

**EDITORIAL**  
uninorte

EDICIÓN

**63**

# 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 63, enero-junio de 2025

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.63.986.251>

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  
Juan Pablo Isaza Gutiérrez  
EDITORES

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](http://www.scielo.org.co)).
- REDALYC: Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (<http://redalyc.uaemex.mx/>).
- LATINDEX: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal ([www.latindex.unam.mx](http://www.latindex.unam.mx)).
- Bases de datos LEXBASE, EBSCO y DIALNET.
- CLASE: Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (<http://clase.unam.mx/>)
- ERIH PLUS: European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences (ERIH PLUS). <https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/index>

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

## **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*  
Fabian Buelvas Gonzalez  
Mariela González Hawkins

*Asistente Coordinación editorial*  
Daniela Torres Pérez

*Arte y diseño*  
Joaquín Camargo Valle

*Diagramación*  
Luz Miriam Giraldo Mejía

*Corrección de textos*  
Henry Stein  
Teresa Beltrán

# Revista *de* Derecho

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

Número 63, enero-junio de 2025  
ISSN 2145-9355 (*on line*)

## CONTENIDO/CONTENT

vii.....	<b>Editorial</b> <b>Los eventos académicos en la divulgación y creación del conocimiento jurídico</b> <i>Academic Events in the Dissemination and Creation of legal Knowledge</i> Karen Cabrera Peña Laura Pérez Arteta Universidad del Norte (Colombia)
10.....	<b>ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN</b> <b>RESEARCH ARTICLE</b> <b>Culpa de la víctima en la responsabilidad estatal por privación de libertad</b> <i>Treatment of the Fault of the Victim by the Council of State in Responsibility for Deprivation of Liberty</i> Mario Cesar Tejada González Universidad Surcolombiana Lizeth Vargas Sánchez Universidad Surcolombiana

35..... **El enfoque diferencial como herramienta de participación democrática en la contratación estatal colombiana**

*The Differential Approach as a Tool for Democratic Participation in Colombian Government Contracts*

Javier Doria Arrieta  
Universidad del Sinú, sede Cartagena

Edgar Cordova Jaimes  
Universidad del Sinú, sede Cartagena

Bleidis Vanesa Quintana  
Universidad del Sinú, sede Cartagena

59..... **La brecha digital como expresión de la desigualdad territorial: hacia la constitucionalización de la prohibición de la exclusión territorial**

*The Digital Divide as an Expression of Territorial Inequality: towards Constitutionalizing the Prohibition of Territorial Exclusion*

Ronald Chacin Fuenmayor  
Universidad del Sinú-Elías Bechara Zainúm, sede Montería

83..... **Deber general de obediencia e ignorancia del derecho: un enfoque jurisprudencial**

*General Duty of Obedience and Ignorance of the Law: a Jurisprudential Approach*

Jose Miguel Camacho-Castro  
Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt

97..... **Uso y abuso de la figura de contratación directa para prestación de servicios profesionales en Colombia. Análisis de casos 2018-2022**

*Use and Abuse of Direct Contracting for the Provision of Professional Services in Colombia. Analysis of Cases 2018-2022*

Carlos Mario Dávila  
Universidad Central

116.....**Analyzing Regulatory Barriers in Education Services for Business Competitiveness in Barranquilla (Colombia)\***

*Analizando las barreras regulatorias en los servicios educativos para la competitividad empresarial en Barranquilla (Colombia)*

Mario de la Puente  
Universidad del Norte

Heidy Rico Fontalvo  
Universidad de Cartagena

Helen Pérez Hernández  
Corporación Politécnico de la Costa Atlántica

135.....**El solidarismo contractual en Colombia e Italia: un ejercicio de Derecho Comparado**

*Contractual Solidarity in Colombia and Italy: an Exercise in Comparative Law*

Juan Diego Aristizábal Páez  
Universidad del Rosario

157.....**Prisión perpetua y pena de muerte en Colombia: ¿reforma o sustitución constitucional?**

*Life Imprisonment and Death Penalty in Colombia: Constitutional Reform or Substitution?*

Manuel J. Gómez-Restrepo  
Universidad de San Buenaventura

Valentina Starinieri Rosero  
Universidad Pontificia Bolivariana

María Camila Salina Vélez  
Universidad de San Buenaventura

178.....**El Acta de 1991 del Convenio de la UPOV y la lucha por las semillas: la resistencia del activismo judicial y legislativo**

*The 1991 Act of the UPOV Convention and the Fight for Seeds: The Resistance of Judicial and Legislative Activism*

Iván Vargas-Chaves  
Universidad Militar Nueva Granada

201.....**Un modelo metodológico para la construcción de una propuesta de investigación dogmática**

*A Methodological Model for Constructing a Doctrinal Research Proposal*

Dúber Armando Celis Vela  
Universidad Autónoma Latinoamericana

## **Los eventos académicos en la divulgación y creación del conocimiento jurídico**

*Academic Events in the Dissemination  
and Creation of legal Knowledge*

**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 (Colombia). Profesora-investigadora de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte (Colombia). [cabrerak@uninorte.edu.co](mailto:cabrerak@uninorte.edu.co)  
<https://orcid.org/0000-0003-1285-5500>

**L A U R A P É R E Z A R T E T A**

Politóloga con énfasis en gobierno y políticas públicas de la Universidad del Norte (Colombia).  
Abogada con énfasis en derecho probatorio de la Universidad Simón Bolívar (Colombia).  
Asistente editorial de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte. [artetaml@uninorte.edu.co](mailto:artetaml@uninorte.edu.co)  
<https://orcid.org/0009-0008-5148-489X>

Las universidades, como centros de formación y reflexión crítica, juegan un papel fundamental en el desarrollo del conocimiento, especialmente en áreas como el derecho, en el que la interpretación y actualización de las normas y principios están en constante evolución (Fernández et al., 2023). En este contexto, los eventos académicos –conferencias, seminarios, congresos y jornadas– se presentan como espacios esenciales para la construcción de saberes, el intercambio de ideas y la proyección de nuevas perspectivas jurídicas. La realización de estos eventos, por tanto, no es solo un complemento a la formación universitaria, sino una pieza clave en el avance del conocimiento jurídico y la vinculación entre la academia y la sociedad.

Los eventos académicos fomentan la actualización del conocimiento. El derecho, como profesión relacionada a los cambios sociales, requiere de una constante renovación y reflexión crítica. En las conferencias y seminarios, los académicos y profesionales del derecho tienen la oportunidad de presentar y recibir retroalimentación de sus investigaciones recientes, compartir estudios de caso innovadores, debatir sobre las implicaciones jurídicas de nuevas normativas y decisiones judiciales. Esto no solo mantiene a los participantes al tanto de los desarrollos más recientes, sino que también propicia un aprendizaje que va más allá de la lectura de texto tradicionales, permitiendo un contacto directo con el estado del arte en la materia (García, 2022).

Además, estos espacios promueven el diálogo interdisciplinario. El derecho está intrínsecamente conectado con otras áreas del saber, como la economía, la sociología, la ciencia política e incluso la tecnología. Los eventos académicos permiten que expertos de diferentes disciplinas interactúen y debatan, favoreciendo el análisis de problemas complejos desde múltiples enfoques (López y Ramírez, 2021). Esto es particularmente relevante en temas contemporáneos como el derecho ambiental, los derechos humanos o la regulación de nuevas tecnologías, en los que se requieren soluciones jurídicas integrales que solo pueden surgir de la colaboración interdisciplinaria.

Asimismo, los eventos académicos ofrecen una plataforma ideal para la vinculación entre academia y práctica profesional. En muchas ocasiones, las universidades son percibidas como espacios aislados de la realidad cotidiana. Sin embargo, los seminarios y congresos permiten a los estudiantes y académicos entrar en contacto directo con jueces, abogados, legisladores y otros profesionales que trabajan en el campo. Este es el caso de las *II Jornadas de Derecho Privado*, llevadas a cabo por tres destacadas universidades colombianas: la Universidad del Norte, en alianza con la Universidad de Ibagué y la Universidad del Atlántico, en las que se fortaleció la interacción entre la teoría y la práctica, enriqueciendo la difusión de ideas, la discusión de temas de actualidad y la construcción de redes de colaboración entre estudiantes, docentes y profesionales (Rodríguez y Torres, 2020) en temas de derecho privado.

Por último, es innegable que los eventos académicos contribuyen al fortalecimiento de la comunidad universitaria y al posicionamiento de la universidad en el panorama nacional e internacional. Las universidades que organizan y participan activamente en congresos, jornadas y seminarios no solo fomentan un ambiente de aprendizaje dinámico y colaborativo, sino que también se consolidan como referentes de excelencia académica (Pérez, 2019).

En resumen, los eventos académicos en las universidades son un motor indispensable para el desarrollo del derecho. A través de ellos se actualiza el conocimiento, se promueve el diálogo interdisciplinario, se estrecha la relación entre academia y práctica profesional, y se posiciona a las universidades como líderes en la producción de saberes jurídicos. En esta era de cambios acelerados y desafíos complejos, la promoción de estos espacios debe ser una prioridad en las agendas académicas y una oportunidad invaluable para todos aquellos que buscan contribuir a la evolución de nuestro orden jurídico.

## REFERENCIAS

- Fernández, M. y Jiménez, R. (2021). *Eventos académicos y colaboración internacional en el ámbito del derecho*. Editorial Jurídica Global.
- Fernández, J., Gómez, A., Guerrero, A.M. y Supo, D. (2023). Ética e investigación: El rol de la universidad latinoamericana en la transformación social. Encuentros. *Revista de ciencias humanas, teoría social y pensamiento crítico*, 19, 218-226. <https://doi.org/10.5281/zenodo.8271587>
- García, L. (2022). El rol de las conferencias académicas en la actualización del conocimiento jurídico. *Revista de Estudios Jurídicos*, 34(2), 45-61.
- López, J. y Ramírez, P. (2021). La interdisciplinariedad en los eventos académicos de derecho: un enfoque necesario. Editorial Jurídica Contemporánea.
- Pérez, A. (2019). *La proyección de las universidades a través de eventos académicos*. *Boletín de Educación y Sociedad*, 22(3), 112-129.
- Rodríguez, M. y Torres, C. (2020). El puente entre la teoría y la práctica en los congresos jurídicos. *Derecho y Sociedad*, 15(1), 85-98.

# Revista de Derecho

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.63.025.451>

## Culpa de la víctima en la responsabilidad estatal por privación de libertad

*Treatment of the Fault of the Victim by the Council  
of State in Responsibility for Deprivation of Liberty*

MARIO CESAR TEJADA GONZÁLEZ

Abogado de la Universidad Libre. Magíster en Derecho Administrativo. Docente de la  
Universidad Surcolombiana. Investigador del Grupo de Investigación Conciencia Jurídica.  
[mario.tejada@usco.edu.co](mailto:mario.tejada@usco.edu.co)

<https://orcid.org/0000-0002-9580-8824>

LIZETH VARGAS SÁNCHEZ

Abogada de la Universidad Surcolombiana. Especialista en Derecho Administrativo. Docente  
de la Universidad Surcolombiana. Investigadora del Grupo de Investigación  
Conciencia Jurídica. [lizeth.vargas@usco.edu.co](mailto:lizeth.vargas@usco.edu.co)

<https://orcid.org/0000-0001-6454-3731>

## Resumen

Este artículo analiza el tratamiento que le ha dado el Consejo de Estado colombiano a la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad en los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad en los últimos años. La investigación, realizada por el Grupo Conciencia Jurídica a través del semillero Ratio Iuris, tiene como propósito dar respuesta a la pregunta ¿cuál ha sido el tratamiento que le ha dado el Consejo de Estado Colombiano a la culpa exclusiva de la víctima en los procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad en los últimos años? Ello a través de una metodología cuantitativa-descriptiva que comprendió la descripción, el registro, la cuantificación, el análisis y la interpretación de las sentencias absolutorias relacionadas con responsabilidad por privación injusta de la libertad; por último, se identificó en cuáles de dichas sentencias se empleó la causal de exoneración denominada “culpa exclusiva de la víctima”.

### PALABRAS CLAVE

Responsabilidad estatal, reparación directa, privación injusta de la libertad, eximentes de responsabilidad estatal, culpa exclusiva de la víctima.

## Abstract

This article analyzes the treatment given by The Council of the State of Colombia to the exclusive fault of the victim as grounds for exoneration of liability in direct reparation proceedings for unjust deprivation of liberty in recent years. The research, conducted by the group Conciencia Jurídica through the seedbed Ratio Iuris, aims to answer the question: what has been the treatment given by The Council of the State of Colombia to the exclusive fault of the victim in the processes of direct reparation for unjust deprivation of liberty in recent years. The mentioned above was carried out through a quantitative-descriptive methodology that included the description, registration, quantification, analysis, and interpretation of the acquittals related to liability for unjust deprivation of liberty in recent years; finally, it was identified in which of these judgments the exoneration ground called “exclusive fault of the victim” was used.

### KEYWORDS

State responsibility, direct repair, unjust deprivation of liberty, exemptions from state liability, exclusive fault of the victim.

## INTRODUCCIÓN

La culpa exclusiva de la víctima se determina por la conducta que aquella despliega, y que tiene incidencia en la respectiva actuación penal, no por la que origina la investigación, la cual, por lo demás, no termina en condena. De manera que corresponde al juez de lo contencioso administrativo comprobar comportamiento doloso por parte de la persona o el actuar a título de culpa grave.

Esta última se concibe, en el marco de la responsabilidad administrativa, como el incumplimiento de las obligaciones a las que está sujeto el administrado, de tal forma que puede dar lugar a la exención total o parcial de la responsabilidad administrativa, según la gravedad y el grado de implicación del perjudicado o de las víctimas en la ocurrencia del daño.

En tal sentido, la conducta de la víctima puede ser la causa única y segura del daño, evento por el cual existiría absolución total de responsabilidad del Estado y, en consecuencia, no podría ser condenado. Por otro lado, si las acciones de la víctima contribuyen al daño, junto con las acciones del demandado (actos específicos, suficientes y efectivos para causar el daño teórico), se puede reducir la evaluación de los daños, pues habría una concausalidad de culpas.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia (en adelante Constitución Política) previó una cláusula general de responsabilidad estatal, estableciendo que las personas solo están obligadas a soportar los daños jurídicos del Estado. Es decir que la Administración pública deberá responder por aquellos daños, infringidos a las personas, que resulten antijurídicos, esto es, que no tengan la obligación de soportarlos.

De esta cláusula de responsabilidad se puede concluir que el Estado tiene la facultad de instaurar jurídicamente daños que el conglomerado está en obligación de soportar, como es el caso de los impuestos o los trabajos públicos, con el fin de mejorar el entorno. Sin embargo, existen otros eventos, como la privación injusta de la libertad, que las personas no están en obligación de soportar, teniendo la posibilidad de reclamar del Estado, en caso de que ello suceda, una indemnización por el tiempo que estuvieren detenidos.

En 2011 se expidió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a través de la Ley 1437 de 2011, que entró en vigencia el 2 de julio de 2012. En el artículo 10 de esta nueva norma se estableció como obligación de las entidades públicas aplicar de manera uniforme las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas en virtud del artículo 270 (Congreso de la República de Colombia, 2011).

La Constitución Política establece, a su vez, en el artículo 230 que la jurisprudencia es una fuente mediata para el juez al momento de proferir sus sentencias (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991). Por tal razón, el juez administrativo tiene como fuentes de obligatorio cumplimiento las sentencias de constitucionalidad y de unificación expedidas por la Corte Constitucional y las sentencias de unificación jurisprudencial emitidas por el Consejo de Estado.

Con esta nueva obligación procesal para el juez surge la posibilidad de que se reviva la controversia sobre los motivos de absolución, sin tener en cuenta que esta valoración corresponde únicamente a la jurisdicción penal, pasando por alto que la persona ya fue absuelta por el aparato judicial estatal y que tuvo que soportar la privación injusta de su libertad, situación totalmente indeseable en un Estado social y democrático de derecho como el colombiano.

Se abre, entonces, la posibilidad de que, en cumplimiento de los fallos de unificación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, el operador judicial administrativo reabra el debate de culpabilidad penal, ya superado en razón de la declaratoria de inocencia del demandante. Y, con base en ese nuevo debate, se concluya que la privación de la libertad de que fue víctima por parte del Estado se encuentra justificada por su culpa exclusiva.

Por último, teniendo en cuenta que en la actualidad no todos los procesos de responsabilidad por privación injusta de la libertad son de conocimiento del Consejo de Estado, debido a las competencias asignadas a jueces y tribunales administrativos regionales, resulta de suma importancia establecer parámetros claros y aplicables al momento de invocar la culpa exclusiva de la víctima, en aras de evitar que la subjetividad del operador judicial conlleve a condenas absolutorias.

## **SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN EN MATERIA DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**

En los últimos años, el Estado colombiano ha sido condenado en numerosas ocasiones por privaciones injustas de libertad; cientos de ciudadanos fueron apresados y posteriormente absueltos tras cumplir varios años detenidos, lo que dio lugar a una serie de procesos judiciales cuya finalidad era obtener una compensación económica ante el error cometido.

La responsabilidad patrimonial del Estado colombiano es un tema relativamente nuevo, no existía un principio general de responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1886 ni en la Ley Nacional, por lo que su desarrollo, según la jurisprudencia de la Corte Suprema y el Consejo de Estado, ha tenido un tinte pretoriano.

Solo hasta 1991, con la entrada en vigor de la Constitución Política actual, se consagró el principio general de la responsabilidad del Estado por acción u omisión, estipulándose que este debe responder por daños antijurídicos causados a las personas. Así, cuando las acciones u omisiones del Estado causan daño a las personas, puede ser declarado económicamente responsable.

Sobre el tema de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han proferido múltiples pronunciamientos, desde 2013 hasta la fecha, estableciendo parámetros de interpretación al momento de fallar este tipo procesos contenciosos.

### **Sentencia de Unificación - Expediente 25022 del 28 de agosto de 2013**

En este proceso se demanda a la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura por la privación de la libertad del señor Rubén Darío Silva Álzate, quien permaneció detenido del 21 de diciembre de 1992 al 14 de abril de 1994, por hechos ocurridos el día 21 de diciembre de 1992, cuando fue detenido por su presunta participación en los delitos de secuestro y homicidio.

En esta sentencia, la Sección Tercera reconoció el valor de la prueba documental que interviene durante el proceso judicial, en aplicación del principio constitucional de buena fe y el deber procesal de lealtad, unificando la jurisprudencia, en relación con el valor probatorio de las copias simples y la tasación de los perjuicios inmateriales en escenarios de privación injusta de la libertad, en los siguientes términos:

**UNIFÍCASE** la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el valor probatorio de las copias simples y la tasación de los perjuicios inmateriales en escenarios de privación injusta de la libertad, conforme a los lineamientos expuestos en la parte motiva de esta sentencia. (Consejo de Estado, 2013a)

Respecto a la tasación de los perjuicios morales se preceptuó que cuando la privación hubiese superado los 18 meses procedía un reconocimiento de 100 SMLMV, estableciendo rangos de meses en salarios según los meses de detención, para un mínimo de 15 SMLMV cuando tal privación fue inferior a 1 mes.

### **Sentencia de Unificación - Expediente 23354 del 17 de octubre de 2013**

Demandada la Fiscalía General de la Nación por la detención de que fuera objeto el señor Luis Carlos Orozco Osorio, desde el 23 de junio de 1992 hasta el 15 de agosto de 1995, al haber sido

acusado de participar en el hurto de alcaloides en la sede de la Fiscalía General ubicada en el municipio de Puerto Asís (Putumayo).

Dicha sentencia unificó la aceptación de la valoración de los documentos aportados en copia simple en cuanto han hecho parte del expediente, toda vez que frente a estos “[...] se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido” (Consejo de Estado, 2013b), en los siguientes términos:

**UNIFÍCASE** la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con el valor probatorio de las copias simples y la tasación de los perjuicios inmateriales en escenarios de privación injusta de la libertad, conforme a los lineamientos expuestos en la parte motiva de esta sentencia. (Consejo de Estado, 2013b)

De igual manera, establece la Sección Tercera que, para el caso de absoluciones penales por aplicación del principio de la duda en favor del sindicado o *in dubio pro reo*, el régimen de responsabilidad aplicable era el Objetivo, en aplicación del título de imputación de Daño Especial por la ruptura flagrante del principio de igualdad de cargas públicas de que es objeto el detenido al no poder el Estado demostrar su culpabilidad en la comisión del delito investigado.

### **Sentencia de Unificación - Expediente 36149 del 28 de agosto de 2014**

En esta ocasión, la Sección Tercera del Consejo de Estado resuelve la demanda de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad presentada en contra de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

El demandante permaneció privado de la libertad desde el 1 de diciembre de 1998 hasta el 18 de agosto de 1999 acusado de cometer el delito de peculado por apropiación en provecho propio.

Con esta sentencia se unificó la jurisprudencia en relación con los parámetros que se deben tener en cuenta para la tasación de los perjuicios morales en caso de privación injusta de la libertad y el criterio para reconocer indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante a la persona que fue privada injustamente de su libertad.

**UNIFICAR** la jurisprudencia en relación con los parámetros que se deben tener en cuenta para la tasación de los perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad y el criterio para reconocer indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante a la persona que fue privada injustamente de su libertad. (Consejo de Estado, 2014) De forma específica establece el Consejo de Estado que, para efectos del reconocimiento de perjuicios inmateriales a título de daño moral, se acogía lo expuesto en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2013 y se ampliaba, según el avance jurisprudencia, el reconocimiento de perjuicios morales a parientes del segundo, tercer

y cuarto grado de consanguinidad, además de toda clase de terceros damnificados, estableciendo para ellos un porcentaje de los perjuicios reconocidos a la víctima.

Respecto de las reglas para el reconocimiento del daño material a título de lucro cesante, se especificó que la víctima debía demostrar que se encontraba en edad productiva y que, en caso de no demostrarse el ingreso en el trámite procesal, debía acogerse a lo ya planteado por el Consejo de Estado en fallos precedentes, presumiendo que quien se encuentra en edad productiva devenga por lo menos el salario mínimo legal vigente, valor al cual debe agregarse un 25 % por concepto de prestaciones sociales.

En este mismo sentido, se reiteró que al tiempo de duración de la detención deben sumarse 8.75 meses al momento de hacer los cálculos de indemnización, entendido como el tiempo promedio que tarda una persona en conseguir trabajo luego de salir de la cárcel.

### **Sentencia de Unificación - Expediente SU 072 del 5 de julio de 2018**

La Corte Constitucional al revisar varios fallos de tutela instaurados por la Fiscalía General de la Nación en contra del Consejo de Estado, respecto de sentencias que establecían responsabilidad estatal por casos de privación injusta de la libertad, introdujo una nueva interpretación al tema, distanciándose de la postura que venía manejando hasta la fecha el supremo órgano de la jurisdicción contenciosa.

Ratifica la Corte que el artículo 90 de la Constitución Política no estableció ningún régimen de responsabilidad, esto es, subjetivo u objetivo, ni título de imputación específico. Tampoco lo hizo la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuando en el artículo 68 trató el tema de la responsabilidad de la administración de justicia por la privación injusta de la libertad.

No se puede, continúa afirmando la Corte, instaurar una fórmula rigurosa o inflexible cuando el juez administrativo se encuentre en frente de estos casos, aplicando de manera genérica el régimen objetivo de responsabilidad, pues se estaría actuando en contra del artículo 90 constitucional y del artículo 68 de la Ley 270 de 1996.

Se impone, entonces, que en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado sin discusiones por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, cada juez al momento de estudiar los casos concretos establezca el régimen de responsabilidad que se adecue a la realidad de los hechos puestos bajo su experticia.

Tampoco se puede seguir aceptando, expuso el ente, que se aplique la responsabilidad objetiva a título de daño especial y se acepte la responsabilidad estatal cuando la absolucón penal ha sido consecuencia de la aplicacón de la duda en favor del procesado o *in dubio pro reo*, pues al concluir que la privacón fue arbitraria, desproporcionada, irrazonable o inapropiada, sin que medie un análisis previo, vulnera flagrantemente el principio *erga omnes* de la Sentencia C- 037 de 1996.

Le corresponde, por tanto, al juez administrativo establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba allegada al proceso penal o si, en cambio, se encuentra frente a la inexistencia absoluta de prueba para incriminar al investigado, escogiendo en cada caso si aplica la responsabilidad objetiva o la subjetiva porque encuentra una falla en la actuacón de la Administracón.

Esta sentencia ordenó al Consejo de Estado, finalmente, fallar nuevamente los procesos contenciosos administrativos por haber aplicado una regla contraria a la expuesta en la Sentencia C-037 de 1996 (Corte Constitucional, 2018).

### **Sentencia de Unificacón - Expediente 46947 del 15 de agosto de 2018**

El Consejo de Estado, una vez conocidos los parámetros de la Sentencia SU 072 de la Corte Constitucional, emite sentencia de unificacón estableciendo claros parámetros para los jueces administrativos al momento de fallar procesos por privacón injusta de la libertad.

En esa medida, la primera verificacón que debía realizar el juez era si la privacón a la que fue objeto el demandante constituía un daño antijurídico en aplicacón del artículo 90 de la Carta Suprema, seguida de la constatación del dolo o culpa grave, en la actuacón de quien fue privado, que pudiera haber conllevado a la imposición de la medida privativa, ya fuese por solicitud de la entidad demandada o de oficio en caso de no haberse solicitado en la contestación de la demanda.

También debía identificar la legitimación por pasiva, clarificando cuál era la autoridad que debía reparar el daño ocasionado con la privacón de la libertad; por último, bajo el principio de *iura novit curia*, debía establecer el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, esto es, el subjetivo en caso de avizorar una falla o el objetivo en caso de percatarse de un exceso de cargas públicas.

Así las cosas, el objeto de unificacón estableció que, ante tales casos, en lo sucesivo el juez deberá verificar si el daño (privacón de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política; si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, des-

de el punto de vista civil, análisis que hará, incluso de oficio; y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la Ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil); cuál es la autoridad llamada a reparar el daño. En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encauzar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto (Consejo de Estado, 2018).

### **Sentencia de Unificación - Expediente 44572 del 18 de julio de 2019**

La Sala Plena de la Sección Tercera resuelve la demanda presentada por el señor Orlando Correa Salazar, quien estuvo detenido durante 23 meses y 20 días, en ocasión de su presunta participación como coautor de los delitos de hurto calificado y tentativa de extorsión por hechos ocurridos el 16 de diciembre de 2004 en la ciudad de Ibagué, departamento del Tolima.

En este proceso, siguiendo las directrices de la Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, se hace un pormenorizado análisis sobre la culpa de la víctima en su detención, llegándose a la conclusión de que la responsabilidad de la detención injusta recaía en la Fiscalía General de la Nación al haber proferido las decisiones y medidas que afectaron al demandante y que no se presentaba en la captura y privación de la libertad dolo o culpa grave como causal eximente de la responsabilidad.

De igual manera, se unifica la jurisprudencia en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales en relación con el lucro cesante y el daño emergente que pueden ser reconocidos en los procesos por privación injusta de la libertad.

Así, el primer tema objeto de unificación hace referencia al reconocimiento por pago de honorarios profesionales por defensa legal en que incurren las víctimas en el proceso penal. Sobre este particular se precisó que la procedencia de este reconocimiento dinerario podía autorizarse siempre y cuando se presentara la factura o documento equivalente exigido por el Estatuto Tributario a nombre del demandante, acompañada del recibo de pago del profesional del derecho. Se dijo también sobre este punto que, en caso de que los valores de la factura y el recibo de pago allegados al proceso no coincidieran, debía condenarse al menor valor de ellos.

En materia de reconocimiento de lucro cesante se precisó que solo es dable reconocer los valores pedidos en la demanda, debidamente probados en el debate judicial, sin que exista la posibilidad de reconocimientos oficiosos. Debe allegarse, por tanto, prueba suficiente de que la persona detenida dejó de percibir ingresos o perdió la posibilidad cierta de percibirlos.

Cuando la detención recae en amas de casa o personas encargadas del cuidado del hogar, se ratificó la postura de presumir o inferir como ingreso mensual el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia.

