diferencias sustanciales en procesos que parecían comunes.

Vale la pena resaltar el alto espíritu cooperativo y colaborativo, muy propio de un derecho social que constituye la solidaridad como su baluarte, de los autores y los movimientos estudiados. Esa comunidad de ideas y normas se logró gracias a muchos factores, uno de ellos con la consolidación de un sistema internacional de correo, sumado a las facilidades para la comunicación y el comercio de libros gracias a los adelantos tecnológicos en el transporte, etc., pero nada de eso habría sido importante si no hubiera existido entre los socialistas jurídicos de las regiones aquí expuestas ese espíritu de apertura al otro, lo que aumentó la velocidad y la cantidad de información que circuló en la urdimbre. Qué falta hace hoy día ese espíritu de comunión en la labor académica.

En conclusión, mirar solo la circulación atlántica no permitiría una comprensión general del fenómeno, como tampoco lo permitiría una mirada solo nacional. Así las cosas, la historia de la filosofía del derecho requiere tener puesto los ojos tanto en lo transnacional como en lo nacional, aunque así se corra el riesgo de aquello que dice la canción de Silvio Rodríguez “Fábula de los tres hermanos” (del álbum *Rajo de nube* de 1980): “ojos puesto en todo ya ni saben lo que ven”.

## REFERENCIAS

- Adame, J. (1983). Influjo de la Doctrina Social Católica en el artículo 123 Constitucional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XVI(47), 423-448.
- Aguilar y García, A. (1912). *La crisis de la justicia*. Madrid: Centro Editorial de Góngora.
- Alonso, O. (1991). La repercusión de la “Rerum Novarum” en México, Chile y Argentina. *Verbo*, (297-298), 903-913.
- Andes, S. & Young, J. (2016) Introduction. Toward a New History of Catholic Activism in Latin America. In S. Andes & J. Young (Eds.), *Local Church, Global Church* (pp. xi-xxix). Washington: The Catholic University of America Press.
- Arboleda, P. (2008). La concepción de la propiedad privada contenida en la ley de tierras de 1936. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38(108), 97-121.
- Arnaud, A. & Arnaud, N. (1974-1975). Le socialisme juridique à la ‘belle époque’: visages d’une aberration. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 25-54.
- Ascandoni, J. (1983). *La Unión Postal Universal (U.P.U.)*. (Tesis doctoral en Derecho). Universidad Complutense de Madrid.
- Asquini, S. (2016). Los Círculos de Obreros y la cuestión social en la ciudad de Buenos Aires. Una mirada a través de la polémica católico-socialista de 1895. *Itinerantes. Revista de Historia y Religión*, (6), 15-42.

- Behr, T. (2019). The Nineteenth-Century Historical and Intellectual Context of Catholic Social Teaching. In G. Bradley & C. Brugger (Eds.), *Catholic Social Teaching: A Volume of Scholarly Essays* (pp. 34-65). Cambridge: Cambridge University Press.
- Bernuz, M. (2006). *François Gény y el derecho: la lucha contra el método exegético*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Berríos, F. (2009). La problemática moderna del trabajo como signo de los tiempos (1). *Teología y Vida, L*, 549-563.
- Blackbourn, D. (2003). *History of Germany, 1780-1918. The Long Nineteenth Century* (2a ed.). Oxford: Blackwell.
- Blancarte, R. (2016). "La cuestión religiosa y la Constitución de 1917". En *México y la Constitución de 1917. Contexto histórico* (pp. 335-364). México: Senado de la República y otros.
- Borges, D. (2016). Catholic Vanguard in Brazil. In S. Andes & J. Young (Eds.), *Local Church, Global Church* (pp. 21-49). Washington: The Catholic University of America Press.
- Botero, A. (2008). La pluralidad de significados del conservatismo: ¿desde dónde hablamos? En E. Domínguez (Ed.), *Historia de las ideologías políticas: proyecto Ágora* (pp. 595-613). Medellín: Canal U y Universidad EAFIT.
- Botero, A. (2018). El código civil de Andrés Bello y el movimiento exegético en Colombia. *Comparative Law Review*, 9(1), 155-173.
- Botero, A. (2011). Saberes y poderes: los grupos intelectuales en Colombia. *Pensamiento Jurídico*, 30, 161-216.
- Camp, R. A. (1998). *Cruce de espadas: política y religión en México*. México: Siglo XXI.
- Caroni, P. (1974-1975). Anton Menger ed il codice civile svizzero del 1907. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 273-318.
- Cassese, S. (1974-1975). Socialismo giuridico e «diritto operaio». La critica di Sergio Panunzio al socialismo giuridico. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 495-505.
- Castrillo, M. (2003). *Influencias europeas sobre la "Ley de Casas Baratas" de 1911: el referente de la "Loi des habitations à bon marché" de 1894*. Madrid: Instituto Juan de Herrera.
- Castro, B. (2007). Los inicios de la asistencia social en Colombia. *Revista CS*, 1, 157-188.
- Ceballos, M. (1991). *El catolicismo social: un tercero en discordia. Rerum Novarum, la "cuestión social" y la movilización de los católicos mexicanos (1891-1911)*. México: Colegio de México.
- Ceballos, M. (1987). *Rerum Novarum en México: cuarenta años entre la conciliación y la intransigencia (1891-1931)*. *Revista Mexicana de Sociología*, 49(3), 151-170.

- Cimbali, E. (1885). *La nuova fase del diritto civile: nei rapporti economici e sociali: con proposte di riforma della legislazione civile vigente*. Torino: Unione Tipografico-Editrice.
- Costa, P. (1974-1975). Il 'solidarismo giuridico' di Giuseppe Salvioli. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 457-494.
- Crespi, G. (1974-1975). Socialismo e diritto civile nell'esperienza sovietica. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 2, 845-867.
- Cubas, R. (2017). La *Rerum Novarum* y su influencia en el catolicismo social peruano: La experiencia de los Círculos de Obreros Católicos (1891-1931). *Revista de Historia y Geografía*, 36, 21-43.
- Deflem, M. (2008). *Sociology of law. Visions of a Scholarly Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dilcher, G. (1974-1975). Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein «Juristensozialismus» Otto V. Gierkes? *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 319-365.
- Duguit, L. (1908). *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état. Conférences faites à l'Ecole des Hautes études sociales*. París: Félix Alean.
- Edwards, L. (2016). Messages Sent, Messages Received? The Papacy and the Latin American Church at the Turn of the Twentieth Century. In S. Andes & J. Young (Eds.), *Local Church, Global Church* (pp. 3-20). Washington: The Catholic University of America Press.
- Ehrlich, E. (1936). *Fundamental principles of the sociology of law*. Trad. Walter L. Moll, prólogo de Roscoe Pound. Cambridge: Harvard University Press.
- Escontrilla, H. (2009). El catolicismo social en la Iglesia mexicana. *Política y Cultura*, 31, pp. 139-159.
- Fernández, R. (1900a). *La cuestión social y el derecho civil*. Madrid: Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández.
- Fernández, R. (1900b). La cuestión social y el derecho civil (I). *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 48(97), 365-388.
- Fernández, R. (1901a). La cuestión social y el derecho civil (II). *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 49(98), 361-382.
- Fernández, R. (1901b). La cuestión social y el derecho civil (III). *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 49(99), 78-119.
- Figuroa, H. (2005). Intransigencia Católica en Colombia durante los años treinta. *Revista de Ciencias Sociales y Religión Asociación de Cientistas Sociales de la Religión de Mercosur*, 7, 103-130.
- Figuroa, H. (2006). Monseñor Miguel Ángel Builes, un político intransigente y escatológico (1925-1950). *Anuario de Historia Regional y de las Fronteras*, XXI(1), 237-259.
- Fiorivanti, M. (1995). *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*. Torino: G. Giappichelli Editore.

- Fiorentini, P. (2007). *Enrico Cimbali e la funzione sociale dello Stato moderno. Due manoscritti inediti*. Catania: Maimone.
- Flórez, C. (2010). Identidades políticas del socialismo en Colombia, 1920-1925. *Opinión Jurídica*, 9(17), 167-191.
- Fonseca, R. (2002). *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr.
- Freedom of Contract under the Constitution (1915). *Harvard Law Review*, 28(5), 496-499.
- García Salgado, M. (2011). *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*. Granada: Editorial Comares.
- García, M. (2006). Comparative sociology of law: legal fields, legal scholarships, and social sciences in Europe and the United States. *Law and Social Inquiry*, 31 (2), 343-382.
- García, M. (2009). Incumplimiento, ciudadanía y democracia. En M. García (Dir.), *Normas de papel: la cultura del incumplimiento de reglas* (pp. 307-335). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y DeJusticia.
- Gerratana, V. (1974-1975). Antonio Labriola di fronte al socialismo giuridico. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 55-72.
- Giannini, M. (2017). Considerazioni sullo stato moderno [1954]. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2017, 693-709.
- Gorman, D. (2012). *The Emergence of International Society in the 1920s*. New York: Cambridge University Press.
- Granillo, L. (2003). Un corredor cultural trasatlántico: la prensa y el discurso de ambos mundos. *Debate y Perspectivas*, 3, 147-171.
- Gray, J. (1909). *The nature and sources of the law*. New York: The Columbia University Press.
- Halperin, J. (2003). Exégèse (école). S. Rials & D. Alland (Dirs.). *Dictionnaire de la culture juridique* (pp. 681-685). París: PUF.
- Herrera, C. (2011). Entre équité et socialisme? Le juge et la question sociale dans le débat politico-doktrinal français du début du XXe siècle. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40, tomo 1, 331-366.
- Hespanha, A. (2012). Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos. Andrés Botero (trad.). *Forum*, 3, 13-52.
- Hidalgo, R. (2000). La política de casas baratas. Principios del siglo XX. El caso chileno. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 55, Recuperado de: <http://www.ub.edu/geocrit/sn-55.htm>
- Huebner, F. (1906). Our Postal System. *Records of the Columbia Historical Society*, 9, Washington, 126-174.
- Ihering, R. (1896). *La voluntad en la posesión*. Adolfo Posada (trad.). Madrid: Imprenta Revista Legislación.

- Ihering, R. (1892). *Teoría de la posesión. Fundamento de la protección posesoria*. Adolfo Posada (trad.). Madrid: Imprenta Revista Legislación.
- Ihering, R. (1993). En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía (1884). En G. Ibáñez (Comp.), *La picaresca jurídica universal* (pp. 63-119). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Jamin, C. (2002). Saleilles' and Lambert's Old Dream Revisited. *The American Journal of Comparative Law*, 50(4), 701-718.
- Jiménez, R. (2010). Realismo jurídico americano. En *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones, tomo III, P-Z* (pp. 1471-1477). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Kennedy, D. (1980). Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Thought in America, 1850-1940. In S. Spitzer (Ed.), *Research in Law and Sociology*, vol. 3 (pp. 3-24). Greenwich: JAI Press.
- Lambert, E. (2010). *El gobierno de los jueces (1921), estudio preliminar de Luis Pomed*. Félix de la Fuente (trad.). Madrid: Tecnos.
- Lambert, E. (1903). *La fonction du droit comparé*. París: Giard & Brière.
- Lassalle, F. (1992). *¿Qué es una Constitución? [1862]*. Bogotá: Temis.
- Lekeal, F. (2020). Les juristes français et la naissance du droit social. In O. Cruz & S. Dauchy (Coords.). *Historia del derecho y abogacía: seminario internacional histoire du droit et de la profession d'avocat, séminaire international* (pp. 67-84). México: Universidad Nacional Autónoma de México & Université de Lille, 2020.
- Leyret, H. (1909). *Las sentencias del magistrado Magnaud (2ª ed.)*. Dionisio Diez (trad.). Madrid: Hijos de Reus.
- López, D. (2015). El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 26, 117-159
- López, N. (1985). *Filosofía del derecho*. Granada: Comares.
- Loud, E. (1904). The Postal Service. *The North American Review*, 178(567), 222-234.
- Macgregor, J. (2009). *Packing the Court: The rise of Judicial Power and the coming crisis of the Supreme Court*. New York: The Penguin Press.
- Majo, A. (1974-1975). Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 383-429.
- Manzanero, D. (2019). Los confines entre el derecho y moral: una perspectiva desde la filosofía del derecho krausista. *Las Torres de Lucca*, 8(14), 135-158.
- Martín, A. (1987). La formulación del Derecho del Trabajo en España. En *La legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936* (pp. XLVIII-LXXVII). Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.

- Martín, X. (2015). Le code Napoléon: questions sur la genèse d'un mythe. *Clio@Thémis*, 9, 1-6.
- Martínez, R. (2017). El Estado como problema en el constitucionalismo latinoamericano y la Constitución de Querétaro de 1917. *Argumenta Journal Law*, 27, 300-336.
- Martone, L. (1974-1975). Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886). *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 103-144.
- Marx, K. (2007). *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse), 1857-1858*, t. I (20ª ed.). Pedro Scaron (trad.). México: Siglo XXI editores.
- Marx, K. (1982). *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse), 1857-1858*, t. II (9ª ed.). Pedro Scaron (trad.). México: Siglo XXI editores.
- Marx, K. (1984). *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse), 1857-1858*, t. III (7ª ed.). Pedro Scaron (trad.). México: Siglo XXI editores.
- Mazzacane, A. (2012). Literatura, proceso y opinión pública. Recuento de causas célebres entre el bello mundo, abogados y revolución. En A. Botero (Ed.), *Causas célebres y derecho: Estudios iushistóricos sobre literatura, prensa, opinión pública y proceso judicial* (2ª ed.) (pp. 11-43). Medellín, Col.: Universidad de Medellín.
- Mazzarella, F. (2015) La «Escuela social del derecho» entre Europa y Brasil. Encuentros y desencuentros ante las transformaciones de fin de siglo. En M. Meccarelli y P. Palchetti (Eds.), *Derecho en movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global* (pp. 157-201). Madrid: Dykinson, 2015.
- Menger, A. (1898). *El derecho civil y los pobres*. Adolfo Posada (trad.). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Menger, A. (1894). *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un código civile per l'impero germánico*. Torino: Bocea.
- Mercado, A. (2013). *La influencia de León Duguít en la reforma social de 1936 en Colombia: El sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos*. (Tesis de Maestría en Derecho Administrativo). Universidad del Rosario. Bogotá, D.C.
- Misner, P. (1991). *Social Catholicism in Europe: From the Onset of Industrialization to the First World War*. New York: Crossroad Publishing Company.
- Mockus, A. (1994). Anfibios culturales y divorcio entre ley, moral y cultura. *Análisis Político*, 21, 37-48.
- Morales, H. (2016). *Pastor Rouaix y su influencia en el constitucionalismo social mexicano* (pp. 113-129). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Morales, H. (2019). El naciente derecho laboral mexicano: 1891-1928. *Derecho PUCP*, 82, 257-277.
- Morales, O. (1987). La Encíclica "Laborem Exercens". Historia de los movimientos de reivindicación del trabajo en Colombia. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U.P.B.*, 77, 5-41.

- Muñoz, A. (2010). La reforma constitucional de 1936 y el camino hacia la construcción de la seguridad social. *Vniversitas*, 120, 101-124.
- Narváez, J. (2004). El código privado-social. Influencia de Francesco Cosentini en el Código Civil mexicano de 1928. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 16, 201-226.
- Narváez, J. (2005). La Democratización del Código Civil en la Historia del Derecho". En *Forum historiae iuris*, recuperado de: <https://forhistiur.de/2005-07-narvaez-hernandez/>
- Orden, R. (1999). La filosofía de Krause y su influencia: nuevas perspectivas para el estudio del krausismo en América Latina. *Universitas Philosophica*, 32, 139-179.
- Orrù, G. (1974-1975). "Idealismo' e 'realismo' nel socialismo giuridico di Menger. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 183-272.
- Petit, C. (2000). Harvard en Lyon: lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert. In B. Durand & L. Mayali (Eds.), *Excerptiones iuris. Studies in Honor of André Gouron* (pp. 503-554). Berkeley (Ca.): Robbins Collection.
- Petit, C. (2001a). Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la *belle époque*. In A. Padoa-Schioppa Antonio (Ed.), *La comparazione giuridica tra Otto e Novecento. In ricordo di Mario Rotondi* (pp. 53-98). Milán: Istituto Lombardo di Scienze e Lettere.
- Petit, C. (2001b). Nota di lettura. California y el derecho romano. In M. Radin, *Cartas romanísticas (1923-1950)* (pp. XI-CXI). Napoli: Jovene Editore.
- Petit, C. (2004). «Qualcosa che somiglia all' ammirazione»- Ecos de la Civilística italiana en España. *Anuario de Derecho Civil*, 4(57), 1429-1478.
- Petit, C. (2007). Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la Modern Criminal Science americana. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 36, tomo 2, 801-900.
- Petit, C. (2012). Revistas y delito. Cesare Lombroso en la prensa española de fin de siglo. In L. Lacchè y M. Stronati (Eds.), *Una tribuna per le scienze criminali: La 'cultura' delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento* (pp. 223-248). Macerata: Università di Macerata.
- Petit, C. (2019). John H. Wigmore and European Culture in the Progressive Era. *Clio@Thémis*, 16, 1-14.
- Petrucci, A. (2008). *Scrivere lettere: Una storia plurimillennaria*. Roma-Bari: Laterza.
- Pihlajamäki, H. (2018). Merging Comparative Law and Legal History: Towards an Integrated Discipline. *The American Journal of Comparative Law*, 66(4), 733-750.
- Pocar, V. (1974-1975). Riflessioni sul rapporto tra «socialismo giuridico» e sociologia del diritto. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 145-154.
- Posada, A. y Pérez, N. (Eds.) (1927). *Constituciones de Europa y América* (2 vols.). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Posada A. (1904). *Socialismo y reforma social*. Madrid: Est. Tipográfico de Ricardo Fe.

- Pound, R. (1910). Law in books and Law in Action. *American Law Review*, 44, 12-36.
- Pound, R. (1922). An Appreciation of Eugen Ehrlich. *Harvard Law Review*, 36, 129-130.
- Pound, R. (1955). Comparative Law in Space and Time. *The American Journal of Comparative Law*, 4(1), 70-84.
- Rabban, D. (2015). American Legal Thought in Transatlantic Context, 1870-1914. *Clio@Thémis*, 9, 1-15.
- Ramírez, W. 1999. Nómadas y anfibios: dos metáforas de insurgencia cultural. *Análisis Político*, 36, 63-65.
- Ramm, T. (1974-1975). Juristensozialismus in Deutschland. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 7-23.
- Reich, N. (1974-1975). Der Juristensozialismus von Anton Menger (1841-1906) im neunzehnten Jahrhundert und heute. In *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 157-182.
- Reimann, M. (1998). Stepping out of the European Shadow: Why Comparative Law in the United States Must Develop Its Own Agenda. *The American Journal of Comparative Law*, 46(4), 637-646.
- Rico, D. (2019). Individuo, trabajo y neoliberalismo. *Revista Filosofía UIS*, 18(1), 151-170.
- Roldán, M. (2016). Popular Cultural Action, Catholic Transnationalism, and Development in Colombia before Vatican II. In S. Andes & J. Young (Eds.), *Local Church, Global Church* (pp. 245-274). Washington: The Catholic University of America Press.
- Romano, S. (1969). *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Sabbioneti, M. (2010). *Democrazia sociale e diritto privato: La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*. Milano: Giuffrè Editore.
- Saleilles, R. (1900). Conception et objet de la science du droit comparé. *Bulletin de la Société de législation comparée*, p383-405.
- Sbriccoli M. (1974-1975a). Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 2, 873-1035.
- Sbriccoli M. (1974-1975b). Il diritto penale sociale (1885-1912). *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 557-642.
- Schirò, P. (2020). From the school of legal socialism to the social jurist movement in Europe: the misguided label of Juristen-Sozialismus in Germany, France and Italy. *Historia et ius, rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 18, 1-22.
- Seelmann, K. (1974-1975). Zur Marxinterpretation bei Anton Menger, Gustav Radbruch und Karl Renner. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 73-102.
- Serrano Sanz, J. (2006). Raimundo Fernández Villaverde, un homenaje. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 83, 635-652.

- Settis, B. (2017). Le 'considerazioni sullo Stato moderno' di Massimo Severo Giannini. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 677-692.
- Shesol, J. (2010). *Supreme power: Franklin Roosevelt vs The Supreme Court*. New York: Norton & Company.
- Stiles, W.C. (1899). Any letters for me? *The Journal of Education*, 49(21), 330.
- Tirado, Á. y Velásquez, M. (1982). *La reforma constitucional de 1936*. Bogotá: Fundación Friedrich Naumann-Oveja Negra.
- Truyol, A. (2002). Notas sobre las doctrinas social-cristianas en la Europa Central germanófona antes de la Encíclica *Rerum Novarum* (1891). En Z. Drnas de Clément (Coord.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro* (pp. 171-178). Córdoba: Drnas-Lerner.
- Valdivieso, P. (1999). 'Cuestión social' y Doctrina Social de la Iglesia en Chile (1880-1920): Ensayo histórico sobre el estado de la investigación. *Historia*, 32, 553-573.
- Valencia, H. (2018). Conflicto, democracia y paz. *Revista Filosofía UIS*, 17(1), 123-143.
- Valera, J. (2010). La trayectoria intelectual y política de Adolfo Posada. *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, 25, 623-638.
- Vallejo, F. (2000). *Carlos Lleras Restrepo: perfil de un estadista*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Vélez, J. (1992). La *Rerum Novarum*, una Encíclica profética. *Revista Theologica Xaveriana*, 101, 7-16.
- Vescio, N. (2020). L'eredità del Salvioli socialista: Stato e politiche pubbliche negli interventi su «Echi e Commenti». *Historia et ius*, 18, paper 21, 1-23.
- Waterman, A. (2004). *Political Economy and Christian Theology Since the Enlightenment. Essays in Intellectual History*. Londres: Palgrave Macmillan.
- Weyl, R. & Picard, M. (1974-1975). Socialisme et justice dans la France de 1895: le «bon juge Magnaud». In *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, tomo 1, 367-382.
- Wigmore, J. (1936). Roscoe Pound's Saint Paul Address of 1906. *Journal of the American Judicature Society*, 20, 176-178.
- Zimmerling, R. (1993). El mito de la opinión pública. *Doxa*, 14, 97-117.
- Zuluaga, R. (2019). México 1917 y Colombia 1886. Crónica de dos constituciones centenarias. En G. Garduño y M. Andreu (Coords.), *La Constitución mexicana de 1917: estudios jurídicos, históricos y de derecho comparado a cien años de su promulgación* (pp. 465-479). México: UNAM.

**Principio de inembargabilidad  
de los bienes y recursos públicos:  
Excepciones en la jurisprudencia  
constitucional y su aplicación  
en las decisiones del Consejo  
de Estado (1992-2019)\***

*The Principle of Nonseizability of Public Assets  
and Resources: Exceptions in Constitutional  
Jurisprudence and Their Application in Decisions  
of the Council of State (1992-2019)*

\* Artículo de investigación realizado en el marco de la línea de investigación en Derecho Procesal Administrativo, bajo la temática: Medios de control y acceso a la administración de justicia, desarrollada dentro del Grupo de Investigación de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana –UNAULA– Nataly Vargas Ossa

NATALY VARGAS OSSA

Abogada U de A, Magíster en Derecho Administrativo del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, estudiante de Doctorado en Derecho de la U de A, integrante del grupo de investigación de la Maestría en Derecho Administrativo de la UNAULA.  
nataly.vargasos@unaula.edu.co natalyvargas1@yahoo.es

## Resumen

La inembargabilidad general que consagra el artículo 63 de la Constitución Política de 1991 ha sido reconocida como una garantía necesaria para preservar los recursos destinados a satisfacer los fines del Estado. Su desarrollo normativo ha provocado importantes conflictos con el derecho de acceso a la justicia, la propiedad, la vigencia y reconocimiento de los derechos fundamentales y el principio de seguridad jurídica.

Dicha tensión ha sido estudiada, desde el análisis jurisprudencial, aplicada a decisiones de la Corte Constitucional proferidas entre 1992 y 2019, de donde se identificaron tres criterios que exceptúan la inembargabilidad de los bienes y recursos públicos: i) la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, ii) cuando se trate del pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias y iii) ante la ejecución de una obligación clara, expresa y exigible contenida en un título emanado del Estado. Al observar la aplicación de dicho precedente por el Consejo de Estado, se evidencia su adopción y aplicación a los procesos ejecutivos desde los años noventa y hasta la actualidad.

### PALABRAS CLAVE

Inembargabilidad, embargabilidad, derecho de prenda general, acceso a la justicia, proceso ejecutivo.

## Abstract

Protection against the seizure of public assets as enshrined in Article 63 of the 1991 Political Constitution has been recognized as necessary to guarantee that the State has sufficient resources to carry out its functions. However, the normative development of this law has generated important conflicts in relation to the right of access to justice, property, the validity and recognition of fundamental rights, and the principle of legal security.

The article addresses these tensions through analysis of legal decisions of the Constitutional Court emitted between 1992 and 2019, in which three exceptions to the nonseizability of public assets and resources were identified: i) when the state needs to make good on debts or other obligations in respect of public sector workers in order to guarantee the right to work in dignified and fair conditions; ii) when the state is legally bound to pay compensation for damages in order to guarantee legal security and the rights of those affected by the state's actions; and iii) when it is a question of the fulfilment of a clear, express and legally enforceable obligation contained in an executive order issued by the state. These exceptions have been adopted by the Council of State and applied to executive proceedings from the 1990s to the present.

### KEYWORDS

Nonseizability, seizure of assets, general right of surety, access to justice, executive process.

## 1. INTRODUCCIÓN

La inembargabilidad como característica de los bienes de uso público, los recursos parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los recursos públicos tiene su fundamento en el artículo 63 de la Constitución Política colombiana, norma que a su vez ha extendido la aplicación del principio a bienes y recursos públicos que el legislador determine necesarios para la protección del interés general y el patrimonio público, y mantener las condiciones económicas necesarias para que se realicen los fines y cometidos estatales:

Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 63)

Sin duda alguna, la inembargabilidad como principio constitucional contribuye a realizar los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, porque elimina el riesgo de embargos a determinados bienes que por su naturaleza deben gozar de una especial protección constitucional, y además garantiza la disponibilidad de los recursos económicos para el cumplimiento de sus fines (Sentencia C-263, 1994). En similar sentido se incorporó en la Carta Política el principio de sostenibilidad fiscal (Acto Legislativo 3 de 2011), como instrumento jurídico que favorece la consecución de los fines del Estado y que aunado al principio de progresividad (Sentencia C-288, 2012) entra a reforzar los mecanismos de protección del patrimonio público, a través de la creación del incidente de impacto fiscal (aspecto que no será objeto de observación en este escrito).

La discrecionalidad con que se ejerce la libertad de configuración legislativa para determinar cuáles y en qué condiciones resultan inembargables los bienes y rentas de las entidades públicas, requiere límites. Declarar dichos bienes como inembargables implica que los acreedores del Estado queden despojados del derecho de prenda y de las garantías que ofrece el proceso ejecutivo para demandar el cumplimiento de una obligación de dar una suma de dinero a cargo del deudor. En ese orden de ideas, la potestad que ejerce el legislador para determinar que bienes son inembargables y por qué debe guardar respeto y armonía con los principios y valores de la Carta Política.

Este privilegio de inembargabilidad ha sido ampliamente tratado por la doctrina foránea, en la que se destacan autores españoles como Ballesteros Moffa (2001), Mir Puigpelat (1999), Ariño (1970), Meseguer Yebra (2001), Ibáñez López (Ibáñez López e Ibáñez Lozano, 2016) y Rodríguez Bereijo (2014) y escasamente estudiado en Colombia, donde se destacan algunos trabajos monográficos no publicados.

Para el autor chileno Ríos Muñoz (2016), la inembargabilidad genera una situación jurídica extraordinaria o de excepción establecida única y exclusivamente por ley en determinados casos, y ciertos bienes pertenecientes a un deudor que se extraen de la esfera de bienes que pueden ser objeto de persecución, de sus acreedores, sustrayéndose así de la responsabilidad patrimonial universal que contrae cuando se obliga.

Si el proceso de ejecución opera como mecanismo para obtener la satisfacción de derechos plenamente reconocidos en títulos ejecutivos, y este mecanismo se priva de las herramientas procesales para que se materialice su propósito, deslegitima no solo la administración de justicia, sino que compromete el orden social pues como bien lo expresó López Blanco (2004), el proceso ejecutivo constituye también “ un instrumento esencial del orden público” (p. 417).

Para Prieto Monroy (2010), el proceso ejecutivo es una “actuación jurisdiccional regulada por las leyes de procedimiento, mediante la cual el titular de un derecho formalmente probado, puede hacerlo exigible por intermedio de la manifestación de un juez” (p. 47); desde esta definición se reitera ¿qué sentido tiene una orden de pago impartida por un juez si no existen los medios para materializarla?

Suárez Hernández (1996) complementa la anterior definición enfatizando en el carácter coercitivo del proceso, al afirmar que “el proceso ejecutivo persigue que el Estado, a través de un juez, logre por medios coercitivos, el pago de una obligación insatisfecha contenida en un título ejecutivo” (p. 51). Dicha coercibilidad no se refleja solamente en las órdenes de pago que profiere el juez al librar mandamiento ejecutivo y ordenar seguir adelante con la ejecución, sino especialmente en la posibilidad del uso de la medida de embargo para garantizar el pago de obligaciones de dar sumas de dinero.

En ese orden de ideas, las medidas cautelares constituyen el mecanismo procesal idóneo para garantizar el cumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero, pues a la larga ayudan a materializar la pretensión ejecutiva y el derecho de acceso a la justicia, la propiedad y la efectividad de los derechos fundamentales. La medida cautelar, a efectos de este trabajo se define a partir de un criterio finalístico, descrito por Suárez Hernández (1996) como:

Un acto jurídico procesal complejo que limita la facultad de disposición del propietario de bienes determinados sea éste el deudor o no, con el fin de asegurar el cumplimiento de una pretensión, mediante la posibilidad cierta de su entrega al acreedor o de su realización en pública subasta. (p.43)

Esta definición involucra los mecanismos de tutela de crédito, como parte de un “sistema de aseguramiento legal o voluntario, cuya finalidad esencial es preservar el interés del acreedor” (Roca Trías, 1996). Articulado a la idea de asegurar el pago de las acreencias por parte de los

deudores se encuentra el derecho de prenda general, que se convierte en el vínculo jurídico entre la obligación y el derecho subjetivo que le asiste al acreedor para hacerla exigible.

Sobre el derecho de prenda, el artículo 2488 del Código Civil colombiano, autoriza al acreedor a perseguir todos los bienes del deudor para satisfacer su crédito (exceptuando los no embargables del artículo 1677 C.C.). Por su parte el artículo 2492 de la misma norma permite que se pongan en venta todos los bienes del deudor, hasta obtener el pago total de la deuda junto con las costas y agencias en derecho.

De lo expuesto resulta pertinente analizar las normas que contemplan la inembargabilidad de bienes y rentas públicos, que desarrollan del artículo 63 de la Constitución Política y que, por ende, privan del ejercicio del derecho de prenda a los acreedores de las entidades públicas. A modo de ejemplo se pueden mencionar la Ley 100 de 1993 (art.134), 179 de 1994 (art. 6), 258 de 1996 (art. 7), 715 de 2001, 1530 de 2012 (art. 70), 1564 de 2012 (art. 594) y previo a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la Ley 38 de 1989 y la Ley 21 de 1992, entre otros desarrollos legales que muestran importantes retos a los acreedores del Estado para que se materialice pretensión ejecutiva y que convocan el análisis de los límites al principio de IBRP.

La existencia de principio de IBRP y su desarrollo legal ha generado discusiones de carácter constitucional, particularmente en torno al derecho de acceso a la justicia, derecho fundamental que se vincula directamente con valores constitucionales como la dignidad, la igualdad y la libertad. Se trata de un derecho medular, con un amplio margen de configuración procesal, de contenido múltiple o complejo que ha sido articulado como un presupuesto esencial del debido proceso, porque a través de él se posibilita el cumplimiento de las garantías sustanciales y formas procesales establecidas por el legislador. Toscano López (2015) lo describe como un derecho en potencia porque: “su contenido general consiste en tener la posibilidad de acudir ante los jueces para hacer valer las propias pretensiones, por lo que al legislador procesal le estaría prohibido establecer requisitos excesivos para ejercer la acción” (p. 214).

Desde la perspectiva de Toscano López resulta claro que el derecho fundamental de acceso a la justicia no se limita al derecho de acción ante la jurisdicción, sino que incorpora condiciones necesarias para que este sea materialmente realizable, lo que se traduce necesariamente en que los fallos proferidos por los jueces cuenten con los mecanismos procesales idóneos para que sean efectivos; en tal sentido enfatizó que:

El derecho de acceso a la administración de justicia no sólo es entendido en términos de presupuesto para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, sino que abarca, a su vez, tres grandes etapas: (i) el acceso efectivo de la persona al sistema judicial; (ii) el decurso de un proceso rodeado de todas las garantías judiciales y decidido en un plazo razonable; y (iii) la ejecución material del fallo.

(...) En esa medida el cumplimiento de las decisiones judiciales es un elemento constitutivo del derecho al acceso a la administración de justicia, el cual no se agota en la posibilidad que tienen los ciudadanos de acudir y plantear un problema ante las autoridades judiciales, sino que su materialización implica que el mismo sea resuelto y que, si hay lugar a ello, se cumpla de manera efectiva lo ordenado por el operador jurídico. (Toscano López, 2015, p. 214)

Lo expuesto en la cita no deja duda de que se trata de una mirada del derecho procesal constitucionalizado, en la que el papel de las garantías constitucionales como el acceso al juez, la resolución de las causas en términos razonables, y especialmente el propiciar las condiciones jurídicas para que la sentencia sea efectiva y eficiente (Ramírez Carvajal, 2013). Como elementos esenciales del ordenamiento jurídico que debe observar el juez, para dar alcance al derecho de ejecución de la sentencia, Toscano López (2015) precisa tres criterios:

a) que no se creen impedimentos en el trámite de ejecución que dificulten o hagan imposible obtener lo acordado en Sentencia (...) b) que las medidas que se adopten por los órganos judiciales para ejecutar la resolución sean eficaces para garantizar la ejecución, ya que puede darse el caso de que la actividad desplegada no consiga la efectividad del fallo judicial (...) y c) el derecho a la intangibilidad de lo resuelto. (p. 15)

Bajo las consideraciones anteriores es posible partir de la hipótesis según la cual el principio de inembargabilidad de los bienes y rentas pública no puede ser absoluto, y que el legislador, al desarrollarlo, no debe pasar por alto principios y derechos constitucionales medulares en un estado Constitucional de Derecho. De ahí la cuestión en torno a la cual gira este estudio: ¿Cuáles límites ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la potestad discrecional del legislador en el desarrollo del principio de inembargabilidad de los bienes y rentas públicos y su aplicación por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado?

## 2. METODOLOGÍA

Este artículo recoge los resultados de una investigación dogmática con referencia al derecho positivo y jurisprudencia la colombiana, que, desde el enfoque cualitativo, buscó establecer los límites fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a la potestad discrecional del legislador, en el desarrollo del principio de inembargabilidad de los bienes y rentas públicos y su aplicación por el Consejo de Estado en el escenario del proceso ejecutivo. El periodo de observación seleccionado fue el de la vigencia del artículo 63 y hasta la culminación del proyecto, esto es, 1992-2019.

Como el objeto central de observación es la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado, se acudió a la hermenéutica jurídica como método de análisis y algunos elementos de la metodología de la línea jurisprudencial en las búsquedas y clasificación de las sentencias, sin que en estricto sentido haya sido desarrollada.

### 3. RESULTADOS

#### 3.1. Límites de la Inembargabilidad de los Bienes y Recursos Públicos: sentencias de constitucionalidad 1992-2019

Periodo 1992-2014: Nacen y se consolidan reglas que exceptúan la inembargabilidad del presupuesto general de la nación

La discusión sobre la posibilidad de no observar la aplicación de normas que establecen la inembargabilidad de los bienes y recursos públicos (en adelante IBRP) tiene su antecedente inmediato en la Sentencia de inconstitucionalidad 1992 de 22 de marzo de 1990, en la que la Corte Suprema de Justicia estudió la inexecutable del artículo 16 de la Ley 38 de 1989, que establecía la inembargabilidad de rentas y recursos incorporados al presupuesto de la Nación.

En el caso referenciado, el accionante indicó que la norma acusada contrariaba lo dispuesto en los artículos 210 y 211 de la Constitución de 1886 por consagrar una “norma de carácter permanente, en una ley de naturaleza transitoria” (Sentencia de Inconstitucionalidad 1992, 1990), lo que, a su juicio, quebrantaba las estipulaciones taxativas que sobre la materia debía establecer la Ley del Presupuesto. Explicó la alta corporación que el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 modificó normas contenidas en los códigos Laboral y de Procedimiento Civil, al establecer prohibiciones para embarcar a la Nación y que ello desconocía el ordinal 2 del artículo 80 de la Carta Política.

La Corte Suprema de Justicia, que para la época ejercía el control de constitucionalidad de las leyes, explicó que el estatuto orgánico podía contemplar reglas de inembargabilidad de las rentas y recursos públicos a pesar de que no existiera norma constitucional que lo contemplara. Argumentó que se buscaba proteger el equilibrio fiscal y

el estricto cumplimiento de los principios constitucionales a los cuales debe sujetarse la ejecución presupuestal, pues de otra forma se daría lugar al manejo arbitrario de las finanzas, lo cual conduciría a que se hicieran erogaciones no contempladas en concreto, en la ley de apropiaciones. (...) (Sentencia de inexecutable 44, 1990)

Esta misma discusión fue retomada por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 546, pero esta vez planteó que el papel que cumple el equilibrio presupuestal tiene un sentido diferente; explicó que dicho principio pasó de tener un sentido económico a un significado meramente formal, es decir, anteriormente se entendía que los ingresos corrientes siempre debían ser suficientes para atender el rodaje normal del Estado, y el recurso al endeudamiento solo se utilizaba para financiar gastos extraordinarios (Sentencia C-546, 1992).

También invoca el principio de dignidad humana a la luz de la racionalidad kantiana, es decir, como valor inherente y absoluto del hombre, a partir del cual “la prioridad del interés general no puede ser interpretada de tal manera que ella justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos en beneficio de interés de todos” (Sentencia C-546, 1992). De esta manera, la decisión en comento se convierte en la sentencia hito que funda un importante precedente, según el cual se fija una regla que posibilita exceptuar la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados al presupuesto de la nación, cuando frente al pago de obligaciones de origen laboral,

El derecho al trabajo, por su especial protección en la Carta y por su carácter de valor fundante del Estado social de derecho, merece una especial protección respecto de la inembargabilidad del presupuesto.

En consecuencia, esta Corporación estima que los actos administrativos que contengan obligaciones laborales en favor de los servidores públicos deben poseer la misma garantía que las sentencias judiciales, esto es, que puedan prestar mérito ejecutivo —y embargo— a los dieciocho (18) meses después de haber sido ejecutoriados, de conformidad con el artículo 177 del código contencioso administrativo. (Sentencia C-546, 1992)

Para los años 1993 y 1994 la Corte Constitucional profirió las sentencias C - 013 de 21 de enero de 1993 y C-103 de 10 de marzo de 1994, en las que reiteró la regla fijada en la Sentencia C-546 de 1992 y explicó que, si bien el asunto hacía referencia a los bienes y recursos del Fondo de Pasivo Social y a los bienes muebles e inmuebles de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación, esta conservaba plena validez y se extendía al caso de los fondos que se creaban, como parte del presupuesto general de la Nación (Sentencia C-013, 1993).

De una parte, mediante de la Ley 01 de 1991 se ordenó la liquidación de la Empresa Puertos de Colombia, Colpuertos, y se concedió facultades extraordinarias al Gobierno nacional para crear un fondo que permitiera atender las obligaciones de la entidad y regular temas de contratación, régimen laboral y presupuesto, norma demandada por vicios de constitucionalidad, que suscitó su revisión a través de la Sentencia C-013 de 1993.

De otra parte, en desarrollo del ejercicio de las competencias otorgadas al Gobierno Nacional por la citada Ley 01 de 1991, el Ejecutivo expidió los decretos leyes 035,036 y 037 de 1992 y creó el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia (en liquidación) y con el fin de preservar este patrimonio de los acreedores incorporó en su normativa la inembargabilidad de sus bienes muebles e inmuebles, así como de sus rentas y recursos.

Para la Corte, la medida de protección jurídica de inembargabilidad del Fondo Pasivo atentaba contra los derechos de los trabajadores portuarios y los del Fondo, porque los despojaban de las garantías efectivas para la protección y pago de las acreencias su empleador. En esta oportuni-

dad reiteró su doctrina originaria a favor de la protección de los derechos de los trabajadores y aunque resolvió declarar la excequibilidad del precepto acusado, advirtió que vía jurisprudencia se había establecido un límite en la aplicación de la inembargabilidad (Sentencia C-013, 1993).

Posteriormente surge la revisión de la constitucionalidad de la Ley 15 de 1982, por contemplar la inembargabilidad de los dineros oficiales destinados al pago de pensiones, y en esta oportunidad la Corte reiteró los argumentos ya expuestos en la Sentencia C-013 de 1993 (Sentencia C-017, 1993).

Lo mismo ocurre con la Sentencia C- 555 de 1993, decisión en la que la Corte reitera el precedente fijado en la Sentencia C 546 de 1992, insistiendo esta vez en que los pagos de los créditos judiciales se acojan a las normas presupuestales. De ahí que considerara ajustado a la Carta el término de inejecutabilidad de 18 meses establecido por el Decreto 01 de 1984, según el cual, durante dicho plazo no es exigible título ejecutivo, lo que inhibe la posibilidad de ejercer la pretensión ejecutiva hasta tanto se cumpla dicho plazo (Sentencia C-555, 1993).

Prosiguiendo con la revisión de las tendencias decisionales de la Corte sobre la inembargabilidad de los recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 331 de 1997 arremete de nuevo, esta vez infundiendo temor entre los jueces que pensarían excepcionar el principio de inembargabilidad, al contemplar drásticas sanciones contra aquellos que ordenaran el embargo de rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación y amenazándolos con abrirles un juicio fiscal de cuentas para recuperar los dineros embargados

La Corte consideró que en este caso “la norma desborda el contenido propio de una disposición presupuestal instrumental” (Sentencia C-402, 1997). No sin antes citar las Sentencias C-546 de 1992 y 357 de 1997 para reiterar la embargabilidad del Presupuesto General de la Nación en los casos allí contemplados.

De nuevo el legislador ejerce una presión sobre los jueces, (a través de lo ordenado en el artículo 40<sup>1</sup> de la Ley 848 de 2003), al establecer el deber de verificar la naturaleza de los recursos que se vayan a someter a la medida cautelar de embargo, y en caso de ser inembargable, ordena

---

<sup>1</sup> “Artículo 40. El servidor público que reciba una orden de embargo sobre los recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, incluidas las transferencias que hace la Nación a las Entidades Territoriales, está obligado a efectuar los trámites correspondientes para que se solicite por quien corresponda la constancia sobre la naturaleza de estos recursos a la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de llevar a cabo el desembargo, para lo cual el solicitante deberá indicar el tipo de proceso, las partes involucradas, el despacho judicial que profirió las medidas cautelares, y el origen de los recursos que fueron embargados”.

abstenerse de practicar la medida o de levantarla, so pena de sanción. La Corte declara exequible esta disposición, no sin antes advertir que:

es un trámite razonable si se entiende que, con esta prueba, el juez del proceso, determinará si la orden de embargo la mantiene o no, al examinar si el crédito que se reclama ante las autoridades judiciales, corresponde a los que pueden ser objeto de excepción al principio general de la inembargabilidad presupuestal. (Sentencia C 192, 2005)

Además de dar luz verde a los jueces para que continúen aplicando las excepciones al principio de inembargabilidad, cita en dicha decisión la Sentencia 354 de 1997, indicando claramente que se acoge a su precedente.

### **3.2. Las excepciones a la inembargabilidad se extienden a los recursos incorporados en los presupuestos de las entidades descentralizadas**

Consolidada la línea de decisión ya descrita, para 1994 el debate se concentró en los recursos incorporados en los presupuestos de las entidades descentralizadas, procedentes de transferencia de la Nación o del respectivo departamento o como producto de los contratos de empréstito interno o externo. Sobre este punto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-263 estudió la constitucionalidad del artículo 64 del Decreto 1221 y 318 del Decreto 1222 de 1986, norma que decretó la prohibición de embargar dichos recursos y condicionó el embargo de los recursos propios u ordinarios solo hasta la tercera parte del valor total de los mismos (Sentencia C-263, 1994).

En esta oportunidad, la Corte consideró que la protección de los recursos provenientes de las transferencias que las entidades descentralizadas del nivel departamental reciben de la nación y del departamento se sustenta en el inciso 2 del artículo 128 de la Constitución Política, porque hacen parte del Tesoro público y gozan de los mismos mecanismos de protección que la ley brinda (Sentencia C-263, 1994).

Sobre la sentencia en comento llama la atención que la Corte incurra en una seria imprecisión al confundir el concepto de inembargabilidad de los bienes y rentas del Estado con el concepto de inejecutabilidad del título ejecutivo, al intentar explicar dicho plazo establecido por el derogado Decreto 01 de 1984:

Por otra parte, como ya lo ha resaltado la jurisprudencia de esta Corporación, la embargabilidad de las rentas y recursos presupuestales, aplicable a las entidades de que trata este proceso, es procedente cuando se trata de sentencias que han condenado a la Nación o a entidades del Estado y han transcurrido más de dieciocho (18) meses contados a partir de la ejecutoria de la providencia (artículo 177 del C.C.A.). Lo propio puede decirse de actos administrativos que reconozcan una obligación de la respectiva entidad pública y que presten mérito ejecutivo, siempre que haya

transcurrido el indicado lapso. De allí resulta que la inembargabilidad es apenas temporal. (Sentencia C-263, 1994)

Sin embargo, resulta bastante obvio que, durante el periodo de inejecutabilidad del título ejecutivo no cabe ninguna medida cautelar; esta opera frente a títulos ejecutivos que sean claros, expresos y en este caso, exigibles ante la jurisdicción.

Las excepciones a la inembargabilidad se extienden a los dineros del sistema general de participaciones

Posteriormente con las sentencias C-793 de 2002, C-566 de 2003, C- 1154 de 2008 y C-539 de 2010 sigue el debate, pues el legislador de nuevo incorpora el PIBRP para la protección de los dineros procedentes del Sistema General de Participaciones —por su destinación social constitucional— (Ley 715, 2001), y de nuevo, la Corte Constitucional, ponderando los derechos al acceso a la justicia y protección de derechos fundamentales de carácter aboral, sigue adelante con la modulación de las sentencias de constitucionalidad que limitan la aplicación plena del PIBRP por parte del legislador.

En el caso de la Sentencia C- 793 de 2002, se declara la exequibilidad condicionada del artículo 18 de la Ley 715 de 2001, bajo el entendido de que los créditos a cargo de las entidades territoriales por actividades propias del sector educación contenidas en títulos ejecutivos deben ser pagados mediante el procedimiento que señale la ley. Transcurrido el término de inejecutabilidad, serán exigibles ante el juez de ejecución, junto con la posibilidad del decreto de la medida cautelar de embargo de recursos de dicho presupuesto.

Explicó la alta Corporación que, en caso de no ser suficientes, se podrán embargar los recursos para educación del Sistema General de Participaciones, cuando la deuda se derive de la prestación de dicho servicio (Sentencia C-793, 2002). Con el mismo resultado<sup>2</sup>, la Corte en Sentencia C 566 de 2003 declara exequible el artículo 21 de la Ley 715 tomando los mismos lineamientos reseñados en el párrafo anterior con relación a la procedencia de la medida cautelar de embargo.

Similar debate se presentó con el artículo 21<sup>3</sup> del Decreto 28 de 2008, en el que precisó que si los ingresos corrientes de libre destinación de la entidad territorial no eran suficientes para

---

<sup>2</sup> Declarar EXEQUIBLE, en lo acusado, el artículo 21 del Decreto 28 de 2008, en el entendido de que el pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia debe efectuarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la ejecutoria de la misma, y de que si los recursos correspondientes a los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial no son suficientes para el pago de las citadas obligaciones, deberá acudir a los recursos de destinación específica.

