

EDITORIAL
uninorte

EDICIÓN
60

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 60, julio - diciembre de 2023
<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

Alberto Madero Rincón
DECANO DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y
RELACIONES INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD
DEL NORTE

Karen Cabrera Peña
EDITORA

Laura Pérez Arteta
ASISTENTE EDITORIAL

Alejandro Díaz Granados
MONITOR DE LA REVISTA

COMITÉ EDITORIAL

Marcela Palacio Puerta,
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, COLOMBIA

Yira López Castro
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

Mario Alberto Cajas Sarria
UNIVERSIDAD ICESI, COLOMBIA

Juan Luis Goldenberg Serrano
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA, CHILE

Juan Pablo Sarmiento
UNIVERSIDAD DE LA SABANA, COLOMBIA

Fernando López Ramón
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA, ESPAÑA

Maria Castilla Barea
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ, ESPAÑA

Andrés Botero Bernal
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER, COLOMBIA

COMITÉ CIENTÍFICO

Alberto Cerda Silva
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE

Carlos Pizarro
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, CHILE

Beatriz Londoño Toro
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

Andrea Macía Morillo
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, ESPAÑA

Andrea Montenegro
UNIVERSIDAD EL BOSQUE, COLOMBIA

Luis Eslava
UNIVERSITY OF KENT, INGLATERRA

Hans Lindahl
TILBURG UNIVERSITY, PAISES BAJOS

José Luis Valdes
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, MÉXICO

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).
- 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).
- 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 uninorte

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
Henry Stein
Iván Yunis

Revista *de* Derecho

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

Número 60, julio - diciembre de 2023
ISSN 0121-8697 (impreso) • ISSN 2145-9355 (on line)

CONTENIDO/*CONTENT*

vi **Editorial**

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

9..... **La mediación como defensa del consumidor electrónico.
Llamado al proceso ejecutivo simplificado**

Mediation as a defense of the electronic consumer. Call to simplified executive process

Santiago Ruiz Nieto

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

29..... **La expropiación indirecta en el Modelo Colombiano de
Tratado Bilateral de Inversión y su incidencia en los
APPRI's latinoamericanos: una visión desde Cuba**

*The indirect expropriation in the Colombian Model of bilateral Investment
Treaty and its impact in Latin American BITs: an overview from Cuba*

Tahimi Suárez Rodríguez

Universidad de La Habana. Cuba

54..... **Configuración de la cláusula general de fuentes del derecho en
Colombia: problemas y desafíos a partir de la complejidad del
sistema normativo y los medios de control de la actividad de
los particulares y las autoridades**

*Configuration of the general clause of sources of law in Colombia: problems and challenges
from the complexity of the regulatory system and the means of control of the activity
of individuals and authorities*

Diego Armando Yañez Meza

Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Daniela Ramírez López

Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Daniela Valentina Rangel Angulo

Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

- 90.....**Transición digital en la formación y práctica judicial: beneficios y desafíos**
Digital transition in judicial training and practice: Benefits and challenges
Jean Carlo Mejía Azuero
Universidad Militar Nueva Granada.
Alexander Restrepo Ramírez
Universidad Nacional de Colombia
- 109 **El derecho de retracto en el derecho colombiano: actualidad y perspectivas**
The right of withdrawal in colombian law: current affairs and perspectives
Juan Carlos Villalba Cuéllar
Universidad Militar Nueva Granada, Colombia
Andrea Carolina Pérez Forero
Universidad Militar Nueva Granada, Colombia
- 132..... **El acceso a la administración de justicia y a la defensoría pública en el posconflicto**
Access to the administration of justice and public defender in post-conflict
Teddy Doria Orozco
Rotary Internacional y Amnistía Internacional. Medellín, Colombia
- 157**Argumentos históricos para distender la relación entre el constitucionalismo y la democracia: Variaciones sobre un tema de Cortés Rodas**
Historical arguments to ease the relationship among constitutionalism and democracy: Variations on a Cortés-Rodas's theme
Leonardo García Jaramillo
Universidad EAFIT, Colombia
- 173 **Necesidades jurídicas y de seguridad social en la demencia en Colombia**
Legal and social security needs in dementia in Colombia
Sara Julieta Romero-Vanegas
Universidad Nacional de Colombia
Juliana Patricia Morad Acero
Diana Elizabeth Cuervo
Pontificia Universidad Javeriana, Colombia
- 196 **Financial bubbles and their risks for the effectiveness of law**
Las burbujas financieras y sus riesgos para la eficacia de la ley
Marlon Ivan Maldonado Narvaez
Universidad Autónoma de Barcelona, España





**Revista *de*
Derecho**

EDITORIAL

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.60.190.252>

Cultura y derechos de propiedad intelectual en la era digital

Culture and intellectual property rights in the digital age

K A R E N C A B R E R A P E Ñ A

Abogada de la Universidad del Norte y doctora en Derecho de la Universidad del Rosario. Profesora investigadora de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte. cabrerak@uninorte.edu.co <https://orcid.org/0000-0003-1285-5500>

Bien ha señalado la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) a partir de varios instrumentos que la propiedad intelectual es una de las herramientas jurídicas que contribuye a la conservación, salvaguarda y preservación de bienes culturales. En este sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha indicado que las medidas de la propiedad intelectual deben ser acordes con las manifestaciones y los bienes culturales que se pretenden proteger, pues las medidas restrictivas podrían estropear los procesos de acceso a la cultura, y las disposiciones desmesuradas llevar a la utilización abusiva y casi que extintiva de estos (World Intellectual Property Organization [WIPO], 2018).

Aunque la discusión sobre la propiedad intelectual como herramienta de protección del patrimonio cultural parece haber acabado, en el caso del patrimonio cultural digital se están abriendo diálogos bastantes interesantes sobre la posibilidad de su protección a partir de la propiedad intelectual, a partir de la idea de que estamos ante un terreno poco explorado, que está creciendo a pasos agigantados y cambiando todo el tiempo y en poco tiempo.

En este sentido, para entender los debates actuales, es pertinente aclarar que el patrimonio digital puede entenderse como aquellos elementos digitales que por su valor cultural han sido transformados a estos formatos para ser conservados y preservados, como el acceso a colecciones que han sido digitalizadas para que sigan siendo conocidas por la humanidad (Unesco, 2003) y como la producción de objetos digitales que por su valor cultural merecen ser conservados y consultados en el tiempo (National Library of Australia, 2003). Como se observa, el patrimonio se basa en soportes digitales que difunden el patrimonio cultural.

Ahora bien, las anteriores definiciones nos permiten acercarnos a una de las grandes discusiones del momento, la gestión de los elementos culturales digitalizados, que, en su formato tradicional, cuentan con derechos de propiedad intelectual y, en particular, con derechos de autor. Por ejemplo, la no identificación de los autores o titulares de derechos de autor para gestionar los permisos pertinentes puede convertirse en un impedimento para digitalizar los elementos culturales, o las pocas excepciones y limitaciones al derecho de autor en algunos países podría estropear iniciativas transnacionales de digitalización y diseminación del patrimonio cultural digital.

Asimismo, otro punto de gran discusión y análisis son las medidas tecnológicas y soportes digitales que están siendo utilizados para la difusión del patrimonio cultural de este tipo. En este sentido, debe velarse por que los soportes tecnológicos que están usando los repositorios, las bibliotecas y los museos digitales sean de acceso fácil, pero, sobre todo, de consulta permanente en el tiempo sin que en algún momento los enlaces estén rotos, los nombres de dominio se pierdan o, simplemente, que las autorizaciones de los derechos de autor expiren y, por tanto, tenga que retirarse el contenido.

Otros asuntos importantes y que han sido poco estudiados por ser nuevos y desconocidos, pero que en algún momento entrarán en las discusiones de la protección del patrimonio cultural digital, es la difusión de bienes y expresiones culturales en el metaverso, así como el mercado de arte digital que es protegido por *token no fungible* (NFT).

En el caso del metaverso, las experiencias tecnológicas inmersivas podrían ser *performers*, galerías virtuales y hasta exposiciones de artistas digitales que solo existen en estos mundos alternos y donde aún no hay un marco legal que permita delimitar si pueden llegar a considerarse patrimonio cultural y deban protegerse. En cuanto al mercado de arte digital, que puede desarrollarse en los *marketplaces*, la alternativa para los artistas han sido los NFT como forma de protección, pero la protección está recayendo sobre creaciones que se alejan de las características propias de una obra, como la originalidad, y entonces se crea un limbo jurídico sobre su existencia y viabilidad de considerarlo arte.

De las discusiones señaladas, que no son las únicas, se observa que el patrimonio cultural va tomando diferentes formas y expresiones que hacen que el derecho, en particular la propiedad intelectual (Von Schorlemer, 2020), según el contenido y las propiedades de los bienes culturales, tenga que crear nuevas formas de protección, lo cual es retador cuando se trata del patrimonio cultural digital. Así es como las respuestas desde el derecho deberían ser rápidas e innovadoras para seguir propendiendo a la difusión y preservación del patrimonio digital; lastimosamente, ante lo ágil y arrollador de la era digital, no llegan a tiempo, lo que no quiere decir que no deben seguir buscándose vías legales que faciliten la gestión de estos importantes bienes.

REFERENCIAS

- National Library of Australia. 2003. Guidelines for the preservation of digital heritage. UNESCO archive. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000130071_spa.locale=es. Accessed 6 April 2022.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [Unesco]. (2003). *Carta de la Unesco para la Preservación del Patrimonio Digital*. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000229034_spa.locale=es
- Von Schorlemer, S. (2020). Unesco and the Challenge of Preserving the Digital Cultural Heritage. *Santander Art and Culture Law Review*, 6(2), 33-64.
- World Intellectual Property Organization [WIPO]. (2018). *Intellectual property and folk, arts and cultural festivals: Practical guide*. WIPO. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1043_2018.pdf

**Revista *de*
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE**

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.60.005.978>

**La mediación como defensa del
consumidor electrónico.
Llamado al proceso
ejecutivo simplificado**

*Mediation as a defense of the electronic consumer.
Call to simplified executive process*

SANTIAGO RUIZ NIETO

Abogado en ejercicio con profundización en Derecho Comercial, especialista en Derecho de la Empresa y candidato a maestría en Derecho Corporativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. santiago.ruizn@urosario.edu.co

Resumen

Este artículo tiene como objetivo, demostrar que en Colombia la regulación en materia de consumo presenta deficiencias en la efectividad del principio *pro consumatore*, por el desarrollo de un proceso verbal sin la ejecución material del derecho sustancial. En consecuencia, se identificará el vacío normativo en la solución de disputas judiciales y extrajudiciales, para lo cual se plantea la inclusión del proceso ejecutivo simplificado como alternativa para la celeridad del derecho sustancial, consolidando el estado actual de la mediación dentro de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en materia de protección al consumidor y su desarrollo en el comercio electrónico.

La metodología se concentra, en la adecuación armónica de la dogmática y la *lege ferenda* planteadas por el profesor Christian Courtis, que surge de la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, para dirimir las controversias de consumo electrónico y su intervención como mediador en las reclamaciones presentadas por los consumidores. En consecuencia, el desarrollo del proyecto de Ley No. 584 de 2021 que actualmente cursa en el Congreso de la República en unión con la adopción del proceso ejecutivo simplificado, concentran los principios de eficiencia, transparencia e imparcialidad en la materia objeto de estudio.

PALABRAS CLAVE

Mediación, derecho de consumo, proceso ejecutivo simplificado, comercio electrónico, Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

Abstract

This article intends to demonstrate that in Colombia the regulation about consumer law has deficiencies in the effectiveness of the *pro consumatore* principle, due to the development of the verbal process without a material execution of the substantial right. Consequently, the normative gap in the solution of judicial and extrajudicial disputes will be identified. Therefore, the inclusion of the simplified enforcement procedure is proposed as an alternative for the speed of the substantive right, strengthening the current state of mediation within the Alternative Dispute Resolution in terms of consumer protection and development in e-commerce.

The methodology is concentrated on the harmonious adaptation of the dogmatic and the *lege ferenda* suggested by Professor Christian Courtis, which arises from the competence of the Superintendence of Industry and Commerce, to resolve disputes about e-consumer and his intervention as a mediator in claims submitted by consumers. Consequently, the development of draft Law No. 584 of 2021, which is currently in the Congress of the Republic, in conjunction with the adoption of the simplified enforcement procedure, concentrates the principles of efficiency, transparency, and impartiality in the matter under study.

KEYWORDS

Mediation, consumer law, simplified enforcement procedure, e-commerce, Alternative Dispute Resolution.

I. INTRODUCCIÓN

En materia del derecho del consumo, es usual que los conflictos lleguen a instancias judiciales, ya sea por el incumplimiento reiterado y voluntario de la parte fuerte¹ de la relación, o por la negativa en la denominada reclamación directa como requisito de procedibilidad en la Ley 1480 de 2011. De acuerdo con las cifras establecidas por la Superintendencia de Industria y Comercio (comunicación personal, 23 de diciembre de 2021; comunicación personal, 28 de diciembre de 2021), para el año 2021 se llevaron aproximadamente sesenta y nueve (69) investigaciones administrativas por presuntas infracciones relacionadas con el comercio electrónico y cincuenta y cinco mil (55.000) reclamos en la plataforma SIC FACILITA².

Es por esto, que la mediación como uno de los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), que permite a los sujetos involucrados en una controversia y con la intervención de un tercero dirimir sus diferencias a través de un acto jurídico vinculante para las partes, es una alternativa práctica, económica, eficiente y acelerada en cualquier régimen de transacciones comerciales (Carrillo Flórez y Gómez Lee, 2020). Lo anterior, es el elemental reflejo de las primeras palabras suscritas en las recomendaciones del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo relativas a la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico del 9 de diciembre de 1999 que disponen:

Las leyes, políticas y prácticas relativas al consumidor limitan las conductas comerciales fraudulentas, engañosas y desleales. Tales protecciones son indispensables para construir la confianza del consumidor y para establecer una relación más equitativa entre empresarios y consumidores en las transacciones comerciales (OECD, 2001, p.2).

Ahora bien, siendo el comercio electrónico uno de los pilares innovadores de las últimas décadas para el intercambio de bienes y servicios, plasmado y evidenciado en contratos cuyo consentimiento se cruza en mensajes de datos y que tienen plena validez de conformidad con lo establecido en la Ley 527 de 1999, crean evidentemente nuevas formas de choques jurídicos que requieren métodos de solución de conflictos de su naturaleza, esto es, apartarse de la justicia ordinaria³ y concentrar una ejecución práctica, acelerada, adaptada, imparcial, dentro del marco de la Ley y buenas prácticas del ejercicio de la justicia alterna y mejor aún, con la intervención de terceros

¹ Entiéndase parte fuerte de la relación de consumo el productor, proveedor, anunciante, etc.

² Este es un mecanismo virtual creado por la Superintendencia de Industria y Comercio para solucionar disputas sujetas a una relación de consumo en la órbita extrajudicial.

³ Se sugiere el término justicia ordinaria para efectos del presente artículo, no la jurisdicción contemplada desde la Corte Suprema de Justicia y hasta los juzgados especializados, sino como aquella justicia utilizada por métodos online o no tradicionales.

imparciales, que conozcan del mercado para que las partes en una disputa en la adquisición de productos, eviten acudir a la jurisdicción.

Es menester destacar, que en materia de protección al consumidor, tenemos un proceso verbal, reglado por las normas procesales de la Ley 1564 de 2012 y materializado en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 para resolver aquellas violaciones a los derechos del consumidor⁴, que por su naturaleza declarativa, requiere de un debate regular por las partes para que el juez de consumo⁵ cuya resolución o sentencia efectiva, puede superar los doce (12) meses posteriores a su radicación para que se dicte una sentencia.

Con esta larga y tardía travesía del consumidor insatisfecho, se dilata el ejercicio del derecho de acción y por supuesto, permite al productor, proveedor o expendedor de productos⁶ estandarizar violaciones a las normas sustantivas y procedimentales al régimen de protección al consumidor; de manera que, se evidencia claramente un vacío normativo frente a la existencia de un mecanismo proteccionista al consumidor en la vertiente procesal, así como en las instancias extrajudiciales alternativas de solución de controversias que limitan una ejecución efectiva del derecho sustancial. Por tal motivo, se propone en este artículo la implementación de un proceso ejecutivo simplificado que haga exigible estos acuerdos alternativos incumplidos y derechos declarados dentro de la órbita procesal *pro consumatore*.

Este estudio estará dividido en dos partes: (i) La primera, busca identificar cuál es el estado actual de la mediación online como método alternativo de solución de conflictos en Colombia y su uso en el comercio electrónico; (ii) la segunda, La implementación de un proceso ejecutivo simplificado en materia de consumo y efectividad preparatoria en el *e-commerce*.

II. LA MEDIACIÓN ONLINE COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO DE CONSUMO ELECTRÓNICO

Estado de cosas

Como se ha venido mencionando a lo largo de este escrito, la mediación en línea, es un Método Alternativo de Resolución de Conflictos (MASC) que pretende guiar y alinear a las partes sometidas en una controversia, producto de la adquisición de bienes y servicios "...para la satisfacción de

⁴ La norma dispone una excepción en materia de responsabilidad por producto defectuoso y acciones de grupo o populares.

⁵ Entiéndase por juez de consumo la Superintendencia de Industria y Comercio con competencia a prevención o Juez Civil del lugar donde se comercializó o adquirió el producto.

⁶ Entiéndase por productos, los bienes y servicios conforme lo contempla el numeral 8 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011.

necesidades propias, privadas, familiares, domésticas o empresariales cuando no estén ligadas intrínsecamente a su actividad económica...” (Congreso de la República de Colombia, 2011), con la intervención de un sujeto imparcial, que no toma decisiones, pero que sí formula alternativas respetando la voluntad de las partes con un objetivo primordial y es evitar acudir a un juez o funcionario con facultades judiciales que dirima dicha controversia.

Un interesante estudio realizado por Luisa Fernanda García Salazar y Angélica María Reyes Sánchez de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, identificó frente a la mediación en el comercio electrónico lo siguiente (2016):

Provisto los aspectos económicos que impulsan a la mediación en línea como la fórmula adecuada para garantizar los derechos del consumidor electrónico, vale destacar cómo este instituto se puede acoplar a la complejidad de la interacción de los estados y sus legislaciones aunadas al olvido que ha existido en materia de regulación en contratación internacional bajo la perspectiva de un desequilibrio entre las partes (consumidor-usuario) (García y Reyes, 2016, p. 129).

Esta reflexión, casi cinco años posteriores a su pronunciamiento, tiene una importante relación con los efectos que ha tenido la normatividad colombiana y en especial los efectos socio-económicos mutados por la pandemia Covid-19, pues el 31 de mayo de 2021, se presentó ante la Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia el informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 584 de 2021 (Ruiz Nieto, 2022, p. 17), “Por el cual se promueve la adopción de plataformas de tecnologías de la información y comunicaciones para la prevención y resolución de disputas y se dictan otras disposiciones (Congreso de la República de Colombia, 2021)”⁷.

Este proyecto pretende la promoción y adopción de Plataformas de Resolución Electrónica de Controversias (REC), el cual se encuentra justificado dentro de la exposición de motivos gracias a la acelerada materialización de las TIC y de las controversias que nacen de dicha actividad (Congreso de la República de Colombia, 2021). Con esto, se plantea y describe detalladamente los denominados *Online Dispute Resolution (ODR)* de la siguiente manera;

...el ODR es una opción para resolver litigios de manera sencilla, rápida, exigible y segura. Según las Notas Técnicas de la CNUDMI para la Resolución de Controversias en Línea, para su introducción se debe guardar un balance entre eficiencia y respeto a los principios de equidad, transparencia, debido proceso y rendición de cuentas. Estas plataformas aplican no solo en el arbitraje sino también en otras metodologías de resolución de conflictos como las juntas de reclamaciones, el defensor del pueblo (ombudsman), la negociación, la conciliación, la mediación, el arreglo facilitado y procesos híbridos.

⁷ Este intento legislativo se consolida como una fuente dentro del presente escrito que, a pesar de sus interesantes propuestas, existen puntos discutibles. Se distingue igualmente, que el 23 de agosto de 2021 se presentó informe de ponencia para segundo debate al proyecto de Ley 584 de 2021.

Online Dispute Resolution (ODR) o la resolución de disputas en línea/resolución electrónica de conflictos (RED) relacionada con los tribunales, “es un espacio digital público en el que las partes pueden reunirse para resolver su disputa o caso”. La RED opera exclusivamente en línea, es un programa diseñado para ayudar a los litigantes a resolver su disputa o caso y está respaldado por el poder judicial. Surgió, gracias al progreso y a la búsqueda de bajos de costos de transacción para resolver las disputas de comercio electrónico, y a la necesidad generada por la llegada del comercio electrónico en 1995 (Congreso de la República de Colombia, 2021 como se citó en National Center for State Courts y Sánchez Quiñones, 2019).

Estos elementos, como mencionó la comisión legislativa, han tenido una regulación específica, a nivel arbitral con la expedición del Decreto 1829 de 2013 y a nivel judicial el Decreto 806 de 2020, con miras a lograr la implementación idónea *on line* pues define algunos elementos propios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, ya consolidadas en la Ley 527 de 1999 como se describe a continuación.

En primer lugar y por parte de la norma general, tenemos la definición de (i) mensaje de datos como aquella “información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax (Congreso de la República de Colombia, 1999)”; (ii) Comercio electrónico, que:

Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera (Congreso de la República de Colombia, 1999).

(iii) El artículo 5 de la Ley 527 de 1999 que reconoce la fuerza jurídica del mensaje de datos, entre otros.

En segundo lugar, la definición de arbitraje virtual contemplado en el artículo 2 del Decreto 1829 de 2013, definido como una “Modalidad de arbitraje, en la que el procedimiento es administrado con apoyo en un sistema de información, aplicativo o plataforma y los actos procesales y las comunicaciones de las partes se surten a través del mismo” (Presidencia de la República de Colombia, 2013); y muy acertada la propuesta del ejecutivo de su momento, la inclusión del Capítulo IV en la norma reglamentaria conocido como Uso de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Arbitraje Virtual, en su artículo 18 el cual dispone que:

Los Centros de Arbitraje y cualquier interviniente en un arbitraje podrán utilizar medios electrónicos en todas las actuaciones, sin que para ello se requiera de autorización previa y, en particular, para llevar a cabo todas las comunicaciones, tanto del Tribunal con las partes como con terceros, para la notificación de las providencias, la presentación de memoriales y la realización de audiencias, así como para la guarda de la versión de las mismas y su posterior consulta (Presidencia de la República de Colombia, 2013).

En tercer lugar, la norma ejecutada por excelencia bajo los presupuestos de los principios TIC⁸ y en pro de una administración de justicia idónea⁹ en el transcurso de los años 2020 y 2021, tenemos dentro del objeto de las tecnologías de la información y las comunicaciones del Decreto 806 de 2020¹⁰ las siguientes características:

...implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, así como, las actuaciones de las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales, durante el término de vigencia del presente decreto. Adicionalmente, este decreto pretende flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y contribuir a la pronta reactivación de las actividades económicas que dependen de este... (Presidencia de la República de Colombia, 2020).

Seguidamente, el artículo segundo de la misma norma manifiesta el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones:

Se deberán utilizar las tecnologías de la información y de las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales y asuntos en curso, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, como también proteger a los servidores judiciales, como a los usuarios de este servicio público.

Se utilizarán los medios tecnológicos para todas las actuaciones, audiencias y diligencias y se permitirá a los sujetos procesales actuar en los procesos o trámites a través de los medios digitales dispo-

⁸ Se resalta dentro de las consideraciones del Decreto 806 de 2020 las recomendaciones emitidas por la OCDE dentro del documento denominado *Impact of COVID-19 on Access to Justice* la implementación de la tecnología en los procesos judiciales.

⁹ El Decreto 806 de 2020 dentro de su parte considerativa hace referencia la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las sentencias C-365 de 2000, C-326 de 2006, C-879 de 2009 y C-1149 de 2001 donde señala que la administración de justicia es un elemento esencial dentro del funcionamiento del Estado Social de Derecho.

¹⁰ Es importante resaltar, que el párrafo del artículo 3 del proyecto de Ley 584 desliga de su ámbito de aplicación la transformación digital de la Rama Judicial, potestades plenas y asignadas al Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, el Decreto 806 de 2020, puede ser considerado como una fuente importante a la hora de definir y aplicar los lineamientos TIC en los sectores públicos y privados de solución de conflictos.

nibles, evitando exigir y cumplir formalidades presenciales o similares, que no sean estrictamente necesarias. Por tanto, las actuaciones no requerirán de firmas manuscritas o digitales, presentaciones personales o autenticaciones adicionales, ni incorporarse o presentarse en medios físicos (Presidencia de la República de Colombia, 2020).

Estas tres bases de la justicia digital en Colombia, Ley 527 de 1999, arbitraje virtual y Decreto 806, soportan el texto para los debates en el Congreso de la República número 854 de 2021, a través de los principios de eficiencia, imparcialidad, transparencia, seguridad y acceso a la Resolución Electrónica de Controversias (REC), que atiende a unas definiciones en su artículo segundo como lo son: (i) Plataforma REC; (ii) Servicio; (iii) Tercero Neutral y (iv) usuario.

Define entonces el literal d del artículo 2 del proyecto 854 la (i) plataforma REC como “Plataformas diseñadas y utilizadas para prestar servicios de prevención, gestión o resolución electrónica de controversias, también conocidas como Plataformas de Online Dispute Resolution (ODR)” (Congreso de la República de Colombia, 2021). Esta definición proviene de varios estudios a nivel de Derecho Comparado con países como Brasil, Estados Unidos, Reino Unido, Holanda entre otros; que han buscado sistemas de Tecnología de la Información y las Comunicaciones como bien se distingue en los verbos rectores de la definición, para prevenir, gestionar o resolver controversias. Previene controversias, en la medida que se busca una alternativa a la justicia ordinaria y en consecuencia, evitar la congestión en los despachos judiciales; gestiona, en la medida que las TIC integra el a las partes vinculadas al proceso; y finalmente, resuelve los problemas jurídicos originarios del conflicto.

Por (ii) servicio, define el literal f como las; “Funcionalidades ofrecidas a los usuarios a través de las Plataformas REC, como la negociación, mediación, conciliación, arbitraje, la amigable composición, la adjudicación de controversias, entre otros” (Congreso de la República de Colombia, 2021). Igualmente novedoso, plantea este proyecto el amplio espectro de opciones en solución de controversias y aún más interesante, la forma en que caracteriza el servicio, pues se aparta un poco del concepto tradicional que desde la Ley 640 de 2001 se le otorga a los MASC y lo modifica por la palabra “funcionalidades”. De acuerdo con la definición de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por funcionalidad, “1. f. Cualidad de funcional” (Real Academia Española, 2021, definición 1); y por funcional, “1. adj. Perteneciente o relativo a la función o a las funciones; 2. Dicho de una cosa: Diseñada u organizada atendiendo, sobre todo, a la facilidad, utilidad y comodidad de su empleo...” (Real Academia Española, 2021, definición 1 y 2).

De lo anterior, podemos manifestar la intención del legislador de evolucionar los conceptos de negociación, mediación, conciliación, arbitraje, amigable composición, etc., con la disrupción tecnológica, en donde se rompen las barreras que un sistema tradicionalista y positivo como el derecho colombiano representa para acceder a la justicia.

Frente al concepto de (iii) tercero neutral, definido en el literal g del artículo 2 como; “Persona natural, independiente de la administradora, que presta sus servicios de resolución de controversias a los usuarios a través de la Plataforma REC” (Congreso de la República de Colombia, 2021). Con esta descripción, se puede inferir, que no se requiere de alguna calificación especial, por ejemplo, una profesión, un conocimiento o experticia en el asunto, simplemente define la norma como una persona natural.

Finalmente, el literal h del artículo 2 define (iv) usuario, como “Toda persona natural o jurídica que utiliza la Plataforma REC para dirimir sus controversias, así como sus apoderados, representantes o autorizados” (Congreso de la República de Colombia, 2021). Esta definición muy general determina al usuario como el pretendiente, solicitante, demandante, parte activa del conflicto.

Ahora bien, presentadas las bases del proyecto y para efectos del presente artículo, el artículo 8 suscribe una tarea fundamental dirigida al gobierno nacional, a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, así como a las superintendencias y es la “promoción activa” de las plataformas REC (ODR) “...por parte de las empresas privadas para la prevención y resolución de sus propias controversias en materia de protección al consumidor, comercio electrónico, controversias entre empresas, entre otras”(Congreso de la República de Colombia, 2021).

Nótese la intención del legislador de buscar fórmulas en el comercio, para evitar acudir a la justicia ordinaria con la distinción propia de un régimen de protección al consumidor, un régimen de comercio electrónico y un régimen de diferencias entre empresas (Ruiz Nieto, 2022, p. 17).

Frente al primero elemento de la norma anteriormente identifica, podemos evidenciar los aspectos procedimentales del artículo 56 de la Ley 1480 de 2011 tales como la acción de protección al consumidor propiamente dicha, los derivados de las normas sobre protección contractual, la efectividad de la garantía, los encaminados a la reparación de daños causados a los bienes en la prestación de servicios y los originados del régimen de la publicidad engañosa (Congreso de la República de Colombia, 2021); mientras que en el segundo ítem, es necesaria la remisión al Capítulo VI del título VII de la Ley 1480 de 2011 en relación armónica con los presupuestos contemplados en la Ley 527 de 1999. Finalmente, vemos que el legislador no pretende cerrar el espectro en las diferencias entre las empresas, sean estas personas naturales o jurídicas, que pueden surgir de cualquier relación comercial, contractual e incluso, extracontractual.

Los anteriores presupuestos, son el reflejo de las recomendaciones del consejo de la OCDE relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico, contemplados en el literal B del acápite VI sobre mecanismos alternativos para la resolución de disputas y reparación del daño cuya premisa fue presentada de la siguiente manera:

Las empresas, los representantes de los consumidores y los gobiernos deben trabajar conjuntamente para continuar con el uso y desarrollo de mecanismos autorregulatorios equitativos, efectivos y transparentes, así como de otras políticas y procedimientos, incluyendo los mecanismos alternativos para la atención de quejas y resolución de disputas surgidas en el comercio electrónico entre empresarios y consumidores, con especial atención a las transacciones transfronterizas (OECD, 2001).

Vacío normativo en la efectividad del principio *pro consumatore*

El estatuto de protección al consumidor, Ley 1480 de 2011, fue enfático en su artículo 4 sobre el carácter de las normas y en su parágrafo segundo dispuso; “Sin embargo, serán válidos los arreglos sobre derechos patrimoniales, obtenidos a través de cualquier método alternativo de solución de conflictos después de surgida una controversia entre el consumidor y el proveedor y/o productor” (Congreso de la República de Colombia, 2011).

Esta manifestación del legislador dentro de la Ley 1480 de 2011, concreta la fuerza jurídica y vinculante de los MASC en una disputa entre productores, proveedores y consumidores, los cuales fueron desarrollados “parcialmente” en el procedimiento jurisdiccional dictado en el artículo 58 de esta norma como se puede apreciar a continuación;

Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes reglas especiales:

10. Si la decisión final es favorable al consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio y los Jueces podrán imponer al productor o proveedor que no haya cumplido con sus obligaciones contractuales o legales, además de la condena que corresponda, una multa de hasta ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, que se fijará teniendo en cuenta circunstancias de agravación debidamente probadas, tales como la gravedad del hecho, la reiteración en el incumplimiento de garantías o del contrato, la renuencia a cumplir con sus obligaciones legales, inclusive la de expedir la factura y las demás circunstancias. No procederá esta multa si el proceso termina por conciliación, transacción, desistimiento o cuando el demandado se allana a los hechos en la contestación de la demanda. La misma multa podrá imponerse al consumidor que actúe en forma temeraria.

11. En caso de incumplimiento de la orden impartida en la sentencia o de una conciliación o transacción realizadas en legal forma, la Superintendencia Industria y Comercio podrá:

a) Sancionar con una multa sucesiva a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, equivalente a la séptima parte de un salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retardo en el incumplimiento.

b) Decretar el cierre temporal del establecimiento comercial, si persiste el incumplimiento y mientras se acredite el cumplimiento de la orden. Cuando lo considere necesario la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar la colaboración de la fuerza pública para hacer efectiva la medida adoptada.

La misma sanción podrá imponer la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia Financiera o el juez competente, cuando se incumpla con una conciliación o transacción que haya sido realizada en legal forma (Congreso de la República de Colombia, 2011).

Como podemos observar de una lectura simple del texto citado, se le han otorgado ciertas facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio en armonía con el artículo 116 de la Carta Política de Colombia, con el objetivo de imponer ciertas medidas de carácter sancionatorio por el incumplimiento de aquellas obligaciones derivadas de un acuerdo conciliatorio, transaccional o una decisión judicial, tomada por el respectivo órgano, “en legal forma”. Ahora bien, ¿qué se puede interpretar en el texto como una terminación de un proceso jurisdiccional en legal forma? y ¿qué sucede con aquellas actuaciones alternativas de solución de conflictos tomadas fuera del inicio de un proceso jurisdiccional, esto es, la potestad que tienen las partes de acudir a terceros imparciales sin manifestar en un escrito de demanda con todos los requisitos contemplados en el artículo 82 del Código General del Proceso y normas complementarias?

En un fallo de impugnación de tutela resuelto por la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia (Rad. STC8508-2020), el alto tribunal resolvió una acción impetrada por Aerovías del Continente Americano S.A. - Avianca S.A., en contra del Grupo de Trabajo para la Verificación del Cumplimiento de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, como consecuencia de la facultad que tenía esta entidad para declarar el incumplimiento de un acuerdo extrajudicial materializado en una transacción a través del denominado “procedimiento sancionatorio judicial” descrito en el artículo 58 del estatuto de protección al consumidor.

En una interpretación restrictiva sobre las normas que regulan las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, la Corte Suprema de Justicia fue muy enfática al indicar que dichas facultades respecto de las acciones contempladas en el artículo 56 de la Ley 1480 de 2011¹¹, son

¹¹ El artículo 56 de la Ley 1480 de 2011 dispone: Sin perjuicio de otras formas de protección, las acciones jurisdiccionales de protección al consumidor son: 1. Las populares y de grupo reguladas en la Ley 472 de 1998 y las que la modifiquen sustituyan o aclaren. 2. Las de responsabilidad por daños por producto defectuoso, definidas en esta ley, que se adelantarán ante la jurisdicción ordinaria. 3. La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 18 de

“... únicamente para tramitar la última de las demarcadas acciones, cuyo conocimiento lo hace a prevención junto con los Jueces Civiles del Circuito” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria Rad. STC8508-2020) y tajantemente titula en el numeral 2.3 de dicha providencia que “El estatuto del Consumidor NO facultó a la SIC para realizar un “trámite sancionatorio judicial de verificación de cumplimiento” de conciliaciones y transacciones extrajudiciales por violación de los derechos del consumidor¹²” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria Rad. STC8508-2020).

En el desarrollo de su argumentación, dispone la Corte Suprema de Justicia que los métodos alternativos de solución de conflictos derivados del artículo 58 del estatuto de protección al consumidor, en su numeral 11, para que sean determinados como elementos realizados “en legal forma”;

...comprende tanto las efectuadas al interior del proceso de protección al consumidor como las realizadas por fuera de este, siempre y cuando estas últimas, al igual que las primeras, den lugar a la terminación del litigio, quedando excluidas las conciliaciones y transacciones perpetradas sin que exista previamente un juicio, ejemplo de ellas, las que concretan consumidores y productores y/o proveedores a través del aplicativo dispuesto por la SIC denominado “SIC FACILITA”.

Ello, por cuanto que, como se ha venido explicando, la facultad jurisdiccional atribuida a la SIC en la pluricitada disposición, solo comprende el conocimiento a prevención de la acción de protección al consumidor, la cual se ventila a través del proceso verbal sumario, con observancia de las reglas especiales establecidas en el precepto citado con antelación, siendo una de ellas la potestad -facultativa- de sancionar con multa sucesiva el incumplimiento de las obligaciones pactadas en los referidos acuerdos, por lo que de admitirse lo contrario, se estaría creando vía interpretación una atribución jurisdiccional que no le fue asignada a dicha entidad, como lo es imponer la aludida sanción, previa verificación de la desatención de los compromisos a los que llegaron las partes mediante conciliación o transacción, sin que estuviere en curso un proceso de protección al consumidor, cuando ello no está permitido de conformidad con aquella regla jurisprudencial según la cual la interpretación de las normas que confieren facultades jurisdiccionales debe ser restrictiva, para preservar el carácter excepcional de las mismas (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria Rad. STC8508-2020).

De todo lo anterior, acierta el profesor Alejandro Giraldo López en su artículo titulado Golpe mortal a los mecanismos alternativos de solución de conflictos en asuntos de consumidor, en el cual analiza esta providencia de tutela al manifestar que “...volverá a ser más rentable para las empresas violadoras de los derechos de los consumidores, conciliar o hacer una transacción extraprocesal

esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.

¹² En su análisis, la Corte Suprema de Justicia establece que el trámite para resolver la sanción judicial por incumplimiento debe impetrarse a través del incidente regulado en los artículos 127 a 131 del Código General del Proceso.

con sus reclamantes, e incumplir sus acuerdos, para quedar en la más absoluta impunidad...”(Giraldo, 2021, p. 9).

Este vacío procedimental configura una incertidumbre al principio *pro consumatore* establecido en el artículo 4 de la Ley 1480 de 2011, que en mi criterio y respetando la posición de la Corte Suprema de Justicia que “sólo podría dar lugar” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria Rad. STC8508-2020) a una acción ejecutiva ante el juez competente que de conformidad con las reglas de jurisdicción y competencia les correspondería a los jueces civiles, reglas que escinden la línea procesal de las controversias sobre protección al consumidor. Así las cosas, se configura un hecho que va en contravía de la tutela judicial efectiva y debido proceso contemplados en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 2 de la Ley 1564 de 2012 y que, para dar solución a esta problemática, se analizará la implementación del proceso ejecutivo simplificado.

III. EL PROCEDIMIENTO Y LA PROPUESTA

Esquema procedimental actual de la acción de protección al consumidor

Dispone el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, como consecuencia de los elementos que componen la denominada “acción de protección al consumidor”, el trámite procesal para resolver aquellas controversias que versan sobre violaciones a los derechos de los consumidores, exceptuando aquellos referentes a los de responsabilidad por producto defectuoso y acciones de grupo o las populares (Congreso de la República de Colombia, 2011). Los procesos verbal y verbal sumario, reglados principalmente en los artículos 390 y siguientes del Código General del Proceso, pertenecen a los procesos declarativos, de conocimiento o de cognición, definidos por el profesor Ramiro Bejarano Guzmán (2019) como “aquellos que le permiten al juez adoptar en la sentencia una declaración, previo el conocimiento de unos hechos” (p. 2), y para el caso concreto, con unas reglas especiales, dentro de las cuales podemos encontrar entre otras, la competencia a prevención de la Superintendencia de Industria y Comercio o el juez competente ya sea en única o primera instancia dependiendo de la cuantía; la denominada reclamación directa como requisito de procedibilidad y el régimen sancionatorio contemplado en los numerales 10 y 11 del artículo 58 identificados en el primer punto del presente escrito.

Atendiendo el abanico de asuntos por los cuales se puede determinar la responsabilidad de los productores o proveedores conforme al numeral 3 del artículo 56 del Estatuto de Protección al Consumidor, la carga probatoria jugará un papel importante y esencial a la hora de hacer efectiva la legitimación por activa por parte del consumidor y lograr demostrar ante el juez, la vulneración del derecho sustancial de consumo para que a través de una sentencia se active la facultad del fallador de “imponer multas al productor o al proveedor (a ambos) hasta por ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio” (Moreno, 2018, p. 144) como lo dispone el numeral 10 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

Entonces, como se identificó en el primer apartado de este escrito y lo reitera el profesor Carlos Iván Moreno, además de concluir por una sentencia el procedimiento por vulneración de los derechos del consumidor puede finalizar por una conciliación o transacción realizadas en legal forma (Congreso de la República de Colombia, 2011), desistimiento, o allanamiento (Moreno, 2018, p. 144), y en caso de materializarse un incumplimiento, se activan las sanciones descritas en los literales a y b del numeral 11 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

Considera Moreno que:

Dada la facultad sancionadora de la Superintendencia de Industria y Comercio para hacer cumplir la conciliación o transacción o la sentencia que protege al consumidor, y dado también el poder sancionador del juez civil para el cumplimiento de una conciliación o transacción, es raro que se lleve a cabo una acción ejecutiva como de ordinario se piensa y se conoce, pues son suficientes, preferibles, incluso más efectivas, las medidas que impone la autoridad administrativa o el juez civil a lo que de ordinario acontece en un proceso ejecutivo, Con este fundamento, cuando la Superintendencia de Industria y Comercio o el juez civil desplieguen su facultad sancionadora para el cumplimiento de una transacción, conciliación o una sentencia, esto hará las veces de un proceso de ejecución. Sin embargo, si la sentencia la profirió el juez civil y el consumidor decide comenzar un proceso ejecutivo, entonces deberá presentar ante dicho juez la solicitud de ejecución de que trata el artículo 306 del Código General del Proceso; y si la sentencia la profirió la Superintendencia de Industria y Comercio, se deberá radicar una nueva demanda ejecutiva ante la respectiva oficina de reparto judicial, porque la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene competencia para conocer de procesos ejecutivos (Moreno, 2018, p. 144).

En contraposición con la anterior reflexión, los procesos verbales y verbales sumarios cierran el espectro del cumplimiento y esencial respeto por la efectividad del derecho sustancial del extremo actor en una relación de consumo, no solo por el antecedente expuesto del fracaso de los MASC celebrados de forma extraprocesal, sino de aquel incumplimiento que se concreta dentro del proceso con la Superintendencia de Industria y Comercio y la falta de garantía procesal al sujeto inicialmente demandado (productor, proveedor o tercero vinculado) pues las sanciones establecidas en los literales a y b del numeral 11 del artículo 58 del Estatuto de Protección al Consumidor, terminan siendo unas medidas administrativas con carácter judicial. En consecuencia, la única alterativa que tendría el consumidor para hacer efectivo su derecho sustancial por una obligación expresa, clara y exigible (Congreso de la República de Colombia, 2012), sería acudir al estatuto procesal para que un juez ordinario civil, declare mediante un proceso ejecutivo el incumplimiento de esa sentencia, conciliación, transacción, etc., reiterando, la inoperancia de las sanciones establecidas en el estatuto de protección al consumidor o el vacío normativo para aquellos consumidores que acudieron a diferentes métodos alternativos de solución de conflictos de forma extrajudicial.

La propuesta. El proceso ejecutivo simplificado

Es claro el vacío normativo respecto de la efectividad del principio *pro consumatore* tanto judicial como extrajudicial y que, atendiendo la fuerza vinculante de los acuerdos transaccionales, de mediación y de conciliación entre las partes, que además de prestar mérito ejecutivo, tienen plena validez y fuerza obligatoria si se expresa como un mensaje de datos (Congreso de la República de Colombia, 1999). Nace entonces a la vida jurídica la obligación clara, expresa y exigible que actualmente se encuentra consignada en los artículos 422 y siguientes del Código General del Proceso, pero como se resaltado en algunos apartes de este escrito, la Superintendencia de Industria y Comercio, no tiene competencia para conocer de los procesos de ejecución que se materialicen en sede de consumo (Congreso de la República de Colombia, 2012), esto es, y de acuerdo con la cláusula general de competencia del artículo 15 de la norma indicada que:

Corresponde a la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra jurisdicción.

Corresponde a la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra especialidad jurisdiccional ordinaria.

Corresponde a los jueces civiles del circuito todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otro juez civil (Congreso de la República de Colombia, 2012).

Se plantea entonces, la creación de la figura del proceso ejecutivo simplificado, inicialmente para aquellas controversias originadas en la relación del consumo en el comercio electrónico, que eventualmente ha sido reclamado y tercerizado por los mecanismos ODR y que por supuesto, es manifestación de incumplimiento por parte del productor o proveedor de dentro de la relación de consumo y que, para su puesta en marcha, se establecen las siguientes características:

- Otorgamiento de facultades jurisdiccionales de ejecución a la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Autorización legal y/o reglamentaria para los intermediarios en sede extra o judicial, para certificar el incumplimiento de los MASC.
- Se respetarán las reglas de las cuantías expresas en el artículo 25 del Código General del Proceso.
- El proceso ejecutivo simplificado se concentra en el uso de los medios digitales conforme a las reglas establecidas en el Decreto 806 de 2020.
- El ejercicio del derecho de acción por parte del consumidor insatisfecho se concreta con la manifestación de hacer efectivas las obligaciones contenidas en los actos jurídicos tercerizados en la intermediación.

- Al tratarse de un proceso de ejecución, se extienden las reglas sobre las medidas cautelares contempladas en el Código General del Proceso en los artículos 599 y siguientes, involucrando igualmente aquellas medidas del régimen sancionatorio descritas en el numeral 11 del artículo 58 y 61 de la Ley 1480, esto es el cierre temporal del establecimiento de comercio, el cierre y orden de retiro definitivo de la página web portal en internet o del medio de comercio electrónico utilizado (Congreso de la República de Colombia, 2011).
- Se respetan las garantías de los recursos contra el auto que libra mandamiento ejecutivo, esto es el recurso de reposición, el régimen las excepciones previas y de las nulidades procesales de los artículos 100, 318, 132 y siguientes del Código General del Proceso respectivamente.
- Se reducen los términos para proponer excepciones de mérito en la contestación de la demanda de diez (10) días hábiles a cinco (5) días hábiles.
- Dadas las circunstancias de celeridad del proceso ejecutivo simplificado y con las nuevas facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, se propone adicionar al artículo 121 del Código General del Proceso, que el sentenciador de la providencia, dicte su fallo en el lapso de seis (6) meses contados a partir del auto que libra mandamiento ejecutivo.

Para dar más claridad a la estructura del proceso ejecutivo simplificado, se propone el siguiente esquema:



IV. CONCLUSIONES

A pesar del desarrollo legislativo, reglamentario y jurisprudencial que existe en el sistema jurídico colombiano respecto de la protección del consumidor electrónico, existen vacíos frente a la plena estabilidad del principio *pro consumatore*, pues el ejercicio de los elementos procesales vigentes limita la esencia proteccionista de la Ley 1480 de 2011. Lo anterior, causa en la práctica una incertidumbre que el ejercicio legislativo puede prevenir con el proceso ejecutivo simplificado, en conjunto, con el intento y propuesta No. 584 del año 2021 al resaltar la mediación como uno de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos insignes a la hora de ejecutar y resolver controversias en la materia con las plataformas digitales.

Conforme a lo anterior, se resaltan las recomendaciones establecidas por Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo relativas a la protección del consumidor, en donde los países deben establecer procedimientos efectivos para prevenir abusos y actividades desleales frente a la parte débil en una relación de consumo. Adicionalmente, queda claro que las variantes en los hábitos de los usuarios de los últimos dos años con ocasión de la declaratoria pandémica a nivel mundial por el Covid-19, incrementó el uso de las tecnologías de la información para la adquisición de bienes y servicios y, por supuesto, los interrogantes para ejercer el derecho por incumplimientos del productor, proveedor, expendedor o tercero solidario.

Entonces, la promoción de las plataformas digitales propuestas por el legislador, como medio y los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos como fin, debe ser una tarea para todos los actores del comercio electrónico y de las entidades del estado involucradas en su implementación, pues de ello dependerá, la concentración de los principios de eficiencia, transparencia y seguridad.

Se estima la necesidad de resaltar la actividad del tercero neutral, pues este consejero, cuya visión es imparcial, conocerá un acuerdo de voluntades previamente establecido entre el consumidor y la parte fuerte de la relación de consumo, así como un mercado especializado aplicando las reglas prácticas y esenciales de los MASC, a través de un acto vinculante que tendrá todos los elementos propios de un título ejecutivo.

En este sentido, otorgar facultades ejecutivas a la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del proceso simplificado, evitaría en primer lugar, la discusión sobre las sanciones que, en sede declarativa, no se encuentran expresas para las controversias que surgen de forma extrajudicial por violación a los derechos de consumo; en segundo lugar, concientiza a los productos, proveedores, expendedores y terceros solidarios, que cualquier incumplimiento al acuerdo mediado o tercerizado, activa la potestad de iniciar una ejecución. Tercero, el proceso ejecutivo simplificado, facilita al consumidor a una justicia acelerada con una prueba poco probable de controvertir y con una decisión de fondo proveída por un juez.

BIBLIOGRAFÍA

- Bejarano Guzmán, R. (2019). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Carrillo Flórez, F., & Gómez Lee, I. (2020). *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia + MASC. Tomo II*. Bogotá D.C: Procuraduría General de la Nación.
- Congreso de la República de Colombia (1999). Ley 527: *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*. Diario oficial No. 43.673 del 21 de agosto de 1999.
- Congreso de la República de Colombia (2011). Ley 1480: *Por medio del cual se expide el Estatuto del Consumidor*. Diario Oficial 48220 del 12 de octubre de 2011.
- Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1564: *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 48.489 del 12 de julio de 2012.
- Congreso de la República de Colombia & Villalba Hodwalker, M (2021). Pub. L. No. 584: *Por el cual se promueve la adopción de plataformas de tecnologías de la información y comunicaciones para la prevención y resolución de disputas y se dictan otras disposiciones*.
- Corte Suprema de Justicia. Fallo de tutela del 14 de octubre de 2020, M.P: Álvaro Fernando García Restrepo. Radicado STC8508.
- García Salazar, L., & Reyes Sánchez, A. (2017). Resolución alternativa de conflictos: Mediación en línea como protección a los derechos del consumidor electrónico. *IUSTITIA*, (14), 117-131. <https://doi.org/https://doi.org/10.15332/iust.v0i14.1682>
- Giraldo, A. (2021). *Golpe mortal a los mecanismos alternativos de solución de conflictos en asuntos de consumidor*. Boletín de Derecho Comercial Colegio de Abogados Comercialistas, 160, pp. 8-9. Disponible en: <https://www.abogcom.org.co/wp-content/uploads/2021/05/Bolet%C3%ADn-No.-1603-Abril-2021.pdf>
- Moreno, C (2018). *Acción del Consumidor, procedimientos de consumo y sujetos demandados. (Análisis comparado entre la legislación italiana, española y colombiana)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- OECD (2001). *Recomendación del consejo de la ocde relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development. Recuperado de https://www.oecd-ilibrary.org/governance/recomendacion-del-consejo-de-la-ocde-relativa-a-los-lineamientos-para-la-proteccion-al-consumidor-en-el-contexto-del-comercio-electronico_9789264065680-es. <https://doi.org/10.1787/9789264065680-es>
- Presidencia de la República de Colombia (2013). Decreto legislativo N° 1829: *Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012*. Diario oficial No. 48.895 del 27 de agosto de 2013.

Presidencia de la República de Colombia (2020). Decreto legislativo N° 806: *Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*. *Diario Oficial* No. 51.335 de 4 de junio de 2020.

Real Academia Española (2022). *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. Consultado en: <https://www.rae.es/>

Ruiz Nieto, S. (2022). *Adopción de plataformas de tecnologías de la información y comunicaciones para la prevención y resolución de disputas*. *Boletín de Derecho Comercial Colegio de Abogados Comercialistas*, 1607, pp. 16-17. Disponible en: <https://www.abogcom.org.co/wp-content/uploads/2022/02/Bolet%C3%ADn-No.-1607-Febrero-2022.pdf>

Sánchez, J. D. (2020). *La articulación de plataformas de Resolución Electrónica de Conflictos (REC) al arbitraje administrativo en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10554/47982>.

**Revista *de*
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE**

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.60.986.124>

**La expropiación indirecta en el
Modelo Colombiano de Tratado
Bilateral de Inversión y su incidencia
en los APPRI's latinoamericanos:
una visión desde Cuba**

*The indirect expropriation in the Colombian Model
of bilateral Investment Treaty and its impact in
Latin American BITS: an overview from Cuba*

T A H I M I S U Á R E Z R O D R Í G U E Z

Lic. Derecho. Doctora en Ciencias Jurídicas (PHD) por la Facultad de Derecho de
la Universidad de La Habana. Funcionaria del Minrex de Cuba.
tahimi8375@gmail.com

Resumen

El objetivo central de este artículo es examinar el pronunciamiento sobre la expropiación indirecta en el Modelo de Acuerdo de Inversión colombiano vigente y su incidencia en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII´s) latinoamericanos rubricados. El método empleado ha consistido en el estudio de la expropiación indirecta en el Modelo colombiano del 2017 y su comparación con los pronunciamientos en los Modelos anteriores del 2008 y 2011 de este país, a modo de identificar su admisión o exclusión en los AII´s de Colombia y demás naciones del área. El resultado principal ha sido mostrar las falencias y disfuncionalidades de las disposiciones sobre expropiación indirecta en los AII´s examinados debido a su alejamiento de los Modelos de Inversión colombianos anteriores y vigente, razón probable de las demandas contra los Estados de la región, y muestra de la necesidad de elegir a Colombia como referente para la región latinoamericana por el aprovisionamiento sobre expropiación indirecta que su Modelo refrenda.

PALABRAS CLAVE

Expropiación indirecta, Modelo Colombiano de AII.

Abstract

The central goal of this article is to examine the pronouncement about indirect expropriation of the current Colombian Investment Agreement Model and its impact on signed Latin-Americans International Investment Agreements (IIA´s). The method used has consisted of the study of the indirect expropriation of the Colombian Model of 2017 and its comparison with that established in the previous Models of 2008 and 2011 by this country, with the purpose to identify the admission or exclusion in the IIA´s of Colombia and other nations of area. The main result has been the verification of the shortcomings and dysfunctionalities of provisions of the indirect expropriation in the studied IIA´s due to the distance from the previous and current Colombian Investment Agreement Models, probable reason of claims against States of the region, and demonstration the need to choose to Colombia as referent for Latin American region by the provisioning about indirect expropriation that its Model endorses.

KEY WORDS

Indirect Expropriation, Colombian Model IIA.

I. INTRODUCCIÓN

La expropiación indirecta dentro del Derecho Internacional de Inversiones ocupa en los últimos años lugar preeminente en la agenda a nivel global, debido a su incidencia dentro del arbitraje de inversiones y las implicaciones que genera. Su presencia encuentra resonancia en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII's), que constituyen mayoritariamente el fundamento legal de su invocación en las demandas Inversionista-Estado. Asimismo, conviene destacar que los mencionados Acuerdos, en ocasiones, son resultado de abrazar los Modelos de Tratados de Inversión que los países adoptan y que sirven de documentos base para la negociación de este tipo de textos convencionales.

Sin embargo, el origen de la figura estuvo vinculada al ámbito jurisprudencial norteamericano en el que se constató en el caso *Pumpelly vs Green Bay Company* (EEUU, 1872)¹. Sin embargo, el primer vestigio en un Tratado de inversión se dispuso en el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) entre Paquistán y Alemania, el cual, si bien sólo estableció, la no expropiación de modo general; en su Protocolo, en la aclaración sobre el término, enunció la indirecta al incluir los actos del poder soberano que son equivalentes a expropiación (Paquistán, 1959, pp. 795 y 799). Luego, le seguirían varios intentos por su regulación en la esfera de los Tratados como en el *Abs-Shawcross Draft Convention*² de 1959, el *Harvard Draft Convention on the International responsibility of States* de 1961³, el *Draft Convention on Protection of Foreign Property* del Consejo de la OCDE de 1967⁴, el Programa de Tratados de Inversión Bilateral de EEUU de 1980⁵, el FTACUS⁶ en 1988 y el NAFTA⁷ en 1993, que selló el desarrollo de la expropiación indirecta en los AII's tanto en el ámbito bilateral como multilateral.

¹ La Corte Suprema norteamericana se enfocó no en la privación del título por el gobierno sino en el daño irreparable y permanente para el propietario, diferenciando expropiación implícita de explícita.

² Dispuso en su artículo III dentro del tratamiento a la protección de las inversiones que ninguna parte tomará cualesquiera medidas contra nacionales de otra Parte para privarlas directamente o indirectamente de su propiedad (Abs, Herman y Shawcross, 1959, p.2)

³ En el artículo 10.3 (a) y (b) definió los elementos y el alcance en la toma de la propiedad por el Estado.

⁴ En su artículo 3 primer párrafo, situó la toma de propiedad, como el despojo del Estado sobre el bien de un inversionista de modo directo o indirectamente, e introdujo en los incisos i), ii) y iii) del propio artículo, que las medidas han de ser adoptadas por interés público, bajo un debido proceso legal, no ser discriminatorias e ir acompañadas de una compensación justa, sin demora y efectiva.

⁵ Los Tratados bilaterales de Estados Unidos. suscritos a partir de ese momento incorporaron la referencia a la figura, como sucede con el Tratado entre Estados Unidos de América y la República de Panamá en cuanto al tratamiento y la protección de inversiones, artículo IV, firmado el 27/10/1982 y que entrara en vigor el 30/05/1991. *Vid.*: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3353>]

⁶ Introdujo la expropiación indirecta progresiva o *creeping expropriation*.

⁷ La redacción escueta y ambigua del pronunciamiento sobre expropiación indirecta ha sido la sostenida en el tiempo en la mayoría de los AII's internacionalmente.

En cuanto a los Modelos, estos la registraron alrededor de los años 60 a través de los textos francés e iraní⁸ hasta alcanzar una profusión mayor en ellos a inicios del siglo XXI, pero sin ser formulaciones minuciosas mayoritariamente. Si bien es cierto que América Latina no sostiene una práctica enjundiosa en relación con los Modelos, algunos países la han utilizado, e incluso colocado sus textos en materia de expropiación indirecta entre los más avanzados mundialmente como es el caso de Colombia, que se distingue como referente para los países de la región.

La provisión actual en el Modelo vigente colombiano de 2017 aunque diferente de sus predecesores adoptados en los años 2008 y 2011, se sirvió de aquellos. No obstante, Colombia como la mayoría de los países latinoamericanos ha soslayado para sus AII's la elaboración del 2017, como también lo hizo en algunos de sus APPRI's en relación con sus Modelos de Inversión del 2008 y 2011. De manera, que una parte no despreciable de sus Tratados mantiene inmutable las redacciones introducidas en los 90's, derivadas del Programa de Tratados de Inversión Bilateral de EEUU de 1980, el Artículo 1605 del Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Canadá (FTACUS) de 1988 (Canadá, 1988, p.179) y el Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA) (EEUU, 1992, p.270), aún cuando la coyuntura económica a lo largo de estos años ha variado y el ambiente de inversión ha dado un giro importante en materia de regulaciones y litigiosidad.

El volumen elevado de demandas por invocación de expropiación indirecta, debido a la ambigüedad y desacertada formulación que presentan los AII's al respecto, coadyuvan a la presencia de la figura en alrededor del 70% de los casos Inversionista-Estado (UNCTAD, 2020, p. 24). Varios países latinoamericanos muestran los números más elevados dentro de este tipo de arbitraje mundialmente, a través del sustento legal que los APPRI's proporcionan, a saber: Argentina, Venezuela, México, Perú, Ecuador, entre otros (UNCTAD IIA ISSUE NOTE 2, 2020 pp. 1-2 y ISSUE NOTE 1, 2022, p. 3).

Explorar el pronunciamiento sobre expropiación indirecta en las cláusulas de expropiación en los APPRI's latinoamericanos y su correspondencia o no con el Modelo de AII colombiano vigente o sus predecesores permite identificar las carencias, disfuncionalidades e incongruencias existentes en ellos así como las consecuencias que pueden derivarse del no acogimiento del mencionado modelo. La viabilidad de la admisión del Modelo en función de que los países de la región formulen sus Tratados de inversión desde una perspectiva auténtica y sobre la base de sus experiencias, realidades y desafíos propios, constituye aun en el presente, un pendiente necesario de resolver a corto plazo, a modo de lograr la mayor protección posible frente a los reclamos de los inversionistas extranjeros por expropiación indirecta.

⁸ El francés la definió como (...) otras medidas que tengan un efecto de desposeer, directamente o indirectamente (Francia, s/f, pp. 161-162)

II. PINCELADAS PREVIAS

Colombia como parte de la región, se sumó a la internacionalización y liberalización de la economía en los años 90 como tendencia en el mundo, y sobre esa base inició la rubricación de APPRI's que alcanzan la cifra actual de veintiuno (21), de los cuales tres (3) están terminados, ocho (8) están en vigor y diez (10) no se encuentran aún vigentes. De ellos, se han suscrito nueve (9) con países europeos, seis (6) con países latinoamericanos y seis (6) con naciones asiáticas y del Medio Oriente, constituyendo los años más prolíficos en su rubricación: 1994 con tres (3) y 2009, 2010 y 2014 con dos (2) cada uno. Paralelamente, el país ha adoptado varios Modelos de inversión hasta el más reciente del 2017.