Respecto del periodo indemnizable, se constituirá de acuerdo con el tiempo de duración de la detención y el ingreso para tener en cuenta la cantidad probada fehacientemente proveniente de actividades lícitas dependientes o independientes. En caso de no obtenerse certeza de los ingresos, se acudirá a la fórmula de presumir como ingreso el salario mínimo mensual establecido por el Gobierno nacional.

El Consejo de Estado hace también la distinción entre ingresos que se hubieran podido obtener como consecuencia de actividades dependientes o independientes, pues cuando se demuestren relaciones laborales subordinadas deberá reconocerse también al demandante un valor adicional del 25 % por concepto de prestaciones sociales dejadas de percibir, quedando vetado este reconocimiento dinerario cuando las actividades se ejercieron de forma independiente (Consejo de Estado, 2019a).

### **Sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019**

Producto de la controversia generada con las sentencias de unificación SU 072 de 2018, expedida por la Corte Constitucional, y SU 46947 del 15 de agosto de 2018 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Subsección B de la Sección Tercera, en virtud de la acción de tutela interpuesta por la señora Martha Lucia Ríos Cortés y otros, se ordenó dejar sin efectos la Sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del proceso 46947, concediendo un plazo de 30 días para que se dictara un nuevo fallo.

En pocas palabras, la misma Sección Tercera decidió, por medio del control constitucional, dejar sin efectos la Sentencia de Unificación 46947, expedida 1 año atrás, que había acogido los parámetros establecidos por la Corte Constitucional el 5 de julio de 2018, en especial sobre el análisis obligatorio que debían hacer los jueces sobre la culpa exclusiva de la víctima como eximente de la responsabilidad estatal.

Resultan importantes los argumentos utilizados por la Sección para revocar la providencia de unificación. Argumenta la Sala que en el fallo del 15 de agosto de 2018 se violó de manera directa el derecho de presunción de inocencia de la accionante, al exonerarse al Estado por la culpa exclusiva de la víctima, sin tener en cuenta que la justicia penal la había absuelto de su responsabilidad penal.

En este caso particular, la señora Ríos había sido exonerada por atipicidad de la conducta penal, mas no por la aplicación del *in dubio pro reo* en su favor, situación que indicaba, claramente, que el Estado la detuvo por conductas que no constituían delitos.

La Sala expone que, para el análisis de la culpa de la víctima, se deben identificar dos líneas interpretativas: la primera de ellas pregona que esta causal de exoneración solo se presenta cuando una conducta de la víctima posterior a los hechos y, especialmente, ligada a la marcha del proceso penal puede atribuirse como motivo de la detención. La segunda línea considera que la culpa de la víctima se configura cuando el sindicado se comportó como sospechoso del delito que se le imputó para detenerlo, incluyendo conductas preprocesales del sindicado. Así, se expuso, en este caso, el siguiente problema jurídico

¿Puede el Juez de la responsabilidad exonerar al Estado con base en la culpa de la víctima, construida a partir de su conducta preprocesal sin violar directamente su derecho al debido proceso y sin vulnerar su presunción de inocencia, cuando la Fiscalía precluyó la investigación por atipicidad de la conducta en una decisión ejecutoriada que hizo tránsito a cosa juzgada? (Consejo de Estado, 2019b)

Cuestionamiento del que se concluye que si el juez procede de esta forma viola sus derechos fundamentales, basado en que la valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del proceso penal, de tal suerte que se estarían invadiendo las competencias de otra jurisdicción.

Con esta decisión la Sección Tercera reitera que la línea jurisprudencial adecuada, para los casos de responsabilidad por privación injusta de la libertad, debe ser la que analice la culpa de la víctima durante el curso del proceso y no por conductas preprocesales que son objeto de estudio, exclusivamente, de la jurisdicción penal.

Una vez expedido este fallo de tutela, todas las miradas viraron a la expedición del nuevo fallo dentro del proceso 46947, con el cual se creía que se mantendrían los parámetros de unificación dictados en concordancia con la sentencia de unificación de la Corte Constitucional.

El fallo llegó el 6 de agosto de 2020, con ponencia del magistrado José Roberto Sáchica Méndez, pero, para sorpresa de la comunidad académica, la Sección Tercera no efectuó ningún pronunciamiento de unificación que siguiera los parámetros de la Corte Constitucional.

De manera escueta la Sala se limita a manifestar que no se pudo demostrar que las entidades demandadas hubieran incurrido en falla alguna del servicio, debido a que la detención de la demandante no fue arbitraria o irracional, de acuerdo con los parámetros impuestos por la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996 cuando analizó el artículo 68 de la Ley 270 de 1996.

En relación con la posible culpa de la víctima en su detención, se afirmó que no era procedente ningún análisis, debido a que no se acreditó en el proceso ningún título de imputación (Consejo de Estado, 2020).

### **Sentencia de Unificación - Expediente 46681 del 29 noviembre de 2021**

Como precepto de unificación reciente se tiene la Sentencia del 29 de noviembre de 2021, en la que se establecieron nuevos preceptos para la indemnización de los perjuicios morales derivados de la privación injusta de la libertad.

En tal sentido, en relación con la víctima directa de la privación se deja de aplicar lo establecido en la Sentencia de Unificación 36149 del 28 de agosto de 2014. Se establece una nueva tabla en la que solo se reconocerán 100 SMLMV cuando la duración de la privación haya durado 20 meses o más, fijando el estándar de 5 SMLMV por cada mes y 0.166 SMLMV por cada día de detención.

En cuanto a la víctima directa de la detención, tanto si se trata de detención en establecimiento carcelario como de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituye presunción de perjuicio moral para ella.

Respecto a los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge, compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral para ellos, pudiendo la parte demandada desvirtuar tal presunción en el curso del proceso.

En lo que tiene que ver con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral. En tales casos, el juez determinará si el demandante cumplió la carga de acreditar la existencia del perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable.

Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera:

- A los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, el cincuenta por ciento (50 %) de lo que le corresponda a la víctima directa.
- A los demás demandantes, cuando acrediten los perjuicios morales, el treinta por ciento (30 %) de lo que le corresponda a la víctima directa.

Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas, dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ser motivada según lo probado en cada caso.

Se reitera lo señalado en las anteriores jurisprudencias de unificación en lo relativo a que todos los topes establecidos podrán ser superados cuando se acrediten circunstancias que evidencien una gravedad e intensidad excepcional en el perjuicio moral sufrido por el detenido o las víctimas indirectas de la detención, las cuales podrán estar relacionadas con la gravedad del delito por el cual el sindicado fue investigado o acusado y las circunstancias particulares afrontadas con ocasión de la detención. En estos eventos, la decisión y las razones que justifican tal determinación deberán motivarse detalladamente.

En consecuencia, la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:  $PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$ . En casos de **detención domiciliaria**, la cuantía de los perjuicios morales sufridos por la víctima directa se disminuirá en un **50 %**.

Finalmente, se establece que en ningún caso la indemnización podrá superar los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa (Consejo de Estado, 2021).

## EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EN COLOMBIA

La imputación a las entidades estatales se presenta en la medida en que pueda vincularse a la acción u omisión de un organismo gubernamental. Por tanto, debe existir un título que permita atribuirlo a su acción u omisión. Dentro de los títulos de imputación más comunes se encuentran la Falla del Servicio, el Daño Especial y el Riesgo Excepcional.

Existen diversas diferencias entre la responsabilidad subjetiva y objetiva, ya que si bien en la primera el factor determinante es la culpa, para en la segunda, la culpa no influye en la imputación.

Para su configuración, la responsabilidad subjetiva requiere la presencia de la culpa, en tanto la responsabilidad objetiva no la necesita. No se puede configurar la responsabilidad subjetiva sin que se pruebe la presencia de la culpa o se demuestre la falla del servicio. (Arenas, 2018, p. 37)

Bejarano (1998), por su parte, expone que “[...] la responsabilidad civil es la obligación de responder por un daño, reparando sus consecuencias mediante la indemnización al afectado” (p. 88). Surge, entonces, de la necesidad de indemnizar a otros por los daños causados por actos ilícitos o riesgos creados y es la designación de las obligaciones de indemnizar por los mismos.

Para Villegas (como se cita en Ovalle, 2001), “[...] los elementos de la responsabilidad civil son el daño, la culpa y la relación de causalidad entre hecho y daño” (p. 2). Por su parte, Galindo (como se cita en Ovalle, 2001) señala tres elementos de la responsabilidad civil: el acto ilícito, la presencia de daño y la relación de causalidad entre la acción y el daño.

Autores como Gullón y Díez-Picazo (como se cita en Ovalle, 2001) añaden otro elemento a la responsabilidad: la existencia de un criterio que permite imponer tal responsabilidad al imputado. Criterio que puede ser la culpa, el dolo, la noción de riesgo o la responsabilidad automática o *ex lege*.

Por tanto, se puede decir que los elementos de la responsabilidad civil son: hecho ilícito; daños o lesiones; un nexo de causalidad entre un acto ilícito, un acto contrario a las buenas costumbres o un riesgo creado y el daño causado; y el criterio que permite la imposición de responsabilidad al infractor.

En el campo de la responsabilidad estatal, por otro lado, para que se pueda condenar a las entidades públicas deben concurrir varios elementos, a saber: (i) la existencia de un daño, que este sea cierto y que afecte el patrimonio de la víctima; (ii) que la víctima del daño no esté en la obligación constitucional o legal de soportarlo, esto es, que el daño se constituya antijurídico; (iii) que exista una relación de causalidad o nexo causal entre la acción, omisión o extralimitación de la entidad y la generación del daño y; (iv) que exista un título de imputación objetivo o subjetivo para atribuir tal daño al Estado.

El nexo de causalidad se rompe cuando aparecen en la comisión del daño agentes externos a la Administración que la doctrina y la jurisprudencia han denominado eximentes de responsabilidad. Sobre la aplicación de los eximentes de responsabilidad en Francia, Morand-Deville (2007) expresa que unas causas extrañas a la Administración pueden ser eximentes, susceptibles de exonerarla total o parcialmente de su obligación de reparar.

Se trata de la culpa de la víctima, ya sea delictuosa, intencional o analizada como una simple imprudencia o negligencia. Por otro lado, se tiene el hecho del tercero, ya sea una persona natural o jurídica y/o la fuerza mayor, que en la jurisprudencia francesa exige para su materialización tres elementos, a saber: la exterioridad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad (Morand, 2007).

## **Fuerza mayor**

Enneccerus (como se cita en Concepción, 1999) define la fuerza mayor como un evento conocido. Así, lo inesperado no surge de la actividad en cuestión, surge de externos, y sus efectos nocivos no pueden evitarse con medidas preventivas que razonablemente se hubieran esperado.

En cuanto a la fuerza mayor, solo se demuestra mediante la prueba de un hecho externo y concreto. Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias. En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, se ha de consultar la Sentencia de 15 de junio de 2000, Exp. 12423, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

[...] el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible, sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito. (Corte Constitucional, 2016)

Otra característica distintiva de la fuerza mayor está relacionada con su origen. Los hechos son el resultado de algo extraordinario y natural donde no interfiere la voluntad del hombre. En el entorno en el que actúan los agentes, este evento es completamente extraño y convincente. Los jueces, en esa medida, analizan si la causa alegada cumple con los requisitos de la norma y la jurisprudencia: imprevisibilidad e inevitabilidad.

Para prever y superar los hechos generados por las circunstancias es necesario probar las verdaderas imposibilidades, es decir, distinguir entre lo difícil y lo imposible. Ambas condiciones deben cumplirse para que se declare la fuerza mayor, pues una no es suficiente para mitigar la responsabilidad de las partes.

## **Elementos de la fuerza mayor**

### ***Hecho externo***

El requisito de este elemento es la fuerza mayor sobre la verdadera naturaleza de una causa externa. El acto constitutivo de fuerza mayor no debe estar relacionado con la actividad causante del daño; en otras palabras, un evento de fuerza mayor se define como un evento que no depende de las acciones de ninguna de las partes involucradas en el suceso adverso, no es atribuible a la persona que causó el evento o al responsable del mismo.

### ***Hecho impredecible***

Un evento inesperado significa que, en circunstancias normales, será absolutamente imposible que las personas tomen precauciones contra este. De manera que, aun cuando el evento puede ser previsto por humanos, llega de manera repentina e irresistible. Desde este punto de vista, es muy difícil configurar un evento de imprevisibilidad como fuerza mayor, porque, en sentido estricto, casi cualquier evento o circunstancia en la vida puede ser imaginado por el hombre, lo que significa previsto, lo que anularía la alegación de la causa de este indulto, pues casi nunca se configurará como un evento impredecible.

## **Hecho irresistible**

Cuando se habla de irresistibilidad se hace referencia a la imposibilidad objetiva del sujeto para evitar consecuencias derivadas del hecho imprevisto. Este factor de la fuerza mayor consiste en la imposibilidad de evitar el hecho o acontecimiento, a pesar de los medios. También significa la incapacidad de superar la realidad para evitar sus efectos.

Por último, se debe entender como irresistible un elemento de fuerza mayor evaluado en términos de abstracción, es decir, el juez no debe revisar si el imputado tuvo la capacidad de superar el evento, sino si un individuo común, colocado en las mismas condiciones, podría resistir ordinariamente tal evento.

## **Efectos de la fuerza mayor**

Una vez acreditada la existencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, este puede tener, por efecto, la exclusión total o parcial de la responsabilidad, según la medida en que se haya producido el daño, así como el propio hecho extraño, el comportamiento de la víctima o la conducta del imputado.

En efecto, se ha dicho que la fuerza mayor tiene el efecto de inmunidad completa; sin embargo, el Consejo de Estado ha sostenido que:

[...] puede sorprender que la fuerza mayor tenga un efecto parcial sobre la justificación. Estos efectos tienen una explicación. Se desprende claramente de la circunstancia que las consecuencias perjudiciales de un evento de fuerza mayor resultante de las acciones del demandado son más graves. Por ejemplo, los efectos catastróficos de las lluvias torrenciales se ven especialmente exacerbados los defectos en estructuras destinadas al drenaje de aguas pluviales. (Consejo de Estado, 1956)

## **Caso fortuito**

Si bien es común equiparar fuerza mayor y caso fortuito como sinónimos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha intentado distinguir entre ambos en el ámbito de la responsabilidad por riesgos privados y sustento de un argumento paralelo. Sobre el particular el Consejo de Estado afirma que:

La distinción que hace la doctrina y la jurisprudencia entre fuerza mayor y caso fortuito, que es la de mayor beneficio, en el marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se dice que la fuerza mayor es una causa ajena a la realidad deseada; Es un hecho notorio, irresistible e imprevisible, externo y periférico a la actividad o servicio que causó el daño. Por el contrario, el evento aleatorio

que subyace a la activación del primero puede ser desconocido y aún oculto y, como se identifica, no constituye una causa real y probable de supresión de daños. (Consejo de Estado, 2000)

Para 2007, el Consejo de Estado, asimismo, expone como diferencias las siguientes:

(i) el caso fortuito es un suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa el daño; mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad; (ii) hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida; (iii) la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad, y (iv) el caso fortuito se relaciona con acontecimientos provenientes del hombre y la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza. (Consejo de Estado, 2007)

Para que el caso fortuito sea tenido como eximente de la responsabilidad, se debe tener presente el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, pues mientras para la responsabilidad subjetiva el Consejo de Estado ha aceptado que tanto la fuerza mayor y el caso fortuito pueden romper el nexo de causalidad, frente a la responsabilidad objetiva se ha considerado que el caso fortuito no resulta aplicable (Arenas, 2017).

### **Hecho exclusivo y determinante de un tercero**

El hecho de un tercero es la hipótesis más común en que la participación de un extraño al actor y al demandado es la verdadera causa del daño y, en este sentido, no existe relación de causalidad. No obstante, existen casos en los que el imputado causa fácticamente los hechos, cuya conducta se vio determinada por la actuación de un tercero, haciendo el daño exclusivamente imputable a este, como en el caso de la legítima defensa cuando el daño causado por la misma fue provocado por otra persona y es, precisamente, al repeler el ataque que se ocasiona el daño.

La intervención del tercero debe establecerse como exclusiva en la causación del daño, pues de comprobarse la injerencia o participación de la Administración en su comisión, ya no se hablaría de exclusión de responsabilidad, sino de la presencia de culpas compartidas o concausalidad, donde bajo los preceptos de la figura de la solidaridad puede cobrarse al Estado la totalidad de los perjuicios generados por el daño antijurídico causado a la víctima.

### **Culpa exclusiva de la víctima**

La culpa exclusiva de la víctima está determinada por las acciones u omisiones que despliega la víctima del daño. Así, para que se pueda hablar de este tipo de eximente, se debe probar la conducta maliciosa o culpa grave de la persona.

Fue concebida en el marco de la responsabilidad administrativa como el incumplimiento de las obligaciones a las que está sujeto el administrado, de tal forma que dicho incumplimiento puede dar lugar a la exención total o parcial de la responsabilidad administrativa, según la gravedad y el grado de implicación del perjudicado o de las víctimas en la ocurrencia del daño.

El Consejo de Estado ha reiterado que no todo comportamiento de la víctima puede ser invocado como factor que destruye la conexión causal entre el hecho y el daño. Para que la culpa de la víctima libere de responsabilidad a la Administración, esta debe cumplir algunas condiciones, a saber: a) Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño, b) El hecho de la víctima debe ser extraño y no imputable al ofensor, y c) Que el hecho de la víctima sea ilícito y culpable, características indispensables y necesarias para que tal conducta configure un delito (Consejo de Estado, 1999).

Sobre la aplicación de la culpa en Francia, la Sentencia del 14 de mayo de 1996, expedida por el Consejo de Estado francés, denominada “Commune de Cilaos”, expone que cuatro menores internos de un colegio de la comuna de Cilaos, ubicada en la Isla de Reunión, región de ultramar francés, se ausentaron del establecimiento educativo para regresar a pie a sus casas.

Durante el trayecto, los niños deciden cruzar un paso sumergido a causa del ciclón que había azotado a la isla y murieron en el intento. En ese asunto, el Consejo de Estado francés declara la concausalidad de culpas, descontando 1/3 de la condena en razón de la culpa de las víctimas, debido a la imprudencia y riesgos tomados al querer atravesar un paso sumergido por un torrente crecido (Morand-Deviller, 2007).

Saavedra (2018) expone, también, cómo el Consejo de Estado francés, en ocasiones, ha atenuado la responsabilidad de la Administración por la falta de previsión de la víctima. Tal fue el caso del conductor de una motocicleta, víctima de un accidente mortal provocado por una enorme depresión de la calzada, quien no circulaba por la derecha en una vía de una sola dirección, ni llevaba casco.

En la jurisprudencia española, los tribunales mantuvieron durante varias décadas la posición de exonerar totalmente la responsabilidad de la Administración cuando se presentaba la culpa de la víctima o de un tercero, así no fuera la causa exclusiva del daño.

Sin embargo, esta postura ha sido paulatinamente abandonada, aceptando que la intervención de un tercero o de la víctima puede llevar a la exoneración parcial del Estado, cuando se ha podido demostrar que la intervención de este último concurrió de manera directa en la causación del daño.

Por esta razón, en la actualidad los tribunales en España han acogido la teoría del concurso de causas, pudiéndose, así, atribuir parte de la condena a un tercero o a la propia víctima (Saavedra, 2018).

### **Efectos de la culpa exclusiva de la víctima**

Se entiende, entonces, que la actividad de la víctima tiene dos efectos: en primer término, tendrá la capacidad de exonerar totalmente las consecuencias del daño, o en algunos casos producirá la renuncia parcial de tales consecuencias (Consejo de Estado, 1999).

La conducta de la víctima puede ser la causa única del daño, existiendo inmunidad total de la responsabilidad estatal, ya que la entidad pública no puede ser imputada, pues, desde el punto de vista causal, es la víctima la que ha dado lugar a que los daños en su contra se generen. Así las cosas, quien ha causado el daño no tendrá derecho a reparación alguna, debido a que la causa de sus perjuicios son el exclusivo resultado de sus propias acciones.

Las acciones de la víctima pueden haber contribuido al daño junto con las acciones del demandado, que son dos actos específicos, suficientes y efectivos para causar el daño teórico. Se aplica el caso previsto en el artículo 2357 del Código Civil, lo cual quiere decir que en este caso se puede reducir la evaluación de los daños.

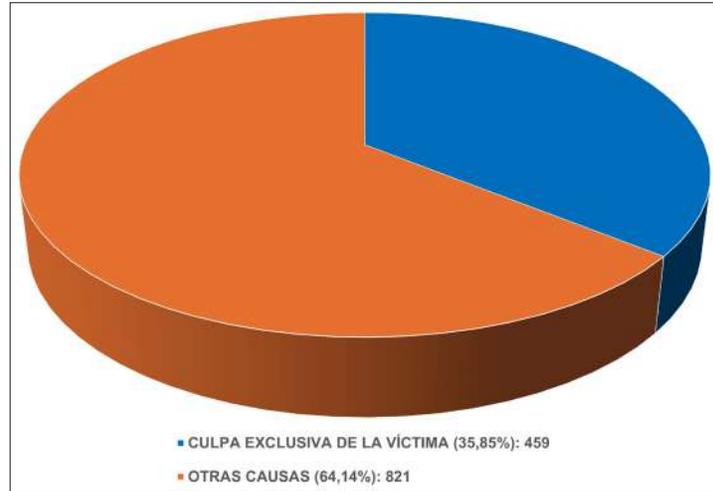
Para los defensores de la teoría subjetivista, el hecho o la conducta de la víctima debe caracterizarse para saber si cumple con la calificación de culpabilidad; a menos que la acción de la víctima sea negligente, no exonera la causa alegada. Y hay más problemas cuando la víctima puede actuar, pero no cometer culpa, como es el caso de los menores de 10 años y los enfermos mentales, que no son penalmente responsables, tal y como prevé el Código Civil.

## **RESULTADOS**

En el desarrollo de la investigación se identificaron de los procesos de reparación directa en los cuales el Consejo de Estado profirió sentencias entre 2017 a 2021. Posteriormente, se revisaron los procesos de reparación directa relacionados con responsabilidad por privación injusta de la libertad.

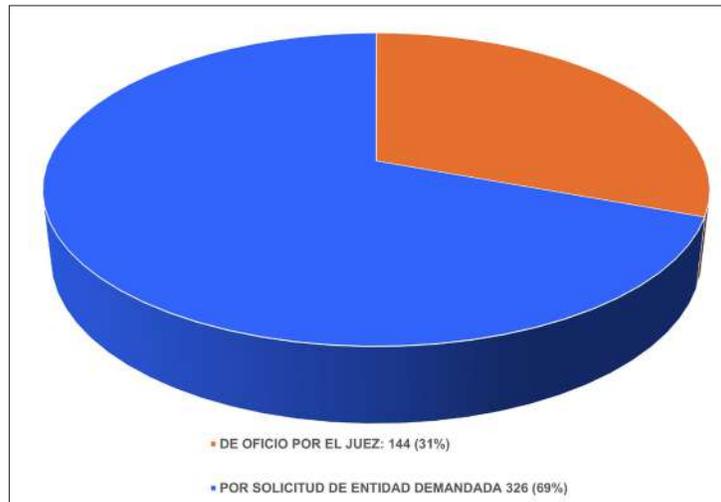
Finalmente, se analizaron las sentencias absolutorias proferidas por el Consejo de Estado, en relación con la responsabilidad por privación injusta de la libertad en 2017 a 2021, donde se aplicó la causal de exoneración denominada “culpa exclusiva de la víctima”.

**Figura 1.** Procesos absolutorios



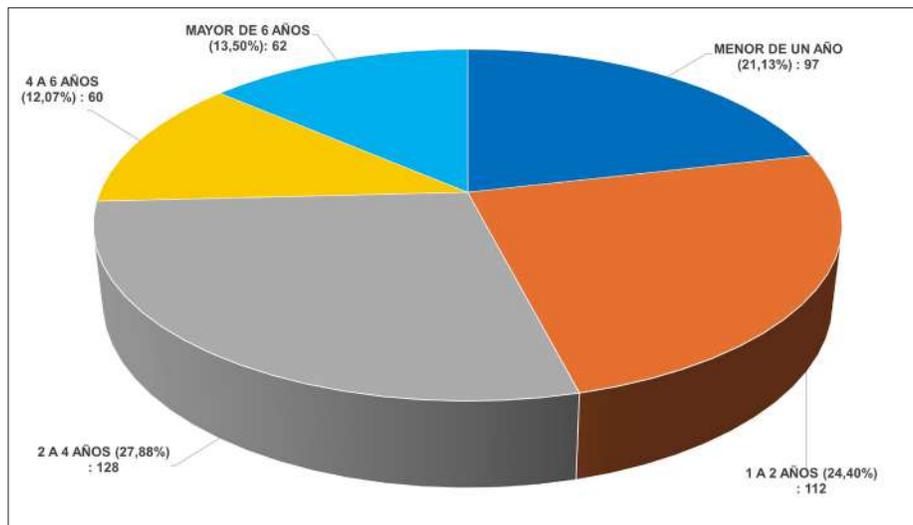
Al momento de revisar los procesos absolutorios se observó que 821 (64,14 %) fueron por otras causas; no obstante, de acuerdo con el eje de la investigación se tuvieron en cuenta los 459 (35,85 %) restantes, en los que la causa de absolución fue por la culpa exclusiva de víctima, bajo el entendido de que esta se determina por la conducta que la misma despliega y que tiene incidencia en la respectiva actuación penal y no por la conducta que origina la investigación.

**Figuras 2.** Procesos absolutorios por culpa exclusiva de la víctima – aplicación



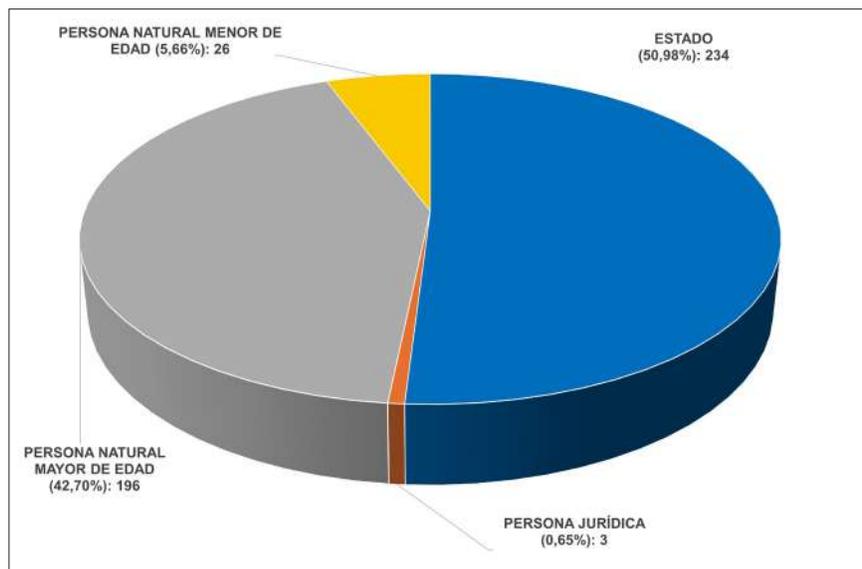
Revisados los procesos absolutorios por culpa exclusiva de la víctima y la aplicación dada a los mismos, se observó que 326 (69 %) habían sido por solicitud de la entidad demandada y 144 (31 %) de oficio por el juez.