<sup>3</sup> Artículo 21. Para evitar situaciones derivadas de decisiones judiciales que afecten la continuidad, cobertura

satisfacer la obligación de carácter laboral, debería acudir a los recursos de destinación específica (Sentencia C-539, 2010).

Con relación a la advertencia contenida en el mismo Decreto 28 de 2008, según la cual “las decisiones de la autoridad judicial que contravengan lo dispuesto en el presente decreto, no producirán efecto alguno, y darán lugar a causal de destitución del cargo conforme a las normas legales correspondientes”, no se aplicaría a plenitud, pues la modulación de la decisión deja claro que rige el precedente relativo a la excepción al IBRP (Sentencia C-1154, 2008).

### Casos en los que no se extiende la excepción a la inembargabilidad de los bienes y recursos públicos

Se identifican dos casos muy concretos donde la Corte no exceptiona el PIBRP: El primero tiene origen en revisión que hizo la Corte en virtud la objeción presidencial propuesta al proyecto de ley 016 de 1999, a partir del cual se buscó crear un fondo para la reposición y renovación del parque automotor (fondo para fiscal) y se refiere a la inembargabilidad indicando que

No se traduce en una burla a los compromisos adquiridos por los ahorradores con terceros que ven en el patrimonio personal del deudor su garantía de cumplimiento, pues este principio permanece vigente toda vez que los aportes voluntarios que hagan los transportadores, única y exclusivamente se pueden retirar para utilizarlos en la reposición de los vehículos, lo cual no significa que dichos vehículos no puedan ser objeto de prenda general o especial, o que no pueda ser embargado. (Sentencia C- 090, 2001)

En esta oportunidad, el fundamento al que apela la decisión es la protección de los dineros públicos para posibilitar la prevalencia del interés común, citando la sentencia 263 de 1994 y C-546 de 1992, cuando paradójicamente dichas providencias lo que hacen es ratificar la aplicación de excepciones al PIBRP.

La segunda norma es el Decreto extraordinario 4819 de 2010, por el cual se declara una emergencia económica y se crea el Fondo Nacional de Calamidades, justamente para atender las contingencias que permitan superar la emergencia.

---

y calidad de los servicios financiados con cargo a estos recursos, las medidas cautelares que adopten las autoridades judiciales relacionadas con obligaciones laborales, se harán efectivas sobre ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial. Para cumplir con la decisión judicial, la entidad territorial presupuestará el monto del recurso a comprometer y cancelará el respectivo crédito judicial en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes.

Las decisiones de la autoridad judicial que contravengan lo dispuesto en el presente decreto, no producirán efecto alguno, y darán lugar a causal de destitución del cargo conforme a las normas legales correspondientes.

Por tratarse de dineros indispensables para atender la emergencia económica, la Corte se dedica a explicar la pertinencia de la medida al indicar que

(...) es el legislador, en este caso el extraordinario, quien puede determinar los bienes que no pueden ser embargados. En el presente asunto, tal medida es absolutamente proporcional y necesaria para que los recursos del Fondo sean utilizados e invertidos en la recuperación de las zonas afectadas. En efecto, en una situación de emergencia la paralización de los recursos debido a una orden de embargo puede afectar gravemente las labores encomendadas. (Sentencia C- 251, 2011)

En esta oportunidad, los criterios que utiliza la Corte para valorar las medidas están relacionadas con su proporcionalidad y temporalidad para superar el estado de emergencia; mal haría en permitir que el Fondo pueda paralizarse con medidas de embargo que impidan superarla.

La excepción a la inembargabilidad en la Ley 1564 de 2012

Este último grupo de decisiones, se discuten la aplicación de la IBRP, desarrollado en el Código de Procedimiento Civil. En la Sentencia C-876 de 2000 se revisa la constitucionalidad de la primera frase del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, que literalmente dice: “La Nación no puede ser ejecutada, salvo en el caso contemplado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo” (Decreto 2282, 1989). En esta oportunidad, la Corte se remitió a lo resuelto en la Sentencia C-103 de 1994, en la que ya se había declarado la exequibilidad de la norma, pero de nuevo condicionada a la aplicación de la excepción reconocida en la Sentencia C-546, de 1º octubre de 1992, con relación con los créditos laborales (Sentencia C- 103, 1994), es decir, aclara que subsiste la regla jurisprudencial que insistentemente el legislador se niega a reconocer.

De la Sentencia C-1064 de 2003, que revisa la exequibilidad del artículo 684, modificado por el Decreto 2282 de 1989 (art. 1, numeral 342), es posible identificar una distinción que hizo a cada situación en la que procedía el embargo y cuándo no, veamos:

1º. Son inembargables los bienes destinados a un servicio público “cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos.” Es decir, cuando el servicio se presta a través de una entidad estatal.

2º. Es embargable, para las entidades públicas que prestan el servicio público “hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje”. Es decir, aún para las entidades estatales prestadoras del servicio público, está previsto que se puede embargar hasta la tercera parte de los ingresos del servicio.

3º. Son embargables los bienes destinados al servicio público prestado por particulares y la renta líquida que produzcan, en los siguientes términos: “el servicio lo presten particulares, podrán

embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales. (Sentencia C- 1064, 2003)

De la decisión citada se destacan el reconocimiento a la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, el principio de seguridad jurídica, el acceso a la justicia y el derecho a la propiedad, por lo cual la inembargabilidad está sujeta a excepciones, como es el caso de créditos laborales, cuya satisfacción es necesaria para realizar el principio de la dignidad humana y hacer efectivo el ejercicio del derecho fundamental al trabajo en condiciones justas y dignas, argumento reiterado en la Sentencia C-354 de 1997 (Sentencia C- 1064, 2003).

Con la entrada vigencia de la Ley 1564 de 2012 se recogen tímidamente los postulados desarrollados en la ley y la jurisprudencia, y se condensan en el artículo 594<sup>4</sup>. Dicha norma se ocupó de establecer la inembargabilidad de los recursos de la nación, y particularmente de las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la nación, de las entidades territoriales, de las cuentas del sistema de participación, regalías y recursos de seguridad social y de los recursos municipales originados en transferencias de la nación (salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas). Así mismo, regula en detalle el procedimiento que deben respetar las autoridades judiciales para que se decrete y practique la medida cautelar de embargo de un bien o recurso público, catalogado como inembargable<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> ARTÍCULO 594. BIENES INEMBARGABLES. Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.

(...)

3. Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje.

Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzca y el secuestro se practicará como el de empresas industriales.

4. Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas.

5. Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deben anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

(...)

<sup>5</sup> Ley 1564 de 2012. Art. 594 PARÁGRAFO. Los funcionarios judiciales o administrativos se abstendrán de decretar órdenes de embargo sobre recursos inembargables. En el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia.

La norma fue demandada, pero la Corte se declaró inhibida por que los cargos fueron formulados de manera ineficiente (Sentencia C- 543, 2013).

De la revisión normativa resulta evidente que el legislador es regresivo en su postura, pues insistió en reiterar la aplicación de la regla de inembargabilidad de los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la nación o de las entidades territoriales, las cuentas del Sistema General de participaciones, regalías y recursos de la Seguridad Social (art. 597.1, Ley 1564, 2012). Su postura desconoce en parte el precedente fijado por la Corte a lo largo de casi una década.

Finalmente, llama especial atención el numeral 11 del artículo 597 del CGP de la Ley 1564, que autoriza el levantamiento de la medida cautelar de embargo y secuestro cuando recaiga sobre bienes y recursos públicos, bajo la causal de “declaratoria de insostenibilidad fiscal o presupuestal del ente demandado”, lo que deja un blindaje importante a la protección del interés público y del PIBRP.

La última sentencia que se pudo identificar en el periodo 1992-2019 es la C-313 de 2014, en la que se revisó la constitucionalidad de la ley estatutaria 1751 de 2014, por medio de la cual se reguló el derecho fundamental a la salud. Interesa mencionar que el artículo 25 de la norma estipuló la inembargabilidad de los recursos públicos que financian la salud, la cual fue declarada exequible, no sin antes dejar claro en la providencia que “La regla que estipula la inembargabilidad eventualmente puede chocar con otros mandatos, por ello, tienen lugar las excepciones al momento de definirse en concreto la procedencia o improcedencia de la medida cautelar” (Sentencia C-313 de 2014).

---

Recibida una orden de embargo que afecte recursos de naturaleza inembargable, en la cual no se indicare el fundamento legal para la procedencia de la excepción, el destinatario de la orden de embargo se podrá abstener de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargable de los recursos. En tal evento, la entidad destinataria de la medida, deberá informar al día hábil siguiente a la autoridad que decretó la medida, sobre el hecho del no acatamiento de la medida por cuanto dichos recursos ostentan la calidad de inembargables. La autoridad que decretó la medida deberá pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de envío de la comunicación, acerca de si procede alguna excepción legal a la regla de inembargabilidad. Si pasados tres (3) días hábiles el destinatario no se recibe oficio alguno, se entenderá revocada la medida cautelar.

En el evento de que la autoridad judicial o administrativa insista en la medida de embargo, la entidad destinataria cumplirá la orden, pero congelando los recursos en una cuenta especial que devengue intereses en las mismas condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el débito por cuenta del embargo. En todo caso, las sumas retenidas solamente se pondrán a disposición del juzgado, cuando cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene.

El análisis realizado acerca de los límites a la IBRP, entre 1992-2019, muestra que no se trata de un privilegio absoluto en cabeza de las administraciones públicas y que tiene límites en el respeto del derecho a la dignidad humana, la prevalencia de los derechos fundamentales y el derecho de acceso a la justicia

También es posible apreciar que la Corte ha mantenido un precedente uniforme durante casi dos décadas con la creación de tres reglas que excepcionan la IBRP: i) la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, ii) el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias, y iii) la ejecución de una obligación clara expresa y exigible contenida en un título emanado del Estado.

Finalmente, no cabe duda de que han existido tensiones permanentes entre el legislador que, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, no reconoce plenamente los límites fijados por la Corte Constitucional en la aplicación del PIBRP.

## DISCUSIÓN

### **Las excepciones del principio de inembargabilidad de los bienes y recursos públicos en procesos ejecutivos ante el Consejo de Estado**

A partir de 1995 es posible identificar posturas críticas del Consejo de Estado frente la doctrina constitucional que se había consolidado entre 1992 y 1994 con relación a la IBRP. La primera sentencia que realizó críticas importantes a los fundamentos expuestos por la Corte Constitucional es la C-546 de 1992; fue la decisión que estudió la legalidad de los artículos 2° y 3° del Decreto Reglamentario n.° 1807 de 3 de agosto de 1994, expedido por el Gobierno Nacional, “por el cual se reglamenta el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 y se dictan otras disposiciones” (Sentencia de nulidad 3149, 1995). En esta oportunidad, el Consejo de Estado criticó que la Corte considerara que el principio de equilibrio presupuestal había desaparecido con la nueva Constitución; indicó que aún hoy debe existir concordancia o equivalencia entre los gastos que se deben hacer, las rentas y recursos incorporados para respaldarlas, y la proyección de este ejercicio para garantizar su correcta y cabal ejecución. Así lo precisó:

(...) Es en este sentido como debe entenderse la reforma al art. 211 de la anterior Constitución, ya que hoy no se exige ese (equilibrio desde el acto aprobatorio. Así, podrá el proyecto de ley de apropiaciones contener la totalidad de los gastos que se pretenda realizar, aunque en ese momento las rentas o ingresos no sean suficientes para su atención. Pero, y aquí surge de nuevo la fuerza restrictiva del presupuesto, el gobierno tendrá que proponer, por separado, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de los gastos contemplados que figuran como descubiertos o sin respaldo. Trámite de nuevas rentas que no deberá omitirse por el

gobierno y que incluso podrá continuar su curso en el período legislativo siguiente. (...) (Sentencia de nulidad 3149, 1995)

A sí pues, la Alta Corporación estimó que el equilibrio fiscal, más que un principio legislado, se convirtió en un principio general del derecho presupuestal que garantiza el cumplimiento de las obligaciones que sobrevengan al Estado en razón de situaciones imprevistas. Igualmente, sostuvo que el principio de inembargabilidad evita el manejo caprichoso de las finanzas públicas, a través de la defensa de la ejecución de los programas incluidos en los presupuestos, para asegurar la prevalencia del interés general de la comunidad sobre el particular de los acreedores del Estado.

De otra parte, con relación a al principio de inembargabilidad, y particularmente frente a los créditos de carácter laboral, expresó que a pesar de que la Corte Constitucional reconoció que “La inembargabilidad en materia laboral, desconoce el principio de la igualdad material, al convertirse en un obstáculo para el ejercicio efectivo del derecho” (Sentencia C-546, 1992). Estimó que la facultad otorgada al legislador en el artículo 63 constituye la razón jurídica formal para reconocer la importancia del interés general y que en virtud de tal atribución se justifica la inembargabilidad para los recursos incorporados en el presupuesto general de la nación que trata el artículo 16 de la Ley 38 de 1989.

Más adelante, para 1995, el Consejo de Estado, al estudiar la legalidad de los artículos 2° y 3° del Decreto Reglamentario n.° 1807 de 3 de agosto de 1994, “por el cual se reglamenta el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 y se dictan otras disposiciones” (Sentencia de nulidad 3149, 1995), expresó que el principio de inembargabilidad de los recursos del presupuesto general depositados en favor de la nación son distintos a de los pertenecientes a la entidad condenada en la sentencia respectiva, y que su inembargabilidad no atenta contra los fines esenciales del Estado, por el contrario, garantiza la protección del bien público. Veamos:

(...) no constituye obstáculo para que los jueces competentes para conocer de procesos ejecutivos puedan, frente a un caso particular y concreto reconocer dicha excepción, dado el criterio auxiliar de que está revestida la doctrina de la Corte Constitucional, atendiendo el valor que a ésta le reconoce el artículo 230 de la Carta Política. (Sentencia de nulidad 3149, 1995)

Continuando con la observación de las decisiones de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, fue posible estudiar el decreto de la medida cautelar de embargo sobre unos bienes pertenecientes a un establecimiento público de nivel municipal, reconociendo por primera vez el precedente fijado por la Corte Constitucional en materia de excepciones al principio de inembargabilidad:

(...) en cuanto toca con los créditos laborales reconocidos mediante actos administrativos, porque aunque esta excepción al principio aludido podría prestarse a objeciones desde el punto de vista

de los poderes del juez que ejerce el control constitucional, estima la sala que merece igualmente acatamiento por la fuerza que poseen las decisiones de la Corte Constitucional en el ejercicio de dicho control. (Auto Ejecutivo S-694, 1997)

La citada providencia aplicó la excepción al PIBRP sobre bienes de los departamentos y municipios, dando cumplimiento de decisión que admite el embargo de los presupuestos de las entidades territoriales, esto es, la Sentencia C-266 de 1994. Esta posición siguió vigente para 1998, en la que los recursos a los que se refiere el artículo 19 del Decreto 111 de 1996 eran los únicos a los que se les reservaba el privilegio de inembargabilidad. Sobre el tema indicó:

Todos los dineros transferidos en cumplimiento de cualquiera de las situaciones que acaban de relacionarse son inembargables, y esa inembargabilidad no solo comprende el dinero transferido, sino también los rendimientos que produzcan tales dineros, dado que el capital principal tiene una destinación específica, y los rendimientos que produzca siguen la suerte de aquel, incrementando simplemente ese capital, que goza de inembargabilidad. (Auto 3679-2014, 2017; Auto Ejecutivo 15155, 1998)

Igualmente, en providencia de 22 de febrero de 2001 Consejo de Estado aseguró que la inembargabilidad no se predica de los bienes de las entidades territoriales y los organismos descentralizados, salvo en lo previsto en el artículo 684 de CPC y las cesiones y participaciones que realiza la Nación. Así mismo, precisó que estos últimos podrán embargarse frente a las obligaciones contractuales a cargo de la entidad territorial y cuyo objeto haya consistido en atender las necesidades específicas o la financiación de los servicios de educación y salud que prevé el gasto social.

De otra parte, la regla según la cual los recursos originados en transferencias que realiza la nación a los entes territoriales no se convertían en embargables después de transcurridos los 18 meses que contemplaba el antiguo CCA, toda vez que su finalidad está predeterminada al interés social (Auto Ejecutivo 24861, 2004); no obstante, también podrán embargarse en virtud de la ejecución de obligaciones producto de contratos estatales, cuyos títulos son exigibles, bajos las reglas pactadas en el contrato estatal (Auto Ejecutivo 19137, 2003).

Hoy en día el artículo 594.1 de la Ley 1564 concentra el privilegio de la inembargabilidad de los bienes y recursos de las entidades territoriales. Así mismo, incorpora algunas reglas que se habían desarrollado como excepciones en la jurisprudencia: i) “Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas”. También establece como embargables hasta la tercera parte de los ingresos brutos de los bienes destinados a un servicio público, cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas (Ley 1564, 2012). Cuando el servicio público lo prestan particulares, autoriza que se embargue los bienes destinados a él y los ingresos brutos que se produzca (Ley 1564, 2012).

Bajo este panorama legislativo, la decisión del 21 de julio de 2017 aplica el precedente judicial que se había construido sobre el tema desde 1993, relacionado con la excepción a la inembargabilidad del presupuesto general de la nación, y puntualizó que los recursos parafiscales pueden ser objeto de embargo solo cuando la naturaleza de la obligación sea de carácter laboral, se derive de un contrato estatal o una sentencia. Explica que su afectación es necesaria para hacer efectivos otros principios de orden fundamental como la igualdad, la dignidad humana y el derecho al trabajo, cuya garantía corresponde al Estado (Auto 3679-2014, 2017). En este punto, no ha dicho nada diferente la postura que ya se había consolidado ante de la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012.

Del Auto de 10 de mayo de 2018 se destaca cómo el Consejo de Estado confirma una orden de embargo impuesta por el Tribunal Administrativo del Cesar, respecto a varias cuentas de la Fiscalía General de la Nación interpretando las disposiciones contenidas en el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011, bajo los precedentes fijados por la Corte Constitucional, lo que en mi criterio revela sin titubeos la plenitud de su adopción por parte del Contencioso. Veamos:

Ahora, dado que la demanda ejecutiva se presentó en vigencia de la Ley 1437 de 2011, es pertinente traer a colación, tal como lo puso de presente el recurrente, lo dispuesto por el artículo 195 de la codificación en mención según la cual “el monto asignado para sentencias y conciliaciones no se puede trasladar a otros rubros, y en todo caso serán inembargables, así como los recursos del Fondo de contingencias”, que debe ser interpretada con observancia de las directrices emanadas de la Constitución, a fin de asegurar la efectividad de los derechos ya reconocidos, máxime cuando a la entidad pública se le ha destinado un rubro en específico para el cumplimiento de este tipo de obligaciones, de manera que, se entenderá que la excepción de embargo solo procederá en virtud de una decisión judicial debidamente ejecutoriada y tras agotar el procedimiento previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (Auto Ejecutivo 57740, 2018)

Reafirma el panorama una decisión más reciente, proferida el 6 de junio de 2019, en la que el Consejo de Estado reconoce claramente la vigencia de las reglas constitucionales que excepcionan la IBRP; al decretar el embargo de una cuenta perteneciente al presupuesto general de la nación, por una obligación contenida en una sentencia, expresó que

Las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del Código General del Proceso a las que alude la impugnante, presentan un contenido normativo similar al que ya fue analizado por la Corte Constitucional en las providencias que consolidaron el precedente que establece excepciones a la inembargabilidad de los recursos públicos, la Sala considera que dicho criterio jurisprudencial se mantiene incólume y resulta vinculante, incluso, en vigencia de estas últimas normativas. (Auto Ejecutivo 62544, 2019)

El argumento transcrito ratifica la hipótesis según la cual la IBRP no es absoluta y que a pesar de la potestad discrecional del legislador en ejercer de la libertad de configuración normativa, tiene como límites la dignidad humana, la efectividad y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, el principio de la seguridad jurídica, el derecho a la propiedad, el acceso a la justicia como medio para lograr la protección de sus derechos violados o desconocidos por el Estado, y la necesidad de asegurar la vigencia de un orden justo. Sin duda existen unos límites que se han materializado en formulación de excepciones al principio de IBRP claramente incorporado en una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, sino que también han sido acogidos en los casos que desde la praxis que se presenta en el escenario de los procesos ejecutivos en lo Contencioso Administrativo.

## CONCLUSIONES

El debate sobre la aplicación de la IBRP emerge de antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Sin embargo, fue en 1992 cuando la Corte fijó la primera regla que exceptiona el principio con la sentencia C-546 de 1992, hito en la materia y que sigue vigente a pesar de que han pasado casi tres décadas desde su expedición.

Entre 1992 y 2014 se han proferido catorce sentencias que consolidan una línea jurisprudencial clara frente a la excepción del principio de IBRP, particularmente aplicadas a las normas del presupuesto general de la nación, y que respecto de dichos recursos ha permitido su embargo bajo los siguientes supuestos: *i*) la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, *ii*) el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias, y *iii*) la ejecución de una obligación clara expresa y exigible contenida en un título emanado del Estado.

La aplicación de estas excepciones se extiende a los recursos incorporados en el Sistema General de Participaciones, a través de cuatro decisiones proferidas entre 2002 y 2010: la Sentencia C-739 de 2002, C-566 de 2003, C-1154 de 2008 y C-539 de 2010.

No se aplican excepciones al PIBRP en dos casos muy puntuales: el primero, cuando se trata de fondos creados en el marco de una declaratoria de estado de emergencia económica, como ocurrió con el Fondo Nacional de Calamidades, que según la Sentencia C-090 de 2001, autorizar su embargabilidad en las excepciones ya mencionadas, impediría cumplir con el objetivo de la medida excepcional, es decir, no sería proporcional y adecuado para superar dicho estado de emergencia. El segundo caso se observa en el fondo para la reposición y renovación del parque automotor (fondo de naturaleza parafiscal), el cual, además de contar con aportes de particulares, solo estaba destinado para dicha reposición. En este caso, la especificidad de la destinación

del recurso, en criterio de la Corte, hace inaplicable cualquier excepción que permita su embargo (Sentencia C-251/2011).

Los autos proferidos por Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo (entre 1995 y 2019) demuestran que las reglas fijadas en la Sentencia C-546 de 1992 y C-354 de 1997 han consolidado un precedente pacífico y vinculante respecto de la incorporación de tres reglas que excepcionan el PIBRP (descritas en párrafos anteriores). A pesar de haber formulado importantes críticas en decisiones proferidas para 1995, dichas reglas han sido acogidas de manera pacífica por el Consejo de Estado al momento de resolver solicitudes de embargo que involucran recursos del presupuesto general de la nación, del Sistema General de Participaciones, de recursos del sector salud, e incluso de dineros provenientes de los presupuestos de las entidades territoriales. Es posible afirmar que en el marco del proceso Ejectuivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, procede el embargo de los dineros mencionados.

## REFERENCIAS

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Noviembre de 2014). Recomendaciones a los municipios de 4ª, 5ª y 6ª categoría sobre la aplicación del parágrafo del artículo 594 del código genral del proceso. Recuperado de: [defensajuridica.gov.co](http://defensajuridica.gov.co): [http://defensajuridica.gov.co/servicios-al-ciudadano/asesoria\\_territorial/Documents/recomendacion\\_general\\_art\\_594\\_140415.pdf](http://defensajuridica.gov.co/servicios-al-ciudadano/asesoria_territorial/Documents/recomendacion_general_art_594_140415.pdf)
- Ariño Ortiz, G. (1970). Inembargabilidad de los fondos públicos. *Revista de Derecho Privado*, Vol 54, N° 8 (Sep) 752-764. Auto 3679-2014 (21 de julio de 2017). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. Carmelo Darío Perdomo Cuéter. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: Radicado 08001-23-31-000-2007-00112-02 (3679-2014). Recuperado de: <http://legal.legis.com.co/docu>
- Auto Ejecutivo 62544 (6 de noviembre de 2019). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. María Adriana Marín. Bogotá, Colombia.
- Auto Ejecutivo 15155 (3 de septiembre de 1998). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá, D.C., Colombia: eferencia Proceso Ejecutivo. Recuperado de: <http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurco>
- Auto Ejecutivo 18844 (22 de febrero de 2010). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez. Recuperado de: [http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol\\_75992041be0df034e04](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_75992041be0df034e04)
- Auto Ejecutivo 19137 (30 de enero de 2003). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. C.P. María Elena Giraldo Gómez. Bogotá, D. C. , Colombia: Referencia: Proceso Ejecutivo Radicación: 47001-23-31-000-1997-05102-01(19137). Recuperado de: [https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/52548853?from\\_fbt=1&fbt=preview&fallbackURLB64=aHR0cDovL2NvbnNlam8tZXNOYWVrLnZsZXguY29tLmNvL3ZpZC8tNTI1NDg4NTM=](https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/52548853?from_fbt=1&fbt=preview&fallbackURLB64=aHR0cDovL2NvbnNlam8tZXNOYWVrLnZsZXguY29tLmNvL3ZpZC8tNTI1NDg4NTM=)

- Auto Ejecutivo 19717 (8 de mayo de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: Radicado: 11001-03-27-000-2012-00044-00(19717). Recuperado de: <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-520761526>
- Auto Ejecutivo 23623 (25 de marzo de 2004). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: Radicado: 76001-23-25-000-2002-0026-01(23623). Recuperado de: <https://www.redjurista.com/Documents/c>
- Auto Ejecutivo 24861 (19 de febrero de 2004). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: radicación 25000-23-26-000-2002-01373-01 (24861).
- Auto Ejecutivo 57740 (10 de mayo de 2018). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Stella Conto Díaz Castillo. Bogotá, Colombia.
- Auto Ejecutivo S-694 (22 de julio de 1997). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: 50422-23-25-000-951640-01 (8956). Recuperado de: <http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&documen>
- Ballesteros Moffa, L. Á. (2001). *Origen y evolución histórica-normativa del privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos*. España: Tirant lo Blanch.
- Sentencia C-539. (30 de junio de 2010). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, Colombia: Referencia: expediente D-7938. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-539-10.htm>
- Sentencia C-313 (29 de mayo de 2014) Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, Colombia: Referencia expediente PE-040- Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>
- Sentencia C-266 (30 de junio de 1994) Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, Colombia: Referencia expediente D-466- Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-266-94.htm>
- Sentencia C-739 de 2002 (22 de junio de 2000) Sala Plena. M.P. Fabio Morón Díaz Bogotá, Colombia: Referencia expediente D 2718- Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-739-02.htm>
- Constitución Política de Colombia (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. *Gaceta Constitucional* n.º 116 de 20 de julio de 1991. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991\\_pr001.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr001.html)
- Decreto 01 (2 de enero de 1984). Presidencia de la República. *Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*. Bogotá, D.C. Colombia: *Diario oficial* n.º 36.439. Recuperado de: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/co/co053es.p>

- Decreto 111 (15 de enero de 1996). Presidente de la República. *Por el cual se compilan la ley 38 de 1989, la ley 179 de 1994 y la ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.. ,.:* Bogotá, D. C., Colombia: *Diario Oficial* n.º 42.692 18 de enero de 1996. Recuperado de: [http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty;jsessionid=qR902PFcBN7H7MRgovt-fBUvt0mxKR-lo2iIHGFDFaiexMV72mX6q!-89808455?nodeId=%2FOCS%2FMIG\\_6220602.PDF%2F%-2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased](http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty;jsessionid=qR902PFcBN7H7MRgovt-fBUvt0mxKR-lo2iIHGFDFaiexMV72mX6q!-89808455?nodeId=%2FOCS%2FMIG_6220602.PDF%2F%-2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased)
- Decreto 1221 (18 de abril de 1986). Presidente de la República. *Por el cual se dicta el estatuto básico de las entidades descentralizadas departamentales.* Bogotá, D.C., Colombia: *Diario Oficial* n.º 37.434. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6854>
- Decreto 1222 (18 de abril de 1986). Presidente de la República. *Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental.* Bogotá, D.C., Colombia: *Diario Oficial* n.º 37.498. de 1986. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas>
- Decreto 2282 (7 de octubre de 1989). Presidente de la República. Ministerio de Justicia. *Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil.* Bogotá, Colombia: *Diario Oficial*, año (CXXVI, n.º 39013. 7 de octubre de 1989, p. 1. Recuperado de: <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1430725>
- Decreto 28. (20 de enero de 2008). Presidente de la República. *Por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones.* Bogotá. D.C., Colombia: *Diario Oficial* n.º 468667 10 de enero de 2008. Recuperado de: [http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/decretos/2008/DECRETO\\_028\\_DE\\_2008.htm](http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/decretos/2008/DECRETO_028_DE_2008.htm)
- Decreto Extraordinario 4819 (29 de diciembre de 2010). Presidente de la República. Por la cual se crea el fondo de Adaptación Bogotá. D.C., Colombia: *Diario Oficial* n.º 47937 de 29 de diciembre de 2008. Recuperado de: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1552065>
- Decreto Reglamentario N° 1807 (3 de agosto de 1994)
- García Lozano, L. e Ramírez Lemo R. (2010) Égida de una administración de justicia precaria: derecho de acceso a la administración de justicia y pluralismo jurídico débil en Colombia. *Revista IUSTA*, 33, 29-39. Doi:<https://doi.org/10.15332/25005286>
- Ibáñez López, F. e Ibáñez Lozano, F. R. (2016). La superación de la doctrina constitucional contenida en la sentencia 166/1998, de 15 de julio, por lo que se refiere a la inembargabilidad del dinero y ciertos bienes patrimoniales de las administraciones públicas. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 424-436.
- Mesceguer Yebra, J. (2001). *La quiebra de la inembargabilidad de los bienes de la Administración Pública.* España: Bosch.
- Ley 01 (10 de enero de 1991). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, D.C., Colombia: *Diario Oficial* n.º 39.626 de 10 de enero de 1991. Recuperado de: [:///C:/Users/unaula/Dwnloads/Ley\\_01\\_1991.pdf](:///C:/Users/unaula/Dwnloads/Ley_01_1991.pdf)

- Ley 21 (27 de noviembre de 1992). Congreso de la República. Por medio de la cual se aprueba el “Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas. Bogotá, Colombia: Diario Oficial N<sup>o</sup> 40.679 de 30 de noviembre de 1992.
- Ley 100 (23 de diciembre de 1993). Congreso de la República. *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, D.C., Colombia: *Diario Oficial* n.º 41.148 de 23 de diciembre de 1993, artículo 134. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur-Mantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=5248>
- Ley 848 (12 de noviembre de 2003). Congreso de la República. Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y la Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero de al 31 de diciembre de 2004
- Ley 1437 (18 de enero de 2011). Congreso de la República de Colombia. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* Bogotá, D.C., Colombia: *Diario Oficial* n.º 47.956. Recuperado de: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley143718012011.pdf>
- Ley 1530 (17 de mayo de 2012). Congreso de la República. *Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del sistema general de regalías.* Bogotá, D.C., Colombia: *Diario Oficial* n.º 48.433 de 12 de mayo de 2012, artículo 70.
- Ley 1564 (12 de julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, D.C., Colombia: *Diario Oficial* n.º. 48489 de 12 de julio de 2012.
- Ley 179 (30 de diciembre de 1994). Congreso de la República. *or el cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989 Orgánica de Presupuesto.* Bogotá, D.C., Colombia: *Diario Oficial* n.º 41.659 de artículo 6. Recuperado de: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/13997/Ley%20179%20de%201994.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ley 258 (17 de enero de 1996). Congreso de la República. *Por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones.* Bogotá, D.C. , Colombia: *Diario Oficial* n.º 42.692, artículo 7. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov>.
- Ley 331 (18 de diciembre de 1997). Congreso de la República. *Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1997.* Bogotá, D.C., Colombia: *Diario Oficial* n.º 42.946 de diciembre 24 de 1996. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0331\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0331_1996.html)
- Ley 38 (21 de abril de 1989). Congreso de la República. *Por la cual se crea el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación.* Bogotá, D. C, Colombia: *Diario Oficial* no 38.789. Recuperado de: <http://www.bogotajuridica.gov.co>
- Ley 715 (21 de diciembre de 2001). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto*

- Legislativo 01 de 2001 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los.* Bogotá, Colombia: *Diario Oficial* n.º 44.654 de 21 de diciembre de 2001. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0715\\_2001.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0715_2001.html)
- López Blanco, H. F. (2004). *Instituciones de procedimiento civil colombiano. Parte especial* (vol. II). Bogotá, D.C.: Dupré
- Mir Puigpelat, O. (1999). ¿El fin de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas? Comentario a la STC166/1998 de 15 de julio. *Autonomies. Revista Catalana de Derecho Público*, N° 25, diciembre 119-147.
- Morón Día, F. (1998) El derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. *Desarrollo Indoeuropeo*, 32 (105), 13-18. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85138494007>
- Prieto Monroy, C. A. (2010). Acerca del proceso ejecutivo. Generalidades y su legitimidad en el Estado Social de Derecho. *Vía Iuris*, N° 8 (41-62).
- Ramírez Carvajal, D. (2013). Contornos del Derecho Procesal contemporáneo: Luces desde la obra de Michele Taruffo. *Revista Academia & Derecho*, N° 7 (4) 171-188. Doi:<https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.7.2533>
- Ríos Muñoz, L. P. (2016). De la inembargabilidad: Verdadero sentido y alcance del vocablo y breve noticia de su evolución histórica. *Revista Brasileira de Direito Processual* (s.d.).
- Roca Trías, Encarna (1996): "Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía", en: Nieto Carrol, Ubaldo, Bonet Sánchez, José Ignacio (Coord), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Tomo I. Parte General y garantías personales (Civitas, 1ª Edición, Madrid) pp. 127-163.
- Ríos Muñoz, L. P. (2017). El «embargo ejecutivo» en el derecho comparado. Intento de una definición aplicable al ordenamiento jurídico chileno . *Revista VOX JURIS*, 34 (2), 37-46. Obtenido de <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/10>
- Rodríguez Bereijo, Á. (2014). Los privilegios de la hacienda pública deudora. Especial referencia a la inembargabilidad de bienes de las administraciones públicas en la jurisprudencia constitucional. En F. Vega Borrego, *La distribución del poder financiero en España: Homenaje al profesor Juan Ramallo Massanet* (pp. 115-133). España: Marcial Pons.
- Sentencia C- 13 (21 de enero de 1993). Corte Constitucional . Bogotá, D.C.
- Sentencia C- 090 (31 de enero de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente OP- 041. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-090-01.htm>
- Sentencia C- 1064 (11 de noviembre de 2003). Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D-4712. Recuperado

de: [ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administrativo-y-contratacion/asi-se-vulneran-derechos-a-menores-en-reparacion-directa-por-defecto-procedimental](http://ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administrativo-y-contratacion/asi-se-vulneran-derechos-a-menores-en-reparacion-directa-por-defecto-procedimental)

Sentencia C- 192 (3 de marzo de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D-5375. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-192-05.htm>

Sentencia C- 251 (6 de abril de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente RE-179. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-251-11.htm>

Sentencia C- 354 (4 de agosto de 1997). Corte Constitucional. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-354-97.htm>

Sentencia C- 543 (21 de agosto de 2013). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D-9475. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-543-13.htm>

Sentencia C- 566. (15 de julio de 2003). Corte Constitucional Sala Plena. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D-4361. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-566-03.htm>

Sentencia C- 013 (21 de enero de 1993). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C., Colombia : Referencia: expediente No. D-054/D-073. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-013-93.htm>

Sentencia C- 017 (2 de diciembre de 1993). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C.: Referencia: Demanda No. D-065. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-017-93.htm>

Sentencia C-103 (10 de marzo de 1994). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Jorge Arango Mejía. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: D- 377. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-103-94.htm>

Sentencia C-1154 (26 de noviembre de 2008). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C., Colombia : Referencia: D-7297. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1154-08.htm>

Sentencia C-250 (28 de marzo de 2012). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expedientes D-8590, D-8613 y D-8614 acumulados. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-250-12.htm>

Sentencia C-263 (2 de junio de 1994). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. José Gregorio Hernández. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-462. Recuperado de: [http://defensajuridica.gov.co/servicios-al-ciudadano/asesoria\\_territorial/Documents/C-263-94.pdf](http://defensajuridica.gov.co/servicios-al-ciudadano/asesoria_territorial/Documents/C-263-94.pdf)

- Sentencia C-288 (18 de abril de 2012). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-8690. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-288-12.htm>
- Sentencia C-354 (4 de agosto de 1994). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá D.C., Colombia: Referencia expediente D-1533. .
- Sentencia C-402 (28 de agosto de 1997). Corte Constitucional. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-1552. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-402-97.htm>
- Sentencia C-402 (28 de agosto de 1997). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Luis Antonio Vargas. Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-402-97.htm> de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-543-13.htm>
- Sentencia C-546 (16 de mayo de 1992). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Ciro Angarita Baron y Alejandro Martinez Caballero. Bogotá, D.C.: Referencia: Expedientes Nos. D-023 y D-041. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-546-92.htm>
- Sentencia C-555 (2 de diciembre de 1993). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia Demanda N° D-314. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-555-93.htm>
- Sentencia C-793 (24 de septiembre de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente D-3963. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-793-02.htm>
- Sentencia de inexecutable 44 (12 de marzo de 1990). Corte Suprema de Justicia. Sala Plena . M.P. Jairo E. Duque Pérez. Bogotá D.C.: Referencia: expediente 1992. Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZlVZkkUk2f8J:www.suin-juriscal.gov>.
- Sentencia de nulidad 3149 (14 de septiembre de 1995). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado de: [http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=10006357#ver\\_10006363](http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=10006357#ver_10006363)
- Sentencia de inconstitucionalidad 1992 (22 de Marzo de 1990). Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia T-531 (26 de julio de 1999). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. M.P.: *Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: T-197369. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-531-99.htm>
- Sentencia T-557 (19 de julio de 2002). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C., Colombia: Referencia: expediente T-572208. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-557-02.htm>

Suárez Hernández, D. (1996). *El proceso ejecutivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el cobro coactivo de los procesos de ejecución ante la jurisdicción administrativa*. Recuperado de: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/222/pdf>

Toscano López, F. H. (2015). Algunas facetas del derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 29. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4330/4914>. Doi:<https://doi.org/10.18601/01234366.n29.09>

**Biocombustibles y los  
derechos humanos al agua y  
la alimentación en Colombia:  
aplicación de los Principios  
Rectores sobre las Empresas y  
Derechos Humanos de la ONU**

*Biofuels and Human Rights to Water and Food in  
Colombia: the Implementation of the UN Guiding  
Principles on Business and Human Rights*

P A O L A F E R N A N D A V A L B U E N A L A T O R R E

Abogada de la Universidad la Gran Colombia (Bogotá). Licenciada en Filosofía de la Universidad Pedagógica Nacional (Bogotá). Actualmente realiza estudios en la Maestría en Derecho Internacional en la Universidad de los Andes (Bogotá) y Maestría en Educación en la Universidad Pedagógica Nacional. Asistente graduada del Centro de Español de la Universidad de los Andes. [p.valbuena@uniandes.edu.co](mailto:p.valbuena@uniandes.edu.co)

R E Y N E L L B A D I L L O S A R M I E N T O

Internacionalista con énfasis en Ciencia Política de la Universidad del Norte (Barranquilla). Estudiante de la Maestría en Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes (Bogotá). Asistente graduado del Centro de Español de la Universidad de Los Andes. Investigador del Centro de Pensamiento UNCaribe de la Universidad del Norte. [ra.badillo@uniandes.edu.co](mailto:ra.badillo@uniandes.edu.co)

## Resumen

Este artículo retoma la discusión sobre las responsabilidades internacionales de las empresas a partir del caso de las productoras de biocombustibles frente a los derechos al agua y la alimentación. Para ello, se analiza el nivel de cumplimiento de las 13 productoras de biocombustibles más grandes de Colombia de acuerdo con lo determinado por los principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos de la ONU. Concluimos, por un lado, que, pese a que existe evidencia para considerar que la producción de biocombustibles impacta negativamente en el acceso al agua y a la alimentación, la mayoría de las empresas en Colombia no han establecido planes de mitigación ni formas de remediar estos daños. Por otro lado, son las empresas más grandes las que han establecido *compromisos políticos* y cumplido el *deber de debida diligencia*, lo cual parece apuntar a que el acceso a más recursos produce mayores niveles de cumplimiento. Esto permite inferir que en las empresas prima el enfoque de la *voluntariedad* para la adopción de disposiciones internacionales sobre derechos humanos.

### PALABRAS CLAVE

Biocombustibles, Principios Rectores, derechos humanos, derecho a la alimentación, derecho al agua, cumplimiento.

## Abstract

This article returns to the discussion on the international responsibilities of private companies based on the case of biofuel producers in relation to the rights to water and food. To this end, it analyzes the level of compliance of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights of the 13 largest biofuel producers in Colombia. We conclude, on the one hand, that although there is evidence to consider that biofuel production negatively impacts access to water and food, most companies in Colombia have not established mitigation plans or ways to remedy these damages. On the other hand, it is the larger companies that have established political commitments and fulfilled their duty of due diligence, which seems to indicate that access to more resources produces higher levels of compliance. This suggests that the voluntary approach to international human rights regulation is the most important approach for companies.

### KEYWORDS

Biofuels, Guiding Principles, human rights, right to food, right to water, compliance.

## 1. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de considerar a las empresas como sujetos del derecho internacional y, por ende, como obligadas a respetar los derechos humanos ha generado numerosos debates dentro del campo de la responsabilidad social empresarial (Lundan, 2015). Esta discusión se gestó debido a que, aunque cada vez era más claro que los actores corporativos también eran capaces de violentar derechos humanos en los territorios en los que hacen presencia, no había forma de obligarlos jurídicamente a reparar a sus víctimas y responder por estas acciones (Ruggie, 2008; Wahab, 2019). Aunque aún no existe un marco internacional jurídicamente vinculante ante el cual las empresas respondan de forma universal, desde 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU) adoptó los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en adelante Principio Rectores). Este es un documento que plantea los lineamientos para la protección, el respeto y la reparación de derechos humanos por parte de empresas transnacionales y otras empresas.

Casi una década después de adoptado este marco de actuación, resulta necesario pensar de qué forma ha afectado los comportamientos de algunas compañías. Para este artículo hemos considerado específicamente a las productoras de biocombustibles. Ante el inminente agotamiento del petróleo, desde finales de la década de los ochenta los biocombustibles aparecieron como una alternativa “verde” a los problemas ambientales producto de la extracción y emisión de gases de los combustibles fósiles y, por ende, una solución viable para esa crisis energética (Chauhan, Velamar, Kumar, Mishra & Sudheer, 2020; Hassan y Kalam, 2013; Singhal, 2020). Sin embargo, con el paso de los años se ha empezado a cuestionar que su producción puede incidir negativamente en la calidad de vida de los individuos y las comunidades (Chimera, Buddenhagen & Clifford, 2010; Thornley & Gilbert, 2013; Valbuena, 2016).

En ese sentido, esta investigación se enmarca en dos discusiones igual de relevantes. Por un lado, discute la idea de que los biocombustibles son realmente una alternativa sostenible frente al petróleo, debido a los impactos ambientales y ecológicos que puede tener sobre las poblaciones. Por otro lado, considera las discusiones sobre el impacto del derecho internacional —específicamente los Principios Rectores— en los comportamientos de los actores que regula. Los autores consideran que la mayoría de las empresas de biocombustibles no han adoptado los Principios Rectores establecidos por la ONU y son un riesgo latente para la garantía de los derechos humanos a la alimentación y el agua.

Para demostrar esto analizamos las 13 principales productoras de biocombustibles en Colombia a partir de los tres criterios determinados por los Principios Rectores (compromiso político, deber de debida diligencia y acceso a reparaciones). Para ello, observamos los informes de sostenibilidad de cada una de ellas (en caso de haberlos) y las políticas que se relacionaban con la mitigación de impactos producidos por sus actividades. Concluimos que la mayoría de

las empresas no han determinado rutas de acción para mitigar sus impactos ni para reparar los daños potenciales que llegasen a materializarse, por lo que persiste un incumplimiento de las disposiciones internacionales dada la prevalencia de un enfoque voluntarista de las responsabilidades internacionales de los actores privados.

Para demostrar esto, este artículo ha sido dividido en tres partes. En primer lugar, se elabora un contexto sobre la producción de biocombustibles y su origen histórico. Luego se considera la discusión sobre las responsabilidades internacionales de las empresas y cómo esto se relaciona con los Principios Rectores. Finalmente, se evidencia la forma en que las empresas productoras de biocombustibles se relacionan con los Principios Rectores y sus obligaciones en materia de derechos humanos, particularmente en Colombia.

## 2. METODOLOGÍA

Esta investigación busca comprender cómo las empresas productoras de biocombustibles en Colombia han implementado los Principios Rectores de la ONU a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos al agua y la alimentación. Para ello, se seleccionaron las 13 principales productoras de etanol y biodiésel en Colombia (los biocombustibles más producidos en el país)<sup>1</sup>. Particularmente, analizamos los informes de sostenibilidad anuales<sup>2</sup> de estas compañías. La técnica de análisis de la información fue el análisis de contenido manifiesto<sup>3</sup>. Las variables de análisis fueron los elementos contenidos en los Principios Rectores<sup>4</sup>: a) compromiso político, b) debida diligencia y c) acceso a reparación.

---

<sup>1</sup> Estas 13 compañías fueron seleccionadas a partir del informe de Procolombia (2016) y son las siguientes: Incauca, Riopaila-Castilla, Ingenio Providencia, Manuelita, Ingenio Risaralda, Oleoflores, BioSC, Bío D, Ecodiesel de Colombia, Romi de la Costa, Biodiesel de la Costa, Odin Energy, Biocastilla.

<sup>2</sup> La mayoría de estas empresas publican desde hace algunos años un informe anual de sostenibilidad en el que muestran cuáles son los riesgos que su producción implica y qué acciones toman para mitigarlos. Asumimos que la implementación de los Principios Rectores implicaría hacer evidente en estos informes los riesgos relacionados con estos dos derechos y las decisiones que toman para afrontarlos. Seleccionamos el último informe de cada compañía.

<sup>3</sup> Se entiende como análisis de contenido manifiesto la técnica consistente en establecer de forma deductiva unas variables de análisis y unos nodos a fin de identificar lo que ha sido dicho de forma manifiesta por el discurso (Riffe, Lacy & Fico, 2008). Es decir, en este caso no estamos interesados en comprender qué quisieron decir las empresas en sus informes de forma velada o si había un significado más allá de lo mencionado, sino que nos interesa su contenido explícito.

<sup>4</sup> Sabemos que Colombia tiene otras disposiciones legales que podrían ser útiles para analizar el cumplimiento de las empresas con respecto a disposiciones ambientales o de mitigación de daños; no obstante, dado que el objetivo de este artículo es entender la forma en que el derecho internacional puede llegar a tener impactos en el comportamiento de las empresas, no nos centramos en estas disposiciones nacionales. Para una revisión sobre el marco jurídico colombiano, recomendamos la recopilación hecha por Fedebiocombustibles (s. f.) y los trabajos de García-Romero y Calderón-Etter (2012) y Vargas y Betancur (2018).

El primer paso del análisis de contenido fue identificar si dentro de sus programas de sostenibilidad, estas empresas evidencian preocupaciones directas sobre el uso del agua o los efectos de la empresa en la alimentación en la producción (los nodos, entonces, eran “agua” y “alimentación”). El indicador para identificar si existía “compromiso político” fue que hubiera alguna sección en el documento dedicada a abordar las acciones de la empresa para mitigar las afectaciones a alguna de las dos variables o que se comprometieran explícitamente a cuidar el agua o algún proceso que pudiera afectar la tierra para cultivar. Si esta sección era identificada, entonces se analizaba si la empresa establecía acciones para mitigar los riesgos (*due diligence*) y si se determinaban rutas de reparación para aquellos que hayan sido afectados por esto (acceso a reparación). Las tres variables se estructuran a partir de un criterio dicotómico (presencia/ausencia) a fin de que puedan ser comparadas entre las 13 empresas.