Sin embargo, este Modelo se configura teniendo como predecesores aquellos adoptados en los años 2008 y 2011. Cada uno se soportó en la interacción que fue acopiando Colombia con los inversionistas así como la experiencia regional, internacional y la suya propia, como la registrada a partir de la explosión de demandas por arbitraje de inversiones que recibiera en el año 2016, basadas en las disposiciones tradicionales establecidas en sus AII's, y que tuvieron una repercusión en el Modelo de Inversión del 2017.

Nótese, que la oleada de demandas contra Colombia, ubica al país en el lugar diecisiete (17) entre los países más demandados mundialmente en arbitrajes Inversionista-Estado con veinte (20) reclamaciones interpuestas (UNCTAD Tabla Disputas de Inversión Colombia, 2023) y se sustentan en APPRI's o Acuerdos en otras materias con provisiones de inversiones que no tuvieron de referentes los citados Modelos, que dispusieron elaboraciones más minuciosas en su articulado.

Conviene destacar, que Colombia muestra de las demandas disponibles cinco (5) resueltas a favor del Estado y una (1) a favor del inversionista, constatándose expropiación indirecta en una (1): América móvil contra Colombia. No obstante, permanecen trece (13) pendientes de resolución, alegándose expropiación indirecta en seis (6) de ellas, confirmándose la incidencia de la figura y su trascendencia para el Derecho Internacional de Inversiones, ante su sistemática invocación por los inversionistas y el peligro visible para los Estados por su elaboración vaga y ambigua, carente de un concepto, presupuestos que la configuran y excepción a la expropiación indirecta.

Figura que en el orden conceptual se le identifica como (Dolzer & Schreuer, 2012, p. 2) la que se conforma cuando el título del inversor permanece intocable, pero se le priva de la posibilidad de utilizar su inversión de modo válido. Al mismo tiempo, se destaca que se manifiesta (Esis Villarroel, 2012, p. 223) cuando una medida o un acto gubernamental (de acción o de omisión) de alguna manera 'prive' al inversor de su inversión, sin que pierda, al menos formalmente hablando, el título legal que lo acredite como propietario, y a la vez se agrega que: (Esis Villarroel, 2012, p. 229) responden a medidas estatales que causan un detrimento importante en el valor económico de la inversión foránea, sin que medie un título formal de privación del Derecho de propiedad, al

punto de resultar privado el inversionista del uso y goce de los beneficios que ésta puede producirle, y sin la recepción de una compensación ofrecida por el Estado receptor.

Sin embargo, no han sido solo los autores los que se han pronunciado, sino que la jurisprudencia también lo ha hecho. Por su parte, en *Metalclad Corporation vs Los Estados Unidos Mexicanos* (CIADI Laudo No. ARB(AF)/97/01, 2000, párr 103) expuso que: (...) la expropiación en el TLCAN incluye (...) también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor. Mientras, en *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs Los Estados Unidos Mexicanos* (CIADI. (2005). Laudo No. ARB(AF)/00/2, Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs Los Estados Unidos Mexicanos, párr.116) se define que las medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad *de facto* si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que «...toda manera de explotarlos...» ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido. Bajo el derecho internacional, existe privación de la propiedad también cuando existe despojo de su uso o del goce de sus beneficios, o interferencia en tal uso o goce de efectos o magnitud equivalentes, aun cuando no se afecte la titularidad legal o jurídica de los bienes en cuestión, y siempre que el despojo no sea efímero.

Al mismo tiempo, fuera de la mención genérica, es preciso subrayar, que la expropiación indirecta se revela en el tipo regulatoria, que surge circunscrita a los actos meramente regulatorios del Estado, a saber: Leyes, decretos u otro tipo de normas o regulaciones (González Cossío, 2005, P.2); y en la progresiva que abarca situaciones en las que no sólo no ha habido una resolución estatal manifiesta de expropiación, sino que tampoco ha habido una medida administrativa específica que pueda considerarse equivalente a una expropiación por sus efectos. Por el contrario, lo que hay es una sucesión de medidas administrativas que, consideradas en sí mismas, no tienen virtualidad expropiatoria pero que, consideradas en conjunto, pueden considerarse equivalentes a una expropiación (CAITISA, 2015 p.18). Se constituye por una serie de actos y omisiones que, durante un período de tiempo, y en un momento determinado cristaliza o madura en una expropiación (Cox, 2019, p. 142).

En síntesis, aquélla resulta cuando se ha privado de la propiedad de un bien al titular de aquel (inversionista), no formalmente como en la expropiación directa con el traspaso del título de dominio sino *de facto*, a través de interferencias o medidas adoptadas por el Estado, que si ciertamente no constituyen una toma flagrante de la propiedad, a través de los efectos que generan, afectan, anulan de manera efectiva, los atributos fundamentales de la propiedad, entre los que se incluyen los derechos de uso, disfrute y disposición del bien. Tales afectaciones provocan la incapacidad del inversionista de ejercer sus derechos sobre la inversión similares a como si hubiese ocurrido una expropiación directa, por lo que esta se convierte en inservible, inútil, inviable para el inversor.

Por otra parte, en cuanto a los presupuestos que constaten la probable presencia de expropiación indirecta (Faccio, 2020, pp. 110-11) algunos acuerdos de inversión listan una serie de factores adicionales que pueden guiar a los Tribunales Inversionista-Estado en su análisis de la expropiación indirecta. Los más comunes son: (i) el impacto de la medida en el status económico del inversor extranjero; (ii) la interferencia en las legítimas expectativas del inversor; (iii) la naturaleza discriminatoria de la medida; (iv) el carácter de la medida que incluye si el interés público es de buena fe; (v) la proporcionalidad de la medida con el propósito público. Estos elementos no se observan en la mayoría de las formulaciones latinoamericanas de los AII's.

En relación con la excepción de la expropiación indirecta se le asocia a aquellas actuaciones, medidas del Estado para asegurar los intereses y el bienestar público de la colectividad que pueden resultar expropiatorias, pero que no se conforman de ese modo al constituir facultades regulatorias en el marco de los poderes de policía que el Estado posee intrínsecamente. En los últimos tiempos, junto a las medidas usualmente reconocidas como excepción se han incorporado, las impositivas y aduanales, las de protección de los deberes públicos, sociales o al consumidor; de promoción y protección de la diversidad cultural, política económica, los cambios en el marco regulatorio y la estabilidad financiera.

Justamente por la carencia que pueden mostrar los APPRI's en relación con la figura y sus componentes *ut supra* esbozados, se hace imprescindible tomar como referentes los Modelos de inversión que la traten minuciosamente, en tanto pueden coadyuvar a un mejoramiento de su tratamiento en los textos convencionales, al constituir bases para emprender cualquier negociación de este tipo de Acuerdos, en el ámbito bilateral como multilateral. La interrelación existente en el orden normativo en cualquier país ante un asunto de tal envergadura, obliga a una sincronización en la esfera convencional y legislativa nacional como vía efectiva y eficaz de mitigar los riesgos que la expropiación indirecta exhibe. Plasmar de modo consistente la política sobre inversiones extranjeras de un país en los Modelos y a su vez volcar sus disposiciones en los AII's contribuirá a lograr tal propósito.

III. MODELO COLOMBIANO VIGENTE Y SUS PREDECESORES: REFLEJO EN LOS APPRI'S COLOMBIANOS

América Latina bajo la impronta a nivel mundial de la elaboración de Modelos de AII's posee en su haber trece (13) Modelos, de los cuales solo dos (2) fueron adoptados previamente a la implosión de los APPRI's en los 90: Jamaica y Bolivia, y posteriormente a dicha fecha, Chile en 1994. Los diez (10) Modelos restantes se establecieron entre los años 2000 al 2020. De todos ellos, permanecen vigentes hasta la actualidad ocho (8), destacando apenas uno (1) entre los Modelos más avanzados internacionalmente, en este caso el Modelo Colombiano de 2017, el cual tuvo previamente otros textos predecesores en el país: los del 2008 y 2011, que le proporcionaron un terreno fértil en la práctica nacional unido a los referentes a nivel mundial. Así pues, (Alschner y Skougarevskiy,

2017, p.3) los países tienden a esforzarse por dar consistencia a sus redes de tratados de inversión. (...) y lo hacen al crear modelos de tratados para formar redes más consistentes. Estos modelos de acuerdo consagran lo que un país considera ser un tratado de inversión ideal, lo cual generalmente torna poco deseable alejarse de dicho modelo en negociaciones.

Apréciase, que por la fecha de adopción de los Modelos de 2008 y 2011, en el ámbito económico y particularmente en el de inversión extranjera, Colombia no mostró cambios sustanciales y (Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación del Reino de España, 2022, p. 2) vivió un ciclo expansivo de 15 años, hasta 2014, en que tuvo que hacer frente a una desaceleración continua, acompañada de inflación, una caída de la inversión extranjera y un creciente endeudamiento público. De modo que, su presentación de ambos Modelos en materia de expropiación indirecta estuvo marcada por un afianzamiento del espacio regulatorio, a partir de las realidades existentes en la región que los textos de los 90's no resguardaban. Mientras que el del 2017, a juicio de esta autora, fue dirigido a perfeccionar cuestiones que el Estado colombiano consideró debían ser reflejadas como contraposición a las demandas de inversiones recibidas durante el año 2016.

Bajo tales premisas, en los Modelos de 2008 y 2011 (Colombia, 2008, pp. 8-10; y Colombia, 2011, pp.6 y 7) se ofreció un concepto de expropiación indirecta próximo a los Modelos más progresistas cuando dispuso que resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte Contratante que tenga un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie la transferencia formal de un título o del derecho de dominio. A la vez incluyeron excepción para la expropiación indirecta regulatoria junto a presupuestos para que la expropiación indirecta se configurase; adicionándose en el del 2011 el carácter de la medida o la serie de medidas teniendo en cuenta los objetivos públicos legítimos perseguidos.

En relación con las condiciones para que el acto expropiatorio proceda, los Modelos reconocieron hacerlo conforme al debido proceso legal, con la correspondiente compensación, afiliándose a la Fórmula Hull⁹ al describir el contenido de los términos de pronta, adecuada y efectiva, sin nominarlos. Asimismo, el del 2008, señaló que ha de efectuarse por un propósito público o interés social y de buena fe, y el del 2011 sustituyendo el propósito por la utilidad pública y el interés social. Sobre protecciones específicas en relación con la expropiación los Modelos no se pronunciaron.

⁹ Se define así la fórmula creada por el Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull en relación con la compensación debida a los inversores por nacionalización y que la definió como: adecuada cuando se basa en el valor justo del mercado, efectiva cuando se paga en moneda libremente convertible y pronta cuando es pagada sin demoras o en circunstancias excepcionales la pagada en parcialidades en un plazo lo más corto posible.

El Modelo del 2017 constituye el único vigente de la región latinoamericana de elaboración más cercana a los más avanzados a nivel mundial actualmente. Su sistemática es similar a la del Modelo Indio del 2015 con algunas modificaciones, y como aquel ofrece cabida a la expropiación indirecta y la define (Colombia, 2017, pp. 9 y 10) sobre la base de medidas que son discriminatorias y arbitrarias con efecto equivalente a la expropiación directa sin transferencia del título formal. Ciertamente, no alude a la la privación sobre los atributos fundamentales de la propiedad como el modelo indio, sino que se centra en las características que distinguen a las medidas para considerarse expropiación indirecta, con lo cual delinea la inevitable obligación de compensar.

Al mismo tiempo, dispone entre los presupuestos que configurarán la expropiación indirecta la duración y el carácter, dispuesto en el Modelo Indio e incluso en sus antecesores en el país del 2008 y 2011, a la par que, incorpora otros como la naturaleza de la medida, acentuando el interés público, justificado por encima del individual del expropiado. Como sus predecesores incluye la excepción a la expropiación regulatoria, pero a diferencia de estos, introduce la protección a los consumidores y la competencia expresamente así como abre brecha en forma de *numerus apertus* al considerar otros que no menciona.

En cuanto a la compensación introdujo como lo hicieron los Modelos SADC del 2012 y Marroquí del 2019 el test de proporcionalidad para el cálculo de la compensación así como otros factores que evidencian la posibilidad de uso de diversos métodos de cálculo. Asimismo, describe el contenido de los términos de la Fórmula Hull como sus antecesores, pero no sin confusiones, al utilizar en el artículo sobre expropiación la palabra oportuna y en el destinado a la compensación describir el contenido de pronta de la Fórmula Hull, por lo que genera un equívoco a solucionarse en el momento de la compensación según la interpretación que se realice. Además, distingue la aplicación de la Fórmula Hull de forma expresa solo para la expropiación directa según el artículo destinado a la expropiación al establecer (Colombia, 2017, pp. 9 y 10): (...) *En el caso de una expropiación directa, dicha expropiación deberá estar acompañada de una compensación oportuna, adecuada y efectiva en los términos del Artículo [##] Compensación derivada de una Expropiación*. Paralelamente en el artículo destinado a la compensación si incluye tanto a la directa como a la indirecta en función de los parámetros, el procedimiento que se establece para el cálculo de la compensación y la Fórmula Hull bajo descripción del contenido sin nominalizarla.

Del total de los APPRI's colombianos, más del 55%, han sido firmados durante la existencia de los mencionados Modelos del 2008, 2011 y 2017. Sin embargo, no todos acogieron los pronunciamientos sobre expropiación indirecta dispuestos en aquellos, cual pareciese más una falta de dimensión de las consecuencias que pueden provocar las provisiones ambiguas y lacónicas de los AII's, que por rechazo a las nuevas elaboraciones establecidas en los Modelos adoptados.

Los APPRI's colombianos suscritos y no terminados o reemplazados por textos nuevos totalizan diecisiete (17), pudiéndose identificar tres (3) grupos en relación con la provisión sobre expro-

piación y específicamente el pronunciamiento sobre la indirecta. Un primer grupo que muestra una escasa precisión y se aleja del actual Modelo Colombiano de APPRI del 2017 e incluso de los del 2008 y 2011 aun cuando reconozcan a la figura, como son aquellos rubricados antes del Modelo del 2008 como los de España, Suiza, Chile y Cuba, firmado incluso este último en los años 90's. Seguidamente, se distingue los Acuerdos suscritos por Colombia entre los años 2007 y 2010 que tienen una elaboración más cercana al Modelo de 2008, lo que hace pensar que sirvieron de base al del 2011, aun cuando su texto no sea similar, y que son los firmados con Perú, Unión Económica Belga-Luxemburguesa, China, India, Corea y Reino Unido. Y existen los que han abrazado el Modelo del 2011, en su mayoría los firmados después de ese año, en que dio a la luz aquel y que son los de Francia, Turquía, Emiratos Árabes Unidos (EAU), Singapur (UNCTAD, Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión Colombia, 2022). Obsérvense algunos de ellos:

Mientras el APPRI entre la Confederación Suiza y Colombia (Colombia, 2006, p. 7) en el artículo 6 dispone un reconocimiento a la expropiación indirecta de dos (2) modos como toma indirecta y como medidas de similar naturaleza o efecto al de la expropiación o nacionalización, es decir, la transferencia de la propiedad. ¿Acaso la toma de una medida de modo indirecto por parte del Estado, irremediamente no es considerada una expropiación indirecta? ¿Se requiere escindir medida de expropiación tomada indirectamente de medida tomada indirectamente que tenga similar naturaleza o efecto a la expropiación? ¿Bajo ambas construcciones no se está aludiendo de igual manera a una expropiación indirecta?

Por su parte, el APPRI entre España y Colombia (Colombia, 2005, pp. 2 y 3) en el artículo 4 reconoce la expropiación indirecta sin nominalizarla, pero hace dicha distinción tácitamente al referirse a cualquier otra medida de efectos similares a la expropiación, redacción que lo diferenció del anterior suscrito en 1995 que tenía formulación similar al de Cuba.

Estos Acuerdos *ut supra* citados unido a la ausencia de un concepto sobre la figura, carecen de presupuestos para delimitarla, lo que implica una construcción empírica conforme el caso que se suscite, y con ello brechas para su invocación por los inversionistas, y probabilidad de que el Estado colombiano sea demandado. Los textos no concibieron excepción a la expropiación indirecta, por lo que, el nivel de indefensión del Estado ante actuaciones regulatorias que se perciban como conformadoras de actos expropiatorios es mayor. No es casual que la primera demanda enfrentada por Colombia en arbitraje de inversiones se ampare en el APPRI en vigor con Suiza, y que la demanda de Telefónica en el 2012 por expropiación indirecta contra el país y que aún se encuentra pendiente se sustente en el APPRI con España.

Nótese que ambos APPRI's como ocurre con otros textos colombianos enmarcan la presencia de la expropiación indirecta bajo la referencia de: "las medidas equivalentes a los efectos de la expropiación". Tal expresión alude a la doctrina del *sole effects*, postura favorecedora a los inversionistas, pues se centra en los efectos que provoca la medida: privación permanente de los derechos de

uso, disfrute y disposición y transferencia de propiedad, con la salvedad que este tipo de expropiación sucede *de facto* y no formal¹⁰ y elude los propósitos del Estado.

Entre los Acuerdos más cercanos al Modelo Colombiano del 2011, aunque no copia literal de este, sobresale el APPRI entre Perú y Colombia. Aun cuando se suscribiera en el 2007, cuatro (4) años antes de que se adoptara el referido Modelo su redacción próxima a aquel está asociada a la rúbrica un (1) año antes por Perú de su APPRI con Canadá¹¹ bajo el Modelo canadiense de 2004, sistemática que acogió e incorporó a los textos de los Acuerdos de este tipo posteriores. Así el Acuerdo se desliga del anterior de 1994 que mantenía similar redacción al firmado con Cuba, y hace pronunciamiento general sobre la expropiación indirecta en el artículo 11 para ulteriormente definirla en el Anexo C del Convenio. En dicho Anexo, en el numeral 3, define de forma precisa a la expropiación indirecta y en el numeral 4 establece los presupuestos para que esta se configure a saber: el impacto económico de la medida; la interferencia con las expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y el carácter de la medida (Colombia, 2007, pp. 15 y 61); todos después incluidos en el Modelo del 2011. De igual modo, en el numeral 5 se introduce excepción a la expropiación indirecta.

El APPRI entre China y Colombia (Colombia, 2008, p. 4) enuncia la expropiación indirecta en el artículo 4 numeral 1, en el numeral 2 inciso a) la define, y en el inciso b) i) e ii) establece los presupuestos para que esta figura se configure como son: el impacto económico, el alcance de la medida y la interferencia en las legítimas expectativas del inversionista. En el caso de este APPRI no se reconoce el presupuesto referido al carácter, con lo cual se constata que la diferenciación entre una medida dirigida específicamente a un inversionista o a todos en general, no constituirá elemento de valoración para la presencia de la figura.

El APPRI entre el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Colombia (Colombia, 2010, p. 9) destina el artículo VI la expropiación, y define la indirecta en su numeral 2 inciso a). Por su parte, en el propio numeral, pero en su inciso b) hace referencia a dos (2) de los cuatro (4) presupuestos concebidos en el Modelo Colombiano del 2011: el alcance de la medida y la interferencia de la medida en las legítimas expectativas del inversor. La redacción del numeral 2 inciso b) al disponer la frase *entre otros* posibilita en el análisis caso por caso examinar unido a los presump-

¹⁰ Esta doctrina fue la aplicada para alegar expropiación indirecta en los casos de *Biloune vs Ghana* (1989), *Pope and Talbot Inc vs Canadá* (2000), *Metalclad vs México* (2001), *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd vs United Republic of Tanzania* (2008), *García Armas y García Gruber vs República Bolivariana de Venezuela* (2019), entre otros.

¹¹ Article 13: Neither Party shall nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation"), except for a public purpose⁸, in accordance with due process of law, in a non-discriminatory manner and on prompt, adequate and effective compensation. Annex B.13 (1) (..) (a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure (Canadá, 2004, pp.15, 16 y 21)

tos enumerados todos aquellos que las Partes consideren para la configuración de la expropiación indirecta, con lo cual el mencionado listado no operará como *numerus clausus*. Se abre brecha, para que en el momento en que se invoque expropiación indirecta, la parte que la alegue utilice esta formulación ambigua en su favor. De igual modo, el Estado podría incluir la valoración de los presupuestos que seleccione pertinentes aun sin haber sido listados. Este APPRI constituyó un cambio importante en cuanto al pronunciamiento sobre la expropiación indirecta con respecto al anterior de 1994, en tanto, se desligó del mismo y se sostiene sobre el Modelo de APPRI colombiano del 2008 a la vez que brinda bases para el Modelo de APPRI del 2011 que adoptaría Colombia.

Los Acuerdos más cercanos al Modelo colombiano del 2011 aunque no conceptualizan la expropiación indirecta en un primer momento, posteriormente en el propio texto la definen con más detalle, aunque con algunas diferencias con aquel. Particularmente, el de Singapur, incorpora junto a la palabra medida en la definición, la de acto (Singapur, 2013, p.26), como voluntad de diferenciar entre una medida estatal, que es más abarcadora y que incluye aquellas del ámbito legislativo u otros que pudieran generarse como una expropiación indirecta, de un acto propiamente ejecutivo del Estado, con lo cual posibilita la inclusión de los diferentes tipos de expropiación indirecta. Así pues, bajo la expresión serie de actos o medidas, enfatiza reconocimiento hacia la indirecta progresiva o *creeping expropriation*.

Por otra parte, los textos convencionales próximos a los Modelos tanto del 2008 como del 2011, establecieron los presupuestos para que la expropiación indirecta se configure, aunque no todos incluyeron los que listaron los Modelos. Perú y Corea excluyeron el referido al alcance de la medida mientras que China, Francia y EAU el carácter. En el de Corea, la inclusión del presupuesto del carácter de la medida, constituyó un elemento novedoso en relación con el Modelo del 2008, que era el vigente cuando este se rubricara, a la vez de servir de precedente para su incorporación posterior en el Modelo del 2011.

Como lo establecieron los Modelos del 2008 y del 2011 los Acuerdos firmados por Colombia con Perú, China, Corea, Reino Unido, República Francesa, Turquía y Singapur disponen la excepción a la expropiación indirecta regulatoria. En el suscrito con la India, la extiende a ambos tipos de expropiación: directa e indirecta.

De los Acuerdos con huella evidente del Modelo del 2011 se destaca el suscrito con Francia (Colombia, 2014, pp. 4 y 5). El Tratado reconoce la expropiación indirecta e incluye una definición sobre la figura. A la vez, introduce presupuestos para la configuración de la expropiación indirecta conforme al Modelo del 2011, aunque a diferencia de aquel excluye de forma explícita el carácter de la medida. No obstante, el texto suple exclusión de este tipo con la frase *entre otros* factores, elaboración ya utilizada en el APPRI con Reino Unido.

A la vez, el mencionado APPRI con Francia realizó algunos cambios en otros dos (2) de los presupuestos que cita, uno el referido a las expectativas del inversor y el otro sobre el grado de interferencia. En cuanto al primero, enmarca el hecho de demostrar las consecuencias de la medida en las expectativas del inversor y no el nivel de interferencia en las expectativas, en un intento de lograr mayor precisión, que en otros textos de APPRI's colombianos. Sobre el segundo se enmarca en el nivel de interferencia en el derecho de propiedad del inversionista, es decir: en el uso, disfrute y disposición de la inversión y no lo circunscribe a las expectativas del inversor como usualmente se establece. Por otra parte, incorporó de forma expresa la Fórmula Hull y la excepción a la expropiación indirecta regulatoria.

Sobre los últimos firmados por Colombia con Emiratos Árabes Unidos, España y la República Bolivariana de Venezuela en 2017, 2021 y 2023 respectivamente, ha de subrayarse que los dos (2) primeros, aunque bajo impronta de Modelo Colombiano del 2017 no adoptan a aquel de modo estricto. Así el de EAU (Colombia, 2017, p.7) establece como el de Francia la definición de la expropiación indirecta y presupuestos para su configuración, sin embargo, excluyó la excepción a la expropiación indirecta regulatoria. Por su parte, el suscrito con España (Colombia, 2021, pp.9-11), mantuvo la excepción a la expropiación indirecta regulatoria y una elaboración menos precisa para los presupuestos que la adoptada en el de Francia al excluir aquellos, pero en cuanto a la definición de la expropiación indirecta y en cuestiones como la compensación, fue más amplio que el Modelo.

Sin embargo, en el suscrito en febrero del corriente con Venezuela se asumió el tema de la expropiación diferente. Se realiza un pronunciamiento general, pero sin hacer distinciones entre un tipo u otro, a la vez que elimina toda alusión a la indirecta (Colombia, 2013, p. 8) distanciándose de los textos de los Modelos. La exclusión de la referencia genérica de la figura, constituye un giro notable sobre la expropiación indirecta, a la vez que no se incluyen presupuestos, y la excepción a la expropiación se dispone para ambos tipos y no ceñida a la indirecta.

Por otra parte, se refiere a compensación o indemnización justa, sin brindar otro elemento para su abordaje, por lo que se abandona la Fórmula Hull totalmente y se retorna a posiciones cercanas a los países del Sur. Asimismo, se incorpora posibilidad de revisión por la autoridad judicial del monto de la expropiación y la legalidad del acto expropiatorio correspondiente. Así pues, el APPRI que abre el 2023 se aleja completamente del Modelo del 2017 vigente y también de sus antecesores del 2008 y 2011. Habrá que esperar para identificar si es una señal de un nuevo cambio en el tratamiento de la figura por Colombia en los AII's o sólo un reflejo de una peculiaridad en sus relaciones económicas con Venezuela.

La escasa expresión en los APPRI's colombianos de la sistemática avanzada de los Modelos del 2008, 2011 y el vigente del 2017 en materia de expropiación indirecta y la explosión de demandas Inversionista-Estado contra ese país en años recientes, basadas en las elaboraciones de los 90's, muestra el necesario análisis sobre este tópico. Demandas conocidas por vez primera en el 2016

en un número de cuatro (4) hasta llegar a febrero del 2023 a una cifra de veinte (20) (UNCTAD), Tabla Disputas de Inversión Colombia, 2023) se ha alegado expropiación indirecta en una (1) de las concluidas: América Móvil vs La República de Colombia ICSID Caso No. ARB(AF)/16/5, y en seis (6) de las trece (13) pendientes y disponibles.

Las reclamaciones pendientes se han sustentado: una (1) en un APPRI y el resto en tres (3) Tratados con provisiones de inversiones. Textos anteriores al 2008, sólo reconocen la expropiación indirecta bajo una redacción ambigua e imprecisa, que junto a su controversial naturaleza dinamita de modo sutil la protección hacia la inversión en relación con la figura como a continuación se expone:

El APPRI entre Colombia y España proviene de la común redacción de los APPRI's de los 90 como se ha referido en líneas *ut supra*, en los que apenas se hace reconocimiento a la expropiación indirecta con la alusión a: (...) cualquier medida de efectos similares(...) (Colombia, 2005, pp. 2 y 3) sin conceptualizarla ni delimitarla, con exclusión de los presupuestos para su configuración así como de la *creeping expropriation* y la excepción a la expropiación indirecta regulatoria, lo que comprende un vacío que favorece que cualquier acto del Estado colombiano pueda considerársele como tal expropiatorio de modo indirecto. Por su parte, concibió la Fórmula Hull para la indemnización.

El Tratado de Libre Comercio (TLC) entre la República de Venezuela, Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia (Colombia, 1994, pp. 234 y 239) en el artículo 17.08 destinado a la expropiación, reconoce los dos tipos existentes de expropiación e identifica a la indirecta como aquella que resulta de una medida equivalente a expropiación o nacionalización sin ninguna otra conceptualización. Se afilia a la Fórmula Hull a través de la descripción del contenido de sus elementos, pero sin mencionarlos.

El TLC entre Colombia y EEUU define la expropiación indirecta como (Colombia, 2006, pp. 10-4, 10-5 y 10-29) una acción o serie de acciones que tienen efecto equivalente a la expropiación directa sin la transferencia formal del título o toma de dominio así como establece los presupuestos para que se configure a saber: impacto económico de la acción gubernamental; el grado en que la acción del gobierno interfiere con las expectativas distintas y razonables de la inversión y el carácter de la acción gubernamental. Esta redacción constituyó referencia junto a otros AII's suscritos por Colombia en esta época para el Modelo de APPRI colombiano de 2011. La redacción del numeral 3 inciso a) del Anexo 10-B del texto del Acuerdo no dispone que los presupuestos habrán de configurarse de modo conjunto para invocar la existencia de una expropiación indirecta, sino que será suficiente con probarse uno de ellos u otros inclusive no mencionados en la citada formulación para que se pueda alegar por el inversionista la precitada figura. Se vuelve a utilizar la lista *numerus apertus* concebida en el APPRI con el Reino Unido, entre otros. Concibe de igual modo de forma expresa la Fórmula Hull y la usual excepción a la expropiación indirecta.

El TLC entre Colombia y Canadá (Colombia, 2008, pp. 10, 11 y 41), bajo el artículo 811 y en particular el Anexo 811 destinado a la expropiación indirecta estableció similar sistemática que el de este tipo rubricado entre Colombia y EEUU, de modo que define la figura, incluye a la *creeping expropriation*, los presupuestos para su configuración como la excepción a la expropiación indirecta y de modo expreso la Fórmula Hull. Sobre los presupuestos, estos no habrán de configurarse de modo conjunto para invocar la existencia de una expropiación indirecta, sino que será suficiente con probarse uno de ellos, u otros no nombrados en el texto.

Dichos textos constatan que destinan una cláusula a la expropiación con un pronunciamiento general en el que se dispone los tipos que se reconocen y los más avanzados establecen la definición de la expropiación indirecta y los elementos que la caracterizan. Por otra parte, dos (2) de ellos incorporan la excepción a la expropiación regulatoria, así como presupuestos ha materializarse para su configuración, coincidiendo con el Modelo vigente solo el referido al impacto de la medida. Al mismo tiempo, todos conciben la Fórmula Hull, la que en algunas ocasiones sostienen con confusiones en sus términos.

Como se aprecia, no pocas reclamaciones se soportan en los TLC con sus derivaciones y denominaciones diversas. Aunque concebidos y dirigidos puntualmente al desarrollo del comercio entre los países, bajo la eliminación de barreras arancelarias o de otro tipo, introducción de incentivos, entre otros aspectos, incorporan cláusulas sobre inversiones como las de expropiación que constituyen una copia exacta de las dispuestas en los AII's. Por consiguiente, ante sistemática similar, las implicaciones para inversionistas y Estados no registran variaciones y el peligro de indefensión para estos últimos se confirma. Las demandas constituyen sólo una señal de una arremetida contra el país por parte de los inversionistas extranjeros, debido a la ilimitada incertidumbre en relación con la expropiación indirecta en los textos, elemento más que suficiente para una actualización y renegociación de los vigentes con una formulación más minuciosa.

Como expresa Fernández Masia (2015, p.11): (...). Una clara mejora en la definición y redacción de los estándares de protección, eliminando ambigüedades, restringiendo las posibilidades de amplias interpretaciones, ejemplificando mediante listas de conductas, incorporando la opción de interpretaciones auténticas de los términos por las partes contratantes, son mecanismos que han de ser ponderados por parte de los negociadores de los Acuerdos para su inclusión en los textos finales de éstos con el fin de dar respuesta a la extendida idea de la existencia de un desequilibrio entre inversor y Estado. Al fin y al cabo, son los Estados los que tienen exclusivamente en sus manos decidir el contenido de la protección sustancial que debe concederse a los inversores extranjeros, de plasmar dicha protección en sus Acuerdos y en sus legislaciones internas, y han de ser ellos, por lo tanto, los que si no están conformes con el resultado, han de cambiar las reglas.

En resumen, a pesar de las imprecisiones que pudieron presentar los Modelos colombianos de 2008, 2011 e incluso el del 2017 constituyen documentos base de avanzada en contraposición con sus

homólogos latinoamericanos y del mundo, A pesar de su escasa expresión en los propios APPRI's colombianos, tales formulaciones han comenzado su incorporación en los Tratados del país.

Este escenario, no es exclusivo del país andino. Mundialmente las naciones reflejan una acogida insuficiente hacia los Modelos más avanzados, sin reparar en su grado de desarrollo económico como lo demuestra el hecho que, apenas sólo cuatro (4) países de la Unión Europea (UE) exhiben Modelos novedosos y modernos¹², y aún así después de su adopción no han incorporado dichas provisiones a sus APPRI's. Por otra parte, países que carecen de Modelos muestran APPRI's a nivel de UE con pronunciamientos de este tipo. Así pues, no sorprende que la región latinoamericana muestre similar comportamiento.

IV. INCIDENCIA DEL MODELO COLOMBIANO ACTUAL EN LOS APPRI'S LATINOAMERICANOS

El Modelo Colombiano del 2017 no fue acogido completamente en los propios APPRI's de ese país, como se observó en el acápite precedente. Sin embargo, a criterio de la que suscribe la razón de que tal comportamiento no encuentre eco no se asienta en la diferencia en el grado de desarrollo de los países con los que se ha negociado, y si, en el anquilosamiento del pronunciamiento sobre expropiación indirecta del NAFTA de 1993 y la no propuesta de alternativas auténticas. Nótese, que incluso la irrupción de los textos más modernos de los Modelos no es tendencia mundial, y sólo algunos países muestran provisiones avanzadas, inclusive no introducidas de forma íntegra en sus APPRI's, a saber: Canadá, EEUU, India, Serbia, Italia, Países Bajos, Marruecos por solo mencionar algunos.

Desde la adopción de los Modelos del 2008, 2011 y hasta el vigente Modelo colombiano del 2017 no se registran cambios en relación con la expropiación indirecta en la generalidad de los APPRI's latinoamericanos, a excepción de algunos suscritos por Argentina, Perú, Chile y Uruguay de entre las dieciséis (16) naciones de la región con más de veinte (20) APPRI's suscritos. No obstante, la repercusión haya sido ínfima, romper la inercia hacia un pronunciamiento más certero sobre la expropiación indirecta constituye una luz en el camino.

Argentina, apenas en sus dos (2) APPRI's firmados en el 2018 con Japón (Argentina, 2018, pp. 11-13) y EAU (Argentina, 2018, pp. 6 y 7) modificó la formulación sobre la expropiación indirecta que habitualmente disponía e hizo converger una mezcla de las disposiciones de los Modelos del 2008 y 2011. A la par, en cada texto convencional se adicionaron cuestiones diferentes y específicas de cada uno. En ellos se definió la figura y estableció los presupuestos para que la misma se configu-

¹² Son los casos de los Modelos de Inversiones eslovaco, luxemburgués y neerlandés de 2019 e Italiano de 2022. Vid: UNCTAD. Tabla Modelos de Inversión por países, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

rara. En el primero se establecieron: el impacto económico, grado de interferencia de las acciones del Estado con las legítimas expectativas del inversor y el carácter de la acción gubernamental. En el caso del segundo el impacto económico junto al objetivo y el contexto del acto gubernamental.

Al mismo tiempo, Argentina, en cuanto a la excepción a la expropiación indirecta regulatoria sostuvo una redacción más amplia que cualquiera de los Modelos colombianos, e incluyó junto a los habituales elementos, los de política económica así como medidas en las que se incluyen: las de protección a la salud pública, las referidas a los precios y suministros, el reembolso para productos farmacéuticos que incluyen a los biológicos, vacunas, equipos médicos, terapias de genes y tecnologías, entre otras. Conviene destacar que la inclusión de la política económica como excepción, probablemente se sustente en la experiencia argentina sobre las demandas por expropiación indirecta recibidas a partir de las medidas adoptadas por el Estado durante la crisis económica de 2002. De haberse contemplado en sus textos convencionales como parte de las facultades intrínsecas del Estado, se hubiese mitigado la ola de reclamaciones recibidas.

Por su parte Chile, en el último rubricado y en vigor con China (Chile, 2016, pp. 15, 16, 56 y 57), se aproxima al Modelo colombiano vigente en los contenidos que incluye sobre la expropiación indirecta, aun cuando no los establece de modo similar, y los exhibe más en una amalgama de lo establecido en los modelos colombianos de 2008 y 2011, los cuales por la fecha de su firma debieron ser referentes para la elaboración del citado Tratado. Este define la expropiación indirecta desde una mención general en el artículo sobre la expropiación en el Acuerdo, para posteriormente conceptualizarla en el Anexo al que se remite para su interpretación. Paralelamente, establece los presupuestos para su configuración y la excepción a la expropiación indirecta regulatoria, cuestiones no comprendidas en el Modelo chileno de 1994.

Los Acuerdos firmados por Perú con Canadá (Perú, 2006, pp. 14, 15 y 20), Colombia (Perú, 2007, pp. 15, 16, 61 y 62 y 20) y Japón (Perú, 2008, pp. 13, 118 y 119) muestran ser resultado de rubricar el país andino el texto con Canadá, basado en el Modelo Canadiense de 2004 y no de acoger el Modelo colombiano de 2008. Tras la firma del citado Tratado, Perú incorporó tal sistemática a los Acuerdos posteriormente suscritos como los de Colombia y Japón. En el caso del firmado con la nación asiática marcó diferencias en los presupuestos, al sustituir el carácter de la medida por las características de las medidas, incluyendo que no sean discriminatorias, redacción confusa y no precisa, pues se mezclaron condiciones que debe cumplir el acto expropiatorio con los presupuestos para que se configure la expropiación indirecta, aun cuando la pretensión haya sido referirse al carácter y no a las características de las medidas.

Uruguay muestra particularmente su proximidad con el Modelo colombiano de 2011 en cuestiones relativas a la expropiación indirecta a través de su APPRI con la República de Corea (Uruguay, 2009, pp. 4, 5 y 13) que entró en vigor el 08/12/2011. Este se desmarcó del habitual pronunciamiento lacónico sobre la expropiación indirecta de los Acuerdos suscritos por el país bajo el mero reco-

nocimiento, y remite al Anexo correspondiente donde la define e incluye los presupuestos para su configuración en una fusión de los Modelos del 2008 y 2011.

De igual modo, establece la excepción a la expropiación indirecta regulatoria. Con semejante redacción al de Corea, fueron suscritos los últimos textos con EAU y Australia en 2018 y 2019 respectivamente, que aún con la cercanía en el tiempo al Modelo Colombiano de 2017 no mostraron modificaciones al respecto y mantuvieron la redacción asumida en el de Corea. Sin embargo, se hace evidente la tendencia en el país a una mayor precisión de la expropiación indirecta en los Acuerdos de Inversión, quizás marcado por la huella de las demandas que bajo la figura ha debido afrontar el Estado Uruguayo.

Como se observa, la pálida adopción del Modelo Colombiano de 2017 en materia de expropiación indirecta refleja su no admisión como brújula para los textos de los APPRI's latinoamericanos. Posterior al 2017, América Latina ha firmado dieciocho (18) APPRI's, y solo en cinco (5) se registran elementos del Modelo colombiano del 2017, en tanto, los Tratados de inversión de la región se han afianzado a lo largo del tiempo a las redacciones imprecisas de los 90's, influenciadas por el NAFTA de 1993, lo que ha propiciado una ola de demandas contra los Estados del área por expropiación indirecta. Vislumbrar desde el presente y hacia el futuro, como algunos países han asumido desde el enfoque de reforma¹³, las clarificaciones sobre la expropiación indirecta, se delinea como una alternativa viable en la mitigación de demandas.

(Vieira Martins, 2017, p. 10) El modelo tradicional de los acuerdos de inversión (...), ha tenido efectos negativos en los países anfitriones. Entre otras críticas, sus disposiciones resultaban excesivamente onerosas para los Estados importadores de capital, particularmente cuando se trata de las necesidades específicas de los países en desarrollo. Muchas cláusulas han sido interpretadas de manera que limitan o impiden el ejercicio del derecho a regular de los Estados, y que restringen la implementación de políticas públicas legítimas. Las cláusulas sobre expropiación indirecta, por ejemplo, han permitido (...) la impugnación de políticas públicas legítimamente destinadas a proteger el medio ambiente o la salud humana ante los tribunales arbitrales. Esto sucedió, por ejemplo, en los casos iniciados por Philip Morris contra Uruguay y Australia.

La situación de exposición a litigios por expropiación indirecta es sostenida y permanente en las naciones latinoamericanas, desde la ambigüedad en los textos de los Tratados de inversión que le

¹³ Enfoques de Reforma y de Retiro asumido por los países con respecto a los AII's y que tienen implicaciones para todas las provisiones de dichos textos, incluida la de expropiación indirecta. El primero se basa en actualizar los Modelos de acuerdos de los países o adoptar o negociar textos nuevos de tratados con disposiciones diferentes a las previamente establecidas; y el segundo, sustentado en la denuncia de los APPRI's que los países tengan en vigor y el retiro de ser el caso, de la Convención de Washington. Los casos más emblemáticos del segundo enfoque son los de Venezuela, Bolivia y Ecuador.

brinda al inversionista todas las herramientas para fundamentarlo. La avalancha de reclamaciones se mueve desde no prórroga de concesiones o licencias hasta cambios del marco regulatorio.

Posterior al 2017, año en que Colombia adoptara su actual Modelo de Tratado de Inversión ha sido invocada expropiación indirecta en veinticinco (25) ocasiones en casos de Arbitrajes de Inversión en América Latina de un total de sesenta y tres (63) registrados a nivel mundial entre el 2018 y 2022 (UNCTAD, Tabla casos expropiación indirecta alegada, 2018 al 2022). En los veinticinco (25) arbitrajes mencionados, se encuentran implicados seis (6) Estados latinoamericanos (México en 6 ocasiones, Panamá y Guatemala 2 veces y una vez Granada, Costa Rica y Perú) y, fueron invocados ocho (8) Acuerdos de Inversión¹⁴ y seis (6) Acuerdos con provisiones de inversiones¹⁵, siendo justamente en estos últimos donde se acota con mayor precisión la protección contra la expropiación indirecta, no así en los APPRI's, lo que constata que aún no son percibidas por los inversionistas como suficiente las disposiciones que se establecen en estos últimos, y los Estados continúan bajo el peligro de ser demandados sistemáticamente por este particular. Nótese, que ninguno de estos textos que fuesen invocados proveían de una definición de la expropiación indirecta.

¹⁴ Los Acuerdos de inversión que en el ámbito bilateral fueron invocados fueron los siguientes: Tratado entre Granada y Estados Unidos de América concerniente a el fomento y protección recíproca de inversiones firmado el 02/05/1986; Acuerdo del Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República de Panamá para la promoción y protección de inversiones firmado el 06/02/2009; Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la promoción y protección de inversiones firmado el 12/05/2006; Acuerdo para la promoción, fomento y protección de inversiones entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de de los Países Bajos firmado el 13/05/1998; Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Singapur para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones firmado el 12/11/2009, Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Costa Rica y la República de Venezuela firmado el 17/03/1997; Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno del Estado de Israel para la promoción y protección recíproca de inversiones firmado el 07/11/2006 y el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Venezuela sobre promoción y protección de inversiones firmado el 12/01/1996.. *Vid.* UNCTAD, Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión por economías: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>

¹⁵ Los Tratados con provisiones de inversión invocados fueron: Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA) firmado el 17/02/1994, Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia, la República de Venezuela y los Estados Unidos Mexicanos firmado el 13/06/1994; Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América firmado el 22/11/2006; Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá firmado el 21/11/2008; Acuerdo de Promoción del Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos de América firmado el 12/04/2006.; CAFTA DR Rep Dominicana firmado el 05/08/2004, y Acuerdo de Libre Comercio entre la Comunidad del Caribe y la República Dominicana firmado el 22/08/1998. *Vid.* UNCTAD, Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreementss>

En el 2008 cuando Colombia adoptó su primer Modelo, cuarenta y cinco (45) países a nivel mundial poseían Modelos y solo tres (3) mostraron una redacción de avanzada a la par del colombiano con definición sobre la expropiación indirecta y presupuestos concebidos como el italiano del 2003, y los Canadiense y Norteamericano del 2004. De igual modo en el 2011, la cifra se incrementó a 51 con seis (6) nuevos países y aunque con reconocimiento de la figura sin progresos sobre la formulación con respecto al colombiano que si lo dispuso. Ante el Modelo del 2017 el escenario se dibujó diferente, pues las demandas Inversionista-Estado habían ido *in crescendo*, y en el momento de su adopción la cifra se había elevado a sesenta y uno (61) Modelos, con los pronunciamientos más avanzados en cuatro (4) de ellos además del colombiano: norteamericano, serbio, noruego e indio.

La posición de avanzada que Colombia fue ocupando en la regulación de la expropiación indirecta en el transcurso de los años, alejándose de la usual redacción en los Acuerdos de Inversión, se asocia a la implementación de dicho enfoque desde los Modelos, iniciadores cada uno, de redacciones progresistas no solo para la región sino internacionalmente, en los que el país se distanció de sus homólogos latinoamericanos existentes para aproximarse como en el del 2017 a los más avanzados como el Modelo Indio del 2015.

Asumir una posición proactiva ante las negociaciones que hasta ese momento había enfrentado en relación con estos Acuerdos y las experiencias de los litigios a enfrentar por el Estado colombiano desde el 2016, marcan la diferencia de Colombia con sus homólogos regionales: unos indagaron y volcaron las lecciones, otros se mantuvieron inmutables ante tales situaciones y continuaron poseídos en la misma redacción, a pesar, de las nefastas consecuencias. Similar forma de reaccionar adoptó Colombia cuando constató inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones de sus APPRI's como los de Francia o India, dando a la luz las sentencias 252 y 254 de 2019 de su Corte Suprema.

Colombia se constituye de este modo en brújula vigente y referencia más certera para los AII's de la región en materia de expropiación indirecta, a pesar de que se constata del recorrido por los APPRI's colombianos y latinoamericanos en general, la necesidad de actualizar Modelos y APPRI's en América Latina desde la incorporación de las siguientes pautas:

1. textos inclusivos de la expropiación indirecta, donde se ofrezca una definición precisa sobre los elementos que la identificarán y no un pronunciamiento general bajo un simple reconocimiento.
2. presupuestos que coadyuven a facilitar la tipificación de la indirecta ante un caso determinado, con análisis más balanceados y justos.
3. compensación bajo un enfoque desde el Sur: indemnización apropiada, justa y equitativa. Definir los métodos para su cálculo a partir de delimitar los más viables según su nivel de desarrollo y situación económica que posea el país.

4. pronunciamiento sobre la excepción a la expropiación regulatoria delimitando los actos que en cada país se consideren bajo los poderes regulatorios del Estado. Paralelamente, tener en cuenta las experiencias a nivel mundial que puedan ser asimiladas conforme las realidades de cada nación.
5. responsabilidad social corporativa de los inversores para con el país anfitrión.

V. CONCLUSIONES

Colombia con su Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones del 2017 ocupa lugar cimero entre los más avanzados internacionalmente en materia de expropiación indirecta y muestra la posibilidad que desde la región los países latinoamericanos elaboren Tratados de inversión que procuren una perspectiva más garantista a sus intereses. Constituido en brújula, la acogida del texto del Modelo colombiano de 2017 por los APPRI's colombianos y latinoamericanos, contribuiría a mitigar algunos de los embates en Tribunales internacionales por la invocación de la figura. Sin embargo, la realidad actual evidencia que excepto algunas naciones, en determinados Tratados de inversión, la mayoría ha soslayado dicha alternativa.

De modo que, el peligro para los Estados latinoamericanos de ser demandados debido a la ambigüedad en el pronunciamiento sobre expropiación indirecta de sus APPRI's es sistemático. Revertir el panorama en América Latina en función de resguardar los intereses de cada nación conforme a su desarrollo económico y en el que se incorpore a los Tratados de Inversión: el concepto de expropiación indirecta y sus tipos; supuestos que cubre; límites, excepción a la expropiación indirecta regulatoria, entre otras, cuestiones todas tratadas en el Modelo colombiano de 2017, constituirá una máxima y desafío a enfrentar para la región.

REFERENCIAS:

- Abs, Herman y Shawcross, Hartley. (1959). Abs-Shawcross Draft Convention, International Investment Instruments: Compendium, Volume V, Non-Governmental Instruments, Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume5.pdf>
- Argentina. (2018). Acuerdo entre la República Argentina y Japón para la promoción y protección recíproca de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5799/download>
- Argentina. (2018). Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre la República Argentina y los Emiratos Árabes Unidos. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5762/download>
- CAITISA. (2015). Informe final de la Comisión de Auditoría Integral ciudadana de los Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje internacional en materia de inversiones, Eje 2, Ecuador.

- Canadá. (1988). Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Canadá (FTACUS). Disponible en: <http://www.worldtradelaw.net/nafta/Cusfta.pdf.download>
- Canadá. (2004). Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download>
- CIADI. (2000). Laudo No. ARB(AF)/97/01, Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos, Disponible en: <http://www.italaw.com/documents/MetacladAward-Spanish.pdf>
- CIADI. (2005). Laudo No. ARB(AF)/00/2, Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs Los Estados Unidos Mexicanos, Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>
- Chile. (2016). Acuerdo de Inversiones entre la República de Chile y la Zona Administrativa Especial de Hong Kong de Pueblo de la República Popular China. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5413/download>
- Colombia. (2008). Modelo APPRI Colombia, Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2821/download>
- Colombia. (2011). Modelo APPRI Colombia. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3559>
- Colombia. (2017). Modelo APPRI Colombia. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6083/download>
- Colombia. (2006). Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/803>
- Colombia. (2005). Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Colombia. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/802>
- Colombia. (2007). Acuerdo entre el Perú y la República de Colombia para la promoción y protección de inversiones. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/798>
- Colombia. (2008). Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre la República Popular China y la República de Colombia. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/720>
- Colombia. (2010). Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3253/download>
- Colombia. (2014). Acuerdo entre la República Francesa y la República de Colombia sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4771/download>

- Colombia. (2017). Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre Emiratos Árabes Unidos y la República de Colombia. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5668>
- Colombia. (2021). Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6373/download>
- Colombia. (2023). Acuerdo entre la República de Colombia y la República Bolivariana de Venezuela relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6951/download>
- Colombia. (1994). Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia, la República de Venezuela y los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2432/download>
- Colombia. (2006) Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2737>
- Colombia. (2008). Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2569>
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2020). International Investment Agreements Reform Accelerator. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1236/international-investment-agreements-reform-accelerator>
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2020). IIA Issue Note 2. Investor–State dispute settlement cases pass the 1,000 mark: cases and outcomes in 2019. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6_en.pdf
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2022). IIA Issue Note 1. Facts on Investor–State arbitration in 2021: with a special focus on tax-related ISDS cases, Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d4_en.pdf
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2022). Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión por países. Disponible en: <http://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2022). Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión por economías. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2022). Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión Colombia. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/45/colombia>

- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2018 al 2022). Tabla Casos expropiación indirecta alegada. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2023). Tabla Disputas de Inversión Colombia. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/45/colombia/respondent>
- Cox, Joanne M. (2019). Expropriation in Investment Treaty Arbitration, Part II The Test for Expropriation, 6 Creeping Expropriation, Serie Oxford International Arbitration, p.142-151, Reino Unido, Oxford Legal Research Library, Disponible en: <https://orl-ouplaw-com.peacepalace.idm.oclc.org/view/10.1093/law/9780198804918.001.0001/law-9780198804918-chapter-6?print=pdf>
- Dolzer, Robert. y Schreuer, Christopher. (2012). Principles of International Investment Law, Chapter IV Expropriation, Disponible en: <https://opil-ouplawcom.peacepalace.idm.oclc.org/view/10.1093/law/9780199651795.001.0001/law-9780199651795-chapter-1?print=pdf>
- EEUU. (1993). Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2412>
- EEUU. (1982). Tratado entre Estados Unidos de América y la República de Panamá con respecto al tratamiento y la protección de inversiones. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3353>
- Esis Villarroel, Ivett. (2012). Expropiación de inversiones foráneas: potenciales litigios y arbitraje de inversión, Dirigida por: Dr. D. Carlos A. Esplugues Mota Catedrático de Derecho Internacional Privado. Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, España, Disponible en: <https://mobiroderic.uv.es/handle/10550/24838>
- Faccio, Sondra. (2020). Expropiación indirecta en el Derecho internacional de inversiones, entre los poderes regulatorios del estado y la protección del inversor. Nápoles: Editorial científica
- Fernández, Masia, Enrique. (2015). Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones. Diario La Ley, 8650, Universidad de la Rioja, España, pp. 1-18. <https://doi.org/dialnet.unirioj.es/servlet/articulo?codigo=5252822>
- Francia. (s/f). Modelo APPRI Francia. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2862/download>
- González de Cossío, Francisco. (2005). Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, pp.1-20, Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/08F1D71A-2370-4C99-AD6B-0152CFD70880/FinalDownload/DownloadId-EA7D176832F85703759475D04B220D52/08F1D71A-2370-4C99-AD6B-0152CFD70880/PDF/competencia/MEDIDAS%20ARBITRAJE%20DE%20INVERSION.pdf>

- Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación del Reino de España. (2022). Ficha país Colombia, Disponible en: http://exteriores.gob.es/documents/fichapais/colombia_ficja%20pais.pdf
- Perú. (2006). Acuerdo entre la República de Perú y Canadá para la promoción y protección de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/626/download>
- Perú. (2008). Acuerdo entre la República de Perú y Japón para la promoción, protección y liberalización de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1733/download>
- Paquistán. (1959). Acuerdo y Protocolo entre la República de Paquistán y la República Federal Alemana. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download>
- Singapur. (2013). Acuerdo entre Singapur y la República de Colombia sobre promoción y protección de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/799/download>
- Uruguay. (2009). Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y la República de Corea sobre promoción y protección de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1845/download>
- Vieira Martins, José Henrique. (2017). Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances. Boletín IISD trimestral online sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible, Suiza, pp. 1-28, Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/>
- Wolfgang Alschner y Dmitriy Skougarevskiy. (2017). *Mapping investment treaties.com*: Descubriendo los secretos del universo de tratados de inversión. Boletín IISD trimestral online sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible, Suiza, pp. 1-24, Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2016/05/16/itn-quarterly-may-2016/>

Configuración de la cláusula general de fuentes del derecho en Colombia: problemas y desafíos a partir de la complejidad del sistema normativo y los medios de control de la actividad de los particulares y las autoridades*

Configuration of the general clause of sources of law in Colombia: problems and challenges from the complexity of the regulatory system and the means of control of the activity of individuals and authorities

DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA

Universidad Libre Seccional Cúcuta
diego.yanez@unilibre.edu.co

DANIELA RAMÍREZ LÓPEZ

Universidad Libre Seccional Cúcuta
danielaramirezlopez95@gmail.com

DANIELA VALENTINA RANGEL ÁNGULO

Universidad Libre Seccional Cúcuta
danielarangel16@gmail.com

* Artículo derivado del proyecto de investigación “Configuración de la cláusula general de fuentes del derecho en Colombia a partir del sistema de medios de control de la actividad de los particulares y las autoridades”, desarrollado en el Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Algunos resultados preliminares frente al objeto de investigación fueron publicados en Yañez Meza, D. A. (2019). El derecho de los jueces y el derecho de la administración pública: De la doctrina legal más probable al procedimiento de extensión de la jurisprudencia. *Academia & Derecho*, 10(19), 195-232. <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.19.6014>. El autor agradece la contribución al proceso investigativo como auxiliares de investigación a Fabián Andrés Montaguth Rincón y Miguel Eudoro Montaguth Rincón.

Resumen

El sistema normativo en Colombia y su problema en la aplicación por cualquier sujeto de derechos puede ser comprendido desde un contexto de crisis o de complejidad, dadas las múltiples tipologías de fuentes que necesariamente interactúan y, principalmente, a causa de la jurisprudencia, donde permanentemente se encuentra en tensión, además de la concreción de esa interacción, entre otros, el derecho a la igualdad y los principios de seguridad jurídica y de previsibilidad del derecho, los cuales resultan estructurales para cualquier sociedad políticamente organizada que se declare constitucionalmente como Estado social de derecho. A partir de esta crisis y complejidad y con fines de sistematización del orden jurídico, se propone en prospectiva la que sería una cláusula general de fuentes del derecho para Colombia.

PALABRAS CLAVE

Crisis; complejidad; fuentes del derecho; sistema normativo; jurisprudencia; derecho sustancial; derecho procesal; cláusula general de fuentes del derecho.

Abstract

The legal system in Colombia and its issue to be enforceable for any person, it may be known from a context of crisis or complexity, all about the various typologies of sources that mainly work according to case law, where they are constantly in tension, in addition to their concretion of that interaction, among others, the right to equal protection and the principles of legal certainty and predictability of law, all of them are the basis for any well-organized society that can be declared constitutionally as a rule of law. Based on this crisis and complexity and with the purpose of systematizing the legal order, a general clause of sources of law for Colombia is proposed.

KEYWORDS

Crisis complexity; sources of law; legal system; case law; substantive law; procedural law; general clause of the sources of law.

I. INTRODUCCIÓN

En Colombia el artículo 230 constitucional (Constitución Política, 1991) perfila los que se han identificado como criterios de la actividad judicial, catalogando a la Ley como criterio principal y a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina como criterios auxiliares. Sin embargo, en la actualidad, ni aún para la función jurisdiccional quien es su única destinataria, el sistema normativo se aplica al tenor de la disposición constitucional, la cual en su texto dispone lo siguiente:

"ARTICULO 230. Actividad judicial. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

Son diversas las causas que hacen que este contenido de la Constitución Política de Colombia (1991) sea meramente nominal (Loewenstein, 1970), es decir, no se corresponde su descripción con lo que sucede en la realidad, entre otras razones, porque:

- ▶ Limita el destinatario de estos criterios o fuentes al personaje exclusivo del juez o a la actividad jurisdiccional.
- ▶ Las fuentes que se enuncian son muy limitadas ante la búsqueda y el encuentro del derecho sustancial y procesal que podría o debe aplicarse en el momento de resolverse un asunto.
- ▶ Se adopta expresamente una clasificación de las fuentes formales, al enunciárseles como criterio principal o auxiliar, de modo que es imperativa la consideración de otras.
- ▶ La última reforma procesal en el ámbito civil, comercial, familiar y agrario, que a su vez es la disposición integradora del sistema procesal en Colombia (Ley 1564 de 2012), bajo una concepción de legalidad (art. 7), presentó por primera vez desde la ley en el sistema normativo una injerencia directa ante la disposición constitucional del artículo 230.
- ▶ La reforma procesal en el ámbito administrativo, como disposición especial (Ley 1437 de 2011) afectó paralelamente el sistema normativo para la Administración pública con la creación del mecanismo de extensión de jurisprudencia y el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, principalmente con la configuración de la sentencia de unificación.
- ▶ Se omite la consideración de la estructura y de los órganos del poder judicial y de la función jurisdiccional y la clasificación de la que es objeto la jurisdicción en Colombia conforme a la Constitución Política de Colombia (1991), la cual muestra, por lo menos, la existencia de cinco altas cortes, cuyos límites no son siempre precisos: la Corte Constitucional, el Con-

sejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura (ahora Comisión Nacional de Disciplina Judicial en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo de 2015, debiendo considerarse la actual problemática sobre su implementación) y la Jurisdicción Especial para la Paz con su Tribunal para la Paz.

- ▶ Se omite la consideración de las distintas tipologías de providencias que se profieren en esa compleja estructura y su necesaria e inevitable interacción, la cual oscila entre ámbitos de aplicación que deberían excluirse y la colaboración armónica.
- ▶ Se excluye o no se considera el sistema procesal a través de los medios de control (recursos, acciones y procedimientos) como variable que afecta o desde la cual, en efecto, se crea el sistema normativo a partir de lo dispuesto en el artículo 89 constitucional, debiendo considerarse, además, la integración en los sistemas regionales e internacionales en punto de protección de los derechos humanos y de cualquier otro asunto, tal como ocurre con la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el desarrollo del denominado derecho comunitario.

A partir de lo anterior, en nuestro contexto se ha mencionado este problema, aunque no con el detalle en causas identificado en esta introducción, en lo que podría entenderse como escenario de la crisis de las fuentes del derecho (“Foro sobre la crisis en las fuentes del derecho”, 2017), hecho que ha impulsado, incluso, la organización de eventos académicos. Asimismo, la doctrina internacional ha destacado este tema desde la crisis de la teoría de las fuentes jurídicas (Marrafón y Robl Filho, 2015), diagnosticándola incluso “desde el primado del jurisprudencialismo, el cual promueve una grave inseguridad jurídica que viola los principios estructurantes y fundantes del modelo de Estado democrático y social de derecho” (p. 128).

Otros estudios proclaman que “solo en los *Principios* se encuentra una fuente que podría catalogarse de anti crisis, o en otros términos, que nunca ha entrado en crisis, contrario a la *Costumbre* por ejemplo, que con ocasión de la globalización y el avance en las intercomunicaciones y el ciberespacio y, especialmente, para los asuntos mercantiles ha tenido serias afectaciones; asimismo la *Constitución*, la cual está en crisis dadas las múltiples reformas que se han acontecido para aterrizarla a la realidad nacional; o la *Ley*, que estaría en crisis dado su cambio en cortos periodos, en razón, entre otros, de la incorporación de contenidos foráneos que no valoran el contexto en el que se hará su aplicación; o los *tratados internacionales*, que estarían en crisis en la medida en que están sometidos a cambios vertiginosos, por lo cual no son firmes, pues dependen de la aceptación de que gocen entre los Estados; y finalmente la *doctrina* que también estaría en crisis, lo cual se evidenciaría desde los procesos de educación superior con los registros y acreditaciones de alta calidad académica que deben dar fin a las escuelas de garaje, al ser “sitios donde sin ningún control se imparte derecho como cualquier receta o manual, desde donde salen “mecánicos del derecho”, luego, son pocas las instituciones que se encuentran acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, lo cual ha llevado a un vacío de conocimiento que ha obligado incluso a que el juez se nutra solo de doctrinantes extranjeros” (Cabrera Suárez, 2011).