**Figura 3.** Duración del proceso penal



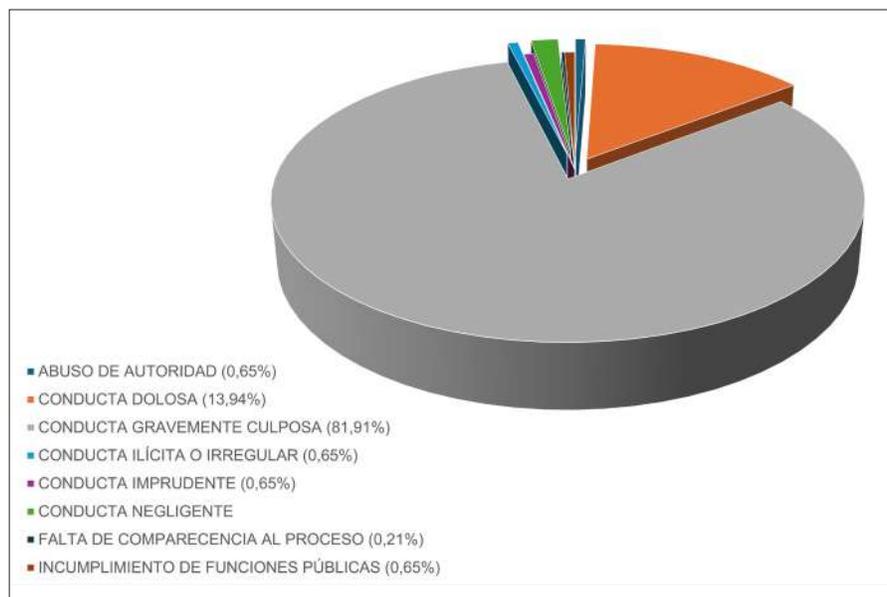
En cuanto a la duración del proceso penal, se halló que un 21,13 % (97 procesos) duraron menos de 1 año; de 1 a 2 años un 24,40 % (112 procesos); de 2 a 4 años un 27,88 % (128 procesos); de 4 a 6 años un 12,07 % (60 procesos), y, por último, con una duración mayor a 6 años un 13,50 % (62 procesos).

**Figura 4.** Tipo de víctima de la conducta penal



Al analizar el tipo de víctima que se presentó en la conducta penal ejecutada, se pudo observar que el Estado fue la mayor víctima, con 234 procesos, es decir, un 50,98 %, de forma descendente; sigue la persona natural mayor de edad, en 196 procesos, representando un 42,70 %; en menor medida se encuentra la persona natural menor de edad, en 26 procesos, un 5,66 %; y, por último, la persona jurídica, en 3 procesos, que significan un 0,65 % del total de los procesos con relación a la culpa exclusiva de la víctima.

**Figura 5.** Origen de la culpa de la víctima



La culpa exclusiva la víctima se configura cuando esta da lugar causalmente a la producción del daño. Bajo este entendido se discriminó, con base en el origen de la misma, dando como resultado que los procesos se absolvieron por las siguientes causas: abuso de autoridad, en un 0,65 % (2 procesos); conducta dolosa, en un 13,94 % (64 procesos); por una conducta gravemente culposa, con el 81,91 % (376 procesos); por conducta ilícita o irregular, con un 0,65 % (3 procesos); por conducta imprudente, con un 0,66 % (2 procesos); por conducta negligente, un 1,74 % (8 procesos); por falta de comparecencia al procesos, en 0,21 % (1 proceso), y por el incumplimiento de funciones públicas, en un 0,65 % (3 procesos).

## CONCLUSIONES

La entidad más demandada fue la Fiscalía General de la Nación, con un 76,69 %, encargada de investigar y acusar ante los juzgados y tribunales competentes a quienes se presume han cometido algún delito que atente contra la vida, la seguridad o los bienes de otro.

La mayoría de los procesos, un 73,27 %, tuvo como origen de la privación injusta de la libertad una medida de aseguramiento. En orden descendente sigue el origen por orden de captura, con un 16,46 %; por medio de sentencia, con un 5,16 %; y por otro medio, con un 5,10 %.

Se hizo un análisis del tiempo en que duró la privación de la libertad, dando como resultado que de 2829 procesos, un 37,76 % duró menos de 6 meses; de 6 a 12 meses, 21,62 %. Por último, el 40,59 % presentó una privación mayor a 12 meses. Esta, a su vez, se divide en diferentes tiempos: de 12 a 18 meses, 12,71 %; de 18 a 24 meses, 6,84 %; y de manera preocupante se corroboró que un 21,04 % de privación fue mayor a 24 meses.

De los 2820 procesos de privación injusta de la libertad, el 45,24 % fueron procesos absolutorios. De este último se partió para dar como resultado el 36,71 %, que fueron absueltos por culpa exclusiva de la víctima.

Ante los procesos condenatorios, el Estado tiene que reparar a la víctima de la detención y a sus familiares –según sea el caso–; por este concepto, el erario tuvo que asumir \$7 823 079 336,01 pesos por daño emergente, \$20 509 375 190,64 pesos por lucro cesante, \$352 147 898 487,40 pesos por perjuicios morales, \$723 686 733,00 pesos por perjuicios convencionales y \$2 460 362 014,60 pesos por perjuicio a daño a la salud. Estas reparaciones le costaron al Estado \$383 664 401 761,65 pesos, dinero que pudo ser invertido en otros campos, tales como mejorar el sistema de salud o de educación.

En cuanto al comportamiento de la víctima, correspondió al juez determinar, en cada caso particular, en qué medida las acciones de esta fueron activas o inactivas para causar el daño. De acuerdo con estas líneas de pensamiento, para que la actuación de la víctima tenga el pleno efecto de eximir de responsabilidad al Estado, su actuación debe ser causa independiente, es decir, exclusiva de la misma. Esto es lo que constituye la fuente definitiva del daño, la causa adecuada.

Una crítica a la aplicación del eximente en el contexto de la privación injusta de la libertad radica en que se reestablecen los actos de la víctima que los jueces penales han desestimado como relevantes para la condena; es decir, no es base suficiente para iniciar un proceso penal en términos de daños y perjuicios. Sin embargo, los jueces contenciosos logran quebrantar la imputación fáctica de la responsabilidad al atribuirle un contenido culposo, que resulta siendo más gravoso que el aplicado en materia civil.

Sobre los hechos que pueden constituir culpa exclusiva de quien fue privado de la libertad, se observa que existen dos posiciones al respecto: una que pregona que debe analizarse la conducta del procesado, no solo en el desarrollo de la investigación, sino las desplegadas de manera

previa al inicio del proceso penal, posición con la que estamos en total desacuerdo, pues significaría revivir el proceso ordinario, dejando de lado que ya se profirió una sentencia absolutoria.

La segunda posición, un poco más moderada, que tampoco compartimos, establece que la culpa de la víctima como eximente, debe analizarse únicamente por las conductas realizadas en el desarrollo del proceso penal, siendo esta última la tesis que el Consejo de Estado viene aplicando desde 2020.

Una vez analizados los pronunciamientos de unificación de la Sección Tercera se observa, con gran preocupación, que la responsabilidad por privación injusta de la libertad migró de un régimen objetivo, en el que se condenaba al Estado cuando la absolución penal se presentaba por que el hecho investigado era inexistente; el investigado no había cometido el delito; la conducta investigada no constituida un delito; se había aplicado la duda en favor del procesado bajo el principio del *in dubio pro reo*; o se había fallado un hábeas corpus en favor del sindicado, a un régimen subjetivo, en el que el operador judicial, en cada caso particular, debe constatar la falla de la administración de justicia, para demostrar la arbitrariedad o injusticia en la detención del procesado.

## REFERENCIAS

- Arenas, M. H. (2017). *El régimen de responsabilidad subjetiva*. Legis.
- Arenas, M. H. (2018). *El régimen de responsabilidad subjetiva*. Legis.
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, D.C.
- Bejarano, S. M. (1998). *Obligaciones civiles*. Oxford University Press- Harla México.
- Concepción, R. J. (1999). *Derecho de Daños*. Editorial Bosch.
- Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). Ley 1437 de 2011. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. D.O. 47.956. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado. (12 de diciembre de 1956). Sentencia del 12 de diciembre de 1956. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado. (21 de octubre de 1999). Sección Tercera. Radicación 11815. C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Bogotá D.C.
- Consejo de Estado. (2000, 16 de marzo). Sección Tercera. Sentencia 11670. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado. (29 de agosto de 2007). Sección Tercera. Radicación 15001-23-31-000-1994-04691-01(15494). C.P. R.S. Correa Palacio. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado. (28 de agosto de 2013a ). Sección Tercera. Sala Plena. Radicación 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022). C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá, D.C.

- Consejo de Estado. (17 de octubre de 2013b ). Sección Tercera. Subsección A. Radicación 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado. (28 de agosto de 2014). Sección Tercera. Sala Plena. Radicación 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149). C.P. Hernán Andrade Rincón. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado. (15 de agosto de 2018). Sección Tercera. Radicación 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46.947). C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado. (18 de julio de 2019a). Sección Tercera. Radicación 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572). C.P. Orlando Correa Salazar y Otros. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado. (15 de noviembre de 2019b). Sección Tercera. Subsección B. Radicación 11001-03-15-000-2019-00169-01(AC). C.P. Martín Bermúdez Muñoz. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado. (6 de agosto de 2020). Sección Tercera. Subsección A. Radicación número: 66001-23-31-000-2011-00235-01(46947)A. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado. (29 de noviembre de 2021). Sección Tercera. Radicación 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681). C.P. Martín Bermúdez Muñoz. Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional de Colombia. (22 de agosto de 2016). Sala Plena. Sentencia SU-449 de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional de Colombia. (5 de julio de 2018). Sala Plena. Sentencia SU-072 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Bogotá, D.C.
- Morand-Deviller, J. (2007). *Curso de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- Ovalle, J. (2001). *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y Estados Unidos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Saavedra, R. (2018). *De la responsabilidad patrimonial del Estado*. Editorial Ibáñez.

# **El enfoque diferencial como herramienta de participación democrática en la contratación estatal colombiana**

*The Differential Approach as a Tool for Democratic  
Participation in Colombian Government Contracts*

JAVIER DORIA ARRIETA

Abogado. Especialista en Derecho Administrativo, Derecho de los Negocios. Magíster y doctor en Derecho. Docente de la Universidad del Sinú, sede Cartagena. Docente de postgrado de la Universidad del Norte, Escuela Superior de la Administración Pública, Universidad del Sinú, Universidad Libre, sede Cartagena, Universidad de Cartagena y Universidad Tecnológica de Bolívar. [javdoria@hotmail.com](mailto:javdoria@hotmail.com)  
<https://orcid.org/0000-001-7360-9923>

EDGAR CORDOVA JAIMES

Licenciado y doctor en Ciencia Política. Magíster en Gerencia de Empresa. Magíster Scientiarum en Docencia para la Educación Superior. Postdoctor en Estado, Políticas Públicas y Paz Social. Docente de la Universidad del Sinú, sede Cartagena. [edgar\\_cordova38@hotmail.com](mailto:edgar_cordova38@hotmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0003-2450-6156>

BLEIDIS VANESA QUINTANA

Abogada. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Candidata a especialista en Contratación Estatal. Magíster en Cooperación Internacional para el Desarrollo. Maestrante en Intervención Interdisciplinar de Género. Asesora en Políticas Públicas y Alto Gobierno. Jefe del programa de Derecho en la Universidad del Sinú, sede Cartagena. [bvannesaq@unisinucartagena.edu.co](mailto:bvannesaq@unisinucartagena.edu.co)  
<https://orcid.org/0000-0003-2606-7409>

## Resumen

Este escrito tiene como objetivo analizar el desarrollo del enfoque diferencial en la ley de contratación pública colombiana, con el propósito de vislumbrar los aportes de esta práctica al principio de participación democrática. Se muestra que el principio de participación democrática tiene un fuerte fundamento jurisprudencial, el cual con el pasar del tiempo y en desarrollo de la igualdad y el pluralismo se ha logrado decantar el concepto de enfoque diferencial, que permite una aplicación más específica del derecho conforme los principios y fines constitucionales, por lo que el mismo se ha aplicado en la contratación estatal. Se concluye que el enfoque diferencial, en sus distintas modalidades, es garantía para que los procesos de contratación estatal sean más incluyentes con poblaciones históricamente excluidas, lo que es una materialización del principio de la participación democrática.

### PALABRAS CLAVE

Constitución, participación política, contratación estatal, enfoque diferencial, inclusión.

## Abstract

The purpose of this paper is to analyze the development of the differential approach in the Colombian public contracting law and to glimpse the contributions of this practice to the principle of democratic participation. For this purpose, a qualitative approach was used followed by hermeneutic approach with bibliographic and jurisprudential review. The results showed that the principle of democratic participation has a strong jurisprudential foundation, which with time and in the development of equality and pluralism has been able to decant the concept of differential approach, which allows a more specific application of the law according to the constitutional principles and purposes, so that it has been applied in state contracting. It is concluded that the differential approach, in its different modalities, is a guarantee for state contracting processes to be more inclusive with historically excluded populations, which is a materialization of the principle of democratic participation.

### KEYWORDS

Constitution, political participation, government contracting, differential approach, inclusion.

## INTRODUCCIÓN

El derecho a la participación democrática, entendido como un *derecho*, tiene su origen en los distintos instrumentos internacionales gestados a través del tiempo en materia de derechos humanos. Podemos encontrar entre los primeros antecedentes modernos de estos la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América en 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en 1789, cada una de ellas con una carga argumentativa tendiente a legitimar al pueblo como verdadero soberano. Ya se lee en la primera Declaración citada: “(...) que para garantizar estos derechos se instituyen los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados (...)” (p. 209). Por su parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano representa un hito trascendental en la historia de Occidente, al marcar el fin del antiguo régimen, el paso a la modernidad y el nacimiento del Estado de derecho. En su primer artículo establece la igualdad de los hombres ante la ley. Posteriormente, en su artículo sexto: “Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración [de la ley] personalmente o a través de sus Representantes” (Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, 1789, p. 2). Los principios desarrollados en este documento representaron el germen del constitucionalismo, y aún hoy siguen siendo la guía fundante de muchas instituciones políticas. Al respecto dice Tunnermann (1997):

Con la declaración francesa culmina la etapa teórica o doctrinaria de los derechos naturales y se inicia (...) la etapa de su incorporación a los textos de las constituciones políticas, elevados así a la categoría de preceptos de máxima jerarquía dentro del ordenamiento legal. (...) (p. 21)

Estos primeros avances en materia de derechos humanos, sintetizados en las dos declaraciones, vendrían a ser lo que años después –desde un enfoque historicista– se identificarían como los derechos de primera generación<sup>1</sup> o derechos civiles y políticos, cuya característica principal es la defensa del ciudadano o ser humano, individualmente considerado, frente al Estado, mediante la imposición de límites a este (Solís, 2006; Bailón, 2009). Empero, el avance de los derechos humanos no se detuvo en estas prerrogativas de corte individual negativo, entendidas en un sentido de no interferencia del Estado (Berlin, 2005), sino que siguieron evolucionando y ya en el siglo XX, más exactamente el 10 de diciembre de 1948, la Organización de las Naciones Unidas promulga la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Esta carta de derechos también consagra la igualdad ante la ley y el derecho a la participación en su artículo 21, incluyendo, ade-

---

1 Sobre una visión crítica de la división en generaciones y sus consecuencias en el ámbito de su aplicación puede consultarse el trabajo de Bonet de Viola (2016).

más, el derecho de toda persona a acceder “en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Adicionalmente, representa otro avance: los derechos de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales, cuyo enfoque principal no radica en la protección del individuo a través de la imposición de límites al Estado, sino en darle preponderancia al rol activo de este para la garantía de derechos.

Estas dos generaciones tuvieron un mayor desarrollo posteriormente con la promulgación, por parte de las Naciones Unidas, de otros dos instrumentos, esta vez con carácter vinculante<sup>2</sup>: el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Al tener estos un carácter vinculante, los Estados suscriptores se comprometieron a adoptar las medidas necesarias para la plena materialización de los derechos dentro de la realidad propia de cada nación. Así, el derecho a la participación democrática, la igualdad ante la ley y los demás estipulados en la primera y segunda generación tendrían que ser desarrollados en su conjunto por la legislación interna. Ahora bien, así como de los derechos de primera generación se dio un paso hacia adelante en procura de alcanzar los derechos de segunda generación, estos tampoco se quedaron atrás y gracias a los cambios en las sociedades del siglo XX y XXI se gestaron los llamados derechos de tercera generación (que incluyen el derecho a un desarrollo sostenible, la paz, el medio ambiente sano, entre otros), sobre los cuales nos limitaremos a hacer esta pequeña mención.

Ya aterrizando en nuestra región, podemos observar que el principal instrumento internacional para el avance en materia de Derechos Humanos lo representa el Pacto de San José o Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual en sus artículos 23 y 24 también consagra el derecho a la participación democrática y la igualdad ante la ley, derechos que en todo momento deben ir de la mano para su completa materialización y son abrazados por nuestro ordenamiento jurídico con la Carta Política.

Con todos los antecedentes ya mencionados en materia de derechos humanos ve su nacimiento la Constitución Política de 1991, la cual representó un cambio paradigmático, dado que el texto, por un lado, reconoció una gran gama de garantías que ya circulaban en el ámbito interna-

---

2 Cabe recordar que, en el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, su alcance es debatible, pues existen múltiples perspectivas frente al carácter vinculante o no del instrumento. Al respecto, “hay tres opciones: a) la que sostiene que la Declaración tiene únicamente valor moral, b) la que le reconoce algún valor jurídico, y c) la que la considera un desarrollo o anexo a la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas (...)” (Tunnermann, 1997:27). Para una postura mixta sobre el carácter de *ius cogens* de la Declaración; puede consultarse el trabajo de Acosta-López y Duque-Vallejo (2008).

cional y, por otro, las irradió de una fuerza vinculante necesaria para ser exigidas directamente, toda vez que el texto donde se desarrollan es “norma de normas” (Constitución Política, 1991). Así las cosas, la igualdad y la participación democrática tomaron una fuerza inusitada en la Carta Política, que no solo se limitó a reconocerlos de manera formal, sino que impuso como responsabilidad social el dar pleno cumplimiento a estas garantías.

Adicionalmente, el texto reconoció a comunidades históricamente excluidas e instauró lo que podríamos denominar, siguiendo a Pineda (1997), “multiculturalismo”, dando cuenta de la necesidad de imprimir a los derechos a la igualdad y a la participación democrática perspectivas que los adapten a estos nuevos paradigmas del Estado. Al respecto menciona este autor: “En contraste con la anterior Constitución, caracterizada por una comprensión de la nación colombiana sobre la base de la tradición histórica, católica y castellana, la nueva carta considera al país (...) como una nación pluriétnica y pluricultural” (p. 107).

De este modo, podemos identificar que la Carta Política establece múltiples garantías anteriormente ignoradas: en el artículo 1, que el Estado colombiano es democrático y participativo, fundado en el respeto de la dignidad humana; el artículo 2 establece como fines, entre otros, facilitar la participación ciudadana en las decisiones que los afectan; el artículo 7 reconoce la diversidad étnica y cultural; el artículo 13 la igualdad ante la ley y la proscripción de la discriminación por razones de “sexo, raza, origen nacional o familiar, religión, opinión política o filosófica” (Constitución Política, 1991); el artículo 63 reconoce las tierras comunales de grupos étnicos y las de resguardo como “inalienables, imprescriptibles e inembargables”; el artículo 93 establece el bloque de constitucionalidad, y así se encuentran otras normativas tendientes a la ampliación de la titularidad de los derechos.

Estas prerrogativas, gracias al fenómeno del constitucionalismo<sup>3</sup>, pasan a ser guía de todo el ejercicio legislativo y judicial, requiriendo de estos que en todo momento tengan presente las realidades identificadas por la Constitución. Así, en múltiples aspectos en los que anteriormente no se tenían en cuenta a poblaciones, grupos étnicos y culturales específicos –tradicionalmente excluidos–, la protección que irradia la Carta Magna implica que necesariamente se den transformaciones en las maneras en cómo es comprendido el derecho, cómo es redactada la ley o modificada y cómo es aplicada por los jueces de la república. En ese sentido, es relevante y vale

---

3 La manera en cómo se ejerce el poder político se vio modificada con el advenimiento de este fenómeno: en Europa, durante los siglos XIX y XX la preponderancia estuvo en la rama legislativa del poder público. Por su parte, en Colombia y otros países latinoamericanos tal preponderancia se vio reflejada en la rama ejecutiva. Sin embargo, con el constitucionalismo, la importancia pasó a la rama judicial, a través de los administradores de justicia, especialmente a la Corte Constitucional (Carrillo et al., 2018).

preguntarse cuáles han sido los pasos dados por el Estado para que en el derecho público y, especialmente, en la contratación estatal, se asuma el reconocimiento de estos nuevos paradigmas constitucionales. Esto es importante, pues lo que se pretende es el establecimiento de una igualdad material y el reconocimiento de múltiples culturas que permita un correcto desarrollo del principio de participación democrática.

Por lo anterior, este escrito tiene como objetivo analizar el desarrollo del enfoque diferencial en la ley de contratación pública colombiana, con el propósito de vislumbrar los aportes de esta práctica al principio de participación democrática. Para alcanzarlo, se han fijado una serie objetivos específicos, que, a su vez, son los que marcarán la estructura de este trabajo. Por lo tanto, en primera instancia se identificará los elementos de la participación democrática decantados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional; segundo, se determinará el concepto del enfoque diferencial y sus distintas modalidades; y tercero, se analizará la aplicación de este enfoque dentro de las normas de la contratación estatal.

## LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA EN COLOMBIA

La Real Academia Española nos dice que el verbo “participar” tiene múltiples acepciones, entre las cuales podemos mencionar aquella que lo define como “Dicho de una persona: Tomar parte de algo”. Ese *tomar parte de algo* es el factor más importante del fenómeno de la participación desde la política, en la que ese *algo* termina siendo la sociedad misma y el Estado, como gran mediador de esta. Al mismo tiempo, la participación no puede ser entendida por fuera de la democracia. Toda democracia implica, a su vez, participación, por lo que en esta relación indisoluble también se hace necesario entender qué es la democracia. Etimológicamente, “democracia” viene del griego *kratos*, poder, y *demos*, pueblo, dando como resultado el ya clásico significado de “gobierno del pueblo” (Hurtado Mosquera et al., 2016). En ese sentido, y siendo un gobierno del pueblo, se observa la ya mencionada indisolubilidad de participación-democracia, pues sería imposible gobernar sin la posibilidad de poder tomar parte de ese algo que se gobierna. Dentro de otras definiciones de democracia más recientes podemos encontrar la de Bobbio (como se cita en Hurtado Mosquera et al., 2016), en la que se establece que toda democracia requiere la existencia de tres *momentos*: el primero es que “los llamados a tomar las decisiones colectivas [sean] una parte muy elevada del grupo poblacional”; el segundo, que la “regla fundamental de la democracia es la de la mayoría” y, tercero, que “aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quienes deberán decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra” (p. 62).

Por su parte, al fenómeno de la participación también se le han endilgado una serie de características que la vinculan directamente con la idea de democracia. De este modo, se expresa que

estoda actividad de los miembros de una comunidad derivada de su derecho a decidir sobre el sistema de gobierno, elegir representantes políticos, ser elegidos y ejercer cargos de representación, participar en la definición y elaboración de normas y políticas públicas y controlar el ejercicio de las funciones públicas encomendadas a sus representantes. (Thompson, 2001, p. 84)

De estas definiciones dadas se observa la carga procedimental que se les impone a los dos conceptos, pues la democracia termina siendo un conjunto de procesos para la toma de decisiones y solución de múltiples controversias<sup>4</sup>. Esta cuestión, de una u otra manera, se presenta como un limitante para entender la democracia de una manera más amplia. Así, siguiendo a Castoriadis (1998), se puede afirmar que las visiones de democracia como un mero procedimiento les restan importancia a las reflexiones políticas que la entienden como un régimen político, en el que existen unos fines sustantivos y, de hecho, una visión de ser humano específica. De este modo, el fenómeno democrático y la participación inherente a este no pueden ser entendidos solamente desde la perspectiva del cumplimiento de procedimientos, verbigracia, para elección de representantes o para la promulgación de leyes específicas, sino que se debe ir más allá y entender la participación como un fenómeno amplio, que invita no solo a la hacer parte en el ámbito político –como se ha venido entendiendo, por ejemplo, con la Ley 1757 de 2015–, sino en las diferentes esferas de la sociedad, como bien lo dice nuestra Constitución Política en su artículo 2º.: “Son fines esenciales del Estado (...) facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.

Entendida de esta manera, la participación democrática es vista en este trabajo no solo como un principio político dirigido a la elección de representantes o el ejercicio de acciones tendientes al cambio y regulación del Estado, y la organización política, sino también como la posibilidad de *ser parte* activa de este como ciudadano y poder participar en todas las instancias, teniendo en cuenta criterios suficientes que permitan incluir a la “diversidad de sujetos, pueblos, orígenes y contextos, [buscando] reflejar la variedad y riqueza de etnias, lenguas, perspectivas y culturas (...)” (Thompson, 2001, p. 86).

Todas estas concepciones, si bien han sido desarrolladas desde ámbitos doctrinarios, también han sido ampliamente desarrolladas desde el ámbito jurisprudencial de la jurisdicción constitucional en cabeza de la Corte Constitucional. Así, podemos mencionar distintas sentencias en las que este concepto es definido. La Sentencia C-180 de 1994 establece que el fundamento de la participación democrática se encuentra en “los principios de pluralismo, tolerancia, protección de los derechos y libertades”, lo cual implica “(...) que el ciudadano puede participar permanen-

---

4 Véase Habermas (2005).

temente en los procesos decisorios no electorales (...); en consonancia con lo anterior, en la C-021 de 1996, la participación democrática es tomada como un principio constitucional que “no se agota en el terreno de las decisiones políticas y que (...) se extiende a los más diversos campos (...)”; por otra parte, la Sentencia T-637 de 2001 manifiesta que la democracia participativa<sup>5</sup> representa un cambio en la manera en cómo se entiende al ciudadano que integra el Estado, y añade que es “(...) una extensión del concepto de ciudadanía y un replanteamiento de su papel en una esfera pública que rebasa lo meramente electoral y estatal”.

Más recientemente, en la Sentencia C-150 de 2015, respecto a la participación, la Corte Constitucional estableció que entre los deberes que tiene el Estado colombiano frente a esta temática se encuentra “(...) el deber de implementar medidas que procuren optimizar el desarrollo de las diversas formas de participación (...) y, en consecuencia, la obligación de proteger el pluralismo (...)”; la C-379 de 2016 entiende que la participación democrática no es solo un derecho en cabeza de los ciudadanos, sino que, a voces del artículo 95-5 de la Constitución Política, también es un deber, pues se tiene la “(...) responsabilidad de hacerse presente en la dinámica social que involucra intereses colectivos”.

Por último, en la Sentencia C-065 de 2021 se insiste en el carácter no limitado de la participación, entendiendo que esta no se agota en el campo electoral, sino que debe permitirse el “acercamiento de la ciudadanía a las decisiones que en general afecten su vida”. En esa medida, es evidente el amplio desarrollo desde lo jurisprudencial con principios que tienen origen en el texto constitucional, estableciendo así una relación directa de la participación democrática como un derecho inherente de los ciudadanos con su carácter de deber de los mismos para la protección cultural y social propia del territorio en que ejercen dicha fuerza mediante los mecanismos establecidos o a través de la contratación estatal.

**Tabla.** Resumen sentencias

Sentencia	Tema
C-180 de 1994	Pluralismo, tolerancia, protección como fundamentos de la participación.
C-021 de 1996	Participación democrática extensiva.
T-637 de 2001	Extensión del concepto de ciudadanía
C-150 de 2015	Deberes del Estado frente a la participación
C-379 de 2016	Participación como deber en cabeza de los ciudadanos
C-065 de 2021	Participación en decisiones que afecten la vida del ciudadano

**Fuente:** elaboración propia.

<sup>5</sup> En este trabajo entenderemos “participación democrática” y “democracia participativa” como equivalentes.

De todos estos pronunciamientos se puede rescatar el carácter eminentemente amplio que asumió la categoría analizada. La democracia participativa implica que la misma estructura estatal se configure de tal forma que esta participación en sentido amplio pueda irradiarse en la totalidad de los ciudadanos, teniendo en cuenta el pluralismo y la igualdad, como ejes fundamentales del Estado social de derecho. Así las cosas, no bastará con modificar nuestras leyes para que la participación pueda –formalmente– estar en cabeza de todos, sino que se hace necesario aplicar una serie de enfoques que permitan realizar distinciones entre los diversos ciudadanos que componen el Estado, pues, pese a que todos sean iguales ante la ley, no es dable deducir que las situaciones fácticas sean las mismas. Habrá, de este modo, aspectos en los que tenga que intervenir el legislador –realizando las distinciones pertinentes mediante leyes– o el mismo juez constitucional –aplicando criterios de igualdad.