### **3. LOS BIOCOMBUSTIBLES: LA ALTERNATIVA “VERDE” A LOS COMBUSTIBLES FÓSILES**

Como ya fue mencionado, los biocombustibles nacen como una alternativa ante la inminente extinción de los combustibles fósiles. El éxito de los biocombustibles radica no solo en asegurar el remplazo de estos, sino en que se considera una opción “amigable” con el medio ambiente. Según Camps y Martín (2008), son combustibles de origen biológico, pero no fosilizados. Esto implica que, a diferencia de los combustibles fósiles, los biocombustibles son producto de procesos que utilizan materia prima animal o vegetal para producir energía. Así, a partir de la materia prima utilizada, los biocombustibles se dividen en cuatro tipos o generaciones.

Los biocombustibles de primera generación se producen a partir de materia prima de origen vegetal que, en su gran mayoría, son aptos para el consumo alimenticio. Estas materias primas tienen como característica principal altos niveles de azúcares que permiten el proceso de fermentación o grandes cantidades de aceite (Álvarez, 2009). Este tipo de biocombustibles es el que, en general, cumple con mayor precisión el propósito de ser más amigable con el medio ambiente, pues la emisión de gases producto de la combustión suele ser muy baja, lo que disminuye uno de los principales riesgos de los combustibles fósiles: el efecto invernadero. A pesar de ello, esta primera generación de biocombustibles ha sido criticada por las afectaciones que genera en las tierras cultivables y por el uso de materia prima apta para el consumo humano —lo que podría incrementar el hambre y disminuir la oferta de alimentos— (Abdulkhani, Alizadeh, Hedjazi & Hamzeh, 2017; Borse y Sheth, 2017).

Los biocombustibles de segunda generación fueron introducidos ante estos cuestionamientos. Estos se derivan de cultivos no aptos para la alimentación. Son producidos, principalmente, con residuos agrícolas y forestales, pero tienen dos grandes debilidades. Por un lado, no son capaces de generar una disminución real de gases de efecto invernadero (GEI) comparados con los residuos fósiles (Bessou, Ferchaud, Gabrielle & Mary, 2011). Por otro lado, no son sostenibles en

el largo plazo, debido a que han demostrado ser capaces de profundizar la competencia por las tierras disponibles (Aguilar et al., 2018; Andrée, Diago & Koomen, 2017).

Por su parte, los biocombustibles de tercera generación son producidos a través de los llamados *cultivos energéticos*. Esto implica insumos vegetales no alimenticios que crecen rápidamente (Álvarez, 2009). Estos biocombustibles, además de crecer muy rápido y tener un procesamiento bastante simple, disminuyen el efecto invernadero, debido a que asimilan mucho dióxido de carbono. No obstante, tienen una alta influencia en la deforestación y suelen utilizar considerables extensiones de tierras aptas para el cultivo de alimentos (Adeniyi, Azimov & Burluka, 2018; Leu y Boussiba, 2014).

Por último, los biocombustibles de cuarta generación utilizan microorganismos genéticamente modificados. Esto permite unos niveles de eficiencia mucho mayores y, además, contribuye a que se superen los conflictos alrededor de la competencia con los cultivos aptos para la alimentación (Leong., Lim, Lam, Uemura & Ho, 2018). Sin embargo, es un proceso costoso que difícilmente es posible para países del sur global (Barros, Gonçalves, Simões & Pires, 2015). Por tanto, siguen siendo poco utilizados y, podría decirse, están en plena fase de expansión (Abdullah et al., 2019). Para esta investigación solo se abordarán los agrocombustibles de primera y segunda generación, dado que son los que mayores afectaciones generan en el ambiente y, por ende, los que tienen más disposiciones por cumplir en el marco de los Principios Rectores.

#### **4. ¿SON LAS EMPRESAS UN SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL?**

Existen tres tradiciones de pensamiento alrededor de la relación derechos humanos-empresa. En primer lugar, la postura tradicionalista considera que la protección y promoción de los derechos humanos es una tarea exclusiva del Estado. Desde este punto de vista, las empresas funcionan bajo lógicas corporativas de maximización de beneficios que difícilmente podría encajar en la lógica de protección de derechos humanos (Jensen, 2002). Por tanto, toda vinculación con esto es indirecta y no puede extenderse más allá de solicitar el estricto cumplimiento de las normativas domésticas (Hsieh, 2015).

Un segundo modelo es el de la autorregulación. Ante el incremento de los flujos transnacionales y la evidencia de que las multinacionales estaban efectivamente violentando derechos humanos sin posibilidad de ser judicializadas, algunos autores plantearon que sí existían obligaciones de derechos humanos para las corporaciones. No obstante, lo que afirman es que esas obligaciones deben ser de cumplimiento voluntario a fin de que las lógicas corporativas no se vean afectadas por modelos fundados en lógicas ajenas a las empresas (Addo, 2005; Arthurs, 2005; Ruggie, 2007).

Finalmente, dado que el modelo de voluntariedad terminaba dejando el asunto en manos de la discreción empresarial, un tercer modelo propone que las empresas sí deben tener obligaciones

morales y jurídicas de protección y promoción de derechos humanos. Lo anterior debido a su posición preponderante en el sistema internacional —algunas multinacionales pueden llegar a tener tanto poder como algunos estados en varios aspectos— y a que la voluntariedad permitiría incumplimientos con afectaciones dramáticas para las poblaciones en las que están. Así, las responsabilidades de las empresas serían paralelas a las del Estado en lo que a la protección de los derechos humanos se refiere (Action4Justice, 2016; Carrillo-Santarelli, s.f.). Sin embargo, como afirma Cragg (2012), este modelo omite que las empresas no buscan garantizar el interés público, sino beneficiar a privados; por tanto, dotarlas de esa responsabilidad podría ser contraproducente tanto para sus actividades privadas como para esa garantía misma de los derechos humanos.

En este texto, consideramos que las empresas efectivamente tienen responsabilidades alrededor de los derechos humanos. Si bien no son equivalentes a las que tienen los Estados, tampoco son del todo voluntarias. En esto coincidimos con Cragg (2010), quien afirma que la diferencia con los Estados no es la voluntariedad, sino la variabilidad. Mientras un país está obligado a proteger y respetar disposiciones específicas sobre las que difícilmente puede haber disenso, una empresa está más marcada por su contexto, sus actividades y por las configuraciones legales del Estado en el que actúa. En ese sentido, el cumplimiento de las empresas debe analizarse de cara a sus actividades específicas y no como si todas tuvieran que realizar exactamente los mismos pasos de garantía y respeto a los derechos humanos.

## 5. LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

El documento que contiene los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos plantea los lineamientos para la protección, el respeto y la reparación de derechos humanos por parte de empresas transnacionales y otras empresas (Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas). De este modo, lo que se busca es no solo limitar las acciones de las empresas, sino establecer instrumentos efectivos que promuevan el cumplimiento de estos principios y que disminuya las operaciones tendientes a la violación de los derechos humanos. Es decir, no se trata de un instrumento punitivo, sino, más bien, preventivo (Muchlinski, 2015). En estos principios prima la protección de los individuos y poblaciones de las acciones ejecutadas por empresas que pudieran afectar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos. Sin embargo, no es un instrumento jurídicamente vinculante, por lo que tampoco pueden entenderse precisamente como obligaciones de estricto cumplimiento (Ibáñez y Ordoñez, 2014).

La Resolución 17/4 de 2011 tiene tres grandes pilares: 1) el deber del Estado de *proteger* los derechos humanos; 2) la responsabilidad corporativa de *respetar* los derechos humanos, y 3) los mecanismos de reparación en caso de violación de estos últimos. En ese sentido, las empresas tienen la responsabilidad de abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y, además,

de establecer mecanismos procedimentales que permitan ejecutar planes de reparación en caso de que haya afectaciones.

## A. Compromiso político de las empresas

El numeral 16 del documento que contiene los Principios Rectores establece que las empresas deben realizar una declaración política pública y difundirla entre las entidades con las que la empresa tenga relaciones contractuales y otros actores vinculados a ella, incluida la población civil siempre que sus actividades puedan afectarla (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2011). El objetivo de la declaración política es dar a conocer a todos los agentes que puedan tener algún interés en los procedimientos y objetivos de la empresa cuáles serán las pautas que se llevarán a cabo en su funcionamiento para garantizar los derechos humanos.

Lo que se busca con este principio es que la empresa haga públicas sus responsabilidades, compromisos y expectativas frente a la protección de los derechos humanos. Es una labor esencialmente informativa que debería dejar claros los sistemas de rendición de cuentas y la forma en que los empleados han sido formados al respecto. De este modo, la declaración política busca establecer mediante el principio de publicidad tanto las garantías y los compromisos en torno al cumplimiento de los derechos humanos como la labor informativa a los individuos y colectividades interesados.

## B. El deber de la debida diligencia de las empresas

El *deber de debida diligencia* se ha planteado como una forma de mitigar y disminuir la violación de derechos humanos por acciones de las empresas. Este deber exige que las empresas consideren todos los riesgos, impactos y posibles vulneraciones que sus actividades puedan implicar para la garantía de los derechos humanos, de forma que puedan ser mitigados adecuadamente (Ibáñez y Ordóñez, 2014). Así, dentro de la *debida diligencia* se debe integrar la “evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos (...) y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas” (ONU, 2011, p. 20).

En este contexto, la *debida diligencia* nace como un concepto previo al daño, que potencia el cuidado que las empresas deben hacer ante los posibles riesgos de las actividades ejecutadas. En ese sentido, el objetivo es conocer de antemano las consecuencias de una intervención comercial y determinar claramente acciones que permitan disminuir el impacto (Salcito y Wielga, 2018). Ruggie y Sherman (2017) afirman que se trata de descubrir riesgos a fin de obtener una licencia social que permita operar haciendo el menor daño posible.

En consecuencia, para el efectivo cumplimiento del deber de *debida diligencia*, la ONU (2011) estructura cuatro elementos que constituyen este proceso: 1) Identificar y evaluar consecuencias

potenciales y actuales a los derechos humanos; 2) integrar y actuar sobre las conclusiones de la evaluación; 3) realizar el seguimiento de la ejecución de medidas de prevención y mitigación de los impactos, y 4) comunicar y publicar sobre la prevención y mitigación del impacto. Estos pasos deben tomar como punto de partida el análisis de cada acción ejecutada en la empresa con relación a todos los derechos humanos concebidos internacionalmente. De esta manera, las empresas se encuentran obligadas a reconocer en cada procedimiento si existe algún riesgo de violar derechos humanos y, por lo tanto, abstenerse de llevar acciones que así lo hagan. En este aspecto, la resolución es insistente en la importancia de tener en cuenta la consulta directa a las partes que pudieran verse afectadas y, en caso de no poderse llevar a cabo, a expertos en la materia, de modo que el ejercicio de reconocimiento de riesgos potenciales se realice de manera concienzuda (Nelson y Martín-Ortega, 2020).

### C. El deber de reparar

A pesar del cumplimiento del deber de la *debida diligencia*, una empresa puede incurrir en violación de derechos humanos, aunque no haya escatimado en esfuerzos por mejorar sus procedimientos y restringir los impactos. Desde esta mirada, la empresa debe estar dispuesta a poner a disposición de los afectados diferentes mecanismos de reparación que se enuncian en el capítulo tercero de la Resolución. Es necesario recalcar que el modo en que se constituye la responsabilidad es indispensable para establecer el tipo de reparación. Entonces, las reparaciones que se estructuran frente a una acción directa de la empresa no son las mismas que se despliegan en el escenario de la complicidad (Kaufmann y Urscheler, 2017).

Por lo anterior, la ONU recalca que la responsabilidad de las empresas por respetar los derechos humanos es imparcial frente a los tipos de empresas y los países en que opera. Esto permite deducir que el deber de reparar también es aplicable a todas las empresas y en las mismas condiciones, cuando se ha ocasionado la violación de derechos humanos. Empero, la Resolución también es enfática en señalar la importancia de reconocer el contexto específico de cada país. Por ejemplo, en un país con un conflicto armado no internacional, la complicidad entre las empresas en la vulneración de derechos humanos se convierte en un factor recurrente (ONU, 2011).

Frente a lo anterior, la Organización de las Naciones Unidas señala que es indispensable que las empresas como primera medida opten por reducir los riesgos y evitar actividades que pongan en peligro los derechos humanos. En esta misma línea argumentativa, en caso de realizar actividades que en sí mismas constituyan un riesgo, deberán propender por establecer, por orden de gravedad, cuáles derechos humanos no deberían ser violados en ninguna circunstancia. Pero, como se señaló previamente, esto no es factible en todos los casos. Por eso, frente al evento en que se instituya la violación de derechos humanos, las empresas deberán atender las consecuencias generadas, tomando nuevamente como foco la gravedad de la violación de ciertos derechos humanos (ONU, 2011).

## **6. ¿CÓMO ACTÚAN LAS EMPRESAS DE BIOCOMBUSTIBLES EN COLOMBIA FRENTE A LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS?**

Este apartado tiene como propósito analizar la relación existente entre las empresas productoras de biocombustibles con los Principios Rectores, lo cual se desarrollará mediante dos ítems. En primer lugar, se analizará cómo inciden las empresas de biocombustibles en el respeto y garantía del derecho al agua. Por otra parte, se estudiará si los procesos llevados a cabo por las empresas productoras de biocombustibles vulneran y/o ponen en riesgo el derecho a la alimentación. Con base en estos dos elementos se buscará estudiar si, en efecto, los biocombustibles permiten la garantía de estos derechos o, en el caso contrario, observar cómo estos podrían incidir en la violación de derechos humanos.

### **A. Los biocombustibles y el derecho humano al agua**

El agua es un recurso natural renovable. Sin embargo, esto no implica que sea inagotable, sino que hace referencia a su posible regeneración de manera paulatina (Wu, Browne & Gortemaker, 2019). De hecho, según afirma Mazari (2003), del volumen total de agua del planeta, solo el 0,26 % es directamente utilizable por la especie humana. Aun así, el uso de fuentes hídricas es usado en diversos sectores de producción (minería, agricultura, ganadería, industrias), lo que contribuye al desabastecimiento de agua potable, principalmente en países del sur global (Evans *et al.*, 2018). De hecho, según la Organización Mundial de la Salud y Unicef (2020), 2,1 billones de personas en el mundo carecen de acceso a agua potable.

Este contexto fue uno de los pilares que incentivaron la investigación alrededor de los biocombustibles, debido a que la producción de combustibles fósiles implica un alto consumo de agua. Mesa, Orjuela, Ortega, & Sandoval (2018) afirman que la industria petrolera es uno de los sectores que trabaja con mayores volúmenes de agua, lo que la lleva a gastar cerca de 40 billones de dólares solo en manejo de agua. Los biocombustibles se plantearon como una alternativa viable debido a que emplean menos litros de agua en su producción (Barnhart *et al.*, 2017). Sin embargo, los biocombustibles utilizan agua, debido a que su materia prima la necesita durante su crecimiento. Es decir, tanto para el crecimiento de los cultivos como para el procesamiento de cualquier tipo de biocombustible, el agua atraviesa cada etapa para la obtención del producto final. En ese sentido, se cuestiona el hecho de que los biocombustibles sean realmente efectivos para disminuir el excesivo uso de agua dulce apta para el consumo humano. De hecho, según datos de Rulli, Bellomi, Cazzoli, De Carolis & D'Odorico (2016), la industria de biocombustibles utiliza cerca del 3 % de agua y tierra usadas para la agricultura, lo que podría alimentar a cerca del 30 % de la población en desnutrición.

Este alto consumo de agua pasa por necesitar grandes extensiones de terrenos aptos para el cultivo. Por ejemplo, en 2013, en Perú, “se anunciaban 45.000 nuevas hectáreas para la siembra de caña de azúcar para producir etanol (...) estimando que el consumo de etanol llegaría a 85 millones de litros, garantizando así la exportación” (Urteaga, 2017, p. 10). Dado que la producción de biocombustibles implica grandes extensiones de tierra para el sembrado de especies vegetales, también necesitará un incremento en el uso de fuentes hídricas dulces para su sostenimiento.

En adición, la preocupación por el uso indiscriminado de fuentes hídricas para la producción de biocombustibles trasciende el ámbito del sembrado y se dirige también al proceso de tratamiento, fermentación y destilación de la materia prima de origen vegetal. Se estima que para sembrar la caña molida se utilizan de 25 a 30 m<sup>3</sup> de agua por tonelada, para el proceso de tratamiento se utilizan cerca de 0,435 m<sup>3</sup> por tonelada, durante la etapa de fermentación se hace uso de 4,4 m<sup>3</sup> de agua por tonelada y para la etapa de destilación se necesitan en promedio 3,9 metros cúbicos de agua por tonelada (Saulino, 2011, p. 21-22). Por tanto, ya sea a través de la materia prima, de las cantidades de tierra necesarias para su procesamiento o del proceso de tratamiento, fermentación y destilación de la materia prima, los biocombustibles producen una situación de riesgo al reducir considerablemente el consumo de agua potable y, al igual que los combustibles fósiles, ponen en riesgo a las poblaciones en lo que respecta al derecho al agua.

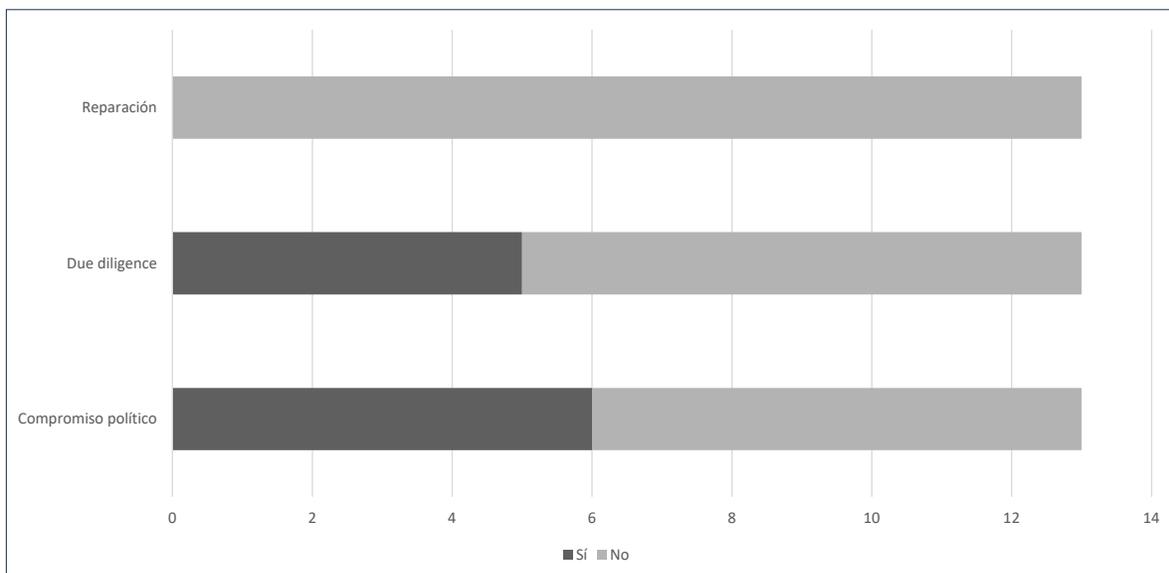
En contraste, conforme con lo establecido por la Resolución 17/4 de 2011 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, las empresas productoras de biocombustibles, de manera previa a la producción, tienen el deber de analizar cómo estas podrían constituir una violación a un derecho humano. Además, a través de la Resolución 64/292, aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010, la comunidad internacional reconoce “que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” (párr. 3). En ese sentido, el agua se entiende como un derecho humano indispensable para el cumplimiento de otro, que es el de la vida.

En Colombia, como lo evidenciaron Ibarra-Vega, Redondo y Olivar (2017), los modelos de irrigación para la producción de bioetanol han producido un consumo de 468.03 millones de litros de agua anuales. En ese sentido, las empresas están desperdiciando grandes cantidades de agua, y en el país esto se ha duplicado en apenas una década (Ibarra-Vega, 2016). Dado que nuestro interés es más de carácter legal que operativo, seleccionamos a las 13 principales productoras de etanol y biodiésel en Colombia (los biocombustibles más producidos en el país) y analizamos si dentro de sus programas de sostenibilidad evidencian preocupaciones directas sobre el uso del agua en la producción.

De estas 13 compañías, seis incluyen el manejo del agua como elemento central en sus informes de sostenibilidad y aseguran estar comprometidas con mejorar sus procesos de producción a fin de no desperdiciar el agua y reducir su consumo en la producción de biocombustibles (compro-

miso político). De esas seis, en cinco puede observarse un plan de acción con metas claras y procesos establecidos para cumplir con ese compromiso político y mitigar los riesgos producidos por el uso inadecuado de agua (*due diligence*). No obstante, en ninguna de las compañías analizadas pudo observarse el establecimiento de una ruta específica de reparación frente a quienes puedan verse afectados por el uso de aguas aptas para el consumo humano.

Resulta de particular importancia que son las empresas con más recursos (más grandes en tamaño y con mayor extensión en el territorio colombiano) las que han establecido criterios claros de actuación para mitigar los daños que puedan llegar a producir. Con la excepción de Ecodiesel Colombia, todas las empresas que establecieron compromisos políticos son ingenios y son estas mismas las que producen *due diligences*.



**Fuente:** Elaboración propia a partir de los informes de sostenibilidad de las compañías.

\* Las empresas que han hecho compromisos políticos son Incauca, Riopaila-Castilla, Ingenio Providencia, Manuelita, Ingenio Risaralda y Ecodiesel Colombia. Esta última no tiene *due diligence*.

### **FIGURA 1.** CUMPLIMIENTO DE LOS PILARES DE LOS PRINCIPIOS RECTORES EN LAS EMPRESAS ANALIZADAS FRENTE AL DERECHO AL AGUA

En síntesis, es posible deducir en este primer criterio de análisis que la mayoría de las empresas productoras de biocombustibles no han adoptado ninguno de los pilares establecidos en los Principios Rectores, lo que mantiene latente el riesgo de violación del derecho al acceso al agua y compromete la vida de individuos y colectividades. De las seis empresas que sí han hecho público el compromiso de reducir el agua que utilizan para sus actividades, una no ha cumplido

con el deber de debida diligencia y, por tanto, no ha visibilizado las estrategias y soluciones ante ese potencial daño.

No obstante, lo problemático en este aspecto radica precisamente en que el agua hace parte de uno de los cimientos para cumplir con el objeto social de estas empresas, debido a lo cual resulta complejo erradicar el riesgo por completo. De hecho, aun las empresas que han establecido planes de acción claros normalmente hacen referencia a las tierras manejadas directamente por el ingenio, lo que dejaría sin solución el agua utilizada para la materia prima —en los casos en los que no sean cultivadas en los ingenios— y a algunos procesos industriales. Esto genera una tensión, en cuanto el agua es un recurso ineludible para la garantía de derechos como la vida y la dignidad humana. Debido a esto, no parece claro qué mecanismos de reparación podrían disminuir el daño ocasionado por el uso indiscriminado de fuentes hídricas aptas para el consumo y, por ende, por la potencial violación del derecho al agua potable. Eso podría explicar la ausencia de esos mecanismos de reparación en los informes de sostenibilidad.

## **B. Los biocombustibles y el derecho humano a la alimentación**

En principio, el derecho a la alimentación es reconocido por primera vez en el numeral 1° artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Este artículo recoge varios elementos necesarios para respetar y proteger el derecho a la vida, entre los que se encuentra la alimentación. De esta manera, se señala que todas las personas tienen derecho a “un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (ONU, 1948, p.5). Desde esta mirada, se observa que, en efecto, la alimentación constituye un pilar indispensable para garantizar el derecho a la vida.

Empero, es hasta 1996, en la Cumbre Mundial Sobre la alimentación, que se hace un reconocimiento al derecho a la alimentación como derecho humano autónomo. A partir de esta cumbre se otorga a los Estados y a las organizaciones internacionales la obligación de respetar, proteger y cumplir (Kracht y Eide, 2005) el derecho a la alimentación bajo cualquier circunstancia. A partir de lo anterior, la seguridad alimentaria nace como un concepto establecido para abarcar aspectos puntuales respecto al derecho a la alimentación. Entonces, la alimentación no se restringe al mero consumo de alimentos, sino que estos deben ser en la calidad y cantidad necesaria para proporcionar los nutrientes requeridos para una vida digna. En contraste, la inseguridad alimentaria se define a partir de la negación de las condiciones expuestas para la existencia de seguridad alimentaria. Por ende, esta puede definirse como “la condición que resulta de un acceso incierto o nulo a alimentos nutricionalmente adecuados y socialmente aceptables” (Vega, Shamah, Peinador, Méndez y Melgar, 2014 p. 2).

Los biocombustibles, como se ha insistido antes, presentan como característica esencial la elaboración de combustible haciendo uso de especies vegetales. Esto genera en particular dos problemáticas directas: en primer lugar, el uso inadecuado de la tierra apta para la actividad agrícola y, en segundo lugar, la indebida utilización de alimentos con fines de consumo humano. Estos dos modos de incidencia de los biocombustibles en la garantía del derecho a la alimentación se abordarán a continuación.

Por una parte, como lo señalan Salinas y Gasca (2009), el requerimiento de grandes extensiones de tierra para la producción eficiente y acelerada de combustibles como el bioetanol ha generado una pugna entre los terrenos para la producción agrícola con destino a la alimentación y los destinados al cultivo agrícola. Desde esta perspectiva, la disputa por la tierra para el cultivo de alimentos será, por causa de los biocombustibles, “cada día más severa en disponibilidad y precios, debido a que el planeta tiene limitada área de agricultura disponible y el desplazamiento de tierras para producirlos está generando incrementos en los precios” (Ávila y Carvajal, 2015, p. 51). Este es un fenómeno que, de hecho, ya había sido analizado desde un enfoque de justicia ambiental, en el que se plantea que el efecto de los biocombustibles en el aumento de precios y conflictos por las tierras cultivables es dramático, pero menos abordado por las compañías, centradas normalmente solo en los beneficios derivados de la disminución de emisiones de GEI (González, 2016; 2018). Entonces, los biocombustibles sí representan un factor de riesgo para la protección del derecho humano a la alimentación, dado que pueden potencialmente incrementar los índices de inseguridad alimentaria como consecuencia de esos procesos de competencia por el uso de tierras y recursos. En palabras de Holt (2012), “este perverso espiral inflacionario pone a los alimentos y recursos productivos fuera del alcance de los pobres” (p.162).

Los procesos requeridos para la producción de biocombustibles con el fin de abastecer energéticamente al mundo implican procesos rápidos y en masa. Esto se traduce no solo en el uso excesivo de territorio sino en el mal uso de estos. Este último aspecto se constituye en acciones como la plantación de monocultivos y el uso indiscriminado de agrotóxicos (Mohr & Raman, 2013). Así, tanto los monocultivos como los agrotóxicos tienen una fuerte incidencia no solo en la erosión de los suelos, sino en la contaminación de yacimientos de agua cercanas a la zona de producción. Como ejemplo de lo enunciado, Saulino (2011) indica que el uso indiscriminado de productos químicos en la labor agrícola se dirige de manera posterior a lagos, lagunas y ríos, contaminando tanto las fuentes hídricas como los peces que, en muchas zonas, son una fuente importante para la ingesta de alimento de los pobladores.

Adicionalmente, el mal uso del suelo puede generar de manera paulatina la erosión en masa de la tierra apta para el cultivo. Este factor de riesgo es mayor si se tiene en cuenta que la producción de biocombustibles está deteriorando no solo el suelo con destino a la producción agrícola sino, además, selvas y bosques que son una fuente de biodiversidad y que cumplen un papel

fundamental en la regulación de condiciones climáticas y ambientales (Ferrante & Fearnside, 2020). Estas condiciones, en últimas, son necesarias para el cultivo de alimentos y el abastecimiento de suministros para la población.

Por otra parte, en cuanto al segundo factor, se enfatiza en que la indebida utilización de los alimentos con destino al consumo humano está estrechamente relacionada con el aspecto anterior. La disputa por la tierra tiene mayor afectación en países del sur global —como es el caso de Colombia— en los que el sector agrícola cuenta con pocas garantías por parte del Estado (Jaramillo, 2006). Lo anterior por cuanto las empresas productoras de biocombustibles proporcionan mayores beneficios y remuneración al sector campesino de los que obtienen por la producción de alimentos. Frente a este contexto, los agricultores, al encontrar mayor beneficio en el cultivo de alimentos con destino a la producción de biocombustibles, dispondrán su territorio al servicio de dichas multinacionales (Valbuena, 2016).

Lo anterior se respalda por lo enunciado por Eberto Díaz Montes, presidente de la Federación Nacional Sindical Unitaria Agropecuaria (FENSUAGRO), quien resalta que, en el contexto colombiano, “la política de este tipo de combustibles es una ley que privilegia los grandes intereses y capitales, que deprime la producción de alimentos en favor de la producción de agrocombustibles”<sup>5</sup>. En consecuencia, la inequidad frente a las condiciones otorgadas al gremio campesino por parte del Estado y la aparición de las empresas de biocombustibles para subsanar dicha carencia pone en tensión el derecho a la alimentación con la producción de combustibles no fosilizados. Entonces, como efecto, el gremio agricultor privilegiará el uso de sus territorios para el sembrado de especies vegetales con destino a la producción de biocombustibles como alternativa energética. Estas consecuencias en el caso colombiano ya han sido analizadas en detalle por Castiblanco y Hortúa (2012).

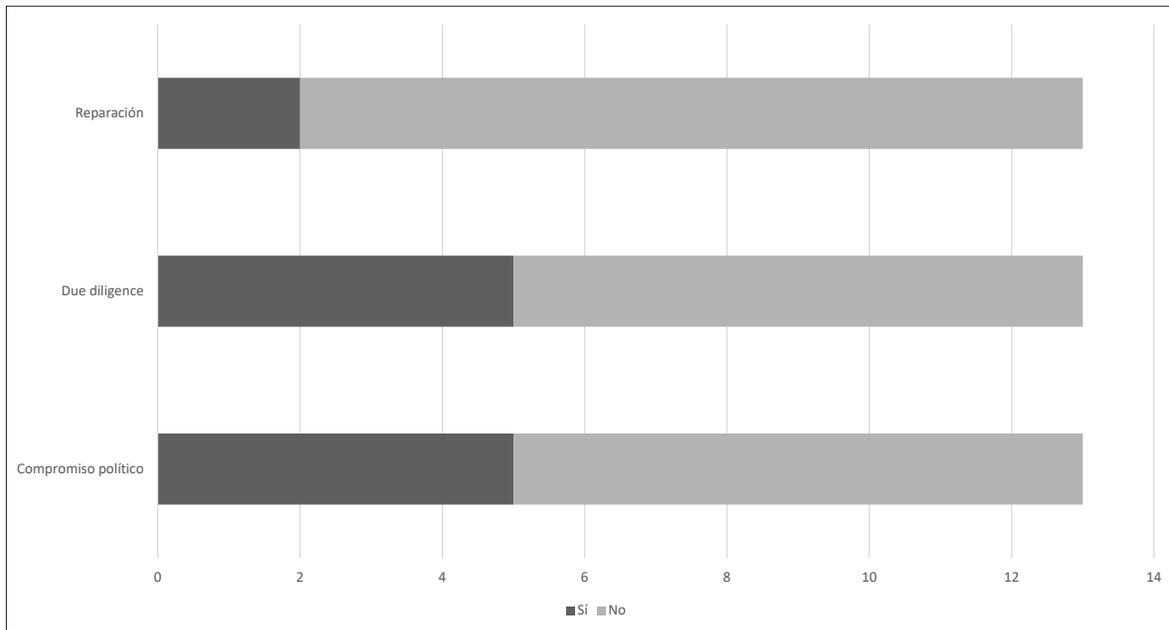
Con respecto al nivel de cumplimiento de los Principios Rectores de las compañías analizadas en Colombia, observamos tendencias similares a las vistas frente al derecho al agua. Solo cinco de las trece compañías —las más grandes, nuevamente— han establecido compromisos políticos y *due diligence* para hacer frente a las consecuencias que sus actividades tienen en el uso del suelo. De estas, únicamente dos han establecido claros procesos de reparación al verificar daños en el suelo. Incauca se ha comprometido a recuperar los suelos con averías a través del uso de materia orgánica y microorganismos. Por su parte, el Ingenio Risaralda se ha comprometido con la restauración de suelos que hayan sido degradados por la intervención de la empresa y a estimularlos con actividad microbiana.

Entre las labores establecidas durante la elaboración de *due diligences*, Riopaila-Castilla contrató a la empresa Wildfire Conservation Society (WCS) a fin de verificar los usos del suelo y las

---

<sup>5</sup> Entrevista realizada por una de las autoras en Valbuena (2016).

afectaciones que podían generarse debido a la introducción de sembrados destinados a la producción de biocombustibles. Además, estableció un “laboratorio de suelos” en el que se analiza el impacto que genera la empresa por las actividades que lleva a cabo. El Ingenio Providencia introdujo “agricultura de precisión”, buscando causar el menor impacto posible por hectárea sembrada. Finalmente, Manuelita se comprometió a la no utilización de fertilizantes químicos a fin de afectar en menor medida los suelos.



**Fuente:** Elaboración propia a partir de los informes de sostenibilidad de las compañías.

**\*\*:** Las empresas que han hecho compromisos políticos son Incauca, Riopaila-Castilla, Ingenio Providencia, Manuelita e Ingenio Risaralda. Todas tienen *due diligence* y solo Incauca e Ingenio Risaralda tienen planes de acción para la reparación de suelos que son afectados por sus actividades.

## FIGURA 2. CUMPLIMIENTO DE LOS PILARES DE LOS PRINCIPIOS RECTORES EN LAS EMPRESAS ANALIZADAS FRENTE AL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

En síntesis, al igual que frente a la garantía del derecho al agua, observamos que la mayoría de las compañías dedicadas a la producción de biocombustibles no tienen planes de acción precisos para afrontar el impacto que generan sobre el derecho a la alimentación. De hecho, los *due diligences* existentes afrontan, esencialmente, el daño producido por el uso inadecuado del suelo, pero omiten los riesgos derivados del aumento de los precios de alimentos y del uso inadecuado de estos, pese a que la investigación al respecto es copiosa y clara en cuanto a considerar este como uno de sus efectos. Es decir, las empresas que elaboran planes de acción para mitigar los daños de sus actividades —que son pocas—, lo hacen a partir de un solo criterio de daño, mientras que dejan los demás por fuera del análisis.

## CONCLUSIONES

Los Principios Rectores han sido adoptados como una respuesta de la ONU frente a la indefinición con respecto a los compromisos internacionales de las empresas por la violación —potencial o real— de derechos humanos. Estos principios pretenden ser universales y contar con el cumplimiento y respaldo no solo de las empresas, sino también de los Estados. Adicionalmente, se resalta que estos principios son generales y no discriminan en el objeto social o en el tamaño de las empresas, pues están estructurados de modo que cobijen todas las circunstancias posibles.

En este artículo hemos analizado las principales 13 empresas productoras de biocombustibles en Colombia con el fin de verificar si los procesos ejecutados no ponen en riesgo el efectivo cumplimiento de los derechos humanos al agua y a la alimentación.

Lo que observamos es que la mayoría de las empresas analizadas no cumplen con los pilares de los Principios Rectores para la protección de estos dos derechos. En ese sentido, a pesar de que podrían poner en riesgo el acceso al agua potable y a la alimentación, no tienen planes de acción destinados a mitigar este impacto en los territorios en los que actúan. Estos resultados podrían explicarse ante la voluntariedad que ha cimentado estos procesos de responsabilidad social empresarial. Es decir, se ha asumido que las empresas solo deben cumplir con estos criterios si así lo consideran —más allá de las normativas estatales específicas—, por lo que no hace falta establecer un *compromiso político*, un *deber de debida diligencia* y una ruta de *acceso a la reparación para las víctimas* de forma obligatoria. Sin embargo, las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y, por ende, ante posibles violaciones, deberían establecer de forma clara esos procedimientos que los lleven a reducir ese impacto.

Con respecto al derecho al acceso al agua, solo seis de las trece compañías han establecido compromisos políticos para mitigar el impacto de sus actividades. Cinco de esas tienen metas claras y rutas de acción para reducir ese impacto y ninguna un acceso a políticas de reparación en caso de que haya daños. Esto podría indicar poca conciencia con respecto a las responsabilidades frente al gasto de agua apta para el consumo humano.

Con respecto al derecho a la alimentación, solo cinco de las trece empresas tienen compromisos políticos y *due diligences*. De estas, dos han establecido rutas claras de acceso a reparación en caso de verificar daños en los suelos por causa de la actividad de la compañía. No obstante, los riesgos frente al derecho a la alimentación no provienen solo del uso inadecuado de suelos, sino de la competencia por la tierra, el aumento de los precios de los alimentos y el uso inadecuado de alimentos aptos para el consumo humano. Las compañías solamente han establecido planes de acción para lo primero, descuidando el resto de los impactos que la evidencia científica ha soportado.

En ambos casos observamos que son las empresas más grandes y con mayores recursos las que han planteado *due diligences*, compromisos políticos y acceso a reparación. Si bien esto no fue motivo de la investigación, podría dar pie a considerar que el acceso a mayores recursos podría abrir la puerta para que haya mayores compromisos con directrices internacionales. No obstante, el déficit de cumplimiento en Colombia frente a los Principios Rectores en lo referente a las empresas productoras de biocombustibles es considerable.

Finalmente, vale la pena mencionar que los biocombustibles han sido asumidos como parte del crecimiento económico, especialmente en países del sur global. Este aspecto resulta controversial por cuanto son precisamente estos Estados los que encuentran en el sector primario su principal actividad económica. Entonces, el territorio de países de Latinoamérica, Asia y África se ha convertido en el foco de empresas productoras de biocombustibles para el aprovechamiento de la tierra con fines energéticos. Estos países, a su vez, suelen ser, por lo general, las regiones con mayor índice de inseguridad alimentaria y escasez de acceso a fuentes hídricas aptas para el consumo humano, lo que profundizaría los impactos de estas actividades ante la inacción de los Estados.

Es importante reconocer que la responsabilidad de las multinacionales productoras de biocombustibles en la potencial violación al derecho humano a la alimentación está enlazada a una responsabilidad por acción y omisión de los Estados. Lo anterior debido a que las garantías brindadas al sector agrícola para la producción de especies vegetales con destino al consumo humano son escasas o nulas. Por ello, los agricultores encuentran en los convenios con estas multinacionales una alternativa para subsanar las mínimas garantías que brindan sus países. En otras palabras, este abandono estatal desencadena una disminución en la oferta de alimentos que propicia su encarecimiento y la imposibilidad de acceso a las poblaciones más vulnerables.

Hay evidencia suficiente para pensar que las empresas de biocombustibles sí pueden generar riesgos para la garantía de los derechos al agua y a la alimentación; no obstante, también es cierto que es difícil que se pueda mitigar del todo esos impactos —dado que se requieren de manera ineludible especies vegetales, grandes extensiones de tierra y un uso potencial de fuentes hídricas para cumplir con su producción. Por ello, es indispensable el establecimiento de políticas estatales que disminuyan la vulneración de los derechos enunciados. De esta forma, es necesario pensar alternativas que permitan la coexistencia de la seguridad alimentaria y el acceso a agua potable con el abastecimiento energético que se requiere en el mundo. Adicionalmente, es preciso que las medidas de reparación de las empresas de biocombustibles sean aptas para mitigar los efectos producidos de manera particular en estos derechos. Estas medidas deben estar dirigidas a propender no solo por un uso adecuado y equitativo de la tierra, sino a reducir los impactos que se producen sobre la escasa oferta, el incremento de la canasta familiar y la disminución de fuentes hídricas potables.

## REFERENCIAS

- Abdulkhani, A., Alizadeh, P., Hedjazi, S & Hamzeh, Y. (2017). Potential of Soya as a raw material for a whole crop biorefinery. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 75, 1269-1280. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.rser.2016.10.082>
- Abdullah, B., Syed Muhammad, S., Shokravi, Z., Ismail, S., Kassim, K Mahmood, A et al. (2019). Fourth generation biofuel: A review on risks and mitigation strategies. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 107, 37-50. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.rser.2019.02.018>
- Action4Justice (2016). *Do Businesses Have Human Rights Responsibilities?* [https://action4justice.org/legal\\_areas/business-and-human-rights/do-businesses-have-human-rights-responsibilities/](https://action4justice.org/legal_areas/business-and-human-rights/do-businesses-have-human-rights-responsibilities/)
- Addo, M. (2005). Human Rights Perspectives of Corporate Groups. *Connecticut Law Review*, 37, 667-692.
- Adeniyi, O., Azimov, U. & Burluka, A. (2018). Algae biofuel: current status and future applications. *Renewable and Sustainable Energy Review*, 90, 316-335. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.rser.2018.03.067>
- Aguilar, D., Rodríguez-Jasso, R., Zanuso, E., Lara-Flores, A., Aguilar, C., Sánchez, A et al. (2018). Operational strategies for enzymatic hydrolysis in a biorefinery. In S. Kumar & R. Saini (Eds.), *Biorefining of biomass to biofuels. Biofuel and biorefinery technologies* (pp. 223-248). Springer.
- Álvarez, C. (2009). Biocombustibles: desarrollo histórico-tecnológico. Mercados actuales y comercio internacional. *Economía Informa*, 359, 63-89.
- Andrée, B., Diogo, V. & Koomen, E. (2017). Efficiency of second-generation biofuel crop subsidy schemes: spatial heterogeneity and policy design. *Renewable and Sustainable Energy Review*, 67, 848-862. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.rser.2016.09.048>
- Arthurs, H. (2005). Corporate Codes of Conduct: Profit, Power and Law in the Global Economy. In W. Cragg (Ed.), *Ethics Codes, Corporations and the Challenge of Globalization* (pp. 51-75). Edward Elgar Publishing.
- Ávila, A. y Carvajal, Y. (2015) Agrocombustibles y soberanía alimentaria en Colombia. *Revista Colombiana de Geografía*, 24(1), 43-60.
- Barnhart, E., David, K., Varonka, M., Orem, W., Cunningham, A., Ramsay, B et al. (2017). Enhanced coal-dependent methanogenesis coupled with algal biofuels: Potential water recycle and carbon capture. *International Journal of Coal Geology*, 171(15), 69-75. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.coal.2017.01.001>
- Barros, A., Gonçalves, A., Simões, M. & Pires, J. (2015). Harvesting techniques applied to microalgae: a review. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 41, 1489-1500.
- Bessou, C., Ferchaud, F., Gabrielle, B. & Mary, B. (2011). Biofuels, greenhouse gases and climate change. A review. *Agronomy for Sustainable Development*, 31(1), 1-79. Doi: 10.1051/agro/2009039

- Borse, P. & Sheth, A. (2017). Technological and Commercial Update for First- and Second-Generation Ethanol Production in India. In A. Chandel & R. Sukumaran (Ed.), *Sustainable Biofuels Development in India* (pp. 279-297). Springer.
- Camps, M. y Martín, F. (2008). *Los Biocombustibles*. Ediciones Mundiprensa.
- Carrillo-Santarelli, N. (s.f.). Corporate Human Rights Obligations: Controversial but necessary. *Business and Human Rights Resource Centre*. <https://www.business-humanrights.org/en/corporate-human-rights-obligations-controversial-but-necessary>
- Castiblanco, C. y Hortúa, S. (2012). Paradigma energético de los biocombustibles y sus implicaciones: panorama mundial y el caso colombiano. *Gestión y Ambiente*, 15(3), 5-26.
- Chauhan, S., Velramar, B., Kumar, R., Mishra, M. & Sudheer, P. (2020). Biofuels: Sources, Modern Technology Developments and Views on Bioenergy Management. In N. Kumar (Ed.), *Biotechnology for Biofuels: A Sustainable Green Energy Solution* (pp.197-220). Springer.
- Chimera, C., Buddenhagen, C. & Clifford, P. (2010). Biofuels: the risks and dangers of introducing invasive species. *Biofuels*, 5(1), 785-796. <https://doi.org/10.4155/bfs.10.47>
- Cragg, W. (2010). Business and Human Rights: A principle and value based analysis. G. Brenkert (Ed.), *The Oxford Handbook of Business Ethics* (pp. 267-304). Oxford University Press.
- Cragg, W. (2012). Business and Human Rights: A Principle and Value-Based Analysis. In W. Cragg (Ed.), *Business and Human Rights* (pp. 3-46). Edward Elgar Publishing.
- Evans, D., Browne, A. & Gortemaker, I. (2018). Environmental leapfrogging and everyday climate cultures: sustainable water consumption in the Global South. *Climate Change*, 0(0), 1-15. Doi: <https://doi.org/10.1007/s10584-018-2331-y>
- Fedebiocombustibles (s. f.). *Normatividad general de los biocombustibles en Colombia*. Recuperado de: <http://www.fedebiocombustibles.com/v3/main-pagina-id-29.htm>
- Ferrante, L. & Fearnside, P. (2020). The Amazon: biofuels plan will drive deforestation. *Nature*, 577(7789), 170-170. Doi: 10.1038/d41586-020-00005-8
- García-Romero, H. y Calderón-Etter, L. (2012). *Evaluación de la política de Biocombustibles en Colombia*. Fedesarrollo.
- González, C. (2016). The Environmental Justice Implications of Biofuels. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 20, 229-274.
- González, C. (2018). An Environmental Justice Critique of Biofuels. In R. Salter, C. Gonzalez & E. Kronk Warner (Eds.), *Energy Justice: US and International Perspectives* (pp. 41-72). Edward Elgar Publishing.
- Hassan, M. & Kalam, M. (2013). An overview of biofuel as a renewable energy source: development and challenges. *Procedia Engineering*, 56, 39-53. Doi: 10.1016/j.proeng.2013.03.087
- Holt, E. (2012). Biofuels: five myths of the agro-fuels transition. *Revista Nera*, 10(2), 151-164.

- Hsieh, N. (2015). Should Business Have Human Rights Obligations? *Journal of Human Rights*, 14(2), 218–236. Doi:10.1080/14754835.2015.1007223
- Ibáñez, M. y Ordóñez, V. (2014). Papel de las empresas y de los Estados en la debida diligencia en derechos humanos. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 24, 219-246.
- Ibarra-Vega, D. (2016). Modeling waste management in bioethanol supply chain: A system dynamics approach. *DYNA*, 83(195), 99-114. <http://dx.doi.org/10.15446/dyna.v83n195.47514>
- Ibarra-Vega, D., Redondo, J. y Olivar, G. (2017). Tendencias del consumo de agua en la producción de bioetanol en Colombia. *Ambiente y Desarrollo*, 21(41), 93-106. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ayd21-41.tcap>
- Jaramillo, P. (2006). Pobreza rural en Colombia. *Revista colombiana de sociología*, 27, 47-62.
- Jensen, M. (2002). Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function. *Business Ethics Quarterly*, 12(2), 235-256.
- Kaufmann, C. & Urscheler, L. (2017). *Access to Remedy Study commissioned by the FDA with a view to fulfilling Postulate 14.3663*. Institut Suisse de Droit Comparé.
- Kracht, U. & Eide, W. (2005). *Food and human rights in development*. Antwerpen: Intersentia.
- Leong, W-H., Lim, J-W., Lam, M-K., Uemura, Y. & Ho, Y-C. (2018). Third generation biofuels: a nutritional perspective in enhancing microbial lipid production. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 91, 950–961.
- Leu, S. & Boussiba, S. (2014). Advances in the production of high-value products by microalgae. *Industrial Biotechnology*, 10(3), 169–183. Doi: <https://doi.org/10.1089/ind.2013.0039>
- Lundan, S. (Ed.). (2015). *Transnational Corporations and Transnational Governance. The Costs of Crossing Borders in the Global Economy*. Palgrave Macmillan.
- Mazari, M. (2003). El agua como recurso: ¿qué estamos haciendo con ella? ¿Cómo ves?, 54, 10–12.
- Mesa, S., Orjuela, J., Ortega, A. y Sandoval, J. (2018). Revisión del panorama actual del manejo de agua de producción en la industria petrolera colombiana. *Gestión y Ambiente*, 21(1), 87-98.
- Mohr, A. & Raman, S. (2013). Lessons from first generation biofuels and implications for the sustainability appraisal of second generation biofuels. *Energy policy*, 63, 114-122.
- Muchlinski, P. (2015). Operationalising the UN Business and Human Rights Framework: The Corporate Responsibility to Respect Human Rights and Due Diligence. In S. Lundan (Ed.), *Transnational Corporations and Transnational Governance. The Costs of Crossing Borders in the Global Economy* (pp. 325-353). Palgrave Macmillan.
- Nelson, V. & Martin-Ortega, O. (2020). *Making Human Rights Due Diligence Work for Small and Workers in Global Supply Chains*. University of Greenwich/BHRE Research Group.