Esta crisis también se ha abordado desde otras perspectivas, en particular sobre el denominado derecho reglamentario, desde la labor de codificación y recopilación normativa que se hace principalmente a partir de la función administrativa (Montaña Plata, 2010), dada la cantidad de disposiciones existentes, vigentes o no, jerarquizándolas o no, midiendo su uso o eficacia o no, como procesos que, con la pretensión de remediar un caos jurídico imperante para un momento dado, finalmente lo que hacen es simplemente acumular si no se atiende a una adecuada y suficiente sistemática tanto en el fondo como en la forma, lo cual desdibuja sobre esa fuente final su carácter vinculante real (Moncada, 2017).

En todo este contexto de alegada existencia de una crisis en las fuentes del derecho, se contraponen nuestra tesis y propuesta, a partir de la cual no puede hablarse de crisis sino de complejidad del sistema normativo colombiano. Esta complejidad ha sido impulsada principalmente por la fuente formal de jurisprudencia, la cual se proyecta a todas las restantes tipologías de fuentes formales del derecho y, en ocasiones, con injerencia sobre su fuente material.

No es posible que, en el contexto de un declarado Estado de derecho como lo hace la Constitución Política de Colombia (1991), pueda concebirse una realidad de crisis respecto del sistema de fuentes del derecho, dado que significaría que la naturaleza misma de esta concepción se ha quebrado, circunstancia que no se exhibe, además, en nuestra actualidad dada la interacción de este con el principio de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, la tridivisión del poder público y el principio de colaboración armónica. Por el contrario, lo que sí es posible evidenciar es la realidad de un sistema normativo que es complejo, entre otras razones, por la ineludible interacción que se presenta entre las diversas fuentes, que, en la mayoría de los casos, tienen fuerzas vinculantes de distinta intensidad según el esquema tradicional que se ha definido para su enseñanza y comprensión, lo cual plantea tensiones complejas de resolver en el momento de su aplicación en los casos concretos, y dados los nuevos procesos de injerencia o interferencia que en materia de formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas se han generado principalmente desde la Corte Constitucional hacia la función administrativa o a partir de las exhortaciones que desde ella se hacen al poder legislativo (Yañez Meza, 2014).

Esta interacción, que para el caso colombiano se origina en la jurisprudencia, se inscribe o parte desde la estructura del poder judicial, la función jurisdiccional y la clasificación de la jurisdicción (Yañez Meza, 2013), la cual, a la vez que posee diversos órganos y jerarquías, racionaliza la competencia ante la naturaleza de los asuntos, aunque no sea perfecta en su delimitación entre las jurisdicciones especiales y la ordinaria. Por ello, los desafíos y problemas son tan prolíficos y significativos, dado que se presenta afectación de elementos estructurales del Estado de derecho, en la aplicación de disposiciones, tales como las que se dan sobre el derecho a la igualdad, el principio de seguridad jurídica y el principio de previsibilidad del derecho, de modo que todos ellos son componentes esenciales del derecho fundamental al debido proceso.

Se ha indicado que, entre las fuentes formales del derecho, la jurisprudencia es aquella a la que predominantemente puede atribuírsele la responsabilidad de esta complejidad del sistema normativo, y esto es así por cuanto en ella se concreta la aplicación de cualquier disposición disponible, siempre y cuando se encuentre vigente y sea pertinente al asunto puesto a juicio, lo cual no es una operación sencilla en muchas ocasiones, aunado a que sobre ella la dosis de obligatoriedad y la forma en que debe emplearse para casos futuros se encuentra aún en evolución y con múltiples tropiezos en su aplicabilidad (Yañez Meza, 2019).

Esta es una operación que, en principio, no es tan cercana a la creación de cualquier otra fuente formal del derecho o de la forma en que la creación normativa se origina en el poder legislativo o ejecutivo, o de la actividad de los particulares. Lo anterior se demostró a través de un complejo estudio de casos, en el que tratándose de un mismo asunto el derecho sustancial o procesal no se encuentra en la ley ni en su disposición reglamentaria, sino en la jurisprudencia, tanto en la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Laboral como en el Consejo de Estado en la Sala Plena y Sección Segunda; pero no solo en estas, sino también en providencias de la Sala Plena y las Salas de Revisión de la Corte Constitucional (Yañez Meza et al., en prensa). Todo esto sin perder de vista la necesaria interacción e integración con otros sistemas, derivados de las relaciones internacionales, es decir, con las fuentes del derecho internacional público, y sobre las cuales es tal la complejidad que se ha sostenido y planteado por algunas investigaciones la existencia de dos jueces distintos (Yañez Meza y Yañez Meza, 2012).

Por esto, y en atención a que es a partir de la jurisprudencia de donde se debe enfocar e iniciar la configuración de la cláusula general de fuentes del derecho, sin distinción de la jurisdicción y especialidad, posteriormente se disertará y establecerá la posición de las otras fuentes formales, tales como los principios, la ley, los tratados internacionales, la costumbre, la equidad, la doctrina, entre otras tales como la jurisprudencia o casos contenciosos y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre otras que se derivan del sistema normativo de la Constitución Política de Colombia (1991).

Con todo lo anterior, la propuesta de configuración de una cláusula general de fuentes del derecho pretende dar coherencia al sistema, dado el carácter meramente nominal del actual artículo 230 constitucional (sobre el cual es erróneo afirmar que ha sido o es nuestra cláusula general de fuentes del derecho en Colombia) y la insuficiencia de sus posteriores desarrollos, tales como el que se dispuso en el artículo 7 del Código General del Proceso, para la cual deben considerarse, además, las distintas críticas sobre la legitimidad de cada fuente y, consecuentemente, sobre su alcance ante la democracia, que no es solo la democracia representativa (Yañez Meza, 2016).

Esta propuesta considera piedra angular el sistema de medios de control de la actividad de los particulares y del poder público en general, es decir, todos aquellos recursos, acciones y procedimien-

tos que propugnan la integridad del orden jurídico y la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos u otros, frente a su lesión sin importar la naturaleza del sujeto que la cause. Asimismo, de la mano de la anterior consideración esta propuesta se sustenta en la ineludible integración de las diversas disposiciones procesales desde los ámbitos especiales de aplicación al ordinario o residual (Yañez Meza, 2017), dado que de ella se deriva también, y en relación con otras fuentes, el derecho sustancial y procesal que debe ser aplicado a un asunto conforme a su naturaleza y en consideración a un momento histórico determinado.

El problema jurídico se determina a través de la siguiente pregunta: ¿cómo se configura la cláusula general de fuentes del derecho en Colombia desde el sistema normativo de la Constitución Política de Colombia (1991) y del sistema de medios de control de la actividad de los particulares y las autoridades?

La cuestión planteada se resolverá en consideración al siguiente esquema:

- El poder público y el de los particulares como fuente material del derecho y su relación con la creación de fuentes formales
- Clasificaciones en torno a las fuentes formales del derecho
- Fuentes como criterio principal o como criterio auxiliar
- Fuentes como criterio autónomo o como criterio dependiente
- Fuentes como criterio que implica obligaciones o como criterio que no implica obligaciones, Fuentes como criterio *soft law* o como criterio *hard law*
- Las fuentes formales del derecho y su legitimidad en un Estado democrático
- Los criterios de la actividad judicial, administrativa, legislativa y de los particulares
- El control de legalidad, de constitucionalidad y de convencionalidad, controles que se configuran a partir de fuentes formales
- El control de legalidad, de constitucionalidad y de convencionalidad, principalmente es jurisprudencial, pero no es ni puede ser exclusivo de la función jurisdiccional
- Las fuentes formales y su alcance: la pretensión de generalidad de la fuente y la proyección del caso pasado al asunto presente
- En la jurisdicción constitucional
- En la jurisdicción contencioso-administrativa
- En la jurisdicción ordinaria

- Discusión en torno a la configuración de la sentencia de unificación en el sistema normativo colombiano
- Conclusiones¹

II. EL PODER PÚBLICO Y EL DE LOS PARTICULARES COMO FUENTE MATERIAL DEL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA CREACIÓN DE FUENTES FORMALES

El ejercicio de poder tradicionalmente se identifica con el que proviene de las autoridades, independiente de la rama del poder público a la que se integren. Sin embargo, no puede excluirse de esta realidad el ejercicio del poder que proviene de los particulares, independiente de la forma en que el poder privado se manifieste, por ejemplo, en condición de comerciante, trabajador, etc.

Así las cosas, y comprendiéndose el Estado como una estructura de poder, las interacciones sociales e individuales desde lo público y lo privado comprenden lo que se denomina fuente material del derecho, dentro de lo que puede contarse todo acontecimiento, tal como el de los conocidos como “pimpineros” o “comercialización o distribución de combustible sin observancia de las normas legales” en la frontera colombo-venezolana, pasando por la informalidad laboral con situaciones tales como la venta de productos en semáforos, la enfermedad derivada de eventos comunes o laborales, la decisión de construir una casa en un terreno adecuado o de una estructura en una zona de alto riesgo, y, en fin, todo hecho que tenga ocurrencia en un contexto dentro de una sociedad políticamente organizada.

Ahora, a partir de ese insumo que es la fuente material (la vida y cómo se vive), desde el ejercicio de este poder, público y privado, el Estado de derecho habilita que con aquellos se configuren diversidad de fuentes formales, entre las cuales pueden contarse principalmente las siguientes:

- Constitución
- Ley
- Costumbre
- Jurisprudencia
- Principios
- Equidad
- Doctrina

¹ El instrumento de investigación utilizado en el análisis estático y dinámico de la jurisprudencia fue la ficha de análisis jurisprudencial propuesta en Clavijo Cáceres et al. (2014).

- Acto administrativo
- Negocio jurídico
- Tratado internacional
- Cualquier otra expresión dispositiva

De esta manera, se relacionan algunas de las fuentes desde el ordenamiento jurídico interno, debiéndose considerar conjuntamente en el sistema al ordenamiento jurídico externo, bien se integre o no al denominado bloque de constitucionalidad. Así las cosas, se encuentra lo que constituye el sistema normativo colombiano, también denominado por algunos el ordenamiento jurídico, las disposiciones jurídicas o en términos procesales, los fundamentos de derecho, o las fuentes del derecho en Colombia.

III. CLASIFICACIONES EN TORNO A LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO

Fuentes como criterio principal o como criterio auxiliar

La Constitución Política de Colombia (1991) en el artículo 230 emplea la clasificación de fuentes como criterio principal o como criterio auxiliar. En relación con la primera, identifica como criterio principal la ley, al consagrar que “los jueces, en sus providencias, *solo están sometidos al imperio de la Ley* [la cursiva es mía]”. Debe destacarse que desde esta disposición exclusivamente la ley es criterio principal.² Referente a la segunda, identifica como criterios auxiliares, en estricto orden, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina al disponer que “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Debe precisarse que desde este artículo es plural la referencia de fuentes, de modo que son cuatro las mencionadas.³ En este sentido, una primera clasificación de las fuentes formales es criterio principal o criterio auxiliar. Salvo el referido texto constitucional, ninguna otra disposición en el sistema normativo colombiano utiliza clasificación alguna para sistematizar las fuentes, con lo que esta sería la única que se considera en este asunto. Sin embargo, deben proponerse otras que sin duda enriquecen la disertación.

Fuentes como criterio autónomo o como criterio dependiente

En nuestro concepto, una fuente será criterio autónomo en la medida en que no requiere otra para ser o, en otros términos, frente a su final (materialidad física o digital), la fuente se percibe de manera directa. Por ejemplo, la Constitución Política de Colombia (1991) es una fuente autónoma, to-

² Otras formas de denominación sobre esta clasificación son fuente principal o directa o titular.

³ Otras formas de denominación sobre esta clasificación son fuente auxiliar o indirecta, o complementaria o accesorio o suplente.

dos podemos tocarla, o bien como documento impreso, o bien como una página web o documento web, sin que sea imperativo relacionarla con otra fuente para nacer. En contraposición, una fuente será dependiente en la medida en que requiere otra para ser o, en otros términos, frente a su final materialidad física o digital, la fuente se percibe solo de manera indirecta. Por ejemplo, la equidad es una fuente dependiente, dado que no podríamos “tocarla”, o bien como documento impreso, o bien como una página web o documento web, solo si la relacionamos con otra fuente, en su caso, ya a través de la ley, ya a través de la jurisprudencia.

En este sentido, sin que sean consideradas en esta instancia todas las fuentes, la Constitución, la ley, la jurisprudencia, la doctrina, los principios, el contrato y el acto administrativo serían fuentes autónomas, mientras la equidad, la responsabilidad y la costumbre serían fuentes dependientes.

Fuentes como criterio que implica obligaciones o como criterio que no las implica

En nuestro concepto, del universo de fuentes formales, algunas alcanzan a configurar obligaciones y otras no. Naturalmente, al tratarse de obligaciones, se hace referencia a que en virtud de ellas se identifica la existencia de un sujeto activo, la existencia de un sujeto pasivo, el diseño de una prestación (que consistirá en un dar, hacer o no hacer), la posibilidad de un mecanismo de monitoreo que permita pretender el cumplimiento de esa prestación (que puede implicar una valoración económica directa o no).

En este sentido, sin que sean consideradas en esta instancia todas las fuentes, la Constitución, la ley, la jurisprudencia, los principios, el contrato y el acto administrativo serían fuentes que implican obligaciones, mientras, como ocurre con la doctrina, entendida como los conceptos o las investigaciones que son realizadas por estudiosos del derecho y que logran la publicación de sus ideas, es una fuente que no implica obligaciones, ni podría ser generadora de obligaciones.

Piénsese, por ejemplo, en un reconocido texto sobre el proceso monitorio (Colmenares Uribe, 2019): no sería posible que algún criterio expuesto por este honorable profesor en su libro implique convocar a juicio a algún sujeto de derechos, menos aún que el sistema procesal diseñe un recurso, acción y procedimiento que permita pretender el cumplimiento de ese criterio.

Fuentes como criterio soft law o hard law

Una fuente se cataloga como *suave* o *dura* según si el mecanismo o trámite para su creación, reforma o extinción es agravado o no. ¿Esto qué significa? Una fuente será de *hard law* en la medida en que el trámite para la creación, reforma o extinción implique varias etapas, algunas más complejas que otras, con intervención de varios órganos o sujetos o sin ella. Una fuente será de *soft law* en la medida en que ese trámite para la creación, reforma o extinción implica varias etapas o no, algunas más complejas que otras, sin que en ella intervengan otros órganos o sujetos.

En este sentido, sin que sean consideradas en esta instancia todas las fuentes, la Constitución, la ley, el contrato estatal, el acto administrativo, la costumbre, el acto jurídico y el tratado internacional serían fuentes *hard law*, mientras la jurisprudencia, los principios y la doctrina serían fuentes *soft law*.

IV. LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO Y SU LEGITIMIDAD EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO

La creación y el diseño del universo de fuentes formales es, y no podría ser de otra manera, resultado del Estado de derecho y, por supuesto, del régimen democrático que ese Estado de derecho habilita. Toda fuente formal por esencia es resultado de ese régimen democrático, debiendo ser este el punto de partida de todo análisis que sobre la legitimidad de alguna de ellas se formule. Ciertamente, en el contexto de un Estado democrático, los órganos que la Constitución y los mandatos que de ella se derivan al legislador, el Ejecutivo, el judicial y los particulares crean multiplicidad de estos, y algunos de ellos tienen una mayor identidad con la creación de fuentes formales, tal como es el caso del legislador y de su ley o el acto legislativo, de modo que es claro el componente democrático y, consecuentemente, la legitimidad de esta fuente; sin embargo, estas no son propiedades exclusivas de este órgano y sus fuentes formales. Se reitera: toda fuente formal es y debe ser reflejo del régimen democrático y, en consecuencia, esa fuente posee legitimidad.

La legitimidad de la fuente formal ley, por ejemplo, no se discute o se da por propia a partir de tres aspectos centrales:

- El Congreso de la República es el auténtico órgano de representación popular y de la voluntad general.
- Los congresistas son elegidos por sufragio universal y voto directo por el pueblo en virtud de la democracia representativa.
- En el Congreso de la República, se materializa directa y principalmente la función legislativa del poder público. Estas tres características hacen que la ley se revista de características tales como las de su carácter general, abstracto e impersonal, y, al condensar en una ficción indirecta la voluntad del pueblo, goza de legitimidad.

Igual razonamiento podría formularse referente a la Constitución y la Asamblea Nacional Constituyente: nadie discute la legitimidad de una constitución en cuanto es el resultado de una real manifestación de todos los sujetos en esa sociedad políticamente organizada que responde a todos o los mayores y más importantes problemas y necesidades sociales de ese contexto.

Por otro lado, desde la teoría tradicional en la tridivisión del poder, la función legislativa crea la ley, la ejecutiva ejecuta la ley y la judicial aplica la ley, de modo que desde esta perspectiva

es a partir de la ley que las otras dos funciones, la ejecutiva y la jurisdiccional, desarrollan sus actividades y materializan sus formas de expresión auténticas y no auténticas.⁴ Lo anterior podría justificar que el actual artículo 230 constitucional afirmara con tanta contundencia que “los jueces, en sus providencias, *solo están sometidos al imperio de la Ley* [la cursiva es mía]”, y que haya considerado exclusivamente esa fuente formal.

Por lo anterior, algunos podrían afirmar que la única fuente que goza de legitimidad suficiente o verdadera legitimidad es la ley como expresión de la función legislativa que se expide desde el Congreso de la República.⁵ No obstante, debe indicarse que esta es una posición parcializada, incompleta e incomprensiva del régimen democrático y el alcance de la democracia en la racionalización del poder público.

En el caso de la jurisprudencia, la disertación es de gran actualidad e impacto. Si se refiere a las altas cortes, por ejemplo, el caso de la Corte Constitucional, que es un análisis aplicable a toda la estructura de la función jurisdiccional, se ataca fuertemente su función en algunos asuntos, tales como la despenalización parcial del aborto, las corridas de toros, la legalización de las drogas, la adopción por parejas del mismo sexo, la consagración de nuevos sujetos de derechos o entes susceptibles de protección, etc.

Básicamente, se discute que el juez pueda emitir decisiones en estos asuntos, porque el ejercicio de esa función no goza de legitimidad y no tiene ese alcance que solo la democracia otorga. En este sentido, podrían alegarse tres aspectos centrales:

- La jurisdicción no es el auténtico órgano de representación popular y de la voluntad general.

⁴ Cuando se refiere a formas de expresión auténticas y no auténticas, se quiere significar aquellas formas en las que se materializa la función pública racionalizada, considerándolas de manera independiente y en virtud del principio de colaboración armónica. Por ejemplo, los jueces hablan o materializan su función de manera auténtica, a través de autos y sentencias; asimismo, una expresión no auténtica sería cuando ese juez expide un acto administrativo, en virtud de que también ejerce función administrativa.

⁵ Este razonamiento expuesto es el que en gran medida justifica la posición en virtud de la cual ciertos asuntos deben ser definidos exclusivamente por el legislador, no por algún otro órgano en la estructura del Estado, tal como la Corte Constitucional, hasta el punto de que en numerosos asuntos ha impulsado exhortaciones tanto a la función legislativa como a la administrativa. Tal es el caso en los asuntos: Sentencia C-473/94 (Corte Constitucional, 1994), Sentencia C-691/08 (Corte Constitucional, 2008), Sentencia C-230A/08 (Corte Constitucional, 2008), Sentencia C-577/11 (Corte Constitucional, 2011), Sentencia C-489/12 (Corte Constitucional, 2012), Sentencia C-792/14 (Corte Constitucional, 2014), Sentencia T-528/14 (Corte Constitucional, 2014), Sentencia T-532/14 (Corte Constitucional, 2014), Sentencia T-274/12 (Corte Constitucional, 2012), Sentencia T-476/15 (Corte Constitucional, 2015), Sentencia T-306/16 (Corte Constitucional, 2016), Sentencia C-212/17 (Corte Constitucional, 2017), Sentencia SU218/19 (Corte Constitucional, 2019).

- Los jueces no son elegidos por sufragio universal y voto directo por el pueblo en virtud de la democracia representativa.
- En los jueces, no se materializa directa y principalmente la función legislativa del poder público, sino la función jurisdiccional que aplica la ley.

Bajo esta argumentación, aunque estos aspectos son válidos, resultan ser una visión, se reitera, parcializada e incomprensiva del régimen democrático y del alcance de la democracia en la racionalización del poder público, dado que la democracia no es solo lo que esa tipología representativa significa.

Que la función jurisdiccional posea una dosis muy reducida o ninguna respecto de su integración en virtud de los contenidos propios de la democracia representativa y directa no significa que esa actividad y sus decisiones sean faltas de democracia, menos aún antidemocráticas, y aún menos que carezcan de legitimidad en los términos en que sí se le reconoce a la función legislativa.

La postura que le resta legitimidad a la función jurisdiccional porque sus dignatarios no son elegidos por voto popular como muestra de la democracia representativa y directa desconoce que la democracia posee variopintas tipologías, entre ellas la democracia participativa, pluralista, constitucional, directa, industrial, económica, societaria, internacional, política, procedimental, deliberativa, que afectan no solo los mecanismos de designación de las autoridades considerando toda la estructura del Estado, sino también el diseño procesal de los procedimientos, acciones, recursos, etc., que esas autoridades u órganos u sujetos utilizan en el ejercicio de su poder y desarrollo de sus funciones.

En este sentido, si bien el sistema de designación de los jueces no se realiza mediante el sufragio universal y directo propio de la democracia representativa, esta sí se realiza como resultado de la democracia sustancial, en virtud de la cual “las determinaciones en torno a la integración de las entidades estatales se estructuran alrededor de los derechos fundamentales a la igualdad, a la participación en la función pública y al debido proceso” (Corte Constitucional, Sentencia C-105/13, 2013). Ciertamente, no es posible que toda designación de quienes poseen una función pública se haga por sufragio universal y directo, y dada la naturaleza del cargo y la materia de la función, “la garantía de estos derechos no se deja librada al juego de las mayorías, sino que constituye el presupuesto fundamental, el referente y finalidad de la actividad estatal”, por lo que esos sistemas de designación y elección que se acompañan de ciertos diseños procesales son materialidad de la democracia sustancial y procedimental.

Con todo esto, la función jurisdiccional es democrática y sus decisiones gozan de equivalente legitimidad en virtud del régimen democrático que el Estado de derecho colombiano habilita, no en virtud de la democracia representativa en una dosis definitoria, sino por razón de la dosis de la democracia sustancial y procedimental que la respalda.

Además, la legitimidad de la fuente formal jurisprudencia como forma auténtica en que se materializa la función jurisdiccional, se soporta, además, entre otras (Yañez Meza, 2016), en la tipología de la democracia constitucional y, derivada de ella, en la motivación de la providencia judicial, dado que “el juez o cualquier otra autoridad, no puede, de manera legítima, sustentar sus decisiones en afirmaciones carentes de motivación, dado que ello constituye una conducta arbitraria y contraria a los postulados básicos del Estado social de derecho” (Corte Constitucional, Sentencia T-713/99, 1999). Si una jurisprudencia que como género identifica a la providencia judicial y como sus especies al auto o la sentencia no se motiva, se está enfrente de un problema de relevancia constitucional por configuración de una decisión antidemocrática e ilegítima, por desconocimiento de la democracia constitucional.

Ampliando este razonamiento a cualquiera de las fuentes formales, se concluiría que todas gozan de legitimidad en virtud de una u otra tipología de democracia, que todas surgen en virtud del régimen democrático y del Estado de derecho que la Constitución habilita. De tal forma que todo asunto podría ser abordado desde cualquiera de las funciones que racionalizan el poder público, o bien en el acto administrativo, o bien en la jurisprudencia o la ley, de modo que es discutible que, por la sola naturaleza del asunto, tal como ocurre en los eventos mencionados (despenalización del aborto, etc.), se afirme que uno u otro sujeto no puede o no debe decidir sobre *x* asunto, a menos que en virtud de un catálogo de funciones esté expresamente atribuido. La dificultad en la actualidad es que en virtud de que los problemas todos pueden tener alcance constitucional, el litigio constitucional atempera o en la práctica hace desaparecer ese tipo de disposiciones, sobre las cuales, y por lo general en el asunto, deben intervenir pluralidad de sujetos y donde los criterios son múltiples y complejos desde lo cultural, lo científico, lo técnico, lo artísticos, lo jurídico, etc., dado que son asuntos de consideración multidisciplinar.

Finalmente, podría objetarse, por ejemplo, el carácter democrático y la legitimidad de la fuente formal doctrina, dado que no nace con intervención directa ni indirecta de ninguna autoridad pública, ni privada. Con todo, se considera que esto no resulta acertado en la medida en que en esta, y en virtud de la dosis de democracia deliberativa que en ella podría encontrarse, se asegura que los asuntos sean públicamente discutidos, permitiendo advertir las distintas razones que justifican una determinada decisión, haciendo accesible el debate, la actualización y que sean no solo conocidas, sino llevando una mejor comprensión del derecho a la sociedad.

V. LOS CRITERIOS DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL, ADMINISTRATIVA, LEGISLATIVA Y DE LOS PARTICULARES

El artículo 230 constitucional establece puntualmente los criterios de la actividad judicial en los términos que ya han sido descritos, de modo que la única disposición que expresa y especialmente le dice a la función jurisdiccional cómo debe operar la aplicación de las fuentes formales en el

momento de materializar su función en el auto o la sentencia. No existe en el texto constitucional disposición que le sea equiparable.

Así las cosas, no se encuentra una disposición que describa puntualmente los criterios de la actividad administrativa, los criterios de la actividad legislativa, ni de la actividad de los particulares. Al respecto, son varios los cuestionamientos que pueden hacerse:

- ¿Son distintos los criterios de la actividad judicial de los de la administrativa, legislativa y la de los particulares?
- ¿Los criterios de todas las actividades son o deben ser los mismos? Luego simplemente debe decirse que son los mismos para todas.
- ¿Es necesario y útil que estos criterios sean definidos?
- ¿Estos criterios deben ser definidos por la Constitución o por la ley, o por cuál otra fuente formal?

Se trata, entonces, de cómo debe operar la aplicación de las fuentes formales en el momento de materializar la función pública, en otros términos, respecto de cómo habla o se toca la función jurisdiccional en el momento de expedirse un auto o una sentencia, o la función administrativa en el momento de expedir el acto administrativo o el contrato estatal, de configurarse el hecho, la omisión o la operación administrativa, y, finalmente, respecto de la función legislativa al expedirse la ley o cualquiera otra de sus expresiones dispositivas. Igual razonamiento operaría respecto del poder privado y la actividad de los particulares.

A partir de este contexto, tanto la actividad jurisdiccional como la ejecutiva y la de los particulares, disponen y deben disponer de equivalentes criterios, de modo que es solo la actividad legislativa la que tendría consideraciones especiales. Sin duda, la función jurisdiccional, administrativa y de los particulares está absolutamente ligada a la aplicación de las fuentes formales, aspecto del cual se distancia la actividad legislativa, la cual se nutre principalmente de la fuente material. Por supuesto, independiente de la actividad, el ejercicio del poder público o privado debe reconocer la Constitución, y como tal es una fuente formal común a todas las funciones. Ahora, respecto de las restantes podría considerarse que no serían criterios de la actividad legislativa: ¿la ley como criterio para la expedición de la ley?

Sobre este último punto se considera que también constituyen criterios. Por supuesto, una ley anterior es criterio para la expedición de una nueva Ley, piénsese, por ejemplo, respecto del reconocimiento de derechos sociales, económicos y culturales, sobre los que se llega a cierto nivel de protección y no podría desmejorarse; luego, se cumple la hipótesis. De igual forma, son múltiples

los casos en los que subreglas jurisprudenciales se han vuelto reglas dispuestas en la ley; luego, es claro que la jurisprudencia también se constituye en criterio de la actividad legislativa.⁶

En consecuencia, hay un común denominador en los criterios para el ejercicio de todas estas actividades y funciones; luego, es factible que pueda configurarse una cláusula general del sistema normativo (Yañez Meza y Guerra Moreno, 2020).

VI. EL CONTROL DE LEGALIDAD, DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD: CONTROLES QUE SE CONFIGURAN A PARTIR DE FUENTES FORMALES

Los diferentes tipos de control de la actividad del poder público y privado se han configurado a partir de la identidad con una fuente formal. Así, el control de legalidad utiliza como parámetro de control la ley, el control de constitucionalidad a la Constitución y el control de convencionalidad a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).⁷

Estas tres fuentes formales son las que justifican el control de toda actividad, que se ejerce dada la desatención o incumplimiento a lo que esas fuentes formales disponen, o dada la permanente tendencia a extralimitarse en la actividad que se ejerce, bajo la convicción, quizá, de que se tiene más poder o una mayor legitimidad en un momento dado, y ello permite esa transgresión.

Ahora, sin duda, entre estos tres tipos de controles existe una jerarquización, lo cual hace que en el orden interno haya una prevalencia del control de constitucionalidad sobre el de legalidad; por supuesto, toda norma del ordenamiento interno debe reconocer la Constitución, incluso la ley y toda otra expresión del sistema normativo debe hacer ese reconocimiento para que no haya una incompatibilidad que lleve a una declaratoria de inexecutable o inconstitucionalidad de la disposición, o a una declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad, o a una declaración de tutela de los derechos fundamentales.

Debajo del control de legalidad no hay otro que jerárquicamente permita seguir descendiendo en ese escalafón. De tal forma que este se proyecta a todo el ordenamiento jurídico y gobierna cualquier expresión dispositiva que exista en el sistema normativo o que eventualmente se configure,

⁶ Otra hipótesis se presenta en cómo la jurisprudencia es criterio de la función administrativa. Como ejemplo se tiene la expedición del protocolo de acciones preventivas, concomitantes y posteriores, denominado *Estatuto de reacción, uso y verificación de la fuerza legítima del Estado y protección del derecho a la protesta pacífica ciudadana* (Decreto 3 de 2021), el cual fue expedido a partir de las órdenes definidas en un proceso constitucional de tutela, particularmente en la segunda instancia por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia (STC7641, Corte Suprema de Justicia, 2020).

⁷ Tratado internacional aprobado por el Congreso (Ley 16 de 1972).

independiente de la función y la actividad que se esté ejerciendo desde lo jurisdiccional, lo administrativo, lo legislativo y los particulares.

Por su lado, el control de convencionalidad saca del ordenamiento interno al sistema normativo colombiano y lo pone de frente al ordenamiento externo, por lo menos en relación con la materia que ese control posee. Ahora, respecto de si existe o no una jerarquización entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, la integración del sistema normativo externo en el orden interno en esta materia se resolvió por la Corte Constitucional a través del concepto de *bloque de constitucionalidad* (Corte Constitucional, Sentencia C-225/95, 1995), de tal forma que en rigor jurídico no hay una prevalencia, aunque en la práctica como producto de ese control es indiscutible que, al haberse ordenado por la Corte IDH, entre otras, por ejemplo, la adecuación del ordenamiento jurídico interno (Caso Petro Urrego vs. Colombia), se hace factible afirmar que existiría una prevalencia del control de convencionalidad sobre el de constitucionalidad y legalidad.

Ciertamente, debe ser claro que tanto el control de legalidad como el de constitucionalidad son expresión exclusiva de la soberanía normativa del Estado colombiano, mientras el control de convencionalidad no lo es, si se considera que más bien implica cierto grado de cesión, aunque sea en virtud de un tratado y de órganos y procedimientos que este diseñe para su desarrollo. Lo anterior implica que este tipo de control es expresión no exclusiva, sino de cierta forma compartida, al haberse sumado para su creación varios Estados en lo que es el “consenso internacional”.

Finalmente, es clave considerar sobre estos controles los mecanismos de monitoreo que permiten el cumplimiento de la decisión o disposición que termina expidiéndose por la función correspondiente, mecanismos cuya efectividad frente a la garantía de los derechos y el tiempo que transcurre en esa consecución definen significativamente el control en sí mismo. Estos mecanismos de monitoreo al sistema normativo interno y externo en su integración son disímiles no solo en su denominación, sino también en su efectividad. Un mecanismo de monitoreo en el derecho interno, por ejemplo, frente a la acción de tutela de los derechos, sería el incidente de desacato; a su tiempo, un mecanismo de monitoreo en el derecho externo sobre una opinión consultiva expedida por la Corte IDH sobre Colombia sería, en principio, inexistente desde el derecho internacional, llegando a ser tan efectivo como el mismo ordenamiento interno vaya diseñando mecanismos que conminen a su cumplimiento.

VIII. EL CONTROL DE LEGALIDAD, DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD PRINCIPALMENTE ES JURISPRUDENCIAL PERO NO ES NI PUEDE SER EXCLUSIVO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función de control sobre las actividades y decisiones que surgen con ocasión del ejercicio del poder público y privado es, por esencia, y se encomienda a la función jurisdiccional, sin embargo, no implica que le sea exclusiva. Sin duda, el control que se configura a partir de las fuentes formales enunciadas se extiende a todas las formas en que ese poder se materializa en sus decisiones.

A partir de lo anterior cabe cuestionarse: ¿un alcalde o gobernador debe aplicar control de convencionalidad en el momento de expedir un acto administrativo?, ¿el Congreso debe acatar el derecho convencional que se va creando en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH)?, ¿el juez civil, contencioso-administrativo o penal debe decir el derecho desarrollando el contenido de esa convencionalidad? La respuesta sería afirmativa, más aún, si se considera el funcionamiento de las fuentes en el Estado de derecho como un sistema y la razón mencionada respecto de la existencia de un común denominador en los criterios de la actividad judicial, administrativa, legislativa y de los particulares.

VIII. LAS FUENTES FORMALES Y SU ALCANCE: LA PRETENSIÓN DE GENERALIDAD DE LA FUENTE Y LA PROYECCIÓN DEL CASO PASADO AL ASUNTO PRESENTE

Este aspecto resulta angular para explicar la operancia actual del sistema normativo y perfilar la configuración de la cláusula general. Describiendo en una gran proporción y una a una las fuentes que se configuran en el ejercicio de la función jurisdiccional, el análisis se describe a continuación.

En la jurisdicción constitucional

Actualmente, en la jurisdicción constitucional se expiden diversas tipologías dispositivas en su jurisprudencia. Entre ellas se identifican las siguientes (tabla 1):

TABLA 1. TIPOLOGÍA DE PROVIDENCIAS EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Providencia	Tipología
Sentencia de constitucionalidad	C
Sentencia de tutela	T
Sentencia de unificación	U
Auto (Sala Plena)	A-SP
Auto (Sala de Revisión)	A-SR

Fuente: elaboración propia.

En cuanto a la sentencia de constitucionalidad (C), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de constitucionalidad
- Ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad

- Se expide por Sala Plena de la Corte Constitucional, la cual está integrada por nueve magistrados
- Su alcance es *erga omnes*
- Su efecto es el de cosa juzgada constitucional

La pretensión de generalidad⁸ respecto de esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de 100. Nótese cómo a partir de esto no se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así que lo dispuesto por la Corte Constitucional en una sentencia de este tipo se debe considerar, y si este aspecto define la expresión dispositiva que se esté configurando en la sentencia, esta debe seguirse. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,⁹ si una teoría del caso se fundamenta en una sentencia tipo (C), se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la Constitución, por el órgano que la profiere y su sección, y ser la interpretación más autorizada, con lo que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

Respecto de la sentencia de tutela (T), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de constitucionalidad
- Ejerce un control concreto de constitucionalidad
- Se expide por una de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, la cual está integrada por tres magistrados
- Su alcance es *inter partes*
- Su efecto es el de cosa juzgada

La pretensión de generalidad¹⁰ respecto de esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de no 100. Nótese cómo a partir de esto se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así lo dispuesto por la Corte Constitucional en una sentencia de este tipo y si “se debe o no” considerar y si ese aspecto define

⁸ La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

⁹ La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad, y su efecto de cosa juzgada constitucional.

¹⁰ La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

la expresión dispositiva que se esté configurando en la sentencia “debe seguirse”, es un aspecto que cambia en esta tipología dado que esa escala, con disímiles criterios, oscilaría entre 1 y 99. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,¹¹ si una teoría del caso se fundamenta en una sentencia tipo (T), la reflexión cambia, aunque también se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la Constitución, por el órgano que la profiere y, a pesar de ser la interpretación más autorizada, no se considera que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

Respecto de la sentencia de unificación (U), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de constitucionalidad
- Ejerce un control concreto de constitucionalidad
- Se expide por la Sala Plena de la Corte Constitucional, la cual está integrada por nueve magistrados
- Su alcance en principio es *inter comunis*
- Su efecto es el de cosa juzgada

Sobre esta tipología de providencia debe considerarse que, en principio, se trata de un asunto que llega a la Corte Constitucional como un caso que será decidido a través de una sentencia (T), es decir, por la Sala de Revisión, pero que, básicamente, en atención a la naturaleza del asunto, el magistrado ponente decide llevarlo a Sala Plena. Ahora, ¿cuál es el propósito de que sea llevado a Sala Plena y que no sea decidido por la Sala de Revisión? En nuestro concepto, sin duda, el fin es aumentar la pretensión de generalidad de la fuente y la proyección del caso pasado al asunto presente. Si el trámite no se viera afectado por el hecho de ser llevado a Sala Plena y decisión en sentencia de unificación, se aplicaría al caso lo dicho para la sentencia (T), sin embargo, al adoptarse este otro trámite y emitirse la providencia (U), puede considerarse lo siguiente:

La pretensión de generalidad¹² respecto de esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de 100. Nótese cómo a partir de esto no se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así, lo dispuesto por la Corte Constitucional en una sentencia de este tipo se debe considerar, y si ese aspecto define la expres-

¹¹ La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad y su efecto de cosa juzgada constitucional.

¹² La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

sión dispositiva que se esté configurando en la sentencia, esta debe seguirse. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,¹³ si una teoría del caso se fundamenta en una sentencia tipo (U), se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la Constitución, por el órgano que la profiere y su sección, y ser la interpretación más autorizada, con lo que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

Respecto del auto (A), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de constitucionalidad
- Ejerce un control abstracto o concreto de constitucionalidad
- Se expide por la Sala Plena o por alguna de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional
- Su alcance es indeterminado dado que dependería del asunto
- Su efecto no tiene cosa juzgada

Sobre esta tipología de providencia debe considerarse que son decisiones que se expiden con ocasión de la iniciación del proceso en búsqueda de la sentencia, pero que no deben limitarse solo a este escenario, dado que, especialmente en la jurisdicción constitucional, luego de ella se profiere importantes autos, entre otras, en hipótesis tales como la que conduce a la nulidad de las sentencias o con motivo del mecanismo de monitoreo de la Sala de Seguimiento referente a declaratorias formales de un Estado de cosas inconstitucional.

De tal forma que, en estas providencias, se crean importantes contenidos tanto de derecho sustancial como de derecho procesal jurisprudencial constitucional, por lo que la consideración sería en el caso de las providencias (A-SP), lo dicho para las decisiones (C) y (U), y para el caso de las providencias (A-SR), lo dicho para las decisiones (T).

En la jurisdicción contencioso-administrativa

Actualmente, en la jurisdicción contencioso-administrativa, se expiden diversas tipologías dispositivas en su jurisprudencia. Entre ellas se identifican las siguientes (tabla 2):

¹³ La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad y su efecto de cosa juzgada constitucional.

Continúa...

TABLA 2. TIPOLOGÍA DE PROVIDENCIAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Providencia	Tipología
Sentencia de nulidad por inconstitucionalidad	NPI
Sentencia de control inmediato de legalidad	CIL
Sentencia de nulidad	N
Sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho	NRD
Sentencia de nulidad electoral	NE
Sentencia de reparación directa	RD
Sentencia de controversias contractuales	CC
Sentencia de repetición	R
Sentencia de pérdida de investidura	PI
Sentencia de protección de los derechos e intereses colectivos, sentencia popular	PDIC-P
Sentencia de Reparación de los Perjuicios Causados a un Grupo	RPCG
Sentencia de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos	CNFMLAA
Sentencia de nulidad de cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción	NCNRAI
Auto (Sala Plena)	A-SP
Auto (sección o subsección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo)	A-SEC A-SUB

Fuente: elaboración propia.

En cuanto a la sentencia de nulidad por inconstitucionalidad (NPI), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de constitucionalidad
- Ejerce un control abstracto de constitucionalidad
- Se expide por Sala Plena del Consejo de Estado, la cual está integrada por 31 magistrados
- Su alcance es erga omnes
- Su efecto es el de cosa juzgada

La pretensión de generalidad¹⁴ referente a esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de 100. Nótese cómo a partir de esto no se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así, lo dispuesto por el Consejo de Estado en una sentencia de este tipo se debe considerar, y si ese aspecto define la expresión dispositiva que se esté configurando en la sentencia, esta debe seguirse. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,¹⁵ si una teoría del caso se fundamenta en una sentencia tipo (NPI), se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la Constitución, por el órgano que la profiere y su sección, y ser la interpretación más autorizada, con lo que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

En cuanto a la sentencia de control inmediato de legalidad (CIL), se aplicaría un análisis equivalente al expuesto sobre la sentencia (NPI), aún en tratándose de las sentencias CIL que son proferidas en única instancia por los Tribunales Administrativos, por el ámbito territorial correspondiente¹⁶.

Es relevante destacar acá que las providencias (NPI) y (CIL) son providencias que implican procesos equivalentes al que finalmente resulta en la sentencia (C) de la jurisdicción constitucional, con una única diferencia y es que ni la sentencia NPI ni la sentencia CIL tienen efectos de cosa juzgada constitucional, dado que “solo” poseen efecto de cosa juzgada.

En cuanto a la sentencia de nulidad (N), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de legalidad
- Ejerce un control abstracto de legalidad
- Se expide por cualquiera de las secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, la cual está integrada por 27 magistrados: en la sección I, cuatro; la sección II se divide en dos subsecciones cada una con tres magistrados; la sección III se divide en tres subsecciones cada una con tres magistrados; en la sección IV, cuatro magistrados, y en la sección V cuatro magistrados
- Su alcance es *erga omnes*
- Su efecto es el de cosa juzgada

¹⁴ La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

¹⁵ La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad y su efecto de cosa juzgada constitucional.

¹⁶ Al respecto, las disposiciones relevantes son los artículos 136, 151 y 185 de la Ley 1437 de 2011.

La pretensión de generalidad¹⁷ referente a esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de 100. Nótese cómo a partir de esto no se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así, lo dispuesto por el Consejo de Estado en una sentencia de este tipo se debe considerar, y si ese aspecto define la expresión dispositiva que se esté configurando en la sentencia, esta debe seguirse. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,¹⁸ si una teoría del caso se fundamenta en una sentencia tipo (N), se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la ley, por el órgano que la profiere y su sección, y ser la interpretación más autorizada, con lo que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

En cuanto a la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho (NRD), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de legalidad
- Ejerce un control concreto de legalidad
- Se expide por cualquiera de las secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, la cual está integrada por 27 magistrados
- Su alcance es *inter partes*
- Su efecto es el de cosa juzgada

La pretensión de generalidad¹⁹ referente a esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de no 100. Nótese cómo a partir de esto se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así, lo dispuesto por el Consejo de Estado en una sentencia de este tipo y si “se debe o no” considerar, y si ese aspecto define la expresión dispositiva que se esté configurando en la sentencia, “debe seguirse”, es un elemento que cambia en esta tipología dado que esa escala, con disímiles criterios, oscilaría entre 1 y 99. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,²⁰ si una teoría del caso se

¹⁷ La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

¹⁸ La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad y su efecto de cosa juzgada constitucional.

¹⁹ La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

²⁰ La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad y su efecto de cosa juzgada constitucional.

fundamenta en una sentencia tipo (NRD), la reflexión cambia, aunque también se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la ley, por el órgano que la profiere y, a pesar de ser la interpretación más autorizada, no se considera que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

En cuanto a la sentencia de nulidad electoral (NE), a la sentencia de reparación directa (RD), a la sentencia de controversias contractuales (CC), a la sentencia de repetición (R), a la sentencia de pérdida de investidura (PI), a la sentencia de reparación de los perjuicios causados a un grupo (RPCG), a la sentencia de nulidad de cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción (NCNRAI), se considera que le sería aplicable lo dicho sobre la sentencia (NRD).

En cuanto a la sentencia de protección de los derechos e intereses colectivos (PI) y a la sentencia de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos (CNFMLAA), se considera que le sería aplicable lo dicho sobre la sentencia (N).

- Respecto del auto (A), sus características se sintetizan en lo siguiente:
- Ejerce un control de legalidad
- Ejerce un control abstracto o concreto de legalidad
- Se expide por la Sala Plena o cualquiera de las secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado, la cual está integrada por 31 magistrados
- Su alcance es indeterminado dado que dependería del asunto
- Su efecto no tiene cosa juzgada

Al igual que sus equivalentes en la jurisdicción constitucional, en estas providencias se crean importantes contenidos tanto de derecho sustancial como de derecho procesal jurisprudencial contencioso-administrativo, por lo que la consideración sería en el caso las providencias (A-SP), lo dicho para las decisiones (N), y para el caso de las providencias (A-SEC) y (A-SUB), lo dicho para las decisiones (NRD).

En la jurisdicción ordinaria

Actualmente, en la jurisdicción ordinaria se expiden diversas tipologías dispositivas en su jurisprudencia. Entre ellas se identifican las siguientes (tabla 3):

TABLA 3. TIPOLOGÍA DE PROVIDENCIAS EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Providencia	Tipología
Sentencia de casación	CAS-SCA CAS-SL CAS-SP
Auto (Sala Plena)	A-SP
Auto (Sala de casación)	A-SCA A-SL A-SP

Fuente: elaboración propia.

En cuanto a la sentencia de casación (CAS), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de legalidad
- Ejerce un control concreto de legalidad
- Se expide por el pleno de cada una de las salas especializadas: en el caso de la Sala de Casación Civil y Agraria, que está integrada por siete magistrados; de la Sala de Casación Laboral, que está integrada por siete magistrados, y de la Sala de Casación Penal, que está integrada por nueve magistrados; la Sala Plena no expide sentencias de casación, y está integrada por 23 magistrados
- Su alcance es *erga omnes*
- Su efecto es el de cosa juzgada

En nuestro concepto, la pretensión de generalidad²¹ referente a esta fuente nos indicaría, si ideáramos una escala de 0 a 100, un valor de 100. Nótese cómo a partir de esto no se discuten aspectos como el carácter vinculante o la obligatoriedad y sinónimos de esta fuente. Siendo así, lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia de este tipo se debe considerar, y si ese aspecto define la expresión dispositiva que se esté configurando en la sentencia, esta debe seguirse. Por otro lado, como proyección del caso pasado al asunto presente,²² si una teoría del caso se fun-

²¹ La pretensión de generalidad y su alcance se define en virtud de que su alcance es *erga omnes*, se expide por Sala Plena y su efecto de cosa juzgada constitucional.

²² La proyección del caso pasado al asunto presente y su alcance se define en virtud de que se ejerce un control de constitucionalidad, se ejerce un control abstracto e integral de constitucionalidad y su efecto de cosa juzgada constitucional.

damenta en una sentencia tipo (CAS), se estaría enfrente de la referencia dispositiva más cercana a la ley, por el órgano que la profiere y su sección, y ser la interpretación más autorizada, con lo que la solución del caso estaría encontrando el mejor o más autorizado fundamento de derecho aplicable a ese momento histórico determinado.

Respecto del Auto (A), sus características se sintetizan en lo siguiente:

- Ejerce un control de legalidad
- Ejerce un control concreto de legalidad
- Se expide por la Sala Plena o cualquiera de las salas especializadas
- Su alcance es indeterminado dado que dependería del asunto
- Su efecto no tiene cosa juzgada

Al igual que sus equivalentes en la jurisdicción constitucional y contencioso-administrativa, en estas providencias, se crean importantes contenidos tanto de derecho sustancial como de derecho procesal jurisprudencial ordinario, por lo que la consideración sería en el caso las providencias (A-SP), lo dicho para las decisiones (CAS), y para el caso de las providencias (A-SCA), (A-SL) y (A-SP), lo dicho para las decisiones (NRD).

Discusión en torno a la configuración de la sentencia de unificación en el sistema normativo colombiano

La sentencia de unificación en el ordenamiento jurídico colombiano no fue una creación con ocasión de la Corte Constitucional y la Constitución Política de Colombia (1991), tal como podría ser una noción que se tenga al respecto. Debe indicarse que en el caso de la jurisdicción ordinaria la sentencia de casación es individualmente considerada y en su esencia una sentencia de unificación (U) (Ley 1564 de 2012, art. 333; Ley 270 de 1996, art. 16; Decreto 1400 de 1970, art. 365), con todo lo que implica. En consecuencia, en la jurisdicción ordinaria ese diseño se configuró desde el derecho procesal aplicable que creó el legislador, con anterioridad, incluso, a la Constitución.

Expedida la Constitución Política de Colombia (1991), la sentencia de unificación (U) proferida por la Corte Constitucional empieza a ser la más conocida en su tipo en el sistema normativo, de modo que es la disposición reglamentaria de la tutela (Decreto 2591 de 1991, art. 35) la que la configura. En consecuencia, en la jurisdicción constitucional ese diseño se configuró desde el derecho procesal aplicable que creó la función legislativa, con la entrada en vigor de la Constitución.

Finalmente, cerca de veinte años después de la entrada en vigencia de este nuevo orden constitucional, se configura con literal denominación la sentencia de unificación (U), esta vez expedida por

el Consejo de Estado. En consecuencia, en la jurisdicción contencioso-administrativa, ese diseño se configuró desde el derecho procesal aplicable que creó el legislador (Ley 1437 de 2011, art. 10).

Con todo, se advierte cómo la política judicial que afecta al sistema normativo se ha orientado a la configuración de la sentencia de unificación (U), consciente o inconscientemente, dado que a todas las jurisdicciones les ha sido creada esa tipología de providencia. Ahora, en el caso de la jurisdicción ordinaria, la personalización de la providencia es clara en la medida en que el trámite propio a la casación permite identificar el procedimiento que lleva a la emisión de la sentencia de casación. Igual ocurre en el caso de la jurisdicción constitucional en que desde el trámite es posible identificar con claridad que va a ser emitida una sentencia de unificación (U). Asimismo, ocurre en la jurisdicción contencioso-administrativa, en que a instancias del Consejo de Estado y “por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, entre otras”, puede proferir esta tipología de providencia en sentencia de unificación (U).

Con lo anterior, es imperativo destacar las barreras que esta tipología de providencia enfrenta o podría enfrentar en la práctica, principalmente en tratándose de la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa, dado que, en el caso de la primera, los criterios que transmutan el caso a que sea emitida una sentencia (U) no se encuentran definidos por la ley o fuente equivalente, y en el caso de la segunda, aunque la ley los definió, es el Consejo de Estado al que le corresponde evaluar finalmente, por ejemplo, si se trata de un asunto con “trascendencia social”, luego, seguramente, no pocos asuntos que ameritan ser decididos bajo estos trámites de unificación terminan no ajustándose a este formalismo.

Siendo así, en la práctica, múltiples asuntos, en el caso de la jurisdicción constitucional, terminan siendo decididos en sentencias (T), pero sustancial o materialmente pueden significar ser sentencias de unificación (U). Paralelamente, podría hacerse un análisis equivalente en la jurisdicción contencioso-administrativa, antes de hacer la siguiente explicación.

En atención a la variable de pretensión de generalidad de la fuente y las numerosas tipologías de providencias que se emiten en esta jurisdicción, se considera que solo respecto de algunos de esos medios de control existiría función de unificación por el Consejo de Estado. Eventualmente, solo habría función de unificación en el caso de los procesos que implican pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, nulidad electoral, reparación directa, controversias contractuales, repetición, pérdida de investidura, protección de los derechos e intereses colectivos, reparación de los perjuicios causados a un grupo y de nulidad de cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción, incluso sería posible que sobre la pretensión de nulidad. En este sentido, no habría función de unificación, ni en los medios de control de nulidad por inconstitucionalidad, ni de control inmediato de legalidad, ni de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos.

Como se expuso, el fin en la configuración de la sentencia (U) no es otro que aumentar la pretensión de generalidad de la fuente y la proyección del caso pasado al asunto presente. Al respecto, es claro cómo se presenta función de unificación en las tipologías de providencias que no tienen una pretensión de generalidad de 100, es decir, que se encuentra entre 0 y 99, en la escala propuesta, y no habría función de unificación en aquellas cuya pretensión de generalidad es la de 100.²³

Así las cosas, la identificación de estas providencias con función de unificación se podría formular a tenor de (tabla 5):

TABLA 5. TIPOLOGÍAS DE PROVIDENCIAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN LAS QUE HABRÍA FUNCIÓN DE UNIFICACIÓN

Providencia	Tipología
Sentencia de nulidad, de unificación	NU
Sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho, de unificación	NRDU
Sentencia de nulidad electoral, de unificación	NEU
Sentencia de reparación directa, de unificación	RDU
Sentencia de controversias contractuales, de unificación	CCU
Sentencia de repetición, de unificación	RU
Sentencia de pérdida de investidura, de unificación	PIU
Sentencia de protección de los derechos e intereses colectivos, sentencia popular, de unificación	PDICU-PU
Sentencia de reparación de los perjuicios causados a un grupo, de unificación	RPCGU
Sentencia de nulidad de cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción, de unificación	NCNRAIU

Fuente: elaboración propia.

²³ De este análisis podría formularse una excepción respecto de la pretensión y final sentencia de nulidad (N), sobre la cual se perfiló una pretensión de generalidad de 100. Esto es así porque en el caso de esta providencia el factor territorial influye en el análisis. Piénsese, por ejemplo, en el análisis de un acto administrativo de carácter general expedido por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), en relación con sus trabajadores oficiales. Sin duda, sería una decisión que afectaría a todos estos sujetos en la referida empresa, sin embargo, el Consejo de Estado podría ampliar sus efectos expresamente a situaciones fácticas y jurídicas equivalentes de otros organismos en que se encuentran trabajadores oficiales, por lo que se considera que, aun con una pretensión de generalidad de 100, podría haber función de unificación.

Expuesto esto, podemos afirmar que en la práctica múltiples asuntos también en el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa terminan siendo decididos en sentencias que no precisan su carácter unificador (meras sentencias N, NRD, NE, etc.), pero sustancial o materialmente pueden significar ser sentencias de unificación (U).

El asunto es de gran impacto por destacar solo una consecuencia, por ejemplo, en términos de la aplicación del derecho por las administraciones públicas frente al procedimiento administrativo especial de jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades (mecanismo de extensión de jurisprudencia), en el que se debe precisar en la petición especial que se radica ante la autoridad “copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor”. En consecuencia, si el Consejo de Estado y más específicamente el magistrado ponente no considera siendo procedente o no exterioriza que se trata de una providencia que se emite en esa función de unificación, aunque materialmente se emita una sentencia con ese fondo, el mecanismo de extensión de jurisprudencia es inaplicable.²⁴ Este sería tan solo un ejemplo, dado que la consecuencia general es de impacto directo sobre los principios de seguridad jurídica y previsibilidad del derecho y sobre el derecho a la igualdad.

De esta forma, la función de unificación poseería en la actualidad serios problemas, los cuales, incluso, harían que a través de ella no se resuelvan asuntos que en el contexto colombiano deberían ser tramitados, estudiados y decididos como casos (U).

IX. CONCLUSIONES

El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia (1991) no ha sido ni puede considerarse una cláusula general de fuentes del derecho. Actualmente, ningún texto constitucional ni legal ha configurado una disposición que pueda calificarse como la cláusula general del sistema normativo colombiano. El artículo 230 constitucional solo definió lo que en un momento histórico determinado se pensó como los que serían los exclusivos criterios de la actividad jurisdiccional.

A pesar de este vacío dispositivo, no puede afirmarse que exista una crisis en las fuentes del derecho, sino la existencia de un sistema normativo complejo. No es posible que, en el contexto de un declarado Estado de derecho como lo hace la Constitución Política de Colombia (1991), pueda concebirse una realidad de crisis referente al sistema de fuentes del derecho, dado que esto significaría que la naturaleza misma de esta concepción se ha quebrado, circunstancia que no se exhibe,

²⁴ Sobre el mecanismo de extensión de jurisprudencia, su diseño y creación legal como un derecho procesal transformador en la reparación de las nuevas víctimas del conflicto armado en Colombia, véase Yañez Meza y Jiménez Escalante (2019).

además, en nuestra actualidad dada su interacción con el principio de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, la tridivisión del poder público y el principio de colaboración armónica.

La comprensión de la clasificación de fuente material y formal del derecho es estructural y sobre ellas se erigen otras. Una aproximación al concepto de fuente material sería “todo hecho, suceso, acontecimiento, etc., que tenga ocurrencia en un contexto dentro de una sociedad políticamente organizada”. Ahora, a partir de ese insumo que es la fuente material (la vida y cómo se vive), el Estado de derecho habilita que se configuren diversidad de fuentes formales, como la Constitución (a la cual se le confunde en no pocas ocasiones con la fuente material del derecho), la ley, la jurisprudencia, en fin, cualquier otra expresión dispositiva.

En punto de fuentes formales, las clasificaciones que se consideran relevantes son aquellas que califican a estas como:

- Criterio principal o criterio auxiliar
- Criterio autónomo o criterio dependiente
- Criterio que implica obligaciones o criterio que no implica obligaciones
- Criterio *soft law* o criterio *hard law* (las fuentes entre sí configuran un sistema normativo y todas actúan en integración dispositiva)

Afirmar que la única fuente que goza de legitimidad suficiente o verdadera legitimidad es la ley o la Constitución, como expresión de la función legislativa o constituyente que se expide desde el Congreso de la República o la Asamblea Nacional Constituyente, respectivamente, es una posición parcializada, incompleta e incomprensiva del régimen democrático y el alcance de la democracia en la racionalización del poder público propia del Estado de derecho. La función jurisdiccional es democrática y sus decisiones gozan de equivalente legitimidad en virtud del régimen democrático que el Estado de derecho colombiano habilita, no en virtud de la democracia representativa en una dosis definitiva, sino por razón de la dosis de la democracia sustancial, procedimental y constitucional que la respalda.

La actividad legislativa como la jurisdiccional, la ejecutiva y la de los particulares disponen y deben disponer de equivalentes criterios, de modo que es solo la actividad legislativa la que tendría una consideración especial. Sin duda, la función jurisdiccional, administrativa y de los particulares está absolutamente ligada a la aplicación de las fuentes formales, aspecto del cual se distancia sin desligarse la actividad legislativa, la cual se nutre principalmente de la fuente material. Esta equivalencia hace viable la configuración de una cláusula general de fuentes del derecho, que permita comprender el ordenamiento jurídico como sistema.

En el diseño de una cláusula general del sistema normativo para Colombia, debe considerarse de manera especial la fuente formal jurisprudencia, a partir de la clasificación que de la jurisdicción hace la

Constitución Política de Colombia (1991) y las diversas tipologías de providencias que se profieren a partir de su estructura. Para lo anterior, ha de considerarse como herramienta inescindible el sistema procesal a través de los medios de control (recursos, acciones y procedimientos) con los cuales, y luego de un proceso, finalmente se emite la providencia judicial de trámite o definitiva.

El poder público y privado se controla principalmente por la rama jurisdiccional, a través del control de convencionalidad, constitucionalidad y legalidad; entre los dos primeros no existe una jerarquización y de estos dos respecto del último sí. Junto con esa jerarquización son necesarios los mecanismos de monitoreo que permiten el cumplimiento de la decisión o disposición que termina expidiéndose por la función correspondiente (no solo la jurisdiccional), mecanismos cuya efectividad frente a la garantía de los derechos y el tiempo que transcurre en esa consecución definen significativamente el control en sí mismo.

La función de unificación y la creación de una sentencia de unificación es un acto complejo. Entre otros deben considerarse los siguientes:

- La búsqueda e identificación de toda o la disponible jurisprudencia que ha abordado un mismo asunto, es decir, con semejanzas fácticas y jurídicas en un rango de tiempo que será indeterminado.
- La identificación de las subreglas de derecho sustancial y procesal que han resuelto esos casos pasados.
- Puestas de presente las subreglas que hasta el momento se han creado en el asunto, debe hacer pronunciamiento sobre la continuidad de su vigencia o derogatoria parcial o total, o moldear o crear nuevas sobre el problema jurídico concreto. Si estos presupuestos no se cumplen, es probable que materialmente no se esté unificando, aunque la tipología de providencia se denomine de unificación (U).