El campo de la contratación estatal, entonces, no tiene que ser ajeno a este fenómeno, y se hace necesario que también en él se apliquen las distinciones pertinentes, decantadas en enfoques, para que de esta manera se les permita participar a los grupos tradicionalmente excluidos que, con el advenimiento de la Constitución Política, pasaron a ser reconocidos por el Estado y la sociedad. Sobre este tema se profundizará en el tercer apartado de este escrito.

## EL ENFOQUE DIFERENCIAL

El término “enfoque” posee diversos significados, entre los que se encuentra la acción de “Dirigir la atención o el interés hacia un asunto o problema (...) para tratar de resolverlo acertadamente” (Real Academia Española, 2021). Tal definición cobra importancia en el contexto de un Estado social de derecho como el colombiano, en el que se ha dado un reconocimiento cada vez más amplio a las ideas de pluralismo, participación e igualdad, generando la protección de la “diversidad étnica y cultural de la Nación” a través de “medidas diferenciadas que reconozcan y afirmen los procesos identitarios (...)” (Arteaga, 2012, p.15). Este reconocimiento se circunscribe a lo que se ha denominado *enfoque de derechos*, el cual toma una serie de principios y deriva de ellos “acciones preferenciales y diferenciales hacia los grupos vulnerables o excluidos de la sociedad” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2021, p.15). Quiere decir lo anterior que se reconocen las situaciones de marginalización y vulnerabilidad de distintos grupos, y se establece el deber estatal de ejercer acciones positivas para lograr satisfacer las diferencias que se presentan al momento de ejercer los derechos.

Aquí la vulnerabilidad es identificada como “(...) una situación de desventaja en el ejercicio pleno de los derechos y las libertades. Los hechos ponen en evidencia que la vulnerabilidad distancia el ejercicio de los derechos de las personas más débiles de la sociedad (...)” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2021, p. 17). Dicho esto, el rol del Estado, a diferencia del Estado clásico li-

beral, pasa a ser más activo, pues se comprende que, ante la existencia de una vulnerabilidad, el ejercicio pleno de los derechos no puede ser posible sin la intervención del Estado, en procura de equilibrar las cargas negativas en cabeza de estas personas. Tal función activa se desprende de realizar hermenéutica constitucional, pues la misma Carta Magna se ha encargado de realizar ciertos reconocimientos que, a su vez, la Corte Constitucional ha ampliado y reforzado, dando cuenta de sujetos de especial protección constitucional (Forero-Salcedo, 2019).

Es precisamente en este contexto de trato diferenciado donde se inicia a hablar de la necesidad del *enfoque diferencial*<sup>6</sup>, como una manera más específica de ahondar en las problemáticas particulares de determinados sectores poblacionales: “confluyen la necesidad de reconocer y tener en cuenta la identidad, la diversidad y las diferencias individuales y de colectivos como titulares de derechos, con el fin de adoptar medidas que hagan real y efectiva la igualdad” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2021, p. 18). Por lo tanto —y como ya se dijo previamente— se constituyen obligaciones en cabeza del Estado de adoptar políticas públicas específicas para solucionar las diferencias que generan desigualdad y la imposibilidad de acceder a derechos en condiciones iguales. Al respecto, Figueroa et al. (2020) mencionan: “El Estado debe (...) generar condiciones que faciliten a las poblaciones más vulnerables un nivel de igualdad sustantiva con el resto de la población” (p. 232).

El enfoque no se limita únicamente a un intento de solucionar situaciones negativas a priori, sino que va un paso adelante y se instituye como un método de análisis que interpreta las realidades sociales de las personas afectadas por distintas razones, como puede ser el género, el sexo, la etnia, las creencias religiosas, políticas y, en general, cualquier característica especial. De ahí que ante la identificación de una vulneración se haga necesario tomar acciones tanto desde las políticas públicas, pasando por la promulgación o modificación de leyes, hasta la aplicación e interpretación que dan los jueces<sup>7</sup> sobre estas. De igual forma, el enfoque diferencial, en desarrollo de esa especificidad propia, se ha encargado de identificar distintas vulneraciones y, derivado de ello, distintas modalidades de enfoque que permiten abordar los temas problemáticos desde otras perspectivas. Así, existen enfoques diferenciales tales como étnico, *de género*, *de disca-*

---

<sup>6</sup> Tan aceptada ha sido esta categoría que varias entidades estatales hacen uso constante de ella, incluyéndola en las políticas y métodos que aplican en el ejercicio de sus funciones. Así, podemos encontrar trabajos como el del Ministerio de Salud y Protección Social (2021) o del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2020), que realizan análisis amplios de la categoría y sobre los cuales se recomienda su lectura.

<sup>7</sup> En materia judicial, tanto a nivel constitucional como civil, por ejemplo, se han comenzado a aplicar enfoques diferenciales para la toma de decisiones. Véase la Sentencia SC2719 de 2022 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en la que se aplica la perspectiva de género.

*pacidad, de ciclo de vida, campesino* (DANE, 2020), territorial, poblacional (Ministerio de Salud y Protección Social, 2021) y, en los casos en los que se presentan varias dimensiones de vulneración u opresión, se habla de *interseccionalidad* (Viveros, 2016). Definamos cada uno de ellos.

El *enfoque diferencial étnico* hace referencia a la protección especial que se les da a las poblaciones étnicas<sup>8</sup>, obligación que se desprende de la pluralidad y el multiculturalismo propio de la Constitución Política, así como de instrumentos internacionales<sup>9</sup>. Este

(...) [c]onlleva el conocimiento y reconocimiento de las identidades diferenciadas, individuales y colectivas, las cosmovisiones, usos, costumbres y tradiciones de las comunidades (...) propendiendo por la adopción de medidas afirmativas de acuerdo con los derechos colectivos y sus necesidades de inclusión social (...) (Ministerio de Salud y Protección Social, 2021, p. 23)

Podemos mencionar dentro de este enfoque y como sujetos de especial protección a las comunidades indígenas, negras, raizales, palenqueras, entre otras.

Por su parte, el *enfoque diferencial de género*<sup>10</sup> es definido como aquel que tiene en cuenta las distintas relaciones de poder que existen (De la Hoz et al., 2019) y los estereotipos que se crean con base en los idearios de género. En ese sentido, se parte de la idea de que sexo y género son categorías distintas, en la que esta última se sitúa como una construcción social (Unicef, 2017). Así las cosas, las distintas acciones desarrolladas por el Estado están dirigidas a la implementación de mecanismos que faciliten la eliminación de estereotipos dañinos y creen un ambiente de igualdad real para hombres y mujeres<sup>11</sup>.

El *enfoque diferencial de discapacidad* se refiere a la “necesidad de identificar y caracterizar a las personas con discapacidad y sus factores contextuales para contribuir a la visibilización de esta población y en la focalización de acciones afirmativas orientadas a la inclusión y garantía de sus derechos” (DANE, 2020, p. 19). Un ejemplo de la aplicación de este enfoque lo encontramos en

---

8 Sobre el concepto de grupos étnicos, Figueroa et al. (2020), citando a la ONU, expresa que es “Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyo miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque sólo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma”. (p. 234)

9 Verbigracia, el Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

10 Al respecto también se habla de *transversalidad de género*. En este escrito se hablará indistintamente de las dos categorías.

11 Para más información se recomienda leer la “Cartilla de Género” del Ministerio de Justicia (s. f.).

la promulgación reciente de la Ley 1996 de 2019<sup>12</sup>, la cual representó el reconocimiento general de la capacidad de las personas con discapacidad mayores de edad.

El *enfoque diferencial de ciclo de vida* se refiere a la diferenciación entre las distintas etapas que viven las personas a lo largo de su existencia, reconociendo el hecho de que en cada una de ellas los intereses, gustos, expectativas y relaciones cambian o pueden llegar a cambiar (Ministerio de Salud de Colombia, s. f.). Dentro de este tipo de enfoque podríamos mencionar las medidas dirigidas especialmente a los niños, niñas y adolescentes o a los adultos mayores, los cuales son sujetos de especial protección constitucional<sup>13</sup>.

Otro de los *enfoques diferenciales* que podemos abordar es el llamado poblacional, el cual puede ser entendido como una “orientación analítica que (...) les imprime características propias a los diferentes grupos poblaciones, los transforma y les permite generar o no condiciones de vida (...)” (García et al., 2013, p. 41). En ese sentido, se muestra como una especie de *macroenfoque*, pues dentro del concepto de población pueden incluirse multiplicidad de *categorías emergentes*<sup>14</sup> (Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Salud, 2012), sobre las cuales ya se han creado otros enfoques.

Por último, analicemos conjuntamente el *enfoque diferencial territorial* y el *enfoque diferencial campesino*, pues consideramos que ambos tienen una relación directa. El primero de ellos se refiere

(...) tanto a una aproximación de análisis –para lograr una mejor comprensión de los fenómenos que atraviesan el mundo rural– como a una propuesta de acción para reducir la pobreza rural, lo que posteriormente se ampliaría hacia la reducción de la desigualdad el avance hacia un desarrollo sostenible y con cohesión territorial (...) (Fernández et al., 2019, p. 16)

En vista de ello, la relación se hace evidente, pues el enfoque anteriormente definido tiene una especial incidencia en el mundo rural, de donde, precisamente, proviene el campesino como

---

12 Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad.

13 Véase, entre otras, T-252 de 2017, T-498 de 2018 o la reciente y ampliamente divulgada T-262 de 2022.

14 Al respecto este escrito identifica como categorías: i) *ciclo vital y generación*, incluyendo dentro de esta la niñez, la juventud, la adultez y la vejez; ii) *condiciones y situaciones*, incluyendo desplazados, personas con discapacidad y habitantes de calle; iii) *identidad y diversidad*, donde se incluyen etnias, género, diversidad sexual y al campesinado (Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Salud, 2012, p. 17).

titular de una protección diferenciada (Constitución Política, 1991, art. 64)<sup>15</sup>, tanto por la amplitud en los conflictos políticos por la tierra que se han presentado en el país, como por el olvido estatal al que se ha visto sometido.

Se observa, entonces, que los diversos *enfoques diferenciales* analizados tienen la finalidad de identificar problemáticas específicas y luego aplicar acciones estatales de distinta naturaleza para tratar de solucionarlas de la mejor manera posible. Es un hecho, de igual forma, que las obligaciones del Estado para con estos sujetos de especial protección deben verse reflejadas en distintos aspectos del ordenamiento jurídico, no solo desde el desarrollo de políticas públicas, sino también mediante la promulgación de leyes nuevas y la modificación de anteriores, que reflejen directamente las aplicaciones del enfoque sin la intervención del juez constitucional. Tal aspecto no es ajeno a los procesos de contratación pública, en los que la aplicación de enfoques también se hace necesaria para un acceso real a la igualdad material de las partes que participan en los procesos.

## LA CONTRATACIÓN ESTATAL DESDE EL ENFOQUE DIFERENCIAL

El Estado tiene una amplia gama de fines que debe satisfacer, para lo cual debe realizar actuaciones que permitan concretizarlos en la vida real. Una de las ramas del Estado encargada, precisamente, de *ejecutar* esas finalidades es la Administrativa, la cual desarrolla una serie de actividades que se manifiestan a través “(...) de actos jurídicos y de operaciones materiales” (Fandiño, 2014, p. 11), encontrándose dentro de las primeras –entre otros– el fenómeno del contrato estatal.

En este contrato concurren una serie de elementos comunes a todos los contratos en general, pero al tiempo se establece una diferencia fundamental, siendo necesariamente que uno de los sujetos contractuales tiene que ser una entidad estatal<sup>16</sup>. Así las cosas, vemos que el Estado tiene una incidencia directa en los procesos de contratación estatal, por lo cual ha regulado

---

15 “Artículo 64. Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los *trabajadores agrarios*, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos”. (Cursiva propias).

16 Entre los elementos para configurar un contrato estatal podemos mencionar, siguiendo a Bahamón-Jara (2018): i) la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o cualquier otra contraprestación que esté dirigida a la satisfacción del interés general de la población; ii) la participación de una entidad estatal; iii) la naturaleza del contrato es adhesiva, al ser el Estado el que elabora las cláusulas unilateralmente; iv) la subordinación de la autonomía de la voluntad y la igualdad de partes al interés público.

ampliamente el ejercicio de esta a través de múltiples leyes, entre la que podemos mencionar la Ley 80 de 1993 como uno de los más importantes ejemplos.

Esta ley establece una serie de principios que guían el ejercicio de la contratación, fundamentados en la Constitución Política de 1991. De este modo, el artículo 209 establece, dentro de las funciones de la Administración, que la misma está al servicio del interés general y se desarrolla siguiendo los principios de “igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad”. Quiere decir lo anterior que la normativa principal sobre la contratación estatal, esto es, la Ley 80 de 1993, debe “interpretarse a partir de los principios de orden constitucional y normativo que orientan su contenido” (Fandiño, 2014, p. 133). Así, se invita no solo a tener en cuenta los principios consignados en el artículo 209 superior y los que reza el artículo 23 del Estatuto General de la Contratación (transparencia, economía y responsabilidad), sino todos los demás consignados en la Carta del 91, pues esta irradia una fuerza vinculante que atañe a todas las instituciones del Estado.

De aquí se desprende, entonces, que los *enfoques diferenciales*, en cualquiera de sus categorías, pueden y **deben** ser aplicados dentro de tal normativa, pues son estos los que permiten una materialización de los principios constitucionales. Ya lo dijo la Corte Constitucional en la Sentencia T-070 del 19 de marzo de 2021: el reconocimiento dado en el artículo 7 de la Constitución implica

(...) un deber de no discriminación, en razón a la pertenencia a determinada comunidad, un deber positivo de protección por parte del Estado, y por último, un mandato de promoción, en virtud de la discriminación a la cual estas comunidades étnicas fueron sometidas.

Este *mandato de promoción* no es más que la aplicación de los respectivos enfoques, que permiten –añade la misma sentencia– “proponer un tratamiento adecuado y diferente respecto de los demás, que se encamine a la protección integral de las garantías constitucionales (...)”.

Claro está, entonces, que es la Constitución misma la que invita a la aplicación constante de los enfoques, y el legislador no puede ser ajeno a esto, por lo cual se han promulgado múltiples leyes y modificado otras en las que la tendencia está en aplicar el *enfoque diferencial* en la contratación pública, específicamente en lo que tiene que ver con los sujetos (particulares) que pueden llegar a contratar con el Estado dentro de estos procesos. Identifiquemos algunos de los aportes más importantes en ese sentido.

El primer ejemplo de este lo podemos encontrar en la Ley 1618 de 2013<sup>17</sup>, la cual establece un conjunto de medidas para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. En ese sentido, se observa que el artículo 13 establece el derecho al trabajo, dejando claro que la efectividad de este depende de la “igualdad de oportunidades, equidad e inclusión”. Para la materialización de esto se ordena al Gobierno nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expedir un decreto reglamentario que establezca “(...) *una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa (...)*” y, además, coloca en cabeza del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal la obligación de expedir un decreto reglamentario en el que se establezca “un sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad”.

Este decreto reglamentario fue expedido posteriormente en 2018<sup>18</sup> y realiza modificaciones al Decreto 1082 de 2015, en las que se estableció que en los procesos de licitación pública y concurso de méritos

las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal. (Decreto 392 de 2018, art. 1)

Pues bien, esta es una aplicación clara del *enfoque diferencial de discapacidad*, pues se entrega un trato diferencial o beneficio a quienes acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad, logrando, de esta manera, que las empresas que activamente los contraten puedan acceder al beneficio de puntos establecido por la norma.

Por otra parte, encontramos la Ley 1955 de 2019, “Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, el cual en su artículo 229 establece una “Calificación diferenciada en compras públicas de alimentos”, que se refleja en el hecho de que las entidades públicas descentralizadas del orden nacional y las territoriales, en los procesos que requieran alimentos, deberán establecer en los pliegos de condiciones “puntajes adicionales y estrategias de ponderación que mejoren las calificaciones de los proponentes cuando presenten contratos de proveeduría suscritos con productores nacionales”, y posteriormente añade que “podrá establecerse un diez por ciento (10 %) de puntaje adicional a los *proveedores que realicen el suministro que se pretenda contratar vinculando*

---

17 Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

18 Decreto 392 de 2018. Por el cual se reglamentan los numerales 1 y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad.

*pequeños productores*”. Esta normativa también fue reglamentada por el Decreto 248 de 2021, que establecen en el capítulo 2 el esquema de puntajes adicionales.

Observando la redacción de esta ley y su decreto podemos detectar un segundo *enfoque diferencial*, esto es, el de *campesino*, pues se beneficia a las entidades que se provean con productores nacionales, aumentando tal beneficio cuando se da cuenta de la presencia de *pequeños productores*.

Siguiendo con este bosquejo normativo, la Ley 2069 de 2020 en sus artículos 34 y 35 realiza modificaciones a los procesos de contratación estatal, estableciendo, por un lado, la posibilidad de que se adopten convocatorias limitadas a las Mipymes<sup>19</sup> (micros, pequeñas y medianas empresas) –en lo que podríamos denominar un *enfoque diferencial económico*<sup>20</sup>–, pues se le brinda la posibilidad a empresas económicamente menos desarrolladas de poder participar en los procesos de contratación frente a los cuales, si compitieran con empresas grandes –en una aplicación de la igualdad en sentido estricto–, no podrían ofrecer sus servicios al estar en situación de desventaja. Por otro lado, el artículo 35 establece como factor de desempate, entre otros, el hecho de que la propuesta provenga de “mujer cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar (...) o de un proponente plural constituido por mujeres cabeza de familia, mujeres víctimas de violencia intrafamiliar” (...).

Se observa así que en esta ley hay, además del enfoque diferencial previamente referenciado, un segundo enfoque: el de *género*. De este modo, las mujeres que cumplan con determinados presupuestos definidos por la ley serán preferidas por encima de otros sujetos de la población en los casos en los que se presente empate, vislumbrándose claramente la aplicación de un trato diferenciado por razón de ser una población especialmente vulnerable.

Por último, la más reciente ley es la 2160 de 2021<sup>21</sup>. En ella se avanza en la aplicación del *enfoque diferencial étnico* al reconocer, primero, a los “Cabildos indígenas, las asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas [y] los consejos comunitarios de las comunidades negras (...)” y, segundo, al establecer que la modalidad de contratación directa procederá únicamente –entre otros casos– cuando los contratos o convenios que las entidades estatales suscriban con los cabildos indígenas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas, cuyo objeto esté

---

19 Ya el Decreto 1082 de 2015 consagraba esta posibilidad en su artículo 2.2.1.2.4.2.2.

20 Al respecto Gómez et al. (2019, p. 204) recuerdan que la Ley 80 de 1993, artículo 20 y 21, y la Ley 816 de 2003 establecen tratos diferenciados a los contratistas de origen nacional frente a los extranjeros, cuestión que se suma, necesariamente, al enfoque económico aquí referenciado.

21 Por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

relacionado con el fortalecimiento del Gobierno Propio, la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y/o la garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas. (Ley 2160 de 2021, art. 2)

En esa medida se observa que el *enfoque diferencial étnico* tiene su concreción en el reconocimiento de la capacidad de estas asociaciones especiales de participar en la contratación pública y, segundo, en la posibilidad de que la contratación directa –medio de contratación exceptivo<sup>22</sup>– se pueda realizar con estos.

En concordancia con lo anterior, el enfoque diferencial étnico es uno de los aspectos que el estado ha trabajado para que sea de conocimiento público, creando herramientas como “La cartilla con enfoque diferencial para incentivar y fortalecer el acceso al sistema de compras y contratación pública de los pueblos y comunidades étnicas en Colombia”, como resultado de la Ley 2294 de 2023, por medio de la cual se promueve el fortalecimiento de las instituciones bases en las comunidades étnicas e indígenas, teniendo la capacidad de participar, e incluso de manera contractual, en procesos públicos, la planeación la ejecución y el seguimiento de cada uno de los proyectos que son resultado del rubro asignado a estas comunidades. Lo anterior no es solo por la voluntad de cumplimiento del Estado, sino también en concordancia con lo establecido en el Auto 092 de 2008 preferido por la Corte Constitucional, en el que se incentiva la participación de las mujeres, niñas, adolescentes, adultas mayores desplazadas por el conflicto armado y otros sujetos de especial protección constitucional reforzar la prevención de la vulneración sistemática de los derechos fundamentales a lo largo del territorio nacional, ordenando de manera directa la elaboración de este material y la difusión del mismo<sup>23</sup>.

Por otro lado, existe un enfoque diferencial que no se ha mencionado anteriormente en este documento pero que permite el reconocimiento del esfuerzo de las generaciones emprendedoras en Colombia establecido en la Ley 2069 de 2020, más conocida como la Ley de Emprendimiento, reglamentada por el Decreto 1860 de 2021, en el que se modifica el sistema de compra y contratación estatal para la inclusión de las nuevas empresas pequeñas y medianas dentro del mercado. Este tiene como propósito principalmente eliminar todos los obstáculos que impedían la

---

22 Al respecto Fandiño (2014) expresa que “La contratación directa se puede definir como una modalidad de selección de carácter excepcional por medio del cual se les otorga a las entidades estatales la potestad de elegir al contratista sin llevar a cabo procesos públicos de selección (...) sino eligiéndolo de conformidad con unos criterios de selección objetiva” (p. 294).

23 <https://www.colombiacompra.gov.co/content/cartilla-con-enfoque-diferencial-para-incentivar-y-fortalecer-el-acceso-al-sistema-de-compras-y-contratacion-publica-de-los-pueblos-y-comunidades-etnicas-en-colombia>, 6 de diciembre de 2023, Agencia Nacional De Contratación - Colombia Compra Eficiente, Subdirección de Gestión Contractual.

participación de empresas conocidas como Pymes y Mipymes en los procesos de contratación pública, enfocándose así en la erradicación de dichos obstáculos que aunado a lo anterior se debieron reglar mediante el Decreto 142 de 2023<sup>24</sup>.

## CONCLUSIONES

La participación democrática, gracias a la Constitución de 1991 y a los instrumentos internacionales, tuvo una ampliación frente a lo que debía ser entendida como tal, no limitándose solo a procedimientos, sino a una participación sustantiva que implica un *hacer parte de* los distintos entornos de la sociedad. De este modo, y en desarrollo de la igualdad y el pluralismo, han aparecido una serie de *enfoques diferenciados* que propenden por una materialización de los derechos al reconocer las vulneraciones que han sufrido históricamente distintos grupos poblacionales. Tales enfoques, mencionados en este trabajo, aplican tratos diferenciados para intentar equilibrar la balanza previamente afectada, de modo que el ejercicio de participación democrática en los múltiples estadios de la sociedad sea posible.

Tal proceso de constitucionalización y aplicación de enfoques no es ajeno a la contratación estatal, pues se ha implementado una serie de normativas que aplican los *enfoques diferenciados*, ayudando a la materialización de los derechos de los posibles contratistas con el Estado y favoreciendo una integración más democrática en este tipo de procesos. Si bien es cierto que aún falta mucho más camino por recorrer, la realidad demuestra que se está avanzando en la materia y cada día se normalizan más estos tratos diferenciados para cierto tipo de poblaciones que lo merecen.

Ahora bien, no deja de observarse que algunos enfoques aún no se han visto aplicados dentro de los trámites de contratación estatal<sup>25</sup>, por lo cual será labor del legislador trabajar en pro de

---

24 Guía para promover la participación de las Mipymes en los procesos de compra y contratación Pública. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente 2024.

25 Cabe señalar en este punto que hay algunos rastros incipientes de la cuestión. Así, el artículo 2.2.1.2.4.2.3. del Decreto 1082 de 2015 establece las denominadas “Limitaciones territoriales”, en las que se expresa que se puede limitarse la convocatoria de Mipymes a los departamentos y municipios donde se realizará la obra. Tal cuestión nos parece muy cercana al denominado *enfoque territorial*, pues la norma –entendemos– busca que el beneficio de la ejecución del tipo de contrato favorezca al territorio en específico, fomentando el desarrollo de este. Pese a lo anterior, también es cierto que hace falta una mayor explicitación del mismo, pues autores como Gómez et al. (2019) afirman que tal limitación “puede llegar a ser inconstitucional por la vulneración del principio de libre concurrencia (...)” (p. 206).

Igualmente, la Ley 1930 de 2018 establece un enfoque diferencial *poblacional* para los habitantes de los páramos, de modo que se tengan en cuenta al momento de desarrollar proyectos que tengan que ver con esta

la consecución de este objetivo, de modo que los mandatos constitucionales se vean realizados en esta área del derecho. Asimismo, frente a los enfoques que ya se están aplicando hay que tener en cuenta el criterio de la interseccionalidad, mencionado tangencialmente dentro de este trabajo, pues es un hecho de que dentro de la población civil existen situaciones en las que los factores de afectación que se presentan en una persona o grupo específico son varios. De este modo, el Estado y la legislación sobre la contratación estatal también deberán poner énfasis en el tratamiento dado en estos casos.

Adicionalmente, también es necesario mencionar que, pese a la ampliación reciente de los sujetos de la contratación estatal (Ley 2160 de 2022), se hace necesario una intervención mayor del Estado con el fin de lograr el empoderamiento de estos grupos. Por un lado, para que puedan participar en los procesos de contratación *directamente*, requiriéndose la cualificación de los sujetos en torno a la contratación estatal, lo que implica necesariamente brindar herramientas educativas especiales y adaptadas a estas poblaciones. Por otro, para que al momento de la ejecución contractual de los bienes, obras o servicios objeto del contrato, tal ejecución sea realizada siguiendo los criterios constitucionales y legales, así como los parámetros técnicos que permitan ver a estos sujetos como contratistas idóneos.

En suma, es imperativo reconocer la labor desarrollada por el Estado, generando herramientas que buscan de manera efectiva establecer el camino correcto para aplicación del enfoque diferencial en materia de contratación pública, contribuyendo así a la autodeterminación de los pueblos y el fortalecimiento de su autogestión.

Para finalizar, podemos decir que los *enfoques diferenciales* son la herramienta que permite la participación democrática en los procesos de contratación estatal, que se entienden también afectados por la principalística constitucional y demás instrumentos internacionales sobre el tema, ampliando el alcance y garantizando la eliminación de causas que pongan en desventaja a ciertos sectores frente a otros.

## REFERENCIAS

Acosta-López, J. y Duque-Vallejo, A. (2008). Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma ius cogens? *International Law: Revista colombiana de derecho internacional*, VI(12), 13-34. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13917>

---

temática. Así, es posible que en determinados escenarios de la contratación pública sea necesario tener en cuenta dicho criterio para poder llevar a cabo la contratación y el diseño del pliego de condiciones.

- Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Salud. (2012). *Reflexiones sobre el enfoque poblacional*. Bogotá: Oficina Asesora en Comunicaciones en Salud. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/Reflexiones%20sobre%20el%20enfoque%20poblacional.pdf>
- Arteaga, B. (2012). El enfoque diferencial: ¿una apuesta para la construcción de paz? En B. Arteaga, O. Andrade y D. Walteros, *Identidades, enfoque diferencial y construcción de paz* (pp. 15-40). [https://www.utadeo.edu.co/sites/tadeo/files/node/wysiwyg/pdf\\_identidades\\_enfoque\\_diferencial\\_y\\_construccion\\_de\\_paz\\_.pdf](https://www.utadeo.edu.co/sites/tadeo/files/node/wysiwyg/pdf_identidades_enfoque_diferencial_y_construccion_de_paz_.pdf)
- Bahamón-Jara, M. (2018). Contratación estatal. En M. Bahamón-Jara, *Elementos y presupuestos de la contratación estatal* (pp. 15-42). Universidad Católica de Colombia.
- Bailón, M. (2009). Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales. *Derechos Humanos México*, 12, 103-128.
- Ballesteros, A. y Zambrano, D. (2023) Cartilla con enfoque diferencial para incentivar y fortalecer el acceso al sistema de compras y contratación pública de los pueblos y comunidades étnicas en Colombia. Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente.
- Berlin, I. (2005). *Dos conceptos de libertad*. Alianza Editorial.
- Bonet de Viola, A. M. (2016). Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB*, 46(124), 12-32. <https://doi.org/https://doi.org/10.18566/rfdcp.v46n124.a02>
- Carrillo, Y., Flórez Muñoz, D. y Perona, R. (2018). *Constitucionalismo y filosofía constitucional*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Castoriadis, C. (1998). La democracia como procedimiento y como régimen. En C. Castoriadis, *El ascenso de la insignificancia*. Universitat de València.
- Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América. (1776). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/22.pdf>
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)
- De la Hoz, K., Machado, M. y Mejía, J. (2019). El enfoque de género dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. *Justicia*, 24(36), 1-16. <https://doi.org/10.17081/just.24.36>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2020). *Guía para la inclusión del enfoque diferencial e interseccional*. Colombia. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/genero/guia-inclusion-enfoque-difencias-intersecciones-produccion-estadistica-SEN.pdf>
- Fandiño, J. (2014). *La contratación estatal*. Leyer Editores.