- Organización de las Naciones Unidas [ONU](1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea General, Resolución 217 A (III). París. Francia. Recuperada de: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas [ONU](2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*. Oficina de Alto Comisionado. Nueva York y Ginebra.
- Organización Mundial de la Salud y Unicef (2020). *Hygiene Baselines pre-COVID-19. Global Snapshot*. WASH Data. <https://washdata.org/sites/default/files/documents/reports/2020-05/JMP-2020-COVID-global-hygiene-snapshot.pdf>
- Procolombia (2016). *El mundo invierte en Colombia. Inversión en el sector de biocombustibles*. Procolombia. <https://www.inviertaencolombia.com.co/sectores/agroindustria/biocombustibles.html>
- Riffe, D., Lacy, S. & Fico, F. (2008). *Analyzing Media Messages. Using Quantitative Content Analysis in Research*. Taylor & Francis.
- Ruggie, J. (2007). *Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts, Report of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/4/035*, 9 de febrero.
- Ruggie, J. (2008). Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights. *Innovations. Technology Governance Globalization*, 3(2),189-212.
- Ruggie, J., y Sherman, J. (2017). The concept of “due diligence” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Reply to Professors Bonnitcha and McCorquodale. *European Journal of International Law*, 28(3), 921-928. Doi:10.1093/ejil/chx047
- Rulli, M., Bellomi, D., Cazzoli, A., De Carolis, G. & D’Odorico, P. (2016). The water-land-food nexus of first-generation biofuels. *Nature*, 6, 1-10. Doi: 10.1038/srep22521
- Salcito, K. & Wielga, M. (2018). Due diligence in the mining sector: an expanding concept. In S. Lodhia (Ed.), *Mining and Sustainable Development. Current Issues* (pp. 87-98). Routledge.
- Salinas, E. y Gasca, V. (2009). Los Biocombustibles. *El Cotidiano*, 157, 75-82.
- Saulino, F. (2011). *Implicaciones del desarrollo de biocombustibles para la gestión y el aprovechamiento del agua*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal). Santiago de Chile.
- Singhal, A. (2020). Biofuels: Perspective for Sustainable Development and Climate Change Mitigation. In N. Kumar (Ed.), *Biotechnology for Biofuels: A Sustainable Green Energy Solution* (pp. 23-60). Springer.
- Thornley, P. & Gilbert, P. (2013). Biofuels: balancing risks and rewards. *Interface Focus*, 3(1), 1-9. Doi: 10.1098/rsfs.2012.0040
- Urteaga, P. (2017). Biocombustibles y agua. La transformación del espacio en Piura, Perú. *Anthropologica*, XXXV(38), 7-39. Doi: <https://doi.org/10.18800/anthropologica.201701.001>

- Valbuena, P. (2016). *Los biocombustibles y su posible incidencia en la seguridad y soberanía alimentaria en el municipio de Tuta – Boyacá*. [Tesis de pregrado]. Universidad La Gran Colombia, Bogotá, D.C. <https://repository.ugc.edu.co/handle/11396/5054>
- Vargas, D. y Betancur, J. (2018). Estado del arte sobre producción de biocombustibles en Colombia: pasado, presente y futuro. En M. Czerny y C. Serna (Ed.), *Texto y contexto del desarrollo sostenible* (pp. 91-102). Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.
- Vega, M., Shamah, T., Peinador, R., Méndez, I. y Melgar, H., (2014). Inseguridad alimentaria y variedad de la alimentación en hogares mexicanos con niños menores de cinco años. *Salud Pública de México*, 56(Supl. 1.1), s21-s30.
- Wahab, A. (2019). Human Rights Anchored in Business: Practice and Challenges in the Palm Oil Sector in Malaysia. *Asian International Studies Review*, 20(1), 1-20. Doi: 10.16934/isr.20.1.201906.1
- Wu, F., Zhu, M., Luo, S., Shen, J Xu, X., & Li, F. (2019). Ecological Water Price Adjustment Model Based on Contamination Bearing Capacity of Ecological Water Resources. *Ekoloji*, 28(107), 2463-2472

#### **Informes de sostenibilidad analizados**

- Ecodiesel Colombia (2019). *Política de Gestión Integral*. <http://www.ecodieselcolombiasa.com/wp-content/uploads/PO-GI-050-POLITICA-DE-GESTI%C3%93N-INTEGRAL.pdf>
- Incauca S.A.S. (2018/2019). *Nuestro planeta*. <https://www.incauca.com/wp-content/uploads/2020/05/25-44.pdf>
- Ingenio Providencia (2020). *Plan de Gestión Ambiental 2019. Resumen dirigido a las partes interesadas*. <https://www.ingprovidencia.com/wp-content/uploads/2020/01/plan-de-gestion-ambiental-2019.pdf>
- Ingenio Risaralda (2017). *Informe de sostenibilidad 2017*. <https://www.ingeniorisaralda.com/es/ipaginas/ver/G379/58/Gesti%C3%B3n%20Ambiental/>
- Manuelita (2019). *Informe de sostenibilidad 2017-2018*. [https://www.manuelita.com/wp-content/uploads/2019/07/Informe-de-Sostenibilidad-2017-2018\\_VF\\_BAJA.pdf](https://www.manuelita.com/wp-content/uploads/2019/07/Informe-de-Sostenibilidad-2017-2018_VF_BAJA.pdf)
- Riopaila-Castilla (2019). *Informe de Sostenibilidad y Gestión RioCas 2018*. [https://issuu.com/riopailacastilla/docs/informe\\_de\\_sostenibilidad\\_y\\_gesti\\_n\\_6041c58b55a6b2](https://issuu.com/riopailacastilla/docs/informe_de_sostenibilidad_y_gesti_n_6041c58b55a6b2)

# **Tratados internacionales, interpretación y búsqueda de significados: Un enfoque complementario\***

*International Treaties, Interpretation and Search  
of Meaning: A Supplementary Approach*

\*Este artículo se preparó en el marco de un proyecto de investigación sobre la efectividad del derecho internacional público y del derecho internacional económico, inscrito en el grupo de investigación en derecho económico de la Pontificia Universidad Javeriana y financiado por él.

**A N D R É S T É L L E Z - N Ú Ñ E Z**

Abogado y Magister en Filosofía, Pontificia Universidad Javeriana; LL.M., Universidad de Georgetown; Traductor e Intérprete Oficial licenciado por la República de Colombia; Investigador Visitante de la Escuela de Leyes de la Universidad de Georgetown (2011-2012). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Económico, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana.

## Resumen

En el marco de un proyecto de investigación sobre la efectividad del derecho internacional, este artículo tiene como objetivo proponer una nueva forma de interpretación de los tratados que complemente las normas contenidas en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Para lograr dicho objetivo, el artículo propone una hipótesis de trabajo que cuestiona la suficiencia del contractualismo y del originalismo para explicar la juridicidad del derecho internacional de los tratados y, bajo la asunción platónica consistente en que el derecho coincide en la práctica con la política, afirma que el proceso de interpretación y construcción de la norma supondrá llenar de significado los términos y definiciones de un tratado, que no son estáticos, sino dinámicos, pero según las vivencias de los Estados y de conformidad con lineamientos provistos por la razón natural. Mediante la utilización de un método hermenéutico-analítico, el autor concluye que puede existir una nueva forma de interpretar los tratados que esté en relación directa con la vivencia de la norma jurídica internacional y que cuestiona tanto el contractualismo como el originalismo como posturas que explican su fundamento.

### PALABRAS CLAVE

Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Económico, tratados, Hermenéutica, Contractualismo, Originalismo.

## Abstract

In the context of a research project focused on the study of the effectiveness of international law, the purpose of this article is to put forward a form of interpretation of treaties supplementing the one set forth in Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). In order to accomplish this goal, the article puts forward a working hypothesis that questions the strength of both contractualism and originalism to explain whether treaties are just or not, and, under the assumption that the realm of the law actually coincides with the realm of politics, states that the process of interpretation and construction of the international legal rule shall entail filling with meaning the definitions contained in the treaty (which are not static but rather dynamic) but as per the experience of the States and in accordance to principles laid out by natural reason. By resorting to a hermeneutical method, the author concludes that a new form of interpreting treaties can be proposed that is directly related to how the international norm is lived and that questions both contractualism and originalism as their ultimate foundation.

### KEYWORDS

Public International Law, International Economic Law, Treaties, Hermeneutics, Contractualism, Originalism.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las mayores dificultades teóricas y prácticas del derecho internacional público de los tratados (en adelante, DIT) radica en la dificultad derivada de confrontar las dinámicas políticas y económicas con una norma escrita o consuetudinaria, pero en dos momentos del tiempo diferentes. Gahagan (2012, p. 864) lo confirma cuando asevera que por siglos los filósofos del derecho internacional han debatido el origen, los métodos de formación y la fuerza vinculante del derecho internacional. El siguiente ejemplo ilustra el problema de investigación que busca resolverse aquí: en un momento 1 del tiempo, los Estados “A” y “B” suscriben un tratado y se ponen de acuerdo sobre “X”. Sus representantes “w” y “z” interpretan “X” de cierta forma y en un contexto espacial y temporal particular; años después, en un momento 2 del tiempo, los representantes “f” y “g” de los Estados “A” y “B” buscan interpretar “X”. ¿Cómo lo hacen? ¿Es posible que ellos entiendan los términos de igual manera que sus antecesores? ¿La juridicidad del tratado se da solo en virtud de ese acuerdo original entre “A” y “B”?

Esta investigación, que es un esfuerzo filosófico-jurídico en cuanto refiere las aproximaciones a la justicia por parte de Platón en la *República* y en las *Leyes*, y de Aristóteles en su *Ética nicomaquea* en el libro 5, y las compara con la teoría de la justicia de Rawls (2015) y con la teoría sobre la dignidad humana de Habermas (2010), busca rebatir las posturas (contractualismo y *originalismo*) que afirman que la juridicidad o justicia de un tratado al ser interpretado, se derivan del acuerdo original de los Estados “A” y “B”, y propone una postura respecto del proceso de interpretación basada en un principio de realidad. El lector debe observar que a lo largo de este artículo y con el objetivo de acometer el ejercicio filosófico-jurídico de (de)mostración de la hipótesis y de hacer un aporte al estado de la cuestión, se busca *complementar* las reglas de interpretación contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CV/69), específicamente en sus artículos 31 a 33 y aquellas particulares estipuladas en tratados de libre comercio e inversión<sup>1</sup>.

Si se abordan las normas jurídicas del DIT con un lente hermenéutico<sup>2</sup>, es decir, a través de la búsqueda constante de significado no solo de textos, sino también de las conductas de los ple-

<sup>1</sup> Sobre esas disposiciones legales, cuyo estudio no se lleva a cabo aquí, se recomienda la lectura del texto *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On*, editado por Fitmaurice, Elias y Merkouris en 2010.

<sup>2</sup> Hermenéutica, en sentido amplio, tiene que ver tanto con la interpretación de un texto como con la averiguación de significados. A lo largo de este trabajo la expresión ‘texto’ significa el instrumento escrito y las conductas de los Estados. El lector podrá observar que a la vez que el método de investigación es hermenéutico-analítico, en el segundo capítulo se hace también una referencia a la hermenéutica como modo de descubrir el sentido de un texto. Los textos complementarios sobre la disciplina hermenéutica que el lector puede consultar y que sugiero son *Verdad y método* de Hans-Georg Gadamer y *Del texto a la acción* de Paul Ricoeur.

nipotenciarios y de los Estados, se plantean entonces algunas soluciones teóricas que ayudan a los redactores de reglas internacionales vinculantes y a los diseñadores de la política exterior de los Estados a enfrentarse con el problema atrás mencionado.

Con este artículo se propone la siguiente hipótesis de trabajo que puede denominarse como “hipótesis de llenado conceptual”, según la cual, al abordarse el DIT hermenéuticamente para explicar cómo lograr una coincidencia entre el *ser* y el *deber ser* de su efectividad, por un lado, se puede observar una erosión del contractualismo —que para efectos de este artículo será sinónimo de consensualismo— y, por otro lado, se puede aseverar que la definición de ciertas nociones básicas que, supuestamente, han de resistir el paso del tiempo y el espacio, también se erosionan y las dinámicas políticas y económicas son, al fin y al cabo, las únicas que las *llenan* de significado.

Así las cosas, la hipótesis de trabajo que pretende defenderse en esta investigación consiste en declarar que no resulta suficientemente contundente afirmar que la voluntad coincidente de los Estados (*Vereinbarung*) o contractualismo es causa suficiente de la juridicidad de los tratados —en el sentido de realización de los valores jurídicos— porque después de un tiempo viene otra serie de voluntades —tanto de representantes como de Estados— que puede interpretar la voluntad original en forma distinta (incluso antijurídica), y ello resulta, ora en un incumplimiento, ora en una violación o un retiro. ¿Cómo hacer que esa voluntad original se interprete correctamente por parte de las voluntades posteriores en aras de que el derecho internacional sea efectivo? Este manuscrito pretende responder esto haciendo un análisis crítico del consensualismo y recurriendo al originalismo, también, críticamente.

Con el objetivo de (de)mostrar dicha hipótesis de trabajo se utilizó un método hermenéutico-analítico que aborda las notas de la reflexión teórica sobre el contractualismo y los procesos de interpretación del DIT, y las confronta con la realidad. Dicho método hermenéutico-analítico utilizado para resolver el problema de investigación y para procurar demostrar la hipótesis de trabajo supone establecer una relación entre (i) la revisión, la lectura, la interpretación y la observación de las dinámicas político-jurídicas comprendidas en ciertos eventos particulares en los que se ha cuestionado la efectividad del derecho internacional, considerando a los Estados como textos vivientes, cuyo significado debe averiguarse y (ii) el contractualismo y el originalismo examinados a la luz de postulados platónico-aristotélicos, que, a su vez, se comparan con algunos elementos teóricos rawlsianos y habermasianos. En efecto, el genocidio ocurrido en Ruanda en 1994, la ocupación de Irak por parte de Estados Unidos en 2003 y la incursión armada por parte de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en Kosovo en 1999 (Téllez, 2008, pp. 187-199) son eventos cuyo examen e interpretación a la luz de las doctrinas arriba mencionadas sirven para (de)mostrar la hipótesis de trabajo aquí contenida en el sentido de que la interpretación de un texto, en este caso, la *Carta de las Naciones Unidas*, que es un tratado constitutivo multilateral, en dichos acontecimientos siempre se vio influenciada por las dinámi-

cas políticas del momento. La observación y estudio de la conducta de los Estados involucrados en esos hechos históricos y el examen acerca de las consecuencias derivadas de ellos reflejadas en las estadísticas en materia de pérdidas de vidas humanas, de reputación de los Estados y del daño y sufrimiento causados, ayudan a (de)mostrar la hipótesis de trabajo aquí propuesta con base en la relación teórica que se ha mencionado. Así, la metodología de investigación implicó una averiguación sobre el significado y consecuencias de episodios concretos (el genocidio de Ruanda en 1994, la ocupación de Kosovo en 1999 y de Irak en 2003)<sup>3</sup> y una conexión teórica de esos significados con la interpretación de la *Carta de las Naciones Unidas*, pero a la luz de elementos de análisis platónico-aristotélicos que se contrastan con posturas modernas como la de Rawls (2015) y la de Habermas (2010) con el fin de mostrar que la determinación acerca de la juridicidad o, en sentido más amplio, la justicia de un acuerdo internacional vinculante, aun cuando se verá influenciada por el tiempo, siempre habrá de tener presente un valor como la *dignidad humana* y servirá para complementar e, incluso, cuestionar una explicación que se remonte a la mera voluntad de los contratantes iniciales. Este criterio de interpretación complementa aquellos existentes en la CV/69 y es aplicable, sobre todo para aquellos acuerdos internacionales referidos al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; eventualmente, los tratados comerciales, que también impactan el bienestar de los pueblos a través de la regulación de los mercados, pueden implementar este parámetro de evaluación de significados que aquí se propone y que complementa las reglas que los Estados negociadores han consagrado. No obstante esto, la concentración metodológica en esta investigación tiene lugar sobre tratados cuyo objeto y fin específicos son el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Este artículo está dividido en dos capítulos. El primero describe el proceso de explicación de lo que se califica como *causalismo eficiente* del DIT; allí se revisarán algunas posturas críticas sobre contractualismo o consensualismo. El segundo presenta algunas notas de lo que en el derecho constitucional estadounidense se conoce como 'originalismo' (*originalism*), pero allí se formula la pregunta acerca de si él puede trasplantarse al DIT; en dicha sección se delinean algunos puntos con respecto a la relación entre ese método y la hermenéutica. Ambas partes confrontan aproximaciones teóricas que en el fondo comparan visiones *contractualistas* y *no contractualistas* y visiones *realistas* y *no realistas* del derecho internacional.

---

<sup>3</sup> Téllez (2008) presenta una descripción histórico-legal de lo ocurrido en Ruanda en 1994, en Kosovo en 1999 y en Irak en 2003. Los datos en términos de pérdidas de vidas humanas que complementan dicha descripción pueden consultarse y examinarse en los siguientes sitios, entre otros: (i) *Global Spread of Conflict By Country and Population* del Banco Mundial: <https://datacatalog.worldbank.org/dataset/spread-conflict-data>; (ii) *Global Conflict Tracker* del Council on Foreign Relations (Estados Unidos): <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/?category=us>; (iii) *Wars and International Conflicts* del Pew Research Center: <https://www.pewresearch.org/topics/wars-and-international-conflicts/>; (iv) <https://ourworldindata.org/war-and-peace#counting-world-conflict-deaths-why-do-sources-differ>; (v) <https://www.prio.org/Data/Armed-Conflict/UCDP-PRIO/>.

Los dos capítulos del artículo presentan elementos que permiten (de)mostrar la hipótesis de trabajo a través de la formulación de algunos ejemplos. Vale la pena anotar que este manuscrito se inscribe en una investigación que actualmente se lleva a cabo sobre la relación entre moral y derecho internacional y efectividad y eficacia<sup>4</sup> del mismo.

## 2. HACIA LA DETERMINACIÓN DE UN CAUSALISMO EFICIENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO DE LOS TRATADOS

Este primer capítulo busca describir el proceso de formación y fundamento del DIT, pero con una aproximación causal. Así, se pregunta cuál es la causa eficiente de dicho ordenamiento, pero con un lente hermenéutico, lo que quiere decir que hay un énfasis permanente en la utilización de palabras y textos atados a conductas y en el esfuerzo por delinear su significado.

Las preguntas que pueden ambientar la discusión que ahora se presentan son las siguientes: ¿por qué hay tratados? ¿Cuál es el fundamento de su obligatoriedad? ¿Es él únicamente una voluntad originaria u original? ¿Qué importancia tiene la noción de justicia ahí? ¿Qué puede hacerse cuando, en virtud de ciertas dinámicas, el significado que se atribuyó a una noción en un momento *w* del tiempo quizás cambie o deba cambiar en un momento *z*?

Antes de hablar de un causalismo eficiente es necesario plantear los siguientes dos niveles de análisis respecto del llamado contractualismo: el primer nivel está constituido por los elementos que lo subyacen, y el segundo nivel está constituido por lo que puede caracterizarse como un *proceso de erosión*, este que ampliamente puede describirse como la falta de fuerza del contractualismo para explicar en forma suficiente y convincente el problema de la efectividad del derecho internacional; estos niveles, que se explicarán a continuación, pueden sintetizarse de la siguiente forma: antes que decidir si el consensualismo o contractualismo —términos que a efectos de esta investigación se consideran sinónimos en su sentido lato— explican el fundamento del DIT en forma suficiente, hay que determinar qué se encuentra detrás de un postura convencionalista en lo que respecta a lo que es hallado o tenido como justo por los intervinientes, particularmente los negociadores y redactores de normas jurídicas de derecho internacional. Una vez se identifiquen en forma sucinta algunas posturas sobre ello, se describe la erosión del consensualismo como herramienta teórica para explicar la efectividad del derecho internacional o, en otras palabras, se describe cómo parece cada vez menos útil para lograr explicarla.

---

<sup>4</sup> En esta investigación la expresión ‘eficacia’ significa que una norma jurídica de derecho internacional sirve para la realización de los principios y valores del derecho internacional; la expresión ‘efectividad’ significa que la norma *realiza* esos mismos principios y valores.

## 2.1 Elementos subyacentes de un causalismo eficiente

Una forma apropiada de describir este nivel se da oponiendo dos visiones sobre la justicia. Por un lado, puede utilizarse una aproximación que ate la concepción iusnaturalista de lo justo y de lo bueno aparente (Platón) con la concepción de lo justo como virtud (Aristóteles); por otro lado, puede utilizarse una aproximación que separe lo justo de lo bueno y que recurra a una crítica del utilitarismo o el intuicionismo como formas de percibir aquello que es justo (Rawls, 2015 y Haksar, 1972). La postura aristotélica que sucede las nociones platónicas de justicia, de bien y de moralidad contenidas en la *República* y en las *Leyes* (Cairns, 1942, p. 364; Hall, 1956, p. 183; Stalley, 1983, pp. 23 y ss., que cita a Ostwald (1977), y Woozley, 1950/2010, p. 376), ve la justicia como una virtud y se concentra no tanto en el ser, sino en el hacer *justo* (*Ética nicomaquea*, 2.1105a 1-20 y 9.1168a 1-5). Esto resulta de importancia capital en una aproximación hermenéutica al DIT. La postura rawlsiana, en cambio, hace prevalecer lo justo sobre lo bueno y opone intuicionismo y utilitarismo, afirmando que aunque el primero no resulta suficiente, no se descarta para saber qué es justo. Al fin y al cabo, una postura rawlsiana remite a una elección racional, es decir, a aquella que busca una maximización de beneficios a través de cálculos racionales (Rawls, 2015, pp. 34-44; Lovett, 2011, p. 31; Beitz, 1975, p. 361)<sup>5</sup>.

Un ejemplo puede ayudar a ambientar esta discusión: ¿por qué resulta ser el principio *pacta sunt servanda*, establecido en el artículo 26 de la CV/69, en el contexto del DIT, un principio cardinal (Beitz, 1975, p. 364)<sup>6</sup>, además, para explicar su efectividad? ¿Qué hace que los que confeccionan normas de derecho internacional público en el marco de los tratados lo tengan como un pivote? ¿Es ese un principio intrínsecamente justo? ¿O lo es porque los Estados negociadores lo tienen como tal o más bien porque institucionalmente así se ha consagrado?

## 2.2 Un proceso de erosión del contractualismo. Posturas críticas

Una aproximación eminentemente convencional o consensual a los principios normativos del DIT y al DIT *per se* parece no exigir mayor esfuerzo para poder entenderla. A fin de cuentas, puede simplemente aseverarse que tales principios se encuentran consagrados en tal o cual instrumento y afirmar que esa sola es la razón de su obligatoriedad y, por ende, que no debe haber mayor indagación. Sin embargo, el esfuerzo principal de esta investigación precisamente consiste en describir algunos elementos teóricos que cuestionen esa postura. Esta parte del artículo describe en forma

---

<sup>5</sup> Taylor (2003, p. 247) afirma que H.L.A Hart calificó la postura rawlsiana como “dogmática” y que Brian Barry, a quien también cita, la consideró “extrema”.

<sup>6</sup> Por ejemplo, Beitz (1975, p.386), que también estudia el *principio de no intervención*, confirma la hipótesis de trabajo que aquí quiere demostrarse cuando afirma que el significado y aplicación de ese principio dependerán de las circunstancias y el contexto.

sucinta las siguientes aproximaciones teóricas a ese problema y las posturas académicas actualmente existentes sobre la materia, que sirven para sustentar la hipótesis de trabajo porque critican el contractualismo como fundamento del DIT: (i) aproximación *diplomática*, o sea una postura que queda comprendida dentro del llamado *derecho de la diplomacia*; (ii) aproximación *consuetudinaria realista*, o sea una postura que describe el papel real del derecho consuetudinario; (iii) aproximación del *consensualismo soberano*, o sea, una postura que pregona la impureza del consentimiento de los Estados y lo critica; (iv) aproximaciones *híbridas* sobre el contractualismo.

### Aproximación diplomática

La aproximación diplomática puede explicarse a partir de las complicaciones que empiezan a surgir cuando se comparan a su vez los siguientes dos niveles: un primer nivel que está constituido por lo que está dentro del texto escrito de un tratado; un segundo nivel que está constituido por las palabras de un funcionario gubernamental respecto de ese mismo texto. Se puede utilizar la *Carta de las Naciones Unidas* como ejemplo. Una cosa, por supuesto, es su texto, y otra distinta la utilización (¿retórica?) de dicho texto por los representantes de los Estados. ¿Qué ocurre cuando un funcionario diplomático utiliza palabras que sus destinatarios, al final, interpretan como amenazas? Algunos como Grant (2016, p. 850) simplemente dirán que para solucionar ese problema debe introducirse la expresión *comity* y que todo se resuelve apelando al *derecho de la diplomacia*.

### Aproximación consuetudinaria-realista

Verdier & Voeten (2014, p. 392), críticos modernos del derecho consuetudinario, afirman que el mismo poco afecta el comportamiento de los Estados y lo describen, más bien, como un *equilibrio cooperativo* que es fruto de una elección racional previa en una sucesión continua y posterior de *dilemas del prisionero*. Así, al paso que los Estados pueden derivar beneficios mutuos del cumplimiento de una norma consuetudinaria, también se encuentra la dificultad consistente en que habrá algunos Estados que encuentren incentivos para desertar o para convertirse en *free riders*, lo que hace que un equilibrio cooperativo sea más difícil.

La elección racional explica la existencia de una *cooperación estable* a pesar de esos incentivos a través de tres mecanismos: (a) la reciprocidad; (b) la retaliación; (c) la reputación. Jack Goldsmith y Eric Posner, citados por dichos autores, por ejemplo, niegan que el derecho consuetudinario sea universal y lo describen más bien como un *equilibrio temporal cooperativo*. Los Estados que actúan conforme a una costumbre harán que otros los sigan en la medida en que ven el comportamiento como “atractivo” (Verdier & Voeten, 2014, p. 405).

## Aproximación del consensualismo soberano

Krisch (2014, p. 2) critica una aproximación consensualista al DIT si ella se basa en el atributo de soberanía de los Estados. ¿Cuán resistente resulta hoy esta postura para explicar el fundamento del derecho internacional? Se puede afirmar que jamás ha existido un consentimiento *puro* y, en el contexto de un sistema westfaliano, como lo pone de presente la tesis de William Nordhaus referida por Krisch (2014), los bienes públicos quedan expuestos a serios problemas. La erosión del consensualismo se da fundamentalmente cuando se revisa el problema de la efectividad del derecho internacional y cualquier teoría que busque desechar el consensualismo debe encontrar elementos fuertes que soporten un reto contra lo que se llama de manera amplia *cooperación* y que considera la regulación de los mercados y la exigencia efectiva y eficaz de las normas como bienes clave, pero que no reconoce la seguridad como un bien público. ¿Esta tesis aboga entonces por una efectividad del derecho internacional que pretende estimar la regulación de los mercados como lo más importante, frente a lo cual la seguridad se encuentra subordinada, pero que inevitablemente se lograría? Quizás esto, al fin y al cabo, viene a coincidir con la tesis según la cual en materia económica, el derecho económico internacional resulta más efectivo que el DIT en materia de seguridad y paz globales (Téllez, 2008).

El derecho internacional, afirma Krisch (2014, p. 38), siempre se ha visto rodeado por tres fenómenos: (a) el de la política; (b) el de la informalidad; (c) el del unilateralismo coexistente con multilateralismo con tendencias maximalistas o minimalistas de ambas expresiones. Los Estados más fuertes siempre han visto el derecho internacional y el aparato institucional como *problemáticos* y *no efectivos*, y, por eso, han acudido a *soluciones informales*. Así, aun cuando el consentimiento resulta central en el derecho internacional formal (Deeks, 2013, p. 9), la tesis de Krisch (2014, p. 38) proclama que parece que resulta insuficiente para enfrentar todos los problemas actuales de la sociedad global. Los Estados poderosos siempre buscarán la forma de no observar los procesos formales y, en ese sentido, reconfigurar y “dejar atrás” (*leave behind*) el derecho internacional que se conoce y que se considera como clásico o tradicional.

Azubuicke (2013, p. 164) no duda en afirmar que bajo una interpretación del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia —que ubica tanto los tratados como las normas de *jus cogens* en el nivel más alto dentro de su jerarquía— no queda más que aseverar que el derecho internacional tiene como premisa el consenso —que no necesariamente el consentimiento de los Estados—, y lo explica dentro del contexto del derecho internacional de la inversión, para terminar diciendo que su ausencia es lo que puede tenerse como razón del obstáculo en la adopción de tratados de inversión; no obstante ello, los que han logrado concluirse han tenido como efecto un comparable incremento de disputas en materia de inversión. Su análisis se centra en la relación aparentemente contradictoria entre el principio *pacta sunt servanda* y la

cláusula *rebus sic stantibus* (Téllez, 2018b, pp. 205-230) y, citando a Michael Dickstein, refiere su anotación en el sentido de que, por lo menos hasta 1981 —aunque el autor de este manuscrito considera que incluso hasta el presente año— basarse en la cláusula *rebus sic stantibus* no ha sido el caso, sobre todo, en tratados de concesión (Azubuike, 2013, p. 185).

En una suerte de planteamiento similar al de Azubuike (2013), Setear (2005, p. 717) divide el proceso de formación de los tratados en las siguientes tres partes: negociación, firma y entrada en vigor, y reafirma la importancia de los tratados y la costumbre como las fuentes más importantes del derecho internacional. Por supuesto que esto como planteamiento teórico ignora las normas internacionales precisas en lo que tiene que ver con la formación de los tratados y que comprenden esquemáticamente la negociación, la adopción, la autenticación, la manifestación del consentimiento en sus diversas formas (*v.gr.*: firma, canje de notas, aceptación, adhesión, ratificación y otras). Este autor confronta las diversas etapas con el derecho internacional consuetudinario, el cual supone una serie de *interacciones altamente estructuradas entre las naciones* con dos dificultades: (a) aquella que se representa y se da sí al juzgar valorativamente el comportamiento de los Estados-Nación de manera retrospectiva, ello significa el cumplimiento o no de sus obligaciones internacionales; (b) que Estados Unidos, por ejemplo, emplea el derecho internacional consuetudinario para efectuar su política internacional. Harrison (2013, p. 435), por su parte, afirma que dado que la costumbre supone un proceso evolucionario, entonces tenderá a cambiar de conformidad con las tendencias de las prácticas de los Estados y la *opinio juris*.

#### Aproximaciones híbridas sobre el contractualismo

Sobre la *firma* como aparente expresión de un contractualismo, Blix (2002, p. 5) y Swaine (2003, p. 2065) ponen de presente el riesgo que representa para la realización del DIT el no aclarar con suficiente claridad qué efecto tiene ella respecto de un texto que se busca que sea vinculante. Esto plantea complicaciones en cuanto la *firma* cumple diversas funciones en el marco de la suscripción de un tratado (*v.gr.*: adopción y manifestación del consentimiento).

Dodge (2018, p. 1569) recurre a la teoría de Emmerich de Vattel, que divide el derecho internacional en cuatro categorías: (a) el derecho necesario; (b) el derecho voluntario; (c) el derecho convencional; (d) el derecho consuetudinario. Los dos últimos son aquellos que se basan en una manifestación del consentimiento. La aproximación de Emmerich de Vattel, según Dodge (2018), fue abandonada por los redactores de los tratados y jueces durante el siglo XIX, los cuales prefirieron el consentimiento como fundamento del DIT.

Gahagan (2012, p. 858) también expone un estudio sobre la teoría de Emmerich de Vattel, pero con un énfasis en algo clave para el DIT: que un derecho voluntarista universal se presume. Un retorno a Emmerich de Vattel en el derecho internacional moderno supone un regreso a los

principios de derecho natural<sup>7</sup> relativos a justicia y humanidad sin considerar las diferencias culturales y con énfasis en el *valor del ser humano*; no podemos escapar de nuestra propia humanidad. Estas posturas se reflejan en teorías modernas que, por un lado, buscan la primacía de la dignidad humana y tenerla como fuente de derecho (Habermas, 2010, p. 3 y p. 6) y, por otro lado, intentan explicar la justicia o injusticia en una *posición original* y en la delineación de unos principios que se quiere que sean “originales” (Rawls, 2015 y Lovett, 2011, p.44). La postura rawlsiana en torno a su exportación al contexto de las relaciones internacionales ha sido examinada por Beitz (1975, p. 361) y Barry (1982, p. 232). La tesis de estos autores soporta la (de)mostración de la hipótesis de trabajo aquí propuesta. Por una parte, el estudio de Beitz (1975) sobre la posibilidad de aplicar las tesis rawlsianas a la teoría de las relaciones internacionales, lejos de constituir una crítica frontal, busca contextualizar los *principios originales*, los cálculos de maximización de utilidad (pp. 361 y 364) y la supuesta autocontención de las sociedades (pp. 362 y 363) dentro del deber ser de las relaciones internacionales (p. 372, nota 11) y se erige como una prueba de la íntima conexión entre moralidad y derecho. Por otra parte, el estudio de Barry (1982), que complementa el estudio de Beitz (1975), define la noción de *humanidad* como un “alivio del sufrimiento” (p. 219) y la relaciona, en el ámbito de una averiguación sobre la noción de justicia (p. 226), con el nivel de sacrificio que puede exigirse de las entidades internacionales (pp. 224 y 244).

Debe anotarse que el contractualismo enfrenta una barrera evidente cuando el intérprete debe decidir qué naturaleza jurídica tiene un acuerdo. Sin entrar a detallar disquisiciones sobre tres tipos muy claros de acuerdos internacionales —los tratados, los contratos y los memorandos de entendimiento—, esto puede plantear un problema evidente desde la hermenéutica.

El ejemplo más claro de un problema hermenéutico en torno a la naturaleza jurídica de lo que en sentido amplio se designa como un *contrato*, en cualquiera de sus formas —tratado, contrato propiamente dicho o memorando de entendimiento—, siguiendo a Aust (2000) y a Harrington (2016), por lo menos en un país como Estados Unidos, se ha solucionado con una guía más o menos objetiva de criterios para definir su naturaleza jurídica. Harrington (2016, p. 351) refiere la *Circular 175*, que contiene los criterios más importantes para poder diferenciar los diversos tipos de acuerdos internacionales: (a) cuánto del acuerdo involucra compromisos o riesgos que afecten al Estado-Nación como un todo; (b) si el acuerdo impacta las leyes estatales; (c) si al acuerdo

---

<sup>7</sup> Los estudios de Chloros (1958, p. 609), Contreras (2013, p. 507), Fissell (2011, p. 90), Hall (1956, p. 183) y Hatzistavrou (2018, p. 209) sobre derecho natural confirman que la aproximación platónica al derecho natural en las *Leyes* (9.858c) tiene un componente moral íntimamente relacionado con la naturaleza humana. Si Platón no es el fundador, por lo menos es el principal precursor del derecho natural, y él arguye que el derecho y la moral son dos especies del mismo género; Habermas (2010) examina la relación entre derecho y moral en su estudio sobre la dignidad humana que él considera correctamente como fuente y valor del derecho (internacional).

pueden adscribirse efectos sin necesidad de expedir legislación subsecuente por parte del Congreso; (d) la experiencia anterior de los Estados Unidos en materia de acuerdos internacionales; (e) las preferencias del Congreso estadounidense en cuanto a ciertos tipos de acuerdos; (f) el grado de formalidad requerido por el acuerdo internacional; (g) la duración propuesta del acuerdo y su urgencia o no; (h) la práctica internacional general en cuanto a acuerdos similares.

El contractualismo desde la óptica de las normas imperativas de derecho internacional público (*jus cogens*) muestra que las diversas especies de limitaciones a la libertad contractual de los Estados tienen una función muy importante que se ve reflejada, por ejemplo, en máximas tan importantes como *conventio vincit legem* (“los acuerdos conquistan la ley”) e *invito beneficium non datur* (“los beneficios no pueden imponerse a aquellos que no quieren”). Adicionalmente, el uso de normas imperativas del derecho internacional público promueve la eficiencia del sistema legal, sobre todo en circunstancias de asimetría de información que hacen que la prueba de involuntariedad sea difícil o cuando ciertas renunciaciones a ciertos derechos tienden a ser involuntarias (Dajani, 2012, p. 5).

Parry (2013, p. 300) refiere las tesis de Jack Goldsmith y Eric Posner, que afirman que el derecho internacional no crea obligaciones que sean vinculantes y exigibles y que, más bien, aquel es un reflejo de los esfuerzos racionales de los Estados por asegurar y perseguir sus propios intereses. Así, todo habría empezado con Nicolás de Maquiavelo y su énfasis en el atributo de soberanía de los Estados. Al lado de él se encuentran Thomas Hobbes, Emmerich de Vattel y, más recientemente, John Austin, Carl Schmitt y Hans Kelsen en una suerte de superposición del carácter soberano de los Estados sobre el derecho internacional. En otro extremo se encuentran como seguidores de Hugo Grocio autores tales como Hans Kelsen, Louis Henkin y Hersch Lauterpacht; este último afirma que el derecho internacional es un *proyecto moral* y un (crudo) “realismo” sería periférico y destructivo. La postura de Hersch Lauterpacht, siguiendo a Parry (2013, p. 374), puede resumirse en los siguientes puntos: (a) el sometimiento de la totalidad de las relaciones internacionales al derecho internacional; (b) la aceptación del derecho y la ley naturales como fuentes independientes del derecho internacional; (c) la afirmación de la naturaleza social del ser humano; (d) la identidad entre Estados e individuos; (e) el rechazo de una “razón de Estado”; (f) la distinción entre una guerra justa y una guerra injusta y, finalmente, entre otras; (g) el carácter vinculante de las promesas. Mucho del derecho internacional dependerá de (a) la persuasión y (b) el cumplimiento voluntario (Parry, 2013). Una dificultad que surge de su tesis es si ese cumplimiento voluntario se refiere a una voluntad *original* o a una serie de voluntades posteriores.

En los anteriores párrafos se expuso, por una parte, lo que subyace al contractualismo en términos de explicar cómo los negociadores pueden hallar lo que es justo o no, y, por otra parte, el proceso de erosión que el contractualismo ha sufrido, proceso que se explicó a través de algunas aproximaciones modernas que lo cuestionan como un planteamiento contundente para explicar la juridicidad de los tratados internacionales. Al revisar con cuidado cada una de esas

aproximaciones se puede notar cómo limitarse a explicar la existencia del DIT con base en el contractualismo no parece suficiente.

En el segundo capítulo se presentarán las características del denominado *originalismo*, pero tendiendo un puente con la hermenéutica, esto con el fin de responder si es posible importar el *originalismo* al DIT. Lo anterior sirve para soportar la hipótesis de trabajo, que, se insiste, consiste en afirmar que el proceso de interpretación de un tratado supone un “llenado conceptual” en el ámbito del DIT y bajo ciertos criterios específicos que se expondrán y que complementan las reglas contenidas en la CV/69.

### 3. ¿Originalismo en el proceso hermenéutico dentro del derecho internacional público de los tratados?

Uno de los pivotes de la hipótesis de trabajo radica en el elemento hermenéutico. El lector debe recordar que se busca cuestionar el contractualismo como explicación del DIT, pero hermenéuticamente. Este capítulo se propone ambientar la discusión con el propósito de demostrar la hipótesis de trabajo a través de un estudio doble. Por un lado, se busca presentar las notas más importantes de la teoría hermenéutica y procurar trasplantarla al derecho internacional. Por otro lado, se busca tender un puente entre esa aproximación hermenéutica o clásica o tradicional de la hermenéutica y lo que en el derecho constitucional estadounidense se llama *originalismo*, cuyos estudios, expresiones y críticas ayudan a soportar la hipótesis de trabajo, lo cual, además, constituye el aporte central de este trabajo al estado de la cuestión.

A esos efectos se propone el siguiente ejemplo con el fin de ilustrar la hipótesis de trabajo, pero se reitera que al hacerlo el examen se aparta intencionalmente —dada la particularidad de este ejercicio académico— de las reglas cristalizadas de interpretación de los tratados contenidas en la CV/69: (i) un tratado “X” que busca evitar la proliferación de armas nucleares define o describe la palabra ‘proliferación’ en cierto sentido. El tratado “X” entró en vigor en 1970 y debe ser interpretado y aplicado en 2020; (ii) respecto de ese tratado “X”, uno de sus Estados parte, el Estado “A”, vive una situación política y económica distinta en 2020 que la que vivía en 1970.

Las preguntas que esta indagación busca responder para *complementar* las reglas de interpretación de la CV/69 son las siguientes: (i) ¿la palabra ‘proliferación’ debe entenderse igual en 1970 que en 2020?; (ii) con independencia de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, si se omite la apelación a ese principio o cláusula, ¿es modificable esa definición o debe entenderse igual que cuando se confeccionó el tratado? La hipótesis de trabajo, que se denomina “llenado conceptual”, según ya se había mencionado unos párrafos atrás, puede dar luces acerca de cómo responder estos cuestionamientos, sobre todo, a la luz de un esfuerzo consistente en esgrimir una postura tética sobre la efectividad del derecho internacional público.

### 3.1 La teoría hermenéutica en cuanto aplicada al DIT

Una fase inicial de la teoría hermenéutica se encuentra cubierta por los trabajos de Friedrich Schleiermacher y de Wilhelm Dilthey, de manera, sobre todo, epistemológica, para luego, en una segunda etapa, exhibir una manera ontológica. Esta última es ajena en gran proporción al ámbito del DIT y, por eso, no se trata aquí. Se afirma que en “gran proporción” porque no obstante ello, para el jurista nunca debe ser ni distante ni aburridora la reflexión sobre el *ser* y *existencia* del DIT y, más particularmente, sobre el ser y el hacer del Estado-Nación moderno.

Friedrich Schleiermacher se preocupó por descubrir el sentido de los textos mediante la extrapolación de “reglas de comprensión válidas universalmente”, lo que puede sintetizarse a través de “dos famosos adagios de la hermenéutica: ‘comprender a un autor mejor de lo que él se comprendió a sí mismo’ y ‘hay hermenéutica donde hay malcomprensión’”. Así existen las siguientes “formas de interpretación”: una “gramatical” y una “psicológica”. La primera tiene que ver con caracteres objetivos, es decir aquellos “lingüísticos”; la otra tiene que ver con “alcanzar su subjetividad”. William Dilthey expresa “la aporía central de una hermenéutica que coloca la comprensión del texto bajo la ley de la comprensión de otro que se expresa en él”, y entonces “la empresa sigue siendo básicamente psicológica, dado que se asigna como meta última de la interpretación, no lo que dice un texto, sino aquel que se expresa en él” (Bengoa Ruiz de Azúa, 1997, pp. 88 y ss.).

¿Qué tanto de estas aproximaciones que resumen los primeros esfuerzos por precisar el alcance y problemas de la hermenéutica puede trasplantarse al entendimiento cabal del DIT dados los contextos político-económicos en los cuales siempre parece moverse? ¿Qué tanto podría, por ejemplo, el presidente de los Estados Unidos entender exactamente no solo lo que plantearon los *padres fundadores* (*Founding Fathers*) de su país —en el ámbito del derecho constitucional estadounidense—, sino también lo que quisieron los negociadores de uno u otro tratado negociado con anterioridad a su mandato?

Por una parte, Harrison (2013, pp. 429-30) centra su examen en tratados de inversión y afirma que no puede asumirse que convenios con textos similares deban ser interpretados de la misma forma. Esta aseveración sustenta la hipótesis de esta investigación. Por otra parte, la Corte Internacional de Justicia (1971) en *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 16*, en el párrafo 53, citado en Damrosch & Murphy (2014), habla de definiciones que no son estáticas, sino evolucionarias y que deben considerar los cambios que han ocurrido con el paso del tiempo. Parte de los elementos de esta opinión consultiva que refleja los haces de esta investigación también sirve para demostrar la hipótesis de trabajo. En efecto, un proceso hermenéutico que busque entender al artífice de la norma legal supondrá necesariamente que el intérprete quedaría influenciado por el tiempo y por el

espacio. Pretender entender al artífice de la norma legal mejor que lo que él se entendió a sí mismo, sería imposible y no realista, tal y como lo afirma William Dilthey cuando habla de una *aporía*. Al intérprete, entonces, le corresponde “construir”, y siempre estará sujeto a las propias dinámicas de su tiempo y espacio.

### 3.2 ¿Puede exportarse el originalismo al derecho internacional de los tratados?

El *originalismo* es un método de interpretación de un texto legal según el cual a este se le adscriben significados que sus redactores quisieron darle y no aquellos que quieren darle sus intérpretes mucho tiempo después. Barnett & Bernick (2018, p. 3) llevaron a cabo un estudio muy completo sobre el *originalismo*, pero en el contexto del derecho constitucional estadounidense. Su tesis es de innegable ayuda para probar la hipótesis de trabajo de esta investigación, en la medida en que no solo distinguen términos que para un jurista internacional desprevenido pueden resultar sinónimos (específicamente *interpretation* y *construction*), sino que además permiten resolver algunos dilemas que el profesor y teórico de derecho internacional enfrenta al procurar explicar de manera didáctica el problema de la efectividad del derecho internacional público. ¿Cómo se distingue la interpretación (*interpretation*) de la construcción (*construction*)? Siguiendo al *Justice* Thomas M. Cooley, *interpretación*, según Barnett & Bernick (2018), no sería otra cosa que el acto mismo de encontrar el recto sentido de cualesquiera palabras, es decir, el sentido que el autor quiso darle. La construcción (*construction*) es la delineación de conclusiones, lo que se encuentra en el espíritu y no en la letra.

Aun cuando en su estudio dichos autores no refieren los esfuerzos de Friedrich Schleiermacher y Wilhelm Dilthey, sí citan el texto *Legal and Political Hermeneutics* de Francis Lieber, en el cual se distinguen los dos términos. Este último autor define *construction* como “la delineación de conclusiones sobre asuntos que van más allá de la expresión directa del texto, con base en elementos conocidos en el texto y dados por él, conclusiones que se derivan del espíritu y no de la letra del texto”<sup>8</sup>. Las posibilidades de interpretaciones equivocadas suponen, de acuerdo con Francis Lieber, citado por Barnett & Bernick (2018), que quienes redactan las normas de derecho internacional sean lo suficientemente cuidadosos, sin dejar de lado que habrá muchas circunstancias que simplemente son imposibles de anticipar. Para Barnett & Bernick (2018, p.16), acudir a la heurística es común, y ella no es necesariamente buena o mala. La heurística,

---

<sup>8</sup> El texto original dice: “drawing of conclusions respecting subjects that lie beyond the direct expression of the text, from elements known from and given in the text, conclusions which are in the spirit, though not within the letter of the text”.

siempre y cuando se adapte de manera apropiada a un ambiente dado de toma de decisiones con el fin de emitir juicios adecuados, puede ser de mayor utilidad que estrategias “muy complejas”.

En cualquier caso, una labor de interpretación y construcción también vendrá permeada por el *principio de buena fe*, sobre todo cuando recae en cabeza de los jueces, que tienen una relación fiduciaria con los redactores de las normas, estas últimas que son una especie de instrucciones, las cuales, según Barnett & Bernick (2018, p. 30 y p. 47), carecen de “precisión lingüística”, no quedándole al juez otra opción que, observando la máxima cristiana acerca de la distinción entre la letra y espíritu de la ley, seguir el espíritu y, para eso, procurar “hablar directamente” con su “diseñador”. Este es el puente entre *originalismo* y hermenéutica.