Según el análisis realizado la cláusula general del sistema normativo en Colombia, que podría asegurar, en la aplicación del derecho, el derecho a la igualdad, el principio de seguridad jurídica y el principio de previsibilidad del derecho, se propone a tenor de:

- *Criterios de la actividad judicial, administrativa, legislativa y de los particulares en Colombia*
- *Cláusula general de fuentes del derecho en Colombia*
- *Cláusula general del sistema normativo en Colombia*

Artículo 230. Todo sujeto de derechos en Colombia está sometido al imperio de la Constitución y la ley como criterios principales de interpretación e integración normativa. Además, como consecuencia del control de constitucionalidad, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional

en sus sentencias de constitucionalidad (C), de unificación (U) y de tutela (T). Asimismo, a la jurisprudencia del Consejo de Estado en su sentencia de nulidad por inconstitucionalidad (NPI), de control inmediato de legalidad (CIL), de nulidad (N) y de Unificación (U).

Toda providencia u otra decisión y en especial las sentencias que se emitan en función de unificación, como las sentencia de casación (CAS) proferidas por la Corte Suprema de Justicia, deben identificar en sus consideraciones todos los casos pasados sobre el mismo asunto, caracterizando y sistematizando la plenitud de subreglas que han ido creando derecho sustancial o procesal en el asunto, y deben pronunciarse sobre su vigencia, derogatoria y tránsito, con el propósito de asegurar el derecho a la igualdad y los principios de seguridad jurídica y previsibilidad del derecho. Para estos efectos, resultan de obligatoria consideración las subreglas creadas desde la jurisprudencia en sentencias C, U, NPI, CIL y N, de las cuales el juez puede apartarse a partir de mejores/útiles parámetros de constitucionalidad en su control.

También deberán ser considerados los principios generales del derecho, la costumbre y la equidad.

La doctrina es criterio auxiliar de interpretación e integración normativa.

La integración de las fuentes desde el derecho externo en el sistema interamericano de derechos humanos deberá ser considerada a partir del control de convencionalidad desde el concepto de estándares internacionales en materia de derechos humanos, los cuales son criterios principales de interpretación e integración normativa. La integración a otros sistemas distintos de la materia de derechos humanos no tendrá jerarquía constitucional.

Parágrafo. Con el propósito de alcanzar la aplicación estable del derecho y el derecho a la igualdad, dando prevalencia al principio de seguridad jurídica y previsibilidad del derecho, el juez podrá, mediante el procedimiento de ajuste del sistema normativo, que debe ser diseñado por el legislador, exhortar a la función legislativa o administrativa con el propósito de que a través de una disposición con carácter general expida la fuente formal que permita que los casos concretos sean decididos con criterios uniformes.

El ordenamiento jurídico colombiano, o las disposiciones jurídicas, o las fuentes del derecho, o los fundamentos de derecho en Colombia, se caracterizan por su complejidad, que no crisis, haciéndose necesaria su sistematización. De ahí la posible utilidad que pueda tener para el sistema normativo colombiano la propuesta de una cláusula general de fuentes del derecho.

REFERENCIAS

- Cabrera Suárez, L. A. (2011). Los principios y su papel en la crisis de las fuentes del derecho. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 8(1), 27-39. <https://doi.org/10.18041/1794-7200/criteriojuridico.1%20Enero-Ju.758>

- Clavijo Cáceres, D. G., Guerra Moreno, D. L. y Yañez Meza, D. A. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicadas al derecho*. Ibáñez. http://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/31-08-2017_7b9061_60327073.pdf
- Colmenares Uribe, C. A. (2019). *El proceso monitorio en el contexto iberoamericano: Un estudio desde la doctrina, el derecho comparado y el Código General del Proceso*. Doctrina y Ley.
- Congreso de Colombia. (1972, 30 de diciembre). Ley 16. *Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969*. Diario Oficial 33780.
- Congreso de Colombia. (1996, 7 de marzo). Ley 270. *Estatutaria de la administración de justicia*. Diario Oficial 42.745.
- Congreso de Colombia. (2011, 18 de enero). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial 47956.
- Congreso de Colombia. (2012, 12 de julio). Ley 1564. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 48489.
- Congreso de la República. (2015, 1 de julio). Acto Legislativo 2. *Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones*.
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional* n.º 114.
- Corte Constitucional. (1994, 27 de octubre). Sentencia C-473/94 (Alejandro Martínez Caballero, M. P.).
- Corte Constitucional. (1995, 18 de mayo). Sentencia C-225/95 (Alejandro Martínez Caballero, M. P.).
- Corte Constitucional. (1999, 27 de septiembre). Sentencia T-713/99 (Antonio Barrera Carbonell, M. P.).
- Corte Constitucional. (2008, 6 de marzo). Sentencia C-230A/08 (Rodrigo Escobar Gil, M. P.).
- Corte Constitucional. (2008, 9 de julio). Sentencia C-691/08 (Manuel José Cepeda Espinosa, M. P.).
- Corte Constitucional. (2011, 26 de julio). Sentencia C-577/11 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).
- Corte Constitucional. (2012, 27 de junio). Sentencia C-489/12 (Adriana María Guillén Arango, M. P.).
- Corte Constitucional. (2013, 6 de marzo). Sentencia C-105/13 (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P.).
- Corte Constitucional. (2014, 18 de julio). Sentencia T-528/14 (María Victoria Calle Correa, M. P.).
- Corte Constitucional. (2014, 18 de julio). Sentencia T-532/14 (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P.).
- Corte Constitucional. (2014, 29 de octubre). Sentencia C-792/14 (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M. P.).
- Corte Constitucional. (2015, 12 de mayo). Sentencia T-274/12 (Jorge Iván Palacio Palacio, M. P.).
- Corte Constitucional. (2015, 29 de julio). Sentencia T-476/15 (Myriam Ávila Roldán, M. P.).
- Corte Constitucional. (2016, 15 de junio). Sentencia T-306/16 (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.).

- Corte Constitucional. (2017, 5 de abril). Sentencia C-212/17 (Alejandro Linares Cantillo, M. P.).
- Corte Constitucional. (2019, 21 de mayo). Sentencia SU218/19 (Carlos Bernal Pulido, M. P.).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Petro Urrego vs. Colombia. Sentencia de 8 de julio de 2020 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia. (2020, 20 de septiembre). STC7641-2020 (Luis Armando Tolosa Villabona, M. P.).
- Foro sobre la crisis en las fuentes del derecho. (2017, 25 de mayo). *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambito-juridico.com/noticias/sociales/administracion-publica/foro-sobre-la-crisis-en-las-fuentes-del-derecho>
- Loewenstein, K. (1970). *Teoría de la Constitución* (2.ª ed.). Ariel.
- Montaña Plata, A. (2010). *Fundamentos de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Presidencia de la República. (1970, 6 de agosto). Decreto 1400. *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil*. Diario Oficial 33.150.
- Presidencia de la República. (1991, 19 de noviembre). Decreto 2591. *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*. Diario Oficial 40165.
- Presidencia de la República. (2021, 5 de enero). Decreto 3. *Por el cual se expide el protocolo de acciones preventivas, concomitantes y posteriores, denominado "Estatuto de Reacción, Uso y Verificación de la Fuerza Legítima del Estado y Protección del Derecho a la Protesta Pacífica Ciudadana"*. Diario Oficial 51.548.
- Yañez Meza, D. A. (2013). *El derecho de la jurisdicción: Concepciones discutibles y estudio sobre la institución en la vértebra axiológica del juzgar*. Universidad Libre.
- Yañez Meza, D. A. (2014). Las órdenes de la Corte Constitucional: Su papel y límites en la formulación de políticas públicas. *Revista Estudios de Derecho*, 71(157), 235-268. <http://orcid.org/0000-0001-9715-0221>
- Yañez Meza, D. A. (2016). Elementos de la democracia en la función judicial desde el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En *Código General del Proceso y reformas procesales en Iberoamérica* (pp. 269-310). Ibáñez.
- Yañez Meza, D. A. (2017). Integración de disposiciones procesales en Colombia: Desde los ámbitos especiales de aplicación al ámbito ordinario y residual. En *Derecho procesal colombiano: Tendencias, críticas y propuestas* (pp. 323-329). Instituto colombiano de Derecho Procesal.

- Yañez Meza, D. A. (2019). El derecho de los jueces y el derecho de la administración pública: De la doctrina legal más probable al procedimiento de extensión de la jurisprudencia. *Revista Academia & Derecho*, 10(19), 195-232. <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.19.6014>
- Yañez Meza, D. A. y Guerra Moreno, D. L. (2020). La jurisprudencia desde la Constitución Política de 1991, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y el Código General del Proceso (CGP). En *Estudios multidisciplinarios en el marco del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 173-186). Tirant lo Blanch.
- Yañez Meza, D. A. y Jiménez Escalante, J. T. (2019). Derecho procesal transformador en la reparación de las nuevas víctimas del conflicto armado en Colombia: Desafíos para el proceso de responsabilidad del Estado. *Revista Chilena de Derecho*, 46(1), 129-154. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372019000100129>
- Yañez Meza, D. A. y Yañez Meza, J. C. (2012). Las fuentes del derecho en la Constitución Política de 1991: Una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 3(5), 7-34. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/2410>
- Yañez Meza, D. A., Pabón Giraldo, L. D. y Colmenares Uribe, C. A. (2021). Crisis o complejidad del sistema de fuentes del derecho en Colombia: Problemas y desafíos del derecho sustancial y procesal jurisprudencial. *Revista Republicana*, 31, 211-259. <https://urepublicana.edu.co/ojs/index.php/revistarepublicana/article/view/782/587>
- Yañez Meza, D. A., Pabón Giraldo, L. D. y Colmenares Uribe, C. A. (en prensa). Crisis o complejidad del sistema de fuentes del derecho en Colombia: Problemas y desafíos del derecho sustancial y procesal jurisprudencial. Parte II. *Revista Republicana*, 35.

Revista de Derecho

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.60.001.416>

Transición digital en la formación y práctica judicial: beneficios y desafíos*

*Digital transition in judicial training and
practice: Benefits and challenges*

J E A N C A R L O M E J Í A A Z U E R O

Posdoctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.
Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.
Decano de la Facultad de Derecho en Universidad Militar Nueva Granada.
jean.mejia@unimilitar.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-7022-7919>

A L E X A N D E R R E S T R E P O R A M Í R E Z

Doctor en Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.
Magíster en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre.
Docente investigador en Fundación Universitaria Compensar.
alexanderrestrepo@ucompensar.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-5823-4307>

*Este artículo es un producto del proyecto titulado "Un análisis comparado de los requisitos de admisibilidad de las comunicaciones individuales de los Comités de las Naciones Unidas", rubricado INVDER2959, desarrollado al interior de la línea "Derecho Internacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario", correspondiente al grupo de "Derecho Público" del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Proyecto financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada-Vigencia 2019.

Resumen

Este artículo presenta una revisión crítica y propositiva en torno a la creciente tendencia de utilizar las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en la formación judicial y la administración de justicia en Colombia. El abordaje se realiza a través de la investigación basada en problemas (IBP) como una aproximación descriptivo-analítica a posibles líneas de investigación según los programas de formación inicial de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Se analiza cómo, si bien las TIC y las modalidades de formación virtual y semipresencial representan amplias ventajas frente a los modelos tradicionales de formación presencial transmisionistas o dogmáticos, tales beneficios deben ser evaluados en virtud de factores como la calidad, la transparencia y la equidad no solo del sistema formativo de la rama judicial, sino también de la administración de justicia. Se concluye que, en virtud de la alta demanda de servicios judiciales y la necesidad de flexibilidad en el entrenamiento de jueces y magistrados, son mayores las oportunidades con la transición digital para la formación y práctica judicial que sus riesgos. No obstante, tales transiciones deben ser pensadas integralmente en términos pedagógicos y éticos.

PALABRAS CLAVE

Formación judicial, práctica judicial, ética, *b-learning*, competencias digitales, TIC.

Abstract

This article shows a critical and propounder review of the increasing trend of using information and communication technologies (ICT) in judicial training and the justice administration in Colombia. The approach is carried out through *problem-based research*, as an descriptive-analytical approach to possible research areas based on the initial training programs at “Rodrigo Lara Bonilla” Judicial School. It is analyzed how, although ICT and virtual and b-learning modalities represent broad advantages compared to traditional transmissionist or dogmatic face-to-face training models, such benefits must be evaluated depending on factors such as quality, transparency and equity, not only from judicial training system but also the administration of justice. It is concluded that, due to the high demand for judicial services and the need for flexibility in the training of judges and magistrates, the opportunities with the digital transition for judicial training and practice are greater than the risks. However, such transitions must be fully thought in a pedagogical and ethical background.

KEYWORDS

Judicial training, judicial practice, ethics, *b-learning*, digital competences, ICT.

I. INTRODUCCIÓN

La formación judicial representa una actividad importante en la administración de justicia en cualquier democracia. Se desarrolla como un caso especial de selección por competencias y aspectos de tipo gnoseológico y metodológico de alta especialización profesional (Goldbach, 2016; Mayoral et al., 2014; Muñiz-Argüelles y Fraticelli-Torres, 1985). Esto se justifica porque, a diferencia de otro tipo de profesiones (sin desmedro del alto interés social de cada una), la función jurisdiccional tiene amplias repercusiones en el Estado social de derecho y en las garantías al cumplimiento de principios y valores democráticos.

De igual forma, la formación judicial reviste una complejidad particular debido a la articulación de dos órdenes (si bien separados) vinculados orgánicamente. Por un lado, la formación judicial inicial, que tiene como propósito seleccionar y preparar para la labor jurisdiccional a nuevos candidatos. Y, por otro, la formación judicial continua, que tiene como principal función actualizar en competencias a quienes han sido nombrados en alguna de las modalidades autorizadas por la ley.

Tales servidores conforman precisamente la red de formadores para el proceso de aprendizaje y selección de nuevos jueces y magistrados en la formación judicial inicial (*input* y *output*). Por ende, ambos procesos deben ser pensados en virtud de las oportunidades y los desafíos que representan tendencias mundiales en aprendizaje y evaluación por competencias (Restrepo Ramírez, 2016), investigación basada en problemas (Mejía Azuero, 2020) y modalidades flexibles de educación a través del *b-learning* (Unión Temporal Formación Judicial, 2019, 2019).

Estos desafíos han llevado a las escuelas judiciales iberoamericanas a una constante autoevaluación y mejora de sus procesos (Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales [RIAEJ], 2017). Entre estas transformaciones, la inclusión de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) ha ido de la mano de tendencias cada vez más generalizadas hacia la flexibilización de los procesos educativos (incluso los de mayor nivel de exigencia) a través de modalidades virtuales y a distancia (Area Moreira, 2012; Poblet Balcell y Teodoro Martínez, 2012). En efecto, son mayores los defensores que los detractores de estos nuevos sistemas de mediación pedagógica, no sin antes establecer un conjunto de elementos que no solo justifican, sino que validan la calidad en la educación virtual (Rama, 2016). Es en tal contexto que surge la noción de *competencias digitales* de jueces y magistrados (Area Moreira, 2012).

Podría entonces afirmarse que la pregunta por las implicaciones del uso de las TIC en la formación judicial trae aparejado el problema de la transición digital en la administración de justicia (Consejo Superior de la Judicatura, 2019; Las herramientas digitales acercan la justicia al ciudadano, 2019), puesto que remite a la alfabetización digital de quienes, siendo jueces y magistrados, también son formadores, sin contar con lo correspondiente en el caso de los funcionarios que operan en los despachos (González Caballero y Gimeno Ruiz, 2018).

Este artículo representa una primera aproximación descriptivo-analítica a este panorama, según el conocimiento teórico y práctico originado en la planeación y en el diseño del IX Curso de Formación Judicial Inicial (IX CFJI) en Colombia. El abordaje se enmarca en una propuesta de investigación basada en problemas (IBP) (figura 1), con un enfoque pedagógico, cuyo fin es aportar elementos para el aprendizaje y las discusiones focalizadas en posibles debates y soluciones contextualizadas (Font Ribas, 2012; Cubides Cárdenas et al., 2018; Mejía Azuero, 2020).

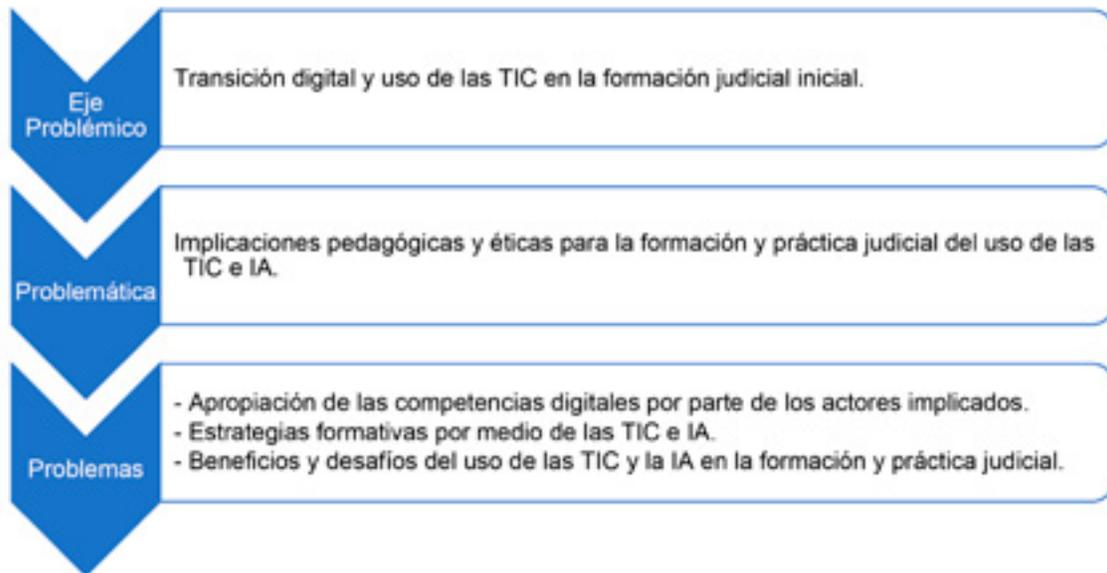


FIGURA 1. ESQUEMA BÁSICO DE TRABAJO POR EJE PROBLÉMICO: NÚCLEO TEMÁTICO PROBLEMATIZANTE. PROBLEMÁTICA: PARTICULARIZACIÓN DE LOS TEMAS A PROBLEMATIZAR A TRAVÉS DE UN EJE TRANSVERSAL. PROBLEMAS: PREOCUPACIONES PARA DESCRIBIR Y ANALIZAR LOS TEMAS PROBLEMATIZADOS Y PROPONER EVENTUALES SOLUCIONES.

II. TRANSICIÓN A LAS TECNOLOGÍAS DIGITALES: ¿QUÉ IMPLICACIONES TIENE PARA LA FORMACIÓN Y LA PRÁCTICA JUDICIAL?

Actualmente, es inevitable la transición hacia las tecnologías digitales en la mayoría de los ámbitos laborales, de modo que es necesario adaptarse para disminuir sus posibles impactos en la equidad laboral. En efecto, si se prevé que entre un 14 % y 32 % de las actividades económicas tengan un “alto” y un “significativo” riesgo de automatización, respectivamente, es importante poner sobre la mesa la necesidad de capacitación y recapitación, para acompañar esta transformación de las actividades y sus medios, sin perder los derechos laborales y sin aumentar la desigualdad social (Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD], 2019, pp. 6-7).

En la administración de justicia, no se trataría únicamente de un riesgo por la pérdida de empleos, sino de la necesidad de reforzar los procesos de capacitación para evitar lo que se ha denominado “analfabetismo digital”. De ahí que se proponga actualmente como uno de los principales objetivos de la formación judicial el fortalecimiento de “competencias digitales” (Area Moreira, 2012). Este proceso se fundamenta en beneficios como mejor acceso, igualdad de trato y eficiencia de los procesos judiciales (Contini, 2020, p. 7), entre otros relacionados directamente con criterios de calidad en la administración de justicia, uno de ellos la diligencia judicial desde una perspectiva integral (Restrepo Ramírez, 2020). Tales posturas trascienden el campo de las tecnologías digitales y conciben, incluso, la inteligencia artificial (IA) como una prospectiva estratégica de la administración de justicia.

Algunas herramientas que hacen parte de esta transformación incluyen la conversión rápida de voz a texto y el expediente digital, o aspectos más complejos, como los modelos de predictibilidad para determinar la probabilidad de reincidencia en el delito de una persona justiciable o con antecedentes penales (ejemplo, *software* Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions [COMPAS]). No obstante, tales “beneficios” no están exentos de ciertos riesgos en torno a aspectos éticos, como la transparencia, la publicidad y la imparcialidad (Larson et al., 2016; Mohamad et al., 2019; Restrepo Ramírez, 2020).

Son estas situaciones las que generan preguntas en dos vías: por un lado, la preparación en competencias digitales de los servidores de la administración de justicia y, por otro, las implicaciones éticas y pedagógicas que tiene la inclusión de las TIC y la IA en la formación.

III. TRANSICIÓN DIGITAL EN LA FORMACIÓN JUDICIAL: EL CASO DE COLOMBIA

En Colombia, la adopción de las TIC en la práctica judicial durante la última veintena se ha desarrollado en consonancia con actualizaciones y avances en procesos de capacitación de la judicatura. En efecto, la Ley 270 de 1996 plantea en el artículo 95 el uso de la tecnología como una prospectiva estratégica:

- La tecnología debe coadyuvar en la práctica de las pruebas, capacitación, conservación y reproducción de expedientes, comunicación entre despachos, y un funcionamiento razonable del sistema de información.
- Los documentos emitidos por medios informáticos y telemáticos gozarán de validez y eficacia.
- Los procesos por medios informáticos deben garantizar la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos.

Al respecto, la Corte Constitucional por medio de Sentencia C-037/96 expresó que el uso de estos medios en los juzgados, los tribunales y las corporaciones judiciales exige un adecuado manejo por parte de los funcionarios y particulares que lo requieran. En este sentido, se sugiere una responsabilidad ética en torno a la incorporación y el uso de las TIC en la administración de justicia, exhortando, en primer lugar, a un aprovechamiento decoroso por parte de servidores judiciales y, en segundo lugar, a la garantía del derecho constitucional a la intimidad y reserva de los datos personales (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 15).

De igual forma, la corporación hace una recomendación en materia jurídica sobre el uso de las TIC: “conviene advertir que el valor probatorio de los documentos a que se refiere la norma bajo examen, deberá ser determinado por cada código de procedimiento, es decir, por las respectivas disposiciones de carácter ordinario que expida el legislador” (Corte Constitucional, Sentencia 037/96, 1996). Con esto, se establece un control tanto ético como jurídico del uso de la tecnología en la administración de justicia.

Sin embargo, estas disposiciones han ido más allá de la jurisprudencia, concretándose a través de reglamentos como el Código General del Proceso, que en su artículo 103, parágrafo 1, establece el Plan de Justicia Digital para promover y direccionar la inclusión de las TIC, incluso el uso de expedientes digitales y el litigio en línea (Ley 1564 de 2012).

Más recientemente, el Consejo Superior de la Judicatura (2020) ha denominado tales presupuestos como una “transformación digital judicial”, justificada en la adaptación de la administración de justicia a las rápidas transformaciones sociales y laborales. En efecto, similar a como Contini (2020) advierte en cuanto a una transición de las TIC de primera generación a IA, Colombia ha empezado a concebir la inclusión e integración de esas “tecnologías de avanzada”. Sin embargo, la rama judicial advierte que la transición no es simplemente la adopción y uso de dichas tecnologías, sino un cambio en las actitudes y aptitudes. Por ende, debería ser algo que trasciende el simple uso operativo de la tecnología, que es como usualmente la conocemos. Se trata de una evolución de lo anterior y parte de optimizar realmente la forma de pensar y de funcionar de una organización, así como de generar un real beneficio al usuario, para lo cual se “aprovechan” las ventajas de las herramientas y soluciones digitales. (Consejo Superior de la Judicatura, 2020, p. 4)

Lo anterior supone la intención de optar por un rol más activo en servidores y empleados judiciales, cuestión que pone sobre la mesa el problema de las competencias digitales, es decir, un asunto que primordialmente es de capacitación para lograr la “alfabetización digital”. De hecho, no puede asumirse que actualmente todos los integrantes de la rama judicial sean “nativos digitales”, independiente de su edad de ingreso en carrera.

Un estudio de la Universidad Nacional de Colombia hizo una primera aproximación a cómo jueces y magistrados se autoevalúan (tabla 1) en el uso de herramientas informáticas, a pesar de que estas son apenas de primera generación en la clasificación realizada por Contini (2020).

TABLA 1. AUTOEVALUACIÓN EN USO DE HERRAMIENTAS INFORMÁTICAS

Cursos virtuales	Plataformas digitales para capacitaciones	Búsqueda en catálogos digitales	Búsqueda eficiente de información en internet	Manejo de Word (Office)	Manejo de Excel (Office)
Avanzado 18%	Avanzado 16%	Avanzado 18%	Avanzado 36%	Avanzado 16%	Avanzado 7%
Intermedio 42 %	Intermedio 38%	Intermedio 42%	Intermedio 47%	Intermedio 51%	Intermedio 30%
Básico 33%	Básico 35%	Básico 33%	Básico 17%	Básico 30%	Básico 54%
Nulo 7%	Nulo 11%	Nulo 7%	Nulo 0%	Nulo 4%	Nulo 9%

Nota: No hay a la fecha datos cuantitativos más actualizados de la red de formadores de la rama judicial colombiana.

Fuente: Adaptado de Escalante (2017a, p. 47).

Se observa que predominan los niveles básico e intermedio, lo cual, desde un punto de vista empírico, es posible constatar tres años después en el desarrollo del proceso de planificación, alistamiento y validación del IX CFJI. A decir verdad, el cambio en las interacciones laborales como consecuencia de la pandemia del covid-19 que demandaron el uso de plataformas virtuales y herramientas digitales (“Una herramienta para volverse un “duro” en las nuevas tecnologías y el derecho”, 2020) evidenció una asimetría en competencias digitales de las personas que están en procesos formativos. Esto plantea la necesidad de un reentrenamiento (*re-skilling*) del talento humano en la administración de justicia para la adopción de las TIC y la IA (Mohamad et al., 2019).

De ahí que cobre sentido la prospectiva estratégica de la rama judicial al concebir la transición o transformación digital no simplemente como uso operativo de herramientas informáticas o *web*, sino como la adopción de una cultura organizacional en torno al uso de las TIC. Pero ¿qué implica esto desde el punto de vista formativo? Al respecto, se plantean algunos elementos para definir las competencias digitales (tabla 2).

TABLA 2. DIMENSIONES DE LA COMPETENCIA DIGITAL

Dimensión instrumental	Saber acceder y buscar información en distintos tipos de medios, tecnologías, bases de datos o bibliotecas
Dimensión cognitiva	Saber transformar la información en conocimiento (habilidades de selección, análisis, comparación, aplicación, etc.)

Continúa...

Dimensión comunicativa	Saber expresarse y comunicarse a través de múltiples lenguajes y medios tecnológicos
Dimensión axiológica	Saber usar ética y democráticamente la información
Dimensión emocional	Saber disfrutar y controlar las emociones de forma equilibrada con las TIC desarrollando conductas socialmente positivas

Fuente: Adaptado de Area Moreira (2012, p. 9).

Por su parte, Poblet Balcell y Teodoro Martínez (2012) consideran la integración tecnológica en la administración de justicia como una agenda importante de las estrategias formativas en las escuelas judiciales. En este sentido, se considera que la formación judicial puede contribuir a ambas vías: mientras es una modalidad cada vez más importante en la selección de funcionarios y empleados judiciales, cuando se desarrolla a partir de recursos tecnológicos y modalidad *b-learning*, permite cumplir con los planes de capacitación y, por ende, con el reentrenamiento necesario para la transición hacia las tecnologías digitales en la práctica judicial (Consejo Superior de la Judicatura, 2019).

IV. ESTRATEGIAS PEDAGÓGICAS

En Colombia, se ha desarrollado un proceso de adopción de las TIC tanto en la formación inicial como en la formación continua. Fruto de esta transición, y debido a la necesidad de flexibilización en los procesos formativos con adultos y profesionales, en los últimos años se han venido desarrollando cursos-concursos en modalidad semipresencial o *b-learning* (Consejo Superior de la Judicatura, 2016, 2019).

Incluso, desde el Acuerdo Pedagógico del VI curso-concurso se habla de un campus y un aula virtual como espacios para desarrollar mediaciones pedagógicas en el entrenamiento de futuros jueces y magistrados (Consejo Superior de la Judicatura, 2013). Sin embargo, al igual que la tecnología en la administración de justicia ha tenido varias fases (Contini, 2020), en los anteriores cursos-concursos de la rama judicial colombiana, el diseño de campus y aulas virtuales tenía formatos básicos, como una página web con material académico alojado en PDF, *banners*, hipervínculos e interfaces intuitivas para los usuarios. Por tanto, a pesar de concebirse la idea de educación semipresencial desde hace varios años, ha requerido varias actualizaciones para cumplir los requisitos de la modalidad *b-learning*. Sus especificaciones técnicas fueron mejoradas en el VII curso-concurso de méritos de la rama judicial colombiana (Consejo Superior de la Judicatura, 2016), y optimizadas a través del diseño formativo e instruccional del IX Curso de Formación Judicial Inicial (Unión Temporal Formación Judicial 2019, 2019).

Por ejemplo, en el VII Curso de Formación Judicial Inicial (Consejo Superior de la Judicatura, 2016), se utilizó LearnMate 5, provista y gestionada por la Universidad Nacional Abierta y a Distancia

(UNAD). Su implementación permitió a los aprendices interactuar con una interfaz de usuario con acceso a actividades de simulación de cada evaluación, consulta de material y realizar pasantía a través de una primera versión del juzgado virtual. De igual forma, la plataforma suministró un tablero de instrumentos para el aprendizaje permanente, la entrega de material académico y la disponibilidad de datos para realizar seguimiento a los participantes (CITCO SAS., 2020).

Con la necesidad logística y de cobertura que llevó a seguir implementando la modalidad *b-learning*, es en la fase de preparación del IX CFJI que se optimizó el diseño formativo (curricular) e instruccional, por medio de guiones pedagógicos y producción de contenidos didácticos interactivos. Entre estos avances, se observa el cambio de LearnMate 5 LMS a Territorium, que es la utilizada actualmente por el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). Este recurso (tabla 3), de acuerdo con las especificaciones técnicas de la Unión Temporal Formación Judicial 2019, aporta valores agregados para el proceso enseñanza-aprendizaje.

TABLA 3. CARACTERÍSTICAS DE TERRITORIUM PARA EL
IX CURSO DE FORMACIÓN JUDICIAL INICIAL

Característica	Descripción
Seguridad	<p>Permite conexiones seguras, garantizando la autenticidad en el manejo de la información.</p> <p>La información es propiedad reservada del Consejo Superior de la Judicatura.</p> <p>La información proveniente de las actividades de aprendizaje genera reportes exactos e integrales.</p> <p>La conservación de datos originales impide su manipulación.</p>
Acceso en modo online y offline	<p>Permite consultar el material académico de los cursos por parte del discente online y offline (para dispositivos móviles).</p>
Herramientas para los diferentes usuarios	<p>Herramientas de diseño instruccional adaptable a consumo para personas con discapacidad visual o auditiva.</p> <p>Kit de herramientas de autor integradas al LMS que permitan a los formadores y tutores producir contenidos interactivos, realizar gestión colaborativa y actualización.</p> <p>Alertas automatizadas para talleres, evaluaciones, terminación de cursos, y otras actividades a través de correo electrónico y push a la app móvil.</p> <p>Recomendación de actividades o contenidos de refuerzo.</p> <p>Encuestas de satisfacción.</p>

Continúa...

Característica	Descripción
Diseño web adaptable y responsive design	Ágil e intuitiva para que el usuario pueda acceder desde cualquier navegador o dispositivo fijo o móvil (con cualquier sistema operativo) con acceso a internet.
Reportes, monitoreo y sistema de reconocimiento facial	<p>Monitoreo y gráficas de progreso.</p> <p>Estadísticas de conexión de usuarios.</p> <p>Posibilidad de crear reportes parametrizables y personalizables con la información relevante.</p> <p>Detalle de consumo y desempeño individual por cursos.</p> <p>Asistencia.</p> <p>Evaluaciones formativas y sumativas.</p> <p>Sistema de reconocimiento facial.</p> <p>Tener la capacidad de manejar hashtags en publicaciones para dar seguimiento a temas.</p>

Fuente: Adaptado de Unión Temporal Formación Judicial (2019, pp. 24-26).

Otras mejoras en el IX CFJI implican optimizar el rol protagónico que tiene su red de formadores. En efecto, se propuso que jueces, magistrados y expertos temáticos participaran en la creación de contenidos didácticos que han sido implementados con éxito en algunas escuelas judiciales de Iberoamérica, como las videocápsulas informativas (Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales [RIAEJ], 2017). De igual forma, se trabajó en la mejora del juzgado virtual, cuya finalidad es ofrecer un contexto de simulación para prácticas judiciales a modo de pasantía. En este, los discentes del IX CFJI podrán desarrollar una experiencia de aprendizaje basada en problemas (ABP) por medios virtuales (Unión Temporal Formación Judicial 2019, 2019). Estos son aspectos muy importantes desde el punto de vista de la accesibilidad y la equidad, dado que, comparado con otros países como Chile, España o Francia, en Colombia se tiene que responder a una mayor cobertura en cantidad de participantes y aspirantes en este tipo de convocatorias (Escalante, 2017a, p. 13).

De esta manera, los diseñadores del IX Curso de Formación Judicial Inicial, en la misma medida que desarrollan un proceso de optimización en dos vías: tanto en la parte pedagógica como tecnológica, son conscientes de que la transición hacia el uso adecuado y generalizado de las TIC en la formación y la práctica judicial, debe ir acompañada de un reentrenamiento y una mediación pedagógica constante para lograr la alfabetización digital recomendada (OECD, 2019; Area Moreira, 2012; Poblet Balcell y Teodoro Martínez, 2012; Contini, 2020).

En esta labor, destaca igualmente la implementación en 2020 por parte del Consejo Superior de la Judicatura de ocho diplomados virtuales para la práctica judicial. Los programas se basaron no solo en áreas de interés jurisdiccional, sino en el desarrollo de competencias pedagógicas. Esta actividad resultó estratégica, puesto que apuntó a dos propósitos: por un lado, la apropiación del uso de las TIC en la formación judicial continua, y por otro, el reentrenamiento en pedagogía a jueces y magistrados que harán parte de la red de formadores en el IX CFJI. Uno de los alcances de esta transición digital radicó en la cobertura y flexibilidad de acceso a los cursos, como lo demuestra la cantidad de personas capacitadas. En la primera cohorte, se cubrieron 2.572 discentes, y en la segunda, 1.006 (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2020, pp. 18-19).

Por ende, podría considerarse que en Colombia la transición hacia la adopción de las TIC ha sido progresiva, como lo ha pretendido el mismo Consejo Superior de la Judicatura (2019, p. 6). Esto ha permitido que jueces y magistrados tengan un proceso escalonado de desarrollo de competencias, puesto que para ser formadores e, incluso, discentes, ha sido fundamental apropiar y asimilar las competencias digitales no solo en los aspectos formativos, sino también en las mismas labores jurisdiccionales.

V. BENEFICIOS

En este punto, es necesario diferenciar dos aspectos en el mismo eje problémico. En primer lugar, está el derecho informático, es decir, aquel que regula todo lo relacionado con las tecnologías digitales en la investigación fiscal y los problemas de diferentes jurisdicciones, especialmente la civil. Y, en segundo lugar, la aplicación de las TIC y la IA en la administración de justicia. En este segundo aspecto, es necesario considerar las iniciativas que desde el Consejo Superior de la Judicatura se han desarrollado, las cuales datan casi de la última veintena, cuando se implementa el Sistema Justicia XXI en su primera versión, actualizada en 2015 tras su evolución a un “ambiente web”:

Su funcionalidad permite el reparto, el registro del proceso judicial, de actuaciones y sentencias en los despachos judiciales, firma electrónica. Su implementación ha sido gradual, en la medida en que se han ido superando algunas incidencias y realizado los ajustes. Actualmente, cerca de mil despachos judiciales implementan el sistema en su versión web. (Consejo Superior de la Judicatura, 2020, pp. 11-12)

De igual forma, relacionada con el Sistema Justicia XXI, el Consejo de Estado ha venido implementando el Sistema de Gestión Documental (Siged) y el Sistema de Gestión Judicial SAMAI con distintas funcionalidades, como la firma electrónica, la gestión interna de los despachos y la integración con herramientas colaborativas, entre otras opciones. Estos sistemas de gestión interna y externa también han sido incorporados por la Corte Constitucional para proveer acceso al público en torno a las actuaciones y el estado de procesos de constitucionalidad (Consejo Superior de la Judicatura, 2020, pp. 12-13). Por su parte, esta última corporación ha adoptado la tutela digital, una herramienta que permite optimizar la gestión y la comunicación entre despachos de instancia y la Corte Constitucional.

Otra iniciativa ha sido la implementación de herramientas como la *business intelligence* (BI) para el análisis y la virtualización de datos y estadísticas (Consejo Superior de la Judicatura, 2020, p. 14), y la implementación del expediente judicial a través del modelo de requisitos para la gestión de documentos electrónicos de archivo (MoReq). Su función es, básicamente, estandarizar la gestión documental electrónica de la rama judicial (Consejo Superior de la Judicatura, 2020, p. 15) y la implementación del Sistema Integrado de Gestión Judicial (SIUGJ), con un moderno sistema de manejo documental electrónico, que incluye “la gestión de procesos y los servicios digitales, con condiciones de seguridad, apertura o interoperabilidad, autenticidad, etc.” (Consejo Superior de la Judicatura, 2020, p. 20).

Más allá de estas herramientas tecnológicas, es inevitable la llegada de la IA como una fase posterior al uso de recursos informáticos y digitales de primera generación, un asunto que salió a flote igualmente en los estudios de Contini (2020) y Mohamad et al. (2019). Esta nueva fase en la transición digital permitiría, como en los prototipos para el análisis de datos (Pretoria) en la Corte Constitucional,

resolver algunas necesidades concretas asociadas al trámite de selección de tutelas, automatizar ciertos trámites y estandarizar la producción de documentos, potencializar los datos asociados a dicho trámite judicial, con la finalidad de fomentar la seguridad jurídica, la transparencia y generar información de valor agregado para la promoción de políticas públicas. (Consejo Superior de la Judicatura, 2020, p. 17)

En suma, los beneficios de la transición digital son enormes tanto en la formación como en la práctica judicial, entre los cuales es posible destacar a modo de síntesis:

- Mayor agilidad y confiabilidad en todo tipo de procesos administrativos y formativos en la administración de justicia.
- Flexibilidad y posibilidades de acceso y cobertura mayores que en las estrategias de aprendizaje tradicionales en modalidad presencial.
- Alternativas de navegación y secuenciación de aprendizajes, de acuerdo con las múltiples alternativas que ofrecen las plataformas digitales.
- Acceso a mayor cantidad de fuentes (teóricas y prácticas) tanto para la investigación aplicada como para la construcción de conocimiento doctrinal.

Sin embargo, estos beneficios no serían tan claros si los procesos de capacitación no tuvieran una relación fundamental con la práctica judicial. En efecto, como se infiere a la luz de lo analizado, el “aterizaje” en la transformación digital en la administración de justicia sería un proceso abrupto (e, incluso, fallido) si no hubiera un entronque estructural y estratégico en las diferentes instan-

cias ejecutivas y jurisdiccionales de la rama judicial y los cursos-concursos, puesto que desde la selección de jueces y magistrados es necesario desarrollar competencias digitales.

VI. DESAFÍOS

Como se habrá podido advertir, el primer desafío es la alfabetización digital de servidores y empleados judiciales. Si bien en los últimos años ha habido avances significativos en esa dirección, como evidencia la autoevaluación de jueces y magistrados (en su mayoría satisfactoria en lo que respecta al uso de herramientas informáticas; tabla 1), es importante cerrar la brecha digital en la judicatura, atendiendo desde el punto de vista de la equidad a dos aspectos fundamentales sin suficiente examen aún: la brecha digital en servidores judiciales por edad y por regiones.

Respecto de las diferencias de edad, contrario, por ejemplo, a países como España o Francia, donde para acceder a las fases iniciales de selección de jueces se fijan ciertas edades (entre 26 y 30 años) (Escalante, 2017b, p. 13), en Colombia, hasta ahora, ni la ley ni las directrices del Consejo Superior de la Judicatura fijan una edad límite de postulación. De ahí que, de acuerdo con un estudio realizado por la Universidad Nacional de Colombia (Escalante, 2017a, 2017b), donde se mostró que en los últimos años se estaba incrementando en Colombia la edad para acceder a los más altos cargos de la judicatura (tabla 4), el problema de las competencias digitales como un aspecto integral de la judicatura deba ser tomado como preocupación de primer orden, en el sentido de la nivelación para la práctica funcional.

TABLA 4. EDAD DE JUECES Y MAGISTRADOS DE LA REPÚBLICA

Entre los 46 y 60 años	53 %
Entre los 36 y 45 años	32 %
Entre los 26 y 35 años	13 %
Más de 60 años	3 %

Fuente: Adaptado de Escalante (2017a, p. 32).

De esta manera, lograr la alfabetización digital para todos los integrantes de la rama judicial debería ser un objetivo no solo desde el punto de vista de la calidad, sino también de la equidad, puesto que las iniciativas ejecutivas y operativas que dan cuenta de los avances en la transformación digital quedarían a medio camino si no existe una concepción sistémica de apropiación y uso eficiente de las TIC y la IA. Esto implica la pregunta en torno a las brechas socioeconómicas entre las regiones del país, cuya desigualdad estructural es reconocida sobre todo en materia educativa (García Villegas et al., 2013).

Ciertamente, la autoevaluación de jueces y magistrados en torno a sus habilidades en acceso a cursos virtuales (tabla 5) muestra que en Colombia no es posible generalizar los alcances de las competencias digitales. Hasta que esta brecha no se cierre con mayores inversiones estratégicas en educación, conectividad y apropiación tecnológica en todas las regiones del país, es posible que entre los mismos aspirantes y concursantes de la rama judicial permanezcan desigualdades que podrían afectar a mediano y corto plazo el desempeño de la administración de justicia desde el punto de vista de la igualdad de oportunidades y la equidad.

TABLA 5. HABILIDAD DE JUECES Y MAGISTRADOS EN EL ACCESO A CURSOS VIRTUALES POR REGIÓN

Amazonía	Zona andina	Costa Caribe	Orinoquía	Costa Pacífica
Avanzado 11%	Avanzado 20%	Avanzado 16%	Avanzado 22%	Avanzado 12%
Intermedio 22%	Intermedio 41%	Intermedio 48%	Intermedio 39%	Intermedio 46%
Básico 56%	Básico 31%	Básico 28%	Básico 39%	Básico 38%
Nulo 11%	Nulo 8%	Nulo 8%	—	Nulo 4%

Fuente: Adaptado de Escalante (2017a, p. 49).

Aunque las brechas no parecen ser muy amplias al comparar las regiones, las diferencias en el nivel avanzado de 9, 8 y 4 puntos porcentuales entre la zona andina y otras regiones como la Amazonía, la Costa Caribe y el Chocó, podrían indicar, junto con las diferencias de conectividad, resultados académicos inherentes a estas deficiencias y, por ende, asimetrías en el desempeño académico de quienes participan tanto de la formación judicial inicial como continua. En este sentido, la preocupación no radica simplemente en un aspecto de equidad, sino de cobertura integral y con calidad de la administración de justicia.

A pesar de que son varios los estudios que argumentan la inclusión de las TIC y la IA en la capacitación de la administración de justicia (Area Moreira, 2012; Contini, 2020; Mohamad et al., 2019; Poblet Balcell y Teodoro Martínez, 2012), pareciera haber una ambivalencia de si lograr los mejores jueces y magistrados puede realizarse por medios virtuales o presenciales (tradicionales). Esto fue evidente en los desafíos que genera la necesidad de diseñar y programar actividades pedagógicas en la modalidad virtual, en respuesta efectiva a las competencias específicas (Unión Temporal Formación Judicial 2019, 2019).

Ahora bien, si los anteriores datos muestran la necesidad de una prospectiva estratégica en el logro estructural de una transición hacia tecnologías digitales, algunos beneficios mencionados se intersectan con inquietudes como la pérdida de autonomía en el poder decisorio del juez. No

obstante, más que las TIC tradicionales, es la IA lo que supone un serio desafío a cuestiones como la objetividad del juez en su poder decisorio. Esta preocupación queda justificada en la medida que un *software* como COMPAS, programado con complejas formulas logarítmicas para predecir la reincidencia de un delito, a menudo podría incurrir en fallos de transparencia y, más grave aún, en posibles sesgos raciales y discriminación (Contini, 2020, p. 13; Larson et al., 2016).

Algunas personas podrían criticar razonablemente que el desarrollo de esta transición en la administración de justicia delega una gran responsabilidad institucional en el nivel de predictibilidad y eficiencia con que el sistema informático (actante) realiza labores que anteriormente eran competencia exclusiva de actores humanos. Sin embargo, quizá, es erróneo pensar que la labor desempeñada por servidores y empleados judiciales pueda ser reemplazada completamente por dispositivos de *hardware* o *software*. Más bien lo que desde una perspectiva tanto educativa como funcional debería pensarse es cómo hacer de la transición digital un medio y no un fin, esto es, un recurso para mejorar las capacidades de la administración de justicia y no para reemplazarlas.

Con esto, de nuevo surge el problema ético de la adopción de las TIC y la IA en las labores jurisdiccionales, sobre todo en casos en los que las coyunturas sociales no permiten una transición del todo progresiva y homogénea hacia el desarrollo de competencias digitales. De hecho, en Colombia, habría que desarrollarse un análisis de estos problemas en el contexto de su diversidad cultural y asimetrías educativas de base, sobre todo cuando en otros países se están implementando sistemas avanzados que suponen serios desafíos a la imparcialidad, la publicidad o la transparencia judicial (Contini, 2020, p. 14).

Este tipo de cuestionamientos surgen dentro de la pregunta por la frontera entre la competencia jurisdiccional que solo puede realizar una persona que cumple con el perfil del juez (Gómez Martínez, 2001) y aquel conjunto de actividades que es posible (óptimamente) apoyar por medio de las TIC y la IA. Es razonable entonces pensar que esto compromete al ámbito de la formación judicial inicial desde las bases de su diseño formativo y sus criterios éticos, puesto que el hecho de formar en competencias específicas a través de modalidades *e-learning* y *b-learning*, antes que suponer un “relajamiento” del nivel de compromiso con el perfil del juez, debería llevar a un reforzamiento de sus idoneidades (incluida ahora la alfabetización digital). Se presume que hacia ese desafío se orienta la rama judicial en Colombia.

VII. PROPUESTAS (A MODO DE CONCLUSIÓN)

Los elementos analizados hasta ahora permiten inferir no solo los problemas desde un punto de vista teórico, sino también desde posibles soluciones a las tensiones entre beneficios y desafíos de la transición digital de acuerdo con el eje problémico y la problemática propuesta (figura 1).

Evaluar de esta manera los problemas implica un modo práctico de análisis que parte (como se ha expuesto) de la experiencia en el diseño de un curso de formación judicial inicial.

Por ende, estas conclusiones, más que un *feedback* reflexivo en torno a las propuestas del artículo, permiten, en primer lugar, establecer la importancia de incrementar y cualificar la investigación para la toma de decisiones, con énfasis en los alcances de tipo pedagógico y ético en la transición hacia tecnologías digitales en la administración de justicia. Si bien este tipo de evaluaciones han sido sugeridas recientemente en lo administrativo por el Consejo Superior de la Judicatura (2019, 2020), requieren en lo sucesivo ser enfocadas en los aspectos de capacitación y ética judicial. Concretamente, tales apuestas investigativas deberían revisar las siguientes problemáticas desde una perspectiva inter y transdisciplinar:

- Viabilidad y conveniencia pedagógica de la modalidad virtual con tendencias en la formación judicial inicial y continua: ABP, análisis de casos y simulaciones y juegos de rol, entre otras.
- Aspectos curriculares de las modalidades virtuales y semipresenciales: ¿Qué impacto tienen en las competencias generales y específicas del juez contemporáneo?
- Conformidad entre el diseño formativo e instruccional a través de modalidades virtuales y semipresenciales, con la evaluación de la satisfacción e impacto en los resultados institucionales de la administración de justicia.
- Implicaciones éticas y pedagógicas de la adopción de las TIC y la IA en la formación y práctica judicial.

El abordaje investigativo de estas problemáticas para la toma de decisiones, si bien obedece a un componente especializado de capacitación, como la formación judicial inicial y continua, debería comenzar a ejecutarse de manera interinstitucional. Esto implica la participación no solo de la escuela judicial, sino también de las universidades con pregrados en derecho y de institutos de pensamiento jurídico que abordan aspectos puntuales y a la vez complejos del sistema político y la administración de justicia.

Sin embargo, es importante que el Consejo Superior de la Judicatura y los equipos consultores, por medio de los informes y avances en materia de apropiación tecnológica en la formación judicial, sean los que marquen el derrotero desde el punto de vista de las competencias específicas de jueces y magistrados. Ello debería constituir un sólido sistema de autoevaluación institucional, en concordancia con el ordenamiento jurídico y los fines democráticos de acceso a la justicia para todas las personas sin ningún tipo de discriminación.

Lo anterior implica que no puede ser simplemente una política pública en materia tecnológica o económica, o su devenir funcional, lo que lleve a los tribunales, juzgados o las corporaciones a adoptar la tecnología en sus labores. Por el contrario, debe ser la prospectiva estratégica en formación y reentrenamiento la que marque el derrotero de esta evolución, salvaguardando los fines y los principios éticos que deben quedar garantizados en estas transiciones. Los resultados de esta autoevaluación guiada por la investigación, incluso, debería marcar el rumbo de las decisiones que se tomen en las nuevas propuestas de adopción de la virtualidad para la administración de justicia, como ya se debate en Colombia.

REFERENCIAS

- Area Moreira, M. (2012). *E-learning y las competencias digitales: Algunas reflexiones y propuestas para la escuela judicial*. *Revista de Educación y Derecho*, 5, 1-18. <https://raco.cat/index.php/RED/article/view/255108/342108>
- CITCO SAS. (2020, 12 de diciembre). *E-learning, contenidos virtuales y LMS*. <http://citcosas.com/soluciones-tecnologicas.php?idcategoria=3&idsubcategoria=8>
- Congreso de Colombia. (1996, 7 de marzo). Ley 270. *Estatutaria de la administración de justicia*. Diario Oficial 42.745.
- Congreso de Colombia. (2012, 1 de julio). Ley 1564. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 48489.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2013, 5 de septiembre). Acuerdo PSAA13 PSAA13-9982. *Por medio del cual se establece el Acuerdo Pedagógico del “VI Curso de Formación Judicial Inicial para Jueces y Juezas Civiles del Circuito que conocen procesos laborales en la Rama Judicial. Promoción 2013-2014*.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2016, 24 de junio). Acuerdo PSAA16-10534. *Por medio del cual se adopta el Acuerdo Pedagógico que regirá el “VII Curso de Formación Judicial Inicial para Jueces y Magistrados de la República en todas las especialidades. Promoción 2016-2017*.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2019). *Plan Sectorial de Desarrollo Rama Judicial 2019-2022 “Justicia Moderna con transparencia y equidad*. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/26035296/Plan+Sectorial+de+Desarrollo+2019-2022.pdf/1744e358-886d-44ed-96b2-3c319b5ffa99>
- Consejo Superior de la Judicatura. (2020). *Expediente electrónico y dimensionamiento para la transformación digital judicial*. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/35666503/INFORME+TRANSFORMACI%C3%92N+DIGITAL+RAMA+JUDICIAL..PDF/53701101-e30c-466b-841a-98faf9fce8e9>
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional* n.º 116.
- Contini, F. (2020). Artificial intelligence and the transformation of humans, law and technology interactions in judicial proceedings. *Law, Technology and Humans*, 2(1), 4-18. <https://doi.org/10.5204/lthj.v2i1.1478>

- Corte Constitucional. (1996, 5 de febrero). Sentencia C-037/96 (Vladimiro Naranjo Mesa, M. P.).
- Cubides Cárdenas, J., Sierra Zamora, P. A. y Mejía Azuero, J. C. (2018). Reflexiones en torno a la justicia transicional en Colombia: Fuerzas Armadas, víctimas y posacuerdo. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 23(2), 11-24. <https://www.produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/33106/34707>
- El derecho se podrá beneficiar de la inteligencia artificial. (2019, 7 de febrero). *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/en-ejercicio/tic/el-derecho-se-podra-beneficiar-de-la-inteligencia-artificial>
- Escalante, E. (coord.) (2017a). *Documento base de la línea de investigación en caracterización del sujeto del acto pedagógico y sistematicidad en necesidades de formación*. Universidad Nacional de Colombia. []
- Escalante, E. (coord.) (2017b). *Documento de lineamientos pedagógicos y metodológicos para futuros cursos de formación inicial*. Universidad Nacional de Colombia.
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2020). *Balance de gestión 2020*. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/BALANCE-DE-GESTION-2020-MARZO-7.pdf>
- Font Ribas, A. (2012). El aprendizaje basado en problemas en la formación judicial. *Revista de Educación y Derecho*, 6, 1-20. <https://doi.org/10.1344/re&d.v0i06.5131>
- García Villegas, M., Espinosa Restrepo, J. R., Jiménez Ángel, F. y Parra Heredia, J. D. (2013). *Separados y desiguales: Educación y clases sociales en Colombia*. Dejusticia. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_591.pdf
- Goldbach, T. S. (2016). From the court to the classroom: Judges' work in international judicial education. *Cornell International Law Journal*, 49(3), 617-682. <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1889&context=cilj>
- Gómez Martínez, C. (2001). Las razones de la formación inicial del juez. *Revista del Poder Judicial*, 64, 247-270. <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3233/razonesformacioninicial-deljuez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- González Caballero, C. J. y Gimeno Ruiz, Á. (2018). La era de la justicia digital y las nuevas tecnologías en la administración de justicia. *Revista Acta Judicial*, 1, 72-88. <https://revistaactajudicial.letradosdejusticia.es/index.php/raj/article/view/12/10>
- Larson J., Mattu S., Kirchner, L. & Angwin, J. (2016, 23 de mayo). How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm. *ProPublica*. <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>
- Las herramientas digitales acercan la justicia al ciudadano. (2019, 6 de junio). *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/en-ejercicio/civil-y-familia/las-herramientas-digitales-acercan-la-justicia-al-ciudadano>

- Mayoral, J. A., Jaremba, U. & Nowak, T. (2014). Creating EU law judges: The role of generational differences, legal education and judicial career paths in national judges' assessment regarding EU law knowledge. *Journal of European Public Policy*, 21(8), 1120-1141. <https://doi.org/10.1080/13501763.2014.915871>
- Mejía Azuero, J. C. (2020). Desafíos de la extradición pasiva de nacionales en el posacuerdo desde el derecho internacional penal. En O. Huertas Díaz y Ó. Mejía Quintana (eds.), *Problemática jurídica posdoctoral: Debates iusfilosóficos, iusteóricos y iusdogmáticos* (pp. 581-610). Universidad Nacional de Colombia.
- Mohamad, A. M., Hamin, Z. & Othman, M. B. (2019). Organizational Implications of Technology Adoption at the Malaysian Civil Courts. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 22(1), 1-5. <https://www.abacademies.org/articles/organizational-implications-of-technology-adoption-at-the-malaysian-civil-courts-7947.html>
- Muñiz-Argüelles, L. y Fraticelli-Torres, M. (1985). Selection and Training of Judges in Spain, France, West Germany, and England. *Boston College International and Comparative Law Review*, 8(1), 1-37. <https://lira.bc.edu/work/ns/d7feaedf-ccac-4db8-b34a-1eca7c7cd7cf>
- Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD]. (2019). *Preparing for the changing nature of work in the digital era*. <https://www.oecd.org/digital/ieconomy/changing-nature-of-work-in-the-digital-era.pdf>
- Poblet Balcell, M. y Teodoro Martínez, E. (2012). Metodologías de la formación continua de los jueces basadas en recursos audiovisuales: Las directrices del espacio judicial europeo. *Revista de Educación y Derecho*, 5, 1-17. <https://doi.org/10.1344/re&d.v0i05.3088>
- Rama, C. (2016). Introducción. En C. Rama y J. Domínguez Granda (eds.), *El aseguramiento de la calidad de la educación virtual* (pp. 1-42). Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote. [https://virtualeduca.org/documentos/observatorio/oevalc_2011_\(calidad\).pdf](https://virtualeduca.org/documentos/observatorio/oevalc_2011_(calidad).pdf)
- Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales [RIAEJ]. (2017). *Metodologías para la formación de jueces y otros operadores jurídicos*.
- Restrepo Ramírez, A. (2016). El malestar en la evaluación del aprendizaje en educación superior. *Horizontes Pedagógicos*, 18(1), 138-152. <https://horizontespedagogicos.iber.edu.co/article/view/18112/865>
- Restrepo Ramírez, A. (2020). Una concepción sistémica de la diligencia judicial en tanto valor ético. *Ética Judicial: Cuaderno 16*, 9(1), 47-62. <https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/images/ConsejoNotables/Cuadernos/cuaderno16.pdf>
- Una herramienta para volverse un "duro" en las nuevas tecnologías y el derecho. (2020, 4 de noviembre). *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/judicial/una-herramienta-para-volverse-un-duro-en-las-nuevas-tecnologias-y-el-derecho-articulo/>
- Unión Temporal Formación Judicial. (2019). *Anexo técnico: Especificaciones técnicas para la realización del IX Curso de Formación Judicial Inicial*.

El derecho de retracto en el derecho colombiano: actualidad y perspectivas*

*The right of withdrawal in colombian law:
current affairs and perspectives*

JUAN CARLOS VILLALBA CUÉLLAR

Universidad Militar Nueva Granada.
juan.villalba@unimilitar.edu.co
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3592-9819>

ANDREA CAROLINA PÉREZ FORERO

Universidad Militar Nueva Granada.
andrea.perez@unimilitar.edu.co
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7163-8365>

*Artículo resultado del proyecto de investigación INV-DER-3199 denominado “El consumidor de comercio electrónico y su régimen de protección”, financiado por el Fondo de Investigaciones de la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada, correspondiente al Grupo de Derecho Privado del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho.

Resumen

El consumidor se encuentra protegido por las disposiciones del Estatuto del Consumidor y las normas reglamentarias que lo consideran el eslabón vulnerable en las relaciones de consumo. En este ámbito, la adquisición de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades propias del consumidor contemplan una serie de mecanismos concretos de protección, como el derecho de retracto aplicable a ciertas formas de contratación en que el consumidor se considera más vulnerable. Este artículo se concentrará en el derecho de retracto, para analizar su concepto, naturaleza, modalidades y algunas precisiones conceptuales derivadas de su praxis en el derecho colombiano.

PALABRAS CLAVE

Consumidor; derecho de retracto; comercio electrónico; protección.

Abstract

The consumer is protected by the provisions of the Consumer Statute and the regulatory norms that consider it as the vulnerable part in consumer relations. Within this scope, the acquisition of goods and services to satisfy the consumer's own needs includes a series of specific protection mechanisms such as the right of withdrawal applicable to certain forms of contracting in which the consumer is considered more vulnerable. This article will focus on the right of withdrawal, to analyze its concept, nature, modalities and some conceptual clarifications derived from its practice in Colombian law.

KEYWORDS:

Consumer; right of withdrawal; electronic commerce; protection.

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos que celebran los consumidores requieren mecanismos de intervención encaminados a protegerlos como parte débil en las relaciones de consumo. En tal sentido, el derecho del consumo busca responder de manera preventiva a los problemas que puedan surgir en las relaciones entre productores y proveedores. Así es como en ciertos ámbitos de contratación el consumidor, persona por naturaleza vulnerable, puede tener una vulnerabilidad acentuada y adquiere mayor riesgo de sufrir las consecuencias de prácticas de comercio agresivas o desleales o, simplemente, por la modalidad de venta utilizada ver afectada la expresión de su voluntad, que, de acuerdo con los cánones del derecho privado tradicional, debe ser consciente y libre. Surge así el derecho de retracto como una herramienta de protección contextual al consumidor con miras a corregir este tipo de dificultades que puede padecer en la relación de consumo. La mayoría de las normas internas de protección en los Estados han acogido este mecanismo con diferentes matices y reglas de puesta en marcha, lo cual demuestra su importancia en el derecho actual.

Uno de los contextos de vulnerabilidad que adquiere especial importancia es el comercio electrónico. El intercambio de bienes y servicios de manera masiva a través de redes y plataformas digitales hoy día es cotidiano. La Ley 1480 de 2011, conocida como Estatuto del Consumidor, en concordancia con la Ley 527 de 1999, lo concibe como la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios (art. 49). Dada la importancia que adquiere hoy día esta forma de intercambios en el comercio, se hará énfasis en el derecho de retracto en las relaciones en comercio electrónico.