- Fernández, J., Fernández, M. y Soloaga, I. (2019). *Enfoque territorial y análisis dinámico de la ruralidad: alcances y límites para el diseño de políticas de desarrollo rural innovadoras en América Latina y el Caribe*. Ciudad de México: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44905/1/S1900977\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44905/1/S1900977_es.pdf)
- Figuerola, I., Palacio, P. y Amado, A. (2020). El enfoque diferencial étnico y el deber de la consulta previa en el acuerdo de paz. *Opinión jurídica*, 19(38), 227-244. <https://doi.org/https://doi.org/10.22395/ojum.v19n38a11>
- Forero-Salcedo, J. (2019). Derechos humanos, enfoque diferencial y construcción de paz. Breves reflexiones desde una visión constitucional. *Saber, ciencia y libertad*, 14(1), 48-55. <https://doi.org/https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2019v14n1.5204>
- García, S., Díaz-Hernández, T., Rozo-Lesmes, Romero, P., Ruiz-Varón, E. y Santacruz, M. (2013). El enfoque poblacional: reflexiones para su implementación. *Investigaciones en Seguridad Social y Salud*, 15(1), 39-48. <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2018/12/967990/invest-seg-social-15-1-enfoque-poblacional.pdf>
- Gómez, I., Castro, J., Robayo, M., Gaona, S., Velandia, D., Piscioti, E., ... Moreno, S. (2019). El derecho de la contratación pública en Colombia (3ª. ed.). Legis.
- Habermas, J. (2005). Tres modelos normativos de democracia. *Polis*, 10, 1-8. <https://journals.openedition.org/polis/7473>
- Hurtado Mosquera, J. y Hinestroza Cuesta, L. (2016). La participación democrática en Colombia: un derecho en evolución. *Justicia Iuris*, 12(2), 59-76.
- Ministerio de Justicia de Colombia. (s. f.). *Cartilla de Género*. Colombia. <https://www.minjusticia.gov.co/programas-co/conexion-justicia/Documents/caja-herramientas-genero/Cartilla%20G%C3%A9nero%20final.pdf>
- Ministerio de Salud de Colombia. (s. f.). *ABECÉ Enfoque de Curso de Vida*. Colombia. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ABCenfoqueCV.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2021). *Enfoque diferencial: origen y alcances*. Colombia. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/enfoque-diferencial-origen-alcances.pdf>
- Pineda Camacho, R. (1997). La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia. *Alteridades*, VII(14), 107-129. <https://www.redalyc.org/pdf/747/74745549008.pdf>
- Solís, B. (2006). Evolución de los Derechos Humanos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 77-99. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf>
- Thompson, J. (2001). Participación, democracia y derechos humanos: Un enfoque a partir de los dilemas de América Latina. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 34-35, 80-103.
- Tunnermann, C. (1997). *Los derechos humanos: evolución histórica y reto educativo* (2ª. ed.). Unesco.

Unicef. (2017). *Comunicación, infancia y adolescencia: Guías para periodistas - Perspectiva de género*.  
[https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-1\\_Perspectiva-Genero\\_WEB.pdf](https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-1_Perspectiva-Genero_WEB.pdf)

Viveros, M. (2016). La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación. *Debate Feminista*, 52(1), 1-17. <https://doi.org/https://doi.org/10.1016/j.df.2016.09.005>

#### Normativa

Constitución Política de Colombia. 20 de julio de 1991. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. *Diario Oficial* n°. 41.094. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html)

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. 16 de julio de 2007. *Diario Oficial* n°. 46.691. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1150\\_2007.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html)

Ley 1618 de 2013. Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. 27 de febrero de 2013. *Diario Oficial* n°. 48.717. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1618\\_2013.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1618_2013.html)

Ley 1757 de 2015. Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática. 6 de julio de 2015. *Diario Oficial* n°. 49.565. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1757\\_2015.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1757_2015.html)

Ley 1930 de 2018. Por medio de la cual se dictan disposiciones para la gestión integral de los páramos en Colombia. 27 de julio de 2018. *Diario Oficial* n°. 50.667. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1930\\_2018.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1930_2018.html)

Ley 1955 de 2019. Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”. 25 de mayo 2019. *Diario Oficial* n°. 50.964. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1955\\_2019.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019.html)

Ley 1996 de 2019. Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. 26 de agosto 2019. *Diario Oficial* n°. 51.057. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1996\\_2019.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1996_2019.html)

Ley 2069 de 2020. Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia. 31 de diciembre de 2020. *Diario Oficial* n°. 51.544. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_2069\\_2020.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2069_2020.html)

Ley 2160 de 2021. Por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. 25 de noviembre de 2021. *Diario Oficial* n°. 51.869. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_2160\\_2021.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2160_2021.html)

Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. <https://www.dnp.gov.co/normativas/decreto-%C3%BAnico-reglamentario-1082-de-26-de-mayo-2015>

Decreto 392 de 2018. Por el cual se reglamentan los numerales 1, y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad. 26 de febrero de 2018. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=85399>

Decreto 1860 de 2021. Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin reglamentar los artículos 30, 31, 32, 34 y 35 de la Ley 2069 de 2020, en lo relativo al sistema de compras públicas y se dictan otras disposiciones. 24 de diciembre de 2021. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=175187>

Decreto 142 de 2023. Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional para promover el acceso al sistema de Compras Públicas de las Mipymes, las Cooperativas y demás entidades de la economía solidaria, se incorporan criterios sociales y ambientales en los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales, se incluye el Título de emprendimiento comunal y se dictan otras disposiciones. 1 de febrero de 2023. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=244816>

## Sentencias

Sentencia C-180 de 1994. (14 de abril de 1994). Corte Constitucional. MP Hernando Herrera Vergara. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-180-94.htm>

Sentencia C-021 de 1996. (21 de enero de 1996). Corte Constitucional. MP José Gregorio Hernández Galindo. <https://bit.ly/3Mxj1C3>

Sentencia T-637 de 2001 (15 de junio de 2001). Corte Constitucional. MP Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-637-01.htm>

Sentencia C-150 de 2015 (8 de abril de 2015). Corte Constitucional. MP Mauricio González Cuervo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-150-15.htm>

Sentencia C-379 de 2016 (18 de julio de 2016). Corte Constitucional. MP Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>

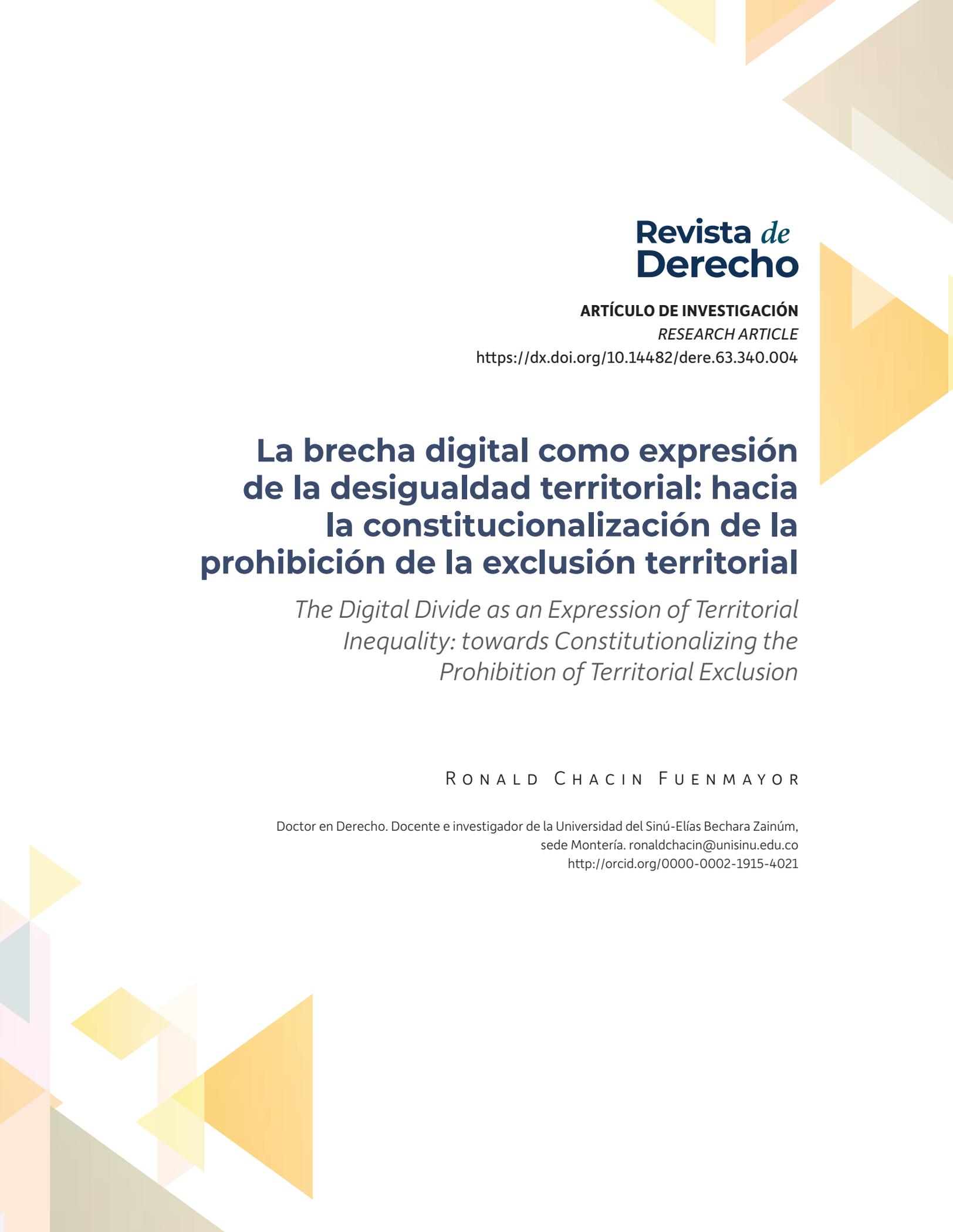
Sentencia T-252 de 2017 (26 de abril de 2017). Corte Constitucional. MP Iván Humberto Escruce Mayolo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-252-17.htm>

Sentencia T-468 de 2018 (7 de diciembre de 2018). Corte Constitucional. MP Diana Fajardo Rivera. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-468-18.htm>

Sentencia C-065 de 2021 (18 de marzo de 2021). Corte Constitucional. MP Jorge Enrique Ibáñez Najar.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-065-21.htm>

Sentencia T-070 de 2021 (19 de marzo de 2021). Corte Constitucional. MP Diana Fajardo Rivera. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-070-21.htm>

Sentencia T-262 de 2022 (15 de julio de 2022). Corte Constitucional. MP José Fernando Reyes Cuartas.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-262-22.htm>



**Revista *de*  
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.63.340.004>

# **La brecha digital como expresión de la desigualdad territorial: hacia la constitucionalización de la prohibición de la exclusión territorial**

*The Digital Divide as an Expression of Territorial  
Inequality: towards Constitutionalizing the  
Prohibition of Territorial Exclusion*

RONALD CHACIN FUENMAYOR

Doctor en Derecho. Docente e investigador de la Universidad del Sinú-Elías Bechara Zainúm,  
sede Montería. [ronaldchacin@unisinu.edu.co](mailto:ronaldchacin@unisinu.edu.co)  
<http://orcid.org/0000-0002-1915-4021>

## Resumen

La desigualdad en virtud del territorio es un factor que genera exclusión en la satisfacción de derechos de los habitantes de las zonas vulnerables o marginadas, como es el caso del acceso a las tecnologías digitales, lo que se constata en varias partes del mundo, Latinoamérica y, por supuesto, Colombia. Este estudio persigue demostrar cómo la desigualdad territorial es definitivamente un factor de discriminación que merece prohibirse jurídica y expresamente como otros que ya lo están: raza, religión, afiliación política, ideológica, sexo, condición económica, entre otros. Se utiliza el fenómeno de brecha digital para constatar tal situación, por cuanto las diferencias en el acceso a las tecnologías, especialmente las más recientes como el Internet y sus distintas modalidades, son generadas, entre otras causas, por las diferencias entre territorios vulnerables y los más aventajados. Para el logro del objetivo se manejará la categoría igualdad, discriminación en general, luego la discriminación territorial y, por último, la brecha digital, haciendo referencias a varios países, entre los que se incluye Colombia. Se demuestra la correlación territorio y desigualdades tecnológicas que contribuyen a reforzar la tesis de prohibición constitucional y normativa en general del territorio como factor de discriminación.

### PALABRAS CLAVES

Igualdad, discriminación, desigualdad territorial, brecha digital.

## Abstract

Inequality territory is a factor that generates exclusion in the satisfaction of the rights of the inhabitants of vulnerable or marginalized areas, as is the case of access to digital technologies, which is verified in various parts of the world, Latin America and of course Colombia. The study aims to demonstrate how territorial inequality is a factor of discrimination that deserves to be legally and expressly prohibited like others that already are: race, religion, political affiliation, ideological, sex, economic condition, among others. The phenomenon of the digital divides is used to verify this situation, since the differences in access to technologies, especially the most recent ones such as the Internet and its different modalities, are generated, among other causes, by the differences between vulnerable territories and the most advantaged ones. To achieve the objective, the category equality, discrimination in general, then territorial discrimination and finally the digital divide will be managed, making references to several countries, including Colombia. The correlation of territory and technological inequalities contributes to reinforce the thesis of constitutional and normative prohibition in general of the territory as a factor of discrimination is demonstrated.

### KEYWORDS

Equality, discrimination, territorial inequality, digital divide.

## INTRODUCCIÓN

El territorio es relevante, el área en que se habita, sean países, departamentos, municipios y hasta barriadas es un espacio donde se relacionan de manera grupal e individual las aspiraciones y necesidades sociales, económicas, culturales, jurídicas y, obviamente, la satisfacción o no de las mismas.

Como es harto conocido, existen territorios más desarrollados, menos relegados en las políticas públicas y, por otra parte, otros marginados, excluidos de medios de satisfacción de necesidades y derechos, incluso básicos. Lo que hace evidente que es un factor de exclusión, pero a pesar de esto, desde un punto de vista constitucional no es un aspecto prohibido expresamente, como sí lo son otros que atentan contra la igualdad y no discriminación, como el sexo, la raza, la religión, la condición económica, la afiliación política, la ideología, la filosofía, la edad, entre otros, tal como lo prevén las constituciones democráticas del mundo occidental, como la de Colombia, y tratados internacionales relevantes como la Convención Universal de Derechos Humanos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

Se hace pertinente poner más en evidencia la exclusión territorial sobre grupos y habitantes de un territorio para contribuir a la prohibición normativa referida; este trabajo quiere contribuir con ello mediante el análisis de la categoría discriminación territorial, hecho social e individual que afecta el acceso a satisfacción de intereses, necesidades, servicios y, en consecuencia, derechos, donde el territorio es un factor determinante, al igual que otros como la condición económica, la edad, el nivel educativo, etc.

La brecha digital, según los expertos, tiene varias dimensiones en cuanto a las diferencias tecnológicas: acceso, competencia, motivación y aprovechamiento. A los efectos de este análisis, se considerará, a modo de simplificación, uno de los indicadores relevantes como lo es el acceso a las tecnologías, concretamente, el internet y sus aplicaciones.

La metodología transita entre lo exploratorio y descriptivo; para ello se hace una investigación bibliográfica, consistente en indagación documental de doctrina sobre igualdad, discriminación, exclusión territorial y brecha digital; con respecto a esta última se refieren varios trabajos realizados con información de varios países, como España, Argentina y, obviamente, Colombia, donde también se incluyen relaciones jurídicas referidas a normas e incluso jurisprudencia.

Finalmente, para el logro del fin perseguido, este trabajo ha sido dividido en cuatro partes fundamentales: la igualdad y discriminación, la desigualdad territorial, la brecha digital en general y, por último, referencias de este fenómeno en los países señalados, donde destaca especialmente Colombia.

## IGUALDAD

La igualdad, como una exigencia de justicia, es un concepto de gran importancia no solo en el ámbito jurídico, sino en la ciencia política, en la sociología, en la economía y otras ciencias, por significar una posición humanizante de los fenómenos sociales. La historia no ha sido la excepción, es así como la igualdad ha sido el impulso o justificación de cambios sociales, económicos y culturales, como la extensión de derechos a todos los seres humanos, independientemente de su condición social, económica, raza, sexo, ideología, religión, entre otros aspectos.

Está muy interrelacionada la igualdad con la justicia; esta última se considera como el valor más sublime del derecho, constituye su norte, y el mismo está integrado, a su vez, por otros valores como la libertad, la seguridad jurídica, el bien común, la solidaridad, la dignidad humana y la igualdad. La idea de justicia se asume como la correcta distribución de cargas y beneficios en la sociedad, y para ello, esta distribución tiene que ser igual para todos, es decir, la igualdad es un requerimiento de la justicia, indiferentemente de los elementos por distribuir: salarios, bienes, servicios, derechos, deberes, prestaciones individuales o sociales (Ross, 1963 y Rawls, 1995).

El maestro escandinavo Ross advierte sobre la igualdad absoluta; si todos deben ser tratados de la misma manera independientemente de la circunstancia o situación en que se encuentren, su estado civil, si es niño o adulto, si es culpable o no de asesinato, entonces, esto no consistiría en igualdad ni justicia. La igualdad, para que sea verdadera, justa, debe considerar cada una de estas distinciones, de lo contrario, el trato igualitario no sería relevante para ser considerado un valor o principio jurídico. Igualdad y, por lo tanto, justicia, siguiendo a Ross (1963), significa que nadie de forma arbitraria, es decir, sin justificación razonable para ello, sea tratado de manera distinta al trato que se le brinda a cualquier otra persona.

## SOBRE LA DISCRIMINACIÓN COMO ESENCIA DE LA IGUALDAD

Es por ello que dentro del concepto mismo de la igualdad es inherente la no discriminación, es decir, que nadie de manera injustificada sea tratado de forma diferente, o sea, se utilicen criterios que no son relevantes sino excluyentes o relegatorios, como raza, sexo, religión, condición social y económica, ideas políticas o filosóficas, entre otros, prohibidos en tratados internacionales y en las constituciones de la mayoría de los Estados con formas de gobierno democráticas como Colombia.

La discriminación consiste en dar un trato de inferioridad y diferenciación a una persona o grupo de personas por razones como raza, sexo, religión, preferencia política y edad; es diferenciar, excluir, en el sentido de limitar los derechos y libertades (Rodríguez Zepeda, 2007).

En este sentido, la discriminación se interpreta como una limitación injusta a las personas en cuanto a sus libertades y protecciones fundamentales, a la participación social y política y a un sistema de bienestar adecuado a sus necesidades” (Rodríguez Zepeda, pp. 65-66).

La ausencia de discriminación es garantía de igualdad, en efecto, el artículo 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece que:

Todos [los seres humanos] son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Por ello es muy relevante la afirmación del artículo “... sin distinción alguna...”, es decir, sin discriminar o tratar de manera inferior a ningún ser humano.

Rodríguez Zepeda (2007) insiste en la existencia de un elemento sustancial de la discriminación, consistente en el desprecio, estigma o prejuicio negativo culturalmente formado, sistemático y extendido, que genera un trato inmerecido y por consiguiente, una desventaja que tiene como consecuencia de manera deliberada o no, lesionar derechos y libertades fundamentales.

El derecho a la no discriminación es individual, pero destaca en muchos casos el elemento colectivo de la discriminación, porque existen grupos o personas de ciertos grupos especialmente vulnerables o susceptibles de actos de discriminación, ser rechazados y limitadas sus libertades fundamentales.

La distinción o trato inferior tiene que ser injustificado (Ross, 1963) por ejemplo, en el caso de un grupo de delincuentes condenados, según la ley pueden tener limitaciones a su libertad y derechos políticos, o la persona que es rechazada en un trabajo no por ningún prejuicio, sino que no se ajusta al perfil buscado o no tiene la competencia para el cargo. En esos casos, la distinción no es discriminación, por ser justificada.

Dentro de los tipos de igualdad se parte de la igualdad formal y la igualdad material; desarrollando ambos tipos se tiene que la igualdad formal hace referencia a la igualdad ante la ley, como exigencia de la generalidad del derecho, toda persona debe ser tratada de manera igual, en las mismas circunstancias, por la exigencia de que está regida bajo el mismo ordenamiento jurídico. Es la garantía de que todos los ciudadanos estén sometidos a las mismas reglas y órganos administrativos y jurisdiccionales. Es el reconocimiento a todos de la cualidad de ciudadano o de persona; la ley tiene que aplicarse a todos sin que existan ningún tipo de personas dispensadas de ese trato. Es la igualdad de trato jurídico para las personas en circunstancias sustancialmente iguales (Pérez Luño, 2006).

Siguiendo al mismo autor, la igualdad material implica la idea de equiparación de individuos en distintas circunstancias mediante el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales, es la igualdad del mayor número de individuos en el mayor número de bienes. La igualdad implica también la equiparación por convención, declarando la igualdad ante elementos distintivos que no son relevantes para la aplicación de la ley, es la manera de excluir la discriminación.

En resguardo de la igualdad, es importante evitar equiparar arbitrariamente situaciones diferentes o por el contrario, establecer arbitrariamente distinciones que no son relevantes, en este sentido, Pérez Luño (2006) afirma que la igualdad absoluta genera el uniformismo, tratar casos distintos de la misma manera, lo que produce una injusticia. La igualdad entonces no puede ser absoluta, tratar casos diferentes como si fueran iguales, produciendo consecuencias injustas por no considerar diferencias sustanciales significativas que justifican un trato distinto, siempre y cuando sea más favorable.

La igualdad, para que sea un elemento de la justicia, debe desechar diferenciaciones arbitrarias o no justificables, que son las típicas prohibiciones de las cláusulas constitucionales que establecen el principio de igualdad y no discriminación para garantizar el valor de la igualdad y expandirse en la concepción y efectividad de los derechos humanos, como lo son la raza, el sexo, la condición social, la religión, entre otros, que generan tratos diferenciadores menos favorables que al resto de la población. La igualdad tiene como un elemento en su definición la ausencia de discriminación, más no de diferenciaciones justificadas<sup>1</sup>. La igualdad en términos de cláusulas constitucionales, temática central de esta investigación, Díaz de Valdez (2015, p. 154) la denomina “Igualdad constitucional”, que debe establecerse en las cartas fundamentales y leyes que desarrollan estos elementos:

- Igualdad general, que se identifica con la igualdad formal ante la ley como consecuencia de la generalidad del derecho, de estar todos por igual sometidos a un ordenamiento jurídico.
- Igualdad como Protección de Bienes Públicos Importantes (Derechos Fundamentales), que implica no proteger la igualdad como tal sino vincularla al uso y disfrute de los derechos fundamentales, como la igualdad de acceso a la participación política, al disfrute del libre tránsito, entre otros.
- Igualdad como no discriminación por factores asociados a la pertenencia a ciertos grupos, relacionados con aspectos como religión, edad, sexo, raza, entre otros.

---

1 Existirán diferencias justificadas en virtud del mérito, de la experiencia, de las aptitudes, entre otros, tal como lo explica Ross (1963, pp. 261-280).

- o La igualdad como obligación positiva de promover la igualdad de oportunidades (y), se refiere al deber del Estado de remover los obstáculos que dificultan la igualdad de acceso a ciertos bienes, ventajas o derechos, como la designación en un concurso a un cargo por credenciales abiertas a los ciudadanos que cumplan con determinada preparación, donde el acceso a la educación es vital, siendo en muchos casos la gratuidad, subsidios o beneficios en razón de la minusvalía económica una medida legítima para lograr una educación de calidad.

Con respecto a la Constitución Política de 1991 en el artículo 5 se establece la igualdad en la protección de los derechos fundamentales, y en el artículo 13, la igualdad ante la ley o general y la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, origen familiar o nacional, lengua, religión, opinión política o filosófica, así mismo, al final del mismo artículo se consagra la igualdad positiva en virtud de establecer el deber del Estado de proveer las condiciones para que la igualdad sea efectiva y proteger especialmente a las personas por sus condiciones económica, física y mental. Así mismo, la Declaración universal de los Derechos Humanos de 1948 establece el principio de igualdad y no discriminación en sus artículos 1 y 2; también la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, suscrita en 1969, ratificada por Colombia en 1972 y puesta en vigor en 1978, establece en el artículo 1.1:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.** (Negrillas agregadas)

Y el artículo 24: “Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en 1966, ratificado por Colombia en 1968 y en vigor desde 1976, establece en su artículo 2.2:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

También, el pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en 1966, ratificado por Colombia en 1969 y en vigor desde 1976 prevé en su artículo 2.2:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión,

opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 2.1 prevé la obligación de los Estados de establecer progresivamente medidas para que estos derechos sean efectivos.

## **SOBRE LOS TIPOS DE DISCRIMINACIÓN**

Enfatizando en la igualdad como no discriminación, se plantean precisamente sus tipos<sup>2</sup>, los cuales deben prohibirse en un Estado de derecho: los tipos de discriminación (directa, indirecta e interseccional):

La discriminación directa tiene lugar cuando se hace una distinción expresa entre grupos de personas, la cual da como resultado que los individuos de algunos grupos tienen menos capacidad para ejercer sus derechos; por ejemplo, una ley que exige que las mujeres, y no los hombres, aporten pruebas de un determinado nivel educativo como condición indispensable para ejercer su derecho al voto; esto constituirá discriminación directa por razón de sexo.

La discriminación indirecta tiene lugar cuando una ley, una política o una práctica se presenta en términos neutrales (es decir, no hace ninguna distinción explícita) pero también perjudica de modo desproporcionado a un grupo o grupos específicos. Por ejemplo, una ley que exige que todas las personas presenten pruebas de un determinado nivel educativo como requisito previo para ejercer su derecho al voto; esto tendrá un efecto discriminatorio indirecto sobre cualquier grupo que tenga menos probabilidades de haber alcanzado ese nivel educativo (como los grupos étnicos desfavorecidos o las personas de menor condición económica).

La discriminación interseccional ocurre cuando varias formas de discriminación se combinan y dejan a un grupo o grupos específicos ya en situaciones de desventaja, en otra situación de desventaja aún mayor; por ejemplo, la discriminación contra las mujeres en muchos casos supone que a ellas se les pague menos que a los hombres por el mismo trabajo. La discriminación contra una minoría étnica suele comportar que a las personas que forman parte de ella también se les pague menos que a otras personas por el mismo trabajo. Cuando las mujeres pertenecientes a un grupo minoritario reciben un salario inferior al de otras mujeres, y al de los hombres del mismo grupo minoritario, sufren discriminación interseccional debido a su sexo, género y origen

---

<sup>2</sup> Véase: Amnistía internacional (2022). Discriminación. Sitio web: [amnesty.org](https://www.amnesty.org/es/what-we-do/discrimination/) y disponible en el link: <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/discrimination/>, fuente analizada sobre esta parte de los tipos de discriminación.

étnico. Amnistía Internacional también advierte y presenta datos empíricos actuales de varios países, precisando sobre las formas de discriminación: por género, grupos étnicos y castas, migrantes (xenofobia), con los grupos y discapacitados (Amnistía Internacional, 2022).