Si el paso del tiempo y el peso de la historia son obstáculos, y si se ha entendido bien a Barnett & Bernick (2018, p. 16) en su exposición sobre el *originalismo*, ellos mismos afirman que eso se solucionaría a través de una “investigación rigurosa” (heurística). Sin embargo, en relación con el DIT y dadas la velocidad y complejidad de las relaciones internacionales, ¿resulta ello posible? La postura tética de esta investigación se inscribe, más bien, en una aproximación contraria, que es, en cierto sentido, una posición híbrida entre el iusnaturalismo y el contractualismo y que, por ejemplo, en el contexto del derecho constitucional estadounidense, se identifica como “Constitución viva” (*living Constitution*). Así, en efecto, y a pesar del aparente desdén de autores como Rawls (2015, pp. 55-59) en torno a las definiciones, estas pueden variar con el tiempo, pero siempre conservando ciertas notas proporcionadas por la razón natural que tenga como fuente y valor máximos, la *dignidad humana* (Habermas, 2010, p.6), es decir, eliminar en cuanto sea posible el sufrimiento (dolor) físico y psicológico (Barry, 1982, p. 219, p. 224, p. 244), sin pretender que el derecho sea omnipotente (Rawls, 2015).

Puede imaginarse, por ejemplo, que en 2020 la comunidad internacional en el seno de la Organización de Naciones Unidas adopte un tratado multilateral que defina, de nuevo, la expresión ‘terrorismo’. La hipótesis de este trabajo es que esa definición será “llenada conceptualmente” con el tiempo según las dinámicas políticas, sociales y económicas, pero siempre conservando ciertas notas que solo la razón natural —en forma similar a lo defendido por Hugo Grocio, Samuel Puffendorf (Beitz, 1975, p. 372) y Hersch Lauterpatch— puede proporcionar y que están relacionadas directamente con nociones ya heredadas de las aproximaciones platónico-aristotélicas sobre justicia, fuerza, virtud y bien, causación de daño y reparación.

No sobra añadir, finalmente, que Knox (2015, p. 955) presenta otra dimensión del problema de la interpretación hermenéutica de los textos —y se insiste en que no se utilizan los artículos 31 y siguientes de la CV/69— en el contexto constitucional de los Estados Unidos y que en inglés se denomina la *political question doctrine*. Siguiendo a Knox (2015, p. 955), la Corte Suprema de Justicia de ese país ha identificado seis criterios que permiten distinguir asuntos que pueden

ser sometidos a una resolución judicial de aquellos que son meramente políticos: (i) con base en el texto, es demostrable que el asunto pertenece a un departamento político (*political department*); (ii) la ausencia de estándares judiciales para resolver el asunto; (iii) la imposibilidad de decidir sin una política inicial de determinación de un tipo que indique que es un asunto que no puede ser decidido por un juez; (iv) la imposibilidad de que un juez o tribunal asuma una decisión independiente que no interfiera con las actividades de las otras ramas del poder público; (v) una necesidad inusual de expresar una adhesión a una decisión política ya tomada; (vi) la potencialidad de vergüenza (*embarrassment*) dada la existencia de pronunciamientos diversos por parte de múltiples departamentos políticos (*political departments*).

Desligar derecho internacional y política, es decir, el mundo del *deber ser* (*ought*) y del *poder ser* (*might*) resulta un imposible: al final, como lo sugiere Platón en el libro 1 de la *República* (1.351a-d), el derecho, que es lo justo, tiene que ver con el ejercicio del poder. La evidencia empírica<sup>9</sup> de las últimas décadas en términos de lo que ha sido la actuación de regímenes democráticos y no democráticos en el mundo prueba la hipótesis (Téllez, 2008, pp. 61-63 y 187): los Estados son jueces de sus propias conductas (Téllez, 2018b, p. 210) y cada vez prefieren más los mecanismos de autoayuda y contramedidas que la resolución judicial.

En los anteriores párrafos se procuró tender un puente entre hermenéutica y *originalismo* y resolver la pregunta acerca de si este último puede importarse al DIT. La respuesta, con base en un análisis crítico-hermenéutico de sus notas más importantes en el contexto del derecho constitucional estadounidense, es que no, y que, más bien, en aras de (de)mostrar la hipótesis de trabajo, la explicación realista sobre la efectividad del derecho internacional en el ámbito de los tratados es que el proceso de interpretación y/o construcción deberá tener las normas como seres vivientes a las que debe llenárseles de significado de acuerdo con las dinámicas políticas y con base en criterios que hallan sus antecedentes remotos en posturas platónico-aristotélicas sobre justicia y en aproximaciones modernas como la rawlsiana y habermasiana, que consagran la primacía de lo justo y de la dignidad humana. La evidencia empírica<sup>10</sup> que se refiere a los costos representados en pérdidas de vidas humanas y, en general, a las consecuencias derivadas de las violaciones de los derechos humanos, particularmente el sufrimiento físico (Barry, 1982, p. 219) y psicológico de grandes segmentos de la población global, también permiten soportar la hipótesis de trabajo. En la siguiente parte se presentarán las conclusiones.

---

<sup>9</sup> Ver nota número 3 sobre la consulta de fuentes de evidencia empírica que sustentan la hipótesis de trabajo de esta investigación.

<sup>10</sup> Ver nota número 3.

## CONCLUSIONES

Una aproximación hermenéutica al derecho internacional público de los tratados en relación con su efectividad plantea los siguientes problemas: (i) los multiniveles de causa eficiente, multiniveles que se explican mediante el recurso a un contrato o acuerdo (contractualismo o consensualismo), pero antes, a una percepción sobre lo justo y lo bueno; (ii) las apreciaciones sobre ese contrato por actores diferentes a aquellos que lo redactaron; (iii) las dinámicas políticas y económicas y los cálculos que involucran una *elección racional* (Beitz, 1975, p. 361), una apreciación de los costos y beneficios involucrados y, finalmente, una percepción emocional que conlleva sesgos y disonancias cognitivas (*behavioral economics*) en las diversas etapas de suscripción de un tratado (*v.gr.*: la formulación de reservas) (Téllez, 2018a, p. 6).

Esa aproximación hermenéutica que busca adscribir significados justos a los textos de los tratados y a las conductas de los Estados puede usar dos herramientas: (i) una que puede exportarse de las escuelas de interpretación de derecho constitucional estadounidense bajo el nombre de *originalismo*; (ii) otra que resulta ser un híbrido entre las posturas platónicas, aristotélicas y tomistas y otras como las rawlsianas y habermasianas, al aseverar que las definiciones y los textos no son resistentes al paso del tiempo ni a los espacios y que, respecto de su proceso de interpretación y construcción, inevitablemente requerirán de lo que se ha llamado aquí un *llenado conceptual* en cuanto a significados, proceso que siempre, a la manera platónica y aristotélica, no habrá de deslindar jamás lo justo de lo bueno o moral, esto último indicado, al final, por la razón natural y que se concreta en proteger y realizar el valor de la *dignidad* de la persona humana —es decir, entre otras cosas, procurar disminuir al máximo posible su sufrimiento (Barry, 1982, p. 219), o sea, el dolor físico y psicológico— y en proteger al débil y vulnerable en un marco teleológico de búsqueda de la virtud y de la felicidad y en un contexto de cortesía (*comity*) permanente.

Este enfoque hermenéutico que se ha propuesto como hipótesis de trabajo, apoyado además indirectamente por el párrafo 53 de *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion*, parece más eficiente y realista que el contenido únicamente en los artículos 31 a 33 de la CV/69 y, además, esa mirada le permite concretar al derecho internacional su función principal, que en palabras de Hersch Lauterpatch, citado por Parry (2013), resulta ser (sobre todo) un *proyecto moral*; el DIT es efectivo cuando su interpretación *llena* de significado *justo* sus expresiones y palabras que no son estáticas. Lo justo vendrá dado en la medida en que quien lleve a cabo la interpretación y construcción (*interpretation* y *construction*) a lo largo del tiempo busque la realización de la *dignidad humana*, esta que, en cuanto *fuerza de derecho* y *valor* (Habermas, 2010, p. 6), sí es inmutable, es decir, resistente al espacio y al tiempo.

## REFERENCIAS

- Aristóteles ([350 a.C.] 2013). *Ética nicomaquea* (A. Gómez Robledo, trad.). México: Porrúa.
- Aust, A. (2000). *Modern treaty law and practice*. Cambridge: Cambridge.
- Azubuikwe, E.Ch. (2013). The place of treaties in international investment. *Annual Survey of International and Comparative Law*, 19, 155-196.
- Barnett, R. & Bernick, E.D. (2018). The letter and the spirit: a unified theory of originalism. *Georgetown Law Journal*, 107, 1-55.
- Barry, B. (1982). Humanity and justice in global perspective. *Nomos*, 24, 219-252.
- Beitz, Ch. (1975). Justice and international relations. *Philosophy and Public Affairs*, 4(4), 360-89.
- Bengoia Ruiz De Azúa, J. (1997). *De Heidegger a Habermas Hermenéutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea*. Barcelona: Herder.
- Blix, H. (2002). Developing international law and inducing compliance. *Columbia Journal of Transnational Law*, 41, 1-13.
- Cairns, H. (1942). Plato's Theory of Law. *Harvard Law Review*, 56(3), 359-387.
- Chloros, A.G. (1958). What is natural law. *The Modern Law Review*, 21(6), 609-622.
- Contreras, S. (2013). Justo por naturaleza y justo convencional en Platón A propósito de la refutación platónica a la doctrina del homo mensura. *Revista de derecho y ciencia política Pontificia Universidad Bolivariana*, 3(119), 503-532.
- Corte Internacional de Justicia (1971). Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 1971 I.C.J. 16. Recuperado de: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf>
- Dajani, O.M. (2012). Contractualism in the law of treaties. *Michigan Journal of International Law*, 34, 1-85.
- Damrosch, L. et al. (2001). *International Law Cases and Materials*. St. Paul: West Group.
- Damrosch, L. & Murphy, S.D. (2014). *International Law Cases and Materials*. St. Paul: West Academic Publishing.
- Deeks, A. S. (2013). Consent to the use of force and international law supremacy. *Harvard International Law Journal*, 54, 1-60.
- Dodge, W. S. (2018). Symposium: The law of nations and the U.S. Constitution: Article: Customary international law, change and the Constitution. *Georgetown Law Journal*, 106, 1559-1591.
- Fissell, B. (2011). The Justification of Positive Law in Plato. *Am. J. Juris*, 56, 89-114.

- Gahagan, S. M. (2012). Returning to Vattel: A 'Gentleman's Agreement' for the Twenty-first Century. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 37, 847-888.
- Grant, T. (2016). Recent books on international law: Book review: Diplomatic interference and the law. *American Journal of International Law*, 110, 845-854.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 64, 3-25.
- Haksar, V. (1972). Rawls' Theory of Justice. *Analysis*, 32(5), 149-53.
- Hall, J. (1956). Plato's legal philosophy. *Indiana Law Journal*, 31, 171-206.
- Harrington, R. (2016). Understanding the 'other' international agreements. *Law Library Journal*, 108, 343-359.
- Harrison, J. (2013). The International Law Commission and the development of international investment law. *George Washington International Law Review*, 45, 413-442.
- Hatzistavrou, A. (2018). Plato's Legal Positivism in the Laws. *Jurisprudence An International Journal of Legal and Political Thought*, 9(2), 209-235.
- Knox, J. H. (2015). The United States, environmental agreements, and the political question doctrine. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 40, 933-976.
- Krisch, N. (2014). The decay of consent: international law in an age of global public goods. *American Journal of International Law*, 108, 1-40.
- Lovett, F. (2011). *Rawls's A Theory of Justice A Reader's Guide*. Nueva York: Continuum.
- Ostwald, M. (1977). Plato on law and nature. *Interpretations of Plato, Memmosyne Supplement 50*.
- Parry, J. (2013). What is the Grotian tradition in international law? *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 35, 299-377.
- Platón ([360 a.C.] 2007). *Republic* (J. Sachs, trad.). Indianápolis: Focus.
- Platón ([360-348/7 a.C.] 1988). *Laws* (T. Pangle, trad.). Chicago: Chicago University Press.
- Platón ([360-348/7 a.C.] 1991). *Las leyes* (J.M. Pabón y M. Fernández, trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Platón. ([360 a.C.] 2012). *La república*. México: Porrúa.
- Rawls, J. (2015). *Teoría de la justicia* (M.D. González, trad.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Setear, J. (2005). Treaties, custom, iteration, and public choice. *Chicago Journal of International Law*, 5, 715-736.
- Stalley, R.F. (1983). *An Introduction to Plato's Laws*. Indianapolis: Hackett.
- Swaine, E. (2003). Unsigning. *Stanford Law Review*, 55, 2061-2089.

- Taylor, R. (2003). Rawls's defense of the priority of liberty: A Kantian reconstruction. *Philosophy & Public Affairs*, 31(3), 246-71.
- Téllez, A. (2008). *El problema de la efectividad del derecho internacional público*. Bogotá, D.C.: Javegraf Pontificia Universidad Javeriana.
- Téllez, A. (2018a). Interpretación del régimen de reservas en tratados internacionales y sesgos cognitivos – Nuevos enfoques. *Vniversitas*, 67(137), 1-35.
- Téllez, A. (2018b). Vivencia del derecho internacional público y aproximaciones para una conciliación hermenéutica de los Artículos 26 y 62 de la Convención de Viena de 1969. *Dikaion*, 27(2), 205-230.
- Verdier, P. & Voeten, E. (2014). Precedent, compliance, and change in customary international law: an explanatory theory. *American Journal of International Law*, 108, 389-434.
- Woozley, A. (1950/2010). Plato and the Need for Law. *The Philosophical Quarterly*, 60(239), 373-395.

# **El papel de la Agencia Francesa de Desarrollo en la internacionalización de la ciudad de Medellín\***

*The Role of the French Development Agency  
in the Internationalization of Medellín*

\*Una versión reducida y preliminar de este artículo hace parte del libro  
*Nuevos actores y nuevas diplomacias en el sistema internacional*,  
publicado por Editorial Universidad del Norte en 2020.

L U I S F E R N A N D O T R E J O S R O S E R O

Doctor en Estudios Americanos con mención en Estudios Internacionales (IDEA/USACH).  
Profesor e investigador del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales  
de la Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia). Director del Centro de Pensamiento  
UNCaribe de la misma universidad. Miembro de los grupos de investigación Agenda  
Internacional y Conflictos y postconflictos en el Caribe de la Universidad del Norte.  
[trejosl@uninorte.edu.co](mailto:trejosl@uninorte.edu.co)

J O L I E G U Z M Á N C A N T I L L O

Magister en Gobernanza y Acción Pública (Sciences Po Grenoble). Profesora e Investigadora  
del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte,  
Barranquilla (Colombia). Miembro del Grupo de Investigación Agenda Internacional de la  
Universidad del Norte. Miembro de la Red de Investigación RESTEP (Réseau Transatlantique sur  
L'Europe politique). [jolie.guzman1@sciencespo-grenoble.fr](mailto:jolie.guzman1@sciencespo-grenoble.fr)

## Resumen

Las ciudades adquieren cada vez más protagonismo en el escenario internacional gracias a los canales que han logrado establecer con actores similares por fuera de sus fronteras, insertando sus intereses en la agenda internacional de manera efectiva. En este contexto, han surgido nuevas formas de financiamiento y cooperación, dando paso a la llamada “acción hipercolectiva” como el resultado de la diversificación de canales, actores, procesos y fuentes de cooperación internacional.

Este artículo estudia el caso de Medellín en su relación con la Agencia Francesa de desarrollo (AFD), en el marco de esta categoría conceptual, como parte fundamental de su internacionalización y como caso exitoso pionero en Colombia.

### PALABRAS CLAVE

Cooperación internacional, política pública, Medellín, internacionalización, desarrollo, relaciones internacionales.

## Abstract

Cities are gaining increasing prominence on the international stage thanks to the channels they have managed to establish with similar actors outside their borders, effectively inserting their interests into the international agenda. In this context, new forms of financing and cooperation have emerged, giving way to the so-called “hyper-collective action” as the result of the diversification of channels, actors, processes and sources of international cooperation. Thus, this article studies the case of Medellín in its relationship with the AFD, within the framework of this conceptual category, as a fundamental part of its internationalization and as a successful pioneer case in Colombia.

### KEYWORDS

International cooperation, public policy, Medellín, internationalization, development, international relations.

## 1. INTRODUCCIÓN

El sistema internacional concebido décadas atrás ha sufrido una evolución permanente y acelerada en los últimos años. La visión de una escena mundial compuesta en su mayoría por Estados y en la cual predominaban relaciones del orden gubernamental ha sido progresivamente reemplazada por una multicéntrica y diversificada.

Lo anterior, tal y como es señalado por autores como Vieira (2012)<sup>1</sup>, ha sido potenciado por el proceso globalizador, así como por la gradual descentralización que el Estado ha adoptado para el mejor desempeño de sus competencias en los territorios. Este doble proceso ha derivado en una nueva dinámica en la sociedad internacional, y ha permitido la inclusión de nuevos actores e interacciones, así como de nuevos temas en la agenda internacional (Betancur, 2016; Coronel, 2006).

En palabras de Guzmán, Rodríguez y Guzmán (2017), el Estado pasó de ser un ente vago e inmutable a entenderse como una institución dinámica, cambiante, cuna de diversos actores, tales como las organizaciones religiosas, los partidos políticos, sindicatos, movimientos sociales, grupos económicos y grupos al margen de la ley; los organismos intergubernamentales, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y las entidades subnacionales (gobiernos regionales y locales, municipios federaciones, provincias y ciudades) entre otros, que ahora inciden en las decisiones de política no solo doméstica, sino también de política exterior<sup>2</sup>.

En este sentido, el nuevo contexto internacional ha impulsado el surgimiento de nuevas iniciativas dirigidas a generar intercambios, relaciones y estrategias diversificadas a nivel mundial. Actualmente muchos actores, estatales y no estatales, han encontrado en la sociedad internacional una plataforma propicia para el establecimiento de alianzas estratégicas basadas en intereses comunes<sup>3</sup>. En este sentido, y según Velázquez (2011), se afirma que la nueva concepción de las relaciones internacionales ha conferido importantes competencias a actores diferentes del Estado central, el cual se había concebido históricamente como el principal actor de la sociedad internacional.

---

<sup>1</sup> Para un análisis más integral sobre la globalización y sus efectos, véase: Vieira (2012), Fazio (2008), Giddens (2000), Bauman (1999), Garay (1999), García Canclini (1999), Beck (1998), Ferrer (1996).

<sup>2</sup> Anteriormente, los intereses de cada uno de los actores interactuantes en la sociedad eran gestionados, en su gran mayoría, en el interior de los Estados, pero ahora estos contribuyen con distintas posturas y visiones al debate global. La agenda internacional marcada por los temas políticos y de seguridad, propios de la Guerra Fría, se ha extendido gradualmente, dando paso a aspectos económicos, sociales, culturales, étnicos, de género, humanitarios y ambientales.

<sup>3</sup> Un ejemplo son las Redes Transnacionales de Defensa, que según Risse y Sikkink (1999) se componen de actores locales, movimientos sociales, ONG gobiernos, organismos multilaterales, fundaciones donantes y agencias de cooperación que se articulan con regímenes internacionales con objeto de alertar e informar a los Gobiernos y a la opinión pública sobre un tema o situación específica.

Autores como Ardila, Montilla y Garay (2009), Barbé (2008), Rouille (2008), Shaun (2005), Cox (2003), García (1993), Jouve (1992), Merle (1991), Vásquez (1991) y Mansbach y Vásquez (1981) coinciden en afirmar que el mundo inflexible que tenía a los Estados-nación como actores exclusivos del escenario internacional ha quedado atrás. Es evidente la influencia ascendente y el impacto que actores no estatales como las organizaciones no gubernamentales, los pueblos<sup>4</sup>, las corporaciones económicas y los municipios y regiones, entre otros, han logrado en la sociedad internacional.

Así, es posible afirmar que hoy asistimos a la construcción de un nuevo orden internacional que ha posibilitado la inclusión de múltiples actores en la construcción de la política exterior de los Estados, garantizando la proyección de una acción internacional cada vez más amplia y pertinente<sup>5</sup>. Sin dejar de lado el papel que desempeña el Gobierno central en esta tarea, se evidencia el surgimiento de nuevas formas de acción internacional provenientes de diferentes actores con el fin de movilizar recursos, estimular relaciones y desarrollar iniciativas que contribuyan al logro de objetivos particulares. En palabras de Rosenau (1990 y 1992), existe un mundo multicéntrico que ha dado paso a una proliferación de actores no estatales y ha contribuido a la gobernanza de los propios Estados.

Entre estos nuevos actores se destacan las entidades subnacionales, como las regiones y ciudades, que en el marco de la globalización y la interdependencia han venido adquiriendo un creciente protagonismo en el escenario internacional, apostando por el desarrollo de una acción internacional direccionada por las necesidades y prioridades del territorio. Entre las múltiples denominaciones que recibe esta actividad se destaca la de paradiplomacia, que es definida por Cornago (como se cita en Trejos, 2016) como

---

<sup>4</sup> Un caso de este tipo de actores se encuentra en los pueblos indígenas: “Los diplomáticos indígenas sirven de mediadores entre las organizaciones indígenas nacionales y locales, las organizaciones internacionales y los organismos internacionales [...] la participación de los diplomáticos indígenas en las asambleas de la ONU, por ejemplo, ha hecho posible la consolidación de líderes expertos en derecho indígena a nivel internacional [...] tanto así que se puede hacer uso de instrumentos legales internacionales: públicos y privados; como el Convenio 169 de la OIT, los Objetivos de Desarrollo del Milenio y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales emanados de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas y Tribales de la ONU (Antolínez y Moreno, 2009, p. 91-92).

<sup>5</sup> Un ejemplo reciente en el contexto latinoamericano lo constituye Ecuador. El Gobierno ecuatoriano decidió, con el fin de generar una política exterior concertada e incluyente, establecer un diálogo con los principales actores políticos, económicos y sociales; obtuvo como resultado de estos encuentros el Plan Nacional de Política Exterior 2006-2020 (Planex 2020). Esta se concibe como una de las iniciativas más ambiciosas en América Latina para insertar a la sociedad civil en la formulación de la política exterior. El plan buscó plantear directrices para una política exterior estatal, que estuviera construida a partir del consenso y que, por tanto, garantizara su estabilidad. Para más información sobre este caso, véase Guzmán, Rodríguez y Guzmán (2017).

La participación de los Gobiernos no centrales en las relaciones internacionales, a través del establecimiento de contactos permanentes ad hoc con entidades públicas o privadas extranjeras con el propósito de promover diversos aspectos socioeconómicos o culturales, así como cualquier otra dimensión exterior de sus propias competencias constitucionales. (p. 12)

Por su parte, Torrijos (2009, p. 157) define este reciente fenómeno internacional como “diplomacia centrifuga”, denotando un alejamiento del centro estatal, que se conforma por todas aquellas actividades de tipo político, social, cultural y económico que realizan los entes territoriales independientemente del Gobierno central.

En el mismo sentido, Tapia (2002, p. 168) incluye dentro de esta categoría conceptual a todas las actividades de los Gobiernos e instituciones locales y regionales que tengan como objetivo el mantenimiento o la creación de vínculos de cooperación y coordinación de alianzas tendientes a la promoción del desarrollo económico, social y cultural con sus pares internacionales, por medio de convenios o acuerdos formales dentro del marco de las competencias que le otorgan las leyes de su respectivo país<sup>6</sup> (Trejos, 2016, p. 15).

Es así como los gobiernos locales se han propuesto crear espacios de dialogo, cooperación y coordinación estratégica entre los actores del territorio, a fin de definir prioridades y establecer pautas para la política de acción internacional, respondiendo a los desafíos de las agendas globales, pero al mismo tiempo garantizando su relevancia y efectividad en la realidad local. Como se mencionó anteriormente, los gobiernos locales han adquirido protagonismo en la configuración de políticas públicas, promoviendo el intercambio y propiciando escenarios de diálogo con aliados locales, nacionales e internacionales.

En otras palabras:

Su objetivo es posibilitar la proyección internacional necesaria para ser funcional en aquellas materias que, siendo de competencia subestatal, requieren una actuación exterior. Es decir, que para poder alcanzar sus objetivos en un sistema internacional interdependiente y cada día más globalizado, las entidades territoriales buscan la prolongación exterior de sus competencias internas. (García, 1996, p. 241)

Ahora bien, aun cuando este tipo de experiencias han logrado ser cada vez más comunes en la comunidad internacional, no es menos cierto que su desarrollo se encuentra en una fase inicial.

---

<sup>6</sup> Es importante señalar que no debe confundirse paradiplomacia con protodiplomacia, ya que esta última, según Duchacek (1988) y Keating (2001), se refiere a la actividad internacional de Gobiernos no centrales que buscan ser reconocidos como Estados soberanos y que usan la diplomacia para ambientar favorablemente su independencia.

Para el caso colombiano, donde este tipo de procesos son realmente embrionarios, algunas autoridades locales han promovido un proceso de política pública de acción internacional descentralizada, siendo el más representativo el del municipio de Medellín, que con el objetivo de organizar y canalizar recursos de ayuda externa para sus proyectos y programas de desarrollo municipal, ha diseñado un conjunto de acciones que ahora se traducen en una política pública de cooperación internacional descentralizada<sup>7</sup>.

Lo anterior ha hecho que Medellín se conciba como una experiencia exitosa de cooperación descentralizada en Colombia y como un referente de este ejercicio a nivel internacional. La ciudad ha logrado desarrollar una estrategia integral de internacionalización con la intervención de diferentes actores, el apoyo de la sociedad civil, de las entidades de cooperación internacional y fuentes de financiamiento de otros países que promueven y apoyan el desarrollo local.

Así, en este artículo se analizará el papel de la Agencia de Desarrollo Francesa (AFD) en la experiencia de Medellín, su modo de intervención, sus principales aportes e impactos. También se revisará si la contribución de la AFD a la ciudad de Medellín constituye un caso de lo que se denomina “acción hipercolectiva” y cuáles son los desafíos de esta caracterización.

Lo anterior se desarrollará en cinco momentos: en principio, una breve descripción de la historia de la estrategia de internacionalización de la ciudad de Medellín, seguida de un análisis de la AFD y su desempeño en Colombia; posteriormente, su intervención en la ciudad Medellín, describiendo los principales proyectos apoyados y su forma de intervención. En un cuarto apartado se presenta y analiza la categoría “acción hipercolectiva”, formulada por Severino y Ray, para, finalmente, enmarcar la actuación de la AFD en Medellín dentro de esta categoría conceptual y esbozar algunas conclusiones de cara a futuras investigaciones.

## **2. UNA POLÍTICA PÚBLICA DE INTERNACIONALIZACIÓN: SU CONSTRUCCIÓN EN LA CIUDAD DE MEDELLÍN**

El municipio de Medellín, con el objetivo de organizar y canalizar recursos de ayuda externa para sus proyectos y programas de desarrollo municipal, ha ideado un conjunto de acciones que ahora se traducen en Política pública de acción internacional descentralizada, evidenciando lo señalado anteriormente: una inclusión gradual de nuevos actores y agendas en el escenario internacional a través de nuevas estrategias de inserción de las administraciones locales.

---

<sup>7</sup> Franco y Muñoz (2012) la definen como una nueva forma de organizar la cooperación para el desarrollo implementada por la Unión Europea y sus Estados miembros, con el fin de que en el ámbito subnacional también se coopere para el desarrollo.

El surgimiento de esta política pública inicia con el análisis de la experiencia de las acciones de cooperación internacional que hasta finales de los años 90 se había llevado a cabo en el departamento de Antioquia, evidenciando que esta había estado principalmente impulsada por esfuerzos individuales y con escasa coordinación entre las diversas instituciones pertenecientes a los sectores social, universitario y de administración local. Sobre la base de estos resultados, el conjunto de actores políticos y sociales involucrados en este proceso acordaron trabajar de manera imperativa en la gestión y la inversión de los recursos provenientes de cooperación internacional para el municipio de Medellín y el Departamento de Antioquia.

La gestión de los recursos recibidos vía cooperación internacional empezó a ser re-direccionada con el fin de alcanzar las metas propuestas, lo cual dio lugar a la creación, en 2002, de la Agencia de Cooperación e Inversión de Medellín y su Área Metropolitana (ACI) como una asociación de entidades públicas: las Empresas Públicas de Medellín, la Región Metropolitana del Valle de Aburrá, las Empresas Varias de Medellín y los municipios (Bañales, 2011).

La creación de esta agencia se concibe también como el resultado de las facultades otorgadas en 2001 al alcalde de Medellín para crear una institución que contribuyera a generar más flujos técnicos y financieros a través de la cooperación internacional, fortaleciendo los programas y proyectos del Plan de Desarrollo municipal a través de alianzas estratégicas con otras entidades territoriales y organismos multilaterales. Esta agencia es percibida como la respuesta institucional oficial más importante para la coordinación e interacción de las acciones de cooperación internacional del municipio de Medellín<sup>8</sup>.

Según María Luisa Zapata Trujillo, subdirectora de Gestión del Conocimiento de la Agencia de Cooperación e Inversión de Medellín y el área Metropolitana en 2014,<sup>9</sup>

“(…) la región y la alcaldía misma y los entes públicos entendieron desde ese momento, desde el 2002, de las posibilidades y las necesidades de conectar un territorio como Medellín con el mundo y de las posibilidades de conectarlo a través de un ejercicio de cooperación internacional, que fue ahí donde se crea la ACI en el 2002 como la agencia de cooperación internacional.

La ACI se creó con el objetivo de insertar a Medellín en el contexto global para captar recursos de cooperación internacional que se sumaran al plan de desarrollo de Medellín; la ACI se creó con

---

<sup>8</sup> Si bien el ACI es el primer paso en la construcción de una política pública de cooperación internacional descentralizada del municipio de Medellín, esta decisión también forma parte de un conjunto de estrategias nacionales y locales destinadas a cambiar la imagen negativa de Medellín, la violencia engendrada por el narcotráfico. Durante los últimos años la ciudad pasó de tener una imagen asociada a la inseguridad a ser proyectada como un exitoso ejemplo de desarrollo urbano (Vargas Alzate, 2014).

<sup>9</sup> Esta entrevista es parte de la tesis doctoral de Tuirán Sarmiento (2016).

ese único propósito y era que hubiera un equipo apoyando a la Alcaldía, a los socios, a EPM<sup>10</sup>, Área Metropolitana, Empresas Varias<sup>11</sup> que son los socios; un equipo apoyando los proyectos que pudieran captar recursos de cooperación internacional<sup>12</sup>.

Paralelamente a la creación del ACI, se toma la iniciativa de formalizar un acuerdo de voluntad para crear la red de cooperación internacional de Antioquia, en el marco del sistema nacional de cooperación internacional, compuesto por fondos de Comfama y Comfenalco, la Universidad de Antioquia, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia, la Federación de ONG's de Antioquia, la gobernación de Antioquia y la Alcaldía de Medellín. Esta red ha definido un programa de trabajo conjunto con el objetivo de mejorar la gestión de la cooperación internacional del municipio de Medellín y el departamento de Antioquia, convirtiéndose así en un lugar de reunión para reflexionar y discutir las orientaciones y tendencias en el campo de la cooperación internacional, facilitar las sinergias institucionales en el territorio y buscar la alineación de acciones y proyectos en los planes de desarrollo local.

La conformación de la Red de Cooperación Internacional Antioqueña y el trabajo realizado por sus actores permitieron al municipio de Medellín instalar una serie de debates en diferentes escenarios en torno a la esencia misma de la cooperación internacional descentralizada, los principales actores y modos de administración de los recursos internacionales, siendo el primer ejercicio de este tipo documentado en Colombia.

La importancia de esta asociación entre actores del sector público y privado es, sin duda, uno de los puntos más importantes en esta experiencia, toda vez que constituye un proceso de articulación entre los intereses de la Red, la realidad y los problemas del territorio. Es el resultado de una convergencia de intereses públicos y privados que busca canalizar y organizar los recursos provenientes de la cooperación internacional descentralizada con el fin de aumentar cada vez más estos recursos e impactar directamente las necesidades básicas del territorio.

Posteriormente, como resultado de una asesoría que la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) prestó a la colectividad territorial, en 2006 se determinó que la ACI también se encargara de atraer recursos de inversión extranjera directa para la ciudad; para esto “se crea el Área de Negocios, que posteriormente se denominó Inversión Extranjera Directa,

---

<sup>10</sup> Empresas Públicas de Medellín es una empresa de servicios públicos domiciliarios de agua, energía eléctrica y gas natural.

<sup>11</sup> Empresas Varias es la entidad encargada del servicio de aseo, entendido como el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos y actividades complementarias de transporte, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de los mismos en el municipio de Medellín.

<sup>12</sup> Entrevista semiestructurada realizada a María Luisa Zapata.

con el fin de aumentar el número de empleos calificados en Medellín, incrementar los flujos de capital extranjero y así crear más empresas competitivas en la ciudad”<sup>13</sup>.

Así, lo que comenzó como un proyecto del municipio de Medellín se convirtió luego en un programa del área metropolitana. En 2007, su nombre fue cambiado por Agencia de Cooperación e Inversión de Medellín y el área Metropolitana (ACI). Según María Luisa ZapataTrujillo

En su constante evolución, la ACI no solo se ha centrado en administrar la cooperación internacional y la inversión extranjera directa para la ciudad, sino que también ha apoyado al gobierno municipal y sus socios estratégicos en el desarrollo de una extensa red de Aliados internacionales, que han tenido un impacto positivo en los procesos de desarrollo local y regional, generando sostenibilidad y redes de actores públicos y privados.

La ACI, según María Luisa Zapata Trujillo, ha establecido dos indicadores principales para el plan de desarrollo referidos a la atracción de inversión extranjera: el monto de cooperación internacional recibida y el monto de atracción de inversión extranjera en el territorio. Por ejemplo, el Plan de Desarrollo 2008-2011 estimó que Medellín debía atraer 25 millones de dólares en cooperación internacional, y el resultado fue de 28 millones de dólares durante cuatro años.

En cuanto a Medellín, la ACI también desarrolló, durante tres años, una gestión de los recursos de cooperación para el departamento. En 2012-2014, el resultado de estos tres años fue de aproximadamente 20 millones de dólares para El otro indicador está atrayendo inversión extranjera, y ahora es nuestra responsabilidad proporcionar \$600 millones en inversión extranjera, un indicador que actualmente se está cumpliendo para el plan de desarrollo.

En el caso de Medellín, estos indicadores muestran no solo la importancia de las políticas públicas, sino también los beneficios obtenidos por la entidad territorial al desarrollar acciones en el contexto internacional, utilizando a su favor los elementos proporcionados por el marco constitucional colombiano, para el ejercicio de sus atribuciones. Asimismo, la creación de redes ha generado sinergias de planificación estratégica a nivel regional (municipio - región metropolitana - departamento), implementado políticas y acciones en torno a objetivos comunes de desarrollo territorial.

---

<sup>13</sup> ACI (2012). *Manual de cooperación internacional descentralizada* (5ª versión)(p. 11). .

### 3. EL PAPEL DE LA AFD EN LA INTERNACIONALIZACIÓN DE MEDELLÍN Y SU DESARROLLO TERRITORIAL

Como se ha evidenciado en el proceso de creación de la ACI, la movilización de la cooperación internacional para financiar los diferentes proyectos establecidos por la ciudad de Medellín es uno de los pilares fundamentales de su estrategia de internacionalización. En este sentido, la Agencia Francesa de Desarrollo (AFD) es una de las instituciones más importantes para financiar el desarrollo territorial de esta ciudad colombiana.

El objetivo principal de la AFD desde su creación, más de 75 años, es luchar contra la pobreza en el mundo acompañando las políticas y las inversiones favorables para las poblaciones más vulnerables. Por este motivo, el fortalecimiento del vínculo social entre individuos, grupos y territorios está en el centro de sus acciones en educación, salud, empleo, planificación urbana, clima o biodiversidad.

Así, con la intención de ayudar a mejorar las condiciones de vida en los países de América Latina, la AFD interviene en el marco del llamado mandato de “crecimiento verde y solidaridad” acompañando a sus socios en el camino del desarrollo económico que beneficia a las poblaciones vulnerables y que a su vez es compatible con la protección del medio ambiente y los recursos naturales<sup>14</sup>.

Para Colombia, la AFD ha desarrollado un plan de acción para los próximos años basado en la visión de un país que está en vías de convertirse en la tercera economía de América Latina y que, a pesar de esto, debe enfrentar importantes desafíos. En este sentido, la AFD se centra en tres objetivos: desarrollo sostenible de los territorios, políticas de adaptación y mitigación del cambio climático y cohesión social. Por este motivo, la intervención de la AFD en Colombia tiende a acompañar la reducción de las desigualdades sociales y a promover el desarrollo equitativo de sus territorios, tal como lo describe su cuadro de intervención para Colombia en el gráfico 1.

---

<sup>14</sup> Su presencia en el continente comenzó con Haití (1976) y, más recientemente, Argentina (2017). Con el FFEM (Fondo Francés para el Medio Ambiente Mundial), Proparco (su filial del sector privado) y las ONG financiadas por la AFD, ahora están activas en toda la región.



Fuente: Marco de intervención Colombia 2014-2018.

### GRÁFICO 1. MARCO DE INTERVENCIÓN DE LA AFD EN COLOMBIA 2014-2018

La AFD llegó a Colombia en 2010 y con un total de \$2 mil millones de pesos colombianos, Francia está a la vanguardia de los donantes bilaterales en Colombia. La ayuda es proporcionada por la AFD a través de préstamos al Estado colombiano para acompañar las políticas públicas nacionales. El financiamiento es directo, sin garantía estatal, para las autoridades locales, empresas de servicios olvidadas y las instituciones financieras, que van acompañadas de asistencia técnica y fondos delegados de la Comisión Europea<sup>15</sup>.

Más recientemente, la asistencia de la AFD también ha contribuido a la implementación de los acuerdos de paz que el Gobierno colombiano firmó con las FARC en 2016, después de décadas

<sup>15</sup> En 2016, los presidentes de Francia y Colombia firmaron una hoja de ruta que enmarca la intervención de la AFD para los próximos años. Esto establece dos prioridades: el apoyo a la implementación de los acuerdos de paz, la complementariedad entre la financiación de las inversiones y las políticas gubernamentales.

de conflicto, para construir una paz duradera<sup>16</sup>. En el contexto de esta transición, para los gobiernos locales colombianos, uno de los principales desafíos es el desarrollo de territorios y, especialmente, las áreas rurales<sup>17</sup>.

La AFD ha decidido centrarse en 170 municipios identificados por los negociadores como prioridades a través de un préstamo de política pública de 200 millones de euros al Estado colombiano y la cooperación técnica de la Agencia para el Desarrollo de la Cooperación<sup>18</sup>. En lo referente a la agricultura, la alimentación y las zonas rurales, ADECIA (Agence pour le développement de la coopération internationale dans les domaines de l'agriculture, de l'alimentation et des espaces ruraux), agrupación de interés público (GIP) francesa, acompaña estos procesos mediante la movilización de expertos institucionales<sup>19</sup>. De la misma forma, la AFD también contribuye con 3 millones de euros al fondo establecido por la Unión Europea para apoyar la implementación de los acuerdos de paz; Francia está apoyando un proyecto integral de desarrollo rural que implementará la ONF (*Office national des forêts*) Andina, una subsidiaria de la Oficina Nacional de Bosques franceses, en Guaviare, uno de los departamentos más afectados por el conflicto colombiano<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> El 24 de noviembre de 2016, el presidente colombiano Juan Manuel Santos y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) firmaron un histórico acuerdo de paz después de largas negociaciones. Esta advertencia significa el fin de un conflicto que ha cobrado más de 8 millones de vidas en 50 años.

<sup>17</sup> La AFD apoya este proceso a través de numerosos dispositivos financieros y técnicos. Se había solicitado asistencia internacional desde el inicio de las negociaciones. Los presidentes Hollande y Santos acordaron en enero de 2017 una hoja de ruta, confirmada por el presidente Macron durante la visita oficial del presidente colombiano a Francia en junio de 2017. El Gobierno francés está planeando, en particular, a través de la AFD, aportar más de 350 millones de euros.

<sup>18</sup> Durante el proceso de paz, los negociadores se centraron en escuchar a los pequeños agricultores para recoger sus principales reclamos y elaborar planes de desarrollo adaptados mediante la identificación de unos 170 municipios prioritarios donde iniciar un programa específico de desarrollo local (Planes de Desarrollo Territorial: PDET).

<sup>19</sup> En territorios sensibles, ADECIA trabaja para articular las solicitudes de financiamiento con los fondos disponibles tanto en los presupuestos nacionales como en la ayuda internacional. El Grupo de interés público "Agencia para el desarrollo de la cooperación internacional en los campos de la agricultura, la alimentación y los espacios rurales" (ADECIA) se creó en julio de 2007 y sus acciones se llevan a cabo en áreas como el establecimiento y la gestión de políticas públicas, la organización de las administraciones, la organización de los sectores y mercados profesionales, la calidad de la salud en la producción, las indicaciones geográficas, el desarrollo rural, la capacitación y el asesoramiento agrícola. El objetivo de ADECIA es fortalecer la cooperación internacional en las áreas de competencia del Ministerio de Agricultura y las instituciones públicas bajo la tutela de los miembros, para valorar mejor la experiencia francesa, especialmente pública en el sector institucional y profesional.

<sup>20</sup> La Oficina Nacional de Bosques (ONF, por sus siglas en inglés) es el organismo a cargo de la gestión forestal en Francia continental y los departamentos y territorios de ultramar. Creada en 1964, la NFB gestiona casi 11 millones de hectáreas de bosques públicos pertenecientes a las autoridades estatales y locales. Actualmente,

Del mismo modo, la acción de la AFD también ha estado dirigida al apoyo de varias iniciativas concretas en tres aspectos fundamentales: el crecimiento verde del país, la reducción de las desigualdades y la inclusión social. En relación con el crecimiento verde, en 2014 y 2014, la AFD otorgó dos préstamos al Estado. Una subvención también ha financiado estudios sobre el impacto económico del cambio climático, la planificación espacial o los proyectos piloto compatibles con el clima. Finalmente, para reducir las desigualdades, la AFD apoya iniciativas dirigidas a asegurar el desarrollo de áreas desfavorecidas, apoyar técnicamente la descentralización del Estado colombiano y promover las inversiones en servicios urbanos básicos (salud, educación, acceso al agua, saneamiento, etc.) en los municipios identificados como prioritarios.

#### 4. LA AFD EN MEDELLIN

La ciudad de Medellín hace unos años fue considerada como escenario de enfrentamientos, violencia y dinámicas sociales relacionadas con el narcotráfico<sup>21</sup>. Sin embargo, el gobierno local ha emprendido una estrategia decidida para cambiar la imagen de la ciudad, haciéndola fuerte, estratégica y proyectada en la escena internacional. En este contexto, la AFD encontró en Medellín un punto prioritario para el financiamiento de grandes proyectos urbanos que contribuirán al desarrollo de esta ciudad, a su transición social y a la consolidación de su estrategia de internacionalización.

Entre los proyectos que la AFD ha desarrollado en Colombia, la proyección de una fuerte identidad urbana y territorial también es importante como motor del desarrollo local y apoyo a la política de descentralización nacional. Como resultado, la AFD desplegó una cartera de fondos para el fortalecimiento territorial dentro de los cuales se benefició la ciudad de Medellín. En 2003, Medellín desarrolló la visión del “urbanismo social”, un enfoque urbano orientado al desarrollo sostenible de los barrios más desfavorecidos, proyecto en el que la AFD financia el componente de transporte.

En este sentido, el enfoque de AFD en Medellín se basa en la creación de un plan de desarrollo que se dirige principalmente a los barrios más desfavorecidos para llevar a cabo una política voluntaria y simultánea de inversiones masivas para todos los sectores, apuntando a reintegrar a toda la población en un proyecto común y “verde”<sup>22</sup>.

---

la ONF tiene establecimiento permanente en 4 países: Brasil, Colombia, Costa de Marfil y Gabón.

<sup>21</sup> En 1991, con 381 muertes violentas por cada 100 000 habitantes, Medellín tenía la tasa de homicidios más alta del mundo. Partes enteras de la ciudad escaparon al control público.

<sup>22</sup> Medellín está en línea con todas las recomendaciones de la comunidad internacional con respecto a los problemas ambientales y la lucha contra el cambio climático.

Así, con el fin de apoyar esta iniciativa, la AFD ha otorgado un préstamo de 197 millones de euros al municipio de Medellín para financiar dos líneas de metro y una línea de tranvía en el centro-este de la ciudad. El propósito de esta contribución también es apoyar el desarrollo de la política de planificación social urbana de la ciudad, que se basa en proyectos urbanos integrales (PUI)<sup>23</sup>. La AFD está financiando el componente de transporte del Proyecto Urbano Integral en el centro-este de Medellín, conectando estos distritos periféricos, donde viven 300 000 personas, al centro de la ciudad y reintegrándolos en la dinámica urbana.

El proyecto iniciado el 8 de julio de 2010, se incluye en el sector de AFD denominado Ciudades Sostenibles y sector climático y se financia a través de la modalidad de un préstamo no concesional con la Alcaldía de Medellín por un monto de USD 250 000 000 por 20 años<sup>24</sup>. Los llamados préstamos “no soberanos” para la AFD están dirigidos a las autoridades locales o instituciones públicas, sin garantía estatal y ofrecen préstamos con condiciones de mercado, también denominados “no concesionales”<sup>25</sup>.

Para apoyar este financiamiento, la AFD está movilizando a expertos en planificación urbana que apoyan a la ciudad a definir su estrategia para 2030 en lo referente a este tema, otorgando también 275 millones de euros de financiamiento a Empresas Públicas de Medellín (EPM) para el financiamiento de su proyecto de programa de inversiones en el sector energético. La AFD también ha comprometido un préstamo de 150 millones de euros a Findeter<sup>26</sup> y otros 50 millones de euros al departamento de Antioquia para financiar algunos proyectos de su plan de desarrollo 2012-2015.

---

<sup>23</sup> Los PUI son herramientas que concentran todos los recursos y las palancas de la acción pública (salud, educación, deporte, seguridad, espacios públicos, transporte público) en muy poco tiempo, en los barrios más difícil

<sup>24</sup> La AFD otorga diferentes tipos de préstamos. Sus condiciones se determinan según la naturaleza del proyecto y su entorno (impacto y contexto político, económico, social, ambiental) y la calidad del prestatario (sector empresarial, calificación, garantías). En países con poca deuda o socios con proyectos rentables para financiar, la AFD ofrece préstamos con condiciones de mercado (también denominados “no concesionales”). Estos préstamos ayudan a respaldar a los estados ante una escasez de liquidez, debido a la crisis o la urgente necesidad de crédito.

<sup>25</sup> Los llamados préstamos “no soberanos” están dirigidos a las autoridades locales o instituciones públicas, sin garantía estatal. La AFD también otorga préstamos a empresas del sector privado a cargo de misiones de servicio público. Este tipo de financiamiento, para realíenla realización de grandes proyectos de infraestructura, es cada vez más frecuente.

<sup>26</sup> Financiera de Desarrollo Territorial S.A. (Findeter) es una sociedad anónima colombiana, organizada como una entidad de crédito y vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Su objetivo principal es apoyar el desarrollo sostenible del país brindando asistencia técnica y estructuración de proyectos, así como también descontando préstamos a ciertas entidades para llevar a cabo proyectos ambientales y de infraestructura. Actualmente cuenta con cinco unidades regionales y siete oficinas en el país. Fue establecido en 1989 y tiene su sede en Bogotá, Colombia.

Con la AFD, el municipio de Medellín también logró animar el debate de ideas sobre el tema “Ciudades y cambio climático” organizando cumbres internacionales para compartir las mejores prácticas en gestión urbana, desarrollar talleres sobre cambio climático y su integración en los planes de desarrollo local, así como en el Foro Urbano Mundial (MEDU) de Medellín. Estas contribuciones son el resultado de alianzas con otros bancos de desarrollo nacionales e internacionales (CAF, Findeter), sociedad civil (AVINA, la fundación Ciudad Verde) y centros de investigación (fundación Ciudad humana, Fedesarrollo).

## **5. NUEVAS FORMAS DE DESARROLLO LOCAL Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL: ACCIÓN HIPERCOLECTIVA**

Con el surgimiento de estas nuevas iniciativas desde las entidades locales no es sorprendente que la cantidad de fuentes financiadoras a nivel internacional que operan por país receptor también haya aumentado sustancialmente en los últimos años. Se estima que el número promedio de donantes bilaterales o multilaterales por país beneficiario (cooperación descentralizada y fondos verticales aparte) aumentó de 3 en 1960 a 30 en 2006<sup>27</sup>.