La pregunta problema que se plantea es la siguiente: ¿cuáles son los alcances del derecho de retracto en derecho colombiano y cuáles los principales obstáculos para un ejercicio efectivo de este derecho por parte de los consumidores? Para responderla, se busca hacer una aproximación teórica al derecho de retracto desde la norma colombiana y luego determinar los principales inconvenientes para su eficacia real en la actualidad. Así las cosas, este artículo abordará el derecho de retracto desde su fundamento teórico, para lo cual se examinará de manera general la forma en que este mecanismo protectorio se expresa en su diseño legal. Acto seguido, se abordará el concepto y sus características en el derecho colombiano, lo cual amerita, además, revisar las expresiones de esta figura en normas especiales y la comparación con una herramienta muy cercana: la reversión de pagos. Finalmente, se hará una aproximación práctica conforme a una muestra que se analizó de las páginas web de los grandes vendedores de productos en el mercado nacional, con miras a identificar el cumplimiento de las normas sobre este derecho en tales establecimientos de comercio. Para tal fin, bajo la perspectiva del método de investigación dogmático-jurídico, se tratará el tema desde la norma comparada para efectuar posteriormente un análisis de la norma nacional apoyado en la doctrina, las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio

(Superintendencia de Industria y Comercio) y las sentencias de esa entidad en las funciones jurisdiccionales.

II. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE RETRACTO, SU EVOLUCIÓN, RÉGIMEN GENERAL Y ESPECIAL

preliminarmente, es menester abordar la naturaleza del derecho de retracto y su finalidad, la cual ha sido tratada de manera amplia en el derecho nacional y comparado. Retratar es, según la Real Academia Española (RAE, 2001), “revocar expresamente lo que se ha dicho, desdecirse de ello”, y retracto es el “derecho que compete a ciertas personas para quedarse, por el tanto de su precio, con la cosa vendida a otro”. La facultad de retractarse no es exclusiva del derecho del consumo, pero sí adquiere unos matices especiales en este derecho que lo hacen un mecanismo *sui generis* encaminado a proteger el consentimiento del consumidor y permitir que la manifestación de voluntad de este al celebrar un contrato de consumo por mecanismos a distancia o por métodos no tradicionales se vea reforzada. Nótese que la facultad de arrepentimiento del derecho contractual (civil o comercial) por regla general implica sanción o un costo para las partes (Paisant, 2020, p. 146), y tampoco se puede asimilar a las potestades unilaterales en la contratación que se manifiestan en otras etapas contractuales de los contratos de derecho común. Este derecho se encuentra previsto para modalidades de contrato en las que la capacidad de discernimiento del consumidor se puede ver afectada (Flórez Rojas, 2018, p. 247). Se trata de una herramienta preventiva de vicios del consentimiento, pues el derecho del consumo interviene en la fase de formación del consentimiento para que, en casos en que el consumidor se sienta decepcionado o defraudado con el producto recibido, pueda unilateralmente resolver el contrato sin penalidad alguna. Para Sauphanor-Brouillaud et al. (2018, p. 578), el objetivo original de este derecho era mitigar los inconvenientes propios a las circunstancias en las que se celebra el contrato; en los contratos fuera del establecimiento de comercio, se trata de un mecanismo para permitir al consumidor desligarse de un contrato celebrado bajo presión; o si fue celebrado a distancia, el retracto busca compensar que el consumidor no tenga la posibilidad de apreciar físicamente las características del producto o servicio ofrecido. Vemos así que aquello que en derecho civil se traduce en nulidades por vicios como error, fuerza o dolo, en el derecho del consumo se manifiesta en la facultad de resolver el contrato ante el riesgo de “seducción”, propio de la debilidad acentuada en ciertos mecanismos y escenarios de contratación, lo que, además, libera al consumidor de la pesada carga de demandar la validez del contrato. Jaramillo (2015) anota:

De no existir la facultad extintiva, sin duda, se haría más compleja, penosa y difícil situación del consumidor, quien en la *praxis permanecería* vinculado, mejor atado —o casi esclavizado— al vendedor, así mediaran hechos objetivos y antijurídicos que, a las claras, sirvieran de detonante para socavar caros intereses suyos, en contravía de la confianza que en esa materia debe reinar, de la propia justicia contractual y en concreto del sublime respeto por la auténtica libertad de elección

del consumidor —o contratante más vulnerable—. (p. 563) En cuanto a su naturaleza, el derecho de retracto encuentra una particularidad en cuanto a la teoría general del contrato, pues se trata de una derogación al principio *pacta sunt servanda* propicia para los contratos de consumo y su régimen tuitivo. En el derecho colombiano, debe entenderse que el contrato de consumo en el que procede el retracto está sometido a una condición resolutoria meramente potestativa que depende de la voluntad del consumidor (Villalba Cuéllar, 2012, p. 155). El artículo 47 del Estatuto del Consumidor colombiano dice que “es una facultad” y, enseguida, reza que “se resolverá el contrato”, de tal manera que para el legislador el contrato ya está formado, y el retracto activa su resolución; por tal motivo, se toma posición por la condición resolutoria.

En igual sentido, Pizarro Wilson (2005) manifiesta:

El retracto se asemeja a la resolución contractual, ya que las partes deben proceder a las restituciones mutuas; el proveedor debe restituir lo pagado por el consumidor y este debe proceder a la entrega del bien con todos sus accesorios. Tratándose de un servicio contratado, el retracto implica un efecto retroactivo unilateral, ya que solo el proveedor debe restituir el precio cancelado, el cual debe restringirse al pago de los servicios no prestados. (p. 265) En el derecho de la Unión Europea (UE), podría tener aceptación esta teoría, ya que la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores en su artículo 9 consagra que los Estados miembro no pueden prohibir a los contratantes cumplir sus obligaciones durante el plazo establecido para el desistimiento, lo cual indica que el contrato estaba válidamente formado (Paisant, 2020, p. 145). En el derecho argentino, Ghersi y Weingarten (2011, p. 343) señalan que la facultad de revocación establecida se caracteriza por la irrenunciabilidad del derecho a realizarlo, la información del derecho al usuario o consumidor y la gratuidad de la revocación.

El derecho de retracto: régimen general en derecho colombiano

El derecho de retracto se encuentra regulado actualmente en el artículo 47 del Estatuto del Consumidor, aunque tenía antecedente en el Decreto 3466 de 1982, que particularmente lo establecía en favor de ambas partes en el contrato. Se trata de una facultad unilateral implícita en los contratos de consumo en ventas a distancia, por medios no tradicionales o comercio electrónico, venta de bienes y servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el proveedor y tiempos compartidos. Se trata de una condición potestativa en favor del consumidor que le permite revocar el contrato unilateralmente dentro de los cinco días siguientes a la compra. La Superintendencia de Industria y Comercio señala al respecto que, cuando el consumidor ha hecho uso de este mecanismo, está en la capacidad de resolver el contrato y de exigir el reintegro de la totalidad del dinero que se ha pagado por el producto (Superintendencia de Industria y Comercio, Radicación 194581, 2019). En efecto, el proveedor debe reintegrar el dinero pagado por el consumidor sin penalidades ni descuentos.

El derecho de retracto

consiste en la facultad de arrepentimiento del consumidor, sin consideración a asuntos relacionados con las garantías, sino con la libertad de eliminar la motivación de compra. Es una protección que se da para algunos tipos de compras, por ser tan particulares y donde el consumidor, por regla general, no tiene contacto directo con el producto o con el proveedor del mismo. (Superintendencia de Industria y Comercio, Radicación 14-120082-00004-0000, 2014)

De acuerdo con Linares Díaz (2017), el derecho de retracto es irrenunciable, de tal modo que,

con todo ello, en la consecución de relaciones de consumo, empresarios y consumidores tienen ciertas limitaciones que emanan de la ley, y aun cuando voluntariamente quisieran eliminar o reducir el alcance del derecho de retracto no podrían hacerlo dado que la disposición legal limita su voluntad. Dicha limitación encuentra justificación en la posición asimétrica de los consumidores frente a los productores y expendedores, y en la protección misma que dicha posición demanda.

Linares Díaz (2017), además, señala unas características de este derecho: es un derecho exclusivo del consumidor, limitado a ciertas operaciones de consumo, es de carácter temporal, no es universal, es irrenunciable, es una institución diferenciada e independiente. Asimismo, sostiene que, con anterioridad a la Ley 1480 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio no tenía funciones jurisdiccionales en la materia, lo que implicó un claro avance. No se debe olvidar que, cuando se habla del consumidor, no estamos hablando exclusivamente del contratante, ya que, según la definición del artículo 5, numeral 3, del Estatuto del Consumidor, será consumidor la persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera, disfrute o utilice un determinado producto. En tal sentido, está legitimado para retractarse, además del adquirente, la persona que disfrute o utilice el bien o servicio.

Ahora bien, de acuerdo con Pabón Almanza y Mora Ramírez (2014), el derecho de retracto no está previsto como una cláusula general para los contratos de consumo, como la potestad para destruir los negocios en cualquier tiempo, ni como el derecho a reclamar por la calidad, idoneidad o seguridad del producto adquirido. Con respecto a su relación con la garantía del producto, nos manifestaremos adelante.

Debe recalcar que este derecho no es absoluto, solo procede en los casos enunciados por la norma, a saber: la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, es decir, cuando quien vende o fabrica financia la compra al consumidor, ya porque le vende a plazos, ya porque se utiliza el instrumento de pago, por ejemplo, la tarjeta de crédito del mismo vendedor. Igualmente, procede en caso de ventas de tiempos compartidos, tal y como lo mencionaremos adelante. Además, procede en las ventas por medios no tradicionales, como la venta realizada fuera del establecimiento de comercio del vendedor o a distancia como el telemarketing, las ventas por catálogo y el comercio electrónico. Aunado a esto tiene algunas excepciones contempladas en el mismo artículo 47 del Estatuto del Consumidor, tales como:

1. En los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor;
2. En los contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar;
3. En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados;
4. En los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez;
5. En los contratos de servicios de apuestas y loterías;
6. En los contratos de adquisición de bienes perecederos;
7. En los contratos de adquisición de bienes de uso personal.

Es decir, que frente a estas circunstancias no procede el derecho al retracto. La Superintendencia de Industria y Comercio en funciones jurisdiccionales ha hecho algunas precisiones al respecto, es el caso de la Sentencia 10677 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2019) en la cual la demandante afirmaba haber suscrito la prestación de unos servicios estéticos para una depilación láser, frente a la cual efectuó un pago parcial por estos servicios. Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio afirmó:

El derecho de retracto solo puede ser ejercido en los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgados por el productor y/o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco días hábiles, contados a partir de la entrega del bien o servicio o la celebración del contrato, recordó la Superintendencia de Industria y Comercio. En el caso concreto, si bien la demandante ejerció el mencionado derecho dentro de los cinco días previstos en la norma, las pruebas allegadas al proceso dejaron ver que la venta y adquisición del servicio (tratamiento estético) se desarrolló mediante una venta tradicional y su pago se realizó de manera presencial, circunstancia a la que no aplican los presupuestos exigidos [la cursiva es mía].

Con respecto al ejercicio del derecho de retracto en compras internacionales de consumo:

En virtud del principio de territorialidad de la ley las normas del Estatuto del Consumidor y demás normas que lo reglamentan y complementan, solo serán aplicables a aquellos empresarios, actos o contratos que se encuentren dentro de la jurisdicción colombiana.

Tratándose de comercio electrónico donde el empresario se encuentre fuera del territorio colombiano, el retracto se podrá ejercer siempre que las partes lo hayan pactado, y en los términos acordados. En ausencia de pacto, deberá establecerse cuál es la ley aplicable al caso particular y concreto. (Superintendencia de Industria y Comercio, Radicación 194581, 2019)

De manera que la entidad aduce que no es procedente ejercer el derecho de retracto en ventas por comercio electrónico realizadas ante proveedores que no tengan ubicación física dentro del territorio nacional. Esta circunstancia merece especial atención, dado que es frecuente encontrar páginas web adaptadas para vender en el mercado nacional en las cuales el empresario no tiene representación legal en Colombia, situación que no es informada a los consumidores, los cuales a la hora de haber efectuado una compra y ante una eventual reclamación pueden ver vulnerado su derecho a ser protegidos conforme a las normas nacionales. Esto pone, además, en situación de desventaja a los vendedores de productos y a los prestadores de servicios que tienen asiento físico y jurídico en el país y venden por estas modalidades, ya que compiten con comerciantes que tienen vía libre de las autoridades para soslayar los derechos de los consumidores, razón por la cual urge una regulación o un tratado internacional en la materia.

En lo atinente a sus consecuencias jurídicas, la norma es clara en que, una vez el consumidor ha ejercido el derecho de retracto, procede la devolución del dinero pagado por este:

El productor y/o proveedor no puede negarse, guardar silencio, condicionar la devolución del dinero o presionar al consumidor para que reciba un bien diferente al inicialmente adquirido. [...], la única acción procedente una vez ejercido el derecho es la devolución del dinero cancelado a título de precio por el bien o servicio adquirido mediante la venta a distancia o financiada, lo cual debe hacerse dentro de los 30 días calendario siguientes al ejercicio del derecho. El incumplimiento de este plazo se concreta en una clara vulneración al derecho del consumidor, pues no es factible permitir excusa alguna para que el proveedor se abstenga de devolver el dinero en el plazo señalado en la norma, sin descuentos o retenciones por concepto alguno. (Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia 2620, 2020)

Así las cosas, el derecho de retracto no se puede limitar por razones no previstas en la ley, ya que la praxis demuestra que las empresas suelen poner obstáculos de diverso orden para ejercer el derecho, ya porque le imponen limitaciones tales como que no procede el retracto por haberse usado un bono de cortesía, ya porque se trataba de una promoción comercial. Igualmente, pueden surgir obstáculos de orden práctico inadmisibles, tales como someter al consumidor a procedimientos engorrosos para hacer efectivo el derecho. Al respecto:

No le era dable negarse, guardar silencio, condicionar la devolución del dinero o presionar al consumidor para aceptar un bien o servicio diferente al inicialmente adquirido, pues, como se ha indicado, la única acción procedente una vez ejercido el derecho es la devolución del dinero cancelado a título de precio por el bien o servicio adquirido mediante la venta a distancia o financiada. (Superinten-

dencia de Industria y Comercio, Sentencia 8228, 2020) La entidad en funciones jurisdiccionales ha insistido en que el silencio del proveedor frente a la solicitud de retracto del consumidor constituye una infracción a este derecho (Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia 11732, 2020).

Una vez ejercido el retracto, debe devolverse el dinero al consumidor sin penalidades ni descuentos. La norma exige, además, que el consumidor devuelva el bien “en las mismas condiciones en que lo recibió”, lo cual debe entenderse en el sentido de que el bien debe entregarse en buen estado, y esto no impide al consumidor haberlo sacado de su empaque original o haberlo usado sin causarle detrimento. Esto se explica porque el mecanismo de retracto busca mitigar el riesgo de decepción del consumidor en ciertas modalidades de venta y, en general, proteger su consentimiento, por lo cual no tendría lógica pretender que el consumidor no pueda manipular ni usar el producto, pues se privaría de su finalidad principal a este instrumento protectorio. Además, una consecuencia natural del retracto puede ser que los contratos coligados a la operación comercial mediante la cual se le vendió al consumidor también se vean afectados al decaer el contrato que les sirvió de base, por ejemplo, las comisiones que reciben los intermediarios de comercio que sirven como agentes de otros comerciantes.

No sobra reseñar que el derecho de retracto fue objeto de prejuicios, creados sin fundamento real para el contexto nacional, tal como lo indica un estudio de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC, 2017):

Varias empresas expresaron que la forma en la que está estructurada la regulación dificulta el acceso al comercio electrónico, ya que, por ejemplo, algunas empresas ven en la ley de retracto una buena protección del cliente, pero a la vez la desprotección del comerciante, debido al abuso del sistema. (p. 75)

Así es como se creó en cierto momento un mito al afirmarse que el derecho de retracto era una fuente de abuso del derecho por parte de los consumidores. Esa discusión es anacrónica sin duda, pues no hay nada más erróneo: la práctica del derecho de retracto muestra que rara vez es fuente de abuso por parte del consumidor, situación que, si tuviera asidero fáctico, tendría, además, un control legal, ya que el Estatuto del Consumidor contempla la posibilidad de multar al consumidor por infringir el deber de buena fe que le impone el artículo 2. Resulta claro que el abuso del derecho de retracto no es admisible y, cuando el productor o proveedor prueben su uso abusivo en una demanda, el juez podría tomar medidas para sancionar al consumidor, por tanto, no existe desprotección al empresario. Afortunadamente, esos prejuicios, anacrónicos de por sí, en contra del derecho de retracto, han ido desapareciendo y hoy día la doctrina colombiana mayoritaria reconoce sus bondades.

Cabe agregar que las vulneraciones al derecho de retracto pueden ser controladas por la vía jurisdiccional, cuando el consumidor inicie una demanda para hacer valer su derecho ante la Superintendencia de Industria y Comercio en funciones jurisdiccionales o los jueces ordinarios. Igualmente, cabe

un control por la vía administrativa cuando la autoridad a cargo de ejercer inspección, vigilancia y control en cada caso investigue por la vía de protección de intereses generales la infracción a este derecho; en el caso colombiano, la Superintendencia de Industria y Comercio, será la encargada, a excepción de casos relativos a transporte en los cuales la Superintendencia de Transporte tiene funciones administrativas. En un escrito reciente en que se analizan las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio por vía jurisdiccional entre 2016 y 2019 en materia de transporte, se concluye que la vía jurisdiccional ha resultado más efectiva que la vía administrativa, lo cual, ante la ausencia de sanciones por vía administrativa conocidas, pudiera ser extensible a todos los sectores (Galvis Quintero, 2022, p. 546). En este sentido, es una lástima que la protección colectiva por vía administrativa esté relegada a un segundo plano en las autoridades de protección al consumidor en Colombia, ya que la esencia de este derecho es su carácter colectivo.

El derecho de retracto en normas especiales

Es necesario abordar brevemente la cronología del derecho de retracto y su regulación en materia de transporte aéreo. Recién entró en vigencia la Ley 1480 de 2011 y las primeras empresas que sufrieron el impacto de esta figura fueron las aerolíneas comerciales de transporte de pasajeros. La Superintendencia de Industria y Comercio profirió varias sanciones por infringir este derecho entre 2013 y 2014 a las aerolíneas comerciales de pasajeros.

Con posterioridad, la Aeronáutica Civil emitió la Resolución 1375 de 2015, la cual modificó el derecho de retracto para el transporte aéreo de pasajeros. Estableció esta norma que en los contratos para la prestación del servicio de transporte aéreo de pasajeros, que se perfeccionen a través de los mecanismos de venta a distancia o por mecanismos no tradicionales, se entenderá pactado el retracto en favor del adquirente del billete:

3.10.1.8.2. Retracto en caso de ventas efectuadas a través de métodos no tradicionales o a distancia a que se refiere el Decreto 1499 de 2014. En los contratos para la prestación del servicio de transporte aéreo de pasajeros que se perfeccionen a través de los mecanismos de venta a que se refiere Decreto 1499 de 2014, se entenderá pactado el derecho de retracto en favor del adquirente del tiquete. El ejercicio del derecho estará sujeto a las siguientes reglas: El retracto deberá ser ejercido, a través de cualquier canal de atención del vendedor, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas corrientes siguientes a la operación de compra. El retracto solo podrá ser ejercido con una anterioridad igual o mayor a ocho (8) días calendario entre el momento de su ejercicio oportuno y la fecha prevista para el inicio de la prestación del servicio para operaciones nacionales. En caso de operaciones internacionales, el término será igual o mayor a quince (15) días calendario.

Lo anterior indica diferencias sustanciales con el derecho de retracto de la Ley 1480 de 2011, pues se restringe el tiempo en el que se puede ejercer el derecho, excluye de paso eventos en que se compre un billete para usarlo en un plazo muy corto. Además, la norma permite efectuar descuen-

tos de hasta el 10 % del valor de la tarifa, lo que implica penalizar el retracto con una suma en favor del transportador.

Posteriormente, la Aeronáutica Civil expidió la Resolución 2466 2015, en la cual, entre otras disposiciones, se reforzó la obligación de información a los consumidores del transporte aéreo en la compra del pasaje y se reiteraron las condiciones para ejercer el derecho de retracto en los términos de la resolución anterior, las que, aclara, son indispensables y no excluyentes entre sí, y que este derecho solo se ejercerá por medios no tradicionales o a distancia. Además, reglamentó el valor de la retención que se hace al pasajero en vuelos nacionales e internacionales al ejercer el retracto.

La expedición de estas normas generó gran polémica en el ámbito especializado del derecho del consumo, pues se sintieron posiciones encontradas, una según la cual este reglamento atenta claramente contra los derechos contemplados en el Estatuto del Consumidor y su aplicación es un atentado al principio de favorabilidad o *pro consumatore*, pues limita de manera ilegítima el derecho de retracto, dado que se trata de una norma de rango inferior a una ley (Pico Zúñiga, 2015). Por otro lado, se sintieron posiciones menos proteccionistas, que consideraron el derecho de retracto de la Ley 1480 de 2011 como un atentado contra los puntos de equilibrio del empresario de transporte aeronáutico (Pabón Almanza y Mora Ramírez, 2014). Otro sector de la doctrina reconoció el carácter restrictivo de la regulación especial del retracto derivada del RAC 3; pero, a pesar de ello, se sostuvo que se trata de la norma aplicable a la materia, sin la posibilidad de considerar el principio de favorabilidad que la Superintendencia de Industria y Comercio había aplicado en la materia (Sarmiento García, 2016; Uribe Correa, 2019).

Posteriormente, el Auto 11001-03-28-000-2019-00017-00 (Consejo de Estado, 2019), con ocasión de una demanda contra el RAC 3 por violación al derecho del consumidor, suspendió los artículos del RAC 3 relativos al retracto, y dejó vigente lo estipulado en el Estatuto del Consumidor. Luego, con motivo de la pandemia por covid-19 y la declaratoria de emergencia sanitaria, el Gobierno emitió el Decreto 482 de 2020 que determinó que, en caso de retracto, desistimiento u otras circunstancias de reembolso presentadas ante las aerolíneas, “podrán realizar, durante el periodo que dure la emergencia y hasta por un año más, reembolsos a los usuarios en servicios prestados por la misma aerolínea”. De tal modo, ya no habrá reembolso del dinero, sino que el consumidor tendrá derecho a una especie de bono para redimir el valor pagado en servicios de la aerolínea. Nótese, además, que, al incluir la expresión “podrán”, el Gobierno abrió la puerta para que las empresas tomen otros caminos, lo cual, en efecto, viene sucediendo en claro desmedro de los derechos de los consumidores, no solo al retracto, sino también a otro tipo de eventos, incluidos la fuerza mayor. De este modo, el derecho de retracto se desnaturalizó para proteger intereses diferentes de los del consumidor. Esta afirmación no carece de fundamento, pues, en otros ordenamientos jurídicos, se plantearon soluciones más ecuanímes para la parte débil de la relación de consumo; por ejemplo, en el ámbito del derecho europeo, se ordenó a las aerolíneas comerciales y operadores turísticos

la posibilidad de ofrecer alternativas a los consumidores, como un bono, teniendo el consumidor la posibilidad de insistir en el derecho al reintegro del dinero (Recomendación (UE) 2020/648 de la Comisión de 13 de mayo de 2020; Comunicación de la Comisión Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la covid-19 2020/C 89 I/01). En síntesis, el derecho de retracto en materia de transporte refleja uno de los grandes problemas del derecho del consumo colombiano, por la primacía de las normas especiales, aun en detrimento de los derechos de los consumidores en clara contraposición del principio *pro homine* que inspira el contexto legal consumerista (Corte Constitucional, Sentencia C-1141/00, 2000).

En cuanto al derecho de retracto en tiempos compartidos, el Decreto 774 de 2010 señaló:

Artículo 1. *Derecho de retracto*. El contrato o la promesa de contrato por el cual se comercialicen programas de tiempo compartido turístico podrán darse por terminados unilateralmente por su titular, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de su firma, siempre que no haya disfrutado del servicio contratado.

Igualmente, autorizó al promotor o comercializador turístico para descontar hasta el 5 % del valor recibido como cuota inicial del contrato de tiempo compartido turístico. Frente a esta posibilidad de descuento, ratificando lo dispuesto en el Decreto de 774 de 2010, un concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó:

Si el retracto se realiza dentro de los cinco (5) primeros días de adquirido, el consumidor tendrá derecho a que se le devuelvan todas las sumas pagadas, mientras si el retracto se ejercita entre el día 6 y el día 30, el operador podrá descontar, por concepto de gastos efectuados por razón de la venta, un porcentaje que no supere el 5 % del valor recibido como cuota inicial del contrato de tiempo compartido. (Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 15-028457- -00002-0000 de abril 9 de 2015)

Es preciso señalar frente a esta subcategoría de retracto que la Ley 1480 de 2011 en el artículo 47 incluyó expresamente los tiempos compartidos dentro del término de cinco días hábiles, lo cual creó una especie de conflicto con el Decreto 774 de 2010 (Bernal Fandiño, 2015, p. 368), que resulta más proteccionista del consumidor. No obstante, esta contradicción se corrige con la aplicación del principio *pro consumatore* dando vigencia al término más favorable al consumidor y el principio de especialidad que contempla el estatuto en el artículo 2. Además, resulta claro que para este tipo de ventas un derecho de retracto de cinco días es totalmente inadecuado, por dos motivos: primero, se trata de un sector del comercio en el que se suelen utilizar prácticas agresivas de comercio que limitan la capacidad del consumidor de tomar una decisión razonada; y, segundo, cinco días es un lapso corto para dar lugar a una reflexión adecuada al consumidor sobre la compra efectuada. Lo anterior nos permite afirmar que la regulación en normas especiales del derecho de retracto no

jugó en favor de los consumidores. No debe olvidarse que en materia de transporte el consumidor cuenta con otra herramienta de protección consistente en el derecho de desistimiento.

Diferencias entre el derecho de retracto y la reversión de pagos

Debe diferenciarse, asimismo, el retracto con otro mecanismo particular al derecho del consumo colombiano, la reversión del pago, la cual se encuentra contemplada en el artículo 51 del Estatuto del Consumidor y reglamentado a través del Decreto 587 de 2016. Se trata de la posibilidad otorgada al consumidor de reversar una operación de pago en operaciones por comercio electrónico en las cuales se haya utilizado un mecanismo de pago electrónico, el cual normalmente involucra a un intermediario financiero, en caso de que el consumidor sufra algunas circunstancias de incumplimiento o fraude que señala la norma. Tales eventos son estos: a) no recibir el producto en el término ofrecido, b) que el producto recibido no corresponda a lo solicitado, c) que el producto sea defectuoso, d) cuando exista un fraude o e) que se trate de una transacción no solicitada. Entenderíamos que la norma se refiere a la falta de conformidad y que erróneamente se utilizó la expresión “defectuoso”, ya que un producto defectuoso es aquel que tiene un problema de seguridad y un consumidor al recibir un producto difícilmente podrá evidenciar un defecto de esta naturaleza. El consumidor debe informar según la norma tanto al vendedor como al emisor del instrumento de pago, devolviendo el producto al vendedor cuando a ello haya lugar, para que estos procedan a reversar la operación de compra. Al respecto, Flórez Rojas (2013, p. 31) manifiesta que es errada y excesiva la carga impuesta al consumidor de devolver el producto sin hacer distinción de las circunstancias que dan lugar a ello, pues, en casos de productos no solicitados o defectuosos que se le remiten al consumidor, este no tendría por qué asumir el costo de devolverlos. Nosotros consideramos que la expresión “cuando a ello haya lugar” bien contextualizada puede dar lugar a evitar la aplicación de esta carga a todos los eventos en los que procede la reversión de pagos.

En caso de que exista controversia y esta fuere resuelta por autoridad judicial o administrativa en favor del proveedor, reza el artículo 51 del Estatuto del Consumidor, una vez notificada la decisión, se cargará definitivamente la operación en la cuenta o el medio de pago del consumidor, pudiéndose debitar a la cuenta corriente o de ahorros del consumidor. Nótese que la reversión del pago surge como una herramienta legal para involucrar a los intermediarios financieros que prestan el medio de pago para la operación de compra y el legislador pensó en facilitar las cosas al consumidor en los casos que procede la reversión del pago, trasladando la carga probatoria al vendedor, quien debe demostrar su debido cumplimiento para mantener la operación de compra. En ese sentido, se aplicó una lógica según la cual se atiende primero a la solicitud de reversión del pago hecha por el consumidor y después se discute si este tenía razón o no, lo cual desde una perspectiva proteccionista adquiere gran sentido. El legislador contempló entonces una solución a la posibilidad de abuso del derecho del consumidor contemplando en el mismo artículo 51 del

Estatuto del Consumidor la posibilidad de imponerle una sanción por parte de la autoridad administrativa o judicial en caso de que se le pruebe mala fe (Giraldo López et al., 2012, p. 150).

Nótese que el contrato por medio del cual el intermediario financiero presta sus servicios para el pago de la compra que efectúa el consumidor es un contrato coligado de consumo y, por tal motivo, cuando el contrato que le dio origen es reversado, el cual le sirve de causa al consumidor, el contrato efectuado para el pago debe correr la misma suerte. Pensamos que el derecho a la reversión de pagos se adecúa así a la teoría contemporánea del derecho de los contratos.

Ahora bien, esta figura no se puede confundir con el retracto. Se pueden establecer varias diferencias entre el derecho de retracto y la reversión del pago. Primero, el derecho de retracto es potestativo, no requiere justificación alguna, la reversión del pago opera en los cinco eventos solicitados; segundo, el derecho de retracto opera para cualquier medio de pago, la reversión del pago tiene lugar solo en comercio electrónico cuando se utiliza un medio de pago como tarjeta de crédito o débito; tercero, el derecho de retracto opera solo a partir del momento de la entrega del bien, la reversión del pago cobija eventos en los que no se ha recibido el bien o hay fraudes. Cabe agregar que las dos figuras no se excluyen, sino que la finalidad del derecho de reversión de pagos es facilitar la terminación de la relación contractual cuando se configuren las causales mencionadas y medie un intermediario financiero en la operación de pago. La figura nació ante la dificultad que tenían las autoridades de reversar pagos cuando median intermediarios financieros que obstaculizaban las órdenes emitidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en funciones jurisdiccionales. Así las cosas, el derecho de retracto es más amplio, pero sería erróneo afirmar que este queda excluido en los eventos que cobija el artículo 51 para reversión de pagos, pues, haciendo una interpretación de la teleología de las figuras y aplicando el principio *pro consumatore*, debe entenderse que las dos figuras coexisten para dar la protección debida al consumidor. Este argumento se refuerza en la medida en que la mayoría de los pagos por comercio electrónico se hacen por mecanismo de Pagos Seguros en Línea (PSE) o pago con tarjeta crédito, lo cual reduciría en un 99 % cualquier posibilidad de retracto de los consumidores. Con mayor razón entonces se debe afirmar que no se le puede exigir al consumidor diferenciar entre las dos en los eventos que puedan, por ejemplo, concurrir las dos, porque el consumidor se retractó y también procedía la reversión de pagos. Un autor señala como diferencia que el derecho de retracto opera como una forma de terminación de las obligaciones emanadas de un contrato y de expiración del contrato mismo, mientras el derecho a la reversión de pagos es un mecanismo que ataca anomalías en la ejecución del contrato (Arenas Correa, 2021).

En la praxis de la protección al consumidor, tanto el derecho de retracto como la reversión del pago son mecanismos altamente desconocidos por los consumidores, quienes suelen dejar pasar los cinco días que tienen para ejercer estos derechos sin hacerlos efectivos, la mayoría de las veces por ignorancia y otras veces bajo el convencimiento de buena fe de que el vendedor va a cumplir,

porque, en algunos casos, el vendedor insiste en que va a cumplir, lo que, sin duda, posterga el momento en que el consumidor puede ejercer este derecho en su favor. A continuación, se hará una aproximación a la práctica de este derecho en el ámbito del comercio electrónico.

III. UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA AL DERECHO DE RETRACTO EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Desde la perspectiva práctica, una revisión efectuada en el marco de la investigación, a los portales (páginas web) de comercio electrónico colombianos, de cobertura a nivel nacional, arrojó resultados interesantes sobre el cumplimiento de la obligación de información en materia de derecho de retracto. Al verificarse si los grandes vendedores por comercio electrónico informan este derecho, se evidencian los hallazgos que se relacionan a continuación.

Se encontró que una reconocida plataforma de servicios domiciliarios cumple con informar el derecho de retracto a sus clientes en su página web, aunque la empresa señala en las condiciones del servicio que el consumidor debe ejercer el retracto ante sus aliados comerciales, presentando la factura de venta directamente a la tienda o punto de venta del proveedor o vendedor del producto. Igualmente, se observa que no se indica el plazo que tiene el consumidor para ejercer este derecho. Esta cláusula desconoce, por tanto, la calidad de proveedor de la plataforma en cuanto al derecho de retracto, pues el consumidor utiliza la plataforma como medio de enlace para recibir los domicilios de diferentes establecimientos de comercio, lo que genera una relación de consumo por la calidad de proveedor que adquiere al ofrecer sus domiciliarios, quienes particularmente no son sus trabajadores, pero se suscriben a la plataforma y usan su marca para distinguirse.

Igualmente, se analizó el portal web de una reconocida plataforma de ventas *online*, la cual en sus términos y condiciones no reconoce el derecho de retracto, pues afirma que el usuario vendedor responde por todas las obligaciones impositivas que correspondan por la venta de sus artículos, sin que pudiera imputársele a la plataforma algún tipo de responsabilidad por incumplimientos. Por el contrario, la empresa responde por el derecho de retracto cuando se trata de los productos propios, estipulando un término de 10 días para su ejercicio. Como se trata de una plataforma de intermediación, se observa que la tendencia de esta clase de establecimientos de comercio es desligarse de la obligación de conceder el retracto al consumidor.

Otro reconocido portal de ventas *online* tiene incluido el derecho de retracto en los términos y condiciones, los cuales no son visibles para el público, al menos, no como los productos ofertados al público, pues, en general, se ubican en la parte inferior de la página web y en caracteres pequeños. Además, en este sitio se encuentra una pestaña que reza “devoluciones gratis”, visible a los ojos del público, en la cual se indica que se tienen 10 días para productos nacionales y 14 para productos internacionales, a fin de devolver el producto. La empresa limita el alcance de esta

facultad a ciertos productos que están incluidos en el artículo 47 del Estatuto del Consumidor, y además incluye otros productos que no están en la norma. Este portal, una vez se hace la orden de compra de un producto, presenta un aviso visible que dice “protección al comprador”, el cual lleva al enlace de las devoluciones mencionado. No obstante, en los términos y condiciones, se refieren específicamente al retracto, por lo que la devolución parece adecuarse a una política de cambios que, en este caso, tiene restricciones, pero es generosa. En cuanto al retracto, se estipula el término de 5 días y, entre otras menciones, llama la atención la siguiente: “El producto debe tener etiquetas, factura de venta, accesorios y empaques originales (incluyendo manuales, guías de uso, certificados de garantía, etc.)”. Es llamativa, ya que solicitar la factura para exigir el retracto no es acorde con la norma, pues la relación de consumo se puede probar por otros medios. Se asume que esta empresa se hace responsable los costos de envío de retorno del producto y para tal fin indica una empresa de mensajería a la cual el consumidor debe enviar el producto. Si no fuese así, la cláusula es abusiva por limitar la forma en que el consumidor puede ejercer su derecho. Además, encontramos que se afirma que, si el retracto es aceptado, se generará un bono en favor del consumidor, o, si este prefiere, se efectuará la devolución del dinero. Además, esta empresa estipula que, si el cliente recibe un producto íntimo de manera errada, procede el cambio y este no tiene que efectuar la devolución del producto, enlistando lo que se entiende por productos íntimos, lo cual parece correcto y ajustado a la norma.

El examen a un portal especializado en promocionar servicios de terceros evidenció que este anuncia el derecho de retracto en los términos y condiciones de manera poco accesible a los consumidores y otorga un plazo de 10 días para hacer uso de este derecho. A renglón seguido la empresa indica que “podrá restringir el ejercicio del derecho a retracto en ciertas categorías y publicaciones, cuando en las condiciones particulares o letra chica de la misma expresamente se informe”. Esta cláusula tiene el riesgo de ser abusiva cuando las excepciones que haga la empresa excluya servicios o productos que no correspondan a las excepciones legales.

En otro caso, al revisar la página web de una reconocida gran superficie, se encontró la mención al derecho de retracto en los términos y condiciones de manera poco visible. En las condiciones sobre el ejercicio de este derecho, la empresa incluye las siguientes menciones: “El Derecho de retracto se hace efectivo siempre y cuando el producto no sea bien de uso personal, no sea un bien perecedero, no presente cambios en sus características de acuerdo con las condiciones en que se entregó, NO HAYA SIDO USADO o se evidencie desgaste alguno y no presente problemas de calidad de derivadas del uso”.

Llama la atención que esta cláusula tenga una restricción, aquella que ponen en mayúsculas, pues el Estatuto del Consumidor no habla del uso como requisito, a excepción de los servicios. Nótese que el artículo 47 tan solo requiere que el consumidor devuelva el producto en “las mismas condiciones en que lo recibió”, pero no podría entenderse, por tanto, que el hecho de haber abierto el producto para

instalarlo o usarlo pueda impedir el derecho de retracto, incluso, su uso, pues este derecho quedaría desdibujado en su finalidad de controlar el riesgo de decepción si se impidiera al consumidor cualquier manipulación del producto. Esto, además de ser ilógico, contraría el espíritu de la norma y la naturaleza del retracto. La norma claramente se refiere al deterioro o daño del producto ocasionado por el consumidor que impida al comerciante posteriormente reingresarlo en el mercado. El análisis de la página web de esta empresa arrojó que es la única página que presenta una pestaña destinada al derecho de retracto, en su parte inferior. En ella, aparece otra mención interesante relativa a que el producto “no debe presentar indicios de uso o problemas de idoneidad no reportados al momento de la entrega”. Lo llamativo es que la idoneidad del bien es la aptitud para satisfacer la necesidad o las necesidades para las cuales ha sido fabricado o comercializado, y resulta difícil para un consumidor probarlo una vez recibe el producto, por lo que la cláusula excluye el derecho de retracto para un asunto relacionado con la garantía. La empresa en un mismo sentido incluye otra cláusula: “Si el producto presenta alguna novedad de calidad no reportada al momento de la entrega, se enviará el bien a un Centro de Servicios Autorizado para que se efectúe un diagnóstico técnico en cuyo evento se responderá de acuerdo con los plazos estipulados por la Ley 1480 de 2011 (Artículos 7 al 12), para el trámite de garantía y se informará sobre la procedencia o no del Derecho de Retracto”.

Esta cláusula tiene que ver con lo reseñado, relacionada con la posibilidad de convertir el retracto en una obligación de garantía, pues, en este caso, la empresa se reversa la facultad de determinar si se trata de un retracto o una garantía, como si el derecho de retracto excluyera los eventos en los que el bien tiene un problema de calidad o idoneidad. Esta diferenciación es a todas luces errada y afecta el derecho del consumidor a ejercer el retracto.

En el análisis de la página web de otra gran superficie, se encontró igualmente en los términos y condiciones una mención referente a que las devoluciones por fallas técnicas se deben dirigir a los servicios técnicos autorizados. En esta última, se encontró la siguiente cláusula: “Los productos como Portátiles, Celulares y Colchones si deseas aplicar Retracto, te recordamos que no deben ser abiertos de sus empaques ni manipulados”. Esta exclusión al derecho de retracto resulta a todas luces incomprensible. Además, esta gran superficie tiene otra pestaña dedicada solo al retracto en la que se incluye esta cláusula: “Estado de la mercancía: El usuario deberá devolver el producto a XXXX en las mismas condiciones que lo recibió, sin haber utilizado ni gastado el producto, en su caja o empaque original, en perfecto estado, con sus piezas completas, catálogos y manuales; apto para una nueva venta”. Al respecto, se reitera que el aspecto relativo al uso, si se trata de un uso necesario que no altere el buen estado del producto, que es lo que exige la norma, toma el carácter de una exigencia abusiva. Esta empresa exige, además, enviar la solicitud de retracto con nueve ítems que debe especificar el consumidor quien debe esperar que lo contacte el área de logística para verificar un registro fotográfico que este debe enviar. Nos preguntamos si tanto formalismo no puede tener por intención hacer nugatorio el derecho de retracto del consumidor, ya que la ley no exige todo ello. Se trata a todas luces de unas exigencias abusivas.

Al analizar el derecho de retracto de otra gran superficie, se halló que en las condiciones se dice que, una vez efectuado el retracto por parte del consumidor, la empresa generará una “nota de cambio” que puede ser remitida a cualquiera de sus tiendas, aunque luego la empresa afirma que la devolución difiere del derecho de retracto. Esta cláusula no es clara e induce a error al consumidor porque parece mezclar derecho de retracto y política de cambios, y se debe recordar que la consecuencia del derecho de retracto es la devolución del dinero y no el cambio del bien. Esta tienda exige que el producto no se haya usado y esté en su empaque original, aspecto frente al cual pronunciamos nuestra opinión. Igualmente, menciona: “En caso de hacer efectivo el derecho de retracto, la reversión aplica por el valor neto, sin incluir el valor del transporte”. Este descuento del valor del transporte no es acorde con la norma si iba incluido en el valor total del producto.

En otro caso de una gran superficie, esta página se limita a reproducir lo contemplado en la Ley 1480 de 2011 en lo relativo a sus productos, aunque llama la atención que es la única que destina una pestaña al “contrato de compraventa” y sus condiciones en las cuales diferencia entre retracto, devolución por satisfacción y garantía. Es claro que son figuras diferentes que el jurista debe diferenciar, pues el retracto es una facultad potestativa y unilateral del consumidor para dar por terminado el contrato, mientras la política de cambios es netamente convencional y depende de la autonomía de la voluntad de quien predispone el contenido del contrato, es decir, el proveedor, para permitir al consumidor la devolución de productos bajo sus propias condiciones. Finalmente, la garantía tiene que ver con la obligación de responder por la conformidad del bien o servicio por fallas en la calidad, idoneidad y seguridad de estos. No se pueden confundir estas tres figuras.

En el examen de la página web de un portal de ventas de calzado y ropa, el derecho de retracto se encontró en los términos y condiciones y, sorpresivamente, este otorga 90 días de retracto o devoluciones. Debe anotarse que es el único que hace referencia a la reversión de pagos como figura autónoma. Llama la atención que otra página web de origen asiático analizada, que ofrece productos para el mercado colombiano, los términos y condiciones no se ajustan a la normatividad colombiana, ni siquiera se referencia el derecho de retracto, la garantía y otros derechos que tiene el consumidor. Es cuestionable que una página web que dirija su estrategia comercial hacia un mercado determinado no se ajuste a las normas del país en lo más mínimo.

En síntesis, como resultado de esta muestra, se evidencian varios asuntos. Se encontró que la información sobre el derecho de retracto en la mayoría de los casos, pues solo una página lo indica de manera visible bajo la modalidad de devoluciones, está oculta en los términos y condiciones. Esta conducta constituye una infracción a la obligación de información consagrada en el artículo 23 del Estatuto del Consumidor en el sentido de que la información dada sobre el retracto no es oportuna ni es idónea. En dos casos analizados, aparece un enlace específico destinado a este derecho. En ningún caso, se anuncia la posibilidad de ejercer el retracto en el momento del pago, como idealmente debería ocurrir, porque un consumidor medio no lee las políticas y condiciones de la empresa. En sentencia reciente, la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó:

Aunque el artículo 47 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480/11) otorga un término y unas condiciones para que sea procedente el derecho de retracto, si las mismas no son informadas al consumidor de forma clara, precisa, transparente, oportuna y suficiente, *el empresario se hará responsable de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información*, lo cual implica, si es necesario, que deban retrotraerse los efectos jurídicos de toda la negociación [la cursiva es mía]. (“Información sobre derecho de retracto no incluye solo el término para ejercerlo, sino medios o canales de atención”, 2022)

En ese caso, el consumidor ejerció el retracto por fuera de los cinco días hábiles, pero el juez consideró que la falta de información del retracto impedía que se contara el término de ley. Esto daría a entender que se abre paso a una consecuencia de la indebida información del retracto, que el término para ejercer este derecho no comience a correr hasta que se haya informado debidamente o invalide el negocio jurídico celebrado, lo cual tendría lógica desde una perspectiva *pro consumatore*.

Igualmente, se puede concluir que la mayoría de las empresas otorgan los cinco días del Estatuto del Consumidor, y unos pocos han optado por dar unos días adicionales, se encontraron términos de diez días y, sorpresivamente, un término de retracto de noventa días en un portal especializado en la venta de vestuario y calzado. Esto parece indicar que las empresas no están preocupadas por competir dando mejores condiciones de retracto a los consumidores y se ajustan al mínimo legal. También se evidenciaron términos y condiciones generales que inducen a error o confusión al consumidor sobre la política de cambios y el retracto. Además, algunos hacen mucho énfasis en que no se puede usar el producto.

IV. CONCLUSIONES

El mecanismo del retrato se encuentra regulado en los diferentes ordenamientos jurídicos y, en esencia, busca preservar el consentimiento del consumidor al contratar por mecanismos no tradicionales de venta y comercio electrónico. Se trata en su concepción de una herramienta legal con unas particularidades propias del contexto preventivo que predomina en el derecho del consumo para proteger a la parte débil. La norma colombiana contempla un derecho de retracto con términos cortos y gran cantidad de excepciones, lo cual le da un alcance bastante restringido. Es claro que algunas normas del derecho comparado son más estrictas en velar por unas condiciones de retracto que permitan una protección efectiva de los consumidores con términos más amplios y obligaciones puntuales de información sobre este.

En el derecho colombiano, el retracto es claramente diferenciable del derecho a la reversión de pagos, y aunque el primero ha sido delimitado por la doctrina y la jurisprudencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, aún persisten interpretaciones y aplicaciones que tienden a restringirlo y, a veces, a deformarlo. Es más, en el ámbito del transporte aéreo, surgió un aparente conflicto de normas que dio lugar a una normatividad especial menos proteccionista y claramente

contraria a los postulados constitucionales que irradian el sistema de protección al consumidor, hoy en litigio ante el Consejo de Estado.

El análisis de las páginas web de los grandes comercializadores de productos en el mercado colombiano arrojó resultados interesantes que permiten concluir que se trata de un derecho mal informado a los consumidores desde diferentes puntos de vista, ya porque no es accesible la información, ya porque en algunos casos la redacción de las condiciones generales de las empresas es confusas. Además, se encontraron algunas restricciones contractuales contrarias a la norma y condicionamientos que pueden restringir o impedir al consumidor el ejercicio efectivo de este derecho. En fin, se puede evidenciar que, aunque se trata de un derecho de alcance bastante restringido en su concepción legal, mayores preocupaciones generan las prácticas de las empresas frente a este derecho, lo cual demuestra una baja apropiación de la norma. Tal vez un control efectivo por parte de las autoridades involucradas podría mejorar este aspecto, pero esa parece una tarea pendiente.

REFERENCIAS

- Aeronáutica Civil. (2015, 11 de junio). Resolución 1375. *Por la cual se modifican unos numerales del RAC 3 de los reglamentos aeronáuticos de Colombia*. Diario Oficial 49.541.
- Aeronáutica Civil. (2015, 29 de septiembre). Resolución 2466. *Por la cual se modifican y adicionan unos numerales a la Norma RAC 3 de los reglamentos aeronáuticos de Colombia*.
- Arenas Correa, J. D. (2021). Economía conductual de la protección al consumidor en el *e-commerce* colombiano. *Cuadernos de Economía*, 40(82), 1-23. <https://doi.org/10.15446/cuad.econ.v40n82.78584>
- Bernal Fandiño, M. (2015). Reflexiones sobre el sistema de tiempo compartido en Colombia. En E. Llamas Pombo, C. I. Jaramillo, L. Mezzasoma y M. Bernal Fandiño (eds.), *Turismo y derecho del consumo*. Ibáñez.
- Comisión de Regulación de Comunicaciones [CRC]. (2017). *El comercio electrónico en Colombia: Análisis integral y perspectiva regulatoria*. https://cocom.gov.co/system/files/Biblioteca%20Virtual/El%20comercio%20electr%C3%B3nico%20en%20Colombia.%20An%C3%A1lisis%20y%20perspectiva%20regulatoria/234-comelecptd_0.pdf
- Comunicación de la Comisión Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la covid-19 2020/C 89 I/01. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0318%2804%29>
- Congreso de Colombia. (1999, 18 de agosto). Ley 527. *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 43673.
- Congreso de Colombia. (2011, 12 de octubre). Ley 1480. *Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 48220.

- Consejo de Estado. (2019, 25 de noviembre). Auto 11001-03-28-000-2019-00017-00.
- Corte Constitucional. (2000, 30 de agosto). Sentencia C-1141/00 (Eduardo Cifuentes Muñoz, M. P.).
- Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32011L0083>
- Flórez Rojas, M. L. (2013). La reversión del pago dentro del contexto del comercio electrónico y sus implicaciones prácticas en el régimen jurídico colombiano. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 10. <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.10.2013.03>
- Flórez Rojas, M. L. (2018). Derecho de retracto: Ambivalencia de competencias. En *Derecho del consumo: Tras un lustro del Estatuto del Consumidor en Colombia* (pp. 239-262). Temis.
- Galvis Quintero, D. (2022). El derecho de retracto ejercido por usuarios de transporte aéreo. En S. Sotomonte (ed.), *Consumidor y empresa* (pp. 497-556). Universidad Externado de Colombia.
- Gherzi, C. A. y Weingarten, C. (eds.) (2011). *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*. La Ley.
- Giraldo López, A., Caycedo Espinel, C. G. y Madriñan Rivera, R. E. (2012). *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011*. Legis.
- Información sobre derecho de retracto no incluye solo el término para ejercerlo, sino medios o canales de atención. (2022, 4 de octubre). *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil/informacion-sobre-derecho-de-retracto-no-incluye-solo-el-termino-para-ejercerlo>
- Jaramillo, C. I. (2015). El derecho de retracto en el derecho del consumo: Su incidencia en el campo del moderno "derecho del turismo". En E. Llamas Pombo, C. I. Jaramillo, L. Mezzasoma y M. Bernal Fandiño (eds.), *Turismo y derecho del consumo*. Ibáñez.
- Linares Díaz, M. (2017). Caracterización del derecho de retracto en Colombia. *Revista de Derecho Privado*, 57. <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.11>
- Linio. (s. f.). *Términos de uso*. <https://www.linio.com.co/sp/terminos>
- Pabón Almanza, C. y Mora Ramírez, A. (2014). Límites al ejercicio abusivo del derecho de retracto: Inconstitucionalidad en la sobreprotección del consumidor. *Con-texto*, 41, pp. 67-86. <https://revistas.externado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3853/4108>
- Paisant, G. (2020). *Droit de la consommation*. Presses universitaires de France.
- Pico Zúñiga, F. (2015, 14 de octubre). El derecho de retracto en la compra de tiquetes aéreos: Un debate abierto. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/educacion-y-cultura/el-derecho-de-retracto-en-la-compra-de-tiquetes-aereos-un>

- Pizarro Wilson, C. (2005). El incumplimiento lícito del contrato por el consumidor: "El derecho de retracto". *Revista Actualidad Jurídica*, 11, 255-266. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-11-P255.pdf>
- Presidencia de la República. (1982, 2 de diciembre). Decreto 3466. *Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 36143.
- Presidencia de la República. (2010, 9 de marzo). Decreto 774. *Por el cual se dictan unas disposiciones relacionadas con el derecho de retracto en la venta de tiempo compartido turístico*. Diario Oficial 47646.
- Presidencia de la República. (2016, 11 de abril). Decreto 587. *Por el cual se adiciona un capítulo al Libro 2 de la Parte 2 del Título 2 del Decreto Único del sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto número 1074 de 2015, y se reglamenta el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011*. Diario Oficial 49841.
- Presidencia de la República. (2020, 20 de marzo). Decreto 482. *Por el cual se dictan medidas sobre la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, dentro del estado de emergencia, económica, social y ecológica*. Diario Oficial.
- Real Academia Española. (2001). Retractor. En *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). <https://dle.rae.es/retractar?m=form>
- Real Academia Española. (2014). Retracto. En *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). <https://dle.rae.es/retracto>
- Recomendación (UE) 2020/648 de la Comisión de 13 de mayo de 2020 relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de covid-19. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020H0648>
- Sarmiento García, M. G. (2016). El derecho de retracto de los pasajeros en el transporte aéreo. *Revista de Derecho Privado*, 31, 355-365. <https://doi.org/10.18601/01234366.n31.12>
- Sauphanor-Brouillaud, N., Aubert de Vincelles, C. & Brunaux Geoffroy, U. L. (2018). *Les contrats de consommation règles comunes* (2.ª ed.). LAGD.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2014, 8 de agosto). Radicación 14-120082-00004-0000.
- Superintendencia de Industria y Comercio, (2015, 9 de abril) Radicación 15-028457- -00002-0000.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2014, 8 de agosto). Radicación 18-206583-00001-0000. https://www.sic.gov.co/repositorio-de-normatividad?field_tipo_de_norma_value=All&field_tema_general_tid=5&field_anos_value=All&title=&combine=&field_numero_value=&body_value=&field_fecha_de_publicacion_value%5Bvalue%5D=&page=243&order=field_tipo_de_norma&sort=asc
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2017). Radicado 16-424467-2-0. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Boletin-juridico/2017/RAD16424467ProductoDefectuoso.PDF>

Superintendencia de Industria y Comercio. (2019, 13 de marzo). Radicación 194581. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/concepto-boletin-juridico/19035379.pdf>

Superintendencia de Industria y Comercio. (2019, 11 de septiembre). Sentencia 10677.

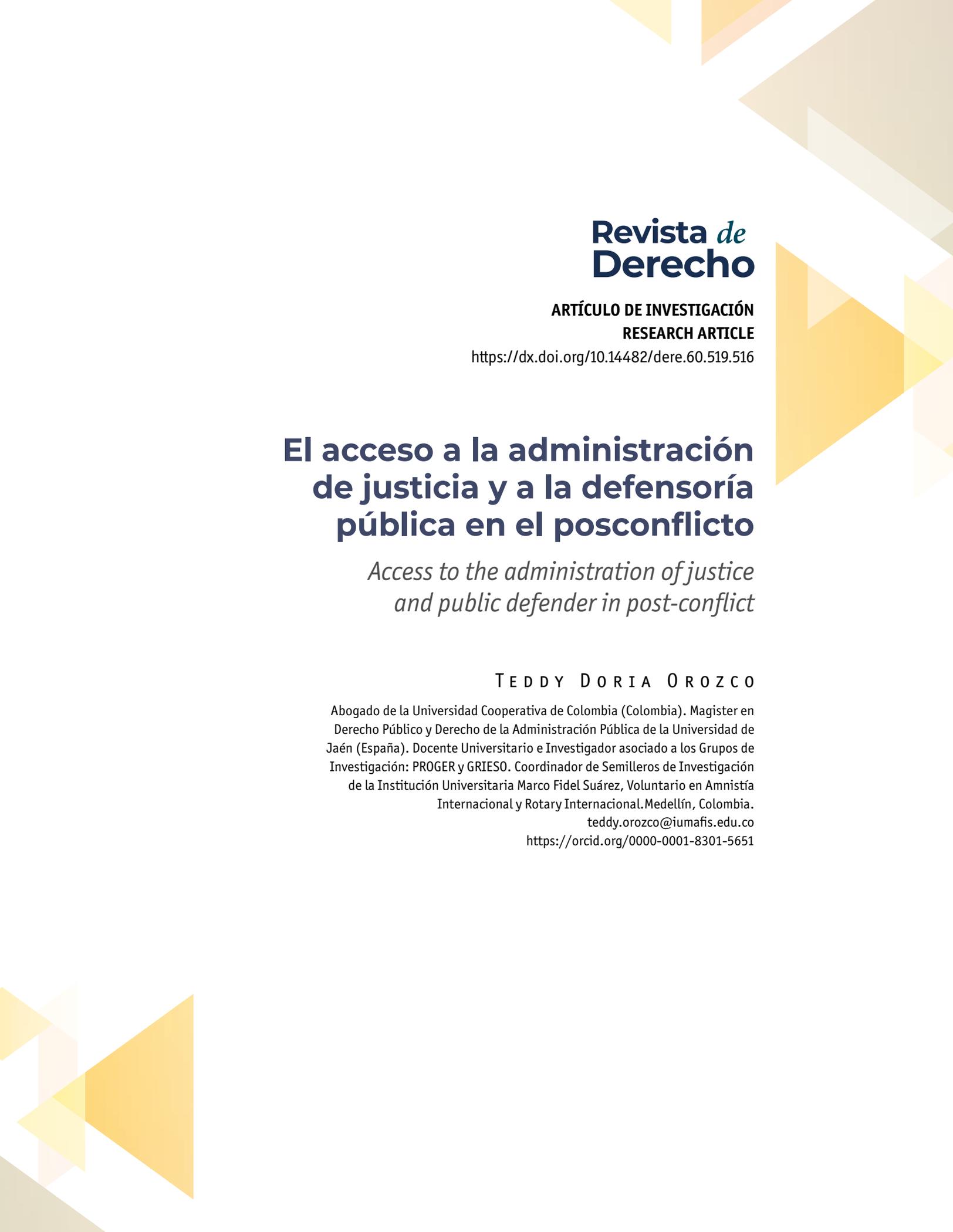
Superintendencia de Industria y Comercio. (2020, 12 de marzo). Sentencia 2620.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2020, 7 de diciembre). Sentencia 11732.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2020, 9 de septiembre). Sentencia 8228.

Uribe Correa, D. (2019). La protección de los pasajeros de transporte aéreo en Colombia. *Revista Socio-Jurídicos*, 21(2), 293-330. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7474>

Villalba Cuéllar, J. C. (2012). *Introducción al derecho del consumo*. Universidad Militar Nueva Granada.



**Revista de
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE**

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.60.519.516>

El acceso a la administración de justicia y a la defensoría pública en el posconflicto

*Access to the administration of justice
and public defender in post-conflict*

T E D D Y D O R I A O R O Z C O

Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia (Colombia). Magister en Derecho Público y Derecho de la Administración Pública de la Universidad de Jaén (España). Docente Universitario e Investigador asociado a los Grupos de Investigación: PROGER y GRIESO. Coordinador de Semilleros de Investigación de la Institución Universitaria Marco Fidel Suárez, Voluntario en Amnistía Internacional y Rotary Internacional. Medellín, Colombia.

teddy.orozco@iumafis.edu.co

<https://orcid.org/0000-0001-8301-5651>

Resumen

La construcción de paz está supeditada a una serie de cambios imprescindibles que afectan la estructura del Estado, dicha intervención debe estar orientada al fortalecimiento de las instituciones para apalancar el cumplimiento de lo acordado, más aún cuando se trata acceso a la justicia, por tal motivo se efectuó un análisis que contrasta el cumplimiento de dicho derecho fundamental a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública. Empleando una investigación de corte cualitativo con enfoque descriptivo y aplicando el paradigma empírico-analítico. Con ello se identificó que a nivel nacional hay 136 defensores públicos adscritos al Programa de Representación Judicial de Víctimas en Ley 975 de 2005 y 633 en el Grupo de Representación Judicial de Víctimas, para un total de 769, hallando 327 513 poderes suscritos en las oficinas regionales de la Defensoría del Pueblo para el 2019 relacionados con restitución de tierras (49 278), víctimas en el sistema acusatorio (6018) y justicia y paz (272 217), además, 8285 poderes registrados de enero a junio de 2020, para un total de 335 798, no contando los ya asumidos. Sin dejar de lado la existencia de conductas violatorias, ligadas a incumplimientos en negación de atención humanitaria integral (506), así como retraso en término para resolver oportunamente tramites de víctimas del desplazamiento forzado (416). Es claro que se está frente a una falta de herramientas que contribuya a garantizar el derecho estudiado en tiempos de paz, frente a las imposibilidades y situaciones jurídicas y las demandas de las víctimas identificadas.

PALABRAS CLAVE

Acceso a la administración de justicia; construcción de paz; defensoría pública; víctimas.

Abstract

The construction of peace is subject to a series of essential changes that affect the structure of the State. This intervention must be oriented towards strengthening institutions to support the fulfillment of what has been agreed, especially when it comes to access to justice. For this reason, an analysis was carried out that contrasts the fulfillment of this fundamental right through the National Public Defender System. Using a qualitative research approach with a descriptive focus and applying the empirical-analytical paradigm, it was identified that at the national level, there are 136 public defenders assigned to the Judicial Representation Program for Victims under Law 975 of 2005, and 633 in the Group of Judicial Representation for Victims, for a total of 769. It was found that there were 327,513 powers of attorney signed in the regional offices of the Ombudsman's Office for 2019 related to land restitution (49,278), victims in the accusatory system (6,018), and justice and peace (272,217). Additionally, there were 8,285 powers of attorney registered from January to June 2020, for a total of 335,798, not including those already assumed. Without disregarding the existence of violative behaviors, linked to non-compliance in denying comprehensive humanitarian assistance (506), as well as delays in resolving procedures for victims of forced displacement (416). It is clear that there is a lack of tools that contribute to guaranteeing the studied right in times of peace, considering the impossibilities and legal situations, as well as the demands of the identified victims.