Sobre la discriminación estructural: la discriminación estructural o “desigualdad estructural” incorpora “datos históricos y sociales” que explican desigualdades de derecho (*de jure*) o de hecho (*de facto*), como “resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de grupos vulnerables por otros, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias” (Alegre y Gargarella, 2007). Conforme a Pelletier Quiñones, la discriminación estructural puede presentarse en una zona geográfica determinada, en todo el Estado o en la región (Pelletier Quiñones, 2014).

En otras palabras, los grupos contextual o históricamente excluidos o en desventaja comparten un rasgo común que los identifica: existe una historia de discriminación, de prejuicios sociales negativos contra dichos colectivos, susceptibles de ser reforzados por la normativa, lo cual “disminuye la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo” (Giménez Gluk, 2004).

En este sentido, es pertinente destacar el concepto de exclusión como aquellos mecanismos que despojan a personas o grupos de personas de la titularidad y ejercicio de los derechos sociales o un proceso que relega a gran parte de la población de oportunidades económicas (Toledo y Romero, 2007).

## LA EXCLUSIÓN DE LOS HABITANTES DE UN TERRITORIO

En virtud de las clasificaciones planteadas, todas pertinentes y justificadas porque atentan contra la igualdad y dignidad del ser humano, se aprecia, no obstante, un aspecto o factor que no es tomado en cuenta, al menos por la mayoría de las tipologías de las discriminaciones, cuando se desarrolla la temática de la igualdad, la referida al lugar, región, ciudad o municipio, que dentro de una misma nación constituye una causa importante de discriminación, que de manera anticipada esta investigación sugiere denominarla “**Discriminación territorial**”, no solo se refiere a las desigualdades territoriales como consecuencia de los diferentes niveles de desarrollo, sino también cómo éstas afectan al individuo o grupos de habitantes que terminan con menos oportunidades por pertenecer a una región de mucha pobreza y necesidades que les impide optar por mejores condiciones de vida, el acceso a bienes y servicios, el ejercicio de derechos fundamentales e, incluso, el derecho a tener instituciones que satisfagan sus necesidades.

La desigualdad territorial se refiere a territorios heterogéneos, resultado de un factor dispar de asentamiento, acompañado de un desequilibrio de distribución de las riquezas y las oportuni-

des de bienestar material; por eso hay territorios con dinámicas exitosas en desarrollo territorial, mientras que otros no logran salir de la trampa del estancamiento, niveles de pobreza altos y persistentes (CEPAL, 2016). gran peso sobre la magnitud y reproducción de estas en distintos ámbitos del desarrollo social, ya que es el lugar con ciertas características limitantes como escasez de servicios públicos, actividades económicas, entre otros, perjudicando no solo tanto en su conjunto o comunidad de habitantes, sino también a las personas que viven en territorios rezagados (Czytajlo, 2017).

Para seguir explicando esta categoría de desigualdad territorial se parte de la relevancia que tiene el territorio para las personas o grupos de personas que viven en él. En este sentido, Toledo y Toledo (2007) señalan sobre la importancia del territorio:

- Es un espacio socialmente construido que incluye aspectos físicos, socioeconómicos y culturales.
- Es el lugar de vida, de grupos o individuos y sociedades, en el que se plasman la evolución política, social y económica de la sociedad.
- Es el espacio donde se manifiesta la gestión social de los gobiernos y comunidades.
- Es el espacio vivido, afectivo, cercano que puede ser menor a las circunscripciones normales, donde los individuos manifiestan un sentido de pertenencia.
- Es la apropiación del espacio individual o colectivamente donde se evidencian fenómenos de agregación, exclusión y segregación.

En efecto, el lugar sí importa, las desigualdades por territorios generan, reproducen o agravan las desigualdades de diversos tipos, porque existen territorios rezagados donde hay poco desarrollo, condiciones muy precarias para el logro del bienestar, como el acceso a los servicios públicos básicos, carretera, servicios de salud, entre otros, es decir, hay más pobreza: pobreza como necesidad, vinculada a la privación de ciertos bienes y servicios requeridos para vivir y funcionar como miembros de la sociedad (Cepal, 2016).

Como se ha planteado, “el lugar de nacimiento o residencia determina oportunidades y condiciones socioeconómicas, incide en la realización de los derechos políticos, económicos y sociales y puede ser una fuente de discriminación en sí, como pueden ser el género, la raza o la religión” (ILPES, 2012, p. 12).

Es precisamente en el territorio donde se cristalizan, conectan y entrecruzan las desigualdades sociales analizadas... y donde ocurre la reproducción intergeneracional de la pobreza. Además,

algunos de los grupos poblacionales que experimentan en forma más severa las desigualdades y las privaciones de derechos (en especial los pueblos indígenas, pero también en algunos casos los afrodescendientes), tienden a concentrarse en los lugares rezagados. Concebir al territorio como un eje estructurante de las desigualdades sociales no equivale a un determinismo geográfico, es decir, no se busca atribuir a la localización geográfica un efecto directo y causal, puesto que más relevante que el espacio en sí es la estructura social que en él se asienta y las relaciones que se generan con otros territorios (CEPAL, 2016, pp. 62-63).

La CEPAL, en el mismo estudio de 2016, presenta una radiografía de varios países latinoamericanos donde se demuestra la falta de recursos, servicios, altos niveles de pobreza de ciertas ciudades, provincias o regiones dentro de un mismo Estado, con niveles inferiores al promedio, en el caso colombiano se muestra la región del Chocó (Cepal, 2016, p. 65).

Las desigualdades territoriales han sido un tema muy reiterativo y notorio en las ciencias, sociales; así mismo ha sido tema de cumbres mundiales, políticas de organismos internacionales como el Banco Mundial, entre otros (Aché Aché, 2012). Y la razón de esto es porque generan disfuncionalidad en los territorios y, en consecuencia, conforme a Wilkinson y Pickett (2009), deterioran las relaciones sociales por pérdida de confianza en la vida comunitaria y en el liderazgo político; impide la formación de capital social e institucional, la esperanza de vida es menor, así como la escolaridad, mayor tasa de delincuencia y muy baja movilidad social. Las consecuencias de esto son nefastas porque afecta la estabilidad social y política: estas exclusiones son terrenos fértiles para el crecimiento del terrorismo, el fanatismo y el crimen, es decir, pueden atentar contra la convivencia pacífica y democrática (Aché Aché, 2012 y Gorvachov, 2011).

Al excluirse territorios de las necesidades básicas, sus habitantes tendrán sus menos oportunidades para llevar a cabo la satisfacción de derechos y libertades para realizar proyectos de vida individuales y colectivos; esto ha sido reiterado por Gómez y Duque (1998), en el sentido que las libertades no se entienden solamente como aquellas consagradas en los derechos civiles y políticos, sino también las referidas a los derechos económicos, sociales y culturales, porque constituyen la manera básica de desarrollar las capacidades a las que se tiene derecho (Sen, 2000). Muchos de los grupos o individuos que viven en estas condiciones están muy conscientes de ello, y por ello, el clásico éxodo dentro de los mismos países desde los ámbitos rurales a las ciudades, por cuanto se ha demostrado que la exclusión territorial de las zonas del campo es común y reiterada en la pobreza de los países latinoamericanos y en otros ámbitos mundiales.

## BRECHA DIGITAL Y TERRITORIO

Con el propósito de demostrar la influencia del territorio en la exclusión de grupos e individuos, se ahondará en la categoría brecha digital y los factores que influyen en la misma, entre los cuales el territorio es uno de los principales.

Conforme a Vega-Almeida (2007), la brecha digital se trata de un problema asociado estrechamente a las revoluciones “tecnológicas”, expresado en la dificultad de la mayoría de acceder a las tecnologías nuevas o emergentes y a los recursos capitales para ello.

Para esta autora, no es un problema nuevo, siempre se ha evidenciado a lo largo de la historia la evolución tecnológica, nuevas tecnologías; muchos la disfrutan y utilizan y otros no; es un problema que tiene que renombrarse según cada época por las cualidades de la tecnología que varían con en el transcurso del tiempo.

Sin embargo, en la compleja realidad reticular y digital, donde se ensanchan cada día más las brechas económicas y sociales, la atención unánime se focaliza en ese espacio de exclusión extenso y profundo denominado “brecha digital”. Es el resultado de las desigualdades económicas y sociales de redes de individuos y grupos en una sociedad que se focaliza en el aspecto tecnológico.

Gómez Navarro et al. (2018), en lo referente a la brecha digital, hacen mención del ámbito global y en el interior de los países; para ellos, el surgimiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y sus potenciales beneficios se han producido principalmente en un pequeño número de países desarrollados, lo cual ha generado “brechas tecnológicas y sociales” que no solo limitan la apropiación social de estas tecnologías entre naciones, sino lo interno de estas y entre los grupos sociales.

Es un fenómeno complejo de elementos políticos, económicos y sociales y muy relacionados con problemas estructurales en la sociedad global de pobreza, exclusión de grupos sociales, desempleo o precariedad laboral y otros factores (Reygadas, 2008).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2001) la define como la brecha o diferenciación entre individuos, hogares, negocios, áreas geográficas, niveles socioeconómicos de oportunidades de acceso a las TIC y su empleo para gran variedad de actividades que con estas se pueden lograr .

Existen cuatro modalidades de brecha digital, en lo referente al acceso o apropiación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: 1) diferencias en el acceso motivacional o interés en el uso de las nuevas tecnologías, donde convergen aspectos sociales, culturales,

mentales, psicológicos y económicos; 2) diferencias en el acceso físico o apropiación material o uso referido al *hardware*, *software*, redes y aplicaciones de las nuevas tecnologías; 3) la alfabetización digital, la capacitación, referida a la educación para adquirir competencias y habilidades digitales, y 4) las oportunidades significativas de uso, es decir, la posibilidad de utilización para el logro de mejoras en la situación personal, como en el aspecto laboral, social, económico, entre otros (Gómez Navarro et al., 2018).

Alva de la Selva (2015) ha identificado varias dimensiones de apropiación social de las TIC, siendo la brecha digital el producto de las diferencias de esta apropiación en cada dimensión o ámbito: 1) tecnológica: provisión de infraestructura; 2) socioeconómica: las diferencias entre los distintos niveles sociales y económicos para acceder y emplear las TIC; 3) sociocultural: se refiere al uso, socialización y significación de las nuevas tecnologías en los distintos grupos sociales; 4) subjetivo, individual o personal, con respecto a las actividades que realizan las personas con las TIC, para qué la utilizan, qué útil y creativo es su uso; 5) praxiológica: relativo no solo al acceso sino a las habilidades digitales para emplearlas, llegando a ser fundamentales en sus actividades cotidianas, formando parte de su socialización, y 6) política: se refiere a las diferencias en las acciones de los gobiernos que promueven la generación, acceso y uso de las nuevas tecnologías en diversos espacios o contextos sociales y culturales. Debiendo fomentar esas acciones en todos los niveles, incluyendo los grupos, territorios y personas excluidas.

Di Virgilio y Serrati (2022) relacionan este fenómeno con los territorios de las ciudades y sus habitantes; en efecto, la brecha digital emerge como una limitante para el acceso y uso efectivo de la tecnología, limitando, por ello, las posibilidades que tienen ciudades y ciudadanos de desarrollar y gestionar gran parte de su vida cotidiana en los nuevos entornos digitales. Entre los factores que estos autores señalan como determinantes en la diferenciación y uso de las tecnologías y dispositivos electrónicos figuran el sexo, la edad y el territorio.

Para probar la influencia del territorio en la exclusión o divisiones tecnológicas y digitales, los autores realizaron un trabajo en el que consideraron el territorio de Buenos Aires en dos partes: El Gran Buenos Aires (GBA) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), evidenciando que en cada una de estas subregiones existen grandes desigualdades y diferencias, específicamente entre los sectores norte y sur de cada una de ellas. Donde existe un norte con mejores condiciones sociales y de ingreso, frente a un sur empobrecido. A esto lo denominan una “Segregación espacial”, los territorios son habitados de manera desigual en virtud de las clases sociales, lo cual afecta el uso de las tecnologías.

Para los autores, esta distribución es propia de Latinoamérica, donde existe una zona metropolitana con esas características, desigualdades marcadas entre diversos territorios no solo en lo

que respecta a la clase social, sino a los servicios básicos, como agua, electricidad, seguridad, y también la tecnología, que pretenden demostrar en su trabajo. En efecto, valiéndose de trabajos realizados por el *software* MAUTIC 2019, demuestran que tanto el uso del móvil o celular y el ordenador, tanto en el GBA y el CABA, en los sectores sur es de 60-70 % y en los sectores norte, de 80 a 100%. También evidenciando la influencia de los grupos de edades y el nivel educativo, vinculados también a los niveles de ingreso<sup>3</sup>.

Para Cuesta (2022), la brecha digital se refiere a la diferencia de oportunidades a la hora de acceder a internet o en general a las nuevas tecnologías, siendo un factor de exclusión social; para esta autora, las personas sin conocimientos tecnológicos y digitales pierden oportunidades para mejorar su bienestar personal.

La autora realiza un breve análisis de la situación en España y manifiesta que más de un tercio, es decir, 35,2 % hogares españoles, tiene lo que denomina “apagón digital”, lo que se traduce en 1,8 millones de hogares que sufren la brecha digital de manera cotidiana o habitual; entre los factores que influyen para esta exclusión se encuentran: personas mayores de 65 años, las que viven solas, pero también algunas personas jóvenes y los que viven en la población rural, destacándose por ello en este país también el factor territorial.

La autora reitera la brecha digital en los jóvenes, que perdieron muchas oportunidades educativas para recibir clases durante la pandemia de Covid-19; es decir, es importante para el mantenimiento de una vida más digna, y en la actualidad es un canal importante de comunicación, lo sigue siendo en el ámbito educativo, laboral y, así mismo, en el social.

Es muy importante que los jóvenes tengan también competencias digitales para aprender a utilizar los dispositivos de forma útil y también responsable, a fin de que sea una herramienta y no una distracción para el cumplimiento de sus deberes y, así mismo, tengan pensamiento crítico frente a ellas, debiendo discernir en lo que es veraz o no es información cualificada o desinformación, lo que redundará en el empleo de las tecnologías para mejorar su aprendizaje educativo (Cuesta, 2022).

La diferencia de acceso a las TIC, según Bautista Murillo (2021), durante la pandemia de Covid-19 destaca la importancia que tuvo como mecanismo de adaptación, de favorabilidad, para continuar con el acceso a la educación, el cumplimiento del trabajo, acceder a servicios de atención remota a la salud, e incluso tramitar beneficios de la seguridad social; eso por un lado y, por el otro, los que se encuentran en vulnerabilidad, que no cuentan con las herramientas tecnológi-

---

3 Para mayor abundamiento al respecto consultar Di Virgilio y Serrati (2022, pp. 1-39).

cas y digitales y, por ello, tienen limitaciones en el ejercicio de sus derechos y dificultades en la adaptación social. Sectores sin acceso a tecnología con dificultades en la continuación de sus estudios durante la pandemia y en la realización de sus trabajos, teniendo que exponerse a labores en la calle, con el riesgo de contagiarse y recibir multas. La pandemia puso de manifiesto las diferencias que ya existían, pero las hizo más visibles en el ámbito tecnológico y digital y que lamentablemente continúan.

Destacando el factor territorial en esta brecha o exclusión digital; esto se pone de manifiesto, según Cuesta (2022), por la situación en la que se encuentran los territorios rurales, en este caso considerando a España. Aunque las áreas rurales representan el 84 % en este país, solo concentran un 16 % del total de la población; en estas zonas, muchas personas no tienen buena conexión a internet o, si la tienen, no es un acceso ilimitado, mientras que otros no cuentan con los dispositivos tecnológicos indispensables para comunicarse. Las personas de este territorio, alrededor de 7.618.405 personas que habitan en los espacios rurales, de un total de 47.615.034 de habitantes de España en 2022, según estadísticas del Instituto Nacional de Estadística (INE), tendrán problemas para acceder a la educación *on line*, al teletrabajo y tramitar asuntos administrativos que se hacen en muchos casos por vía digital.

Cañón et al (2006) parte además del concepto competencia digital para esbozar el de brecha digital; en efecto, competencia digital es el uso eficaz de las TIC en los ámbitos laboral, educativo, recreacional y en la participación ciudadana, siendo la brecha digital la expresión de las carencias para usar eficazmente las TIC en esos espacios, es decir, no solo es la falta de acceso a las mismas, sino la ineficacia en la competencia digital.

Estas diferencias en acceso y competencia generan desigualdad de oportunidades en el acceso a la información, el conocimiento y la educación, es decir, un efecto de exclusión, de privación de la posibilidad de progreso social, económico y humano que potencialmente ofrecen las TIC en países, individuos y también en comunidades y culturas (Serrano y Martínez, 2001 y Rogers, 2003). En estos contextos, la falta de educación influye en la carencia de competencias y, así mismo, esto genera bajos niveles cognitivos y educativos que se pueden lograr con el adecuado uso de las TIC (Martínez López, 2020).

Entre los factores excluyentes de la brecha digital, Cañón et al. (2016) al lado de la edad e ingresos destacan también la influencia del territorio, localidades geográficas totalmente privadas de acceso a las TIC.

Sobre el territorio, Bautista Murillo (2021) señala diferencias socio-espaciales y algunas variables relacionadas como el nivel de ingresos y las actividades económicas.

El autor comprueba, haciendo un análisis fundamentalmente en la época de la pandemia de Covid-19 en Argentina<sup>4</sup>, la marcada diferencia en el acceso a la tecnologías, que discriminaban también el alcance de derechos atendiendo a personas que viven en ciertas provincias, sectores, ciudades o barrios que están en condiciones de desventajas sociales permanente, lo cual afecta el principio de igualdad previsto en las constituciones del mundo occidental y en las convenciones de derecho internacional de los derechos humanos.

Se afecta la igualdad estructural o robusta planteada por Saba (2016), consistente en la necesidad de garantizar una igualdad real y fundamental para los grupos desventajados en la sociedad, en este caso, los afectados por la brecha digital situados en determinadas áreas territoriales marginadas.

Esto tiene consecuencias en la responsabilidad u obligación del Estado de establecer y aplicar políticas públicas adecuadas y con medidas especiales con el fin de dismantelar las condiciones que generan esta desigualdad en el acceso a las nuevas tecnologías (Bautista Murillo, 2021).

Es decir, que no solo el Estado ni la sociedad civil deben plantear la situación de vulneración de derechos, sino la necesidad de restablecer y reivindicar el goce de los mismos, asegurar de manera progresiva el acceso más amplio a las TIC, el diagnóstico, y es lo que destaca Bautista Murillo (2021); es positivo en el sentido de obligar al Estado para que diseñe y aplique políticas públicas para el aseguramiento de la disminución de esas desigualdades que afectan el ejercicio de derechos.

## REFERENCIAS SOBRE LA BRECHA DIGITAL EN COLOMBIA

En lo que respecta a Colombia, en los años 90 se aprecia una desigualdad importante entre las realidades rurales y urbanas, por cuanto la pobreza se multiplicaba en las zonas rurales y por ello son discriminados sus habitantes, que tienen que soportar el estigma de encarnar el atraso al poseer la cultura tradicional de las sociedades premodernas, con poca tecnología y muchas deficiencias en los servicios públicos (Gómez Jiménez, 2003).

Así mismo, la administración estatal ha discriminado el campo en favor de las zonas urbanas, por varias razones, según Gómez Jiménez, 2003:

---

<sup>4</sup> Para mayor abundamiento sobre las diferencias territoriales en el acceso a las TIC en Argentina puede consultarse Bautista Murillo (2021).

- Por estar ávida de mostrar resultados nacionales más ventajosos, relega a las zonas rurales.
- La poca capacidad de incidir en las tendencias nacionales, por ser zonas menos pobladas.
- Por las dificultades espaciales de acceso, que se acrecientan por el mismo abandono estatal.

Para esa época, en cuanto a la diferencias de ingresos, estas resultan muy significativa, tres veces mayores en las zonas urbanas que en las rurales; en efecto: el 10% más rico de la zona urbana tenía 3 veces más ingresos que los más ricos de la zona rural, y también, en el otro extremo, los sectores más pobres de las zonas urbanas tenían tres veces más ingresos que los más pobres de las zonas rurales, números que se mantuvieron para el año 2000, según datos de la Dirección Nacional de Planeación 2001.

En cuanto a datos recientes de la brecha digital, consistente en la exclusión de personas de capacidad y acceso y disfrute de las TIC, concretamente el informe del Índice de Brecha Digital Regional de 2020, publicado por El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:

La falta de acceso material a las tecnologías digitales es del 85 al 92 % en los departamentos de Vichada, Guainía, Vaupés, Amazonas, Putumayo y Chocó. Así mismo, las dificultades de acceso a las TIC son de 78 a 85 % en Arauca, Guaviare, Caquetá, Nariño, Cauca, Córdoba, Sucre, La Guajira y San Andrés.

Como se aprecia en estos casos más graves de brecha digital, poco acceso a las tecnologías digitales, son comunidades apartadas, fronterizas, rurales y dispersas, lo cual contrasta con las zonas urbanas y en las cabeceras, donde la falta de acceso es notablemente menor, tales son los casos de Cundinamarca, Antioquia, Santander y Atlántico, con el rango de 56 a 63 %, es decir, hasta 30 % de diferencias con los departamentos con más desigualdad; no obstante, en los referidos territorios donde se reduce la brecha digital, el porcentaje es importante, por cuanto en promedio poco más de la mitad no tiene acceso a las tecnologías digitales, conforme el informe Mintic 2020.

En cuanto a la brecha digital por regiones, en el mismo informe 2020, los casos más preocupantes se registran en Amazonia, Orinoquia y Pacífica, con el rango del 77 a 82 % de falta de acceso material a las tecnologías; también las zonas del Caribe y parte de la región Andina, 72 al 77 %.

En 2021, considerando el informe de brecha digital del Mintic publicado en julio de 2022, titulado “Índice de Brecha digital Regional: Resultados 2021”, este toma en cuenta precisamente el índice de brecha digital en Colombia y por cada departamento, no considerando porcentajes de conexión, ni la discriminación por regiones como el estudio de 2020; no obstante, ilustra sobre

la situación de acceso digital, uso y disfrute de las nuevas tecnologías en Colombia en el mismo año 2021 por medio del referido índice<sup>5</sup>.

Por cuanto a los fines de simplificar e ilustrar los resultados de la brecha digital en Colombia, se reitera que se considera el indicador de Acceso Material, en el cual destaca como el departamento de menor acceso y mayor índice de brecha digital Vaupés, con 0,918; y sucesivamente, en orden decreciente pero con alto índice y entre los últimos trece departamentos con acceso material, siguen: Vichada: 0,9118; Guainía: 0,8487; Amazonas: 0,8136; Chocó: 0,7903; Putumayo: 0,7219; Guaviare: 0,6857; Cauca: 0,6796; La Guajira: 0,6735; Arauca: 0,6492; Córdoba: 0,6311; Nariño: 0,6226 y Sucre: 0,6217.

Como se aprecia, la mayoría coincide con los departamentos con menor conexión de 2020, a pesar de poder existir una mejoría en cada uno. Los departamentos con menor acceso muchos son apartados, fronterizos, con más zonas rurales.

Por contraste, las zonas o departamentos más aventajados en conexión, con menor brecha digital, es decir, con menor índice, los encabezan, de menor a mayor, es decir, de mayor a menor conexión, pero siempre entre los 10 primeros departamentos con más conectividad digital: Bogotá: 0,3496; Valle del Cauca: 0,4115; Risaralda: 0,4237; Cundinamarca: 0,4448; Quindío: 0,4714; Meta: 0,4752; Atlántico: 0,4754; Santander: 0,4766; Antioquia: 0,4782 y Caldas: 0,04786. Son departamentos donde se encuentran las ciudades más urbanizadas, menos apartadas y están las cabeceras, muchos del interior del país.

Así mismo, en el comunicado de prensa del DANE de 2022 sobre la encuesta de tecnologías de información y comunicación en hogares, concretamente en lo que respecta a conexión a internet (ENTIC Hogares de 2021), publicado el 28 de julio de 2022, se señalan que la proporción de hogares con conexión a internet en el total nacional fue de 60,5 %, en cabeceras 70,0 % y en los centros poblados rurales y dispersos 28,8 %.

Discriminando por departamentos se tiene en el mismo estudio que las zonas (departamentos) con menos acceso a internet, del 4, 6 al 29,1 %, en porcentajes de conexión son: Vichada: 4, 6; Vaupés: 10, 6; Chocó: 14, 6; Amazonas: 16,7; Guainía: 24,1; La Guajira: 28, 6 y Putumayo: 29,1.

---

5 El Índice de Brecha Digital (IBD) es el calculado como complemento del Índice de Acceso Digital (IAD), el cual oscila entre 0 y 10; por lo tanto, el IBD se calcula de la siguiente manera: el valor máximo que pueda tomar el IAD, menos el valor real del IAD, da como resultado el IBD, el cual oscilará entre 0 y 10 (véase Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones, 2016).

En contraste con los departamentos con mayor acceso a internet en porcentajes son: Bogotá: 81,5; Valle del Cauca: 79,0; Risaralda: 72,8; Tolima: 67,00; Caldas: 66,8; Boyacá: 64,3; Santander: 64,1; Norte del Santander: 63,4; Meta: 63,2; Quindío: 63,0; Cundinamarca: 60,8; Antioquia: 60,8; Atlántico: 60,7 y Caquetá: 60,5.

Como se puede constatar, se presentó un incremento en conexión a internet, tecnología digital fundamental con respecto al informe 2020. Aspecto que destaca el comunicado del DANE del 21 de septiembre de 2021, que expresa: “Colombia avanza en su meta de estar conectada en un 70 % en 2022: DANE”.

En el mismo texto se señala que el DANE reveló que en 2020 se registró un avance histórico en ampliación de cobertura al lograr los 9,2 millones de hogares conectados en el territorio nacional, lo que comprende un avance del 56,5 % en el año, superior en 4 puntos al año anterior 2019.

Sobre las políticas públicas llevadas a cabo para reducir la brecha digital, especialmente en las zonas rurales, en el comunicado se indica que:

- La formación de habilidades digitales mediante la distribución de 323 formadores digitales de las TIC en 27 departamentos, realizando la alfabetización digital rural, logrando la capacitación de 23 233 colombianos; los formadores digitales están abocados en los centros digitales ubicados en las zonas más alejadas del país.

Se reconoce aún un limitado número de computadores en el país; informó que ese año 2021 destinó más de 88 000 millones de pesos para la adquisición de 106 000 equipos de computación en los 32 departamentos que serán entregados antes de finalizar el año.

En el aspecto jurídico, es de destacar la Sentencia T-030 de que establece que el internet es un servicio básico indispensable para el cumplimiento de los fines del derecho a la educación, conforme el artículo 67 de la Constitución Política, consistente en una función social que busca acceder al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes culturales.

En efecto, el acceso a internet fomenta y así debe ser en las zonas apartadas rurales más vulnerables por cuanto es un medio para lograr la efectividad del Derecho a la educación, derecho este que resalta la sentencia referida.

La decisión refiere a que las operaciones propias del proceso educativo son realizadas de manera eficaz por el internet, como la consulta de infinidad de fuentes bibliográficas, diversidad de recursos educativos a través de medios innovadores como la conexión virtual en las clases y, así mismo, realización de eventos como conferencias y foros educativos, contribuyendo a que

los educadores impartan nuevas y mejores maneras las estrategias didácticas a las que pueden acceder en la escuela, y en los casos que sea efectivo el acceso a sitios apartados, sin importar lo físicamente lo alejada que se encuentre la institución educativa.

En esta sociedad digital, el internet constituye una garantía para hacer efectivo el derecho a la educación, especialmente en los casos de las escuelas primarias y secundaria, a lo que se refiere especialmente la sentencia.

En cuanto a la normativa vigente, es de destacar el avance de la Ley 2108 de 2021, “Ley de internet como servicio público esencial y universal”, norma que persigue, y así lo prevé su artículo 1, garantizar la universalidad del acceso a internet como un servicio público esencial, asegurando la prestación del servicio de manera continua, suficiente y permanente de todos los habitantes del territorio nacional, especialmente en las poblaciones vulnerables por razones étnicas, sociales o por habitar zonas rurales o apartadas.