Es así como se afirma que la apertura a nuevos temas y agendas ha supuesto también una evolución en los medios de ayudas económicas que anteriormente encontraban en la AOD (Ayuda Oficial para el Desarrollo) su principal forma de acción. Los cambios en el sistema internacional y las relaciones internacionales, incluyendo las regionales y las que afectan a Colombia, se reflejan en el sistema de cooperación internacional, que lleva dos décadas en proceso de cambio profundo, junto a la concepción y práctica del desarrollo; los últimos cinco años han acelerado y cambiado el rumbo de la cooperación internacional al desarrollo (Grassa, 2014, 12).

En Colombia, por ejemplo, particularmente en el cuatrienio 2010 – 2014, el Estado se propuso una serie de metas relacionadas con la cooperación internacional ambicionando ir mucho más allá, con el fin de diversificar el rol de receptor y mejorar su posicionamiento y liderazgo internacional. Tal como lo indican Ruiz y Ramos Héndez (2015, p. 112), el país avanzó en gran medida hacia el cumplimiento de sus metas en términos de AOD, Cooperación Sur - Sur, Cooperación Triangular y Asistencia Internacional, conforme a los mandatos establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo y en la Estrategia Nacional de Cooperación Internacional.

Así, se evidencia hoy que la concepción del poder y su distribución se han transformado no solo dentro de los Estados, lo que nos conduce a un creciente protagonismo de las entidades subnacionales, como se ha señalado, sino también por fuera de los Estados, evidenciando una

---

<sup>27</sup> Estas cifras pueden ser consultadas en World Bank (2007).

creciente importancia de los países emergentes y del llamado “Sur”<sup>28</sup>. Siguiendo a Grassa (2014, p. 12), la nueva doctrina, la proliferación de actores, las nuevas prácticas, la creciente fragmentación y complejidad del sistema, junto al impacto de la austeridad presupuestaria derivada de la crisis en los países del Norte, están cambiando fuertemente el contexto de la cooperación para el desarrollo y están generando un fuerte debate sobre su naturaleza y orientación futura; debate que se había venido dando dentro de la academia a mediados de los años 90 cuando se concibe una “fatiga de la ayuda” que ayuda a centrar el debate sobre el impacto y la durabilidad de la AOD en la eficacia, eficiencia y calidad de la cooperación<sup>29</sup>.

En palabras de Thorbecke E (2000):

The decade of the nineties was marked by a strong and lingering case of ‘aid fatigue’ evidenced by the absolute decline in net disbursements of official development assistance (ODA) after 1992 and decline in the net ODA disbursements expressed as a ratio of donor GNP from 0.38 per cent in 1982 to 0.22 per cent in 1997. Private flows had largely replaced aid flows with a share of the former to net disbursement of ODA plus private flows rising from 26 per cent in 1987-92 to 55 per cent in 1993-97. Simultaneously, the sectoral composition of foreign aid switched towards a significantly larger proportion channelled to social infrastructure and services (e.g. education, health, water supply and sanitation) and economic infrastructure and away from productive sectors.(p. 69)

Esta forzada evolución en el paradigma de la cooperación, sin embargo, encuentra un punto importante de quiebre a principios de los años dosmil, dos mil nueve, cuando en el seno de la academia autores como Severino y Ray inician un serio debate que constató tres revoluciones en marcha, en los objetivos, los actores y los instrumentos de la cooperación internacional<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> En este punto resulta importante también el aumento de los intercambios económicos externos de América Latina y el Caribe; comportamiento que se muestra en ascenso constante y que es posible percibir en la esfera comercial, gracias al aumento de las relaciones comerciales Sur-Sur y una disminución de las Norte-Sur; en la productiva, con un crecimiento de la inversión directa extranjera (IDE), y en la financiera, ya que ahora la región cuenta con mayor acceso a los mercados financieros internacionales.

<sup>29</sup> Fruto de ese debate nacieron, entre otras cosas, la Declaración de París y la agenda de la eficacia y de la calidad de la ayuda. La Declaración de París sobre la Eficacia de la Ayuda al Desarrollo (DP) es un acuerdo internacional que establece compromisos globales por parte de países, tanto donantes como receptores, para mejorar la entrega y el manejo de la ayuda, buscando hacerla más eficaz y transparente. El acuerdo se firmó en 2005 y fue firmado por más de cien países donantes y receptores, agencias internacionales y organizaciones multilaterales, teniendo como resultado, entre otros, el establecimiento de 5 principios con respecto a la ayuda al desarrollo: La apropiación de la implementación de la ayuda por parte de los países receptores, a saber: la alineación de los países donantes con las estrategias de los países receptores; la armonización del enfoque y las acciones entre los países donantes; el enfoque en los resultados y la rendición mutua de cuentas.

<sup>30</sup> En palabras de Grassa (2014, p. 20), subrayaron tres aspectos. Primero, la diversificación de objetivos, sumándose a la tradicional reducción de la brecha entre Norte y Sur, el acceso a servicios esenciales y la protec-

Según Severino y Ray (2010, p. 12), las entidades subnacionales han formulado sus propios proyectos bilaterales: las redes de instituciones de gobiernos locales en los países desarrollados y en desarrollo están en auge<sup>31</sup>. Estos programas de cooperación descentralizada conectan una ciudad o región administrativa de un país del norte con su equivalente en un país en desarrollo y participan en proyectos relacionados con prestación de servicios básicos, educación, medio ambiente, salud o capacitación, por ejemplo.

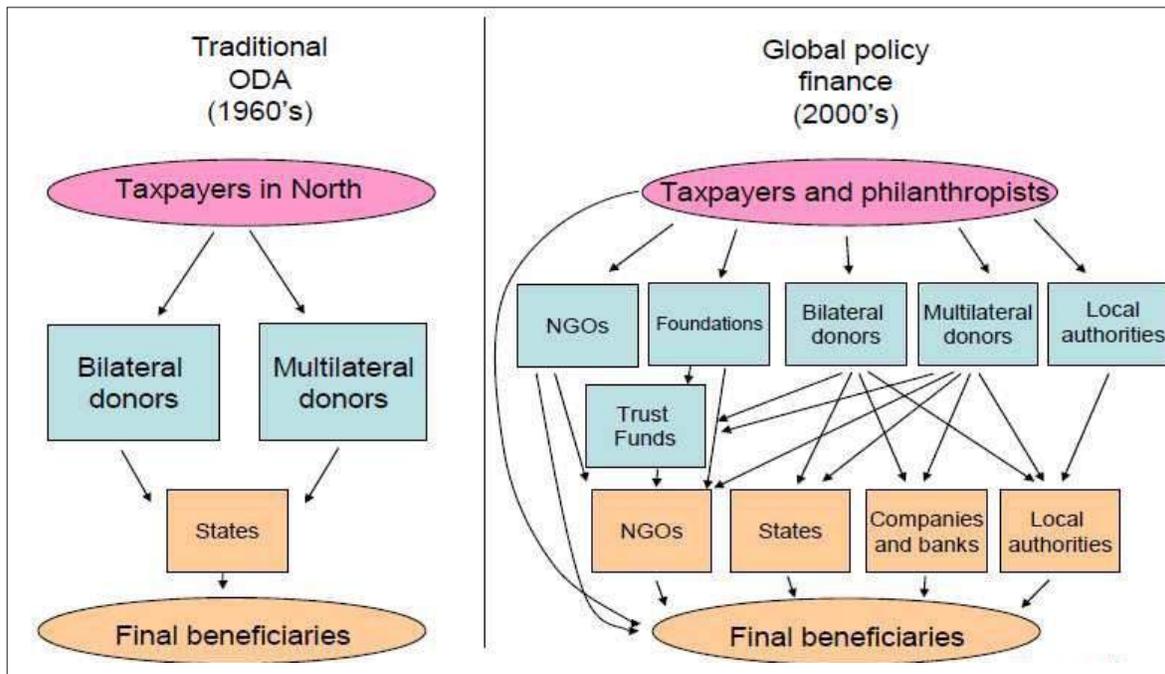
En el mismo sentido, afirman que la proliferación afecta la oferta en el mercado “balcanizado” de la acción pública mundial, mostrando una demanda de cooperación internacional “extremadamente heterogénea” y subrayando el surgimiento de una gran cantidad de organizaciones de la sociedad civil que se benefician de una parte significativa de los fondos de desarrollo. Al mismo tiempo, sostienen que existe un proceso de descentralización en muchos países que está convirtiendo cada vez más a las autoridades locales en receptores de ayuda, concibiendo la diversificación de los canales de financiación internacional como un asunto de especial interés y observación.

Así, este aumento de nuevos actores en el marco de la cooperación internacional se considera como una ventaja, toda vez que denota una evolución de los canales, medios y recursos de la acción internacional. Sin embargo, según este nuevo enfoque de la cooperación, esta proliferación como un asunto de cuidado, advirtiendo que debe canalizarse de la mejor manera posible para aprovechar sus beneficios. En el gráfico 2 se explica la concepción de estos autores sobre el proceso naciente en términos de proliferación en esta dinámica internacional:

---

ción de bienes públicos globales. Segundo, la aparición de una gran cantidad de nuevos y diversos actores, que generaban problemas de coordinación y gobernanza y una mayor fragmentación de una actuación fragmentaria por naturaleza. Y tercero, la creación de nuevos instrumentos, de innovaciones paralelas a las acaecidas en los mercados financieros, vinculadas a mercados de futuros, a ayuda a presupuestos o a diversos mecanismos de seguridad o “apalancamiento”.

<sup>31</sup> Una experiencia exitosa la constituye el proyecto de Alianza Euro Latinoamericana de Cooperación entre Ciudades, AL-LAS, que busca impulsar una nueva forma de cooperación y acción internacional desde lo local promoviendo ciudades más abiertas al mundo, aprovechando el potencial de la internacionalización en beneficio de sus territorios. Esta Alianza se ha consolidado también como una plataforma de generación y gestión de conocimiento para la incidencia a nivel regional en estos temas.



Fuente: Severino & Ray (2010, p. 10).

## GRÁFICO 2. EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN SEGÚN SEVERINO Y RAY

Esta doble tendencia a la proliferación (es decir, el aumento del número de donantes) y la fragmentación (es decir, la dispersión de la actividad de los donantes) de la cooperación internacional para el desarrollo constituye lo que Severino y Ray (2010) han denominado “acción hipercolectiva”. Esta nueva dinámica de cooperación internacional se caracteriza, según los autores, por el aumento en el número de actores involucrados en la gestión de una política dada y, en consecuencia, una heterogeneidad de tamaños, estructuras, procesos y objetivos, así como

(...) formas de legitimidad, motivaciones muy diferentes para involucrarse en la política, concepciones muy diferentes de lo que se entiende por “desarrollo”, “seguridad” o “protección del medio ambiente”, diferentes visiones sobre cómo la acción internacional puede contribuir a estos objetivos y diferentes discursos para explicar el ecosistema político que habitan. (Severino & Ray, 2010, p. 15)

Por esta razón, la acción hipercolectiva se considera una nueva forma de producir políticas globales, dando un giro superlativo a la manera en que operan los regímenes tradicionales de cooperación internacional. Con este nuevo modo de acción, los procesos de políticas públicas son más descentralizados y las áreas más diversas; se trata de nuevos procesos de negociación política que involucran las contribuciones de todos los actores para la implementación de una u otra política.

## 6. MEDELLÍN: ¿UN CASO DE ACCIÓN HIPERCOLECTIVA?

La experiencia de Medellín ha sido estudiada por el éxito de su inserción en el contexto internacional como ciudad; sin embargo, esta experiencia rara vez se ha discutido desde afuera, es decir, muy poco se ha analizado cómo el nuevo contexto internacional ha sido fundamental y favorable para el desarrollo de su política pública de internacionalización.

Las relaciones entre los Estados (Colombia y Francia) siempre han sido amigables y han entrado en una fase de consolidación significativa en los últimos años<sup>32</sup>. Sin embargo, el aspecto innovador de la asistencia de la AFD en términos de financiamiento radica precisamente en el hecho de que su apoyo está dirigido directamente a la entidad territorial, y no al Estado colombiano en general, apoyado por un enfoque de solidaridad internacional.

Esta experiencia muestra no solo la diversificación de actores internacionales en el escenario mundial como un fenómeno teórico y abordado por varios autores desde diferentes disciplinas, sino que también permite observar cómo la financiación de entidades internacionales se convierte en una variable importante para la internacionalización de los territorios. En Colombia, aunque la AFD también coopera con Colombia en tanto Estado, la experiencia de Medellín resulta valiosa para evidenciar cómo esta institución francesa encuentra un interlocutor válido para la cooperación a nivel subnacional.

De la misma forma, este caso conduce a abordar el fenómeno de la ayuda al desarrollo y su evolución, ya que se ha visto obligada a re-inventarse dada la proliferación de nuevos actores en el sistema internacional<sup>33</sup>. En este sentido, es posible afirmar que el caso de la AFD en Colombia, y en el caso puntual de Medellín, es parte de lo que Severino y Ray (2010, p. 11) llaman una acción hipecolectiva, ya que es un intercambio entre actores políticos diferentes del Estado central; intercambio que a su vez tiene en cuenta los intereses y agendas diversas, así como los canales de relacionamiento no convencionales. El intercambio entre la AFD y la Alcaldía de Me-

---

<sup>32</sup> Muestra de ello lo constituye el Año Colombia-Francia 201, el cual tuvo como principal objetivo acompañar la transformación profunda del país y su esfuerzo de proyección internacional, con el fin de ajustar y mejorar su imagen en Francia y en Europa. Según cifras de la Embajada de Francia en Colombia, Francia ya tiene ventajas importantes en Colombia: una importante presencia económica (160 empresas); una buena relación política (apoyo colombiano a la COP 21); una excelente imagen cultural; una red de 12 Alianzas francesas (7ª a nivel mundial y 1ª en términos de certificaciones DELF-DALF); 450 acuerdos de cooperación universitaria. Se trata entonces de actualizar la percepción de Francia y de valorizar su experiencia.

<sup>33</sup> Según Grassa (2014, p. 28) ,el conjunto del sistema se ve enfrentado a una cuádruple opción o “cuatrima”, es decir: hacer más cosas, con más actores y más heterogéneos, con mayor coordinación y con mayor coherencia. Ello exige cambios importantes en la gestión de los instrumentos de cooperación, a nivel nacional. También en los instrumentos de participación en la elaboración de las estrategias, planes, políticas e instrumentos.

Medellín ha sido constante y sostenido gracias al financiamiento de varios proyectos de desarrollo de la ciudad, evidenciando una relación de cooperación fluida, con nuevos canales de decisión, nuevas formas de cooperación y negociación política.

Este intercambio entre el municipio de Medellín y la AFD bien entra en esta categoría, ya que es una relación que se está alejando del enfoque tradicional de solidaridad internacional y ayuda al desarrollo, agregando valor a los actores, implementando nuevos instrumentos de cooperación y interesándose por medir su real impacto. En otras palabras, se observa, en este caso, el cambio de paradigma hacia esta nueva forma de acción, la acción hipercolectiva, en cada uno de sus componentes: en la naturaleza, cantidad y participación de sus actores, así como en el nivel de coordinación, instrumentos y posibles problemas dentro del proceso. Este cambio se evidencia mejor en la tabla 1:

**TABLA 1.** COMPONENTES DE LA ACCIÓN COLECTIVA Y DE LA ACCIÓN HIPERCOLECTIVA

		Acción colectiva	Acción Hipercolectiva
Ejemplos		Operaciones de <i>peacekeeping</i> , Tratado internacional de derechos humanos, negociaciones en el seno de la WTO (World Trade Organization), etc.	Protección de la biodiversidad, lucha en contra del cambio climático, prevención de las pandemias globales, implementación de los ODS (Objetivos de Desarrollo Sostenible), etc.
Actores	Naturaleza	Homogénea	Heterogénea
	Cantidad	Limitada	Ilimitada
	Participación en la discusión	Actores autorizados (designados)	Tomadores de decisión de política (autoproclamados)
Proceso	Nivel de coordinación	Único. Solo actores internacionales tienen relaciones internacionales	Múltiple. Actores locales desarrollan relaciones internacionales autónomas
	Instrumentos	Instituciones o regímenes internacionales	Complejos, arreglos, redes, alianzas y discursos.
	Problemas y riesgos comunes	Poder de veto de actores individuales, posiciones de bloques y soluciones conservadoras.	Responsabilidades difusas y articulación de los diferentes niveles de coordinación.

**Fuente:** elaboración y adaptación de los autores a partir de Severino y Charnoz (2008).

La naturaleza heterogénea, ilimitada y autónoma de la acción hipercolectiva está, sin duda, presente en el caso de la ciudad de Medellín en su intercambio con la AFD; los dos actores que intercambian han decidido emprender procesos múltiples coordinados, derivados de procesos locales y con alianzas estratégicas como principal instrumento de acción.

## CONCLUSIONES

Como se ha evidenciado a lo largo de este trabajo, la internacionalización de la ciudad de Medellín se construyó gracias al apoyo de sus ciudadanos, la convergencia de varios actores, la voluntad política y la creación de instituciones que guían estos esfuerzos, como lo representa la ACI. En el mismo sentido, es posible afirmar que esta estrategia ha encontrado uno de sus puntos más fuertes en el financiamiento internacional, transformando la ciudad en un punto estratégico de inversión extranjera y en una plataforma para el intercambio de recursos internacionales.

En este contexto, la AFD actúa como uno de los actores más importantes en la financiación de proyectos de desarrollo local en Medellín. El apoyo brindado por AFD a las iniciativas de la alcaldía de Medellín y la relación entre estos dos actores se enmarca en la categoría “acción hipercolectiva”, desarrollada por Severino y Ray (2010, p. 11), ya que se producen a partir de nuevos canales e instrumentos de cooperación, evidenciando la evolución del paradigma de la tradicional ayuda al desarrollo.

Este caso resulta reciente para Colombia, toda vez que son pocos los gobiernos locales que han decidido emprender acciones internacionales concretas a través de la creación de una política pública de internacionalización. Es por ello que la inclusión de nuevas fuentes de financiamiento a través de la consolidación de relaciones con instituciones diferentes al Gobierno central se concibe todavía como un proceso novedoso en nuestro país, pudiendo, sin duda, convertirse en una fuente importante de impulso para el desarrollo local.

La configuración de más espacios de acción hipercolectiva en los territorios colombianos supone retos importantes como la creación de nuevas herramientas, conceptos e institucionalidad para la gestión de estas relaciones. Se hace necesario re-pensar el marco de acción de las entidades territoriales con el fin de concebirlo más amplio, diverso e intencional en la búsqueda de alianzas internacionales estratégicas que contribuyan al cumplimiento de los objetivos locales.

Asimismo, constituye un reto el empoderamiento y capacitación de los diferentes actores, situados en diferentes niveles, del territorio para lograr una verdadera coordinación en este nuevo marco de acción. Las relaciones regidas por el marco de acción hipercolectiva están marcadas por el intercambio constante entre los diversos actores, gestionando de manera fluida los intereses, naturalezas y objetivos de cada uno a través de mecanismos de negociación y cooperación.

Finalmente, de cara a futuras investigaciones, resulta interesante el análisis de este nuevo marco de acción como herramienta importante para la construcción de Estado en algunos municipios en el marco de la transición hacia la paz. Esto en dos sentidos: uno, la consolidación de relaciones en el marco de la acción hipercolectiva como herramienta motora del desarrollo local de los municipios más afectados por el conflicto, y dos, analizando cómo la superación de la violencia aumenta los niveles de atractividad de la inversión en los territorios colombianos. Resulta pertinente el análisis de la disminución de los índices de violencia como proceso paralelo al aumento de los índices de inversión en nuestros territorios, proyectando, cada vez más, escenarios de cooperación horizontal, menos vertical, con los diferentes actores de la comunidad internacional.

## REFERENCIAS

- Antolínez, J. y Moreno, S. (2009). Diplomacias emergentes. En G. Puyo (Dir.), *El estado del arte de la política exterior colombiana* (pp. 85-104). Bogotá, D.C.: Unijus, Universidad Nacional de Colombia.
- Ardila, M., Montilla, P. y Garay, J. (2009). *Actores no estatales y política exterior colombiana: casos de los sectores académicos y empresariales*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Barbé, E. (2008). *Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.
- Bañales, J (2011). Agency of Cooperation and Investment Of Medellin and the Metropolitan Area. En Alcaldía de Medellín (Ed.). Medellín: Laboratorio Medellín, ACI, UN Habitat.
- Bauman, Z. (1999). *La globalización. Consecuencias humanas*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Beck, U. (1998). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Betancur, S (2016). La globalización y la esfera local: relaciones complejas generadoras de nuevos actores internacionales. En A. Tuiran (Ed.), *Acción internacional de los gobiernos locales o nuevas formas de diplomacia. Una mirada a la experiencia latinoamericana* (pp. 19-43). Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Norte y Grupo Editorial Ibáñez.
- Cox, R. (2003). *Beyond Empire and Terror: Critical Reflections on the Political Economy of the World Order*. University of Sheffield: Political Economy Research Center.
- Cornago, N. (2000). Diplomacia, paradiplomacia y redefinición de la seguridad mundial: dimensiones de conflicto y cooperación. En F. Aldecoa y M. Keating (Eds.), *Paradiplomacia: las relaciones internacionales de las regiones* (pp. 37-63). Madrid: Marcial Pons.
- Coronel, A. (2006). *Breve historia de la cooperación descentralizada. Una mirada desde Sur América*. Montevideo: Observatorio de Cooperación Descentralizada Unión Europea-América Latina.
- Duchacek, I. (1988). Multicommunal and Bicomunal Polities and Their International Relations. em I. Duchacek, D. Latouche & G. Stevenson (Eds.), *Perforated Sovereignities And International Relations: Trans Sovereign Contacts of Subnational Governments*. New York: Greenwood Press.

- Fazio, H. (2008). *Los caracteres fundamentales de la primera globalización*. Bogotá, D.C.: Ediciones Uniandes.
- Ferrer, A. (1996). *História de la globalización. Orígenes del orden económico global*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Franco, D. y Muñoz, S. (2012). *Cooperación internacional y coordinación en el territorio. La construcción social de una agenda estratégica de cooperación internacional para el desarrollo de Antioquia, Colombia*. Medellín, Colombia: CIDEAL, Universidad de Antioquia.
- García, C. (1993). La evolución del concepto de actor en la teoría de las Relaciones Internacionales. *Revista de Sociología*, 41, 13-31.
- García, C. (1996). La actividad exterior de las entidades políticas subestatales. *Revista de Estudios Políticos*, 91, 235-264.
- Garay, L. J. (1999). *Globalización y crisis hegemónica o corresponsabilidad*. Bogotá, D.C.: Ediciones Tercer Mundo.
- García Canclini, N. (1999). *La globalización imaginada*. Buenos Aires: Paidós.
- Giddens, A. (2000). *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid: Taurus.
- Grassa, R. (2014). *La cooperación internacional para el desarrollo en Colombia Una visión orientada hacia el futuro* Bogotá, D.C.
- Guzmán, C. Rodríguez, A. y Guzmán J. (2017). ¿Gobernabilidad o gobernanza? A propósito del rol de los actores no estatales en la construcción de la política pública de cooperación transfronteriza Colombo- Ecuatoriana. En C. Guzmán y L. Trejos (Eds.), *Más allá de las fronteras: integración, vecindad y gobernanza*. Colombia, Ecuador, Perú (pp. 136-165). . Barranquilla, Colombia: Editorial Universidad del Norte.
- Jouve, E. (1992). *Relations Internationales*. París: PUF.
- Keating, M. (2001). *Paradiplomacy and Regional Networking*. Papers from the workshop on the Foreign Relations of Constituent Units. Winnipeg: Manitoba.
- Mansbach, R. & Vásquez, J. (1981). *In Search of Theory. A New Paradigm for Global Policys*. New York: Columbia UP.
- Merle, M. (1991). *Sociología de las relaciones internacionales*. Madrid: Alianza.
- Nivia-Ruiz, F. & Ramos Héndez, I. (2015). Balance de la Cooperación Internacional al Desarrollo ofrecida y recibida por Colombia: Coherencia entre metas y logros en el cuatrienio 2010-2014. *Revista Internacional de Cooperación y Desarrollo*, 93-124.
- Risse, T. & Sikkink, K. (1999). The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction. In Th. Risse, S. Ropp & K. Sikkink (Eds.), *The power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rouillé, H. (2008). *La diplomacia no gubernamental ¿pueden las ONG cambiar el mundo?* Chile: Lom.

- Rosenau, J. (1990). *Turbulence in World Politics*. Princeton: University Press.
- Rosenau, J. & Czempiel, Ernst-Otto (1992). *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge: Cambridge University Press
- Severino, J. M. & Charnoz, O. (2008). *De l'ordre global à la justice globale: vers une politique mondiale de régulation*, vol. 2. En temps réels.
- Severino, J. M. & Ray, O. (2009). Death and Rebirth of a Global Public Policy" || in Center for Global Development, Working Paper, 167.
- Severino, J. M. & Ray, O. (2010). "The Birth of Hypercollective Action" || in Center for Global Development, Working Paper, 218.
- Shaun, R. (2005). *Adiós a la diplomacia*. Madrid: Siglo XXI Editores.
- Tapia, J. (2002). Globalización, descentralización y paradiplomacia: la actividad internacional de las regiones. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXIII,157-175.
- Thorbecke E. (2000). The evolution of the development doctrine and the role of foreign aid: 1950-2000. In F. Tarp (Dir.), *Foreign Aid and Development*. Londres: Routledge,.
- Torrijos, V. (2009). La diplomacia centrifuga. Preámbulo a una política exterior de las regiones. En V. Torrijos, *Política exterior y relaciones internacionales* (pp. 126-168). Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Trejos, L. (2016). Nuevos actores y nuevas diplomacias en la sociedad internacional. Una aproximación general al caso de las ciudades. En A. Tuirán (Ed.), *Acción internacional de los gobiernos locales o nuevas formas de diplomacia. Una mirada a la experiencia latinoamericana* (pp. 1-18). Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Norte y Grupo Editorial Ibáñez.
- Tuirán Sarmiento, A. (2016). Action internationale des collectivités territoriales en Colombie : contribution à l'analyse de l'action internationale décentralisée dans les États à faible structuration administrative et politique locale . (Tesis de doctorado). École doctorale sciences juridiques, Grenoble, Francia.
- Vargas Alzate, L (2014). Análisis de la política pública de cooperación internacional de Medellín. *Analecta política*, 4, 141-162.
- Vásquez, J. (1991). *El poder de la política del poder*. México: Gernika.
- Velasquez Flores, R. (2011). Cambios y continuidades del sistema internacional. *Relaciones Internacionales* 20 (41),159-177. La Plata, Provincia de Buenos Aires: Instituto de Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad nacional de La Plata.
- Vieira, E. (2012). *La globalización en un mundo en transformación*. Bogotá, D.C.: Colegio de Estudios Superiores de Administración.

Wolfensohn, H. (2007). Trends and Issues in Development Aid, in Center for Development. *Working Papers*, 220.

World Bank (2007). Aid architecture: an overview of the main trends in official development assistance flows (English). Washington, D.C.: World Bank.

# **El impacto de las medidas ambientales en el estándar de expropiación indirecta El caso Eco Oro c. Colombia\***

*The Impact of Environmental Measures on the Standard of Indirect Expropriation. The Eco Oro vs. Colombia case*

\*Este artículo no fue financiado por un proyecto, es un esfuerzo netamente personal. La autora agradece a José Gustavo Prieto Muñoz por sus valiosos comentarios.

YADIRA CASTILLO MENESES

Ph.D. en Derecho, Universidad de los Andes; magíster en Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia; abogada de la Universidad San Buenaventura de Cali; experta en arbitraje internacional de inversión extranjera; docente; consultora en arbitraje internacional de inversión extranjera y responsabilidad extracontractual del Estado.  
arbitraje@yadiracastillo.co yadi112@hotmail.com

## Resumen

Este artículo desarrolla el estándar de revisión de expropiación indirecta en el caso *Eco Oro c. Colombia*, cuyas pretensiones se sustentan en el tratado de libre Comercio -TLC- celebrado entre Colombia y Canadá (2008), capítulo de inversiones. El caso evidencia lo complejo de armonizar la tensión entre la protección al medio ambiente, en especial los ecosistemas de páramo, en un país que posee la mayor riqueza de páramos en el mundo, y el respeto por los derechos económicos de los inversionistas, quienes, previa autorización por parte del Estado, emprendieron una actividad económica de exploración minera. Finalmente, el artículo propone explorar los límites de la debida diligencia y la concurrencia de culpas en los casos en los que la expropiación indirecta emerge como consecuencia de la protección al medio ambiente.

### PALABRAS CLAVE

expropiación indirecta, actividad minera, desarrollo sostenible, ecosistema de páramo, expectativas razonables, Eco Oro, páramo de Santurbán.

## Abstract

The article develops the revision standard of indirect expropriation applicable to the *Eco Oro vs. Colombia* case, whose pretentions are supported on the Free Trade Agreement FTA between Canada and Colombia (2008), investment chapter. The case shows how complex it could be to harmonize the clash between the environment protection, specially, paramo ecosystems, in a country that owns the wealthiest paramus in the world, and the respect of the economic rights granted to investors that started a mining project with the authorization of the host state. Finally, the article suggests exploring the due diligence's limits and concurrent negligence in cases where the indirect expropriation emerges as a consequence of the environment protection.

### KEYWORDS

indirect expropriation, mining activity, sustainable development, paramo ecosystems, legitimate expectations, Eco Oro, paramo of Santurban.

## INTRODUCCIÓN

Las consecuencias derivadas de la tensión entre la regulación de intereses públicos y la protección de los derechos de inversionistas extranjeros han llevado a muchos Estados a retirarse de tratados de protección a la inversión, a renegociarlos o a negociar tratados con provisiones con un alcance y contenido más definidos.<sup>1</sup> Colombia, por ejemplo, en la década de los 90, con la explosión de los tratados bilaterales de protección a la inversión, no fue un Estado en desarrollo con una marcada tendencia en la negociación de tales instrumentos.<sup>2</sup> A diferencia de otros Estados de Latinoamérica, como Argentina, Venezuela, Ecuador o Perú, que sí se unieron a esa tendencia y ya cuentan con un buen registro de disputas internacionales, Colombia desde 2006 ha venido familiarizándose con la negociación de estos tratados y, como si se tratara de un efecto cascada, desde 2016 a la fecha se registran 16 disputas internacionales de inversión extranjera.<sup>3</sup>

Ese número significativo de demandas contra Colombia crea la necesidad de ir más allá de concluir un mero descontento de los inversionistas con las decisiones adoptadas por las autoridades, para preguntarnos qué está pasando con Colombia. ¿Acaso este número de demandas

---

<sup>1</sup> Bolivia, Ecuador y Venezuela han denunciado el Convenio Internacional de Arreglo de Disputas entre Estados y otros nacionales de otros Estados CIADI. Polanco Lazo, Rodrigo (2016). *Two Worlds Apart: The Changing Features of International Investment Agreements in Latin America*. En Tanzi, Attila et al, (eds.), *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*. Leiden: Koninklijke Brill NV, p. 97. Ver además Titi, Catherine (2014). *Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas*. *Arbitration International*, vol. 30, n.º 2, 357.

Prieto Muñoz explica que Ecuador es uno de los países que a partir de 2008 exige a los inversionistas presentar sus demandas ante las cortes locales, negando un mejor trato que el dado a los nacionales, todo ello como consecuencia de una nueva Constitución. Prieto Muñoz, Jose Gustavo (2016). *International Investment Disputes in South America: Rethinking Legitimacy in the Context of Global Pluralism*. En Tanzi, *op. cit.*, p. 148.

<sup>2</sup> Una de las razones que explica la celebración tardía de tratados de protección a la inversión por parte de Colombia radica en el hecho que el artículo 58 de la Constitución de 1991 permitió la expropiación sin compensación. Eso cambió con el Acto Legislativo 01 de 1999, mediante el cual se estableció la expropiación con la consecuente indemnización. Eso hizo que Colombia se adaptara a estándares internacionales y abriera la puerta para celebrar tratados internacionales de protección a la inversión extranjera. Linares Cantillo, Alejandro (2019). *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. La tensión con el derecho interno*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, p. 316.

<sup>3</sup> De acuerdo con la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Colombia, actualmente el país está enfrentando 16 disputas de arbitraje de inversión: Glencore International AD/CI Prodeco S.A.; América Móvil S.A.B; Eco Oro Minerals Corp. (antes Greystar); Gas Natural Fenosa; Telefónica S.A.; Astrida Benito Carrizosa; Alberto, Enrique y Felipe Carrizosa; Red Eagle Exploration Ltd.; Galway Gold Inc.; Grand Colombia Gold Corp, Ángel Samuel Seda y otros; Glencore y Prodeco 2, Neustar CO; Amec Foster Wheeler USA Corporation, Process Consultants, Inc., and Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc.; South 32; Internacional Compañía de Financiamiento S.A. Disponible en: [https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/dependencias/Paginas/controversias\\_dji.aspx](https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/dependencias/Paginas/controversias_dji.aspx).

internacionales es un reflejo de inseguridad jurídica o desarticulación institucional, o de la negociación desafortunada o ambigua de ciertas cláusulas? En ese sentido, lo que ocurre en Colombia no es distinto a lo que otros Estados están afrontando. La negociación abierta de ciertas provisiones angulares a los tratados de inversión, en medio de un sistema de solución de diferencias sin precedente y/o sin segunda instancia, confiere a los árbitros una discrecionalidad considerable, lo cual ha llevado a la disparidad de interpretaciones sobre provisiones y hechos similares. Los Estados, conscientes de ello, ahora apuntan a la negociación de tratados en los cuales se incluyen cláusulas mucho más delimitadas en su alcance y contenido, así como cláusulas de excepción con las cuales se pretende conservar márgenes amplios de libertad de regulación. Eso, sin embargo, no significa que los inversionistas pierdan su protección bajo el derecho internacional.

Este artículo intenta desarrollar el estándar de revisión de expropiación indirecta aplicable al caso *Eco Oro c. Colombia*, cuyas pretensiones se sustentan en el tratado de libre comercio celebrado entre Colombia y Canadá (2008), capítulo de inversiones. El caso muestra lo complejo de armonizar la tensión entre la protección al medio ambiente y el desarrollo económico, en tanto media un contrato de concesión para explorar y explotar minerales, con derechos y obligaciones para las partes. Sin embargo, el Estado, amparado en sus deberes constitucionales de protección al medio ambiente, prohibió la actividad minera en ecosistemas de páramo, excluidos de tal actividad a partir de una decisión de la Corte Constitucional.<sup>4</sup>

Como conclusión, este artículo expresa que en el análisis de expropiación indirecta la posibilidad que tienen los Estados de no compensar a los inversionistas a causa de medidas que tengan como base la protección de un interés público se reduce cuando las medidas son catalogadas como desproporcionales. Asimismo, sugiere incluir en la revisión de medidas ambientales, catalogadas como expropiatorias, un análisis más riguroso de la debida diligencia por parte del inversionista al momento de hacer su inversión. Ello con el propósito de exigirle mayor previsión

---

<sup>4</sup> Desde antes de la Sentencia C-035 de 2016, los ecosistemas de páramo son reconocidos como áreas de especial protección ecológica. La Ley 99 de 1993 en numeral 4 de su artículo 1 consagra como un principio de la política ambiental colombiana: “Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de protección especial”. De la misma manera, el Decreto 2372 de 2010 los cataloga como ecosistemas estratégicos que constituyen “áreas de especial importancia ecológica.” Dada la importancia que este tipo de ecosistemas representa para la sociedad, merecen una protección especial, con lo cual amerita la exclusión de las actividades mineras. De acuerdo con la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, las “zonas de páramo no requieren ser objeto de declaratoria de zonas excluibles, (...) ya que estos ecosistemas lo son *per se*, sin necesidad de declaratoria. Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (2011). Resolución 35, “por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución n.º 1015 del 31 de mayo de 2011 y se toman otras determinaciones” (p. 19).

en relación con la proyección de cambios normativos a corto mediano y largo plazo en proyectos mineros llevados a cabo en zonas de especial protección ambiental.

En el caso de Eco Oro, el texto, después de hacer un análisis sobre las expectativas razonables y la debida diligencia del inversionista, cuestiona hasta qué punto deben protegerse dichas expectativas en contratos de concesión minera desarrollados en ecosistemas de páramo y sujetos a condiciones de acuerdo con su etapa de ejecución. Igualmente, el artículo concluye con la dificultad de establecer una concurrencia de culpas tomando como referente una supuesta falta de debida diligencia que habría tenido el inversionista al momento de hacer su inversión, a menos que la falta de debida diligencia perdure en el tiempo.

Con el objetivo de desarrollar las conclusiones expuestas, el artículo contextualiza al lector en términos generales sobre el derecho de inversión extranjera, poniendo énfasis en el arbitraje inversionista-Estado, como el principal mecanismo de solución de diferencias. Seguidamente, el artículo mapea el caso con apoyo en los principales instrumentos legales que caracterizan la controversia; para ese fin, el punto de partida es la solicitud de arbitraje presentada por Eco Oro, la cual se complementa con el análisis de otros instrumentos que se consideran relevantes, como son el Acuerdo de Medio Ambiente celebrado entre Colombia y Canadá y dos resoluciones por medio de las cuales desde 2011 le notificaron a Eco Oro la imposibilidad de obtener una licencia ambiental global.

Esas resoluciones, aunque no fueron tocadas por Eco Oro en la solicitud de arbitraje, lo cierto es que son valiosas y podrían eventualmente ser relevantes. En efecto, la segunda fue proferida cuando ya se encontraba en vigor el TLC. Luego, al valorar el ámbito y cobertura del TLC y el capítulo de inversión, no parece razonable descartarlas del todo, salvo que el inversionista no haya tenido pérdidas en virtud de su expedición. En caso de ser relevantes, surge la pregunta en relación con los plazos dispuestos por el TLC para la presentación de una solicitud de arbitraje internacional y sus consecuencias.

Seguidamente, el texto entra en el estudio de la figura de la expropiación, haciendo alusión a los tratados de primera y segunda generación; ello con el objetivo de reunir insumos para desarrollar el test de expropiación indirecta aplicable en el TLC entre Canadá y Colombia. Finalmente, el texto tiene como principal referente sustancial, en cuanto a las condiciones de la controversia, la solicitud de arbitraje presentada por Eco Oro, pues a la fecha no está disponible otro documento oficial relacionado con los méritos de la disputa.

## 1. EL DERECHO DE INVERSIÓN EXTRANJERA

La regulación y protección de la inversión extranjera suele concentrarse en acuerdos internacionales (bilaterales y multilaterales) para la protección y regulación de la inversión, conocidos

como APPRI, cuya cifra actual supera los 2900<sup>5</sup> instrumentos. Bajo ese universo de tratados, el arbitraje se concibe como el mecanismo por excelencia para resolver las diferencias entre un inversionista y un Estado receptor que supongan la violación de obligaciones convencionales. No obstante, el arbitraje inversionista-Estado afronta una fuerte crisis de legitimidad, lo cual ha dado surgimiento a distintas propuestas internacionales para su transformación.<sup>6</sup> Las iniciativas apuntan a aplicar correctivos de carácter sustancial y procesal. Los primeros se enmarcan en el tipo de provisiones negociadas por los Estados y los segundos, con la dinámica misma del arbitraje, que al interactuar con los aspectos de tipo sustancial, contribuyen con la disparidad de interpretaciones sobre hechos y provisiones casi idénticas, desencadenando dificultades en el ejercicio del poder de regulación de los Estados.

En general, los APPRI fueron concebidos con el propósito de imponer obligaciones para el Estado mas no para el tercer sujeto no parte del tratado, esto es, el inversionista, quien puede iniciar un arbitraje internacional contra el Estado receptor de la inversión, gracias a la personalidad jurídica internacional limitada con la que cuenta, además de contar con considerables ventajas para ejecutar el laudo.<sup>7</sup> Máxime que bajo esa lógica de negociación no se introducen obligaciones internacionales exigibles para los inversionistas o consecuencias en el marco del respectivo tratado por incurrir en violaciones a los derechos humanos, en actos de corrupción, o serios daños al medio ambiente, por ejemplo<sup>8</sup>. De acuerdo con la Unctad, ese tipo de tratados aluden a los tratados de primera generación, negociados antes de 2010<sup>9</sup>; dada su redacción, suelen

---

<sup>5</sup> De acuerdo con el sitio web de la Unctad, actualmente se registran 2932 tratados bilaterales de inversión; de estos, 2346 están en vigor. Así mismo, hay 387 tratados con provisiones de inversión (TIPs), de los cuales 313 están ratificados. <https://investmentpolicyhubold.unctad.org/IIA019>.

<sup>6</sup> En general, las iniciativas lideradas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones -CIADI-, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo -Unctad- y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- intentan arropar las principales críticas del arbitraje inversionista-Estado, como son: la carencia de un mecanismo de apelación, la impredecibilidad de las decisiones, la nominación de los árbitros por las partes y sus implicaciones en la imparcialidad e independencia de su ejercicio, el incremento en la duración de los procedimientos y los excesivos costos.

<sup>7</sup> En arbitrajes CIADI, el inversionista tiene la posibilidad de ejecutar el laudo en el estado receptor o en cualquiera de los Estados parte del Convenio CIADI. En arbitrajes No CIADI, el inversionista puede ejecutar el laudo ante el Estado receptor o ante los Estados parte del Convenio de Nueva York.

<sup>8</sup> El Modelo de Acuerdo Internacional de Colombia 2017 incorpora un listado de posibilidades que dan lugar a la denegación de beneficios que consagra el acuerdo para el inversionista. Entre ellos: las violaciones serias a los derechos humanos, la ocurrencia de un serio daño ambiental, las graves violaciones a la legislación laboral, los actos de corrupción.

<sup>9</sup> De acuerdo con la Unctad, "Los tratados de primera generación son abundantes. Antes de 2010 se celebraron más de 2.500 AII (el 95% de los tratados en vigor). Mientras tanto, hay unos 700 tratados que todavía no han entrado en vigor". Unctad (2017). *Reforma del régimen de acuerdos internacionales de inversión: fase 2*, TD/B/C.II/MEM.4/14, p. 3.

caracterizarse por ser onerosos para los Estados, por cuanto incluyen estándares de tratamiento para el inversionista, como el trato nacional, el trato justo y equitativo, la compensación por expropiación y la solución de controversias, negociados de forma muy abierta o ambigua.

Ahora bien, en el arbitraje de inversión extranjera, los Estados confieren a los árbitros atribuciones para pronunciarse sobre asuntos domésticos de alcance nacional que entran en tensión con los intereses de los inversionistas. De esa manera, en virtud de la celebración de tratados para proteger la inversión extranjera, los Estados pueden ver limitado el ejercicio de su poder de regulación, al punto que adoptar medidas para proteger el interés público puede suscitar la responsabilidad internacional del Estado.

Esa desigualdad alrededor de derechos y obligaciones entre inversionistas y Estados en el arbitraje de inversión ha hecho repensar la negociación de ciertas provisiones, así como la inclusión de otras. De ese modo, en los tratados de segunda generación, celebrados después de 2010,<sup>10</sup> los Estados intentan contrarrestar falencias procesales como la falta del *stare decisis*, o la carencia de una corte de apelaciones o segunda instancia. En tal sentido, apuntan a limitar la discrecionalidad de los árbitros tomando en consideración el alcance y contenido de cláusulas angulares al arbitraje de inversión, a fin de esperar interpretaciones más predecibles frente a hechos similares y a provisiones casi idénticas. Del mismo modo, los Estados incluyen cláusulas de excepción, con lo cual dejan claro que ante el incumplimiento por parte del inversionista de ciertos compromisos, no podrá hacer uso de los beneficios que incorpora el tratado (denegación de beneficios). Incluso, algunos tratados hacen alusión a un mecanismo de apelación.<sup>11</sup>

Después de haber contextualizado la evolución del arbitraje inversionista-Estado, seguidamente entraré a exponer los principales supuestos fácticos y jurídicos alrededor del caso *Eco Oro vs. Colombia*.

---

<sup>10</sup> Unctad (2017). *Reforma del régimen de acuerdos internacionales de inversión: fase 2*, TD/B/C.II/MEM.4/14, p. 3.

<sup>11</sup> Hay tratados que prevén un proceso de arbitraje estructurado en dos etapas, abriendo la posibilidad para crear un órgano de apelación bilateral o incluso multilateral, dejando claro que dicho órgano podría revisar los laudos que se hubiesen proferido en arbitrajes iniciados después de establecido el órgano de apelación. Ese es el caso de tratados como el Tratado Bilateral de Inversiones entre Uruguay y Estados Unidos (2005; Anexo E); entrada en vigencia el 1º de noviembre de 2006; el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos (2003; artículo 10.19.10): entrada en vigor el 1º de enero de 2004, y el Acuerdo Económico y Global -CETA- entre Canadá y la Unión Europea (2016; artículo 8.28).

## 2. LA DESCRIPCIÓN DEL CASO ECO ORO

Eco Oro Minerals Corp. -Eco Oro- es un buen ejemplo de lo que muchos países actualmente están enfrentando y de las consecuencias e interrogantes a su alrededor. Este caso evidencia lo complejo de armonizar la tensión entre la protección al medio ambiente, en especial los ecosistemas de páramo, en un país que posee la mayor riqueza de páramos en el mundo<sup>12</sup>, y el respeto por los derechos de los inversionistas extranjeros, quienes, previa autorización por parte del Estado, emprendieron una actividad económica minera.

Eco Oro, antes Greystar Resources, es una empresa establecida en Canadá, la cual llegó al país en 1994 para desarrollar actividades de exploración y explotación de oro en el Complejo de Páramos Jurisdicciones Santurbán-Berlín, ubicado en el departamento de Santander y Norte de Santander. Del complejo se benefician 2 500 000 personas directa o indirectamente de las fuentes hidrográficas.<sup>13</sup> Inicialmente las actividades de la empresa canadiense estuvieron amparadas con el permiso 3452 de 1994, para después, en 2007, convertirse en un contrato de concesión (3452 de 2007), también conocido como el proyecto Angostura, con una vigencia de 20 años, con posibilidad de prórroga hasta por 30 años más, regulado bajo Ley 685 de 2001.<sup>14</sup>

En Colombia se pueden distinguir por los menos dos clases de contratos de concesión minera: los celebrados en vigencia del Decreto 2655 de 1988<sup>15</sup> y aquellos regulados bajo el amparo de

---

<sup>12</sup> “En primer lugar se debe destacar que el ecosistema de páramo no existe sino en determinadas áreas de nuestro planeta. Este tipo de ecosistema es propio en la región tropical Andina, que incluye ciertas zonas de Centroamérica, y según algunas clasificaciones, también en las cumbres frías de algunas regiones tropicales de Asia, África y Oceanía. Dentro de los países en los que existen estos ecosistemas, Colombia es el que tiene el mayor porcentaje de páramos a nivel mundial en una extensión de 1.925.410 hectáreas, lo que equivale al 2 % del territorio nacional”. Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-035, M.P. Gloria Ortiz, párr. 141-2.

<sup>13</sup> Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2014). Resolución 2090, “por medio de la cual se delimita el Páramo Jurisdicciones Santurbán-Berlín y se adoptan otras determinaciones” (p. 4).

<sup>14</sup> Greystar en 2007 manifestó su deseo de integrar los contratos que tenía, acogiéndose a la Ley 685 de 2001. Razón por la cual Ingeominas celebró con Greystar Resources Ltd. el contrato de concesión n.º 3452.

<sup>15</sup> El Decreto 2655 de 1988 en su artículo 56 señalaba que los “contratos mineros crean derechos y obligaciones cuyo objeto principal es la exploración, montaje de minas, explotación, y beneficio de minerales”. Esos contratos, a su vez, podían ser de dos clases, de acuerdo con el artículo 57: “los de concesión, celebrados por el Ministerio de Minas, y Energía y los de cualquiera otras denominaciones y forma, celebrados por las entidades descentralizadas, adscritas o vinculadas a ese despacho”. Ver también: Consejo de Estado, Sentencia de 5 diciembre de 2016, C.P Ramiro Pazos Guerrero, radicación n.º: 13001-23-31-000-1997-12282-01(33611), actor: Jairo Germán Gómez Cardozo, demandado: Sociedad Minerales de Colombia - MINERALCO S. A.