KEYWORDS

Public defender's office; access to the administration of justice; peacebuilding; victims.

I. INTRODUCCIÓN

Con expedición de la Ley 24 de 1992 la cual establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, se instituye en la piedra angular del acceso a la administración de justicia, la posibilidad de acceder de manera gratuita a la población colombiana (Congreso de Colombia, 1992), con ella se permite proporcionar uno de los servicios públicos esenciales, tales como es el acceso a la jurisdicción. Con esta ley, se dio paso a la creación del Sistema Nacional de Defensoría Pública, para dar efectividad al ideal de justicia concebido en la Constitución Política de Colombia (1991) esto es: garantizar la provisión de defensores públicos para la defensa de intereses en las instancias judiciales y administrativas. Por ello, en el desarrollo de este artículo se dio paso a la revisión del contexto real del estado de dicho sistema, catalogándolo como herramienta eficaz que contribuye a una construcción de una paz estable y duradera.

Se procedió a destacar una serie de puntos críticos que dan cuenta de la debilidad del Sistema Nacional de Defensoría Pública frente a la multiplicidad de trámites y servicios existentes, lo cual ofrece un contraste en el que las necesidades jurídicas de las víctimas están presentes, ligado al goce efectivo de la justicia que hace parte de uno de los ejes esenciales del acuerdo de paz suscrito por el gobierno y las FARC-EP. Esta realidad pone en vilo su cumplimiento, en el entiendo de que existe el riesgo inminente de la existencia de situaciones tendientes a no garantizar este derecho fundamental, como consecuencia, situaciones de impunidad, así como el no conocimiento de la verdad, la reparación y la garantía de no repetición. Esto genera dudas en torno a un Sistema Nacional de Defensoría Pública poco fortalecido y sus retos frente a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Por otro lado, se procura mediante este análisis fortalecer la línea de investigación relacionada con el estudio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y sus repercusiones, ya que, en primera instancia, este opera como puente de conexión para el disfrute de otros derechos. En segundo lugar, se pone de relieve la serie de barreras que implica el no fortalecimiento del Sistema Nacional de Defensoría Pública en relación con la necesidad de reconocer la tarea que cumplen los defensores públicos en posconflicto, sin dejar de lado el papel de las víctimas como uno de los principales destinatarios de este servicio público y el núcleo esencial de lo acordado entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP). Y, en tercer lugar, se da a conocer la necesidad de ver este instrumento de garantía que representa el cumplimiento de uno de los fines del Estado, esto es, la justicia.

En efecto, el contexto de construcción de paz demanda cambios para la sociedad en posconflicto: la estructuración, el fortalecimiento y la creación de instituciones que permitan nuevas perspectivas en la manera de ver la justicia y la protección de derechos. Sin embargo, esto no se ve reflejado en la Defensoría del Pueblo, dadas las falencias en la manera en que opera, las cuales están

consignadas en este artículo y tienen respaldo de cifras obtenidas a partir de la investigación. Entre ellas se encuentran la escasa destinación de recursos y la poca disponibilidad de defensores públicos en relación con la demanda que representa la potencial población que accede al servicio, esto traducido en el alto volumen de solicitudes ante la disponibilidad de recurso humano. Esta situación evidencia que el servicio público ofertado no es proporcional a la infraestructura que hoy presenta la entidad, seguido de los numerosos trámites que exigen la asistencia y la representación de un abogado, lo que impide que las víctimas puedan obtener una decisión de fondo en relación con los derechos reclamados en cualquier instancia.

Este artículo expone la metodología empleada para el alcance de los objetivos propuestos, paso seguido se da a conocer la serie de datos y resultados obtenidos, así como el fundamento teórico que respalda la investigación y, finalmente, las conclusiones a las que se llegaron al efectuar el análisis y la modelación de la información obtenida.

II. METODOLOGÍA

Para la consecución de los objetivos propuestos y el propio objeto de estudio, se puso de manifiesto la necesidad de plantear una perspectiva disciplinar enfocada en el interrogante ¿Cómo sucede? Por ello, el tipo de investigación aplicada fue de corte cualitativa, ligada a un paradigma empírico-analítico y centrada en la comprensión y exposición de una serie de elementos sobre los cuales analiza el problema. Con esto, se requirió la aplicación del enfoque descriptivo, que dio la posibilidad de adentrarse en el problema planteado, sujeto a la dinámica del proceso de investigación y a la implementación de técnicas de investigación, pues justamente se tuvo como fin la descripción de una situación (Tamayo y Tamayo, 1999). En este caso, se analizó la situación actual del Sistema Nacional de Defensoría Pública en contraste con el escenario de construcción de paz actual, catalogándolo como una herramienta de garantía para el acceso a la administración de justicia, además, poniendo de relieve la categoría que tiene este derecho fundamental en favor de las víctimas del conflicto. Por tanto, esta investigación no tuvo interés en comprobar explicaciones, ni en probar determinadas hipótesis, ni en hacer predicciones, puesto que la investigación descriptiva constituye, de acuerdo con Hyman (1955), una “mera descripción de algunos fenómenos” (p. 100).

Además, para el desarrollo del trabajo, se emplearon dos técnicas que sirvieron de soporte para la consecución de los resultados: la técnica documental y la técnica de campo, consistentes en la aplicación de un cuestionario que, de acuerdo con Hernández Sampieri et al. (2010), para especificar las propiedades de personas, grupos, comunidades o procesos o cualquier otro fenómeno que se someta a análisis.

En cuanto a la técnica documental, se efectuó una revisión de leyes, normas, estatutos, antecedentes y todos aquellos documentos cuyo abordaje estaba relacionado con el acceso a la admi-

nistración de justicia en un contexto de posconflicto, así como informes, investigaciones, tesis y demás que se convirtieron en insumo para el análisis del problema planteado. Por su parte, en la fase de campo, se utilizó la aplicación del instrumento (cuestionario),¹ el cual estuvo compuesto de una serie de preguntas específicas dirigidas a las autoridades que hacen parte del manejo y la dirección, como la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la Nación y la JEP.

Dichas preguntas fueron diseñadas de manera cerrada y abierta, asimismo, en su contexto fueron aplicadas de manera autoadministrada o entrevista personal o telefónica, vía internet. Tales técnicas comportaron un recurso flexible y adaptable a las diferentes facetas que presenta este tipo de estudio, más aún cuando su ejercicio se hizo dentro de la pandemia por covid-19. El objetivo central de la investigación se logró ejecutar gracias a la obtención de la información establecida, de la sistematización y organización.

III. RESULTADOS

Datos de víctimas del conflicto armado en Colombia, pobreza y defensores públicos disponibles

A continuación, se expondrán el número de víctimas reconocidas e ingresadas en el Registro Único de Víctimas (RUV) en el ámbito nacional, el número de víctimas sujetas a atención, el número de víctimas no activas y defensores públicos disponibles. Estos datos son importantes para realizar un contraste en la discusión de resultados del número de víctimas y el número de defensores públicos necesarios (tabla 1).

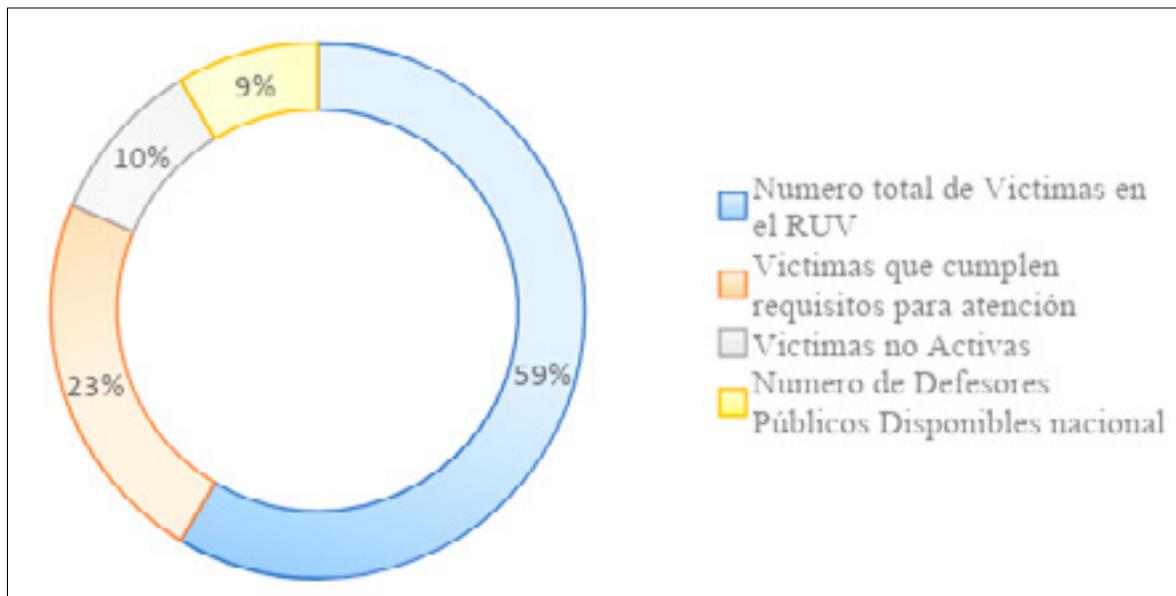
TABLA 1. RELACIÓN DE DATOS ESTADÍSTICOS GENERALES

Datos de víctimas del conflicto armado en Colombia, pobreza y defensores públicos disponibles	
Descripción	Cifras
Personas reconocidas como víctimas e incluidas en el RUV, identificadas de manera única, ya sea por su número de identificación, por su nombre completo o por una combinación de ellos.	9 041 303
Víctimas que cumplen requisitos para acceder a medidas de atención y reparación establecidas en el marco normativo nacional.	7 300 537

¹ En ese sentido, las técnicas enunciadas resultaron ser las más acertadas para alcanzar los objetivos formulados. Lo anterior respaldado en lo expuesto por Hernández Sampieri et al. (2010) al señalar que esta técnica “consiste en un conjunto de preguntas respecto de una o más variables” (p. 217).

Datos de víctimas del conflicto armado en Colombia, pobreza y defensores públicos disponibles	
Descripción	Cifras
Víctimas fallecidas, directas de desaparición forzada, homicidio y no activas para la atención. Sujetos que por distintas circunstancias no pudieron acceder a ninguna medida de atención y reparación.	1 740 766
Número de personas en estado de pobreza multidimensional (2018-2019) sujetas a recibir servicio de defensoría pública (Departamento Nacional de Estadísticas [DANE], 2019).	9 690 000
Número de defensores públicos disponibles para toda la población en el ámbito nacional (Departamento Administrativo de la Función Pública [DAFP], 2019).	3300

Fuente: elaboración propia.



Fuente: elaboración propia.

FIGURA 2. DIAGRAMA COMPARATIVO DE POBLACIÓN EN POBREZA MULTIDIMENSIONAL, NÚMERO DE VÍCTIMAS VS. NÚMERO DE DEFENSORES PÚBLICOS DISPONIBLES

Información recolectada de la Defensoría del Pueblo y la JEP

Datos de Defensoría del Pueblo

Ahora bien, de acuerdo con la información arrojada por la Defensoría Delegada para Orientación y Asesoría de las Víctimas del Conflicto Armado Interno reportó que se cuenta con 136 defensores públicos adscritos al programa de representación judicial de víctimas en la Ley de justicia y paz (Ley 975 de 2005) (Congreso de Colombia, 2005). Asimismo, se tiene que, para el mismo programa, de enero a junio de 2020, han ingresado 8285 poderes nuevos, lo que equivale al mismo número de víctimas que han solicitado el servicio de defensoría pública. Por otro lado, se evidencia que la Defensoría del Pueblo no posee información relacionada con el seguimiento del número de defensores que han asumido asuntos relacionados con el conflicto y la justicia y paz, en procesos que se lleven a cabo en la jurisdicción ordinaria, dado que no reposa información discriminada en sus formularios estadísticos. En otro aspecto, se tiene que el número de defensores que han asumido casos distintos de justicia y paz en defensa de las víctimas del conflicto (reclamaciones administrativas, derecho de petición, tutelas, otros procedimientos y trámites que requiera abogado a cargo del Grupo de Representación Judicial de Víctimas) es de 633 defensores públicos en el ámbito nacional.

Datos extraídos de informes y documentos oficiales

En el proceso de revisión bibliográfica y de reportes de la Defensoría del Pueblo, se evidencia, de acuerdo con informe analítico presentado al Congreso de la República (Defensoría del Pueblo, 2019), la existencia de obstáculos para el acceso a la justicia en Colombia, en especial en las zonas rurales y apartadas. No obstante, este panorama general presenta dos circunstancias particulares que se pudieron observar en 2018. En este orden de ideas, con la puesta en marcha del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRN) considerado uno de los elementos principales del acuerdo de paz, que a su vez tiene diferentes mecanismos, los cuales pueden ser judiciales o extrajudiciales, así como medidas de reparación integral que deben funcionar de forma articulada para satisfacer el derecho de las víctimas y “asegurar la rendición de cuentas por lo ocurrido, garantizar la seguridad jurídica de quienes participen en el Sistema Integral y contribuir a la convivencia, la reconciliación y la no repetición del conflicto para asegurar una transición hacia la paz” (p. 118).

Se tiene que, a pesar de ser un elemento importante, la Defensoría del Pueblo (2019) expone que las modificaciones propuestas a la Ley 1448 de 2011 en el Proyecto de Ley 131 (Cabal Molina, 2018) suscitan una grave afectación para el derecho de acceso a un recurso judicial efectivo de las víctimas de desplazamiento y despojo en el conflicto armado, ya que imponen dilaciones, trámites adicionales y condiciones desfavorables para el ejercicio de la acción de restitución de tierras, sin que exista una justificación legítima para tal efecto.

Compendio normativo sobre atención y trámites efectuado por defensores públicos adscritos a la Sistema Nacional de Defensoría Pública en favor de las víctimas

En ese orden de ideas, en la tabla 3, se muestra un compendio normativo sobre atención y trámites que realizan defensores públicos en acompañamiento a las víctimas. Es de resaltar que para que las víctimas puedan acceder a este tipo de procedimientos requieren la representación de un abogado.

TABLA 3. COMPENDIO NORMATIVO SOBRE ATENCIÓN Y TRÁMITES QUE REALIZAN DEFENSORES PÚBLICOS EN ACOMPAÑAMIENTO A LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO

Tipo de instrumento legal	Número/ Fecha	Entidad que expide la norma	Descripción normativa	Estado de la norma
Ley	975 de 2005	Congreso de la República	Ley de justicia y paz	Vigente
Ley	1592 de 2012	Congreso de la República	Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones	Vigente
Artículo	34	Congreso de la República	Determina la orientación, asesoría y representación judicial de las víctimas	Vigente
Ley	1448 de 2011	Congreso de la República	Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones	Vigente
Artículo	35	Congreso de la República	Información de asesoría y apoyo	Vigente

Continúa...

Tipo de instrumento legal	Número/ Fecha	Entidad que expide la norma	Descripción normativa	Estado de la norma
Artículo	36	Congreso de la República	Garantía de comunicación a las víctimas para hacer efectivos sus derechos en justicia y paz	Vigente
Artículo	43	Congreso de la República	Orientación, asesoría y representación judicial	Vigente
Artículo	49, inciso 2	Congreso de la República	Medidas de atención encaminadas a brindar información, orientación y acompañamiento jurídico y psicosocial a las víctimas	Vigente
Artículo	107	Congreso de la República	Miembro del Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial de la Gestión y Restitución de Tierras Despojadas	Vigente
Artículo	132	Congreso de la República	Solicitud de revisión de la decisión que conceda la medada de indemnización por vía administrativa	Vigente
Artículo	155	Congreso de la República	Diligenciar el formato único de declaración como requisito de acceso de las víctimas al RUV	Vigente
Artículo	157	Congreso de la República	Apoyar a las víctimas para interponer recursos contra la decisión de no inclusión en el RUV	Vigente
Artículo	160	Congreso de la República	Miembro del SNARIV	Vigente
Artículo	173	Congreso de la República	Miembro del Comité de Justicia Transicional del orden departamental	Vigente
Artículo	193	Congreso de la República	Secretaría Técnica de las mesas de participación de orden departamental y nacional	Vigente
Artículo	201	Congreso de la República	Miembro de la Comisión de Seguimiento y Monitoreo de la Ley de Víctimas y ejercer la Secretaría Técnica	Vigente

Continúa...

Tipo de instrumento legal	Número/ Fecha	Entidad que expide la norma	Descripción normativa	Estado de la norma
Decreto	4800 de 2011	Presidencia de la República	Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones	Vigente
Artículos	27, 29, 30, 33, y 34	Presidencia de la República	Procedimiento de registro	Vigente
Artículo	31	Presidencia de la República	Las obligaciones de las entidades encargadas de recibir el registro	Vigente
Artículo	42	Presidencia de la República	Interposición de recursos contra acto administrativo de no inclusión de registro	Vigente
Artículos	121, 122, 241	Presidencia de la República	Centros Regionales de Atención y Reparación de Víctimas que articulan la atención, orientación y remisión para la oferta estatal a víctimas del conflicto	Vigente
Artículos	238 y 241	Presidencia de la República	Subcomités técnicos del SNARIV: Subcomité de Atención y Asistencia; Subcomité de Medidas de Satisfacción; Subcomité de Prevención, Protección y Garantías de No Repetición, y Subcomité de Enfoques Diferenciales	Vigente
Decreto	4829 de 2011	Presidencia de la República	Por el cual se reglamenta el Capítulo III del Título IV de la Ley 1448 de 2011 en relación con la restitución de tierras	Vigente
Artículo	8	Presidencia de la República	Brindar información de la solicitud de registro de tierras despojadas y su contenido	Vigente
Artículo	12, párrafo	Presidencia de la República	Apoyar la interposición de recurso de reposición en casos de exclusión del análisis previo al registro de tierras	Vigente
Artículo	17	Presidencia de la República	Apoyo para la interposición del recurso de reposición frente a la exclusión del registro de tierras despojadas	Vigente

Continúa...

Tipo de instrumento legal	Número/ Fecha	Entidad que expide la norma	Descripción normativa	Estado de la norma
Artículo	28	Presidencia de la República	Recurso de reposición contra las decisiones de fondo de la Unidad de Restitución de Tierras (URT)	Vigente
Resolución	1372 de 2011	Defensoría del Pueblo	Por la cual se crea la Defensoría Delegada para la Orientación y Asesoría de las Víctimas del Conflicto Armado Interno	Vigente
Decreto	1484 de 2015	Departamento para la Prosperidad Social	Por el cual se fija el orden de atención prioritaria cuando se presenten insalvables restricciones en la oferta de Gas Natural o situaciones de grave emergencia, no transitorias, que impidan garantizar un mínimo de abastecimiento de la demanda	Vigente
Decreto	1071 de 2015	Presidencia de la República	Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural	Vigente
Decreto	1581 de 2017	Presidencia de la República	por el cual se adiciona el Título 3 a la Parte 4, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, para adoptar la política pública de prevención de violaciones a los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad de personas, grupos y comunidades, y se dictan otras disposiciones.	Vigente
Circular	22 de 2018	Defensoría del Pueblo	Defensores regionales, Dirección Nacional de Defensoría Pública, Dirección Nacional de Atención y Trámite de Quejas, Delegada para la Salud, la Seguridad Social y la Discapacidad, Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales, Delegada para la Orientación y Asesoría a Víctimas.	Vigente

Continúa...

Tipo de instrumento legal	Número/ Fecha	Entidad que expide la norma	Descripción normativa	Estado de la norma
Ley	1922 de 2018	Congreso de la República	Por medio de la cual se adoptan reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz	Vigente
Resolución	1668 de 2021	Unidad para las Víctimas	Por la cual se derogan las Resoluciones 0388 de 2013, 0588 de 2013, 01448 de 2013, 0828 de 2014, 01281 de 2016, 01282 de 2016, 01336 de 2016, 01392 de 2016, 0677 de 2017 y 00250/2019 expedidas por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y se dictan otras disposiciones	Vigente

Fuente: Defensoría del Pueblo (2021).

Conductas más recurrentes en la violación al derecho de las víctimas de desplazamiento forzado por la violencia en 2018

Frente a este aspecto, la Defensoría del Pueblo (2019) reportó que para 2018 los derechos de las víctimas del desplazamiento forzado como uno de los más conculcados. En la revisión, se lograron identificar cinco conductas violatorias, tales como:

El incumplimiento o la negación de atención humanitaria de emergencia de manera adecuada, oportuna y completa. El incumplimiento en los términos para resolver oportunamente la declaración de recursos solicitudes, quejas, procedimientos judiciales o reclamos que formulen personas víctimas del desplazamiento forzado. La negatividad de la prórroga de la atención humanitaria de emergencia hasta su consolidación socioeconómica. Las múltiples barreras frente al ejercicio del derecho a la verdad, justicia y reparación.

El incumplimiento o negación de programas para la generación de ingresos o estabilidad laboral (tabla 4).

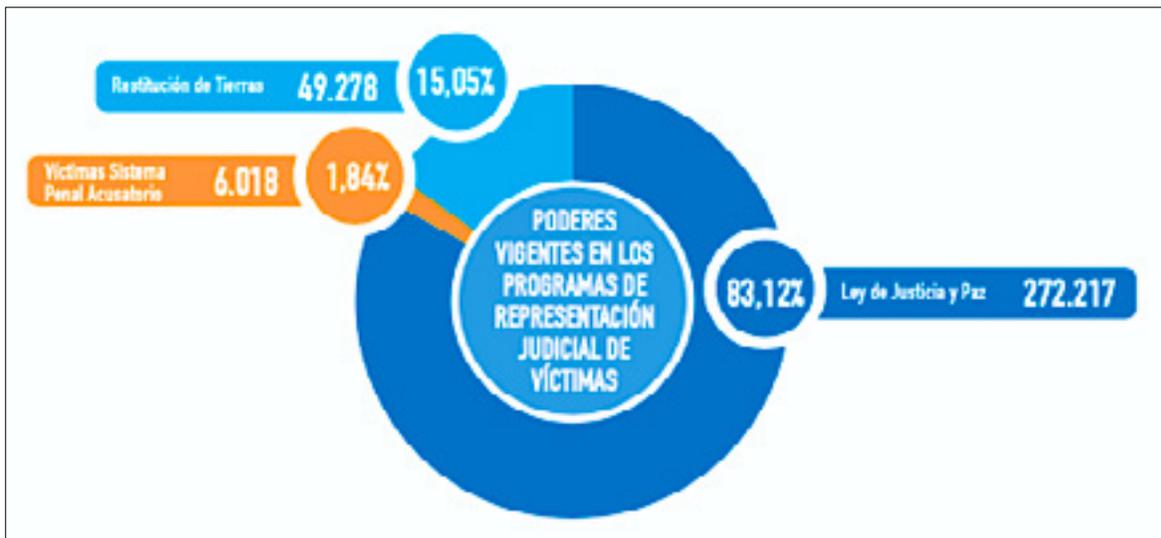
TABLA 4. PRINCIPALES CONDUCTAS VULNERATORIAS A LAS VÍCTIMAS DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO POR LA VIOLENCIA EN 2018

Conductas vulneratorias	Cifras
Incumplimiento o negación de atención humanitaria de emergencia de manera adecuada, oportuna y completa	506
Incumplimiento en los términos para resolver oportunamente la declaración de recursos, solicitudes, quejas, procedimientos judiciales o reclamos que formulen personas víctimas del desplazamiento forzado	416
Negación de la prórroga de la atención humanitaria de emergencia hasta su consolidación socioeconómica	297
Negación del derecho a la verdad, justicia y reparación	237
Incumplimiento o negación de programas para la generación de ingresos o estabilidad laboral	237

Fuente: Defensoría del Pueblo (2019).

Estadísticas del Grupo de Representación Judicial de Víctimas

En relación con este aspecto, se tiene que, en un plan de acción, se ejecutó el 100 % de las actividades del plan anual del periodo 2018. De acuerdo con ello, se realizaron más de 20 visitas y seguimientos a la implementación de programas de prestación de servicio, 4 visitas de apoyo pericial y 10 visitas de difusión de servicio. Asimismo, se actualizaron e implementaron dos instrumentos de mediación estadística mencionados en el cuestionario realizado a la Defensoría del Pueblo, así como los instrumentos SD-P02-F54 y SDP02-F53, y el formato SD-P02 de la Ley 975 de 2015 (figura 4).



Fuente: Defensoría del Pueblo (2019).

FIGURA 4. TOTAL DE PODERES VIGENTES EN LOS PROGRAMAS DE REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE VÍCTIMAS

Datos de la JEP

De acuerdo con los datos recolectados, se pudo identificar que la JEP cuenta con el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa (SAAD), el cual es administrado por la Secretaría Ejecutiva de la JEP. Ahora bien, según el número de defensores adscritos al SAAD, está conformado por defensores para la representación de víctimas, en que se brinda asesoría jurídica a las víctimas a través de un equipo de abogados debidamente cualificados con capacidad de asistencia legal especializada, y con la suscripción de un acuerdo de cooperación internacional con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que vincula a organizaciones de la sociedad civil que demuestren experiencia en la representación judicial de víctimas del conflicto armado.

De tal manera que mediante la Resolución 862 de 2019 se reglamenta el Registro de Abogados del Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa (SAAD) para comparecientes y víctimas ante la JEP. En cumplimiento de esta, se han inscrito 76 abogados pertenecientes a las organizaciones de la sociedad civil y al equipo de profesionales jurídicos expertos en representación judicial a víctimas del SAAD.

Es decir, que actualmente en la Defensoría del Pueblo existe un pequeño número de defensores disponibles para que atiendan especialmente a la población de víctimas reconocidas después del acuerdo de paz firmado entre la FARC-EP y el Gobierno Nacional. Además, se halló un dato general relacionado que da cuenta del número de defensores públicos vinculados en el país: de acuerdo con el director nacional de defensoría pública, Albeis James Fuentes Pimienta, se cuenta a 2019 con una cifra de 3300 defensores (Departamento Administrativo de la Función Pública [DAFP], 2019).

Un dato importante tiene que ver con el número de víctimas acreditadas en la JEP en relación con los siete macrocasos: en el caso 1² existen 2107 víctimas; en el caso 2,³ 84 599 víctimas; en el caso 3,⁴ 220 víctimas; en el caso 4,⁵ 35 174; en el caso 5,⁶ 180 000; en el caso 6,⁷ 6 víctimas, y en el caso 7,⁸ 8000, para 310 106 víctimas acreditadas (JEP, 2020) (tabla 5; figura 3).

TABLA 5. DISPONIBILIDAD DE DEFENSORES PARA EL POSCONFLICTO

Entidades	Número de solicitudes por parte de víctimas o víctimas acreditadas	Defensores públicos disponibles
Justicia y paz (Defensoría del Pueblo)	8258	136
Defensores para representación de víctimas (Defensoría del Pueblo)	8258	633
JEP	310 106	76

Fuente: elaboración propia.

² Este prioriza las “retenciones ilegales de personas por parte de las FARC-EP”, aquellas ocurridas entre 1993 y 2012. Este caso es llamado “caso de secuestro”.

³ A través de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP, se prioriza la grave situación de violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH contra los pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianos, campesinos, mujeres y personas LGBTI de los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas, en el departamento de Nariño.

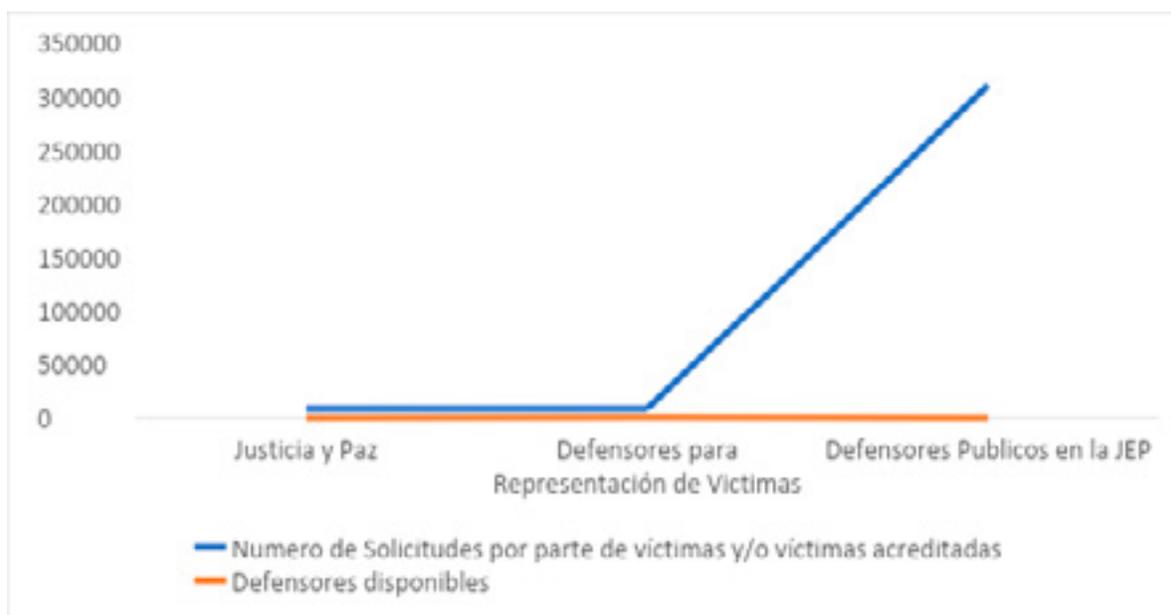
⁴ Mediante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP, se da paso a la apertura del caso 3 en el que se da lugar a las investigaciones relacionadas con las “muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado”, gracias al informe 5 de la Fiscalía General de la Nación en el que se indica que hubo 2248 víctimas entre 1988 y 2014.

⁵ En este caso, priman las investigaciones que se relacionan con la situación territorial a partir de hechos del conflicto armado ocurridos en la región de Urabá, Bajo Atrato y Darién, en los departamentos de Antioquia y el Chocó, previsiblemente cometidos por miembros de las FARC-EP, fuerza pública, agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública y terceros civiles, desde el 1 de enero de 1986 y con anterioridad al 1 de diciembre de 2016.

⁶ Este caso prioriza aquellas violaciones de derechos humanos y las graves infracciones al DIH en el conflicto armado interno en 17 municipios ubicados en el norte del Cauca y sur del Valle del Cauca.

⁷ Con el informe 3, se da apertura a este caso gracias a los datos presentados por la Fiscalía General de la Nación, el cual ha sido catalogado como “victimización de miembros de la Unión Patriótica (UP)”. Asimismo, gracias a los aportes del informe de la Corporación Reiniciar “¡Venga esa mano, país! Memoria viva de una vergüenza nacional”, y del informe del Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) “Todo pasó frente a nuestros ojos: El genocidio de la Unión Patriótica, 1984-2002”.

⁸ Finalmente, este caso prioriza el reclutamiento forzado y el empleo de niñas y niños en el conflicto armado. De la misma manera, investiga otros delitos de los que posiblemente hayan sido víctimas, como resultado o en relación con su vinculación a la guerra. Este caso abarca la investigación de alrededor de 8000 casos de reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado, reportados por la Fiscalía General de la Nación.



Fuente: elaboración propia.

FIGURA 3. RELACIÓN DE DEFENSORES PÚBLICOS PARA EL POSCONFLICTO VS. NÚMERO DE SOLICITUDES POR PARTE DE VÍCTIMAS O VÍCTIMAS ACREDITADAS

Otros datos relacionados con la JEP

En la tabla 6, se muestran los datos obtenidos a partir de los aportados en el cuestionario que se diseñó de manera previa. Este se encuentra soportado con la información suministrada por el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa de la Secretaría Ejecutiva de la JEP.

TABLA 6. CONSOLIDACIÓN DE DATOS RESPECTO DE ACTUACIONES EN LA JEP

Consolidado de datos	
Acciones en la JEP	Número de actuaciones pendientes
Asesorías jurídicas (SAAD)	5583
Designaciones defensores (SAAD)	2330
Asesorías psicosociales	3834

Fuente: elaboración propia.

En concordancia con los datos anteriormente expuestos, el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa de la Secretaría Ejecutiva de la JEP, a corte 30 de junio de 2020, reportó históricamente

(2018, 2019 y 2020) 5583 asesorías jurídicas y 2330 designaciones de abogados para la defensa técnica brindadas a las personas que han comparecido ante la JEP.

Ahora bien, se explicó que, si una persona en calidad de víctima manifiesta su deseo de intervenir en la JEP por intermedio de abogado y carece de recursos económicos para proveerse su propia representación, según el artículo 115 de la Ley 1957 de 2019, dicha víctima podrá contar con los servicios de representación judicial ofrecidos por el SAAD desde el momento en que se efectuó su acreditación. Por otro lado, en relación con la necesidad de representación de un abogado para acceder a la JEP en el caso de ser victimario, se tiene que para los excombatientes de las FARC-EP y los miembros de la fuerza pública ambos tienen la obligación de comparecer ante la JEP, *a contrario sensu*, los agentes del Estado no miembros de la fuerza pública y terceros civiles acuden ante la JEP de manera voluntaria.

Así las cosas, comparecer y someterse judicialmente ante la JEP, en principio, no requiere la representación de un abogado, en atención a disposiciones del acuerdo final y a la misma jurisprudencia de la corporación (Tribunal para la Paz, Sentencia 4337, 2019). Por tanto, la JEP tiene una primera fase en la que el compareciente suscribe el acta de sometimiento y no se exige que cuente con un abogado para este acto. Sin embargo, se recomienda asistencia de un defensor que brinde la asesoría jurídica adecuada tanto del acto a realizar como del proceso en general. Es necesario considerar que no se puede entender esta situación como una regla general, sino que deben estudiarse las particularidades de cada uno de los casos en los que la asesoría legal puede contribuir a la superación de obstáculos a los comparecientes.

De acuerdo con el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa de la Secretaría Ejecutiva de la JEP se expone que de esta manera la defensa técnica adquiere un grado de necesidad en las etapas más avanzadas del procedimiento, en las que se resuelven los beneficios definitivos o se lleva a cabo el proceso adversarial de asignación de responsabilidades (Tribunal para la Paz, Auto TP-SA-131, 2019). Así es como, en las diferentes etapas judiciales ante las salas y secciones como garantía del derecho fundamental del debido proceso y derecho a la defensa, es preciso contar con un abogado para que ejerza la defensa técnica judicial, la cual puede ser de confianza, proveída por el Departamento de SAAD Comparecientes, el Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo u otro habilitado para tal fin, según lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 1957 de 2019 (Congreso de Colombia 2019).

IV. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

De acuerdo con el análisis descriptivo por medio del cual se le dio desarrollo a esta investigación, esto es, la garantía del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública en fase de construcción de paz en Colombia, con la serie

de datos recolectados mediante el instrumento de recolección de información empleado, en primera instancia, la información macro ofrece una vista general del estado crítico del actual sistema objeto de estudio, frente a la pronta respuesta ante las necesidades jurídicas de las víctimas en un escenario de construcción de paz. Sin dejar de lado que Colombia posee una población en estado de pobreza multidimensional que ronda los 9 960 000, la cual es potencial para acceder al servicio de defensa pública ofrecida por el Estado (DANE, 2019), se observa que, de acuerdo con lo reportado en el RUV, existen alrededor de 7 300 537 personas en esta condición que cumplen requisitos de acceso a medidas de atención y reparación establecidas en el marco normativo nacional.

En consecuencia, el análisis comparativo de los datos mencionados frente al número de defensores disponibles en el ámbito nacional, que es cerca de 3300, plantea un panorama lleno de incertidumbre en relación con la brecha considerable de la falta de capacidad que tiene el Estado para suplir las necesidades jurídicas de la población y la concreción de este derecho a través del servicio ofrecido por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, teniendo presente que se convierte en una herramienta indispensable para garantizar la apertura de canales más efectivos de acceso a la justicia.

Al revisar los datos preliminares, se observa que no se está cumpliendo este criterio, pues no está ajustado a los fines establecidos en la Constitución Política de Colombia (1991) en relación con salvaguardar la protección de los derechos y de las garantías de los coadministrados, como establece Defensoría del Pueblo (2003), debido a la poca cobertura de funcionarios para tal fin. Lo anterior evidencia el desconocimiento de los preceptos legales en los que toda persona tiene el derecho a acceder a instancias u órganos judiciales y a que sus peticiones sean resueltas de manera expedita en los plazos y términos que fije la norma.

En relación con la información recolectada en el cuestionario aplicado a la Defensoría Delegada para Orientación y Asesoría de las Víctimas del Conflicto Armado Interno, solo se cuenta con 136 defensores públicos adscritos al Programa de Representación Judicial de Víctimas en la ley de justicia y paz, y 633 defensores públicos en el ámbito nacional en el Grupo de Representación Judicial de Víctimas, para 769 defensores. De igual forma, con 327 513 poderes en 2019 referentes a restitución de tierras (49 278), víctimas en el sistema oral acusatorio (6018) y ley de justicia y paz (272 217), sin contar con los 8285 poderes nuevos entre enero y junio de 2020. Es decir, al efectuar la suma de estas cifras, estos funcionarios cuentan con 335 798 representaciones y asesorías que incluyen las que se encuentran en proceso, lo que equivale al mismo número de víctimas que han solicitado el servicio de defensoría pública y visibiliza el nivel de carga laboral que están soportando estos defensores.

Desde otra perspectiva está la identificación de las conductas violatorias para el periodo reportando en el informe, tales como el incumplimiento o la negación de atención humanitaria de emergencia adecuada, oportuna y completa (506); el incumplimiento en los términos para resolver oportunamente la declaración recursos solicitudes, quejas, procedimientos judiciales o reclamos que formulen

personas víctimas del desplazamiento forzado (416), hallazgo reafirma lo expuesto por García Ramírez (2006): “Un problema mayor en el acceso a la justicia reside en la generalizada tardanza en alcanzar la solución de las controversias por vía procesal” (p. 247); sin dejar de lado la negatividad de la prórroga de la atención humanitaria de emergencia hasta su consolidación socioeconómica (297), así como el derecho a la verdad, justicia y reparación (237), y el incumplimiento o negación de programas para la generación de ingresos o estabilidad laboral (205), muestran lo mal que está operando el Sistema Nacional de Defensoría Pública ante las necesidades de las víctimas.

Lo anterior respalda lo hallado por Morales et al. (2008) en su estudio al sostener que la ineficiencia judicial también hace parte de las dificultades que impiden garantizar el acceso a la administración de justicia, tales como respuestas judiciales arbitrarias y discriminatorias, indiferencia y desconocimiento de la normativa internacional y nacional, falta de recursos estatales para que los grupos más afectados accedan a promover demandas judiciales o administrativas, dispersión de esfuerzos, falta de coordinación entre las agencias gubernamentales encargadas de brindar soluciones, ausencia de pensamiento estratégico para optimizar los recursos y la función, y mayor dificultad en el cumplimiento de las decisiones judiciales, lo que se traduce en la existencia de barreras lingüísticas, culturales, de género, económicas, entre otras expuestas por (La Rosa Calle, 2009) y Nieto Rodríguez (2019).

De manera que genera dudas el nivel de importancia que se tiene en el país frente a la labor del defensor público. Es incuestionable que el Estado sea incapaz de dar cobertura plena a las víctimas del conflicto armado, pues no basta con tener un defensor asignado, sino que la diligencia de su actividad refleje la eficacia del Sistema Nacional de Defensoría Pública; de lo contrario, acceder a la justicia de manera material se convierte en una ilusión, como señalan Zaffaroni et al. (1983): “derivan dolo al judicial con la creación de la ilusión de que ahí se va a resolver” (p. 97). En relación con lo expuesto resulta ineludible la adopción de políticas públicas tendientes a instrumentalizar este servicio como imprescindible para que no exista la transgresión tanto de este principio como de este derecho fundamental (Despouy, 2008).

Desde otro punto de vista, se elaboró un compendio normativo donde se individualiza el tipo de actuaciones y trámites que requieren asistencia de un defensor público en relación con el tema de víctimas y construcción de paz, que en total son más de 33 entre trámites y procesos relacionados, sin contar aquellos de carácter personal o familiar que no tienen que ver netamente con su condición. Muestra de la creciente brecha ligada a la falta de regulación legal más clara de este ejercicio, puesto que no puede el Estado generar derechos y al mismo tiempo no contar con herramientas e infraestructura que trae como consecuencia la conculcación y la transgresión de estos (Fernández Martín, 1994; Santofimio Gamboa, 2005; Toscano López, 2013).

Ahora bien, en cuanto a la JEP, se encontró que esta cuenta con el SAAD independiente del Sistema Nacional de Defensoría Pública. En ese orden de ideas, frente a los datos cotejados, la JEP no sumi-

nistro información que refleje qué número de personas investigadas han solicitado asistencia por parte de la Defensoría del Pueblo. En cambio, la Secretaría Ejecutiva de la JEP a 30 de junio de 2020 reporta históricamente 5583 asesorías jurídicas, 2330 designaciones de abogados para la defensa técnica desde la apertura de la JEP el 15 de marzo de 2018, pero JEP no reporta con claridad cuántos abogados están disponibles para esta labor.

Lo anterior da entender que no existe un manejo acucioso por parte de la JEP con miras a verificar el estado de los procesos y su efectividad, de tal forma que solo se arrojan estadísticas o números relacionados con recepciones, mas no el estado de estas gestiones y mucho menos de la fase y en qué circunstancias está su culminación. Razón por la cual se deja de lado lo fundamental, que los organismos existentes puedan estructurarse frente a los cambios organizacionales y la generación y el diseño de estrategias de intervención que posibiliten una mayor capacidad de impacto por el uso más inteligente de los recursos existentes (Morales et al., 2008).

Entonces la cuestión gira en torno a la pregunta ¿Cómo tener un Sistema Nacional de Defensoría Pública débil en un escenario donde se requiere de manera urgente la protección de derechos? Siendo el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia el puente para proteger otra gama de derechos fundamentales: “El Estado-providencia fue lo que transformó el derecho al acceso efectivo a la justicia en un derecho bisagra, un derecho cuya denegación acarrearía la de todos los demás” (De Sousa Santos, 1995, p. 201). En ese eje de discusión, las víctimas no podrán tener la potestad de exigir el cumplimiento y la salvaguarda de sus derechos a cabalidad mediante herramientas que el Estado provea en su ejercicio, donde el reconocimiento de las víctimas como un conglomerado objeto de especial protección pueda dar paso a la reconciliación (García Ramírez, 2006; Comisión Colombiana de Juristas [CCJ], 2010; Martínez Lazcano y Cubides Cárdenas, 2016). Al respecto, no tendrían la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz para lograr que su ofensor sea juzgado (Anglés Hernández, 2000; Díaz Uribe, 2015; Martínez Lazcano y Cubides Cárdenas, 2016).

En efecto, los datos someros aportados por la JEP demuestran improvisación, pues aún sigue existiendo escasez de recurso humano para atender las demandas jurídicas y judiciales que versan sobre la protección de las víctimas en este escenario de posconflicto y no recaer en lo que señala Rodríguez Rodríguez (2001), al expresar que es imperioso dar una mirada con enfoque a la situación de las víctimas, pues deben ser el centro del acuerdo final y, asimismo, que el acceso a la justicia sea fortalecido con este fin. Debe ser prioridad que en el futuro la JEP piense primeramente en privilegiar los derechos de las víctimas antes que el interés de los perpetradores por acceder a determinados beneficios judiciales, pues genera un aumento en las necesidades jurídicas de las víctimas y a su vez de la población.

De modo que el problema de necesidades jurídicas se podrá asumir con más juzgados, tribunales, sedes judiciales, mejor infraestructura y más recurso humano, lo que permitirá ampliar la cobertu-

ra de atención en cabeza del Estado (La Rosa Calle, 2009) y, además, que se ejerza plena garantía de justicia social, de un orden jurídico equitativo y justo (Watanabe, 1988). En efecto, las demandas sociales de las víctimas en un escenario de construcción de paz son el eje del cumplimiento de lo acordado. Si el Estado no cuenta con la infraestructura suficiente, la necesidad por mejorar el desempeño de este tipo de instancias estatales surge fundamentalmente de la preocupación que genera el funcionamiento actual del sistema de justicia en relación con la protección judicial de los derechos sociales, ya que existe una falta de articulación entre las instituciones.

En consecuencia, lo anterior reafirma una vez más lo expuesto por Zaffaroni et al. (1983), dado que encierra de manera negativa o en oposición a la confianza que se debe tener en la justicia y la expectativa prominente que en un inicio se deposita en ella. También se requiere que las entidades encargadas de manejar este sistema tengan claridad respecto de las implicaciones y el abordaje conceptual de lo que es el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia (Acosta Alvarado, 2010; Ramírez, 2005; Toscano López, 2013), pues el pueblo tiene la voluntad de resolver sus conflictos y ejercer sus derechos a través del Estado.

V. CONCLUSIONES

Desde la perspectiva del análisis realizado, puede afirmarse que existe una relación de directa proporcionalidad entre el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y el Sistema Nacional de Defensoría Pública ante el escenario de construcción de paz, dado que frente a la posibilidad de mayor cobertura de defensores públicos se garantiza el cumplimiento en las metas de protección de derechos y demandas sociales reclamadas por las víctimas del conflicto.

Frente a la identificación de las dificultades halladas, es evidente que existe un alto nivel de precariedad con relación al funcionamiento del Sistema Nacional de Defensoría Pública; por tanto, se requiere su fortalecimiento, ya que la demanda de solicitudes y servicios no es proporcional para la infraestructura que hoy presenta. Así es como se logró determinar que solo se cumple el acceso formal al sistema judicial, lo que no es sinónimo de garantía, dado que no es posible obtener una decisión de fondo sobre los derechos reclamados, todo como resultado del alto volumen de solicitudes contrastada con la disponibilidad de defensores adscritos a la Defensoría del Pueblo.

En otro aspecto, las dificultades puestas de manifiesto guardan estrecha relación con la garantía del acceso a la administración de justicia respecto del escenario de construcción de paz, de modo que es la justicia en la JEP uno de los pilares principales en el acuerdo del Gobierno y la FARC-EP, por cuanto no se dispone de información integrada y coherente acerca de cómo se suministran las asesorías y asistencias de defensores públicos, pues en rigor a la información obtenida se manifiesta la posibilidad de contar con representación judicial en una estepa de los procesos mientras que en otras situaciones no. De manera que las víctimas reconocidas dentro de este acuerdo tienen también la libertad de acudir a la Defensoría del Pueblo para la solicitud de asistencia judicial gratuita.

En consecuencia, las falencias halladas contribuyen a la persistencia del estado de cosas inconstitucional⁹ en relación con las víctimas, así como la existencia de trabas procesales y organizacionales en cuanto a la posibilidad de efectuar reclamaciones, interposición de recursos y ejercicio efectivo de acciones judiciales. Como se pudo observar en el respaldo normativo, este tipo de barreras e impedimentos son desde sus génesis incompatibles *ius cogens* y lo acordado en el plexo normativo del acuerdo de paz, donde se reconocen derechos sociales que garantizan el acceso a la justicia.

Finalmente, los avances para garantizar el acceso de las personas víctimas del conflicto a la administración de justicia son escasos y lentos. Como se demostró, existen conductas vulneratorias en la entidad encargada del manejo del Sistema Nacional de Defensoría Pública, por ello, se requiere el diseño de una política que apunte a garantizar servicios jurídicos a personas de escasos recursos, así como a víctimas del conflicto, pues la Defensoría del Pueblo es una herramienta indispensable que compensa las situaciones de desigualdad material que afectan la defensa eficaz de los intereses individuales. Por tal motivo, se requiere que las políticas judiciales sean articuladas con las políticas y los servicios asistenciales estatales. Conforme a ello, esta es un área donde es ineludible precisar el alcance de los deberes, las prerrogativas y los principios que deben caracterizar la infraestructura estatal tendiente a efectuar la prestación de servicios jurídicos, en tanto son herramientas indispensables para asegurar el ejercicio de los derechos humanos por los sectores excluidos o en situaciones de pobreza, como es el caso de la mayoría de las víctimas del conflicto armado interno.

REFERENCIAS

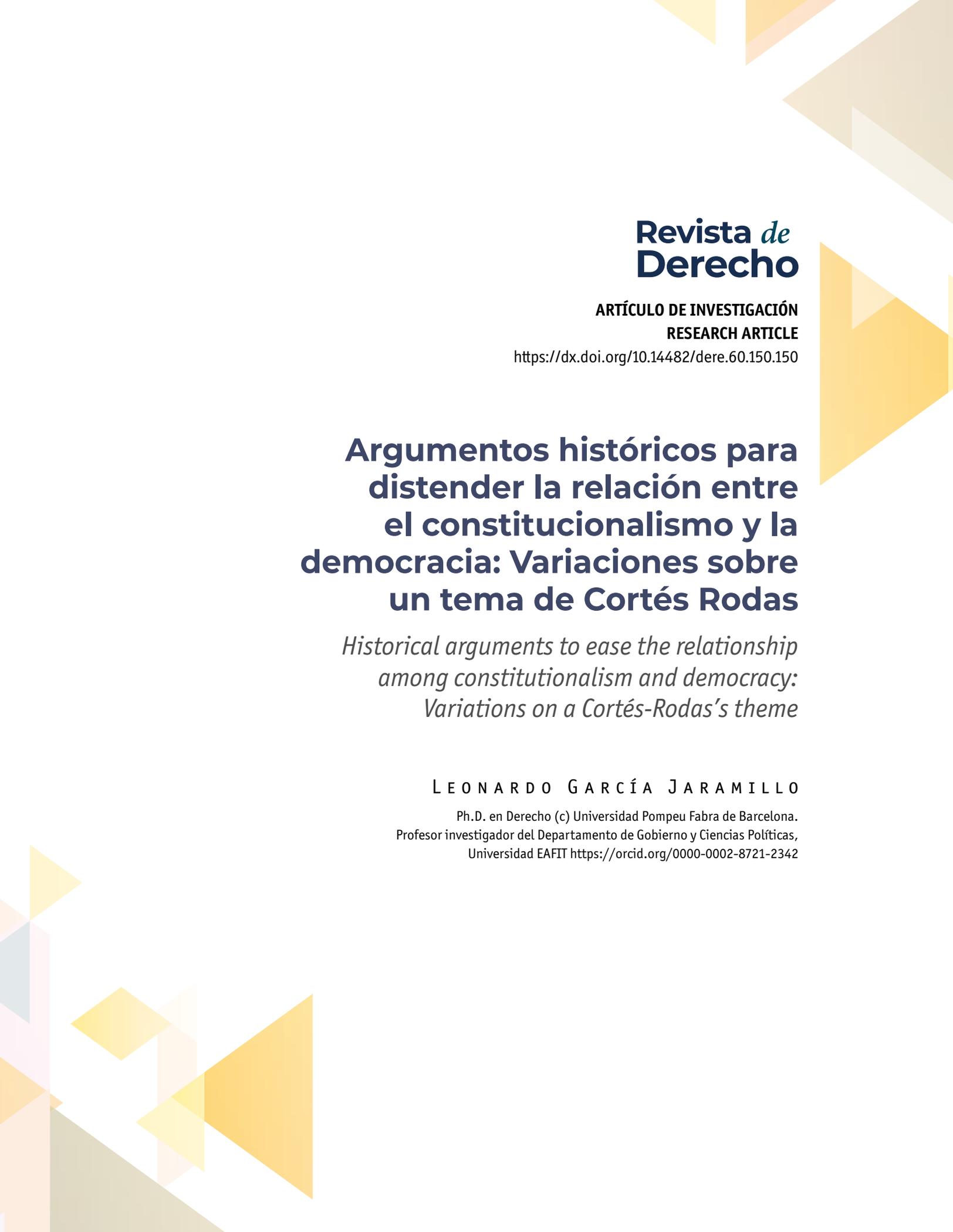
- Acosta Alvarado, P. A. (2010). Administración de justicia y acceso a la justicia: El actual plan sectorial de la rama judicial en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 24, 185-205. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/441/420>
- Anglés Hernández, M. (2000). *El acceso a la justicia: Un enfoque desde los derechos humanos*. https://www.academia.edu/download/6286684/acceso_a_la_justicia_juan_mendez.pdf
- Cabal Molina, M. F. (2018). Proyecto de Ley 131. *Por medio de la cual se modifica la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones*.
- Comisión Colombiana de Juristas. (2010). *Informe sobre el derecho de acceso a la justicia de las víctimas del desplazamiento forzado*. Bogotá: Editorial Comisión Colombiana de Juristas.
- Congreso de Colombia. (1992, 15 de diciembre). Ley 24. *Por la cual se establecen la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones en desarrollo del artículo 283 de la Constitución Política de Colombia*. Diario Oficial 40690.

⁹ Se define estado de cosa inconstitucional como una herramienta o mecanismo de origen jurisprudencial creado para proteger derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia (Quintero Lyons et al., 2011).

- Congreso de Colombia. (2005, 25 de julio). Ley 975. *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*. Diario Oficial 45980.
- Congreso de Colombia. (2019, 6 de junio). Ley 1957. *Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Diario Oficial 50976.
- De Sousa Santos, B. (1995). *Toward a new common sense: Law, science, and politics in the paradigmatic transition*. Routledge.
- Defensoría del Pueblo. (2003). *Sistema Nacional de Defensoría Pública (SNDP)*. Recuperado el 15 de agosto de 2020, de Defensoría del Pueblo: [https://www.defensoria.gov.co/es/public/atencionciudadanoa/1477/Sistema-Nacional-de-Defensor%C3%ADa-P%C3%ABlica-\(SNDP\).htm](https://www.defensoria.gov.co/es/public/atencionciudadanoa/1477/Sistema-Nacional-de-Defensor%C3%ADa-P%C3%ABlica-(SNDP).htm)
- Defensoría del Pueblo. (2019). *XXVI Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República: Parte I: Informe analítico. Situación de los derechos humanos y derecho internacional humanitario en Colombia 2018*. <https://www.defensoria.gov.co/documents/20123/1394305/XXVI-Informe-del-Defensor-del-Pueblo-al-Congreso.pdf/259c0106-f0b4-7bc8-ef9f-6b892c149d20?t=1650925685226>
- Defensoría del Pueblo. (2021). *Normograma de regulación legal de trámites referente a víctimas del conflicto*. Recuperado el 23 de agosto de 2020, de Defensoría del Pueblo: <https://www.defensoria.gov.co/orientación-y-asesor%C3%ADa-de-las-v%C3%ADctimas-del-conflicto-armado-interno>
- Departamento para la Función Pública, & Defensoría del Pueblo. (16 de enero de 2019). *Función Pública y la Defensoría del Pueblo abren proceso de selección para elegir defensores públicos en todo el país*. Recuperado el 23 de agosto de 2020, de Departamento para la Función Pública: <https://www.funcionpublica.gov.co/-/funcion-publica-y-la-defensoria-del-pueblo-abren-proceso-de-seleccion-para-elegir-defensores-publicos-en-todo-el-pais>
- Departamento Nacional de Estadísticas. (2019). *Pobreza Multidimensional en Colombia 2019*. Bogotá D.C.: DANE.
- Despouy, L. (2008). *Defensa pública: Garantía de acceso a la justicia*. Defensoría General de la Nación.
- Díaz Uribe, A. (2015). *Estrategia para el posconflicto en Colombia* [trabajo de especialidad, Universidad Militar Nueva Granada]. <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/6502>
- Fernández Martín, J. M. (1994). El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitario, evolución y alcance. *Revista de Instituciones Europeas*, 21(13), 845-898. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/28143rie021003133.pdf>
- García Ramírez, S. (2006). El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos. En *El acceso a la justicia: Entre el derecho formal y el derecho alternativo* (pp. 1-299). Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. <https://ilsa.org.co/wp-content/uploads/2022/04/eBook-El-otro-derecho-N%C2%B0-35-2x1-1.pdf>

- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, M. del P. (2010). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill.
- Hyman, H. (1955). *Diseño y análisis de las encuestas sociales*. Amorrortu.
- Jurisdicción Especial para la Paz [JEP]. (2020). *Los casos de la JEP*. <https://www.jep.gov.co/Paginas/casos.aspx>
- Jurisdicción Especial para la Paz. (2019, 29 de marzo). Resolución 862. *Por la cual se reglamenta el Registro de Abogados del Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa (SAAD) para comparecientes y víctimas ante la Jurisdicción Especial para la Paz*.
- La Rosa Calle, J. (2009). El acceso a la justicia como condición para una reforma judicial en serio. *Derecho PUCP*, 62, 115-128. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200901.006>
- Martínez Lazcano, A. J. y Cubides Cárdenas, J. (2016). Medidas de inclusión para una paz duradera. En T. G. Vivas Barrera (ed.), *Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia*. Universidad Católica de Colombia.
- Morales, D., Kletzel, G., Litvachky, P., Zayat, D., Museri, A., Arcidiacono, P., & Royo, L. (2008). *El acceso a la justicia y el papel de la Defensa Pública en la promoción de derechos sociales. Una mirada sobre el derecho a la vivienda en la ciudad de Buenos Aires*. Recuperado el 22 de agosto de 2020, de Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/arcidiacono-el_acceso_a_la_justicia.pdf
- Nieto Rodríguez, M. A. (2019). *Acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y defensoría pública: el caso de las necesidades jurídicas insatisfechas relacionadas con el Estado*. Bogotá: Universidad del Rosario. CRAI.
- Quintero Lyons, J., Angélica, M., & Navarro Monterroza, M. I. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, III(1), 69-80.
- Ramírez, S. (2005). *Apuntes sobre políticas de acceso a la justicia: Presentación del Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia: América Latina y el Caribe*. <https://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/search.html?q=Silvina+Ramirez&tagid=>
- Rodríguez Rodríguez, C. (enero-junio de 2001). Postconflicto y justicia transicional en Colombia: balance de nuestra experiencia. *Hallazgos*, 15(8), 137-159.
- Santofimio Gamboa, J. (2005). Panorama general del derecho administrativo en Colombia. *El derecho administrativo iberoamericano* (pp. 185-278). Granada.
- Secretaría del Senado de la República de Colombia. (1991). *Constitución Política de la República de Colombia*. Recuperado el 19 de agosto de 2020, de Secretaría del Senado de la República de Colombia: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

- Tamayo y Tamayo, M. (1999). *Aprender a investigar. Módulo 2: La investigación*. Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación. <https://academia.utp.edu.co/grupobasicoclinicayaplicadas/files/2013/06/2.-La-Investigaci%C3%B3n-APRENDER-A-INVESTIGAR-ICFES.pdf>
- Toscano López, F. (2013). *Aproximación conceptual al acceso efectivo a la administración de justicia a partir de la teoría de la acción procesal*". Universidad Externado de Colombia.
- Tribunal para la Paz. (2019, 20 de marzo). Auto TP-SA-131.
- Tribunal para la Paz. (2019, 20 de diciembre). Sentencia 4337.
- Watanabe, K. (1988). *Acesso à justiça e sociedade moderna*. Revista dos tribunais.
- Zaffaroni, E. R., Carranza, E., Houed, M. y Mora, L. P. (1983). *El preso sin condena en América Latina y el Caribe: Estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.



**Revista *de*
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE**

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.60.150.150>

**Argumentos históricos para
distender la relación entre
el constitucionalismo y la
democracia: Variaciones sobre
un tema de Cortés Rodas**

*Historical arguments to ease the relationship
among constitutionalism and democracy:
Variations on a Cortés-Rodas's theme*

LEONARDO GARCÍA JARAMILLO

Ph.D. en Derecho (c) Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.
Profesor investigador del Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas,
Universidad EAFIT <https://orcid.org/0000-0002-8721-2342>

Resumen

Entre los filósofos del derecho de hace algunas décadas parecía no haber tarea más importante que adoptar una posición en el debate entre el derecho y la moral. Entre los constitucionalistas de la actualidad ha resultado forzoso, a su turno, posicionarse en la tensión entre el constitucionalismo y la democracia, en particular, en su materialización más conspicua, como es el control judicial de constitucionalidad sobre leyes y políticas. Este posicionamiento obliga a adoptar y defender una teoría normativa que mejor se corresponda con los diseños institucionales implementados que, a su vez, permitan justificar de manera instrumental dicho control. Los constitucionalistas latinoamericanos han acudido, en el ámbito pedagógico, doctrinario y jurisprudencial, a fuentes primarias bien conocidas para defender la tesis favorable sobre el control judicial. Han descuidado quizá aportes que podrían realizar autores históricos del pensamiento político liberal, como Benjamin Constant, para contribuir a defender dicha tesis. Este artículo se encamina en esa dirección siguiendo en parte la obra pertinente del filósofo político colombiano Francisco Cortés Rodas.

PALABRAS CLAVE

Constant; constitucionalismo y democracia; soberanía popular; control judicial.