## CONCLUSIONES

1. Se evidencia la exclusión territorial no solamente por la ausencia de servicios básicos en general en ciertas regiones dispersas, apartadas y rurales, sino en lo referido concretamente al fenómeno analizado, brecha digital, diferenciación notable a favor del acceso de zonas urbanas, centrales, cabeceras o principales y, por otro lado, el poco acceso en las referidas zonas vulnerables.
2. La brecha digital que se acentúa en las zonas apartadas y rurales y con poca población, generando en sus habitantes pérdida de oportunidades de poder hacer efectivos derechos como la educación, el trabajo, la participación política, recreación, gestión de trámites ante la Administración pública, entre otros; por ello se resalta el término utilizado por de Di Virgilio y Serrati (2022): “Segregación espacial” de los espacios relegados en este caso en lo que respecta al acceso y uso de las nuevas tecnologías TIC.
3. Se especificaron referencias empíricas recientes de Argentina, España y, obviamente, Colombia, constatando que la desigualdad territorial tuvo efectos en el aumento de la brecha digital de las personas residentes en las localidades vulnerables referidas.
4. En los informes recientes de Colombia, a pesar del aumento en el acceso y uso de las nuevas tecnologías, se resalta la conexión a internet, como indicador principal, donde se logró en 2020 una conexión de hogares de 56,5 %, avance de 4 % respecto 2019; además de que los informes de 2021, tal como se refirió, expresan que el total nacional fue del 60,5 %, en cabeceras 70,0 % y en las poblaciones rurales y apartadas 28,8 %.

No obstante, hay mucho que mejorar; aún existen zonas extensas de Colombia con conexión a internet de menos del 10 %, en contraste con otras regiones donde la conexión mejora hasta el 90 %; esto genera problemas de diferenciaciones, exclusiones y discriminaciones en los habitantes de los territorios menos favorecidos de sus derechos, donde la tecnología es un medio fundamental, como la educación, el trabajo, tramitación de servicios públicos, entre otros. La justicia material queda muy reducida, las oportunidades se reducen ostensiblemente en estos casos, lo que trae problemas en la dignidad como ciudadano del habitante de Colombia de las zonas relegadas, ya referidas detalladamente en el trabajo, es decir, que sean menos ciudadanos que los habitantes de los grandes centros urbanos, cabeceras, áreas metropolitanas.

Sin embargo, evidencias como las demostradas en los estudios pueden verse desde el punto de vista positivo en el sentido que lo plantea Bautista Murillo (2021), de impulsar políticas públicas de desarrollo tecnológico en las zonas vulnerables de Colombia, pudiendo acceder sus habitantes a mayores oportunidades y mejora en la calidad de derechos básicos o fundamentales, como la educación, el trabajo, la salud, entre otros.

5. La influencia de las diferencias territoriales, que generan mayor brecha digital, refuerzan la tesis planteada de la exclusión de los habitantes de un territorio de una serie de derechos, como acceso a servicios públicos básicos y derechos tecnológicos, que son hoy en día garantías de derechos fundamentales como la salud, el trabajo, entre otros. Y por consiguiente, se refuerza la tesis de la necesidad de consagrar, lo que no existe actualmente, constitucional y, en general, normativamente, la prohibición de la discriminación territorial como un factor de diferenciación injusta, asimilable a la exclusión por motivos étnicos, religión, edad, afiliación política, sexo, condición económica entre otros.

## REFERENCIAS

- Alva de la Selva, R. (2015). Los nuevos rostros de la desigualdad en el siglo XXI: la brecha digital. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 60(223), 265-285.
- Aché Aché, D. B. (2012). Geografía de las desigualdades territoriales socio-económicas y socio-ambientales. *Terra*, 28 (43).
- Alegre, M. y Gargarella, R. (2007). *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (pp. 166 y 167). Lexis Nexis Argentina y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia.
- Amnistía Internacional. (2022). Discriminación. Sitio web: [amnesty.org.](https://www.amnesty.org/es/what-we-do/discrimination/), disponible en: <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/discrimination/> (Fecha de consulta: 2 de abril de 2022).
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, 10 de diciembre de 1948.

- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificado por Colombia en 1968.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976. Ratificado por Colombia en 1969.
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de República de Colombia. *Gaceta Constitucional*, n.º. 116, 20 de julio de 1991.
- Bautista Murillo, J. C. (2021). El lugar importa: brecha digital y desigualdades territoriales en tiempos de Covid-19: una revisión comparativa sobre la realidad argentina, sus provincias y principales centros urbanos. *Argumentos. Revista de Crítica Social* (Universidad de Buenos Aires), 24, 66-100.
- Instituto Nacional de Estadística y Censo [Indec]. (2020). Accesos a Internet (Informes Técnicos, Vol. 4, n.º.101). [https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/internet\\_06\\_20E1822227C2.pdf](https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/internet_06_20E1822227C2.pdf)
- Cañón Rodríguez, R., Grande del Prado, M. y Cantón M. I. (2016). Brecha digital: Impacto en el desarrollo social y personal. Factores asociados. *Tendencias Pedagógicas*, 28, 115-132.
- Comisión Económica para América Latina y del Caribe [Cepal]. (2016). La matriz de desigualdad social en América Latina. I Reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre Desarrollo Social de América Latina y el Caribe. Santo Domingo, 1 de noviembre de 2016.
- Czytajlo, N. P. (2017). Desigualdades socio-territoriales y de género en espacios metropolitanos. *Bitácora* (Universidad Nacional de Colombia), 27, 121-134.
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” Suscrita en San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, ratificada por Colombia en 1972.
- Congreso de Colombia. Ley 2108 de 2021. Ley de internet como servicio público esencial y universal. Por medio de la cual se modifica la ley 1341 de 2009 y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial*, n.º. 51.750, 29 de julio de 2021.
- Corte Constitucional. Sentencia T-030 del 29 de enero de 2020. MP Diana Fajardo Olivera.
- Cuesta, L. (2022, 12 de septiembre). El impacto de la brecha digital en la exclusión. En: Diario La Vanguardia. <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20220912/8498346/impacto-brecha-digital-exclusion.html>
- DANE. Comunicado de prensa del 21 de septiembre de 2021. Colombia avanza en su meta de estar conectada en un 70 % en 2022. <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-prensa/182108:-Colombia-avanza-en-su-meta-de-estar-conectada-en-un-70-en-2022-DANE>.

- DANE. Comunicado de prensa del 28 de julio de 2022. Encuesta de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en Hogares (ENTIC Hogares). Bogotá, D. C. 2021.
- Díaz de Valdés, J. M. (2015). La igualdad constitucional: múltiple y compleja. *Revista Chilena de Derecho*, 42 (1), 153-187
- Dirección Nacional de Planeación de Colombia [DNP]. (2001a). Coyuntura económica e indicadores sociales, Sistema de Indicadores Sociodemográficos para Colombia (SISD), n°. 30, Bogotá, diciembre.
- Dirección Nacional de Planeación de Colombia [DNP]. (2001b). Coyuntura económica e indicadores sociales, Sistema de Indicadores Sociodemográficos para Colombia (SISD), n°. 31, Bogotá, diciembre.
- Di Virgilio, M. M. y Serrati, P. (2022). Ciudades inteligentes, brecha digital y territorio. Evidencias a partir del caso del aglomerado Gran Buenos Aires. *Territorios*, 47, 1-39.
- Giménez Gluk, D. (2012). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Bosch.
- Gómez Jiménez, A. (2003). Colombia: el contexto de la desigualdad y la pobreza rural en los noventa. *Cuadernos de Economía*, 22(38), 199-238.
- Gómez Navarro, D. A., Alvarado López, R. A., Martínez Domínguez, M. y Díaz de León, Ch. (2018). La brecha digital: una revisión conceptual y aportaciones metodológicas para su estudio en México. *Entreciencias: Diálogos en la Sociedad del Conocimiento*, 6(16), 48-72.
- Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social [Ilpes]. (2012). Panorama del Desarrollo Territorial en América Latina y el Caribe.
- Instituto Nacional de Estadística de España (INE). Informe 2022. Sitio web: ine.es
- Martínez López, O. (2020). Brecha digital educativa. Cuando el territorio es importante. *Sociedad e infancias*, 4, 185-288.
- Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (2016). Índice de Brecha Digital (2006-2016).
- Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de Colombia [Mintic] (2020). Índice de Brecha digital Regional.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de Colombia [Mintic] (2021). Índice de Brecha digital Regional. Publicado en julio de 2022.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. [OCDE]. (2001). Understanding the digital divide. <https://www.oecd.org/sti/1888451.pdf>
- Pérez Luño, A. E. (2006). *Teoría del Derecho*. Tecnos.
- Pelletier Quiñones, P. (2014). La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de los derechos humanos. *Revista IIDH*, 60.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia* (2ª ed.). Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición. 552p.

- Reygadas, L. (2008). Tres matrices generadoras de desigualdades. En R. Cordera, P. Ramírez y A. Ziccardi (Coords.), *Pobreza urbana, desigualdad y exclusión social en la ciudad del siglo XXI* (pp. 92-114). Siglo XXI y Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodríguez Zepeda, J. (2007). ¿Qué es la discriminación y como combatirla? En Discriminación, igualdad y diferencia política (pp. 55-95) (Compendio coordinado por Miguel Carbonell, Jesús Rodríguez Zepeda, Rubén García Clarck y Roberto Gutiérrez López). México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- Rogers, E. M. (2001). The Digital Divide. *Convergence*, 7(4), 96-111.
- Ross, A. (1963). Sobre el Derecho y la Justicia. Buenos Aires. Argentina.
- Saba, R. (2016). Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados? Siglo Veintiuno Editores.
- Sen, A. (2000). Desarrollo y libertad. Planeta.
- Serrano A. y Martínez, E. (2015). La Brecha Digital: Mitos y Realidades (pp. 115-132). UABC. <http://www.labrechadigital.org>.
- Vega-Almeida, R. L. (2007). Brecha digital: un problema multidimensional de la sociedad emergente. *Inclusão Social (Brasília)*, 2(2), 96-108.
- Wilkinson, R. y Pickett, K. (2009). Desigualdad: un análisis de la (in) felicidad colectiva. Turner Noema.

# **Deber general de obediencia e ignorancia del derecho: un enfoque jurisprudencial\***

*General Duty of Obedience and Ignorance  
of the Law: a Jurisprudential Approach*

J O S E M I G U E L C A M A C H O - C A S T R O

Abogado. Especialista en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho con énfasis en Teoría del Derecho. Doctorando en Derecho. Profesor de Filosofía del Derecho y editor general de la Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt. [jcamacho4@cue.edu.co](mailto:jcamacho4@cue.edu.co)  
<https://orcid.org/0000-0002-1898-1113>

---

\* Este artículo es un producto derivado de la investigación *Un estudio de las cláusulas generales de obediencia del derecho frente a dos índices internacionales*, financiada por la Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt. El autor no advierte ningún conflicto de intereses.

## Resumen

Muchas constituciones y leyes del mundo contienen una norma que parece obvia: todos están obligados a obedecer la Constitución y las leyes. Este tipo de normas explicitan lo que se conoce como deber general de obediencia del derecho. Junto a estas normas existen otras que establecen que no es posible excusarse en la ignorancia de la ley. La combinación de ambas categorías pone de relieve un problema tanto teórico como práctico: la posibilidad de que la gente (no)navegue exitosamente la vida jurídica sin conocimiento alguno acerca del derecho, o con un conocimiento sumamente superficial. Este trabajo analiza el deber general de obediencia del derecho en contextos de ignorancia de la ley. Para lograrlo, se utiliza un análisis dinámico de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. De este estudio se deriva que, desde la óptica la jurisprudencia colombiana, el derecho no puede exceptuarse cuando alguien manifiesta ignorar la ley. Las implicaciones teóricas de esta conclusión, en apariencia obvia, se discuten en este artículo. Este estudio tiene valor teórico, histórico y práctico: teórico, porque a pesar de tratarse de un tema en apariencia pacífico, se trata, en realidad, de un enigma que constituye una cuestión teórica y empírica abierta; histórico, porque se rescata el análisis de sentencias normalmente relegadas en el devenir académico; y práctico, porque tomarse en serio este asunto puede conducir a reformar la manera en que los sistemas jurídicos exigen a la gente que obedezca y conozca el derecho.

### PALABRAS CLAVE

Corte Constitucional, juez, jurisprudencia, obediencia, teoría legal.

## Abstract

Many constitutions and statutes worldwide contain a rule that seems obvious: everybody must obey the constitution and the laws. These kinds of rules make explicit what is known as the general duty of obedience to law. Along with these rules, some establish the impossibility of using the self-ignorance as an excuse. The mixture of both categories highlights a theoretical and practical problem: the people could (or not) successfully navigate legal life without any knowledge about the law or, at least, with a very superficial one. This paper analyzes the general duty of obedience to the law in the context of ignorance. To achieve this, we analyze the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court by dynamic analysis of jurisprudence. The results of this study suggest that the law cannot be exempted when someone claims to ignore it, at least from the perspective of Colombian jurisprudence. The theoretical implications of this are discussed. Finally, this study has theoretical, historical and practical value: theoretical because the topic, apparently clear, is an enigma that is an open empirical question; historical because analysis of sentences normally relegated in the academic path is rescued; practical because taking this issue seriously can lead to reforming the way legal systems require people to obey and know the law.

### KEYWORDS

Constitutional Court, judge, jurisprudence, legal theory, obedience.

## INTRODUCCIÓN

Este artículo tratará el deber general de obediencia del derecho en contextos de ignorancia de la ley. Una de las cuestiones teóricas más importantes que ha suscitado la atención de la filosofía del derecho es cómo es posible que la mayor parte de la gente navegue exitosamente la vida jurídica con una cantidad mínima de conocimiento acerca del derecho. Un estudio local detectó que cerca del 50 % de las personas que participaron en la investigación brindaron respuestas relativamente acertadas a preguntas de conocimiento jurídico, aunque usando experiencias cotidianas como referencia y un lenguaje coloquial. La mitad de las personas estudiadas mostraron este tipo de conocimiento superficial; el otro 50 % casi ningún conocimiento (Ceballos Ruíz et al., 2013).

Desde una perspectiva empírica, algunos explican cómo la gente navega exitosamente el derecho a partir de dos factores: por un lado, el aprendizaje social, que consiste en la observación e imitación de otros; por otro lado, las señales y restricciones del ambiente, que crean restricciones físicas, semánticas, culturales y lógicas que hacen obvias cuáles son las opciones deseadas y no deseadas por el derecho (Hertwig, 2006, p. 400). Esto deja un panorama en el que la gente tiene un acercamiento indirecto al conocimiento del derecho, a través de los otros y a través de las señales del ambiente, antes que un acercamiento directo.

A pesar de lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano establece, de forma simultánea, el deber general de obedecer del derecho<sup>1</sup> –artículo 95 inciso segundo de la Constitución– y la provisión de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa –artículo 9 del Código Civil–. Estas dos provisiones parecen indicar que el ordenamiento jurídico colombiano supone que la gente conoce bastante bien el derecho y que, por ende, debe obedecerlo, al tiempo que anticipa consecuencias negativas derivadas de ignorarlo –o, cuando menos, la imposibilidad de salvarse de ellas argumentando ignorancia–. Esto parece, como mínimo, contraintuitivo: ni siquiera los abogados expertos conocen suficientemente bien todas las posibles aristas de un ordenamiento jurídico (Sevel, 2018).

Además, parece ir en contra de las perspectivas empíricas que han mostrado que el comportamiento jurídico de la gente suele surgir sin necesidad de conocer el derecho (Ellickson, 1991). Por último, es posible que ni siquiera el razonamiento jurídico de los jueces –quienes por definición están llamados a conocer el derecho mejor que cualquier otro– esté principalmente inspi-

---

1 Este no es un rasgo exclusivo del ordenamiento jurídico colombiano. Para un modelo descriptivo de las cláusulas generales de obediencia al derecho puede verse el primer capítulo de *La obediencia del derecho. Escritos descriptivos y normativos* (Camacho-Castro, 2020, pp. 11-40).

rado por su conocimiento de las normas jurídicas, sino que, como sugieren diferentes tipos de realismos jurídicos, las principales influencias sean los hechos (Leiter, 2007, pp. 21, 22, 2015, 246, 247), los otros jueces (Moreno Cruz, 2014), el contexto (Kahneman et al., 2021, pp. 16, 17) o sus sesgos cognitivos (Arena, 2021; Camacho-Castro, 2020, pp. 59-71; Kahneman, 2012; Kahneman y Tversky, 2012; Páez, 2021).

Por los motivos descritos, vale la pena realizar una revisión jurisprudencial acerca del deber general de obediencia del derecho y su relación con provisiones que establecen que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Esta revisión se llevará a cabo con jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Por esa vía se responderá a la siguiente pregunta: ¿El deber general de obediencia del derecho puede exceptuarse cuando los ciudadanos manifiestan no conocer la ley? Este estudio encuentra y discute lo que quizá parecerá obvio a muchos: el derecho, en tanto ordenamiento jurídico, no puede ser exceptuado alegando su desconocimiento.

## METODOLOGÍA

La metodología de la línea jurisprudencial puede ser resumida en ocho pasos (Camacho-Castro, 2022; López Medina, 2011):

- Identificación del tema;
- Identificación del escenario relevante;
- Formulación del problema jurídico;
- Identificación de la sentencia arquimédica de la línea;
- Realización de la ingeniería reversa;
- Construcción del nicho citacional e identificación de puntos nodales;
- Clasificación y análisis de las sentencias;
- Representación de las respuestas al problema jurídico.

Los tres primeros pasos ya fueron anticipados en la introducción. El tema que se tratará es el deber general de obediencia del derecho. El escenario o tipo de casos que se tendrán en cuenta serán aquellos en los que se analiza si el derecho puede ser exceptuado cuando se alega su desconocimiento. El problema jurídico para resolver es el siguiente: *¿El deber general de obediencia*

del derecho puede exceptuarse cuando los ciudadanos manifiestan no conocer la ley? Por lo anterior, en la sección de resultados se dará cuenta de los pasos cuatro a ocho.

## RESULTADOS

La sentencia arquimédica, esto es, la más reciente sobre el tema y el escenario, es la C-993 de 2006. Para identificarla se utilizó el sistema de relatoría de la Corte Constitucional, particularmente el buscador de palabras clave. Se realizaron búsquedas a través del siguiente procedimiento: *i)* uso de la palabra clave en el cajón de búsqueda de palabras clave; *ii)* filtro temático, usando la función de búsqueda de texto del navegador (Ctrl+F en Google Chrome); *iii)* identificación de la sentencia más reciente según los resultados señalados por el navegador después del filtro.

**Tabla 1.** Resultados del uso del buscador de palabras clave

Número de búsqueda	Palabras clave	Filtros	Resultado
1	Deber general de obediencia	Ignorancia	C-651-97
2	Deber general de obediencia	Sin filtro	T-571-08
3	Ignorancia de la ley	Deber general	C-651-97
4	Ignorancia de la ley	Obediencia	C-651-97
5	Ignorancia de la ley	Sin filtro	SU-373-19
6	Obediencia del derecho	Sin filtro	C-076-2018

**Nota.** Usando el buscador de palabras clave de la Corte Constitucional se realizaron seis búsquedas con diferentes palabras claves y filtros para garantizar el rigor en la selección de la sentencia arquimédica.

Se repitió el procedimiento utilizando el buscador por temas del sistema de relatoría de la Corte Constitucional. Se obtuvieron los siguientes resultados:

**Tabla 2.** Resultados del uso del buscador temático

Número de búsqueda	Palabras clave	Filtros	Resultado
1	Deber general de obediencia	Sin filtro	T-571-08
2	Deber general de obediencia	Ignorancia	T-1140-05
3	Ignorancia de la ley	Sin filtro	C-993-06
4	Ignorancia de la ley	Deber general	T-1140-05
5	Ignorancia de la ley	Obediencia	T-1140-05
6	Obediencia del derecho	Sin filtro	T-571-08

**Nota.** Usando el buscador temático de la Corte Constitucional se realizaron seis búsquedas adicionales con diferentes palabras claves y filtros para garantizar el rigor en la selección de la sentencia arquimédica.

Una vez hecho esto, se procedió a la revisión de las sentencias SU-373 de 2019, C-076 de 2018, T-571 de 2008, C-993 de 2006 y T-1140 de 2005. La Sentencia SU-373 de 2019 no trata el deber general de obediencia del derecho y toca de forma tangencial, en una cita a pie de página, el tema de la ignorancia de la ley (Corte Constitucional de Colombia, 2019). Esto indica que la Sentencia SU-373 de 2019 no es relevante para esta línea, a pesar de ser muy reciente y haber aparecido en las búsquedas realizadas en el sistema de relatoría de la Corte Constitucional.

Siguiendo el orden cronológico hacia el pasado, se procedió a revisar la Sentencia C-076 de 2018. Esta sentencia realizó el control de constitucionalidad del Acto legislativo 05 de 2017 *Por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado*. Esta sentencia no trata el tema de la obediencia del derecho en situaciones relacionadas fáctica o conceptualmente con la ignorancia de la ley (Corte Constitucional de Colombia, 2018). No obstante, el tema de la obediencia del derecho aparece mencionado en el salvamento de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, como parte de su argumentación para mostrar que en todos los casos de control de las reformas constitucionales debe realizarse el juicio de sustitución. De forma específica, sostiene que de la uniformidad de los criterios para controlar las reformas constitucionales se derivará un mayor nivel de legitimidad y obediencia a las decisiones por parte de la comunidad política.

En orden temporal, la siguiente sentencia más reciente es la T-571 de 2008. Revisada esta sentencia, se evidencia que la Corte dedica atención y un desarrollo importante del deber general de obediencia del derecho. Sin embargo, no se trata de un caso en que las partes involucradas aleguen no conocer el derecho. Por el contrario, se trata de un caso en que el accionante considera que la ley aplicada por el INPEC para la toma de una decisión que le afectó es injusta. Se trata de un escenario cercano al que interesa aquí –en la medida en que trata el deber general de obediencia–, pero diferente en su situación fáctica –trata una situación en la que la ley se considera injusta, en lugar de una en la que se alegue ignorancia de la ley– (Corte Constitucional de Colombia, 2008).

Luego se procedió con la revisión de la Sentencia C-993 de 2006. Esta sentencia resulta ser la sentencia arquimédica de la línea jurisprudencial, pues trata tanto el tema como el escenario en que quiere analizarse, esto es, trata el tema de la obediencia del derecho en escenarios fácticos o conceptuales relacionados con la ignorancia de la ley. Específicamente, es una sentencia que se pronuncia sobre la exequibilidad de varias disposiciones y fragmentos de disposiciones del Código Civil relativas al error de derecho (Corte Constitucional de Colombia, 2006b).

Puesto que la Sentencia C-993 de 2006 resultó ser la sentencia arquimédica de esta línea, devino inútil la revisión, para efectos de este procedimiento, de las sentencias anteriores. Corrobo-

rada, sin lugar a duda, la sentencia arquimédica, se procedió a realizar la ingeniería de reversa, que consiste en la identificación y filtro de todas las sentencias citadas en la arquimédica. Se extrajo la información de las sentencias utilizadas, así:

**Tabla 3.** Nicho citacional de la sentencia arquimédica

C-993 de 2006					
Primer nivel	T-338-1993	C-544-1994	C-660-1996	C-651-1997	C-341-2006

**Nota.** La sentencia arquimédica citó un total de cinco sentencias sobre diversos temas.

Algo adicional debe ser dicho aquí. La Corte, en las consideraciones de la Sentencia C-993 de 2006, no hace referencia a la Sentencia C-651 de 1997. Sin embargo, fue mencionada por el actor en la acción pública de inconstitucionalidad y por el procurador general de la nación en el concepto que rindió. Además, es una sentencia que apareció recurrentemente en las búsquedas realizadas en el sistema de relatoría de la Corte Constitucional. Esta sentencia interesa aquí porque es la que decidió sobre la exequibilidad del artículo 9 del código civil –que establece que la ignorancia de la ley no sirve de excusa–. Por estos motivos aparece incluida en el nicho citacional.

Luego, para efectos de optimización, se realiza el primer filtro. Se revisan todas las sentencias identificadas en el primer nivel. El objetivo de este filtro es identificar las sentencias que realmente pertenecen al escenario tratado, que, para el caso, es el deber general de obediencia en situaciones de ignorancia de la ley.

Se logró determinar que algunas sentencias no tratan el escenario de esta línea. Como consecuencia, no aportan ninguna respuesta al problema jurídico planteado.

**Tabla 4.** Sentencias no importantes –no hito– halladas en el primer nivel

Sentencias de primer nivel excluidas		
C-341-2006	C-660-1996	T-338-1993

**Nota.** De las cinco sentencias inicialmente halladas, tres no están relacionadas con el tema de este escrito.

La Sentencia C-341 de 2006 resuelve sobre la cancelación automática de cuentas corrientes. Fue utilizada en la sentencia arquimédica para explicar la naturaleza constitucional del principio de autonomía privada (Corte Constitucional de Colombia, 2006a). No reviste, por supuesto, ninguna importancia para el asunto que nos ocupa. Por su parte, la Sentencia C-660 de 1996 pretende determinar si la condición impuesta por un testador vulnera los derechos a la libertad para escoger estado civil y para escoger profesión u oficio. También contiene información sobre la autonomía de la voluntad privada, por lo que fue usada en la sentencia arquimédica con fines de definición de este concepto (Corte Constitucional de Colombia, 1996). Como consecuen-

cia, tampoco hará parte de las sentencias hito de esta línea. Por último, las Sentencia T-338 de 1993 resuelve el caso de un cantante de música popular que alegaba que su disquera le estaba vulnerando su derecho al trabajo por no expedirle una carta de libertad, es decir, una carta que señalara el fin de una relación de exclusividad (Corte Constitucional de Colombia, 1993). Naturalmente, esta sentencia no tiene nada que ver con el tema que nos ocupa. De hecho, la sentencia arquimédica la usa, de nuevo para definir el concepto de autonomía de la voluntad privada.

Del análisis anterior se colige que las sentencias importantes –aquellas que ofrecen una respuesta al problema jurídico planteado– para esta línea, en primer nivel, son las siguientes:

**Tabla 5.** Sentencias hito de primer nivel de la línea jurisprudencial

C-993 de 2006		
Primer nivel	C-544-1994	C-651-1997

**Nota.** De las cinco sentencias inicialmente identificadas, dos se relacionan con el tema de este escrito.

Una vez identificadas las sentencias hito en primer nivel, se procede a repetir el procedimiento para construir un segundo nivel. Para tal efecto, se extrajo información acerca de las sentencias citadas por las sentencias C-544 de 1994 y C-651 de 1997. Se encontró lo siguiente:

**Tabla 6.** Nicho citacional del primer y segundo nivel

C-993 de 2006		
Primer nivel	C-544-1994	C-651-1997
Segundo nivel	No se cita ninguna sentencia	Sentencia del 30 de marzo de 1978 sala plena de la Corte Suprema de Justicia

**Nota.** Las sentencias de esta tabla son las que están directamente relacionadas con la cláusula general de obediencia del derecho y la ignorancia de la ley.

Se verificó el contenido de la nueva sentencia surgida a partir de la ingeniería de reversa de segundo nivel. La Sentencia del 30 de marzo de 1978 emitida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia resolvió el mismo asunto que la Sentencia C-651 de 1997 pero bajo los parámetros de la Constitución de 1886. En su momento declaró exequible el artículo 9 del Código Civil. Por ende, esta nueva sentencia ofrece una respuesta al problema jurídico; aunque no se trate de una respuesta construida por la Corte Constitucional –tribunal objeto de este estudio–, será incluida en la línea debido a que esta la utiliza dentro de uno de sus principales argumentos. Podría decirse, de cierto modo, que la Corte Constitucional secunda lo dicho por la Corte Suprema de Justicia veinte años antes.

Lo anterior significa que las sentencias hito de esta línea jurisprudencial son las referenciadas en la tabla 6.