De acuerdo con el artículo 16 del Decreto 2655 de 1988, un título minero era “el acto administrativo escrito mediante el cual, con el lleno de los requisitos señalados en este Código, se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo mineros de propiedad Nacional”. A su vez, el artículo 17 del referido decreto clasificó los títulos mineros en licencias de exploración, licencias de explotación, aportes y contratos de concesión.

la Ley 685 de 2001. De acuerdo con esta última normativa, los contratos de concesión minera pueden ser suscritos hasta por treinta años, prorrogables por un periodo igual. Asimismo, un derecho minero nace a la vida jurídica cuando el título minero es debidamente registrado en el Registro Minero Nacional.<sup>16</sup> Sin embargo, ese derecho adquirido en su ejecución está sujeto al cumplimiento de unos requisitos y obtención de licencias y/o autorizaciones de acuerdo con la etapa en la que se encuentre.<sup>17</sup> Es así como para la fase de explotación es preciso contar con la licencia ambiental otorgada por la autoridad ambiental competente.<sup>18</sup>

A partir del año 2010, el Congreso en su agenda legislativa planteó la exclusión de los ecosistemas de páramo de la actividad minera. La Ley 1382 de 2010 fue el primer instrumento legal que buscó restringir las actividades mineras en ese tipo de ecosistemas, pero esta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-366 de 2011.<sup>19</sup> De acuerdo con la Corte, dicha ley tendría que someterse a consulta previa, dado que afectaba de forma directa a comunidades tradicionales (indígenas y afrodescendientes). En vista de esa falencia, declaró la inexecutable de la ley, pero difirió los efectos de la sentencia en dos años, dado que las medidas legislativas tenían como propósito limitar el impacto ambiental de ciertas zonas a causa de la exploración y explotación minera.

---

<sup>16</sup> Ley 685 de 2001, artículo 14: “**Título minero.** A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional”.

Bajo la regulación anterior, el artículo 6 del Decreto 2655 de 1988 establecía las condiciones bajo las cuales un derecho era adquirido: “1.-Los contratos de concesión suscritos y debidamente solemnizados por escritura pública, que hayan sido publicados en el DIARIO OFICIAL. 2. Los permisos y licencias otorgadas mediante resolución debidamente ejecutoriada, que conserven su vigencia y validez a la fecha de expedición de este Código (...)”.

<sup>17</sup> El contrato único de concesión minera es la única modalidad de contrato que se suscribe bajo la Ley 685 de 2001. Los contratos derivados de esta regulación tienen tres etapas: exploración, construcción y montaje, y explotación. La fase de exploración se pronostica en 3 años; la de construcción y montaje en 3, y la de explotación en 24. Para la fase de exploración se requieren unas guías minero ambientales, que deben ser inscritas ante la autoridad ambiental competente, y se conciben como una “herramienta de consulta y orientación conceptual y metodológica para mejorar la gestión, el manejo y desempeño”. La fase de construcción y montaje y de explotación requieren de una licencia ambiental; para ese fin, el interesado debe radicar ante la autoridad ambiental competente el Plan de Manejo Ambiental de forma simultánea a la presentación del Programa de Trabajos y Obras (PTO). Agencia Nacional de Minería, *Cartilla Minería*, noviembre de 2015.

<sup>18</sup> Ver título XX de la Ley 685 de 2001.

<sup>19</sup> La Ley 1382 de 2010 buscó consagrar de forma expresa la prohibición de adelantar actividades mineras en zonas de páramo. Con anterioridad a dicha ley, las zonas excluibles de minería corresponden a las zonas de protección y desarrollo de recursos naturales renovables o del ambiente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 685 de 2001. Por su parte, la Ley 99 de 1993 consagra una protección especial para los ecosistemas de páramo (artículo 1-4).

El artículo 3 de la Ley 1382 de 2010 buscó equilibrar los derechos ya adquiridos por particulares y la protección del medio ambiente. De esa manera, mantenía vigentes las actividades de construcción, montaje o explotación minera con título minero y licencia ambiental o su equivalente en áreas que anteriormente no estaban excluidas, pero sin opción de prórroga.<sup>20</sup> Al tiempo prohibía futuras actividades en zonas excluidas de la minería, como los ecosistemas de páramo.

Mediante el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, también conocida como el Plan Nacional de Desarrollo del gobierno Santos 2010-2014, el Congreso prohibió ejercer actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y minerales en los páramos.<sup>21</sup>

Por otro lado, el Ministerio de Medio Ambiente y Vivienda, mediante Resolución 1015 de 31 de mayo de 2011, negó una licencia ambiental global solicitada por Greystar Resources -hoy Eco Oro- para el desarrollo del proyecto de explotación de minerales auroargentíferos denominado Angostura, correspondiente al contrato de concesión minera n.º 3452, localizado en jurisdicción de los municipios de California y Vetas, departamento de Santander y Norte de Santander, respectivamente. Inicialmente, adujo que el 80.6 % del área que se iba a intervenir para el desarrollo del proyecto debía ser considerada como área de exclusión.<sup>22</sup> Esa resolución fue confirmada por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- mediante Resolución 35 de 31 de octubre de 2011, dando respuesta a un recurso de reposición, manteniendo la negativa a conceder la licencia y la prohibición, pero redefiniendo el área de exclusión en un 72.1 %.<sup>23</sup> Esta última resolución fue proferida después de la entrada en vigencia del TLC entre Canadá y Colombia el 15 de agosto de 2011.

Con posterioridad, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible profirió la Resolución 2090 de 2014. Esta resolución reprodujo las restricciones ya establecidas por la Ley 1382 de 2010,

---

<sup>20</sup> **ARTÍCULO 3. Ley 1382 de 2010.** Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente.

PARÁGRAFO 1º. Ley 1382 de 2010. En caso que a la entrada en vigencia de la presente ley se adelanten actividades de construcción, montaje o explotación minera con título minero y licencia ambiental o su equivalente en áreas que anteriormente no estaban excluidas, se respetará tales actividades hasta su vencimiento, pero estos títulos no tendrán opción de prórroga.

<sup>21</sup> **Artículo 202, parágrafo 1º, Ley 1450 de 2011.** En los ecosistemas de páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias, ni de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales, ni construcción de refinerías de hidrocarburos (...).

<sup>22</sup> Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2011). Resolución 1015, “por la cual no se acepta un desistimiento por motivos de interés público, se niega una licencia ambiental global y se toman otras determinaciones” (p. 111).

<sup>23</sup> Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (2011). Resolución 35, “por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución n.º 1015 del 31 de mayo de 2011 y se toman otras determinaciones”.

que con posterioridad serían retomadas en la Ley 1573 de 2015. En ese sentido, sostuvo que a partir del 9 de febrero de 2010 estaría prohibido por ley celebrar contratos de concesión mineros, otorgar nuevos títulos mineros en el ecosistema de páramo o expedir nuevas licencias ambientales que autoricen el desarrollo de actividades. En cuanto a las actividades mineras con contratos de concesión o títulos mineros, así como licencia ambiental o el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, otorgados antes del 9 de febrero de 2010, podían continuar, pero sin posibilidad de prórroga y bajo estricto control por parte de la autoridad minera y ambiental. En la misma resolución se entró a limitar las zonas excluidas de actividad minera en el Páramo Jurisdicciones Santurbán-Berlín. Sin embargo, la Resolución 2090 de 2014, mediante Sentencia T-361 de 2017, quedó sin efectos y perdió fuerza ejecutoria un año después.<sup>24</sup>

Por su parte, el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 fue derogado por el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país.” Esta última ley también fue demandada por inconstitucionalidad. A diferencia de la Ley 1450, y recogiendo lo ya dispuesto en la Ley 1382, la Ley 1753 apuntó a armonizar la protección del medio ambiente y el deber constitucional de garantizar y proteger los derechos económicos adquiridos por particulares. De esa manera, el párrafo primero del artículo 173 mantuvo la prohibición de realizar actividades de exploración y explotación minera y de hidrocarburos en ecosistemas de páramo<sup>25</sup>. No obstante, la prohibición para actividades mineras sería desde el 9 de febrero de 2010, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1382 2010, y la prohibición con respecto a actividades de hidrocarburos sería desde el 16 de junio de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 1450 de 2011. Ahora bien, en relación con los contratos y licencias ambientales vigentes antes de esas fechas, condicionó su continuación al control de riesgos y en todo caso sería hasta la fecha de terminación del contrato vigente, sin posibilidad de prórroga.

---

<sup>24</sup> Aquí la Corte Constitucional sancionó una omisión del Ministerio de Medio Ambiente, dado que no garantizó el derecho de participación de los accionantes y otros afectados con respecto a la decisión.

<sup>25</sup> **Artículo 173. Ley 1753 de 2015. PROTECCIÓN Y DELIMITACIÓN DE PÁRAMOS.** En las áreas delimitadas como páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias ni de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, ni construcción de refinerías de hidrocarburos.

**PARÁGRAFO PRIMERO:** Al interior del área delimitada como páramo, las actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables que cuenten con contrato y licencia ambiental con el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para la actividad de hidrocarburos, respectivamente, podrán seguir ejecutándose hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga.

...INCISO 3. Si a pesar de la existencia de la licencia ambiental no es posible prevenir, mitigar, corregir o compensar los posibles daños ambientales sobre el ecosistema de páramo, la actividad minera no podrá seguir desarrollándose.

En el examen de constitucionalidad de la Ley 1753 de 2015, la Corte, mediante Sentencia C-035 de 2016 no entró en detalle con relación a los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de protección a la inversión extranjera. En su lugar, procedió a declarar inexecutable el párrafo 1 del artículo 173 de la Ley 1753.<sup>26</sup> Dicha corporación, abanderando la protección del medio ambiente, en especial de los páramos, como fuentes de vida del recurso hídrico, consideró que su protección debería prevalecer sobre los derechos de los inversionistas. Entre otras cosas, sostuvo que un contrato de concesión no traslada la propiedad al particular y no le impide al Estado limitar, condicionar o prohibir la actividad objeto de concesión, máxime si existe un interés general de por medio, el cual lo ligó con el principio de precaución a fin de evitar un daño irreversible (perjuicio irremediable) con respecto a los derechos e intereses salvaguardados<sup>27</sup>

Por su parte, ANLA, con sustento en la decisión de la Corte Constitucional C-035 de 2016, notificó al inversionista el 8 de agosto de 2016 la Resolución VSC 829 de 2 de agosto de 2016, mediante la cual indicó que incluso las concesiones con licencia ambiental ya concedidas no estaban permitidas en áreas de especial protección constitucional, como los ecosistemas de páramo, debido a la decisión de la Corte Constitucional de 2016 y a lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 685 de 2001.<sup>28</sup> Por lo tanto, la ANLA autorizó extender la fase de exploración del contrato de concesión 3452, pero solo en relación con las áreas que estaban fuera de las áreas preservadas del páramo de Santurbán, delimitadas a través de la Resolución 2090 de 2014. De acuerdo con Eco Oro, la Resolución 2090 de 2014 dejó el 50.7 % del área de concesión 3452 como un área de reserva. Según la compañía, la vulneración de sus derechos no solo se limita a la imposibilidad de prorrogar el contrato, sino de terminar el que ya venía vigente.

---

<sup>26</sup> En el salvamento parcial y aclaración de voto de los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo, uno de sus argumentos sobre las consecuencias internacionales de fallo de la Corte Constitucional consistió en: “a) En primer lugar, este Tribunal ha debido considerar que la aplicación inmediata de la prohibición –resultado de la decisión de inexecutable– podría, en algunos casos, ser interpretada a la luz de cláusulas incorporadas en tratados celebrados y ratificados por el Estado colombiano, como una forma de expropiación indirecta que compromete la responsabilidad internacional del Estado. Dicho riesgo ha debido ser apreciado por esta Corporación, si se tiene en cuenta que el cumplimiento de los compromisos internacionales es relevante en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la Constitución que demanda, en las relaciones exteriores, el respeto de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia. Este Tribunal no podía desconocer, como factor de ponderación, la posible responsabilidad del Estado que, precisamente, los incisos acusados pretendían enfrentar”. Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-035, M.P. Gloria Ortiz.

<sup>27</sup> Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-035, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, p. 131.

<sup>28</sup> Agencia Nacional de Minería, Vicepresidencia de Seguimiento, Control y Seguridad Minera. Resolución VSC 829 de 2 de agosto de 2016, “por medio de la cual se resuelve una solicitud de prórroga de etapa de exploración dentro del Contrato de Concesión 3452”, p. 4.

Eco Oro Minerals Corp. vs. Colombia (2016). *Request for Arbitration*, ICSID, p.27, párr. 58.

Después de esa decisión, el Congreso expidió la Ley 1930 de 2018, cuyo artículo 5 prohíbe el “desarrollo de actividades de exploración y explotación minera” en ecosistemas de páramo. Renglón seguido, prohíbe el desarrollo de actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, así como la construcción de refinerías de hidrocarburos. Finalmente, Eco Oro el 29 de marzo de 2019 renunció al contrato de concesión minera en el páramo de Santurbán.<sup>29</sup> A continuación, la línea de tiempo de lo ya expuesto:

1994	Greystar Resources hoy Eco Oro celebró el permiso 345.
Ley 685 de 2001	Por la cual se expide el Código de Minas
2007	Contrato de concesión minera 3452, proyecto Angostura.
Ley 1382 de 2010	Artículo 3: mantenía vigentes las actividades de construcción, montaje o explotación minera con título minero y licencia ambiental o su equivalente en áreas que anteriormente no estaban excluidas, pero sin opción de prórroga. Prohibía futuras actividades en ecosistemas de páramos.
Sentencia C-366 de 2011	Corte declara inexecutable la Ley 1382 y difiere sus efectos en dos años.
Ley 1450 de 2011	Artículo 202: el Congreso prohibió ejercer actividades de exploración y explotación de hidrocarburos y minerales en los páramos.
Resolución 1015 de 2011, Ministerio de Medio Ambiente y Vivienda	Negó una licencia ambiental global solicitada por Greystar Resources para el proyecto Angostura, correspondiente al contrato de concesión minera n.º 3452, localizado en jurisdicción de los municipios de California y Vetas, departamento de Santander y Norte de Santander
Agosto 15 de 2011	Fecha de entrada en vigor del TLC, Colombia y Canadá.
Agosto 15 de 2011	Fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Colombia y Canadá.
Resolución 35 de 2011, ANLA	Confirmó Resolución 1015 de 2011 e hizo una modificación en el área excluida de minería.

<sup>29</sup> La Opinión. ¿Por qué renunció Eco Oro al proyecto en Santurbán?, 28 de junio de 2019. <https://www.laopinion.com.co/zona-verde/por-que-renuncio-eco-oro-al-proyecto-en-santurban-179634#OP>

Resolución 2090 de 2014, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible	Contratos de concesión o títulos mineros, licencia ambiental o el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, otorgados antes del 9 de febrero de 2010, podían continuar, pero sin posibilidad de prórroga. Limitó las zonas excluidas de actividad minera en el Páramo Jurisdicciones Santurbán-Berlín.
Sentencia T-361 de 2017	Dejó sin efectos a la Resolución 2090 de 2014.
Ley 1753 de 2015, artículo 267	Derogó el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011.
Ley 1753 de 2015, párrafo 1 del artículo 173	En relación con los contratos y licencias ambientales vigentes antes del 9 de febrero de 2010, permitió su terminación, sin posibilidad de prórroga.
Sentencia C-035 de 2016	Declaró inexecutable el párrafo 1 del artículo 173 de la Ley 1753.
Resolución VSC 829 de 2016, Autoridad Nacional de Minas	Autorizó extender la fase de exploración del contrato de concesión 3452, pero solo en relación con las áreas que estaban fuera de las áreas preservadas del Páramo Jurisdicciones Santurbán-Berlín, delimitadas a través de la Resolución 2090 de 2014.
Ley 1930 de 2018	Prohíbe el desarrollo de actividades de exploración y explotación minera en ecosistemas de páramos
29 de marzo de 2019	Eco Oro renunció al contrato de concesión minera 3452.

Seguidamente, entraré a analizar la controversia interpuesta por la empresa a la luz del estándar de expropiación.

### 3. EL ESTÁNDAR DE EXPROPIACIÓN

Eco Oro en su solicitud de arbitraje sostiene que Colombia violó el estándar de expropiación indirecta (art. 811) consagrado en el capítulo de inversiones del TLC entre Canadá y Colombia (2008), el cual debe ser analizado teniendo en consideración el Anexo 811, en vista de que se incorporó un test para establecer si hay o no lugar a una expropiación, de ese tipo. La expropiación como una potestad que poseen los Estados, no está prohibida por el derecho internacional; por el contrario, su licitud depende del cumplimiento de cuatro requisitos, de carácter consuetudinario: 1) la existencia de un interés público, 2) el carácter no discriminatorio de la medida, 3) el debido proceso, y 4) una compensación. La expropiación indirecta, a diferencia de la directa, no supone un traslado real de la propiedad del inversionista al Estado, por lo que no estamos ante actos que priven directamente al inversionista de sus bienes o derechos;<sup>30</sup> se

<sup>30</sup> CIADI (2006). *Decisión sobre Responsabilidad LG&E Energy Corp. c. Argentina*, case n.º ARB/02/1, párr. 188.

trata entonces de medidas que “neutralizan efectivamente los beneficios del inversor extranjero en su calidad de propietario”<sup>31</sup>.

Es así como, mediante el análisis de la expropiación indirecta, los árbitros entran a determinar si una medida (expropiación *de facto*) o varias medidas (expropiación progresiva o gradual: *creeping expropriation*) que interfieren con la propiedad del inversionista guardan los efectos equivalentes de una expropiación a efectos de ser compensada.<sup>32</sup> Luego su estudio requiere la incorporación de unas categorías de análisis a fin de determinar dicha equivalencia, como por ejemplo, el impacto económico de la medida (pérdida del control de la inversión, destrucción total o cercana del valor económico de la inversión, efectos permanentes de la medida), la interferencia de la medida con las expectativas razonables del inversionista y el carácter proporcional de la medida. No obstante, la determinación de una expropiación indirecta no se guía por un test uniforme. Por el contrario, a lo largo del tiempo tanto, la delimitación de las cláusulas como la aproximación de los tribunales ha incidido en su evolución.

Los tratados de primera generación, negociados hasta antes de 2010, suelen caracterizarse por la inclusión de cláusulas muy abiertas, concediendo a los árbitros una considerable discrecionalidad para efectos de definir el alcance y contenido de los estándares de tratamiento. Se trata de tratados cortos, en promedio no más de 14 cláusulas, enfocados en la protección de la inversión extranjera<sup>33</sup>, más que en la imposición de obligaciones a los inversionistas extranjeros o en resguardar espacios de regulación para el Estado, a fin de resolver las tensiones entre la protección a los derechos del inversionista y los intereses públicos. Así ocurre, por ejemplo, con la ausencia de un test para determinar cuando existe una expropiación indirecta y la ausencia de cláusulas de excepciones generales, en las que se indican condiciones bajo las cuales la regulación de ciertas áreas no supone una violación del tratado. Un ejemplo de ese tipo de cláusulas lo encontramos en el artículo 5 (1) del tratado bilateral Uruguay-Suiza:

---

Ver también ICISID (2010). *Suez c. Argentina, Decision on Liability*, case n.º ARB/03/17, párr. 121.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, párrafo 188, citando a *CME Czech Republic c. Czech Republic*, laudo parcial, párr. 604 (13 de septiembre de 2001).

<sup>32</sup> *Ibíd.* Ver también párr. 20.22: “Creeping expropriation is a form of indirect expropriation with a distinctive temporal quality in the sense that it encapsulates the situation whereby a series of acts attributable to the State over a period of time culminate in the expropriatory taking of such property”. ICISID (2003). *Generation Ukraine Inc vs. Ukraine, Award*, case n.º ARB/00/9, párr. 20.22.

“La expropiación progresiva es una forma de expropiación indirecta con una naturaleza temporal distintiva, en el sentido que encierra la situación por medio de la cual una serie de actos atribuibles al estado por un periodo de tiempo culminan en la expropiación de la propiedad”. (Traducción libre).

<sup>33</sup> Alschner, Wolfgang (2013). *Interpreting Investment treaties as incomplete contracts: Lessons from contract theory*, Draft, submitted for the 30<sup>th</sup> Annual Conference of the European Association of Law and Economics (EALE), p. 9.

(1) Ninguna de las Partes Contratantes tomará, directa o indirectamente, medidas de expropiación, nacionalización o cualquier otra medida de la misma naturaleza o efecto, contra inversiones pertenecientes a inversores de la otra Parte Contratante, a menos que las medidas se tomen en caso de utilidad pública establecida por ley, a condición que no sean discriminatorias, que estén sujetas al debido proceso legal y se hagan las provisiones del caso para el efectivo y adecuado pago de la indemnización. El monto de la indemnización, incluido sus intereses, se determinará en la moneda nacional del país de origen de la inversión y se pagará sin demora a la persona autorizada para ello.

Ahora bien, en el análisis de expropiación indirecta con respecto a ese tipo de cláusulas, la tendencia en algunos casos ha consistido en aplicar la doctrina de *sole effects* o del impacto de la medida. Bajo esta tesis, lo que determina si hay una expropiación indirecta es el efecto económico de la medida sobre los derechos del inversionista más que las razones o la motivación de la medida. Así, tiene mayor relevancia el grado de interferencia de la medida, ya sea substancial o radical.<sup>34</sup> Para efectos de profundizar en el grado de interferencia de la medida, los tribunales hacen alusión al efecto temporal de las mismas. Sobre este punto, la expropiación puede ser parcial o total, pero el carácter indirecto de la expropiación se analiza considerando la permanencia del impacto negativo de cara a su severidad (debe afectar todo o casi todo el valor económico de la inversión).<sup>35</sup> Pese a lo indicado, algunos tribunales frente a tratados de primera generación no solo se enfocan en los impactos de la medida, sino en los propósitos o intereses detrás de la misma, como un punto de quiebre para definir cuando la medida debe ser compensada o no.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Accaoni Lorfing, Pascale and Burghetto, Maria Beatriz (2018). The Evolution and Current Status of the Concept of Indirect Expropriation in Investment Treaties and Arbitration, *India Journal of Arbitration Law*, vol. 6, n. ° 2, 111.

En el caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*, el tribunal debía determinar una supuesta violación al Tratado de Libre Comercio de América del Norte -TLCAN- (1992), artículo 1110. Este artículo no exige la aplicación de un test específico frente a la expropiación indirecta, lo que hace es adicionar al test tradicional la necesidad de otorgar un trato justo y equitativo atado al mínimo internacional de trato. En los considerandos, el tribunal puso énfasis en que una expropiación indirecta debe tratarse de una medida radical que priva total o de tal forma al inversionista del uso y goce de su activo que puede decirse que los derechos relacionados con su propiedad han cesado de existir. UNCITRAL (2009). *Glamis Gold, Ltd., vs. United States of America*, Award, párr. 354.

<sup>35</sup> En el caso *LG&E c. Argentina*, el tribunal hizo un análisis sobre el impacto económico de la medida y consideró que las medidas adoptadas por Argentina fueron severas, logrando afectar las ganancias esperadas, esas medidas no privaron a los inversionistas del derecho al goce de su inversión, así como tampoco perdieron el control sobre sus acciones. El tribunal también indicó que las medidas deben aceptarse, salvo que se trate de medidas “manifiestamente desproporcionadas”. (BIT Estados Unidos-Argentina [1991]), CIADI (2006). *LG&E Energy Corp. c. Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad, caso n.º ARB/02/1, párrafos 18,190 y 195.

<sup>36</sup> En el caso *Philip Morris c. Uruguay* (TBI Suiza-Uruguay [1988]), con base en la doctrina de los poderes de policía, el tribunal señaló que las medidas regulatorias no serán expropiatorias si cumplen ciertas condiciones; entre las más mencionadas, que sean adoptadas de “buena fe en aras de proteger el bienestar público, y

En los tratados modernos, como los de segunda generación, negociados a partir de 2010, la delimitación de las cláusulas tiene como propósito brindarles a los árbitros y partes mayor claridad sobre el alcance y contenido de las provisiones negociadas. La diversidad de interpretaciones alrededor de cláusulas muy abiertas creó la necesidad de proteger el derecho de los Estados a regular, sin que ello signifique minar la protección de los derechos del inversionista bajo el derecho internacional. En ese sentido, sale a relucir la doctrina del poder de policía, mediante la cual se reconoce que la regulación para la protección de ciertos intereses públicos, tales como el medio ambiente, la salud pública, la seguridad, entre otros, no constituye expropiación, siempre que se cumplan algunas condiciones. En el caso de la expropiación indirecta suele incluirse un test con unas categorías de análisis que brinda más certeza para efectos de determinar su configuración. Sobre el particular, el Anexo 811 del TLC entre Colombia y Canadá señala:

Las Partes confirman su común entendimiento de que:

1. El párrafo 1 del Artículo 811 cubre dos situaciones. La primera situación es la expropiación directa, donde una inversión es nacionalizada o de otra forma expropiada directamente según lo dispuesto por el derecho internacional.
2. La segunda situación es la expropiación indirecta, que resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie una transferencia formal del título o derecho de dominio.
  - (a) La determinación acerca de si una medida o una serie de medidas de una Parte constituyen una expropiación indirecta exige un análisis caso a caso, basado en los hechos y considerando:
    - (i) el impacto económico de la medida o de la serie de medidas aunque el simple hecho de que la medida o serie de medidas de una Parte genere un impacto económico adverso sobre el valor de una inversión no implica que se haya producido una expropiación indirecta;
    - (ii) el alcance en el que la medida o serie de medidas interfiere con expectativas distinguibles y razonables de la inversión, y
    - (iii) el carácter de la medida o serie de medidas.

---

deban ser no discriminatorias y proporcionadas". Agregó que en asuntos como el orden público, la salud o la moralidad se excluye la indemnización aún si causa un perjuicio económico a un inversor. CIADI (2016). *Philip Morris Brands Sarl c. Uruguay*, laudo, caso n.º ARB/10/7, párr. 295 y 305 .

- (b) Excepto en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo, salud, la seguridad y protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta.

La confección de la cláusula anterior puede variar de un tratado a otro. Con todo, se podría hablar de un núcleo común según el cual los Estados dejan claro que no cualquier impacto negativo producto de una medida regulatoria debe ser compensado; asimismo, suelen proteger su poder de regulación en ciertas áreas, indicando que salvo en raras circunstancias si la medida no es discriminatoria y tiene como propósito un fin público, no hay expropiación indirecta.<sup>37</sup> Bajo esa lógica, el impacto económico de la medida no determina por sí sola la configuración de una expropiación; por lo que cobra especial valor el interés público que el Estado está protegiendo y su carácter no discriminatorio, como factores que inciden en la exclusión de una regulación discriminatoria.

En el Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones redactado por Colombia (2017) se indica que la expropiación indirecta resulta de una medida o serie de medidas discriminatorias y arbitrarias que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa. Estableciendo que para ello es necesario evaluar: a) el alcance de la medida (no deja claro si se refiere a la duración de la medida), b) la naturaleza de la medida (la cual abarca el interés público que la justifica, su carácter no discriminatorio y conformidad con el debido proceso), y c) el impacto de la medida sobre la inversión, debe ser tan severo que en la práctica corresponde a una expropiación directa sobre todo o parte de la inversión. Así, agrega que el mero efecto adverso de una medida no significa que haya ocurrido una expropiación indirecta. Finalmente, enfatiza en la doctrina del poder de policía, dejando claro que las medidas no discriminatorias “diseñadas, aplicadas o mantenidas para la protección de objetivos públicos como la protección a la salud y seguridad pública, el medio ambiente, los consumidores y la competencia, entre otros, no constituyen una expropiación directa”.

La anterior provisión permite inferir que los elementos del test no son aleatorios en cuanto a su escogencia para el tribunal; con lo cual, si una medida no es discriminatoria y tiene un interés

---

<sup>37</sup> Ese tipo de diseño también se puede ver en los anexos de varios acuerdos internacionales de Inversión AII concluidos por Canadá, Colombia y Estados Unidos: BIT Canadá-Jordania (2009): entrada en vigencia el 14 de diciembre de 2009; BIT Canadá-Perú (2006): entrada en vigencia el 20 de junio de 2007; BIT Canadá-República Eslovaquia (2010): entrada en vigencia el 14 de marzo de 2012; TLC Australia-Estados Unidos (2004): entrada en vigor el 1 de enero de 2005; TLC CAFTA-DR (2004); TLC Chile-Estados Unidos (2003): entrada en vigencia el 1 de enero de 2004; BIT Ruanda-Estados Unidos (2008); BIT Bélgica/Luxemburgo-Colombia (2009); Colombia-Reino Unido (2010): entrada en vigor el 10 de octubre de 2014.

público que la sustenta, aunque tenga un efecto severo en la inversión, no es necesariamente expropiatoria. Ese modelo de cláusula suele ser replicado en otros tratados con algunas variaciones en cuanto al test aplicado para determinar la configuración de una expropiación indirecta. Por ejemplo, en el acuerdo entre Canadá y la Unión Europea -CETA-, la cláusula de expropiación debe ser interpretada de acuerdo con el anexo 8-A. En dicho anexo, la cláusula no hace alusión expresa al carácter discriminatorio de la medida; en su lugar introduce en el análisis las expectativas razonables, incluyendo además la valoración de la duración de la medida, su naturaleza, considerando su objetivo, contexto e intención.<sup>38</sup> Seguidamente, el mismo acuerdo CETA en el anexo 8A protege el poder de regulación de los estados al indicar que salvo en raras circunstancias, los impactos severos de una medida cuando están precedidos de medidas no discriminatorias, diseñadas y aplicadas para proteger intereses públicos legítimos, tales como la salud, seguridad y el medio ambiente, no constituyen una indirecta expropiación.

En el siguiente acápite se analiza el caso Eco Oro a la luz del anexo 811 del TLC entre Canadá y Colombia.

#### 4. EL ESTÁNDAR DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA A LA LUZ DEL CASO ECO ORO

Con sustento en el artículo 811 del TLC entre Canadá y Colombia (2008), el inversionista sostuvo que Colombia privó a Eco Oro de sus derechos bajo la concesión 3452, frustrando sus legítimas expectativas y destruyendo el valor de las inversiones de Eco Oro en el sector minero colombiano, sumado a una expropiación sin el pago de una “pronta, adecuada y efectiva compensación”. Asimismo, aseguró que las medidas adoptadas por Colombia equivalen a una expropiación indirecta progresiva e ilegal de las inversiones de Eco Oro bajo los términos del tratado y el derecho internacional.<sup>39</sup>

Como ya se indicó, el anexo 811 del mismo tratado desarrolla el artículo 811, incluyendo el test de expropiación indirecta, para lo cual introduce criterios de análisis como el impacto económico de la medida o serie de medidas, las expectativas distinguibles y razonables de la inversión, y el carácter de la medida. El paso por seguir consiste en aplicar el test del anexo 811 a los hechos expuestos por Eco Oro en la solicitud de arbitraje, con el respectivo análisis jurídico.

**4.1 Impacto económico de la medida.** El primer factor de análisis del anexo 811 se limita a evaluar los efectos económicos de las medidas regulatorias, dejando claro que el criterio para definir cuándo una medida es expropiatoria es el grado de interferencia económica en la inver-

<sup>38</sup> Acuerdo Económico y Global CETA, negociado por Canadá y la Unión Europea (2017), anexo 8-A.

<sup>39</sup> Eco Oro Minerals Corp vs. The Republic of Colombia (2016). *Request for arbitration*, ICSID, párr. 73.

sión. Por eso, se habla de afectación sustancial o irreversible, que priva al inversionista del uso o disfrute económico de su inversión como si hubiese dejado de existir. Lo cual supone que el mero impacto económico adverso de una medida o serie de medidas en el valor de una inversión no implica una expropiación indirecta.

La Unctad considera que para estudiar la configuración de una privación indirecta a partir del impacto de la medida hay que considerar: a) si hay una destrucción total o cercana del valor económico de la inversión; b) si el inversionista ha sido privado del control sobre su inversión, y c) si los efectos de la medida son permanentes.<sup>40</sup>

Antes de darles desarrollo a los tres factores señalados, importa detenernos en el contrato de concesión 3452 sobre el cual recaen los efectos negativos de las medidas alegadas por Eco Oro. En general, los tribunales han aceptado la posibilidad de expropiar derechos intangibles, como ocurre con los contratos, superando, de esa forma, una visión restringida sobre el derecho de propiedad.<sup>41</sup> Sumado a ello, el TLC entre Colombia y Canadá en el capítulo de inversiones incluye los contratos de concesión como parte del concepto.<sup>42</sup>

**4.1. a. Disminución del valor de la inversión.** Según Eco Oro, la Resolución 2094 de 2014 dejó el 50.7 % del área de concesión 3452 como un área de reserva<sup>43</sup>, agregando que la Resolución VCS 829 de 2016 solo autoriza la extensión de la fase de exploración del contrato 3452 en áreas no restringidas de actividad minera.

---

<sup>40</sup> Unctad (2012). *Expropriation, Series on Issues in International Investment Agreements II*, p. 65.

<sup>41</sup> En *S.D Myer vs. Canada*, el tribunal señaló: “in legal theory, rights other than property rights may be ‘expropriated’ and that international law makes it appropriate for tribunals to examine the purpose and effect of governmental measures”.

[“en teoría jurídica, derechos distintos de los derechos de propiedad pueden ser ‘expropiados’, y el derecho internacional faculta a los tribunales a examinar el propósito y el efecto de las medidas gubernamentales”]. UNCITRAL (2000). *S. D. Myer Inc. vs. Canada, Partial Award*, párr. 281. (Traducción libre).

En *Vivendi II c. Argentina*, el tribunal indicó: “Sin embargo, ha quedado claro desde por lo menos el año 1903, en el caso Rudolff, que el cercenamiento o destrucción de derechos adquiridos, transferidos y definidos por contrato es un acto indebido y que faculta a quien lo sufre a recibir compensación como el de la expropiación o destrucción de un bien tangible”. CIADI (2007). *Vivendi II c. Argentina*, caso ARB/97/3, párr. 7.5.18.

<sup>42</sup> Lo que puede variar en el análisis hecho por el tribunal son los criterios empleados a fin de determinar si hubo o no expropiación. Hay tribunales que han aceptado la expropiación de derechos particulares que conforman la inversión, pero han dejado de lado el análisis del control; hay otros que han negado la expropiación de ciertos derechos cuando el inversionista ha mantenido el control de la inversión. Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer (2008). *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, pp. 107-8.

<sup>43</sup> Eco Oro, *Request for Arbitration*, párr. 39.

Como consecuencia de la Resolución VSC 829, la cual plasmó la delimitación del Páramo Jurisdicciones Santurbán-Berlín dispuesta en la Resolución 2090, Eco Oro el 29 de marzo de 2019 renunció al contrato de concesión minera en el páramo de Santurbán.<sup>44</sup> Según la empresa, con la delimitación del páramo “fue privada de sus derechos para desarrollar actividades mineras en la mayoría del área de concesión”,<sup>45</sup> sumado a que no existe certeza sobre la posibilidad de desarrollar las áreas excluidas de protección.<sup>46</sup> Aunque la privación que dispone la Resolución VSC 829 no es total, lo cierto es que es significativa, pues el inversionista no podrá disponer de forma permanente del 50.7 % del área concesionada. De hecho, el impacto que se establece alrededor de esa área restringida puede tener efectos sobre el resto del área del contrato de concesión si se considera que la ejecución de la fase de extracción seguramente requiere de dicha zona excluida de minería.

Adicionalmente, la renuncia de la compañía al contrato de concesión, indistintamente si hace o no parte de una estrategia litigiosa, es una señal del impacto económico de la decisión en su inversión y de la complejidad de obtener beneficios económicos con el área concesionada que se mantuvo exenta de la prohibición. Si bien al momento de hacer el análisis, el impacto de la medida apunta a verificar efectos en todo o en casi toda la inversión, requiriendo la destrucción total o casi total del valor económico de la inversión, es difícil imaginar la puesta en marcha de un proyecto extractivo a larga escala sin involucrar la vasta cantidad de área que pasó a ser prohibida, con lo cual se abre la posibilidad para una expropiación. Sobre ese punto, en el caso *Myers c. Canadá*, el tribunal indicó que en algunos contextos y circunstancias podría ser apropiado ver una privación como equivalente a una expropiación, aun si es parcial o temporal.<sup>47</sup>

Lo que podría funcionar como contrapeso es que una prueba técnica sostenga lo contrario. Esto es, que aun con un 50 % de área restringida Eco Oro podría llevar a cabo el objeto contractual en consideración a las expectativas razonables; por lo tanto, que el inversionista se apresuró al renunciar al contrato o, que pese al área restringida, el proyecto de Eco Oro se mantiene con un

---

<sup>44</sup> La Opinión. ¿Por qué renunció Eco Oro al proyecto en Santurbán?, 28 de junio de 2019. <https://www.laopinion.com.co/zona-verde/por-que-renuncio-eco-oro-al-proyecto-en-santurban-179634#OP>

<sup>45</sup> Rincón, Verónica. Eco Oro renunció a concesión para desarrollo de proyecto minero en Santander, Blu Radio, 27 de junio de 2019. <https://www.bluradio.com/nacion/eco-oro-renuncio-concesion-para-desarrollo-de-proyecto-minero-en-santander-stds-218772-ie6526264/>

“La imposibilidad de acceder a los recursos minerales hizo que el proyecto Angostura se torne económicamente inviable para la compañía. Además, no había certeza con relación a si Eco Oro podría desarrollar las restantes áreas de concesión ubicadas fuera de la zona de preservación del páramo”, manifestó el representante legal.

<sup>46</sup> *Ibíd.*

<sup>47</sup> UNCITRAL (2000). *S. D. Myer Inc. vs. Canada, Partial Award*, párr. 283.

valor igual o mayor al que tenía al momento en que la autoridad pública tomó la decisión que el inversionista considera como expropiatoria.<sup>48</sup>

Con otro ángulo de análisis, vale detenerse un momento en el término para iniciar un arbitraje internacional de inversión. De acuerdo con el artículo 821 del TLC entre Canadá y Colombia, una reclamación debe ser sometida siempre que no hayan transcurrido “más de 39 meses desde la fecha en que el inversionista contendiente tuvo conocimiento por primera vez, o debería haber tenido conocimiento por primera vez, de la presunta violación y de que el inversionista contendiente ha incurrido en pérdidas o daños por esa razón”. De ello se infiere que en principio la medida que Eco Oro debió atacar es la Resolución 1015 de 2011 y aquella que resuelve un recurso de reposición, pues como consecuencia de esas decisiones no obtuvo la licencia ambiental, salvo que sus pérdidas no se registren desde esas fechas y como resultado de esas decisiones.

El entonces Ministerio de Medio Ambiente y Vivienda, mediante Resolución 1015 de 2011, negó a Greystar (hoy Eco Oro) la licencia ambiental global para el proyecto de minerales auroargentíferos Angostura en los municipios de California y Vetas en relación con el contrato de concesión minera n.º 3452. Asimismo, la ANLA por Resolución 35 de 2011 confirmó la decisión anterior e hizo ajustes en la delimitación, estableciendo que el 72.1 % del área que iba ser intervenida se encuentra en áreas de exclusión, esto es, afecta un alto nivel de fragilidad sistémica, 782,9 hectáreas.<sup>49</sup>

Ahora bien, sumado a la determinación de si hubo o no pérdidas económicas para el inversionista, el rol de las resoluciones 1015 y 35 debe considerar los alcances espaciales. Lo anterior debido a que las resoluciones en cita se refieren al proyecto Angostura en la jurisdicción de los municipios de California y Vetas, en tanto que la Resolución VSC 829 comprende la jurisdicción del páramo de Santurbán-Berlín. Con apoyo en herramientas cartográficas, la última resolución logra impactar toda el área en concesión del proyecto de Angostura.<sup>50</sup> Si ello es así, el hecho es que tampoco habría motivos para incluir en la controversia internacional situaciones ocasio-

---

<sup>48</sup> En el caso *Glamis Gold c. Estados Unidos*, el tribunal consideró que las medidas adoptadas por el estado de California no causaron un impacto económico suficiente en el proyecto minero a fin de configurar una expropiación. De ese modo, el demandante no probó que fue radicalmente privado del uso y disfrute económico de sus inversiones, como si los derechos relacionados hubiesen cesado de existir. UNCITRAL (2009). *Glamis Gold vs. United States, Award*, párr. 357 y 366; ver también Unctad (2012). *Expropriation, Series on Issues in International Investment Agreements II*, p. 66, nota 12.

<sup>49</sup> ANLA, Resolución 35 de 2011, p. 49.

<sup>50</sup> Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible con apoyo en el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Humboldt. Gestión integral del territorio para la conservación del Páramo Jurisdicciones-Santurbán-Berlín. [https://justiciaambientalcolombia.org/wp-content/uploads/2016/03/mapa-santurban\\_19\\_12\\_2014-1.pdf](https://justiciaambientalcolombia.org/wp-content/uploads/2016/03/mapa-santurban_19_12_2014-1.pdf)

nadas a raíz de las resoluciones 1015 y 35, que debieron ser ventiladas en otro momento, de acuerdo con el artículo 821 del TLC.

Entre tanto, una lectura inicial de las dos resoluciones en mención podría sugerir que no tienen ninguna relación con la controversia, pues la primera, la Resolución 1015, fue proferida el 15 de mayo de 2011, antes de la entrada en vigor del TLC el 15 de agosto de 2011, mientras que la segunda fue proferida el 31 de octubre de 2011, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia del TLC entre Colombia y Canadá. Por lo tanto, ¿en vista que la segunda decisión es el resultado de una actuación administrativa, que inició de manera previa a la entrada en vigencia del TLC, habría lugar a descartar sus efectos? El numeral 2 del artículo 801 del TLC, relacionado con el ámbito y cobertura del capítulo sobre inversión, se refiere a los efectos retroactivos: “Las disposiciones de este Capítulo no vinculan a una Parte en relación con cualquier acto o hecho que tuvo lugar o cualquier situación que haya dejado de existir antes de la entrada en vigor de este Acuerdo”.

Tal como lo señala el artículo 28 de la Convención de Viena, el tratado no protege situaciones que acontecieron antes de la entrada en vigor del mismo y que hayan dejado de existir.<sup>51</sup> No obstante, de la redacción del artículo 801 se desprende que las resoluciones 1015 y 35 no estarían del todo excluidas de la competencia del tribunal, salvo que a partir de ellas el inversionista no haya derivado pérdidas. En primer lugar, el contrato de concesión minera 3452 se celebró en 2007 y se encontraba vigente a la entrada en vigor del TLC. En segundo lugar, la actuación administrativa relacionada con la solicitud de una licencia global ambiental, la cual dio lugar a la Resolución 1015, guarda una directa relación con el contrato de concesión minera 3452, por lo cual, no se pueden ver de forma aislada. En tercer lugar, si lo anterior no es suficiente, la Resolución 35 del 31 de octubre de 2011 nació a la vida jurídica cuando el TLC ya estaba en vigor.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> “Artículo 28. IRRETROACTIVIDAD DE LOS TRATADOS: Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”. Convención de Viena de Derecho de los Tratados.

<sup>52</sup> En el caso *Tecmed c. México*, el tribunal al referirse a los efectos retroactivos del tratado y de situaciones que pueden consumarse después de la entrada en vigor del tratado explicó:

“66. Sin embargo, de ello no debe necesariamente deducirse que acontecimientos o conducta anteriores a la entrada en vigencia del Acuerdo no sean relevantes para determinar si la Demandada violó el Acuerdo por conducta de la Demandada que tuvo lugar, o alcanzó su punto de consumación, luego de su entrada en vigor. Para ello, será aún necesario poder identificar conducta -actos u omisiones- de la Demandada, luego de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, que constituya violación de éste último”. CIADI (2003). *Tecmed c. México*, laudo, caso ARB (AF) 00/2, párr. 66.

Con fundamento en lo anterior, podría configurarse la falta de jurisdicción del tribunal, a menos que esas resoluciones no hayan implicado pérdidas económicas para el inversionista. En últimas, pareciera que Eco Oro pretende revivir una controversia tomando como punto de referencia la Resolución 2090 de 2014. Sin embargo, es mediante la Resolución 1015 de 2011 que Eco Oro tuvo conocimiento por primera vez de la presunta violación a los estándares bajo el TLC entre Colombia y Canadá, capítulo de inversiones.

**4.1. b. Pérdida del control sobre la inversión.** El umbral de este factor es alto. De hecho, el test no arroja resultados positivos para el inversionista por la mera existencia de una interferencia. La pérdida de control de la inversión impide al inversionista usar o disponer de su inversión, aun si el título legal de propiedad no se ha visto afectado.<sup>53</sup> En el caso de Eco Oro, de acuerdo con lo expuesto por el inversionista, la pérdida de control correspondería al 50.7 % del área de concesión del contrato 3452. Ello supone que dada la delimitación del páramo de Santurbán, de acuerdo con la Resolución 2090, así como la prohibición dispuesta por la Corte Constitucional y reproducida en la Resolución VSC 829 de 2016, el inversionista no puede ejercer control sobre esa parte del área concesionada, no puede disponer y gozar de esa área protegida, menos puede obtener la prórroga del contrato.

En el caso *Pope & Talbot c. Canadá*, el tribunal hizo una relación de los actos que pueden ser indicadores de una pérdida de control de la inversión. Así, el tribunal indicó que la inversión no fue nacionalizada o confiscada; el inversionista tampoco perdió el control de su inversión, las dirigía día a día, y los empleados no fueron detenidos en virtud del régimen. El tribunal adicionó al test de control que Canadá no supervisó el trabajo de los directivos, no interfirió en los procesos de ventas, o en la administración o las actividades de los accionistas; tampoco le impidió pagar los dividendos a sus accionistas. Igualmente, no interfirió con la elección de los directores o administradores, y no tomó otras acciones, como expulsar al inversionista de la propiedad y del control sobre la inversión.<sup>54</sup>

Así las cosas, la renuncia de Eco Oro al contrato de concesión es una manifestación del estrecho margen de operación que la Resolución VSC 829 le dejó al inversionista. La prohibición de disponer del área concesionada en un 50.7 % es bastante significativa si se piensa el proyecto minero como un todo más que como una caja con compartimientos de los cuales se puede disponer sin afectar el funcionamiento del resto. Quizás el contrapeso podría estar en determinar si el control que Eco Oro ejercía sobre su inversión se encontraba concentrado en el área que no

<sup>53</sup> Unctad (2012). *Expropriation, Series on Issues in International Investment Agreements II*, p.67.

<sup>54</sup> *Ibíd.*, párr. 100.

fue excluida de actividades mineras.<sup>55</sup> En otras palabras, si pese a la interferencia de la medida, es posible que la inversión continúe operando, muy seguramente con disminución de su valor, pero no en los términos de una expropiación indirecta.

**4.1. c. Duración en el tiempo de la medida.** Para que la medida alcance los efectos de una expropiación debe ser permanente y definitiva.<sup>56</sup> La decisión VSC 829 de 2016 que adoptó la Agencia Nacional de Minería tiene efectos permanentes y definitivos. Esos efectos son irreversibles, esto es, su duración no es temporal, la resolución no modula la prohibición en el tiempo, por tanto, no permite la terminación del contrato, de acuerdo con el plazo por el cual fue negociado en 2007. Menos permite su prórroga por 30 años. Sobre este punto la Corte Constitucional declaró inexecutable las Leyes 1382 y 1753 de 2015, mediante las cuales se planteó un equilibrio entre los derechos económicos de los inversionistas y los derechos del medio ambiente. En ambas se respetaban los derechos adquiridos por los inversionistas del sector minero antes de 2010, permitiendo la terminación del contrato bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, pero sin posibilidad de prórroga alguna.

Con relación a la Ley 1382, la Corte declaró una inexecutable diferida, autorizando la restricción de las actividades mineras en ecosistemas de páramo de acuerdo con las condiciones fijadas por el Congreso. Asimismo, con respecto a la Ley 1753, la Corte mediante la Sentencia C-035 de 2016 apeló al principio de precaución, indicando que, aunque no existe prueba del daño, basta con la duda razonable, por lo que consideró como prioridad proteger la biodiversidad de los páramos. Con ello prohibió la actividad minera de forma tajante. Incluso, sobre esa decisión los magistrados Guerrero y Linares, mediante salvamento de voto, resaltaron el riesgo que esas decisiones acarrearán para el país al desconocer los compromisos internacionales que Colombia tiene por vía de tratados.<sup>57</sup> En conclusión, los efectos en el tiempo de la medida VSC 829 son definitivos en cuanto al área que fue excluida de minería. Sobre esa zona no hubo una solución intermedia.