Abstract

Among yesteryear Philosophers of Law there seemed to be no more important mission than taking a stand in the debate between law and morality. Among the present-day constitutionalists, it is mandatory to take a stand in the tension between constitutionalism and democracy. In particular, judicial review at the level of normative theory that best corresponds to the institutional arrangements adopted which, in turn, better justifies such practice instrumentally. Latin American constitutionalists have turn at pedagogical, doctrinal and jurisprudential level to well-known primary sources to defend a favorable thesis on judicial review. They have perhaps neglected contributions from historical authors of liberal political thought, such as Benjamin Constant, to contribute to defend the favorable thesis. This article is headed in that direction following in part the relevant work of the Colombian political philosopher, Francisco Cortés Rodas.

KEYWORD

Constant; constitutionalism and democracy; popular sovereignty; judicial review.

I. TEORÍA POLÍTICA NO IDEAL Y FUNDAMENTACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Filósofos, políticos y teóricos del constitucionalismo latinoamericanos se han ocupado crecientemente de cuestiones de teoría política no ideal, de las implicaciones institucionales que plantea la tensión entre el constitucionalismo y la democracia (Thompson, 2017). La expresión más relevante de esta tensión son las posiciones favorable y escéptica frente al control judicial, tanto en la teoría normativa que mejor se corresponda con los arreglos institucionales adoptados que, a su vez, permitan justificarlo instrumentalmente. Comparten la preocupación expresada por Waldron (2016) según la cual la teoría política debe prestarles más atención a cuestiones estructurales, constitucionales e institucionales de la política, en vez de continuar encandilada por el atractivo brillo que reflejan los argumentos normativos y el análisis conceptual. La obra del filósofo político Francisco Cortés Rodas, como académico e intelectual público, es ejemplar en este sentido (Cortés Rodas, 2014; Cortés Rodas y Giusti, 2007). Ha mostrado una particular sensibilidad por los rendimientos locales de paradigmas teóricos de naturaleza política y constitucional, los cuales, sobre todo el segundo, tienen unos supuestos y condiciones de posibilidad muy anclados en sus propios contextos institucionales y culturales de origen. A partir de un método hermenéutico y desde el análisis también de fuentes primarias, en particular desde los aportes de Benjamin Constant, el objetivo de este trabajo es desarrollar algunos de sus planteamientos para contribuir a defender una versión fuerte del control judicial de constitucionalidad sobre leyes, prácticas administrativas y omisiones legislativas relativas.¹

En épocas del Estado constitucional, esta facultad de los tribunales ha adquirido una dimensión adicional a la “legislación negativa”, de raigambre kelseniana,² consistente en la posibilidad de invalidar leyes, políticas y prácticas administrativas por intervenir desproporcionadamente sobre derechos constitucionales. En virtud de una dimensión positiva o activista,³ se exige una intervención más proactiva del tribunal exhortando u ordenando remedios al legislativo y a organismos del Gobierno en desarrollo del mandato que se deriva del proyecto axiológico de las constituciones,

¹ Toda vez que sobre omisiones legislativas absolutas no hay materia (leyes, decretos u otras normas) sobre la cual realizar el control judicial. La función judicial proactiva solo puede proceder en casos de omisiones legislativas relativas en los que leyes o decretos sobre un asunto específico presentan problemas de eficacia en la consecución de sus propios objetivos o coordinación entre organismos del Estado ejecutores.

² El tribunal es un legislador negativo toda vez que cuando anula una ley su sentencia tiene la misma naturaleza general que la promulgación de una ley por parte del legislador. “La anulación es, en efecto, solo una promulgación con un signo en cierto modo negativo” (Kelsen, 2011, p. 275).

³ La función negativa de naturaleza reactiva (toda vez que la sentencia es una reacción directa a una pieza normativa inconstitucional) no es por regla general expresión de una filosofía judicial activista, sino del cumplimiento ordinario de la función de resguardar la superioridad e integridad de la Constitución frente a las expresiones de la soberanía popular mayoritaria.

del modelo ideológico del Estado social de derecho y de la densidad normativa material de los derechos fundamentales. Las expresiones del activismo judicial autoritativo conforme a la dimensión positiva del control judicial han sido, fundamentalmente, la constitucionalización del sistema jurídico y de los subsistemas social y cultural, la judicialización de la política y el desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución, extendiendo el contenido vinculante de los derechos, mediante subreglas, hacia otras realidades no contempladas en la literalidad de las disposiciones o creando nuevos derechos a partir de una interpretación sistemática de la Constitución. Dos generaciones de estudiosos no solo en el norte global sino en toda Iberoamérica, se han inspirado gracias a la obra de Rawls por los temas sustantivos de la justicia y, en particular, por los fines, objetivos e ideales que una buena sociedad debe tratar de promover.⁴ Contemporáneamente, se ha prestado menor atención, no obstante, a asuntos relacionados con el proceso político, así como con las instituciones y las estructuras políticas.⁵

Esta desatención adquiere particular relevancia en América Latina debido al estado actual de sus sistemas democráticos en general. El populismo, la corrupción y el clientelismo, así como la pobreza generalizada, las desigualdades, la violencia, la discriminación y, en algunos países, el regular desempeño económico han hecho que las clases políticas tradicionales, y las nuevas que han alcanzado el poder, gocen de muy poca credibilidad. Las patologías de los sistemas políticos latinoamericanos facilitan la aprobación de medidas parciales y los grupos de intereses más poderosos ejercen una perniciosa influencia sobre el proceso político.

En sociedades bien ordenadas, en términos relativos, los problemas jurídicos con un profundo trasfondo moral han sido resueltos usualmente por el Parlamento. No se evidencia omisión o desidia legislativas de forma sistemática (como acontece en las democracias latinoamericanas). Las cortes en estas sociedades no intervienen por regla general para conceder un derecho, sino para moldearlo, para sustentar en qué sentido es o no conforme a la Constitución. El aborto y el matrimonio igualitario en España, por ejemplo, hicieron parte de plataformas políticas y, luego, fueron adoptadas como leyes del Parlamento.

⁴ Con posterioridad, Sen (2009) enfocó su teoría de la justicia social, en oposición a la de Rawls, no en el ideal de sociedad justa (cuestionar en qué consistirían las instituciones justas e identificar arreglos sociales perfectamente justos), sino en investigar comparativamente cómo se promueven de manera efectiva en distintas sociedades las condiciones de justicia, y cómo se dan los avances y retrocesos reales en materia de justicia.

⁵ Waldron (2016) sostiene en la introducción: “Espero que los capítulos que integran el libro animen a jóvenes dedicados a la teoría política a entender que hay vida después de Rawls, que hay vida más allá de las elaboraciones abstractas de la libertad, la justicia y el igualitarismo”. Pero incluye una precisión necesaria en el capítulo uno: “No quiero que nada de lo que diga se entienda como si despreciara el estudio de la justicia y la igualdad. He contribuido a ese proyecto, de hecho [...]. Pero me preocupa, no obstante, que este énfasis en la justicia, como el tema central de la teoría política, sea un poco sesgado”

Para enfrentar debidamente el problema de la fundamentación del control judicial de constitucionalidad, se requiere adoptar una perspectiva filosófico-política con raíces históricas. Para distender la relación entre el constitucionalismo y la democracia, se deben considerar sus aspectos sustantivos y materiales, y no solo formales, descriptivos y procedimentales.

¿Es aceptable que la función básica de una constitución limite el poder de decisión de los ciudadanos en el proceso democrático? ¿El constitucionalismo liberal es fundamentalmente antidemocrático? ¿Puede justificarse un sistema democrático que obstaculice la voluntad de la mayoría? (Cortés Rodas, 2014).⁶ En la obra de Benjamin Constant, un tanto inexplorada en este aspecto, se esgrimen argumentos relevantes que contribuyen a adoptar una posición conforme a la cual la existencia de tribunales constitucionales en nuestra vida institucional se justifica a pesar de su coste democrático.

II. EN EL PRINCIPIO LOS LIBERALES CREARON LA DIVISIÓN DE PODERES Y LA VOLUNTAD POPULAR SOBERANA

En la génesis del constitucionalismo la política la hace, primero, el pueblo cuando se constituye en poder constituyente. “El pueblo es el único que puede decidir cuál sea la forma de la república” (Locke, 1991, p. 141) y, al tener el poder constituyente, es el único que puede darse una constitución y sustituirla por otra (Sieyès, 1989). De la Constitución nacen las ramas del poder público, por lo que no puede ser obra suya, es decir, ninguna de las ramas la puede crear y tampoco derogar. “Ningún tipo de poder delegado puede cambiar lo más mínimo las condiciones de su delegación” (p. 144). La política la hacen, segundo, los tres poderes que representan la voluntad soberana del pueblo. La política del legislativo se concreta en hacer la ley, la del ejecutivo en seguirla o en aplicarla a acciones o personas particulares, y la del judicial en sentenciar lo que es de derecho en cada caso (Montesquieu, 1972, p. 151).

En la línea de Locke y Montesquieu, la Revolución francesa y la guerra de independencia estadounidense establecieron que el poder político no podía fundar más su legitimidad en una autoridad soberana externa al pueblo, sino en una que se constituía por medio de la participación libre de los ciudadanos (Bailyn, 1992; Maier, 1998; Stern, 1966). Conforme a la idea del pueblo como poder constituyente, la fuente de legitimación del poder radica en el hecho de que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, de modo que sean expresión de la voluntad y soberanía populares.

Dos siglos después, los movimientos constitucionales acontecidos en Europa, primero, en la segunda posguerra (Alemania sobre todo, en 1949) y, luego, con la caída de las dictaduras ibéricas

⁶ Me baso en la versión manuscrita facilitada amablemente por el autor.

(España en particular, en 1978), establecieron a su vez que la legitimidad del poder político no se podía fundar exclusivamente en las decisiones mayoritarias. Ganó cada vez más fuerza el cambio en la noción de Constitución que, para expresarlo con Ferrajoli (2002),

no sirve para representar la voluntad común de un pueblo sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular [...] El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del gobierno, no reside en el consenso de la mayoría sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales. (p. 203)

Para ello, es fundamental concebir la legitimidad política más allá de la idea weberiana de aceptación popular y la democracia como algo más que la agregación de preferencias. Definir la democracia exclusiva y excluyentemente como autogobierno mayoritario implica concebirla como expresión de una determinada forma de libertad política.

Las consecuencias problemáticas del principio constitucionalista de exclusivo raigambre popular y mayoritario, derivado de una forma absoluta de concebir la voluntad popular soberana y la legitimidad de las decisiones públicas, se manifestaron con claridad en las dictaduras fascistas en Italia y Alemania (Cortés Rodas, 2014). El Estado liberal de derecho, sin límites sustantivos (*i. e.*, derechos fundamentales) que incorporó un modelo constitucionalista populista, se vio incapaz de impedir el acceso al poder del totalitarismo que no vulneró la estricta legalidad de muchos de sus actos. La concepción de legislador negativo con la que surgió el tribunal constitucional ha perdido progresivamente vigencia ante la prolongada evidencia histórica de violaciones a los derechos, por acción, pero también por acción insuficiente e inacción, amparada por la voluntad general y la legitimidad entendida como aceptación popular.

El fracaso institucional de concebir el derecho solo desde su naturaleza real o fáctica, omitiendo su naturaleza ideal o crítica (Alexy, 2008, 2016), condujo a un profundo cuestionamiento de las teorías e ideologías que fundamentaban el constitucionalismo desde su génesis. No se tuvo que esperar hasta que el fascismo llevara al límite esta idea de la naturaleza soberana de la voluntad popular. Constant y Tocqueville habían advertido que la “tiranía de la mayoría” y el gobierno despótico⁷ representaban serias amenazas para la libertad política y la democracia. Plantearon como alternativa articular tres ideas fundamentales: la defensa de la libertad política exigía establecer un orden político constitucional fundamentado en el nexo sistemático entre soberanía popular, democracia política y derechos fundamentales (Cortés Rodas, 2014). Prima la política sobre el derecho, y las nociones de soberanía popular y legitimidad como aceptación popular no tienen más limitación que las que ellas mismas se establezcan, y no se ponderan, por tanto, con nada: prima

⁷ Pensaban, respectivamente, “el terror” y el despotismo napoleónico.

el derecho sobre la política y se reconocen los límites y vínculos que para los organismos del Estado representan los derechos fundamentales. Los teóricos de la democracia mayoritaria, agregativa o populista defienden la supremacía de la política y de su prioridad sobre el derecho. Por otro lado, a las constituciones no solo las caracterizan respecto de las leyes su superioridad y rigidez, sino que deben restringir eventuales decisiones adoptadas por organismos del Estado.

III. LUEGO DIJERON LOS CONSTITUCIONALISTAS: QUE SE SEPARE LA VALIDEZ DE LA LEGITIMIDAD

El concepto de *derecho* en el Estado constitucional posee estas dos naturalezas, real o fáctica e ideal y crítica, lo cual implica que los organismos del Estado deben resguardar tanto el principio de seguridad jurídica como un ideal de justicia que se derive del desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución. El elemento medular de la tesis de la doble naturaleza del derecho es que, mientras debe expresar la positividad autoritativa y la eficacia social, también debe incorporar una dimensión ideal relativa a su corrección moral, sustantiva y procedimental. Lo que hace democrática a una constitución no es necesariamente su correspondencia con la voluntad popular soberana, ni que sea querida por mayorías específicas, ni la forma o el grado de consenso del acto constituyente. Lo que otorga el atributo democrático a una constitución es que “representa una garantía para todos” debido al conjunto de condiciones formales y sustanciales de la democracia que en ella se han pactado (Ferrajoli, 2011).

El tipo de legitimidad propio del Estado constitucional comparte una característica fundamental con los conceptos de democracia y constitucionalismo, como es su doble dimensión descriptiva, formal y procedimental, pero también normativa, material y sustantiva. La legitimidad política de las decisiones y de las mismas instituciones que las adoptan depende tanto de los aspectos procedimentales como de los valores que resguarda y de la justificación que pueda otorgarse al tipo de decisión resultante. El cumplimiento de las reglas procedimentales no se justifica en sí mismo, sino por los principios que salvaguardan. La ciencia jurídica en el Estado constitucional adquiere una doble dimensión: descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser. El “objeto de la teoría, en los sistemas basados en el paradigma constitucional, es no solo el derecho vigente sino también, precisamente, un modelo, o si se quiere, un proyecto de derecho —el diseñado por la Constitución— y por lo tanto no solo el ser, sino el deber ser del derecho mismo” (Ferrajoli, 2001, pp. 60 y 62).

En virtud de la idea de legitimidad en el Estado constitucional se renuncia a la neutralidad del jurista en favor de una actitud “comprometida” con el desarrollo de los valores propios del constitucionalismo contemporáneo. No es posible identificar el derecho de una forma moralmente no comprometida, como soñaron los positivistas jurídicos (en la escuela de la exegesis en Francia y la escuela de conceptos, en Alemania). Debe adoptarse un punto de vista interno, con compromisos valorativos, porque

suscribir la tesis de la neutralidad valorativa imposibilita comprender el razonamiento jurídico articulado con el razonamiento moral. Las reglas del derecho no son como las reglas del ajedrez que pueden ser comprendidas sin ningún razonamiento valorativo (Moreso, 2020).

Cuando la ley no obstante ser válida resulta ilegítima porque atenta contra las libertades y la moralidad, Constant (1988a, p. 401) sustenta con lucidez que el deber general de obedecerla no es absoluto sino relativo. En momentos específicos, constituye un deber moral rebelarse contra ciertas leyes.

IV. BENJAMIN CONSTANT: VOLUNTAD POPULAR Y ÁMBITOS DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL

La aprobación de la mayoría no es siempre suficiente para hacer lícitas sus acciones.

Benjamin Constant

Isaiah Berlin llamó a Constant “el más elocuente de todos los defensores de la libertad y la intimidad”, y a él, a su juicio, debemos la noción de *libertad negativa*. Este fragmento de su explicación de la libertad de los modernos sintetiza bien su conceptualización: la libertad consiste en el derecho a

no estar sometido sino a las leyes, no poder ser detenido, ni encarcelado, ni asesinado, ni maltratado de manera alguna por la voluntad arbitraria de uno o de muchos individuos: es el derecho de expresar su opinión, de escoger su trabajo, de ejercerlo, y de disponer y aún de abusar si quiere de su propiedad, de ir y venir a cualquier parte sin necesidad de recibir permisos, ni de dar explicaciones a nadie de sus acciones o sus motivos: es el derecho de reunirse con otros individuos para deliberar sobre sus intereses, para ocupar los días o las horas de la manera más conforme a sus inclinaciones y caprichos. (Constant, 1988b)

El contexto político y social de la Francia posrevolucionaria explica que Constant considerase que la soberanía popular debía tener límites al precaver los perjuicios que, para garantizar la libertad, representaba el ejercicio ilimitado de poder por parte de las inclinaciones tiránicas de los jacobinos y el despotismo de Napoleón (Vincent, 2015). Esta es la raíz de su pensamiento constitucionalista liberal basado en una concepción pluralista de la soberanía política. Constant, para Todorov (1999), si bien no inventó el principio republicano de la soberanía popular, ni el principio liberal de la limitación del poder, tuvo la originalidad de articularlos y de hacerlo de una forma tal que pudieran enfrentarse a la experiencia de la vida real y, así, “gives flesh to abstractions” (Todorov, 1999, p. 41).

Cuando describe y analiza los elementos de la soberanía popular, Constant, sobre todo, depura definiciones, es decir, establece aquello que no significa. Y lo primero que enfatiza es que la soberanía popular no significa “poder ilimitado”. Establecer que la soberanía del pueblo no tiene límites más que los que ella misma se imponga, implica crear un grado de poder incierto tan amplio

entre la sociedad que está obligado a constituir un mal independiente de sobre quien se disponga. “Confíelo a una persona, a varias o a todas y de todas formas encontrará que es igualmente un mal. Hay cargas demasiado pesadas para las manos humanas” (Constant, 1988a).

A una sociedad fundada sobre la soberanía del pueblo ninguna persona tiene el derecho a someterla a su voluntad particular, pero la sociedad en su conjunto no tiene una autoridad ilimitada sobre sus miembros. La universalidad de los ciudadanos es soberana en el sentido de que ningún individuo o grupo puede arrogarse la soberanía, a menos que se le haya delegado. De ahí no se deduce, sin embargo, que aquellos que la soberanía inviste de alguna autoridad puedan disponer de la existencia de los individuos (Constant, 1988a; 2019). Los miembros de una sociedad no transfieren, y mucho menos enajenan, ninguno de sus derechos a la entidad colectiva.

Constant asocia el “principio de la soberanía popular” (en virtud del cual el Gobierno deriva su legitimidad y autoridad del pueblo) con la “supremacía de la voluntad general sobre cualquier voluntad individual”, lo cual debe entenderse a la luz de la afirmación de que “solo existen dos tipos de poder en el mundo: el primero, ilegítimo, la fuerza; y el otro, legítimo, la voluntad general” (Constant, 1988a, p. 175). Si el poder sirve a una voluntad particular siempre será ilegítimo porque tendrá que estar basado en la fuerza (Constant, 1988a). Solo el poder gubernamental legítimo puede generar una obligación jurídica y este poder solo puede ser legítimo si está mediado por el consentimiento expresado en la participación política. Para Constant este consentimiento es una condición necesaria pero no suficiente para que el poder se repute legítimo, toda vez que la legitimidad del poder político también depende de su limitada extensión.

El fanatismo representaba para Constant uno de los principales riesgos que podían socavar los derechos, las libertades y la división de la soberanía. Los fanáticos procuran imponer la tiranía: “Reducen la complejidad de la realidad a una única verdad independientemente de las circunstancias de tiempo y lugar, e imponen tal simple verdad sobre el complejo y diverso mundo de la realidad humana” (Vincent, 2015). El peligro del fanatismo se ha neutralizado mejor con un orden constitucional estable, con la protección de los derechos, el Estado de derecho y la división y el equilibrio de la soberanía política (Constant, 1988a).

Uno de los elementos medulares del constitucionalismo liberal de Constant es la crítica a la teoría de la soberanía popular de Rousseau. Impone restricciones a la tesis de la soberanía como expresión de la voluntad popular, toda vez que, si bien el poder debe surgir de la voluntad del pueblo, la soberanía popular está restringida por la justicia y los derechos. Se tornaría ilegítimo el ejercicio del poder emanado de la “voluntad popular representativa” si vulnera derechos y libertades individuales.

Una nación omnipotente es tan peligrosa como un tirano y, de hecho, más peligrosa (Constant, 1988a, pp. 20-21). “Ninguna autoridad sobre la tierra es ilimitada”, ni la del pueblo, sus representantes o la ley, que simplemente es expresión de la voluntad del pueblo (Constant, 1988a), como

es la Constitución, que tiene una jerarquía superior. Una parte significativa de la existencia humana debe quedar libre, independiente, “y por derecho permanece más allá de toda jurisdicción política” (Constant, 1988a, p. 31). La cuestión remanente para nuestros días es qué curso de acción resulta legítimo cuando el Estado incumple por inacción sus funciones de garantía a los derechos o cuando directamente los vulnera con ciertas leyes o prácticas administrativas. Constant sigue una de las ideas de Rousseau sobre la legitimidad del poder que surge de la voluntad general del pueblo, pero se aparta de la más fundamental (siguiendo a Montesquieu), la cual es someter esta voluntad a unos límites definidos por la justicia y los derechos individuales.

Otro elemento medular del constitucionalismo liberal de Constant es, en este sentido, su defensa de las libertades y los derechos individuales. La ley debe resultar de la soberanía popular, es decir, de la participación en su construcción de todos los posibles afectados. Ello es condición necesaria para su validez. La limitación que en virtud del amparo a los derechos imponen los jueces sobre la democracia mayoritariamente entendida se justifica desde esta posición porque, como advierte Cortés Rodas (2014), la prioridad de la soberanía popular sobre los principios de la autonomía liberal y civil puede conducir a que se equipare “democracia” con “omnipotencia de las mayorías”. El derecho debe limitar la política, es decir, la Constitución debe restringir la soberanía popular. Cada uno de los cinco epicentros del poder público que distingue Constant tiene la capacidad de revisar la autoridad de los demás.⁸

El riesgo latente de que quienes gobiernan persigan sus propios intereses y obstruyan a los gobernados su participación en procesos de toma de decisiones, se reduce para Constant al implementar medidas que protejan las libertades individuales, entre ellas amparar el acceso a los procesos de representación e impedir que una sola persona o un solo organismo concentre demasiado poder (deben crearse varios tipos de organismos investidos con distintos tipos de poderes; Constant, 1988, p. 387), así como asegurar y promover el involucramiento ciudadano en los asuntos públicos controlando las acciones de los representantes, la apertura de discusiones públicas y el ejercicio de la libertad de prensa (Constant, 1988, p. 239). Aunque se afecten acciones y decisiones soberanas producto de la voluntad mayoritaria, la preocupación fundamental de Constant es proteger la libertad individual para lo cual la división de poderes, el control entre ellos y la capacidad de revisión se encuentran entre los instrumentos más eficaces con que cuenta el Gobierno de un país.

En la propuesta pionera de Constant de articular soberanía popular, democracia y derechos individuales, ya se encuentra aquello que se denominará la “frontera inviolable” (Bobbio, 1997), “el coto vedado” (Garzón Valdés, 1989) o la “esfera de lo indecible” (Ferrajoli, 2001b).⁹ El ámbito

⁸ Además del poder judicial de los tribunales, los poderes “neutral” (monarca), ejecutivo, la asamblea hereditaria y la asamblea elegida.

⁹ Aunque se trata de conceptualizaciones que convergen en lo fundamental, el propio Ferrajoli (2008) argumenta algunas diferencias (véase también Bovero, 2008).

sustraído a la potestad de cualquier mayoría está conformado por los derechos individuales: “la libertad individual, la libertad religiosa, la libertad de opinión, que comprende el derecho a su libre difusión, el disfrute de la propiedad, *la garantía contra todo acto arbitrario* [la cursiva es mía]” (Constant, 1988, p. 14). Es ilegítimo todo ejercicio de autoridad política realizado en virtud de la voluntad popular representativa que vulnere los ámbitos de la libertad individual.

La restricción a la voluntad popular soberana queda constitucionalmente establecida en el respeto a la vida y a la autonomía individuales, es decir, no solo en la garantía de no ser coaccionado sino en poderse gobernar por sí mismo.¹⁰ En el sentido de la tensión entre el constitucionalismo y la democracia, ya a inicios del siglo XIX, Constant había indicado los problemas que podían resultar de implementar un constitucionalismo populista, según el cual el poder constituyente puede modificar cualquier principio constitucional. Desde Constant es condición necesaria pero no suficiente para el adecuado funcionamiento de los regímenes democráticos liberales que el poder sea legítimo en sus orígenes, pues debe serlo también en su ejercicio. Para el goce de la libertad individual debe protegerse el ejercicio libre y habitual de la libertad política, lo cual refuerza la capacidad y voluntad de los ciudadanos de proteger sus libertades en general y las instituciones que las garantizan. El ejercicio libre y habitual de las libertades es el medio más seguro para la mejoría moral de las personas (Constant, 1988b).

Varios destacados autores, como Gargarella, Alterio y Linares, siguiendo el canon constitucional occidental, tan reverenciado en la región (Waldron, Ely, Rosenberg) consideran que el constitucionalismo democrático es esencialmente antidemocrático. Para Linares (2008), por caso, si la Constitución es rígida (pocas no lo son) y se consagra un modelo “robusto” de control judicial, es decir, que faculta al tribunal a derogar leyes expedidas por el Parlamento (como la gran mayoría de países excepto los que acogieron la cláusula *notwithstanding*), tal control implica una afrenta a los valores que dan sentido a un gobierno democrático y a los valores de igual dignidad y autonomía personal.

Tres vértices estructuran el modelo de la democracia constitucional contemporánea, cada uno de los cuales representa un ideal: la honra y la protección de los derechos humanos, el imperio de

¹⁰ La teorización de Berlin (1993) sobre la libertad positiva contribuyó a la construcción dogmática del derecho al libre desarrollo de la personalidad por parte de la Corte Constitucional. Berlin sostuvo, citado en la Sentencia C-355/06 (Corte Constitucional de Colombia, 2006): “Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo y no de fuerzas exteriores. Quiero ser el instrumento de mis propios actos voluntarios y no de los de otros hombres. Quiero ser sujeto y no objeto. Quiero persuadirme por razones, por propósitos conscientes míos, y no por causas que me afecten desde afuera. Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo y no ser accionado por una naturaleza externa o por otros hombres como si fuera una cosa, un animal o un esclavo incapaz de juzgar mi papel como humano, esto es, concebir y realizar fines y conductas propias [...] soy libre si puedo hacer lo que quiera, y quizá, elegir entre dos maneras de obrar que se me presentan cuál es la que voy a adoptar”.

la ley y el autogobierno democrático (Moreso, 2020). Este modelo desplazó en la teoría y en la práctica a la justificación del Estado centrado en la idea de la democracia formal, es decir, rechazó la tesis de la omnipotencia de las mayorías. Quienes defienden una concepción formal de la democracia la suelen identificar solo con el poder del pueblo, con la voluntad de la mayoría de sus representantes, por lo cual se oponen a cualquier instrumento que la restrinja. Los teóricos de la democracia mayoritaria o agregativa sustentan la omnipotencia del Parlamento, lo cual implica la supremacía de la política y de su prioridad sobre el derecho. Ello banaliza la dimensión del derecho como medio para garantizar los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2011, vol. 1).

La democracia constitucional contemporánea acoge la tesis de la prioridad del derecho sobre la política, la cual implica que los tribunales constitucionales pueden anular actos del poder legislativo que atentan contra normas constitucionales. Para garantizar la democracia, es necesario no arrebatarse la Constitución a los jueces, como propone Tushnet (2000), sino arrebatársela a las mayorías el poder soberano y absoluto de configurar el ordenamiento jurídico y determinar las razones de la política. Planteamientos como el de Constant contribuyen a fundamentar una posición según la cual la concepción de la democracia en el Estado constitucional no puede identificarse solo con la voluntad de las mayorías.

La política es expresión de la voluntad popular pero su poder no es por ello absoluto. La validez de la ley está supeditada tanto al cumplimiento de principios constitucionales amparados por reglas del procedimiento legislativo (las cuales procuran organizar y asegurar la manifestación de la voluntad mayoritaria) como al respeto a los derechos fundamentales. Desde esta premisa se establecen los límites y vínculos procedimentales y sustantivos en virtud de los cuales radican las limitaciones jurídicas al poder legislativo (Ferrajoli, 2011, vol. 2, pp. 10 y ss.). Si aceptamos esta premisa nos veremos forzados a reconocer que debe existir algún grado de control judicial de constitucionalidad sobre las leyes, pues, infortunadamente, no solo se expiden leyes que atentan contra derechos de expresión y participación políticas, sino también leyes que, por ejemplo, atentan contra la progresividad de los derechos sociales, los derechos a la igualdad o, por otra parte, se quedan cortas frente al desmonte de estructuras discriminatorias de naturaleza legal, social o administrativa. El fin del Estado constitucional es garantizar el goce efectivo de los derechos, los cuales constituyen el núcleo del orden constitucional. No solo leyes que violan directamente la Constitución pueden impedir ese goce, sino también, como sucede habitualmente, la falta de acción frente a inercias sociales y culturales históricas.

Para garantizar una democracia genuina parece ser forzosamente necesario incorporar un sistema robusto, pero, además, proactivo de control judicial.¹¹ Es decir, donde los tribunales tengan la

¹¹ Como lo entienden los críticos. En su opinión sobre el fallo Dobbs, Waldron (2022) definió el modelo fuerte de control judicial sobre la legislación: en un sistema de este tipo, “un tribunal puede determinar que una pieza de

potestad no solo de invalidar leyes proferidas por el Parlamento o algunos decretos del ejecutivo (“legislación de primer orden”, para Waldron, 2022) por infringir normas constitucionales, sino también ante omisiones legislativas relativas, proferir órdenes complejas, declarar estados de cosas inconstitucionales y tomar un rol activista¹² en desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución, la constitucionalización del derecho y la judicialización de la política.

Este sistema establece que las mayorías, directamente o por sus representantes, carecen del poder para suprimir o limitar aquellos principios fundamentales que, conforme a la soberanía popular, se establecieron en la Constitución. El control judicial fuerte y proactivo (si se quiere, un mal necesario) se justifica, desde Constant, por la importancia de contener y encauzar hacia el proyecto constitucional las expresiones de la soberanía popular.

Desde ningún punto de vista se está defendiendo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. “Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se opone con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última” (Hamilton et al., 2001, párr. 78). Honrar la voluntad popular expresada en una constitución implica reconocer que debe estar garantizada por un tribunal para equilibrar en ciertos casos abusos por acción, acción insuficiente o inacción por parte de los organismos del Estado.

V. CIERRE

La democracia es un sistema político que establece principios y reglas para materializar en la mayor medida posible el ideal del autogobierno colectivo. En el Estado constitucional, la tesis de la omnipotencia de las mayorías, y la prelación absoluta de la política sobre el derecho, ha cedido paso a la relativización de dicha omnipotencia para reconocer en la tensión entre el constitucionalismo y la democracia un elemento constitutivo de esta forma de Estado. A pesar del coste democrático, mayoritariamente, los tribunales constitucionales se justifican en nuestra vida institucional por la garantía a la realización de los derechos como fin último del Estado constitucional.

legislación (ley o artículo) debe ser anulada o, aun si permanece incluida en los códigos, no debe implementarse, por su incompatibilidad con las disposiciones de la Constitución. Este sistema fuerte puede ser contrastado con un sistema de control judicial de constitucionalidad débil, como la revisión por los tribunales británicos bajo la ley de derechos humanos de 1998, en virtud de la cual un tribunal puede determinar que una pieza de legislación es incompatible con las disposiciones de dicha Ley (profiriendo una declaración de incompatibilidad), pero sin ningún efecto sobre su aplicación o ejecutoriedad”. En similar sentido, para Tushnet (2009), los tribunales ejercen un control judicial fuerte cuando sus sentencias interpretativas son definitivas y ningún otro organismo tiene la facultad de revisarlas.

¹² En el sentido de proactivo, respetando la naturaleza institucional y autoritativa del derecho (García Jaramillo, 2016a).

No solo cuestiones teóricas relativas a la salvaguardia de la mejor forma de sistema democrático de gobierno, sino también cuestiones institucionales por omisión o desidia legislativas que generan afectaciones de derechos por acción insuficiente o inacción, siguen tornando urgentes enfoques teóricamente sólidos para distender la relación entre el constitucionalismo y la democracia en el Estado constitucional.

En épocas de nuevos escepticismos hacia la función creadora de derecho del poder judicial, en general, y hacia la justiciabilidad de los derechos sociales, por ejemplo, en particular (Atria, 2016; Gargarella, 2021; Loughlin, 2022), y luego de las obras canónicas de Rosenberg, Bickel, Sunstein, Waldron, Böckenförde y Bellamy, es relevante y urgente revitalizar paradigmas históricos que articulen soberanía popular, democracia y derechos individuales. Defender la democracia constitucional implica oponer límites absolutos a la democracia mayoritaria, tales como los definidos por los derechos fundamentales, los cuales no se pueden restringir por la voluntad de cualquier mayoría, plebiscitaria o legislativa. Ante casos concretos en los que acontezcan violaciones de derechos por acción o inacción legislativas no debería proceder en democracias constitucionales una objeción mayoritaria ante la institución que procure remediarlo.

La voluntad soberana del pueblo, expresada mayoritariamente, debe poder ser limitada para que ciertas normas no formen parte del sistema jurídico. El vivo interés y la vigencia de la obra de Constant, en parte por la crisis actual de la democracia, requiere que teorícemos y practiquemos formas alternativas de poder con una dimensión constituyente, menos vinculadas al *statu quo* institucional (Timmermans, 2021).

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Marcial Pons.
- Alexy, R. (2016). Los principales elementos de mi filosofía del derecho. En *La doble naturaleza del derecho*. Trotta.
- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.
- Bailyn, B. (1992). *The ideological origins of the American Revolution* (2.ª ed.). Harvard University Press.
- Berlin, I. (1993). *Cuatro ensayos sobre la libertad* (J. Bayón, trad.). Alianza.
- Bobbio, N. (1997). *El problema del positivismo jurídico*. Ciudad de México, Fontamara.
- Bovero, M. (2008). Qué no es decidible: Cinco regiones del coto vedado. *Doxa*, 31, 217-225. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/19182/1/Doxa_31_12.pdf
- Constant, B. (1988a). Principles of politics applicable to all representative governments. En *Political Writings* (B. Fontana, ed. y trad.). Cambridge University Press.

- Constant, B. (1988b). The liberty of the ancients compared with that of the moderns. En *Political Writings* (B. Fontana, ed. y trad.). Cambridge University Press.
- Constant, B. (2019). On the limits of popular sovereignty. En M. Perry y H. E. Negrin (eds.), *Sources of the western tradition. Vol. 2: From the renaissance to the present*. Cengage Learning.
- Constant, B. (2020). *La libertad de los antiguos frente a la de los modernos: Seguida de la libertad de pensamiento*. Página Indómita.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006, 10 de mayo). Sentencia C-355/06 (Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, M. P.).
- Cortés Rodas, F. (2004). La tensión entre las exigencias de justicia social y la prioridad de la libertad: Consideraciones en torno a la concepción de justicia de John Rawls. *Estudios de Filosofía*, 30, 53-69. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.12869>
- Cortés Rodas, F. (2007). *Justicia y exclusión*. Siglo del Hombre.
- Cortés Rodas, F. (2014). *Pasado y presente de la filosofía política: Ensayos sobre democracia y justicia*. Universidad de Antioquia.
- Cortés Rodas, F. y Giusti, M. (eds.) (2007). *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad*. Siglo del Hombre.
- Ferrajoli, L. (2001a). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2001b). Derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, 6(1), pp. 337-343. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/11/doctrina34988.pdf>
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2022). Pasado y futuro del Estado de derecho. En M. Carbonell, W. L. Orozco y R. Vázquez (eds.), *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. Siglo XXI.
- García Jaramillo, L. (2016a). *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales*. Siglo XXI.
- Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del coto vedado. *Doxa*, 6, 209-213. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10845/1/Doxa6_12.pdf
- Hamilton, A., Jay, J. y Madison, J. (2001). *El federalista*. Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 249-300.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Marcial Pons.
- Locke, J. (1991). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Espasa-Calpe.

- Loughlin, M. (2022). *Against constitutionalism*. Harvard University Press.
- Maier, P. (1998). *American scripture: Making the declaration of Independence*. Vintage.
- Montesquieu. (1972). *Del espíritu de las leyes* (M. Blázquez y P. de la Vega, trads.). Tecnos.
- Moreso, J.-J. (2020). *Lo normativo: Variedades y variaciones*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sen, A. (2009). *The idea of justice*. Harvard University Press.
- Sieyès, E. (1989). ¿Qué es el tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios. Alianza.
- Stern, K. D. (1966). John Locke and the Declaration of Independence. *Cleveland State Law Review*, 15(1).
- Thompson, D. F. (2017). Teoría democrática deliberativa y ciencia política empírica. *Cuadernos de Ciencias Políticas*, 8, 13-45. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/25949/cuaderno_ciencias_politicas_08_01.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Timmermans, N. (2021). Benjamin Constant and the limits of popular sovereignty. En B. Deseure, R. Geens & S. Sottiaux (eds.), *Sovereignty, civic participation, and constitutional law: The people versus the nation in Belgium*. Routledge.
- Todorov, T. (1999). *A passion for democracy: Benjamin Constant*. Algora.
- Tushnet, M. (2000). *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press.
- Tushnet, M. (2009). *Weak courts, strong rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press.
- Vincent, K. S. (2015). Benjamin constant and constitutionalism. *Historia Constitucional*, 16, 19-46. <https://doi.org/10.17811/hc.v0i16.434>
- Waldron, J. (2016). *Political political theory: Essays on institutions*. Harvard University Press.
- Waldron, J. (2022). Denouncing dobbs and opposing judicial review. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 22-39. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4144889

**Revista de
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE**

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.60.658.451>

Necesidades jurídicas y de seguridad social en la demencia en Colombia

Legal and social security needs in dementia in Colombia

SARA JULIETA ROMERO-VANEGAS

Universidad Nacional de Colombia.
sjromerov@unal.edu.co

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6606-7409>

JULIANA PATRICIA MORAD ACERO

Pontificia Universidad Javeriana
jmorad@javeriana.edu.co

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8834-4825>

DIANA ELIZABETH CUERVO

Pontificia Universidad Javeriana
d.cuervo@javeriana.edu.co

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3559-565X>

Resumen

La demencia contempla un conglomerado de enfermedades neurodegenerativas. Está catalogada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como prioridad de salud pública. Dada la importancia de atenderla correctamente y la necesidad de garantizar condiciones para el ejercicio de cuidado de quienes ejercen este rol, este artículo identifica las necesidades en la demencia relacionadas con la seguridad social y su respuesta desde el derecho. Se realizaron entrevistas semiestructuradas a personas con demencia leve y sus cuidadores, así como una búsqueda y análisis de normativas y jurisprudencia de las altas cortes, relacionadas con la demencia. Los hallazgos más relevantes revelan la ausencia de políticas orientadas a personas con demencia de origen tardío y temprano, barreras en acceso y atención en el sistema de salud, condiciones familiares y sociales que afectan la economía familiar, ausencia de parámetros claros para calificar la demencia y sus diferentes tipos en el Decreto 1507 de 2014 y de convenios de flexibilidad laboral para personas con responsabilidades familiares (cuidadores), además, los cuidadores están fuera del sistema de afiliación a riesgos laborales. En conclusión, son necesarias políticas específicas que contemplen la protección de los derechos a la seguridad social de las personas con demencia y sus cuidadores.

PALABRAS CLAVE

Demencia; seguridad social; cuidadores; políticas públicas; derechos humanos.

Abstract

Dementia includes a group of neurodegenerative diseases that is listed by the World Health Organization as a public health priority. Given the importance of treating it correctly and the need to guarantee conditions for the exercise of care for those who exercise this role, this article identifies the needs in dementia, related to social security and its answer from the law. We conducted Semi-structured interviews with people with mild dementia and their caregivers. Also, we searched and analyzed the regulations and jurisprudence of the high courts, related to dementia. The most relevant findings reveal: the absence of policies aimed at people with dementia of late and early origin, barriers in access and care in the health system, family and social conditions that affect the family economy, absence of clear parameters to qualify dementia and its different types in decree 1507 of 2014 and labor flexibility agreements for people with family responsibilities (caregivers). In addition, caregivers are uninsured in the occupational risk system. In conclusion, specific policies that contemplate the protection of the social security rights of people with dementia and their caregivers are necessary.

KEYWORDS

Dementia; social security; caregivers; public policy; human rights.

I. INTRODUCCIÓN

La demencia es un síndrome cerebral, crónico y progresivo, caracterizado por alteraciones cognitivas que repercuten en las actividades básicas, instrumentales y avanzadas de la vida diaria (World Health Organization [WHO], 2012), incluidas las habilidades para laborar (Delineau y Schultz, 2017). La demencia es una prioridad de salud pública y un reto para los sistemas de aseguramiento en el mundo (Romero-Vanegas et al., 2021; Wortmann, 2012), ya que genera presión para los sistemas de salud, las familias y el afectado.

En Colombia, la demencia aún no se encuentra en la agenda pública, no existen rutas integrales de atención, asimismo, no se cuenta con normativas específicas para cuidadores con responsabilidades familiares, ni políticas implementadas sobre el cuidado y la demencia, aun cuando claramente es una enfermedad que trasciende el entorno familiar, social, económico y político (Romero-Vanegas et al., 2021).

Según proyecciones epidemiológicas, la demencia está aumentando en nuestro país (Amaya Vargas et al., 2014), donde la edad es uno de los principales factores de riesgo de la demencia de tipo tardío, la cual corresponde al 70 % de los casos de demencia (Gong et al., 2018), y según proyecciones a 2030, el 23 % de la población colombiana será adulta mayor (Huenchuan, 2018).

En Colombia, se han reportado dos variantes de demencia tipo Alzheimer (DTA): la de tipo tardío (después de los 65 años) (Gong et al., 2018) y el Alzheimer temprano (antes de los 65 años). El país tiene el foco de población más grande en el mundo con Alzheimer familiar precoz, generada por una mutación en el gen de la presenilina-1 (Acosta-Baena et al., 2011). Esta situación produce un reto adicional si se quieren adoptar medidas desde la perspectiva de la equidad, la justicia y los derechos humanos, ya que se deben proteger los derechos de las personas con demencias tempranas y tardías.

La demencia es una enfermedad de origen común, debido a que es una afección que se origina por causas ajenas a la actividad laboral y deriva en una invalidez permanente.

En este artículo, se abordan las necesidades relacionadas con el derecho a la seguridad social. A partir de fuentes de información, aspectos jurisprudenciales, normativos, aunado a las voces de personas con demencia leve y sus cuidadores, se pretende dar respuesta a ¿cómo ha sido la respuesta desde el derecho de la seguridad social a las necesidades de la población con demencia y sus cuidadores? Dado que las necesidades de personas con demencia y sus cuidadores relacionadas con el derecho no han sido exploradas en la población colombiana y pueden variar de acuerdo con el régimen de aseguramiento, estrato socioeconómico y contexto regional (Romero-Vanegas et al., 2021), con este trabajo se busca contribuir a los estudios existentes y evidencia los vacíos jurídicos y la manera en que podrían llenarse a partir del diseño de estrategias multisectoriales.

II. MÉTODO

Tipo de investigación

Estudio observacional descriptivo y contraste normativo.

Diseño

Estudio exploratorio mediante entrevista de corte transversal a cuidadores y pacientes con demencia y contraste con hallazgos normativos y jurisprudenciales en Colombia.

Población

La población colombiana, mayores de edad y pertenecientes a cualquiera de los regímenes de salud (subsidiado, contributivo). Un total de 208 cuidadores de personas con demencia y 28 pacientes con diagnóstico de demencia leve (GDS 4), de acuerdo a la Escala Global de Deterioro (GDS, por sus siglas en inglés) (Reisberg et al., 1988), dado por un médico especialista. El GDS 4 se caracteriza por la pérdida de, al menos, una capacidad previamente adquirida, con impacto en la vida diaria (Fish, 2011). Se excluyeron participantes con estadios moderados a avanzados de demencia (GDS 5 a GDS 7), demencia con cuadros psicóticos activos, antecedentes de enfermedad psiquiátrica mayor no controlada y trastornos del lenguaje moderados a graves. Este grupo de participantes en el estudio tuvo el apoyo del cuidador en su interacción y participación en la entrevista y en la aplicación de instrumentos de recolección de información cuantitativa.

Todos los participantes contaban con disponibilidad de internet y herramienta de conexión (celular o computador).

Dada la situación derivada de la epidemia generada por covid-19 en 2021-2022, la muestra fue por conveniencia y el contacto con los participantes y toma de datos se realizó mediante videollamadas, llamadas telefónicas, WhatsApp o correo electrónico. Por protocolos de seguridad y disposición de los rectores de política en salud en Colombia, y en especial la limitación que atañe a los grupos de alto riesgo, los cuales componen la mayoría de la población del estudio, se consideró la alternativa *online*. Todos los participantes contaban con internet y con un dispositivo o herramienta para su conexión (teléfono u computador). Los participantes fueron de diversas regiones del país, principalmente de Antioquia, Barranquilla, Santander, Bogotá, La Guajira, el Tolima y el Valle del Cauca. Todos fueron contactados a través de atención médica especializada en demencia, grupos de investigación, asociaciones de lucha contra la enfermedad e internet.

Procedimiento

Consideraciones éticas

De acuerdo con el Decreto 2164 de 1992, la Ley 10 de 1990 y la Resolución 8430 de 1993, este estudio es de riesgo mínimo. También se siguieron las normas éticas de la Declaración de Helsinki y los parámetros consignados en la Ley 1996 de 2019, dado que en algunos casos los pacientes, aunque en etapa leve de demencia, requerían apoyo de su cuidador.

El procedimiento de toma de datos consistió en la administración de una entrevista semiestructurada, compartida de forma virtual mediante un aplicativo de Google Forms. Para las personas con dificultades de comunicación escrita, se realizaron llamadas telefónicas durante las que se tomaron los datos correspondientes a las preguntas de la entrevista. En la entrevista, se abordaron aspectos sociodemográficos y familiares, así como las necesidades.

Método de búsqueda normativa y jurisprudencial

En relación con la normativa, se realizó una búsqueda de documentos técnicos (leyes, decretos, resoluciones, acuerdos y planes), desde las postuladas en la Ley 9 de 1979 hasta la fecha actual. Se analizaron normativas colombianas bajo filtros que incluyeron aspectos relacionados con la discapacidad, la adultez mayor, la demencia, la enfermedad de Alzheimer y los cuidadores.

De acuerdo con los parámetros jurisprudenciales (acción de tutela), se realizó una búsqueda, en las páginas gubernamentales del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, de las sentencias proferidas entre 1999 hasta abril de 2022, que incluyeran aspectos relacionados con la demencia.

Análisis de datos

Entrevista semiestructurada

El análisis de la entrevista semiestructurada describió la prevalencia de síntomas en cuidadores y pacientes con demencia, y se evaluó la prevalencia de afectación en diversas esferas de la vida diaria en pacientes y cuidadores, incluidas las necesidades legales. Para realizar la descripción de las características estadísticas de las variables, se exportó la información de Google Forms a una base de datos de Microsoft Excel 365, que se diseñó para tal fin; para el análisis, se empleó el *software* R 4.1.2.

Se describieron las características demográficas y las diversas categorías de análisis, medidas de tendencia central y dispersión (media, mediana, rango, desviación estándar y rango intercuartílico). No se efectuaron pruebas de hipótesis; las *p* se proporcionan de manera informativa para in-

formar la diferencia entre grupos. Los análisis se realizaron estratificando por regiones con mayor número de cuidadores por ciudad.

Normativas y jurisprudencia

Las normas fueron analizadas bajo el método de *checklist*, el cual permite hacer una lista de verificación como método de control y reducción de errores de forma sistemática (Jusuf, 2018). Además, se realizó una matriz de análisis y línea de tiempo, de acuerdo con los componentes de búsqueda.

Las tutelas, por su parte, fueron organizadas y analizadas mediante el diseño de una matriz de análisis en Microsoft Excel 365 que se examinó en el mismo programa.

III. RESULTADOS

Descripción de la muestra

En este estudio, participaron 236 personas, 28 corresponden a personas con demencia leve y 208 a cuidadores de pacientes con demencia, residentes de diferentes regiones del país.

A continuación, presentamos las características descriptivas de los participantes con demencia leve.

Personas con demencia leve

En el grupo de personas con demencia leve, se evidencia una mayor presencia de mujeres con un 67,9 %. El rango de edad oscila entre 32 y 90 años. La variable de estado civil evidencia que la mayoría de los participantes están casados o en unión libre con un 42,9 %, seguido de las personas solteras (21,4 %), viudas (21,4 %) y las separadas/divorciadas (14,3 %). La mayor proporción de participantes se encuentra en Antioquia y el Tolima, seguido de Santander, Bogotá y Barranquilla. El lugar de residencia fue urbano en su mayor proporción (64,3 %). Los participantes en su mayoría son profesionales universitarios con un 51,9 %.

En relación con las condiciones familiares y sociales de los pacientes, se muestra que la mayoría residen con su familia nuclear en sus propios hogares y tienen una vivienda propia. El 89,9 % tiene acompañamiento, el cual se da por parte de su pareja, un hijo, cuidador profesional u otro. El 53,6 % percibe su situación económica como regular y los aportes al hogar lo hacen entre una y cuatro personas.

Respecto del lugar de vivienda, la mayor proporción de personas con demencia viven con otras personas en su propio hogar, aunque en el Valle del Cauca la mayoría reside con el cuidador; en La Guajira, con otro familiar, y en Bogotá, Santander y otras regiones el paciente en su propia casa. Se evidencia una menor proporción, en general, de personas con demencia que residen solas o en un centro de cuidado especial.

Respecto de las condiciones de trabajo, el 82,1 % de la muestra no labora actualmente y dejó de trabajar en una edad comprendida entre 32 y 58 años, frente al 17,9 % que aún continúa trabajando. Asimismo, el 57,1 % de los participantes se encuentran pensionados, frente a un 42,9 % que no tienen pensión. Finalmente, se muestra que la mayoría de los participantes con demencia leve pertenecen al régimen contributivo con un 85 %.

Cuidadores de personas con demencia

El 87,4 % del total de cuidadores de personas con demencia leve son mujeres. En Santander, los cuidadores son más jóvenes con una mayoría en el rango de edad entre 31 y 40 años; en Antioquia, Barranquilla y La Guajira, los cuidadores están entre 41 a 50 años, y, finalmente, en Bogotá, el Tolima y el Valle del Cauca, tienen más edad con una mayor frecuencia entre 51 a 60 años. Pocos cuidadores están en el grupo de mayores de 80 años. En la mayoría de las regiones participantes, los cuidadores son casados o viven en unión libre con una proporción del 47,4 %, mientras los solteros llegan al 41,7 %. El nivel educativo más frecuente de los cuidadores en La Guajira y el Tolima es técnico, mientras en Antioquia, Barranquilla, Bogotá, Santander y otras regiones son profesionales universitarios. Finalmente, la mayor proporción de cuidadores en el Valle del Cauca tiene un nivel educativo máximo de bachillerato completo. En relación con las condiciones familiares y sociales, el grupo de cuidadores pertenece a un tipo de familia nuclear. La percepción de la situación económica familiar de los cuidadores es considerada buena en Antioquia, Santander, el Tolima y otras regiones participantes. Sin embargo, en Barranquilla, Bogotá, La Guajira y Valle del Cauca, los cuidadores perciben su situación como regular, en que el mayor proveedor es el mismo cuidador (32,7 %), seguido de la dupla cuidador y su pareja (24,5 %). En general, la mayoría de los cuidadores se autoidentifican como pertenecientes a una estratificación de servicios públicos nivel 3.

En Barranquilla, Bogotá, La Guajira, Santander, el Valle del Cauca y otras ciudades, la mayor proporción de cuidadores refieren que cuidar genera una carga financiera, a diferencia de Antioquia y el Tolima, donde no se refiere que la labor de cuidar genere carga financiera.

De acuerdo con los aportes económicos, la mayoría está a cargo del cuidador (32,7 %), seguido del cuidador y su pareja (24,5 %), el aporte de la persona con demencia equivale al 6,7 %, mientras el aporte entre el cuidador y la persona con demencia es del 10,6 %. El porcentaje de menores de edad a cargo de los cuidadores equivale al 48,2 %, los hijos de los cuidadores que son adultos jóvenes que estudian en universidad equivale al 31,9 %, mientras los hijos de los cuidadores mayores de 26 años corresponde al 19,9 %.

En relación con la carga de los cuidadores, se evidencian diferentes sentimientos: siente que cuidar no le deja suficiente tiempo para su familia, siente que cuidar no le deja suficiente tiempo para ellos y siente que cuidar interfiere con actividades de ocio/recreo.

Se evidencia que los cuidadores en Bogotá, La Guajira y Santander sienten que cuidar afecta negativamente la relación familiar, en que sus relaciones se han deteriorado por esta labor; a diferencia de territorios como Antioquia, Barranquilla, el Tolima y el Valle del Cauca. Respecto de si la labor de cuidado interfiere con las amistades y vida social, se observa que, en Barranquilla, Bogotá, La Guajira, Santander, el Valle del Cauca y otros territorios, existe una afectación, en comparación con Antioquia y e Tolima, que no ven dificultades en esta esfera.

Las horas de cuidado dedicadas a las personas con demencia en la mayoría de los territorios ascienden a 40 horas o más y los días de descanso oscilan entre 0 y 2 días.

En relación con las variables de trabajo, la mayoría de los cuidadores de todas las regiones participantes refieren trabajar en adición a su labor de cuidadores. Sin embargo, en Barranquilla, la mayor proporción de cuidadores reportan no trabajar. El grupo de cuidadores que trabajan en Antioquia, Barranquilla, Bogotá, La Guajira y Santander perciben que sus responsabilidades como cuidadores han afectado su trabajo, a diferencia de los participantes del Tolima, el Valle del Cauca y otras regiones, que refieren que no los ha afectado. A pesar de la proporción de cuidadores que refieren tener dificultades laborales, solo en Antioquia, Santander y otras regiones se evidencia que requieren mayor flexibilidad por parte de su empleador. Asimismo, en relación con las facilidades laborales de los cuidadores, se refiere en mayor proporción que las condiciones han sido difíciles para los cuidadores en Barranquilla, Bogotá, Santander, el Valle del Cauca y otras regiones. Antioquia refiere que sus condiciones han sido fáciles y La Guajira y el Tolima indican que sus condiciones no han sido ni fáciles ni difíciles.

Entre las dificultades laborales de los cuidadores, se evidencian que estos se han visto obligados a reducir sus horas laborales, a no aceptar ascensos, a no poder cumplir horarios de trabajo, a salir tarde para reponer los tiempos, a no asistir a reuniones, a perder otros beneficios laborales o, incluso, renunciar. Asimismo, se indica que la mayoría de los cuidadores profesionales en todas las regiones no poseen Administradora de Riesgos Laborales (ARL) y no reciben ninguna compensación monetaria por su labor de cuidado.

Referente a salud de los cuidadores, la mayor proporción de cuidadores pertenecen al régimen contributivo; no obstante, en La Guajira, el 65 % de los participantes hacen parte del régimen subsidiado.

Cuidadores de Barranquilla, Bogotá, La Guajira y Santander refieren presentar enfermedades. Sin embargo, Antioquia, el Tolima y el Valle del Cauca consideran estar sanos.

Las enfermedades crónicas que predominan en el grupo de cuidadores y que se han incrementado por el acto de cuidado, en general, son la hipertensión y ansiedad/depresión e hipertensión.

La experiencia en el sistema de salud por parte de los cuidadores evidencia que Antioquia reporta facilidades en servicios de salud, seguido de una postura neutra en Barranquilla y el Valle del Cauca, y Bogotá, La Guajira, Santander y el Tolima refieren dificultades en los servicios de salud.

En relación con la experiencia de los cuidadores frente al acceso en la oportunidad a citas médicas, se evidencia que en todos los territorios participantes este aspecto ha resultado difícil; por el contrario, en Antioquia, se indica rapidez en la oportunidad de citas médicas. La oportunidad de citas de terapia ha sido difícil en Bogotá, La Guajira, Santander, el Tolima y el Valle del Cauca, y en Antioquia y Barranquilla, el acceso a citas para terapia no ha sido ni fácil ni difícil. El despacho de medicamentos por parte de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) ha sido difícil en Bogotá, Santander, el Tolima y el Valle del Cauca, y neutral en La Guajira. El acceso a la atención domiciliaria ha sido difícil en todos los territorios, en contraste con Antioquia, que refieren que es de fácil acceso.

En relación con la experiencia de los cuidadores con el sistema de salud, los participantes refieren que el especialista de su familiar/persona con demencia muestra conocimiento sobre la enfermedad y el paciente en particular; hallazgo visto en la mayoría de las ciudades, a excepción de La Guajira, donde tienen una postura neutra. En relación con las opciones de tratamiento, en Antioquia, Barranquilla y el Valle del Cauca, se indica que se conocen diversas opciones de tratamiento, no obstante, los cuidadores de Bogotá, La Guajira y Santander están en desacuerdo y señalan que no conocen sobre opciones de tratamiento. El Tolima tiene una postura neutra en relación con esta variable. Además, los especialistas resuelven las dudas de las familias y cuidadores en la mayoría de territorios, a excepción de La Guajira, donde están parcialmente en desacuerdo (68,4 %).

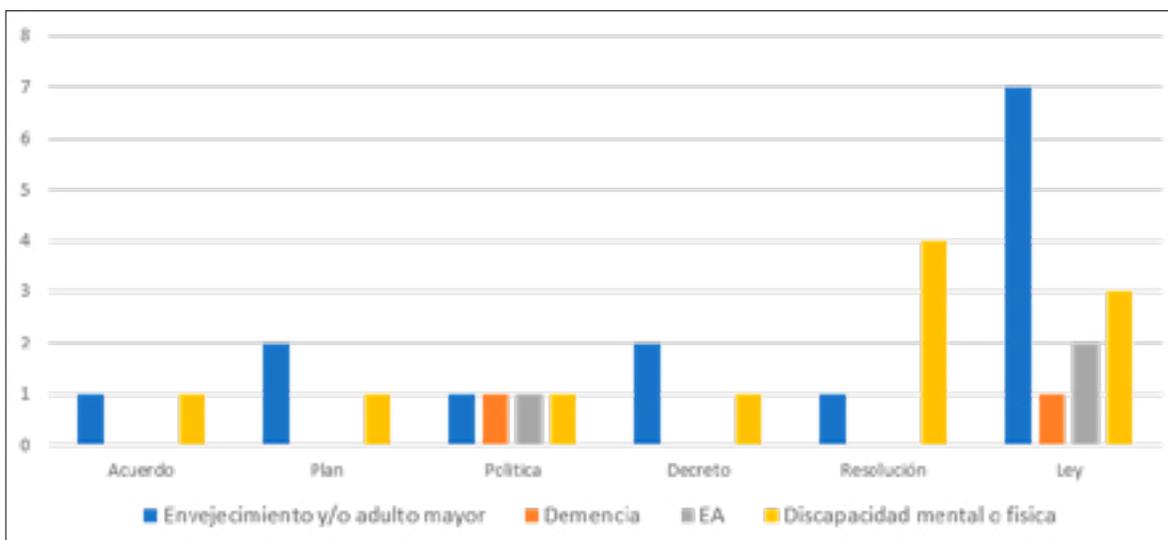
Por otra parte, en relación con el conocimiento de los cuidadores para asumir el rol de cuidado, se evidencia que la mayor proporción de cuidadores en los territorios participantes se sienten capacitados para realizar las actividades de cuidado que demanda un paciente/familiar con demencia, en La Guajira no se sienten capacitados y en el Tolima tienen una postura neutra sobre sus habilidades como cuidadores. Los cuidadores conocen sobre la enfermedad y sus etapas en la mayoría de las regiones, a excepción de La Guajira quienes tienen una postura neutra. Hallazgo compartido con la variable de conocimiento de herramientas para tratar de mantener al paciente/familiar con demencia activo, al igual que con la variable sobre conocimiento sobre centros día o instituciones que brindan estimulación cognitiva.

En lo referente con los monitoreos de las EPS, solo Antioquia reconoce que sus EPS monitorean a la persona con demencia, no solo en relación con el tratamiento, sino también con aspectos de salud psicológica o mental de la persona/familiar con demencia, al igual que al cuidador.

De acuerdo con las variables sobre el conocimiento de los seguros que se ofrecen por enfermedad, accidentes y otros eventos, las voces de los cuidadores y familiares de personas con demencia indican desconocimiento sobre este aspecto. En relación con el conocimiento sobre procedimientos

legales para acceder a servicios en salud como tutelas, Barranquilla, Bogotá y otros territorios (cuidador internacional o a larga distancia) refieren tener conocimiento, en contraste con Antioquia, La Guajira, Santander, el Tolima y el Valle del Cauca.