**4. 2 Interferencia de la medida con las expectativas razonables del inversionista.** El alcance y contenido de las expectativas no ha tenido una aproximación uniforme. Frente a la responsabilidad que le cabe al Estado por su desconocimiento, hay que considerar el tipo de inversión, el contexto regulatorio, las características y las particularidades del estado receptor de la inversión.<sup>58</sup> El inversionista debe tener en mente que las proyecciones o expectativas creadas al

<sup>55</sup> CIADI (2006). *LG&E Energy Corp. c. Argentina, Decisión sobre Responsabilidad*, caso ARB/02/1, párr. 322.

<sup>56</sup> Unctad (2012). *Expropriation, Series on Issues in International Investment Agreements II*, p. 69.

<sup>57</sup> Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-035, salvamento parcial y aclaración de voto de los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo.

<sup>58</sup> En El Paso, el tribunal reconoció que “las expectativas legítimas necesariamente varían según las circunstan-

momento de hacer la inversión no suponen un deber del Estado de congelar la regulación sobre ciertos temas durante la vigencia del contrato o inversión a fin de no afectarla, salvo que existan acuerdos expresos, por cuanto hay una variedad de riesgos alrededor de una inversión que son inherentes y se mantienen en el rango de lo que es normal.

Las expectativas que protege el tratado son en principio las que pudieron haberse creado al momento que el inversionista adquiere o realiza la inversión.<sup>59</sup> Luego, varios tribunales han orientado el análisis de las expectativas evaluando la existencia de compromisos específicos por parte del Estado con respecto al inversionista o de garantías,<sup>60</sup> así como han determinado si la regulación era razonablemente predecible para el inversionista.<sup>61</sup> En el caso *RREEF c. España*, el tribunal indicó que si no hay acuerdo expreso sobre una expectativa, el alcance de los cambios determina lo que el inversionista debe tolerar. El tribunal puntualizó que el inversionista debe esperar cambios o modificaciones razonables, mas no imprevisibles o radicales.<sup>62</sup> En la misma línea, en *El Paso c. Argentina*, el tribunal indicó que el análisis de las expectativas legítimas debe considerar que el Estado no debe modificar de forma irrazonable el marco jurídico.<sup>63</sup>

La determinación de lo que es predecible para el inversionista en aspectos ambientales va de la mano con la debida diligencia que se espera de su parte al momento de hacer la inversión.<sup>64</sup> Lo

---

cias del caso” y también estuvo de acuerdo en que las expectativas legítimas pueden diferir entre una economía en transición y una más desarrollada. CIADI (2011). *El Paso Energy International Company c. La República de Argentina*, laudo, ARB/03/15, párrafos 359 y 360.

<sup>59</sup> CIADI (2018). *Decisión sobre Responsabilidad y sobre los Principios de Cuantificación de Daños RREEF Infrastructure (G.P.) Limited c. España*, ARB/13/30, párr. 390-391; ICSID (2007). *Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania*, case n.º ARB/05/8, Award, párr. 331

<sup>60</sup> Unctad (2012). *Expropriation, Series on Issues in International Investment Agreements II*, p. 75.

En el *Paso contra Argentina*, el tribunal indicó:

“las expectativas legítimas del inversor extranjero sólo se pueden analizar tomando en consideración el principio general de que el Estado no debe modificar de forma irrazonable el marco jurídico o modificarlo en violación de un compromiso específico de abstenerse de modificarlo”. (Cursiva del original). *El Paso Energy International Company c. La República de Argentina*, ARB/03/15, párr. 364.

<sup>61</sup> Isakoff, Peter (2013). Defining the scope of indirect expropriation for international investment, *Global Business Law Review*, vol. 3, n.º 2, 204.

<sup>62</sup> CIADI (2018). *Decisión sobre Responsabilidad y sobre los Principios de Cuantificación de Daños RREEF Infrastructure (G.P.) Limited c. España*, ARB/13/30, párr. 315 y 316.

<sup>63</sup> CIADI (2011). *El Paso Energy International Company c. La República de Argentina*, laudo, ARB/03/15, párr. 364.

<sup>64</sup> “Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt it to the potential changes of legal environment”.

[“Por consiguiente, un inversionista debe prever que las circunstancias podrían cambiar, entonces, estructurar su inversión con el fin de adaptarla a cambios potenciales del entorno legal” (Traducción libre). ICSID (2007). *Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania*, case n.º ARB/05/8, Award, párr. 333.

cual implica su capacidad de proyectar cambios potenciales en la regulación ambiental, considerando para ello factores como el tipo de inversión, sus posibles impactos a mediano y largo plazo, entre otros.<sup>65</sup> En otras palabras, la protección de las expectativas, cuando no median acuerdos expresos, no supone garantizar la intangibilidad del ordenamiento jurídico en asuntos ambientales, en la medida que su protección debe adaptarse a circunstancias que no se conservan inmutables.

En el caso de Eco Oro a la fecha no se documenta compromisos o garantías o manifestaciones razonables, hechos por funcionarios facultados para ello, que supongan un respaldo reforzado para Eco Oro a fin de blindar su inversión frente a una delimitación del Páramo de Santurbán que pudiese afectarlo. Incluso, el hecho de que el proyecto Angostura haya sido reconocido por el Gobierno nacional como de interés nacional no es por sí mismo suficiente para impedir la exclusión de zonas de la actividad minera, en tanto la protección del medio ambiente prevalece por mandato constitucional.<sup>66</sup> En esa misma línea, la Corte Constitucional reconoce que los ecosistemas de páramo son vulnerables, frágiles y poco adaptables.<sup>67</sup> Se trata de ecosistemas fundamentales para interceptar, almacenar y regular el agua, funciones que los convierten en verdaderas centros de producción de ese recurso vital.

La ausencia de garantías o compromisos en cuanto a Eco Oro no es comparable con lo ocurrido en el caso *Metalclad c. México*. En efecto, Metalclad recibió la aprobación y respaldo del Gobier-

---

Sobre debida diligencia ver también Eric De Brabandere (2015). Host States' due diligence obligations in international investment law. *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, vol. 42, n.º 319.

<sup>65</sup> En el caso *Methanex*, el tribunal indicó que el inversionista no podía albergar expectativas legítimas de estabilidad en el marco normativo ambiental en un Estado donde existe gran preocupación por la protección al medio ambiente y desarrollo sostenible; preocupación motivada por el monitoreo constante que las sociedades interesadas, los organismos no gubernamentales, entre otros, hacían sobre las actuaciones de los organismos gubernamentales con competencia en la protección del medio ambiente. *Methanex c. Estados Unidos, CNUDMI (Nafta)*, laudo final del 3 de agosto de 2005, párrafo 9 de la parte IV, capítulo D.

<sup>66</sup> Artículo 79, Constitución Política de Colombia: "Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines".

En el caso *Perenco c. Ecuador*, el tribunal reconoció las atribuciones soberanas para modificar estándares ambientales, siempre que sea hecho en consideración a la Constitución y obligaciones jurídicas internacionales vinculantes:

"347. Nada impide al Ecuador promulgar regulaciones nuevas que sometan a los operadores petrolíferos a estándares ambientales más rigurosos (o efectivamente prohibir dichas actividades en áreas que considera sensibles desde la perspectiva ecológica), siempre y cuando ello se realice de conformidad con los requisitos de la Constitución y toda obligación jurídica internacional asumida voluntariamente por el Estado". CIADI (2015). *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador*. Caso ARB/08/6, Decisión Provisional sobre Reconvencción Ambiental, párr. 347.

<sup>67</sup> Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-035, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

no federal mexicano para la construcción de un confinamiento de aguas negras. Cuando ya la construcción estaba en curso las autoridades municipales de Guadalcazar negaron el permiso de construcción sin suficiente sustento para ello, según el tribunal. Ante ese escenario, el tribunal consideró que Metalclad confió de forma razonable en las manifestaciones del Gobierno federal mexicano.<sup>68</sup>

En contraste, ante la ausencia de acuerdos específicos, ¿hasta qué punto es posible sostener que las modificaciones o cambios en la regulación de los ecosistemas estratégicos son imprevisibles, radicales, lo suficientemente graves o sustanciales? Teniendo de por medio que para la fecha en que se celebró el contrato de concesión ya existía la Ley 99 de 1993 y la Constitución Política de 1991, también conocida como una Constitución ecológica, es apenas coherente pensar que los cambios en la regulación del medio ambiente, en especial en asuntos relacionados con los páramos, era previsible; máxime si se considera el rol que tienen y la riqueza que Colombia posee de los mismos.

Bajo esa lógica, podría inferirse que Eco Oro al momento de hacer su inversión dimensionó los riesgos y complejidades de pretender llevar a cabo el proyecto minero Angostura; más aun porque manifestó su deseo de integrar los contratos que tenía y acogerse a Ley 685 de 2001, dando lugar al contrato de concesión 3452, celebrado en 2007.<sup>69</sup> Parecería entonces que ante esa manifestación de voluntad la empresa tuvo presente el marco jurídico vigente para esa época con sus respectivas proyecciones y un estudio técnico con las particularidades del páramo de Santurbán. De ese modo, habría considerado que la Ley 99 de 1993 declaró los páramos como ecosistemas de especial protección o que el artículo 34 del Código de Minas permite que la autoridad administrativa competente excluya zonas de minería.

Lo anterior cobra valor a la luz del estudio de impacto ambiental presentado por Eco Oro en el trámite administrativo por el cual solicitó una licencia ambiental global en el marco del contrato 3452. En dicho estudio, la empresa reconoció que pese a la aplicación de las medidas que propuso, las zonas impactadas “difícilmente retornarán a su estado original”.<sup>70</sup> Sobre el particular, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en aquel entonces, mediante Resolución 1015 de 2011 manifestó que

---

<sup>68</sup> CIADI (2000). *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, ARB (AF)/97/1, párr. 106-107.

<sup>69</sup> Resolución VSC 829, p.1.

<sup>70</sup> Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2011). Resolución 1015, “por la cual no se acepta un desistimiento por motivos de interés público, se niega una licencia ambiental global y se toman otras determinaciones” (p.104).

Las medidas de manejo planteadas en cuanto a su alcance, procedimiento tecnológico y dilucidación sobre la efectividad de las mismas en relación con la rehabilitación, recuperación y restauración de ecosistemas terrestres y acuáticos, no serían efectivas ni eficientes en virtud de la alta complejidad y el nulo a muy bajo nivel de resiliencia que presentan los diferente(sic) tipos de ecosistemas a ser intervenidos.<sup>71</sup>

De ese modo, Eco Oro no puede negar que la posibilidad de albergar expectativas estaba estrechamente relacionada con los riesgos e impactos causados al páramo de Santurbán. En últimas, reconoció desde tiempo atrás la magnitud de los impactos negativos que acarrearía para el páramo la puesta en marcha de su proyecto. De la misma manera, Eco Oro debe tener claro que la protección de una inversión bajo el derecho internacional está ligada al cumplimiento de la normativa del Estado receptor. En el caso de la Resolución VSC 829, la ANLA, con apoyo en la Sentencia C-035 de 2016 y la Resolución 2090, aplicó el artículo 34 del Código de Minas, disposición relacionada con las áreas excluibles de la minera, la cual no restringe su aplicación con ocasión al tipo o fase del contrato. Por el contrario, dicha disposición regla que no podrá ejecutarse actividades de exploración y explotación minera en “zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente”.<sup>72</sup>

En el plano doméstico hay dos decisiones muy relacionadas con lo aquí debatido, de ahí su importancia. En la primera, en el caso Ventafall, la Corte Constitucional alemana manifestó que los inversionistas que emprendieron sus proyectos en las plantas de energía nuclear no tenían que esperar en el mismo periodo legislativo que el legislador tomara distancia de la política de energía nuclear que había expedido con anterioridad.<sup>73</sup> Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-252 de 2019, al estudiar la exequibilidad del tratado de inversión extranjera entre Colombia y Francia, declaró la exequibilidad condicionada de la expresión legítimas expectativas a que las partes definan lo que se entiende por ellas, siempre que: i) “se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la Parte Contratante”, ii) tales actos “induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión”, y iii) “que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas que afecten su inversión”.<sup>74</sup>

<sup>71</sup> *Ibíd*, p. 104.

<sup>72</sup> Ley 582 de 2001, artículo 34. ZONAS EXCLUIBLES DE LA MINERÍA. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras.

<sup>73</sup> Constitutional Court of Germany (2016). *The Thirteen Amendment to the Atomic Energy Act is for the most part compatible with the basic law*. Press release n.º 88/2016 of 6 December 2016.

<sup>74</sup> Corte Constitucional de Colombia (2019). Sentencia C-252, M.P. Carlos Bernal Pulido, párrafo 281. Aquí vale aclarar que la Corte en las sentencias C-031 de 2009, C-608 de 2010 y C-169 de 2012 ya había indicado en qué

El planteamiento de la Corte Constitucional de Colombia no es distante de lo expresado por los tribunales arbitrales. En efecto, si esas modificaciones se salen del contexto de lo que es razonable y previsible, el inversionista tiene un camino mucho más despejado. Es plausible pensar que Eco Oro pudo prever que la actividad minera en el páramo de Santurbán podría ser limitada más no prohibida, o que sería prohibida pero que su contrato de concesión sería respetado, con lo cual sus expectativas podrían protegerse, pese a que la Resolución VSC 829 prohibió desarrollar actividades de exploración y explotación en un 50.7 % del área concesionada. Con todo, ¿resulta razonable para un inversionista arriesgarse a desarrollar un proyecto de minería a cielo abierto en un páramo a sabiendas de las implicaciones que su protección tiene para garantizar un recurso vital como es el agua?

Bajo esa lógica, si el tribunal encuentra que en el caso concreto Eco Oro no actuó bajo los postulados de la debida diligencia, viene a lugar preguntarse la incidencia y alcance que esto podría tener en el evento de encontrar a Colombia responsable por violar el estándar de expropiación; por ejemplo, ¿sería posible hablar de una concurrencia de culpas? En otras palabras, ¿es viable atribuirle a Eco Oro una contribución relevante frente a la decisión VSC-829 que como inversionista alega es la consolidación de una expropiación indirecta?

Como su nombre lo indica, una concurrencia de culpas no excluye la responsabilidad del Estado, lo que hace es atenuarla al momento que se ordena la reparación en el grado que su contribución haya tenido en la configuración del hecho ilícito internacional. De acuerdo con el artículo 39 del proyecto de responsabilidad internacional de los Estados por el hecho ilícito internacional, la concurrencia de culpas requiere una contribución material al perjuicio por parte del Estado lesionado o de la persona víctima. Sin embargo, no toda acción u omisión tienen esa connotación. Lo serán aquellas acciones u omisiones que puedan considerarse intencionales o negligentes, esto es, “cuando es manifiesto que la víctima de la infracción no ha ejercido la debida diligencia en relación con sus bienes o derechos”.<sup>75</sup>

De esa manera, sería necesario encontrar un nexo causal entre la acción u omisión (debida diligencia) de Eco Oro y la Resolución VSC 829 por la cual le notificaron una nueva delimitación, que según la empresa hizo inviable su proyecto minero. A simple vista no resulta del todo coherente asumir que una falta de debida diligencia de Eco Oro al momento de hacer la inversión tenga una incidencia directa en la resolución en comento. Sin embargo, podría plantearse que las consecuencias de esa falta de debida diligencia se han mantenido en el tiempo y su consecuencia se refleja en la Resolución VSC 829. En el caso *Bear Creek*, el tribunal descartó la concurrencia

---

casos las expectativas son protegidas.

<sup>75</sup> Crawford, James (2002). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, New York, Cambridge University Press, p. 241.

de culpas porque Perú no logró probar que las violaciones al TLC “fueron en cierta medida provocadas por la Demandante”.<sup>76</sup> De la misma manera, en *Perenco c. Ecuador*, el tribunal descartó una concurrencia de culpas y sostuvo que “para que las presentaciones de Ecuador prosperen, el Tribunal debe estar convencido de que Perenco manifestó una falta de cuidado respecto de sus propios bienes o derechos.”<sup>77</sup>

Hasta el momento no se documentan acuerdos expresos que hayan tenido como propósito congelar la regulación a fin de mantener las condiciones iniciales bajo las cuales se celebró el contrato de concesión 3452. De ese modo, la identificación de las expectativas razonables de Eco Oro debe incluir el análisis de la debida diligencia que se espera de un inversionista en proyectos mineros llevados a cabo en áreas de especial importancia ecológica, con el fin de determinar qué tan imprevisible o radical resulta la prohibición de la actividad minera en esas zonas.

**4.3 El carácter de la medida o de la serie de medidas.** El carácter de la medida, tercer factor de análisis de una expropiación indirecta en el anexo 811 del TLC entre Colombia y Canadá incluye características como la no discriminación, el debido proceso y la proporcionalidad.<sup>78</sup> En uno de los incisos el anexo incluye criterios relacionados con la naturaleza (buena fe) y propósito de la medida (interés público que persigue la medida), con miras a enfatizar que solo bajo circunstancias excepcionales una medida adoptada con esas características sería expropiatoria.<sup>79</sup>

La Resolución VSC 829 de 2016 es de carácter particular y Eco Oro apunta a ser el inversionista, con un proyecto minero en un ecosistema de páramo, más afectado con la decisión refutada. No obstante, la regulación de los páramos viene tomando forma desde 2010 y ha sido un asunto de interés nacional, al punto que las tres ramas del poder público se han visto involucradas. Ese compromiso perseguido por los tres poderes ha tenido como eje transversal la protección de los ecosistemas de páramo, dado que Colombia, entre los países en los que existe este tipo de ecosistemas, es el país que posee el mayor porcentaje de páramos a nivel mundial, en una extensión de 1.025.410 hectáreas, lo cual corresponde al 2 % del territorio nacional.<sup>80</sup> De ese modo, su garantía se convierte en un mandato para el Estado. Máxime si se considera que la protección al medio ambiente es reforzada dado su rango constitucional. Con tal propósito, la actividad minera en zonas altamente sensibles, como son los ecosistemas de páramo, resulta incompatible con la idea de permitir dicha actividad de forma desregulada o irracional.

<sup>76</sup> ICSID (2017). *Bear Creek Mining Corporation v Peru*, Award, ARB/14/21, párr. 568.

<sup>77</sup> CIADI (2019). *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador*, laudo, caso ARB/08/06, párr. 344.

<sup>78</sup> Unctad (2012). *Expropriation, Series on Issues in International Investment Agreements II*, op. cit. p. 78.

<sup>79</sup> *Ibíd.*

<sup>80</sup> Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-035, M.P. Gloria Ortiz, párr. 143.

En ese sentido, la pregunta que se muestra como razonable consiste en cómo ha sido el camino recorrido para llegar a la decisión que Eco Oro considera la consolidación de una serie de medidas de carácter expropiatorias y si ese camino adolece de buena fe, es discriminatorio, desproporcional, desconoce el debido proceso y no obedece a la protección de un interés público. Es preciso reconocer que desde sus inicios ese camino no ha tenido una ruta de navegación unificada. Como ya fue descrito en el acápite sobre la descripción de la controversia, el Congreso mediante la Ley 1382 de 2010 buscó equilibrar los derechos adquiridos por particulares y la protección del medio ambiente. De esa manera, mantenía vigentes las actividades mineras desarrolladas con título minero y licencia ambiental o sus equivalentes en áreas que anteriormente no estaban excluidas, pero sin opción de prórroga. Al tiempo que imponía una prohibición clara frente a futuras actividades en zonas excluidas de la minería, como los ecosistemas de páramo.

Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable dicha ley mediante Sentencia C-366 de 2011, aunque difirió sus efectos en el tiempo. Seguidamente, vendría el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, en virtud del cual el Congreso prohibió la actividad minera en los páramos. Dicha disposición fue derogada por el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015; en esta ley el Congreso regresaba a los postulados de la Ley 1382 de 2010, creando un equilibrio entre el deber constitucional de proteger y garantizar los derechos adquiridos por los particulares y el deber de proteger al medio ambiente. Pero la disposición de esa ley también fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-035 de 2016. En la mencionada decisión, la Corte no consideró como razonable permitir transitoriamente las actividades de minería e hidrocarburos en áreas de especial protección ecológica. De tal forma, para la Corte, ningún beneficio económico sería suficiente para sacrificar la protección de los páramos.<sup>81</sup>

En consecuencia, las regulaciones adoptadas por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y por la Agencia Nacional de Minería están apoyadas en la protección de un interés público legítimo, que cae en la órbita de la doctrina del poder de policía. Se trata también de decisiones que se enmarcan en los parámetros del Estado de derecho, por cuanto ambas autoridades acataron una decisión de cierre adoptada por el órgano constitucional encargado de definir el alcance y contenido de los derechos fundamentales.

Eso, entonces, demuestra que las medidas no desconocen el principio de buena fe, puesto que son el resultado de un proceso de confrontación argumentativo originado en una ley (Ley 1382 de 2010 y Ley 1753 de 2015); esto es, una medida de carácter general, cuya declaración de inexecutable conllevó a la adopción de una medida regulatoria con efectos particulares

---

<sup>81</sup> Artículo 175: "(...) El sacrificio a los bienes jurídicamente protegidos, como la calidad, continuidad y accesibilidad del agua, y los demás servicios ambientales que prestan los páramos resultan desproporcionados frente a los eventuales beneficios provenientes de la extracción de recursos no renovables".

(Resolución 2090 de 2014 y VSC 829 de 2016). Eso excluye además su carácter discriminatorio, pues las medidas no fueron adoptadas por un interés racial, étnico, religioso, o con la intención de afectar de forma intencionada y deliberada a un inversionista en particular. Finalmente, la decisión VSC 829 se adoptó con sustento en una decisión con efectos *erga omnes* que dispuso restricciones a la actividad minera en zonas de preservación de páramos.

Sobre el efecto de los impactos negativos de una medida de cara a su carácter no discriminatorio y buena fe, resulta oportuno traer a colación las observaciones que presentó el Gobierno de Canadá, como parte no contendiente en el caso *Bear Creek c. Perú*, con las cuales el tribunal estuvo de acuerdo:

No se requiere que un Estado indemnice a una inversión por cualquier pérdida sufrida como consecuencia de la imposición de una medida regulatoria no discriminatoria diseñada y aplicada para proteger los legítimos objetivos de bienestar público”. [Traducción del Tribunal] y: “Una medida no discriminatoria que se encuentra diseñada para proteger los legítimos objetivos de bienestar público no constituye expropiación indirecta, excepto en raras circunstancias en las que sus efectos sean tan severos a la luz de su fin que no pueda considerarse razonablemente que han sido adoptadas y aplicadas de buena fe.<sup>82</sup>

La anterior intervención de Canadá encuentra resonancia en el anexo 811 del TLC entre Colombia y Canadá. En efecto, el anexo excluye el carácter expropiatorio de medidas que busquen proteger objetivos legítimos de bienestar público como la protección al medio ambiente, a menos que circunstancias extraordinarias indiquen lo contrario. Lo cual supone, según la redacción, que la medida o medidas sean tan estrictas que su adopción no pueda ser “razonablemente” percibida de buena fe. Con esos parámetros de control de por medio, ¿podría el tribunal considerar que la prohibición a Eco Oro de disponer del 50.7 % del área entregada en concesión es “tan estricta” a la luz de su objetivo de proteger el páramo de Santurbán, que no puede razonablemente concluirse que fue adoptada de buena fe? En últimas, pareciera que la posibilidad de que una medida sea catalogada como de buena fe está estrechamente relacionada con el alcance de su impacto negativo.

En ese análisis de buena fe es importante que el tribunal incluya instrumentos internacionales que son adicionales al TLC y que para el caso concreto vinculan a ambos estados.<sup>83</sup> Eso es lo que

---

<sup>82</sup> ICSID (2017). *Award Bear Creek Mining Corporation vs. Peru*, ARB/14/21, párr. 471, presentación de Canadá de Conformidad con el artículo 832 del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Perú (9 de junio de 2016).

<sup>83</sup> En el caso Philip Morris, Uruguay argumentó su defensa con apoyo en el Convenio Marco para el Control del Tabaco (CMCT), el cual ratificó en septiembre de 2004. Suiza, por su parte, era signataria pero no parte del CMCT (párrafo 86). Al respecto, el tribunal sostuvo: “Es posible que el CMCT, respecto del cual Suiza no es parte, no podría ser invocado por la Demandada para excusar su incumplimiento de obligaciones distintas en el marco

precisamente ocurre con el Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y Colombia, concluido con ocasión de la celebración del TLC por esos dos Estados, cuyo artículo 2 sobre Disposiciones Generales regla, entre otras cosas, los elevados compromisos que los estados asumen en función de proteger el medio ambiente:

1. Reconociendo el derecho soberano de cada una de las Partes de establecer sus propios niveles de protección nacional y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, al igual que de adoptar o modificar consiguientemente sus leyes y políticas ambientales, cada Parte se asegurará de que sus leyes y políticas ambientales establezcan altos niveles de protección ambiental y se esforzará por seguir desarrollando y mejorando esas leyes y políticas.

Ahora bien, en cuanto a la proporcionalidad de la medida adoptada por Resolución VSC 829 bajo el derecho internacional, es preciso contrastar el fin perseguido (garantizar la guarda de áreas de especial protección constitucional) con las medidas adoptadas (prohibición de la actividad minera en zonas de páramo excluidas), para efectos de establecer su coherencia y/o la existencia de medidas menos lesivas pero con la capacidad de cumplir el mismo fin. En consecuencia, parece oportuno preguntarse si la postura radical de la Corte Constitucional en relación con la asumida por el Congreso (Leyes 1382 y 1753), y que fue declarada inexecutable en dos oportunidades (sentencias C-355 de 2011 y C-035 de 2016), resulta desproporcional para los fines perseguidos. En la revisión que hacen los tribunales internacionales de las decisiones judiciales internas, si bien ellos son deferentes, lo cierto es que pueden o no coincidir con esas decisiones al ser contrastadas bajo estándares del derecho internacional. En el caso de Eco Oro importa la postura de la Corte, entre otras cosas, porque se constituye en un referente de la decisión tomada por la ANLA.

En efecto, ese ente administrativo lo que hizo mediante la Resolución VSC 829 fue darle aplicación a la Sentencia C-305 de 2016. A lo largo del proceso adelantado ante la Corte no estaba probado con estudios técnicos la magnitud e impacto de la actividad minera en los ecosistemas de páramo. De allí que la Corte con apoyo en el principio de precaución dio paso a la prevalencia de la protección del ambiente frente a los derechos económicos adquiridos por particulares, mediante licencias ambientales y contratos de concesión.

---

del TBI. Pero ese no es el contexto actual. El Tribunal entiende que el CMCT es un punto de referencia sobre la base del cual se determina la razonabilidad de las dos medidas y, en última instancia, las Demandantes no sugieren lo contrario" (párrafo 401).

Finalmente, el tribunal encontró que las regulaciones objeto de controversia se adoptaron en observancia de las obligaciones legales nacionales e internacionales de Uruguay para la protección de la salud pública (párrafo 302). CIADI (2016). *Philip Morris Brands Sarl c. Uruguay*, laudo, caso n.º ARB/10/7.

Sobre ese principio la Corte ha dicho que las medidas que se adopten para proteger el interés salvaguardado deben procurar ser proporcionales; esto es, ponderar la protección entre el desarrollo económico y la protección a bienes superiores como la vida o el medio ambiente.<sup>84</sup> Aunque si no es posible llegar a un punto de equilibrio o alternativa intermedia, la Corte prioriza la decisión que menos costo ambiental implique.<sup>85</sup> No obstante, para llegar a esa conclusión, la Corte estima apropiado no partir exclusivamente de la incertidumbre, sino de “soportes científicos suficientes que contribuyan a la toma de decisiones”.<sup>86</sup> Bajo esa lógica, un estudio técnico podría despejar dudas sobre la existencia o no de alternativas distintas a prohibir la actividad minera en los ecosistemas de páramo. No obstante, pese a la ausencia de dicho estudio, la posición de la Corte coincide con la del Ministerio de Ambiente, entidad que años atrás por Resolución 1015 de 2011 y con fundamento en evidencia técnica puso de presente los impactos irreversibles que tiene la minería a cielo abierto en los ecosistemas de páramo, en especial el páramo de Santurbán.

Así, cinco años atrás el Ministerio de Medio Ambiente y Vivienda negó a Greystar, hoy Eco Oro, una licencia ambiental global. La administración, al ponderar los intereses económicos particulares y el derecho a un medio ambiente sano, estableció con sustento técnico la imposibilidad de llegar a soluciones intermedias, dado los impactos irreversibles del proyecto minero de Greystar. Por lo que la única solución era la de negar la licencia ambiental global solicitada. Bajo la perspectiva de la Corte, las alternativas que propuso el Congreso mediante las Leyes 1382 de 2010 y 1753 de 2015 no encuentran mucho sustento, pese a voces internas en la Corte que consideraron que la Ley 1753 de 2015 permitía armonizar la protección de los páramos y los derechos adquiridos por particulares.<sup>87</sup> En concordancia con lo expuesto, prohibir las actividades mineras a partir de cierta fecha, condicionando la terminación de los plazos inicialmente acordados a la evaluación y control de riesgos, y en todo caso sin posibilidad de prórroga, no sería viable a la luz de los impactos irreversibles causados en los ecosistemas de páramo, pues las actividades de mitigación no tendrían la posibilidad de garantizar la restauración de los ecosistemas, en consecuencia, conservar su composición y proporcionar las condiciones para que ellos cumplan con sus funciones.

Si bien el Congreso intentó armonizar el desarrollo económico y la protección al medio ambiente, con lo cual se anticipó a posibles escenarios que pueden comprometer la responsabilidad internacional e interna del Estado, lo cierto es que para la Corte Constitucional los impactos

---

<sup>84</sup> Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencia T- 733, M.P. Alberto Rojas Ríos, p. 259.

<sup>85</sup> *Ibíd.*

<sup>86</sup> *Ibíd.*, p. 257.

<sup>87</sup> Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-035, salvamento parcial y aclaración de voto de los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo.

adversos a los cuales se exponen los ecosistemas de páramo son desbordados en comparación con el beneficio recibido y las medidas de reducción del impacto ambiental ocasionadas. Así las cosas, la Corte respaldada en la función que cumplen los ecosistemas de páramo asumió la existencia de efectos irreversibles, los cuales podrían ser ocasionados con una actividad minera permitida de forma transitoria en áreas de especial protección constitucional. En ese sentido, lo que hizo la ANLA fue darle cumplimiento a una decisión adoptada por un tribunal de cierre.

Aun si el análisis de proporcionalidad no fuese satisfactorio para la defensa de Colombia, al lado del interrogante sobre el alcance que el tribunal puede darle a la exclusión que consagra el anexo 811, surge también la pregunta a la luz del numeral 3 del artículo 2201, sobre excepciones generales, contenido en el capítulo 22 del TLC entre Colombia y Canadá, en el cual se indica que siempre que no haya “discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o entre inversionistas, o sea una restricción encubierta al comercial o la inversión”, el acuerdo no se puede interpretar en el sentido de impedir a una parte adoptar o aplicar medidas necesarias para la protección de recursos naturales agotables vivos o no vivos.

Entrando en los matices que puede adquirir el carácter proporcional de la medida, en el caso *LG&E c. Argentina*, el tribunal señaló que los impactos de una medida regulatoria que protege un interés público dejan de eximir de responsabilidad al estado cuando se trata de medidas “manifiestamente desproporcionadas” con respecto a la necesidad por regular.<sup>88</sup> Teniendo en cuenta los argumentos de la Corte Constitucional y la ANLA, ¿podría afirmarse que la prohibición de la minería en los ecosistemas de páramo es una medida “manifiestamente desproporcionada” con respecto a los derechos adquiridos por los inversionistas?

En la misma línea sobre los matices y consecuencias del carácter proporcional de una medida a la luz de la finalidad que tiene de por medio la decisión de la Corte Constitucional alemana sobre el caso *Vattenffal c Alemania* es otro buen ejemplo. En dicha decisión se cuestionó la Enmienda 13 a la Ley de Energía Atómica de julio de 2011, en virtud de la cual esa empresa también inició un arbitraje de inversión contra Alemania bajo el Tratado de la Carta de Energía. Con base en la Enmienda 13 el Gobierno alemán cerró todas las plantas de energía nuclear sin ninguna compensación. Decisión que reversó una medida con la cual el Gobierno, pocos meses atrás, había decidido extender en el tiempo los permisos ya existentes para las plantas de energía nuclear.<sup>89</sup>

La Corte reconoció el amplio margen de regulación del cual disfruta el Estado para proteger los intereses públicos como la salud y el medio ambiente. Reiteró que la protección de la propiedad

<sup>88</sup> CIADI (2006). *LG&E c. Argentina, Decisión sobre Responsabilidad*, caso n.º ARB/02/1, párr. 195.

<sup>89</sup> Lavranos, Nikos (2016). *The German Constitutional Court Judgment in the Vattenfall Arbitral Tribunal*, Kluwer Arbitration Blog.

privada puede ser limitada por propósitos públicos. No obstante, basada en el principio de proporcionalidad reconoció que la carencia de una compensación a causa de una decisión que revocó del todo la política sobre energía nuclear violó los principios de propiedad de Vantteffal.<sup>90</sup> Agregó que si la protección de intereses públicos conlleva a una expropiación desproporcionada, debe ser compensada.<sup>91</sup> Bajo ese entendido, la protección de un interés público no excluye la configuración de una expropiación indirecta cuando media un impacto con proporciones severas para el inversionista, lo cual puede enmarcarse en las consecuencias para Eco Oro a causa de la prohibición de minería en páramos.

Finalmente, en el caso de Eco Oro no hubo una violación del debido proceso. El debate sobre la pertinencia o no de permitir la actividad minera en ecosistemas de páramo ha sido abierto al público. La limitación del páramo no obedeció a una decisión intempestiva producto del capricho o de intereses particulares. Las bases de la decisión están ligadas a la garantía de un recurso vital para las generaciones presentes y futuras. La decisión de prohibir la actividad minera en los páramos involucró la participación de las tres ramas del poder público, las cuales respetaron los conductos regulares para tomar decisiones dentro de su competencia. Sumado a lo anterior, en Colombia la ejecución de un contrato de concesión está condicionada a unos requisitos y autorizaciones que deben ser cumplidos y obtenidos, de lo contrario no se puede continuar con la siguiente fase.<sup>92</sup>

A manera de ejemplo de lo que sí correspondería a una violación al debido proceso, es preciso traer a colación el caso *Bear Creek c. Perú*, basado en un proyecto de minería de plata, en el que el tribunal declaró una expropiación por la violación al debido proceso. En 2011, el Gobierno de Perú revocó los derechos concedidos a la inversionista para explotar unas minas de plata. Con ese fin adujo que una indebida representación de la abogada del inversionista, además de sostener manifestaciones sociales en contra de proyecto. Para el tribunal, el rol de la abogada que representó a la demandante era irrefutable. En cuanto a las manifestaciones sociales, estas no se indicaron en el acto administrativo que revocó la licencia. Por lo tanto, el tribunal concluyó que hubo una expropiación que desconoció el derecho al debido proceso y sin una indemnización pronta, adecuada y oportuna.<sup>93</sup>

En últimas, la decisión que consolida la prohibición de ejercer actividades mineras no es el resultado de una medida caprichosa, apresurada o discriminatoria. Es mejor el resultado de un proceso deliberativo entre las tres ramas del poder público, cuya base se sustenta en un interés

---

<sup>90</sup> *Ibíd.*, p. 3.

<sup>91</sup> *Ibíd.*

<sup>92</sup> Ver notas 15 a 18.

<sup>93</sup> ICSID (2017). *Bear Creek Mining Corporation vs. Peru, Award*, case ARB/14/21.

público y legítimo, como es el derecho a gozar de un medio ambiente sano y sostenible. Finalmente, el análisis del carácter proporcional de la medida suele inclinar la balanza del lado del inversionista cuando la medida es calificada por los tribunales como desproporcionada o manifiestamente desproporcional. En el caso Eco Oro, el TLC entre Canadá y Colombia en el anexo 811 consagra criterios que buscan excluir efectos expropiatorios en áreas de regulación ligadas al medio ambiente. De la misma forma, el tratado consagra una cláusula general de excepciones. ¿Cuál será el valor y alcance que tendrán por parte del tribunal? Eso está por verse.

## CONCLUSIONES

Bajo la tesis del poder de policía la tensión entre un derecho de contenido particular y un interés o bien general puede resolverse a favor de la regulación de intereses comunes, como ocurre con el medio ambiente, con lo cual se privilegia de forma legítima el desarrollo sostenible para las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, las posibilidades para defender la inexistencia de una medida expropiatoria indirecta se reducen por cuenta del alcance de las medidas y la aplicación de criterios como la proporcionalidad de los impactos de la medida o la interferencia de la medida con las expectativas razonables del inversionista. Aquí los Estados tienen mucho que perder cuando la severidad de las medidas que imponen son coherentes frente al interés público protegido, mas no así de cara a los cambios que el inversionista pudo prever o debe soportar.

Los tratados modernos suelen hacer una salvedad en el sentido de excluir el carácter expropiatorio de medidas que busquen proteger objetivos legítimos de bienestar público como la protección al medio ambiente, a menos que la medida o medidas sean tan estrictas que su adopción no pueda ser “razonablemente” percibida de buena fe. A partir de ese tipo de salvedades parece inferirse que la posibilidad de que una medida, sea catalogada como de buena fe está estrechamente relacionada con el alcance de su impacto negativo, entonces, a mayor severidad de la medida, menores posibilidades de calificar la medida como no expropiatoria. Análisis que encuentra coincidencias con el carácter proporcional de las medidas, pues varios tribunales han dicho que cuando las medidas son desproporcionadas son compensables.

El estándar de revisión de expropiación indirecta sobre medidas ambientales debería incluir un análisis más riguroso de la debida diligencia por parte del inversionista al momento de hacer su inversión. Esa diligencia estudiada caso a caso podría, por ejemplo, sancionar la negligencia de un inversionista para prever la magnitud de los impactos negativos de un proyecto de minería a corto, mediano y largo plazo, llevado a cabo en zonas de especial protección ambiental; en consecuencia, asumir que no solo vendrán cambios moderados en la regulación sino drásticos.

De la misma manera, la protección de una inversión bajo el derecho internacional está ligada al cumplimiento de los requisitos del Estado receptor. Bajo ese entendido, los contratos de con-

cesión minera están sujetos a unas etapas con unos requerimientos para su ejecución. Por lo tanto, el inversionista debe cumplir con los requisitos que cada etapa del contrato exige para poder continuar con la siguiente. Entonces, ¿hasta qué punto se deben proteger las expectativas legítimas en contratos de concesión minera desarrollados en páramos y sujetos a condiciones de acuerdo a su etapa de ejecución?

En el caso Eco Oro, el tribunal puede concluir que la medida que alega la inversionista como expropiatoria es intempestiva; en consecuencia, está por fuera del alcance de lo que era previsible y, por ende, de su debida diligencia. En últimas, que Eco Oro pudo prever que la actividad minera en el páramo de Santurbán podría ser limitada mas no prohibida, con lo cual sus expectativas podrían protegerse, pese a que le fue prohibido desarrollar actividades de exploración y explotación en un 50.7 % del área concesionada. Con todo, ¿resulta razonable para un inversionista arriesgarse a desarrollar un proyecto de minería a cielo abierto en un páramo, a sabiendas de las implicaciones que su protección tiene para garantizar un recurso vital como es el agua?

Una concurrencia de culpas parece no tener una salida muy clara en el caso concreto. De acuerdo con lo que dispone el proyecto de responsabilidad internacional de los Estados por el hecho ilícito internacional, a simple vista no es posible inferir que Eco Oro contribuyó a través de una actuación intencional o negligente con la decisión que adoptó la ANLA y lo que alega es la consolidación de una medida expropiatoria. Incluso, si ese análisis de concurrencia de culpas se concentra en la debida diligencia, que al parecer Eco Oro no tuvo al momento de hacer la inversión, encuentra una dificultad en el nexo causal, pues no parece razonable que la falta de debida diligencia del inversionista al momento de hacer la inversión tenga una contribución material o significativa en la decisión que tomó una autoridad ambiental, motivada, entre otras cosas, por una sentencia de una autoridad judicial de cierre, a menos que se determine que los efectos de la falta de debida diligencia perduran en el tiempo.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros, artículos y documentos de referencia

Accaoni Lorfing, Pascale & Burghetto, María Beatriz (2018). The Evolution and Current Status of the Concept of Indirect Expropriation in Investment Treaties and Arbitration. *India Journal of Arbitration Law*, vol.6, n.º 2, 111.

Alschner, Wolfgang (2013). *Interpreting Investment treaties as incomplete contracts: Lessons from contract theory*, Draft, submitted for the 30<sup>th</sup> Annual Conference of the European Association of Law and Economics (EALE).

Brabandere, Eric De (2015). Host States' due diligence obligations in international investment law *Syracuse. J. Int'l L. & Com*, vol. 42, 319.

- Castillo Meneses, Yadira (2015). *El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Un límite para su responsabilidad internacional*, Bogotá, D.C., Universidad de los Andes.
- Constitutional Court of Germany (2016). *The Thirteen Amendment to the Atomic Energy Act is for the most part compatible with the basic law*. Press release n.º 88/2016 of 06 December 2016.
- Crawford, James (2002). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, New York, Cambridge University Press, p. 241.
- Dolzer, Rudolf & Shereuer, Christoph (2008). *Principales of International Investtmen Law*, New York, Oxford University Press, pp. 107 -8.
- Eco Oro Minerals Corp vs. Colombia (2016). Request for Arbitration, ICSID.
- Isakoff, Peter (2013). Defining the scope of indirect expropriation for international investment, *Global Business Law Review*, vol. 3, n.º 2.
- La Opinión (28 de junio de 2019). ¿Por qué renunció Eco Oro al proyecto en Santurbán?  
<https://www.laopinion.com.co/zona-verde/por-que-renuncio-eco-oro-al-proyecto-en-santurban-179634#OP>
- Lavranos, Nikos (2016). *The German Constitutional Court Judgment in the Vattenfall Arbitral Tribunal*, Kluwer Arbitration Blog.
- Linares Cantillo, Alejandro (2019). *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. La tensión con el derecho interno*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, p.316.
- Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible con apoyo en el Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Humboldt, Gestión integral del territorio para la conservación del Páramo Jurisdicciones-Santurbán-Berlín. [https://justiciaambientalcolombia.org/wp-content/uploads/2016/03/mapa-santurban\\_19\\_12\\_2014-1.pdf](https://justiciaambientalcolombia.org/wp-content/uploads/2016/03/mapa-santurban_19_12_2014-1.pdf)
- Rincón, Verónica (27 de junio de 2019). Eco Oro renunció a concesión para desarrollo de proyecto minero en Santander. Blu Radio. <https://www.bluradio.com/nacion/eco-oro-renuncio-concesion-para-desarrollo-de-proyecto-minero-en-santander-stds-218772-ie6526264/>
- Tanzi, Attila et al. (eds.) (2014). *International Investment Law in Latin America. Problems and Prospects*, Leiden, Koninklijke Brill NV.
- Titi, Catherine (2014). Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas, *Arbitration International*, vol. 30, n.º 2.
- UNCTAD (2012). *Expropriation, Series on Issues in International Investment Agreements II*.
- UNCTAD (2017). *Reforma del régimen de acuerdos internacionales de inversión: fase 2*, TD/B/CII/MEM.4/14.

## Jurisprudencia, laudos

Consejo de Estado. Sentencia de 5 diciembre de 2016, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación número: 13001-23-31-000-1997-12282-01(33611), actor: Jairo Germán Gómez Cardozo, demandado: Sociedad Minerales de Colombia - MINERALCO S. A.

Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-36. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-035. M.P. Gloria Ortiz.

Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencia T- 733.M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional de Colombia (2019). Sentencia C-252. M.P. Carlos Bernal Pulido.

CIADI (2000). *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, laudo, ARB (AF)/97/1.

CIADI (2003). *Tecmed SA v México*, laudo, ARB (AF)/00/2.

CIADI (2006). *LG&E Energy Corp. c. Argentina*. Decisión sobre Responsabilidad, ARB/02/1.

CIADI (2007). *Vivendi II c. Argentina*, ARB/97/3.

CIADI (2011). *El Paso Energy International Company c. La República de Argentina*, laudo ARB/03/15.

CIADI (2015). *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador*. Decisión Provisional sobre Reconversión Ambiental Caso ARB/08/6.

CIADI (2016). *Philip Morris Brands Sarl c. Uruguay*, laudo, ARB/10/7.

CIADI (2019). *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador*, laudo, caso ARB/08/06.

CIADI (2018). *RREEF Infrastructure (G.P) Limited c. España*. Decisión sobre Responsabilidad y sobre los Principios de Cuantificación de Daños, ARB/13/30.

ICISID (2003). *Generation Ukraine Inc v. Ukraine*, Award, case n.º ARB/00/9.

ICSID (2007). *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Award, ARB/05/8.

ICSID (2017). *Bear Creek Mining Corporation vs. Peru*, Award, ARB/14/21.

UNCITRAL (2000). *S. D. Myer Inc. vs. Canada*, Partial Award.

UNCITRAL (2005). *Methanex Corporation vs. USA*, Award.

ICSID (2007) *Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania*, Award, ARB/05/8.

UNCITRAL (2009). *Glamis Gold, Ltd., vs. United States of America*, Award.

## Resoluciones, leyes, decretos y acuerdos internacionales de inversión

Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Colombia y Canadá (2008).

Acuerdo Económico y Global CETA (2017). Anexo 8-A.

- Agencia Nacional de Minería, Vicepresidencia de Seguimiento, Control y Seguridad Minera (2016). Resolución VSC 829 de 2 de agosto de 2016, *por medio de la cual se resuelve una solicitud de prórroga de etapa de exploración dentro del Contrato de Concesión 3452.*
- Autoridad Nacional de Licencias Ambientales [ANLA] (2011). Resolución 35, *por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución No. 1015 del 31 de mayo de 2011 y se toman otras determinaciones*
- BIT Canadá-Jordania (2009): entrada en vigencia 14 de diciembre 2009.
- BIT Ruanda-Estados Unidos (2008).
- BIT Bélgica/Luxemburgo-Colombia (2009).
- BIT Canadá-Perú (2006): entrada en vigencia 20 de junio 2007.
- BIT Canadá-República Eslovaquia (2010): entrada en vigencia 14 de marzo de 2012.
- Congreso de la República (1993). Ley 99, *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.*
- Congreso de la República (2001). Ley 685, *por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.*
- Colombia (2017). Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones.
- Congreso de la República (2010). Ley 1382, *por la cual se modifica la ley 685 de 2001 Código de Minas.*
- Congreso de la República (2011). Ley 1450, *por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.*
- Congreso de la República (2015). Ley 1753, *por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Todos por un nuevo país.*
- Congreso de la República (2018). Ley 1930, *por medio de la cual se dictan disposiciones para la gestión integral de los páramos en Colombia.*
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2010). Decreto 2372, *Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 2811 de 1974, la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y el Decreto Ley 216 de 2003, en relación con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las categorías de manejo que lo conforman y se dictan otras disposiciones.*
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (2011). Resolución 1015, *por la cual no se acepta un desistimiento por motivos de interés público, se niega una licencia ambiental global y se toman otras determinaciones.*
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (2014). Resolución 2090, *por medio de la cual se delimita el Páramo Jurisdicciones-Santurbán-Berlín, y se adoptan otras determinaciones.*

Presidente de la República, Decreto 2655 de 1988, *por el cual se expide el Código de Minas*.

TLC Australia-Estados Unidos (2004): entrada en vigor 1° de enero de 2005.

TLC CAFTA-DR (2004).

TLC Colombia-Reino Unido (2010): entrada en vigor 10 de octubre de 2014.

TLC Chile-Estados Unidos (2003): entrada en vigencia 1° de enero de 2004.

Tratado Bilateral de Promoción y Protección de la Inversión entre Uruguay y Suiza (1988).

Tratado de Libre Comercio Canadá-Colombia (2008).

Tratado de Libre Comercio Israel-Colombia (2013).