Normativa y jurisprudencia en relación con la demencia



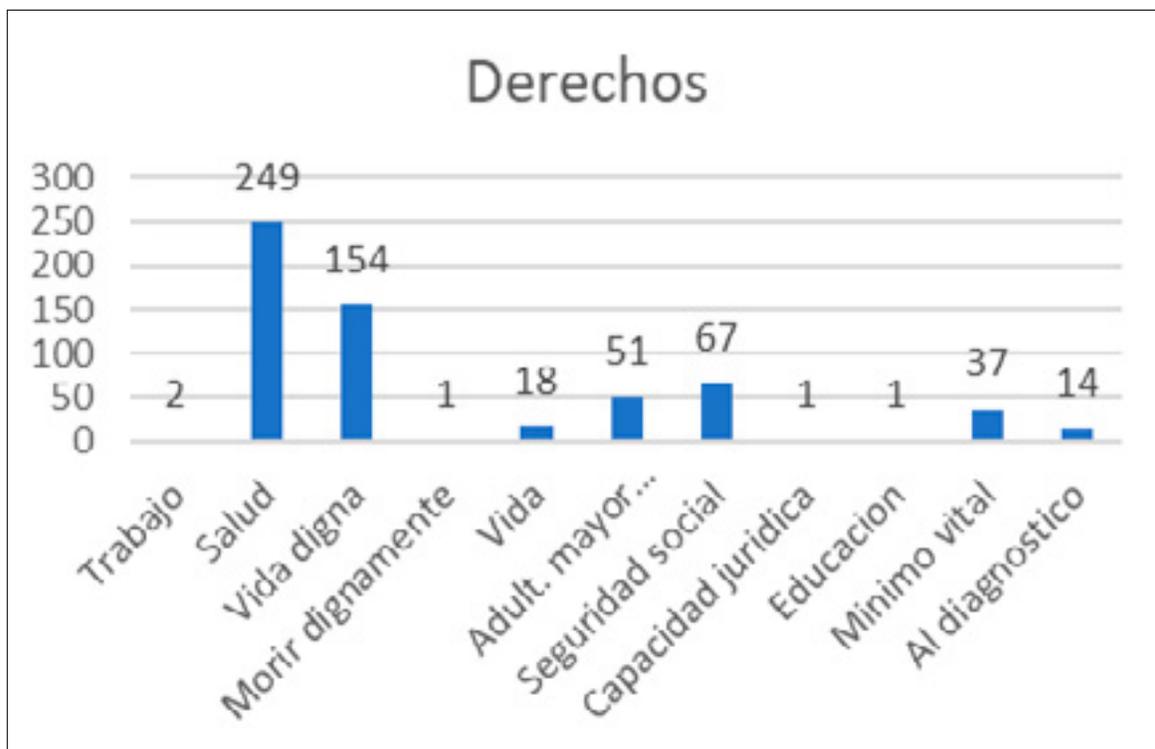
Fuente: elaboración propia.

FIGURA 1. INVENTARIO DE NORMATIVAS COLOMBIANAS RELACIONADAS CON ENVEJECIMIENTO/ADULTO MAYOR, DEMENCIA, DTA Y DISCAPACIDAD

En relación con la normativa, se evidencia que en temas de demencia existe solo una política y una ley, mientras en cuanto a la DTA, una política y dos leyes. El tema de discapacidad se evidencia tanto en acuerdos (1), planes (1), políticas (1), decreto (1), leyes (3) y, en una mayor medida, resoluciones (4); además, el envejecimiento y la adultez mayor también se perciben en las normativas, de modo que el número de leyes que contemplan esta etapa del ciclo vital es mayor (7). Si bien aunque el envejecimiento, la adultez mayor y la discapacidad son temas que últimamente se han observado en la formulación de las políticas públicas, es claro que, aun la demencia, entre ella la DTA, no tienen el reconocimiento y la visibilidad que se requieren para lograr normativas más justas, equitativas e inclusivas, ya que no están incluidas en las políticas actuales. Asimismo, no es claro si la demencia en el país es un tipo de discapacidad, pues no se menciona esta enfermedad en las políticas públicas.

De acuerdo con los términos de búsqueda en el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se analizaron 333 tutelas. Se observa que los derechos demandados por cuidadores de personas con demencia en su mayoría corresponden al derecho a la salud y a la vida

digna, seguido del derecho a la seguridad social, a ser reconocido como un adulto mayor sujeto de especial protección y el derecho al mínimo vital. Una menor proporción de personas demanda el derecho a la vida, el diagnóstico, el trabajo, la educación y a morir dignamente (figura 2).



Fuente: elaboración propia.

FIGURA 2. DERECHO INVOCADO EN TUTELAS INSTAURADAS POR PERSONAS CON DEMENCIA Y SUS CUIDADORES/FAMILIARES

Las prestaciones solicitadas en su mayoría corresponden a insumos y a elementos de cuidado, seguido de autorización de servicios excluidos del plan obligatorio de salud (POS), medicamentos no POS, enfermera permanente (cuidador domiciliario, enfermera, tratamiento integral, pensiones —de vejez, de sobrevivientes, de jubilación, de invalidez y sustitución pensional—), apoyo con transporte, atención a persona con discapacidad, valoración por especialista y, en menor medida, ambiente sano, póliza de seguro, reconocimiento de prestaciones económicas, traslado laboral, reintegro laboral y estabilidad laboral. Es decir, la mayoría se relaciona con solicitudes al sistema de salud y muchas con el rol del cuidado del paciente como una enfermera permanente y apoyo en su transporte. Otras tienen que ver con una solicitud pensional que se relaciona directamente con la situación económica del hogar que tiene una persona con demencia. Estas acciones pueden evidenciar problemas económicos de los hogares y la importancia de contar con recursos periódicos

como una pensión. Y otras con acciones que interpone la persona enferma que sigue trabajando y que necesita el trabajo como fuente de ingresos económicos. De ahí las solicitudes de reintegro laboral y de declaratoria de estabilidad laboral. En general, se evidencia que la ciudad donde se ha presentado el mayor número de tutelas es Bogotá, seguido de Antioquia y Santander. Finalmente, se evidencia que las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en su mayoría han sido favorables para los intereses de ciudadanos colombianos cuidadores de personas con demencia y de las personas con diagnóstico de demencia (figura 3).



Fuente: elaboración propia.

FIGURA 3. PRESTACIONES SOLICITADAS EN LAS TUTELAS

IV. DISCUSIÓN

Determinar cómo ha sido la respuesta del derecho a la seguridad social en relación con las necesidades de la población con demencia y sus cuidadores fue el objetivo de este artículo. Las variables sociodemográficas, las condiciones familiares, sociales, de trabajo, seguridad social, incluso la experiencia de los participantes con el sistema de salud, la información y el conocimientos de los cuidadores/familiares para ejercer el cuidado de personas con demencia y seguros y tutelas, fueron analizadas, junto con los resultados de la revisión normativa y jurisprudencial.

Condiciones sociodemográficas de pacientes y cuidadores

Cabe destacar que la muestra fue estadísticamente heterogénea y predominó el género femenino tanto en la muestra de personas con demencia como en la de cuidadores. En relación con la participación de más mujeres con demencia, según el *Boletín de salud mental: Demencia*, del Ministerio de Salud (2017), en 2015, el diagnóstico de demencia se ha dado principalmente en el género femenino (64,1 %), en comparación con el género masculino (35,9 %) (González Quiñones, 2017). Por su parte, de acuerdo con la encuesta SABE (2015), hay una prevalencia porcentual de la demencia en mujeres con un 10,7 %, en comparación con un 8,1 % en los hombres. Esto, por una parte, indica que las mujeres tienen más probabilidades de enfermar dadas las condiciones sociales y medioambientales que aumentan el riesgo de demencia (Mintzer et al., 2019) y, por otra, que las mujeres consultan más que los hombres, dado que están más preocupadas por su salud (Fee, 1975). El predominio del género femenino en el grupo de cuidadores (87,4 %) es similar a lo reportado en diferentes investigaciones (Barrera et al., 2011; Vargas Escobar y Pinto Afanador, 2010). Esto confirma que el rol de cuidador se le ha asignado histórica y culturalmente a mujeres (Barrera et al., 2011) y necesariamente supone que cualquier medida que se adopte en favor de quienes tienen este rol adopte una perspectiva de género para comprender las situaciones particulares y más gravosas en las que se encuentran las mujeres frente a los hombres.

La edad de nuestros participantes fue heterogénea en ambos grupos, debido a que los participantes sufren de demencia de origen tanto tardío (después de los 65 años) como temprano (antes de los 65 años). En Colombia, tenemos el grupo población más grande del mundo con Alzheimer familiar temprano (Lopera et al., 1997; Romero-Vanegas et al., 2010), que representó una población importante en este estudio, ya que los síntomas de este tipo de demencia surgen entre los 28 y 30 años (Acosta-Baena et al., 2011). Esto hace necesario que se establezcan estrategias que promuevan la calidad de vida tanto de las personas con demencia de origen tardío como temprano. Más aún cuando las más jóvenes están comenzando su vida laboral productiva de la que dependen, además, según nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de gozar de una pensión en un futuro. No comprender esto puede impedirles el acceso al mercado laboral y de paso a una pensión en un futuro. Estos obstáculos, por su parte, impactarían la vida de quienes asumen su cuidado, que en una mayor proporción son mujeres.

Por parte de los cuidadores, si bien este grupo también evidenció una edad heterogénea, la mayoría se encuentra en una edad productiva. Si se analizan estos datos desde la realidad del contexto colombiano en atención a la preponderancia de mujeres ejerciendo el rol de cuidadoras, se encuentra que el porcentaje de desempleo en las mujeres, en el primer trimestre de 2022, fue del 17,1 %, cifra muy superior al 10,4 % de los hombres, situación que puede estar relacionada e, incluso, responder a su rol de cuidado, tal y como lo indican . En esta línea, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2020) refiere que el rol de cuidado disminuye la tasa de ocupación en un 10,3 % respecto de aquellas mujeres que no ejercen este rol.

Además, en relación con el nivel educativo, en nuestra muestra se observó que la mayoría de los participantes son graduados universitarios.

Aseguramiento en salud de pacientes y sus cuidadores

En relación con los regímenes de aseguramiento en salud, la mayor proporción de participantes pertenecían al régimen contributivo, toda vez que, salvo los que viven en La Guajira, se encuentran ubicados en aquellas ciudades donde, según el DANE (2022), prima la afiliación al régimen contributivo con un 57,2 %. La Guajira hace parte del 23,6 % de los territorios donde predominan el régimen subsidiado (DANE, 2022) y donde incluso hay población no afiliada aun cuando el porcentaje de afiliación en Colombia llegue incluso al 95 % (Bran Piedrahita et al., 2020; Rodríguez Hernández et al., 2015). Cabe resaltar que los cuidadores de La Guajira refieren dificultades y corrupción para aplicar a la encuesta Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales (Sisbén) como mecanismo para ingresar en el régimen subsidiado, situación que los expone a la pobreza (Trujillo et al., 2005).

En general, la muestra evidencia que la población encuestada goza de cierta capacidad de pago, pues quienes pertenecen al régimen contributivo son aquellas personas que según la regulación gozan de capacidad económica en el territorio nacional.

En relación con la experiencia en el sistema de aseguramiento en salud de los cuidadores, los participantes refieren dificultades en cuanto a la oportunidad en citas médicas, citas de terapia y atención domiciliaria integral, lo cual también es reportado por diversos autores, que indican barreras en el acceso y la atención en el sistema de salud colombiano (Bran-Piedrahita et al., 2020; Campaz Payan y Montaña Olaya, 2019; Rodríguez Hernández et al., 2015). Otra de las barreras encontradas se relaciona con el despacho de medicamentos. Este hallazgo se confirma por Rodríguez Hernández et al. (2015) y Vásquez et al. (2021) quienes reportan dificultades en la dispensación de fórmulas médicas en Colombia. Estos problemas de acceso y de solicitud de medicamentos pueden responder a los problemas generales de provisión de medicamentos del sistema general de salud, tales como que algunos medicamentos están por fuera del plan de beneficios en salud (PBS) y existen problemas de las EPS con sus proveedores de medicamentos para cubrir, incluso, los que

están dentro del PBS (Morad Acero, 2021). Este hallazgo, además, coincide con las solicitudes más frecuentes de las acciones de tutela analizadas.

Finalmente, los cuidadores refieren que los especialistas médicos consultados muestran conocimientos sobre la enfermedad, tienen información clara sobre el tratamiento y algunos reportan conocer diversas opciones, a excepción de Bogotá, La Guajira y Santander, donde parece que no son informados sobre las diversas opciones de tratamiento para la persona con demencia. Asimismo, se evidencian dificultades en territorios rurales como La Guajira donde las personas indican que no se les informó sobre aspectos relacionados con la enfermedad. Esto coincide con el estudio de Bran-Piedrahita et al. (2020), quienes refieren barreras no solo en atención y acceso en salud en áreas rurales, sino también dificultades para educar a la población que consulta, ya que, en Colombia, los profesionales en salud atienden un exceso considerable de consultas sin contar con un tiempo prudente y coherente con una atención integral (Delgado Gallego et al., 2010).

Condiciones sociales y familiares del paciente y sus cuidadores

En relación con las condiciones familiares y sociales, en el grupo de pacientes con demencia y cuidadores, se evidencia que estos residen con su cónyuge o con uno de sus hijos (familia nuclear), lo cual coincide con otros estudios, ya que se reporta que en la mayoría de los casos hay un integrante en la familia, denominado cuidador principal/cuidador familiar, que es quien asume la responsabilidad del cuidado de la persona con demencia, usualmente, en forma permanente (Arias Rojas et al., 2015; Chaparro-Díaz et al., 2016; Cerquera Córdoba et al., 2012; Cerquera Córdoba et al., 2016). Por otra parte, que los cuidadores cuenten con un cónyuge sugiere que el apoyo que este representa, al tener un vínculo afectivo, favorece el desahogo, la catarsis y el apoyo en la toma de decisiones en el cuidado (Cerquera Córdoba et al., 2012; Salazar-Maya et al., 2020).

La situación económica familiar de los participantes es regular-buena, en gran medida porque el aporte realizado al hogar lo realiza exclusivamente el paciente, a partir de su ingreso pensionado, o el mismo cuidador, quien, aparte de ejercer este rol, trabaja en el mercado laboral productivo (Gómez-Galindo et al., 2016). Ahora, dado que tienen hijos en edad escolar o menos y en sus hogares residen entre 2 y 4 personas, cuidar representa una carga financiera, según la percepción de los cuidadores. Esto muestra que, a pesar de que los hogares tengan capacidad de pago, la situación económica general se percibe como regular, toda vez que hay una única fuente de ingresos y diversas personas dependientes de este.

Situación pensional del paciente y su cuidador

En relación con el tema pensional, cabe anotar que el aseguramiento del riesgo de invalidez en el sistema de seguridad social en Colombia, se encuentra a cargo de los subsistemas de pensiones y riesgos laborales. La pensión de invalidez está sujeta al declaratorio de una pérdida de capacidad

laboral de, al menos, el 50 % y a la acumulación de una densidad mínima de semana, en el sistema de pensiones. La invalidez se estructura cuando el afiliado presenta dificultades cognitiva, y cuando, a pesar de los tratamientos por neurología y psiquiatría, no se evidencien una recuperación, sino una acentuación del deterioro.

Esta calificación se realiza de acuerdo con las reglas del *Manual único para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional* (Decreto 1507 de 2014). Cabe resaltar que este decreto de 2014 no establece parámetros para calificar la demencia, pues solo describe el Alzheimer ignorando otros tipos de demencia. Aunado a esto, cuando estamos ante un Alzheimer familiar temprano, cuyos síntomas inician a una edad temprana, difícilmente quien la padece ha logrado alcanzar la densidad mínima de semanas que exige el sistema pensional. Y si pensamos en el sistema de riesgos laborales, la demencia no es una enfermedad laboral, dado que tiene causas multifactoriales (genéticas, estilos de vida y factores de riesgo vascular).

Lo anterior supone que existen diversos obstáculos, algunos legales como la falta de claridad para calificar la demencia, que dificultan que quien padece esta enfermedad acceda a una pensión de invalidez a través del sistema de pensiones.

Tiempos dedicados al cuidado y su impacto

Por otro lado, en relación con los tiempos de cuidado, encontramos que el trabajo de cuidado, además de no ser remunerado, alcanza las 40 horas semanales y, como se ha reiterado, está fuertemente concentrado en mujeres. Cabe indicar que, cuidar de una persona con demencia, es una labor continuada que perdura y se agudiza en el tiempo (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016). Por otra parte, observamos que la mayoría de nuestros cuidadores tienen solo un día de descanso. Esto muestra que, es escaso el tiempo que el cuidador le puede dedicar a su familia (espos-/hijos), a actividades de ocio, a su rol social e, incluso, a su rol laboral, hallazgo que se corrobora por lo reportado en el informe de tiempos de cuidado (Así Vamos en SaluE, 2020). Esta situación incrementa el estrés debido a que los cuidados a largo plazo dirigidos a las personas con demencia se vuelven extenuantes y generan agobio (Folbre, 2017; Gómez-Galindo et al., 2016; Salaza -Maya et al., 2020). Los mismos cuidadores refieren que por su condición de cuidadores, han desarrollado ciertas enfermedades o su salud se ha deteriorado. Los datos recolectados muestran, por ejemplo, ansiedad, depresión, hipertensión, problemas de colon y estomacales, músculo-esqueléticos y tiroides; enfermedades que también han sido identificadas por diversos autores, quienes encontraron esas afecciones físicas y mentales en cuidadores de personas con demencia (Mausbach et al., 2007; Rosness et al., 2011).

Por otro lado, esto coincide con los motivos más frecuentes de las acciones de tutela instauradas. Para ser específicos, se observa que entre los derechos demandados y las prestaciones solicitadas, se encuentran el derecho a la salud, a la vida, a la seguridad social, y a ciertas prestaciones que, además, coinciden con las excluidas mediante la Resolución 5267 de 2017. Esta resolución, en efecto,

comprende un listado de servicios y tecnologías excluidos de la financiación con cargo a los recursos públicos asignados a la salud, tales como: hogares geriátricos, estrategias lúdicas y recreativas, terapias que no hacen parte del enfoque terapéutico (suplementos vitamínicos, pañitos húmedos, pañales, cuidador profesional). Estos aspectos que demandan podrían favorecer la calidad de vida del enfermo y su cuidador y aún más, si es un cuidador familiar que debe trabajar para subsistir y costear los gastos de bolsillo que demanda el cuidado de una persona con demencia.

Junto con la Resolución 5267 de 2067, existe la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 excluye el servicio del cuidador del POS hoy PBS al señalar que la atención domiciliaria no contempla “recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores”, puesto que su carácter es asistencial y no está directamente relacionado con la garantía de la salud. Se cree, además, que esto es un deber derivado de la solidaridad, en cabeza de los parientes y familiares más cercanos. Lo que llama la atención es que este deber, no es reconocido en el mercado laboral productivo y que, como se ha advertido, se ha asignado a las mujeres en una mayor proporción.

Condiciones laborales de los pacientes y sus cuidadores

En referencia con las condiciones de trabajo, la mayoría de los pacientes, aun cuando estén en una edad laboral, no laboran. Solo el 19 % hacen parte de la fuerza laboral, en gran medida por su condición de demencia leve recién diagnosticada. En relación con los cuidadores, la mayoría de los participantes en los territorios, laboran, sin embargo, sus responsabilidades como cuidadores afectan su desempeño laboral y, por lo general, sus empleadores no les brindan flexibilidades laborales. Muchos, incluso, se han visto obligados a reducir sus horas laborales, a no aceptar ascensos, a no cumplir horarios de trabajo y, por tanto, a salir tarde para reponer los tiempos, a no asistir a reuniones, a perder otros beneficios laborales e, incluso, a renunciar. Esta situación acentúa los obstáculos y las barreras que ya padecen principalmente las mujeres en el mercado de trabajo en cuanto al acceso a trabajos formales, remunerados, socialmente reconocidos, estables y de dirección. Estos hallazgos han sido consistentes, además, con lo reportado en la encuesta SABE (2018) en la que se refiere que el cuidador no tiene horarios definidos, y con el estudio de Álvarez et al. (2005) y Lozada et al., (200), en España, que indican que un 61 % de los cuidadores informales de personas con demencia tienen dificultades en sus trabajos remunerados. En esta línea, otros autores refieren que atender a una persona con demencia y tener además, un rol laboral potencia el riesgo para desarrollar enfermedades psicológicas y físicas (Cerquera Córdoba et al., 2012; Mausbach et al., 2007).

Protección social de los cuidadores

En relación con las condiciones de protección social de los cuidadores de personas con demencia, evidenciamos que la mayoría no cuenta con una afiliación o aseguramiento a una ARL. Y como esta afiliación busca la disminución de riesgos laborales no tener una protección a riesgos laborales incrementa el estrés, el temor y la ansiedad (Moreno Jiménez, 2011).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), refiere que no controlar factores psicosociales en el trabajo influye en la salud, en el rendimiento y en la satisfacción (Addati et al., 2022). Factores como la sobrecarga y el ritmo, los horarios laborales, el ambiente, la relación familia-trabajo y la seguridad contractual, son factores clave que inciden en la salud del cuidador formal de una persona con demencia. Por otro lado, y en concordancia con los cuidadores, existe el C156 - Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), que no ha sido ratificado por Colombia. Este evidencia la discriminación que sufren los trabajadores familiares, y las cargas que asumen que limitan sus posibilidades en la actividad productiva.

Conocimiento de planes y programas por parte de los cuidadores

Si bien la mayoría de los cuidadores participantes refieren sentirse capacitados para enfrentar el reto que demandelcuidar a una persona con demencia, así comelconocer sobre centros de estimulación cognitiva observamos que en zonas rurales del país (La Guajira), la atención, el acceso y las oportunidades de formación para cuidadores aún es precaria, hallazgos que también se observava en lo reportado por Bran-Piedrahita et a., (202), en su estudio sobre las barreras en salud población rural.

Acceso a mecanismos normativos

Aunque la política colombiana cuenta con planes, decretos, leyes, resoluciones, acuerdos, entre otros, en favor de la población adulta mayordeen los que se plasma que los adultos mayores son sujetos de especial protección, al igual que las personas con discapacidad y tienen cierta prioridad en relación con el acceso y la atención en los servicios del sistema de salud, este estudio evidencia inconformidad por parte de los cuidadores y vulneración de diversos derechos, situación que los lleva a interponer acciones de tutea, como prerrequisito para que se les reconozcan sus derechos. No obstante, no en todas las regiones tienen conocimiento sobre la acción de tutela, aspecto que podría estar limitado por la localización geográfica, la desinformación o el desconocimiento de sus derechos. Para Vélez, (2005), las acciones de tutela son acciones judiciales, que operan como un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alterno para acceder a los servicios en salud; sin embargo, también se reporta un desconocimiento por parte de los usuarios para adelantar a este tipo de trámite.

CONCLUSIONES

Las respuestataa las necesidades jurídicas y de seguridad social en la demencia han sido parciales, de ahí que sigan existiendo múltiples retos para atender a la población con demencia y a sus cuidadores. Entre ellos se resalta la falta de reconocimiento de la demencia tardía y en mayor medida la de origen temprano, así como la ausencia de normativas y rutas de atención específicas para esta población. Por otra parte, aunque se han realizado esfuerzo relacionados con la perspectiva

de género, aún existen retos para las mujeres que ejercen el rol de cuidado: problemas laborales de quienes padecen demencia y sus cuidadoras, retos en el acceso en el sistema de salud y en la calificación de pérdida de capacidad laboral por demencia, por uso de instrumentos desactualizados, aunado a obstáculos legales, para acceder a una pensión de invalidez. La identificación de estos retos, a partir de la voz de los pacientes directos y sus cuidadores y así como una revisión jurisprudencial, muestra que, en Colombia, se deben unir esfuerzos multi sectorial para contribuir a generar programas y políticas orientadas a esta población. El derecho a la seguridad social debe, por tanto, contribuir a generarlos.

REFERENCIAS

- Acosta-Baena, N., Sepúlveda-Falla, D., Lopera-Gómez, C. M., Jaramillo-Elorza, M. C., Moreno, S., Aguirre-Acevedo, D. C. & Lopera, F. (2011). Pre-dementia clinical stages in presenilin 1 E280A familial early-onset Alzheimer's disease: A retrospective cohort study. *The Lancet Neurology*, 10(3), 213-220. [https://doi.org/10.1016/S1474-4422\(10\)70323-9](https://doi.org/10.1016/S1474-4422(10)70323-9)
- Addati, L. (2022). *Care at work: Investing in care leave and services for a more gender equal world of work*. International Labour Organization. <https://doi.org/10.54394/AQOF1491>
- Amaya Vargas, E., Ríos Gallardo, Á. M., González Manrique, G., Murcia Paredes, L. M. y Angarita Riaño, M. C. (2014). Prevalence of dementia in Colombian populations. *Dementia & Neuropsychologia*, 8, 323-329. <https://doi.org/10.1590/S1980-57642014DN84000004>
- Arias Rojas, M., Barrera Ortiz, L., Carrillo, G. M., Chaparro Díaz, L., Sánchez Herrera, B. y Vargas Rosero, E. (2015). Cuidadores familiares de personas con enfermedad crónica en las regiones de frontera colombiana: Perfil y carga percibida de cuidado. *Revista de la Facultad de Medicina*, 62(3), 387-397. <https://doi.org/10.15446/revfacmed.v62n3.39091>
- Así Vamos en Salud. (2020, 15 de septiembre). *Indicadores en salud*. <https://www.asivamosensalud.org/indicadores/aseguramiento/aseguramiento-georeferenciado>
- Barrera, L., Carrillo, G. M., Chaparro, L., Pinto, N., Rodríguez, A. & Sánchez, B. (2011). Effect of the Program "Caring for caretakers": Findings of a multicenter study. *Colombia Médica*, 42(2), 35-44.
- Bran Piedrahita, L., Valencia Arias, A., Palacios Moya, L., Gómez Molina, S., Acevedo Correa, Y. y Arias Arciniegas, C. (2020). Barreras de acceso del sistema de salud colombiano en zonas rurales: Percepciones de usuarios del régimen subsidiado. *Hacia la Promoción de la Salud*, 25(2), 29-38. <https://doi.org/10.17151/hpsal.2020.25.2.6>
- Campaz Payan, N. y Montaña Olaya, S. M. (2019). *Barreras de acceso al servicio de salud en el contexto colombiano a partir de la promulgación del derecho a la salud en la legislación colombiana*. https://adccraneofacial.org/Media/adccraneofacial/Clientes/blog/2019_BARRERAS-DE-ACCESO.pdf

- Cerquera Córdoba, A. M., Granados Latorre, F. J. y Buitrago Mariño, A. M. (2012). Sobrecarga en cuidadores de pacientes con demencia tipo Alzheimer. *Psychologia: Avances de la Disciplina*, 6(1), 35-45. <https://doi.org/10.21500/19002386.1169>
- Cerquera Córdoba, A. M., Matajira Camacho, Y. y Pabón Poches, D. K. (2016). Caracterización de una muestra de cuidadores formales de pacientes con trastorno neurocognitivo mayor en Bucaramanga. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, 47. <https://revistavirtual.ucn.edu.co/index.php/RevistaUCN/article/view/739/1265>
- Chaparro-Díaz, L., Barrera-Ortiz, L., Vargas-Rosero, E. y Carreño-Moreno, S. P. (2016). Mujeres cuidadoras familiares de personas con enfermedad crónica en Colombia. *Revista Ciencia y Cuidado*, 13(1), 72-86. <https://doi.org/10.22463/17949831.736>
- Congreso de Colombia. (1979, 24 de enero). Ley 9. *Por la cual se dictan medidas sanitarias*. Diario Oficial 35308.
- Congreso de Colombia. (1990, 10 de enero). Ley 10. *Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 39137.
- Congreso de Colombia. (2019, 26 de agosto). Ley 1996. *Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad*. Diario Oficial 51.057.
- Delgado Gallego, M. E., Vázquez Navarrete, M. L. y De Moraes Vanderlei, L. (2010). Calidad en los servicios de salud desde los marcos de sentido de diferentes actores sociales en Colombia y Brasil. *Revista de Salud Pública*, 12, 533-545. <https://doi.org/10.1590/S0124-00642010000400001>
- Delineau, V. M. E. B. & Schultz, R. R. (2017). Dementia and legal determination of capacity. *Archivos de Neuro-Psiquiatria*, 75, 349-353. <https://doi.org/10.1590/0004-282X20170061>
- Fee, E. (1975). Women and health care: A comparison of theories. *International Journal of Health Services*, 5(3), 397-415. <https://doi.org/10.2190/VH0E-5HQ5-FFK2-UGYN>
- Fish, J. (2011). Lawton-brody instrumental activities of daily living scale. En J. S. Kreutzer, J. DeLuca & B. Caplan (eds.), *Encyclopedia of clinical neuropsychology* (pp. 1438-1439). Springer. https://doi.org/10.1007/978-0-387-79948-3_1842
- Folbre, N. (2017). The care penalty and gender inequality. En S. L. Averett, L. M. Argys & S. D. Hoffman (eds.), *The Oxford Handbook of Women and the Economy* (pp. 749-766). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190628963.013.24>
- Gómez-Galindo, A. M., Peñas-Felizzola, O. L. y Parra-Esquivel, E. I. (2016). Caracterización y condiciones de los cuidadores de personas con discapacidad severa en Bogotá. *Revista de Salud Pública*, 18(3), 367-378. <https://doi.org/10.15446/rsap.v18n3.53048>
- Gong, C.-X., Liu, F. & Iqbal, K. (2018). Multifactorial hypothesis and multi-targets for Alzheimer's disease. *Journal of Alzheimer's Disease*, 64(s1), S107-S117. <https://doi.org/10.3233/JAD-179921>

- González Quiñones, J. C. (2017). Resumen: Sabe Colombia 2015: Estudio Nacional de Salud, Bienestar y Envejecimiento". *Carta Comunitaria*, 25(144), 24-35. <https://revistas.juanncorpas.edu.co/index.php/cartacomunitaria/article/view/152/150>
- Huenchuan, S. (2018). *Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: Perspectiva regional y de derechos humanos*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44369/S1800629_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Jusuf, H. (2018). The models of checklist method in evaluating ELT textbooks. *Al-Lisan: Jurnal Bahasa (e-Journal)*, 3(2), 17-35. <https://www.journal.iaingorontalo.ac.id/index.php/al/article/view/422/364>
- Lawton, M. P. & Brody, E. M. (1969). Assessment of older people: Self-maintaining and instrumental activities of daily living. *The Gerontologist*, 9(3), 179-186. http://www.eurohex.eu/bibliography/pdf/Lawton_Gerontol_1969-1502121986/Lawton_Gerontol_1969.pdf
- Lopera, F., Ardilla, A., Martínez, A., Madrigal, L., Arango-Viana, J. C., Lemere, C. A. ... & Kosik, K. S. (1997). Clinical features of early-onset Alzheimer disease in a large kindred with an E280A presenilin-1 mutation. *Jama*, 277(10), 793-799. <https://doi.org/10.1001/jama.1997.03540340027028>
- Mausbach, B. T., Patterson, T. L., Rabinowitz, Y. G., Grant, I. & Schulz, R. (2007). Depression and distress predict time to cardiovascular disease in dementia caregivers. *Health Psychology*, 26(5), 539-544. <https://doi.org/10.1037/0278-6133.26.5.539>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2013, 27 de diciembre). Resolución 5521. *Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)*. Diario Oficial 49019.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2017, 22 de diciembre). Resolución 5267. *Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud*. Diario Oficial 50455.
- Ministerio de Salud. (1993, 4 de octubre). Resolución 8430. *Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud*.
- Ministerio de Salud. (2015). *SABE Colombia 2015: Estudio nacional de salud, bienestar y envejecimiento*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/GCFI/Resumen-Ejecutivo-Encuesta-SABE.pdf>
- Ministerio de Salud. (2017). *Boletín de salud mental: Demencia*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/Boletin-demencia-salud-mental.pdf>
- Mintzer, J., Donovan, K. A., Kindy, A. Z., Lock, S. L., Chura, L. R. & Barracca, N. (2019). Lifestyle choices and brain health. *Frontiers in Medicine*, 6. <https://doi.org/10.3389/fmed.2019.00204>
- Montalvo Prieto, A. y Flórez Torres, I. E. (2008). Características de los cuidadores de personas en situación de cronicidad. Cartagena (Colombia): Un estudio comparativo. *Revista Salud Uninorte*, 24(2), 181-190. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0120-55522008000200004&lng=en&nrm=iso&tlng=es

- Morad Acero, J. P. (2021). *Los medicamentos y las tutelas en salud* [tesis de maestría, Universidad de los Andes]. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/51266/23161.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Moreno Jiménez, B. (2011). Factores y riesgos laborales psicosociales: Conceptualización, historia y cambios actuales. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 57, 4-19. <https://doi.org/10.4321/S0465-546X2011000500002>
- Presidencia de la República. (1991, 17 de septiembre). Decreto 2164. *Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991*. Diario Oficial 40039.
- Presidencia de la República. (2014, 12 de agosto). Decreto 1507. *Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional*. Diario Oficial 49241.
- Reisberg, B., Ferris, S. H., De Leon, M. & Crook, T. (1988). Global deterioration scale (GDS). *Psychopharmacol Bull*, 24(4), 661-663.
- Rodríguez Hernández, J. M., Rodríguez Rubiano, D. P. y Corrales Barona, J. C. (2015). Barreras de acceso administrativo a los servicios de salud en población Colombiana, 2013. *Ciência & Saúde Coletiva*, 20(6), 1947-1958. <https://doi.org/10.1590/1413-81232015206.12122014>
- Romero Vanegas, S. J., Valencia Marín, C. M., Aguirre Acevedo, D. C., Buschke, H. y Lopera, F. (2010). Alteraciones de la memoria episódica verbal en fases preclínica y temprana de la enfermedad de Alzheimer familiar precoz por mutación E280A en PS1. *Acta Neurológica Colombiana*, 26(4), 177-194.
- Romero-Vanegas, S. J., Vargas-González, J. C., Pardo, R., Eslava-Schmalbach, J. y Moreno-Angarita, M. (2021). El sistema de salud colombiano y el reconocimiento de la enfermedad de Alzheimer. *Revista de Salud Pública*, 23(2), 1-9. <https://doi.org/10.15446/rsap.v23n2.88369>
- Rosness, T. A., Mjørud, M. & Engedal, K. (2011). Quality of life and depression in carers of patients with early onset dementia. *Aging & Mental Health*, 15(3), 299-306. <https://doi.org/10.1080/13607861003713224>
- Salazar Maya, A. M., Cardozo García, Y. y Escobar Ciro, C. L. (2020). Carga de cuidado de los cuidadores familiares y nivel de dependencia de su familiar. *Investigación en Enfermería: Imagen y Desarrollo*, 22. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ie22.cccf>
- Trujillo, A. J., Portillo, J. E. & Vernon, J. A. (2005). The impact of subsidized health insurance for the poor: Evaluating the Colombian experience using propensity score matching. *International Journal of Health Care Finance and Economics*, 211-239. <https://doi.org/10.1007/s10754-005-1792-5>
- Turró Garriga, O., Farrés Costa, S., Pérez Terré, A. y Batlle Amat, P. (2018). Evaluación del efecto del sentido de coherencia en la carga percibida y en la adherencia a un programa psicoeducativo para cuidadores informales de personas dependientes. *Revista Española de Geriatria y Gerontología*, 53(4), 196-201. <https://doi.org/10.1016/j.regg.2017.12.002>

- Vargas Escobar, L. M. y Pinto Afanador, N. (2010). Calidad de vida del cuidador familiar y dependencia del paciente con Alzheimer. *Avances en Enfermería*, 28(1), 116-128. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0121-45002010000100012&lng=en&nrm=iso&tlng=es
- Vélez-Arango, A. L., Cecilia Realpe, D., Gonzaga-Valencia, J. y Castro-Castro, A. P. (2007). Acción de tutela, acceso y protección del derecho a la salud en Manizales, Colombia. *Revista de Salud Pública*, 9, 297-307. <https://doi.org/10.1590/S0124-00642007000200013>
- Vélez, A. L. (2005). La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alterno para acceder a servicios de salud? *Colombia Médica*, 36(3), 199-208. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/avenferm/article/download/15661/18164?inline=1>
- World Health Organization [WHO]. (2012). *Dementia: A public health priority*. file:///Users/eduardofranco/Downloads/9789241564458_eng.pdf
- Wortmann, M. (2012). Dementia: A global health priority-highlights from an ADI and World Health Organization report. *Alzheimer's Research & Therapy*, 4(5). <https://doi.org/10.1186/alzrt143>.



**Revista de
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE**

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.60.791.356>

Financial bubbles and their risks for the effectiveness of law

*Las burbujas financieras y sus riesgos
para la eficacia de la ley*

MARLON IVAN MALDONADO NARVAEZ

Lawyer, LLM in Business Law at Universidad Autónoma de Barcelona,
Specialist in Fintech Regulation at Universidad Externado de Colombia,
PhD Law student at Universidad Carlos III de Madrid,
professor at Saint Thomas University, Tunja – Colombia.
marlon.maldonado.n@outlook.com
<https://orcid.org/0000-0002-2940-8638>

Abstract

It is possible to affirm that financial bubbles have been present throughout almost the entire economic history of the civilized world. In fact, the growth of trade and financial activity has led to an increase in the frequency with which these financial bubbles appear. Effects that are accentuated considering that the financial markets have been opening up more and more not only for professional investors, but also for consumers in general. This implies an increase in the harmful effects that a bubble can represent, and the risk that States cannot guarantee the protection of social and economic rights of consumers. In this scenario, the fintech phenomenon is analyzed and whether this trend could become a future bubble, which is why the implementation of a regulation that is adequate to guarantee economic growth and the competitiveness of financial activity is recommended, while the rights of the people who invest in said companies are protected.

KEY WORDS

Financial bubble, legal protection, consumers, fintech.

Resumen

Es posible afirmar que las burbujas financieras han estado presentes a lo largo de casi toda la historia económica del mundo civilizado. De hecho, el crecimiento del comercio y la actividad financiera, han supuesto un incremento en la periodicidad con las que dichas burbujas financieras se presentan. Efectos que se acentúan si se tiene en cuenta que los mercados financieros han ido abriéndose cada vez más no solo para inversores profesionales, sino para consumidores en general. Esto supone un aumento en los efectos nocivos que una burbuja puede representar, y el riesgo de que los Estados no puedan garantizar la protección de derechos sociales y económicos de los consumidores. En este escenario se analiza el fenómeno fintech y si dicha tendencia pueda llegar a constituir una futura burbuja, razón por la cual se recomienda la implementación de una regulación que sea adecuada para garantizar al crecimiento económico y la competitividad de la actividad financiera, al tiempo que se protejan los derechos de las personas que inviertan en dichas empresas.

PALABRAS CLAVE.

Burbuja financiera, protección legal, consumidores, fintech.

I. INTRODUCTION

The traditional theory of the market price of a product states that it is determined by demand and supply; and that when there is a balance between these two constants, then it is understood that the market for a said product is at a zero-equilibrium point. However, in practice, what is appreciated is that said theory does not incorporate emotional aspects of people, and how these emotions can lead to points of critical imbalance that affect the stability of the economy and the realization of the rights of consumers, an aspect that is appreciated today, where the markets respond mainly to external stimuli such as Elon Musk's Twitter, rather than to the reality of Tesla's financial and productive structure.

Such aspects have largely been determining factors in the well-known financial bubbles, whose consequences entail high social and economic costs for the states, directly or indirectly affecting the realization of the legally recognized rights of individuals. Due to the globalization of financial markets, as well as their liberalization, its effects are increasingly common and geographically extensive, which is why, in this sense, no State is protected against such risks.¹

A clear example of this scenario was observed in the *dot.com* case, which is the speculative phenomenon that led to the formulation of a financial bubble between 1997 and 2001, due to the disruption in the market of technology companies, associated with the internet. This case is mentioned, due to the growing trend for investments in technology, in all segments, including the financial sector. More from the previous case, it is important to verify if, in the case of Fintech, we are facing a possible new bubble.

Therefore, based on the deductive method, and making use of the empirical analyzes reported in the analyzed doctrine, it is possible to conclude that, in this case, the result will be different, to the extent that it will be the same traditional financial sector, in charge of serve as a regulator of said undertakings, to the extent that, otherwise, it could lead to its exit from the market.

II. DEFINITION OF ECONOMIC BUBBLE

An economic bubble can be understood as a disproportionate increase in the value of a good concerning its real value. It is a phenomenon that does not respond to a logical explanation, but rather, on the contrary, to a motion moved by irrationality (Posner, 2009, p. 10). This is a situation that can occur in all types of goods traded on the market, in which there is an unusual interest in

¹ Recently we have faced issues such as the Coronavirus that has put the stability of the world economy in check, or crises that, although not as famous, their effects are indirectly reflected in the purchasing power of consumers such as what happens with shipping container crisis.

their acquisition, given the illusion that the increase in their prices and the demand for it will be constant, ignoring the market saturation point.

According to what has been stated, a first stage is given by a phenomenon of upward speculation in prices in its initial stage, followed by stagnation of prices in the upper part of the bubble, and subsequently gives rise to a loss of confidence, accompanied by falling prices in its final stage.

Effects that can become even more acute when the financial sector takes part in the bubble formation process, which, moved by profit expectations -irrationality- invests the resources of investors and savers, ignoring the growing risk that such a product in the economy -irresponsibility- may entail.

Part of the problem that can occur in the growth stage is associated with the possibility of committing fraud and anti-competitive conduct. The foregoing, to the extent that the controls, whether by the investors themselves, and even by State entities, seem to be much laxer when things are going well, ignoring conduct that would otherwise be judged contrary to the legal system (Bhattacharya and Yu, 2008, p. 7).

In the financial scenario, Guzmán and Trujillo (2008, p. 67) point out that despite the assumption that investors trust the integrity of price mechanisms, the empirical evidence leads to the conclusion that this is not the case. This may be one of the determining elements in the formation of financial bubbles, associated with what Shiller (2015, p. 48) calls irrational exuberance, in the sense that historically "markets have been overvalued to unsuspected and unsustainable levels under the influence of market psychology". This position coincides with the work of Kindleberger and Aliber (2015), in which they review how recent economic history has been marked by the existence of bubbles.

The crux of the matter is that the bubbles, once they burst, cause a series of direct and indirect damages that affect all of society in general. As if a section of the food chain were missing, affecting an entire ecosystem, the bursting of a bubble implies declarations of bankruptcy of companies, job losses, rescue measures that imply new taxes, and, in general, the affectation of social rights.

The aspect that ends up leading to what Posner (2009, p. 11) considers to be the most serious type of economic depression, because it occurs after a mistaken belief of a change in the economy, among which technological advances can be found; the incorporation of technological progress at this point is given from the postulate that the advance of science -technology- supposes an increase in economic growth in terms of production, as well as consumption, increasing utility in a scenario of economic stability (Solow, 1992, p.71).

That said, it could then be thought that there is a greater propensity to make erroneous decisions when it comes to the expectation of a new, disruptive technology that can revolutionize the economic structures of society, and that is why bubbles end up taking place. In other words, techno-

logical development, which is so important for improving the quality of life of humanity, cannot be demonized, but rather, the disproportionate interest in profits that implies the adoption of poorly analyzed or irrationally adopted decisions.

III. BEHAVIORAL FINANCE

It is considered appropriate to start this section by pointing out that behavioral finance arises from less narrow analyzes than those that arise solely from economic theory. As Soros (2008) said, "I start from the idea that our understanding of the world we live in is inherently imperfect because we are part of the world we want to understand." (p.35)

The foregoing to the extent that it is possible to find errors in what would be the decision-making process, and overconfidence scenarios (Ritter, 2003, p. 429). Thus, this feeling arises from a simple analysis that takes, as its starting point, that the number of predecessors that invest is greater than the number of predecessors that do not invest (Bikchandani and Sharma, 2000, p.7).

Enthusiasm, as well as panic, are behaviors that make no distinction between social classes, religions, or ethnicities. They are people's emotions. These are ideas that can generate a social contagion, to which Rook (2007, p. 80) refers in terms of collective "somnambulism" or "hypnosis", and to the extent that the rumor spreads, it is giving credibility to history, taking it as if it were an absolute truth, which leads to the belief that the product boom will remain constant over time (Shiller, 2008, p. 41).

In this aspect, the determining role played by social networks as suitable means for the massification of information is currently evident. Networks quickly serve as multipliers of the behavioral effect of economic behavior that leads to the formulation of herd behavior, without considering information that may suggest different arguments (Rook, 2007, p. 75). That is to say, the economic decisions of people, including the financial markets, currently seem to be more influenced by the influence of Twitter or a movement that starts through Facebook than by a true financial analysis or productive capacity of a good or service.

Indeed, when people see that others are getting rich from a business, the question they ask is why not do it too? (Kindleberger and Aliber, 2015). This hypothetical question raised here is what we consider, leads many people, including the CEOs of large corporations, including financial institutions, to make decisions about investing in certain businesses, unaware of the associated risks, or simply without carrying out a simple examination of the way prices rise; price rises that are well known cannot be eternal.

This type of behavior can be due to different causes, one of the most important being excessive confidence in one's abilities to identify market trends. In other scenarios, also quite common, it can be due to familiarity with the investment object, which can lead to an underestimation of the

real risk (Ritter, 2003, p. 431). Sometimes the low-risk aversion of CEOs is due more to the fact that they are investing other people's capital and not their assets.

In addition to the statements, Vélez (2006, p. 23) refers to the credibility effect, which is granted by average investors and consumers, to the predictions offered by financial "gurus" and other authorities in the sector that is supposed to work within of greater rationality thanks to the volumes of information they have at their disposal, as well as their experience in the markets. However, we consider that the only thing predictable is that the financial markets and the rationality of investors are unpredictable.

For traditional economic analysis, based on mathematical laboratory formulas, it is a variable that is difficult to determine, since what is observed is like a sociological phenomenon, beyond the legal scenario, it permeates the psyche of people, and induces them to make certain decisions. The foregoing could not be considered as a subjective process of each agent in the formation of her consent; but, in a process of collective rationality that objectifies, and gives the feeling of absolute truth to group thinking (Vélez, 2006, p. 10), which is increasingly susceptible to being affected by externalities that do not always respond to empirical data, but on many occasions simply to a rumor that is created through social networks.

It is then a systematic deviation of human decisions, of the expected rationality when they are in situations of uncertainty (Guzmán and Trujillo, 2008, p. 69). Regardless of whether the agents who make the decisions have financial education or not, the effect of human emotions is a variable that is difficult to determine; hence the difficulty for the regulator to be able to establish protection frameworks to the extent that many decisions, which are taken to be well informed and understood, do not respond to said logic, leading to breaches and even bankruptcies with all the effects that this entails.

We can conclude this point by pointing out that beyond the rationality of the agents regarding economic decision-making, it seems that the determining aspect is more than the available information, the need for consensus, which is the generator element of group thinking; in which there is no room for dissent, which can lead to group rejection (Rook, p. 86 and 87).

IV. THE LEGAL EFFECT

The previously described situation, although it primarily takes place in a scenario that is financial in nature, quickly extends its effects to the social sector, generating implications in the recognition of economic and social rights, regardless of whether they are consumers or businessmen. Consequences that even transcend the borders of the states, given the interconnection of economies today, and the existing facilities for the placement of capital far beyond the limits of legal systems.

As already noted, in the process, the occurrence of behaviors that can affect competition law is observed, and that in some way can sometimes be ignored by the states themselves; even, as Bamberger (2010, p. 702) notes, legal schools have not been very active on issues such as compliance and the lack of actions to mitigate the risks that this may entail, or simply the positions adopted tend to favor the interests of its nationals on the transnational balance.

For this reason, and considering that these types of financial crises are increasingly common, a regulation that is more adjusted to the issue is required to avoid new crises at a global level (Maldonado, 2021). However, we understand that it is not easy to regulate the autonomy of the will to negotiate, which is what becomes the true engine of the economy; but if it is required to do so on the establishment of prudential limits on their formulation because experience teaches that Smith's invisible hand does not always seem to rock the economy at the correct rhythm.

What has been noted is of greater importance, if one considers that, at present, Fintech businesses, and, in general, most ventures, move at a speed that is almost impossible to be tracked from the right. This aspect is aggravated when it is observed that, thanks to globalization, the circulation of capital at a planetary level is almost free; and technological advances have done the rest.

Even the need for regulation is necessary to the extent that, at present, it can be said that the livelihood of many of these businesses depends on people's private information. In other words, the private life of consumers has become the asset to be negotiated. Therefore, who would be held accountable if such a massive circulation of information failed? This is demonstrated, for example, by the fact that much is said about the benefits of inclusion favored by technology, but little is said about the risk of people's information facing a cyber-attack (Giudici, 2018).

However, we cannot continue to think of traditional regulation models, but with a futuristic cut, closer to techno-finance. With which, a true dialogue of knowledge between legal science and other disciplines such as engineering and economics is required to formulate regulations that adjust to new trends and avoid the formation of bubbles and the occurrence of crises that suppose not only an economic risk, but the affectation of the rights of consumers and people in general.

V. THE DOT.COM BUBBLE

Examples of bubbles abound throughout history. Although we believe that their effects ultimately end up being the same, the scenarios in which they develop may vary. That is why we have proposed to make a brief analysis of the dot.com bubble, given that it developed at a time like the present in which interest in technology was shown as the flag that would show the north that the economy should follow, and, therefore, the formulation of law.

Ljungqvist and Wilhelm (2003, p. 725) show, with great precision, how, in 1996, *dot.com*, or companies that offered technological services through the Internet, started with an average valuation in the market, and how quickly said price increased, skyrocketed, leading to more than 2,000 of these companies being listed, only to drop again in 2000.

The process was associated with a growing wave in the development of fiber optics and infrastructures associated with the subject for technological advancement (Barkley, Rosser, and Gallegati, 2012, p. 454). Afterward, it was just enthusiasm without rationality, in which investors began to bid to buy assets in any company that claimed to have an idea of the *dot.com* issue (Chandrasekhar, 2014, p. 11).

Which led to a point of euphoria that facilitated its popularization, even among people with limited financial capacity: the realization of the American dream (Bose, 2002, p. 3410). This position is consistent with the data shown by Ofek and Richardson (p. 17), who point out that in the case of *dot.com*, the number of retail investors shot up to unusual levels.

The widespread enthusiasm made it difficult to implement regulations on the subject, given the appearance of wealth generated by the model (Barkley, Rosser, and Gallegati, 2012, p. 455). For governments, it was like putting a stick in the wheel of growth, which can be considered an unpopular measure that could have high costs at the polls.

Perhaps, for this reason, the disclosure of television advertising was even allowed, despite the irresponsible and potentially false content (Coyné and Traflet, 2008, p. 194), observing that, more and more, the media, and, currently, the networks social factors, are determining factors in the formation of bubbles.

Stock price growth continued, and in real terms, the only thing keeping it up was the belief that stock prices would continue to rise because, in terms of the *dot.com* company's fundamentals, no variation would support said increase. However, once pessimistic investors began to doubt this idea, a chain reaction began that ended up bursting the bubble (Ofek and Richardson, p. 30).

These aspects show that, in the case of the formation of the bubble, one can observe, on the one hand, an interest in markets that involve technological disruption – or at least the hope of reaching it. On the other hand, it was observed that the maintenance of prices was simply due to an unrealistic illusion of constant price increases. Finally, the role of the State is minimal in this kind of scenario.

However, note that after the bankruptcies that occurred, the business competition was affected in the first instance, without considering public confidence in the asset markets and all the defaults that occurred. Reason for which, as already noted, although a bubble cannot be predicted, at least what is pointed out is that corrective measures can be taken from the right-hand side to mitigate their effects.

VI. WILL FINTECH BE A FUTURE BUBBLE? AND WHAT ABOUT REGULATION?

Law and national regulators cannot continue with the traditional slow wait to see what direction sociological phenomena take before going after them. They must anticipate this type of situation and regulate it to favor its development and guarantee the rights of people in general. Especially, whether it is called Fintech, algorithmic trading, blockchain, cryptocurrencies, or smart contracts, technological change is not a situation, but a new reality.

We agree with Soros (2008, p. 144), who points out that the reorganization of financial markets, including access to new previously unexplored segments, poses a real challenge for financial authorities on how to control them and avoid the harmful consequences that historically have caused them.

That would be the Fintech scenario, which represents a new business model based on the provision of financial services through technological platforms, offering “fast and agile” solutions in segments that the traditional financial system does not have easy access to. However, part of these advantages is given by the fact that these new competitors, many of them are outside the surveillance of the entities of the traditional financial system.

As they are not subject to such surveillance, they also do not have to support the heavy structures of financial institutions to guarantee the stability of the financial system. An aspect that is inevitably an eye-catcher due to its lower operating costs, but, at the same time, poses a greater risk due to the lack of efficient regulation.

For this reason, it would be possible to understand that we could find ourselves facing a new internet bubble with the respective consequences, as analyzed in this work, if it bursts. Such statements are since the market for this type of asset has reached peaks similar to those of the dot.com bubble, despite the unclear nature of its business model (Chandrasekhar, 2014, p. 10).

Although, we agree with Peña (2019), in the sense that Fintech seems to be more the enthusiasm of some entrepreneurs, but that ultimately their market segment has been and will be absorbed by traditional financial institutions, in the first instance, given their internal reorganizations to stay in business, and, then, thanks to their economic muscle, that will make them take over (van de Beek, 2020).

In addition, surely, another obstacle that Fintech companies will face, and that could generate a decrease in their competitiveness, will be once they are subject to precautionary regulation that promotes greater protection of the financial consumer, as well as the protection of the economy. The foregoing will necessarily lead to an increase in the preferential rates that they can currently charge to assume the weight of preventive regulation to consumer protection.

An example of this is presented from the analysis of the Wirecard case, a German Fintech with a great boom and a strong capitalization. The situation that generated its good publicity and the weakening of State controls in the face of the appearance of solvency and good management. However, in June of this year 2020, the company applied for an insolvency procedure in which a series of internal mismanagements, to keep the product attractive externally, were revealed (Zeranski and Sancak, 2020), an aspect that could not be in another way, it meant the implementation of stricter controls in the operation of this type of Fintech, leading to an increase in its operational costs.

Beyond what happened, it is observed that this case confirms the thesis raised around Fintech, since despite being a company with good capital, its effect on the economy is marginal, and on the contrary, it opens a box of pandora on the goodwill and good practices of these entities, which we hope will end up increasing the controls that are promoted to achieve good economic development without disregarding legal guarantees.

Another aspect that leads us to consider that its impact will be reduced is associated with the coronavirus. Although, in a first instance, the pandemic has led to an increase in the consumption of digital services, which has led to a considerable increase in Decentralized Finance, which allow, through the tokenization of assets, the celebration of a growing number of peer-to-peer operations, reducing transaction costs, with the security offered by the chain of blocks regarding the transparency of operations.

Thus, in the face of Fintech and other disruptive financial service models, what is expected is for new regulatory models to be established from the edge of a law that is broad enough not to cut the wings of economic development, but strict enough to clearly outline the parameters of action of businessmen, without endangering the privacy of consumers, or the economy in general.

VII. CONCLUSIONS

Predicting the formation of the next financial bubble seems to be an impossible task despite diary risks and a lot of information that supposes it. The only certain thing is that, in some sector of the economy somewhere in the world, it must already be forming. People's enthusiasm for any product is a phenomenon that does not even depend on their academic background. It simply begins to form like a wave in the ocean that, as it gains strength, becomes a tsunami that destroys everything in its path.

This type of phenomenon is increasing today to the extent that the media and social networks play a multiplier role in information, regardless of its veracity, especially in the formation of the herd effect. This is increasingly clear because today people do not want to feel excluded from social dynamics, in addition to the fact that people, nowadays, thanks to technology, can make investments even from their cell phones.

Thus, the dream of riches in a purely capitalist environment where the measurement of people is done in consideration of their heritage favors these formations. At least that is how it was noted in the dot.com case, in which many of the investors were retailers without much experience in the sector, but with the expectation of high profits, unaware of risks or issues as simple as portfolio diversification to reduce the possibility of loss.

However, if one part of the problem is the difficulty in predicting the formation of a bubble, the other part is given by the lack of action of states to control the excesses of euphoria and the unfounded increase in the prices of certain goods and services, which quickly leads to unrestrained speculation and even illegal conduct.

Now, in the case of Fintech, even though many of the elements are similar to what happened during the dot.com bubble, we understand that it will be the same traditional financial sector, which will serve as a self-regulator of said initiatives, for one part, to absorb the best developed ones; on the other hand, so that, through its reformulation, they can also begin to compete in the segments in which they did not previously compete, dominating the market and reducing the effervescence; and, finally, that technology continues to advance at such a fast pace that Fintech itself currently competes with a much more threatening player such as Decentralized Finance.

REFERENCES

- Aliber, R., & Kindleberger, Ch. (2015). *Manias, panics y crashes*. Ed. Palgrave Macmillan, 7th ed.
- Bamberger, K. (2010). Technologies of compliance: risk and regulation in a digital age. In *Texas Law Review*, Vol. 88, No. 4.
- Barkley, J.; Rosser, M. y Gallegati, M. (2012). A Minsky-Kindleberger perspective on the financial crisis. en *Journal of Economic Issues*, Vol. 46, No. 2.
- Bhattacharya, U., y Yu, X. (2008). The causes and consequences of recent financial market bubbles: an introduction. In *The Review of Financial Studies*, Vol. 21, No. 1.
- Bikchandani, S. y Sharma, S. (2000). Herd behavior in financial markets: a review. In IMF Working Paper, WP/00/48.
- Bose, A. (2002). Dreams, dollars and Dot.com: reflections from a ranch. In *Economic and Political Weekly*, vol. 37, No. 33.
- Chandrasekhar, CP. (2014). The next internet bust? In *Economic & Political Weekly*. Vol. 49, No. 12.
- Coyne, M. y Traflet, J. (2008). Ethical issues related to the mass marketing of securities. En *Journal of Business Ethics*. Vol. 78, No. 1/2.
- Gali, J.; y Gambetti, L. (2015). The effects of monetary policy on stock market bubbles: some evidence. Vol. 7, No. 1.

- Giudici, P. (2018). Fintech risk management: a research challenge for artificial intelligence in finance. In *Frontiers in artificial intelligence*. Available at: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/frai.2018.00001/full>, doi: <https://doi.org/10.3389/frai.2018.00001>
- Guzmán, A; y Trujillo, M. (2008). Burbujas en los precios de los activos financieros. En *Pensamiento y Gestión*, No. 24, Universidad del Norte.
- Ljungqvist, A.; y Wilhelm, W. (2003). IPO pricing in the Dot-com bubble. En *The journal of finance*. Vol. LVIII, No. 2.
- Maldonado, M. (2021). Necessity of a global fintech regulation. In *Jurídicas CUC*, Vol. 17, No. 1.
- Ofek, E.; y Richardson, M. (2001). Dotcom Mania: the rise and fall of Internet stock prices. National Bureau of Economic Research. WP 8630.
- Peña, D. (2019). ¿Burbuja Fintech? Ejercicio de Prospectiva. Disponible a través de: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/prospectiva/burbuja-fintech-ejercicio-de-prospectiva/>, recuperado el 4 de octubre de 2020.
- Posner, R. (2009). *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*. Ed. Library of Congress, USA.
- Ritter, J. (2003). Behavioral finance. En *Pacific-Basin Finance Journal*, No. 11.
- Rook, L. (2006). An economic psychological approach to herd behavior. En *Journal of Economic Issues*. XL (1).
- Shiller, R. (2008). *The subprime solution: how today's global financial crisis happened, and what to do about it*. Princeton University Press.
- Shiller, R. (2015). *Irrational Exuberance*. Kindle. 3rd ed.
- Solow, R. (1992). *Growth theory, an exposition*. Ed. Fondo de Cultura Económica.
- Soros, G. (2008). *The new paradigm of financial markets*. Ed. Taurus.
- Van de Beek, G. (2020). Was fintech a bubble? En *Risk Magazine*. Disponible a través de: <https://riskmagazine.nl/article/2020-05-19-was-fintech-a-bubble>, recuperado el 6 de octubre de 2020.
- Vélez, J. (2006). Efecto rebaño: una aproximación para contrastar la hipótesis de expectativas racionales. Documento de trabajo No. 91, CIDSE. CLACSO. Disponible a través de: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Colombia/cidse-univalle/20121119032629/Doc91.pdf>, recuperado el 7 de octubre de 2020.
- Zeranski, S.; y Sancak, I. (2020). The Wirecard Scandal: the high-speed rise and fall of a Fintech company and its implications for developed and developing economies. En *Oxford Business Law Blog*. Available at: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/10/wirecard-scandal-high-speed-rise-and-fall-fintech-company-and-its>