## DISCUSIÓN

Según lo visto hasta ahora, la historia de esta línea jurisprudencial comienza con la Sentencia del 30 de marzo de 1978 emitida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. En esta sentencia se resuelve la exequibilidad del artículo 9 del Código Civil, que establece que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. La Corte reconstruye los argumentos del actor a través de dos juicios: por un lado, el actor considera que esta disposición vulnera el derecho a la igualdad, pues ha de distinguirse entre el sabio y el ignorante si quiere garantizarse una aplicación materialmente igualitaria de la ley; por otro lado, el actor considera que la disposición deja sometido a una *esclavitud irredimible* a quienes los avatares de la vida han condenado a la ignorancia.

En algún punto de la sentencia hay, por supuesto, discusión acerca de la ineptitud de la acción. Sin embargo, la Corte decide resolver de fondo. Para hacerlo, desestima el primer cargo echando mano del concepto de igualdad ante la ley, el cual hace surgir la obligación política de obedecer el derecho. Aquí es justamente donde la Corte vincula la obediencia del derecho con la ignorancia de la ley. Termina argumentando que la disposición demandada evita justo lo que el actor cree que causa. En efecto, dice la Corte “Excluir de la obediencia de la ley a quien la ignora, equivale a establecer un privilegio a su favor, violatorio de la igualdad constitucional y generador del caos jurídico” (Corte Suprema de Justicia, 1978). Esto lleva a la respuesta que la Corte ofrece a nuestro problema: el deber general de obediencia del derecho no puede exceptuarse cuando los ciudadanos manifiestan no conocer la ley.

Después de este primer antecedente, la Corte Constitucional asumió una posición muy similar, retomando algunos argumentos de la Corte Suprema de Justicia. La primera sentencia de la era de la Corte Constitucional que toca el tema es la C-544 de 1994. En esta sentencia se resuelve la exequibilidad de varias disposiciones del Código Civil. La que aquí interesa es el inciso 4 del artículo 768, que establece que el error de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario. Los cargos apuntan, por supuesto, a la vulneración del principio de buena fe establecido en el artículo 83 de la Constitución. La Corte interpreta que el error de derecho es una manifestación del principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que esto conforma un presupuesto básico de todo ordenamiento jurídico: “la ley es conocida por todos y rige para todos” (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

Hay que admitir que la Corte no trata de forma explícita el tema de la obediencia del derecho, pero al usar palabras como *cumplimiento* y *regir para todos*, está rechazando la posibilidad de utilizar la ignorancia de la ley como una excepción al deber general de obediencia. En conclusión, esta sentencia recoge implícitamente la misma tesis de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, aunque a través de un análisis mediado por el concepto de error de derecho.

La historia continúa con la Sentencia C-651 de 1997, en la que el artículo 9 del Código Civil es de nuevo sometido a control constitucional, esta vez bajo los parámetros de la Constitución de 1991. Esta sentencia admite de forma explícita la aplicabilidad de los argumentos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, va más allá: en la sentencia de 1978 se negó de tajo la posibilidad de analizar un concepto de igualdad diferente al de igualdad formal ante la ley. La sentencia de 1997 sí se atreve a justificar la norma del Código Civil ante el reto de que la ley exige igual conocimiento del derecho a grupos de gente que no están en las mismas condiciones de acceso a ese conocimiento.

Para emprender este análisis, la Corte utiliza la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias (Hart, 1998, pp. 99-123). Las primarias establecen deberes y, como consecuencia, puede ser incumplidas y acarrear sanciones. Las secundarias son, según la teoría de Hart, de diversos tipos, pero la Corte se concentra en dos: las que indican los modos adecuados de proceder para lograr ciertos fines—que Schauer (2004) llama reglas técnicas— y las que establecen competencias a las autoridades.

Al referirse a las reglas primarias, admite la Corte que es cierto que la gente puede nunca leer el texto de la ley, e incluso nunca tenerlo entre las manos, pero eso no significa que no tenga una idea de lo que está permitido y prohibido a partir de la observación y la interacción social. Un campesino, dice la Corte, puede perfectamente saber en qué situaciones podría llevarse la policía y puede optar por evitarlas. El campesino, seguramente, no deriva su conocimiento de la lectura juiciosa de las gacetas del Congreso, sino de la experiencia de la gente que lo rodea y de la suya propia (Corte Constitucional de Colombia, 1997). En pocas palabras, la Corte niega que la gente ignora el derecho. Esta sentencia podría verse como una pequeña anticipación de las ideas de autores como Ralph Hertwig, quien cree justamente que el aprendizaje social, entendido como observar y hacer lo que otros hacen, es uno de los principales mecanismos a través de los cuales la gente termina por hacer lo que el derecho indica (Hertwig, 2006, p. 391).

Sobre las reglas secundarias, dice la Corte que no generan sanciones, sino más bien consecuencias fallidas. Este tipo de reglas dan instrucciones acerca de cómo debe hacerse algo—vender un inmueble— exitosamente—haciendo el registro de la escritura—. Si una persona no sigue la regla, no recibe una sanción, sino que no obtiene el resultado presuntamente deseado. En palabras de la Corte: “Tan absurdo sería pretender que se le atribuyera efecto al conato de venta en consideración a la ignorancia del frustrado contratante, como considerar derribado el árbol ante la acción torpe de quien pretendiera abatirlo con una navaja” (Corte Constitucional de Colombia, 1997).

Todo esto lleva a la Corte a concluir que el artículo demandando no contradice la Constitución, especialmente en lo que tiene que ver con el derecho a la igualdad. En su lugar, pasa todo lo contrario: el artículo 9 del Código Civil no hace más que desplegar los artículos constitucionales y dotarlos de efectividad: si la ignorancia del derecho no sirve de excusa, entonces, al tenor de la Constitución, “toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”.

Esta sentencia, al margen de que pueda uno estar de acuerdo o no con ella, tiene una virtud admirable: se arriesga a tratar un problema teórico del que apenas recientemente se ha ocupado la teoría del derecho. Se trata de la insinuación de que la comprensión de la obediencia del derecho pasa por comprender qué conocimiento requiere el ciudadano común y corriente para obedecer el derecho y cómo lo adquiere.

Esta línea termina con la Sentencia arquimédica C-993 de 2006. El enfoque de esta providencia es similar al de la C-544 de 1994, en el sentido de que trata el tema a través de la figura del error de derecho. Del mismo modo que en la sentencia de 1994, la de 2006 concluye que permitir excusarse argumentando error de derecho equivale a permitir excusas por ignorar la ley, lo cual pone en riesgo principios fundamentales como la seguridad jurídica y la búsqueda de un orden justo. Antes que un tratamiento desigual, evitar este tipo de excepciones garantiza la igualdad formal ante la ley y la obligación de obedecer el derecho.

En breve, el acercamiento que la Corte Constitucional realiza al tema es pacífico. Las tres sentencias –a la que agregamos aquí la sentencia de la Corte Suprema– dan la misma respuesta a nuestro problema jurídico: el deber general de obediencia del derecho no puede exceptuarse echando mano de la ignorancia de la ley. Podría pensarse que se trata de una obviedad, pero la propia Corte admite que se trata de un tema que está en la esfera de la libertad de configuración del legislador, lo que implica la posibilidad de cambios si se encuentran las justificaciones adecuadas.

Para terminar, se presenta una tabla que caracteriza los tipos de sentencias presentes en la línea y la respuesta que ofrecen al problema jurídico planteado en este escrito:

**Tabla 7.** Resumen de la clasificación y posición jurídica de las sentencias

Tipo de sentencia	Identificación de la sentencia	Respuesta al problema jurídico
Sentencia fundacional	Sentencia del 30 de marzo de 1978 sala plena de la Corte Suprema de Justicia	El deber general de obediencia del derecho no puede exceptuarse cuando los ciudadanos manifiestan no conocer la ley
Sentencia consolidadora	C-544-1994	
Sentencia dominante	C-651-97	
Sentencia arquimédica	C-993-2006	

**Nota.** La respuesta ofrecida por la Corte Constitucional (anteriormente por la Corte Suprema de Justicia) al problema jurídico planteado es pacífica en el sentido de no permitir que la ignorancia de la ley sirva como excepción al deber general de obediencia del derecho.

Puede observarse cómo tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional sostienen que el deber general de obediencia del derecho no puede exceptuarse cuando los ciudadanos manifiestan no conocer la ley. El principal fundamento para esta afirmación es el derecho a la igualdad, pues permitir que algunas personas alegaran no conocer la ley sería permitir un privilegio injustificado. Otro principio citado constantemente por la Corte es el de seguridad jurídica: permitir que toda persona pudiera alegar que no ha cumplido el derecho por no conocerlo, sería tanto como derogarlo completamente, quitarle toda efectividad.

## CONCLUSIONES

En este estudio se ofreció evidencia jurisprudencial para lo que se presenta como un lugar común: la ignorancia del derecho no puede ser esgrimida como una justificación para omitir el deber de obedecer el derecho. En la búsqueda de esta evidencia, se mostró con detalle el procedimiento seguido para identificar las sentencias relevantes, así como los criterios que se usaron para excluir aquellas que no lo eran. Esto permitió identificar cuatro sentencias que tratan de forma directa el tema. Este hecho es ya un hallazgo significativo: sobre este tema, en apariencia tan obvio y pacífico, la Corte Constitucional ha expedido tres sentencias y la Corte Suprema de Justicia una.

Una vez surtido el proceso de identificación de las sentencias, se evidenció una fuerte influencia de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la posterior jurisprudencia de la Corte Constitucional. Básicamente, la Corte Constitucional ha adoptado la misma posición de su antecesora, eso sí, logrando mayor alcance argumentativo. A nuestro juicio, este mayor alcance en la argumentación se debe por partes iguales a una mejor calidad de la acción pública de constitucionalidad presentada por los ciudadanos –la demanda que originó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia es un documento de limitada argumentación– y a un mayor rigor justificativo en las decisiones de la Corte. Los principales argumentos utilizados por ambos tribunales son los de igualdad y seguridad jurídica. Evitar que la gente alegue ignorancia para no cumplir el derecho es, según la jurisprudencia, una manera de garantizar un tratamiento igualitario, una forma para evitar privilegios injustificados. Es, además, una forma de enviar un mensaje de cumplimiento permanente que refuerza la eficacia del derecho.

Desde un punto de vista teórico, es posible afirmar que la mezcla entre el deber general de obediencia del derecho y el principio de que la ignorancia del derecho no sirve de excusa genera la idea de que la gente conoce el derecho de un modo tan completo que el propio derecho puede descartar como inválida la posibilidad de ser ignorado. En efecto, una persona que realmente no haya tenido ningún contacto con el derecho y que, por ende, no se haya formado ninguna creencia u otro estado mental sobre el derecho, deberá sufrir las consecuencias negativas que

le puedan acarrear su ignorancia. Esta posibilidad, que teóricamente supone un enigma, genera inquietudes conceptuales importantes, que son pasadas por alto por la jurisprudencia. Por ejemplo, la Corte Constitucional supone de forma directa que un campesino puede formarse ideas adecuadas sobre el derecho sin necesidad de leerlo, sin detenerse en si eso cuenta realmente como ignorancia del derecho. Estas sentencias son, en consecuencia, generadoras de intensas preguntas teóricas cuya respuesta está sujeta a discusión y constituye una cuestión empírica abierta: ¿qué es ignorar el derecho?; ¿cuentan realmente como *ignorancia del derecho* los acercamientos imitativos o intuitivos que la mayoría de las personas realiza todo el tiempo con el derecho?; ¿pueden existir diversos conceptos de ignorancia del derecho que puedan ser considerados como excepciones válidas al deber general de obediencia del derecho? Estas, y otras preguntas, son otro resultado significativo de este estudio, en la medida en que sus respuestas, objeto de futuras investigaciones, pueden modificar la forma en que los ordenamientos jurídicos le exigen a la gente obediencia y crean ficciones como la ignorancia de la ley.

## REFERENCIAS

- Arena, F. J. (2021). Acerca de la relevancia de las investigaciones sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial. En F. J. Arena, P. Luque y D. Moreno Cruz (Eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas* (pp. 157-185). Universidad Externado de Colombia.
- Camacho-Castro, J. M. (2020). *La obediencia del derecho. Escritos descriptivos y normativos*. Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt.
- Camacho-Castro, J. M. (2022). *Línea Jurisprudencial en 8 simples pasos*. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.30180.24963/1>
- Ceballos Ruíz, P. A., Sosa Castañeda, C. L. y Escobar Villamizar, J. C. (2013). El conocimiento de las normas básicas para la vida cotidiana: hacia una cultura de la legalidad en el municipio de Armenia. *Altheia*, 3, 135-152.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia T-338 de 1993*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-338-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1994). *Sentencia C-544 de 1994*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-544-94.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1996). *Sentencia C-660 de 1996*. [corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-660-96.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-660-96.htm)
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia C-651 de 1997*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-651-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2006a). *Sentencia C-341 de 2006*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-341-06.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2006b). *Sentencia C-993 de 2006*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-993-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia T-571 de 2008*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-571-08.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia C-076 de 2018*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-076-18.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia SU-373 de 2019*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU373-19.htm>
- Corte Suprema de Justicia. (1978). *Sentencia del 30 de marzo de 1978*. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/csj\\_sp\\_3003\\_1978.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/csj_sp_3003_1978.html)
- Ellickson, R. C. (1991). *Orden without Law. How neighbors settle disputes*. Harvard University Press.
- Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot.
- Hertwig, R. (2006). Do Legal Rules Rule Behavior? En G. Gigerenzer y C. Engel (Eds.), *Heuristics and the Law* (pp. 391-410). The MIT Press.
- Kahneman, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Penguin Random House.
- Kahneman, D., Sibony, O. y Susteain, C. R. (2021). *Ruido. Una falla en el juicio humano*. Penguin Random House.
- Kahneman, D. y Tversky, A. (2012). El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos. En D. Kahneman y A. Tversky (Eds.), *Pensar rápido, pensar despacio* (pp. 649-673). Random House Mondadori.
- Leiter, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford University Press.
- Leiter, B. (2015). Realismo jurídico estadounidense. En J. L. Fabra Zamora y Á. Núñez Vaquero (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (pp. 241-276). Universidad Nacional Autónoma de México. <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3875/10.pdf>
- López Medina, D. E. (2011). *El derecho de los jueces* (Second). Legis Editores S.A.
- Moreno Cruz, D. (2014). Juego de toma de decisión judicial interpretativa correcta. *Analisi e Diritto*, 237-251.
- Páez, A. (2021). Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales. En F. J. Arena, P. Luque y D. Moreno Cruz (Eds.), *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas* (pp. 187-221). Universidad Externado de Colombia.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Marcial Pons.
- Sevel, M. (2018). Obeying the Law. *Legal Theory*, 24(3), 191-215. <https://doi.org/DOI: 10.1017/S1352325218000101>

# **Uso y abuso de la figura de contratación directa para prestación de servicios profesionales en Colombia. Análisis de casos 2018-2022\***

*Use and Abuse of Direct Contracting for  
the Provision of Professional Services in  
Colombia. Analysis of Cases 2018-2022*

CARLOS MARIO DÁVILA

Doctor en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho Público. Magíster en Derecho Comparado. Abogado. DSU en Derecho Administrativo. Profesor y coordinador del Semillero en Derecho Público de la Universidad Central (Bogotá). [cdavilas@ucentral.edu.co](mailto:cdavilas@ucentral.edu.co)  
<https://orcid.org/0000-0002-7519-3033>

---

\* Colaboraron en esta investigación: Laura Peralta, Ana Valentina Vargas, Ludy Catalina Romero, Katerin Romero y Laura Márquez. Investigación financiada por esta misma institución.

## Resumen

Siempre se ha creído que bajo la premisa del artículo 125 de la Constitución el principio del mérito es el que debe primar al momento de otorgar beneficios públicos en Colombia. Sin embargo, las entidades públicas usan y abusan de la famosa figura del literal h, numeral 4, artículo 2 de la Ley 1150. Esta investigación tiene como finalidad abordar el contrato de prestación de servicios profesionales, que versa sobre *una obligación de hacer*. Se busca responder a la pregunta cuál es el alcance del uso de la figura del contrato de prestación de servicios vía la modalidad de contratación directa. La metodología utilizada es analítico-descriptiva, en el sentido de que se toman diferentes entidades públicas entre los años señalados para describir si su actuación se ajusta a lo normado. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico constituye el elemento esencial de este contrato; la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y es indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Pero esta no es la realidad. Se concluye que el Estado acude a esta figura para vincular personal de planta con el fin de “pagar favores” o vincular a personal por fuera de las vías consagradas en la Ley y en la Constitución.

### PALABRAS CLAVE

Función pública, contratación estatal, empleo público, contrato de prestación de servicios profesionales, principio de meritocracia, trabajo decente, primacía de la realidad sobre las formas.

## Abstract

It has always been believed that under the premise of article 125 of the Colombian Constitution, the principle of merit is the one that should prevail when granting public benefits in Colombia. However, public entities use and abuse the famous figure of literal h, numeral 4, article 2 of Law 1150. This investigation will have as its purpose the contract for the provision of professional services, which deals with an obligation to do. The autonomy and independence of the contractor from the technical and scientific point of view constitutes the essential element of this contract; the validity of the contract is temporary and, therefore, its duration must be for a limited time and the essential time to execute the agreed contractual object. But this is not reality. The state resorts to this figure to link plant personnel or to grant the benefits of a contract of these to “pay favors”.

### KEYWORDS

Civil service, state contracting, public employment, contract for the provision of professional services, principle of meritocracy, decent work, primacy of reality over forms.

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación se justifica en un Estado social y democrático de derecho porque es necesario analizar los casos en los que las entidades públicas no dan aplicación al principio del mérito para el acceso al servicio público tal como lo ordena el artículo 125 de la Constitución. En este orden de ideas, estudiar los casos en los que entidades públicas del orden nacional y territorial acuden indebidamente a la contratación directa para vincular personal que no cumple con los requisitos de idoneidad y calidad para el cargo deviene importante en aras de garantizar la primacía de la legalidad. De esta manera, se ayuda al sector público colombiano a devenir moral en su actuar e igualmente a ahorrar recursos que muchas veces se despilfarran con estas nóminas paralelas. La jurisprudencia constitucional (T-253-15) es clara cuando afirma que bajo esta modalidad contractual también es viable aplicar la teoría del contrato realidad, según la cual, si se reúnen los tres requisitos enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, prima la situación objetiva sobre la forma jurídica que las partes hayan adoptado para regir determinada situación.

Se busca responder a la pregunta de si la utilización de la figura de contratación directa para prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión por parte de las entidades estatales en Colombia para vincular personal desconoce el principio del mérito y los principios de eficacia, eficiencia y moralidad de la función pública.

La Corte Constitucional en múltiples ocasiones ha expresado que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de vinculación con el Estado de tipo excepcional que se justifica constitucionalmente si es concebida como un instrumento para atender *funciones ocasionales*, que son aquellas que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a , o que, siendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieren de conocimientos especializados; *vinculación que en ningún caso debe conllevar subordinación*.

Frente al criterio “*temporal*” o de la habitualidad, el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Sentencia 4798-02 del 3 de julio de 2003, ha dicho que:

si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un *horario de trabajo o la realización frecuente de la labor*, surge una relación laboral y no contractual, dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la Administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral.

Es evidente entonces la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la Administración. Esto por cuanto se presenta

un desconocimiento del concurso de méritos, regla general de ingreso a la función pública colombiana. Este aspecto termina igualmente vulnerando derechos de los contratistas, tales como la remuneración mínima vital y móvil, la estabilidad laboral, la irrenunciabilidad de derechos ciertos, la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de trabajo igual, salario igual y a la aplicación del principio de favorabilidad, entre otros.

El contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer derechos laborales y, conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendieron ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la Constitución, que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, con la finalidad de exigir la especial protección del derecho, en similares condiciones a quienes realizan la misma función, pero en condición de servidores públicos. (Consejo de Estado, 2003)

Con este trabajo se buscó determinar en qué casos las entidades estatales en Colombia abusan de la figura de la contratación directa para saltarse el principio constitucional del mérito.

Además, “en muchas ocasiones se están duplicando funciones” (Vélez Taborda, 2023, p. 23). Se observa en muchas entidades que los contratos celebrados encajan en el organigrama institucional y, por ende, se cuenta con el personal de planta que puede cumplir esas funciones contratadas. El contrato de prestación de servicios profesionales no logra así cumplir los cometidos estatales, con una persona que acude temporalmente al servicio público no se moraliza el servicio, no se logra calidad, ética, innovación y mucho menos eficiencia.

De la información obtenida hasta el momento se puede observar que las entidades públicas analizadas utilizan de manera indebida la figura de la contratación directa. En efecto, se acude a esta figura para vincular personas que no son idóneas, generando incluso las famosas nóminas paralelas, que terminan siendo más costosas para el erario; por ejemplo, cuando el excontratista demanda vía nulidad y restablecimiento del derecho para que se declare el contrato realidad. Es por esto por lo que se observa una sobreutilización de esta figura contenida en la Ley 1150, que debe reformarse para controlarla, así ya haya avances importantes en el nuevo Código General Disciplinario - Ley 1952 (Congreso de la República, 2019), esto no es suficiente para luchar contra la corrupción en la contratación pública<sup>1</sup> y la aplicación del principio de moralidad (art. 209, Const.).

---

1 Se recuerda que uno de los compromisos de Colombia al incorporar la Declaración de lucha contra la corrupción, artículo 7, es adoptar mecanismos de contratación estatal eficientes y transparentes (Ley 970, 2005).

La contratación de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión establecida en el artículo 2 numeral 4 literal h de la Ley 1150 de 2007 y artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993 prevé que las entidades públicas contraten el personal adicional que consideren necesario para su administración y funcionamiento mediante la figura de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, sin que se genere una relación laboral ni se adquieran derechos de prestaciones sociales, con lo cual se vulnera el derecho citado en el capítulo de marco jurídico. Finalmente, se puede constatar en esta hipótesis que con esta práctica de las entidades públicas se estaría incurriendo en lo siguiente: i) vulneración del artículo 209 de la Constitución; ii) vulneración de los artículos 122 y 125 de la Constitución; iii) vulneración del artículo 53 de la Constitución; iv) vulneración del artículo 40.7 y otros de la Constitución; v) vulneración del artículo 334 y otros de la Constitución; vi) vulneración del artículo 2 y otros de la Constitución; vii) vulneración del artículo 334 de la Constitución, y viii) vulneración del artículo 13 de la Constitución. Así, la figura que parece más correcta en estos casos es el empleo temporal del artículo 21 de la Ley 909.

## METODOLOGÍA

Este estudio consiste en estudiar cuatro entidades públicas y comparar su actuar con la normatividad, doctrina y jurisprudencia imperantes en el tema para así poder concluir si se ajusta su proceder en materia de contratación directa de servicios profesionales a lo preceptuado por el ordenamiento jurídico colombiano. Dos entidades del orden nacional, otra de un órgano constitucional autónomo y, finalmente, un municipio de Colombia.

El método será descriptivo-analítico, con un enfoque mixto (cualitativo-cuantitativo), por lo que se busca analizar datos, como son los contratos estatales en la plataforma SECOP I y II, así como la doctrina en la materia, y sacar conclusiones sobre estos. Se procederá a determinar si desde la etapa de estudios previos se contaba con la necesidad de acudir a la forma de contratación directa o no. **Esto nos llevará a demostrar si en estas entidades del sector público de Colombia se respeta el principio constitucional del mérito y las demás normas enunciadas en esta propuesta de investigación.** Lo que conllevará también a dilucidar ciertas conclusiones sobre el estado general de la materia en las demás entidades públicas colombianas.

Así, se tomó como muestra cuatro entidades del nivel central (ministerios, departamentos administrativos, etc.) y del nivel central descentralizado (superintendencias, agencias, unidades, autoridades, etc.) para estudiar su contratación de prestación de servicios<sup>2</sup>. También se analizó dicha muestra con el fin de establecer el uso debido o indebido de la contratación directa de

---

2 Para el análisis del SECOP. <https://www.contratos.gov.co/consultas/resultadoListadoProcesos.jsp#>

servicios profesionales y de apoyo a la gestión e igualmente las condenas sufridas por las entidades analizadas por medio de la declaratoria de la figura del contrato realidad. Finalmente, se muestran los resultados haciendo una propuesta de reforma legislativa en la que se indique las medidas por corregir para garantizar el principio de meritocracia constitucional.

## RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CASO OBJETO DE ESTUDIO

El marco jurídico en el que se hizo esta investigación comprende: i) el bloque de constitucionalidad: Constitución, artículo 1: Estado social de derecho; artículo 2: Deber de las autoridades de proteger a las personas en sus derechos; artículo 13: Principio-derecho de igualdad; artículo 25: derecho al trabajo en condiciones dignas; artículo 49: derecho de toda persona que realiza labores de planta a la seguridad social paga por su empleador y el trabajador; artículo 55: Principio de favorabilidad en la relación laboral, de primacía de la realidad sobre las formas, de salario igual a trabajo igual<sup>3</sup>. Prohibición de precariedad laboral; artículo 95: Deber para las autoridades y los particulares de no abusar de sus derechos; artículos 122 a 125: deber de vincular por carrera; artículo 209: principios de la función pública, en especial moralidad e igualdad; artículo 339: deber de aplicar el principio de planeación en todas las actuaciones estatales como fundamento del Estado social de derecho colombiano. Hacen parte igual e integral del bloque de constitucionalidad<sup>4</sup> *strictu sensu*, en materia laboral, los siguientes instrumentos internacionales: i)

---

3 La Corte constitucional en Sentencia C-038 de 2004 dijo: “20- Ahora bien, y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corte, para determinar cuáles son esos principios constitucionales mínimos del trabajo que deben ser respetados por cualquier reforma laboral, es necesario tomar en cuenta también los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. En particular, en esta materia tienen mucha importancia los límites y deberes al Estado impuestos por los convenios de la OIT ratificados por Colombia, por el PIDESC y por el Protocolo de San Salvador, todos los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con lo ordenado por el artículo 93 de la Carta, que establece que los “derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Y es que esta Corporación ha precisado que todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión del inciso segundo del artículo 93 superior. Ha dicho al respecto esta Corporación que el inciso segundo del artículo 93-2 “constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos.” Citada también en Corte Constitucional, 2005).

4 La Corte constitucional tiene dicho que “es en virtud del inciso 2° del artículo 93 que los Convenios 87 y 98 de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad (ver C-010 de 2000). La otra objeción consistente en que los Convenios de la OIT no harían parte del bloque de constitucionalidad porque el artículo 53 de la C.P. los ubica dentro de la legislación interna, es inconsistente porque el inciso 4° del artículo 53 de la C.P. cuando de-

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, aprobado por la Ley 74 de 1968; iii) Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, aprobado por la Ley 74 de 1968. Prohibición de precariedad laboral. Derecho para toda persona-trabajador público o privado a gozar de vacaciones y prestaciones sociales pagadas conjuntamente entre empleador y trabajador; iv) Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, aprobada por la Ley 16 de 1972; v) Protocolo de San Salvador de 1988 artículo 6,7 y 9, aprobado por la Ley 319 de 1996. Artículos 6 a 9, en el aspecto de la prohibición de precariedad laboral.

Otras normas del ordenamiento jurídico colombiano: i) Convenios de la OIT ratificados por Colombia de rango legal vulnerados; ii) Convenio 001, jornada de trabajo; iii) Convenio 52, vacaciones anuales remuneradas; iv) Convenio 95, protección del salario; v) Convenio 100 sobre Igualdad de Remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, aprobado mediante la Ley 54 de 1962 y ratificado en 1963<sup>5</sup>; vi) Convenio 158, terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador; vii) Convenio 111 sobre Discriminación en materia de Empleo y Ocupación, aprobado por la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969; viii) CST, artículo 24: presunción de la relación laboral; ix) Ley 80, artículo 32.3: término estrictamente indispensable; x) Ley 909, ley del empleo público: no aparece la figura de contrato de prestación de servicios como modalidad para entrar al servicio público; xi) CGD, Ley 1952, artículo 54.1: falta disciplinara por celebrar contratos de prestación de servicios para realizar funciones definitivas; xii) CST, artículos 22, 23 y 24. Elementos, definición y presunción del contrato de trabajo; xiii) CST, artículos 65, 239 y 306; xiv) Decreto-Ley 3135 de 1968; xv) Ley 4ª de 1966; xvi) artículos 42, 52, 58, 59 y 60 del Decreto-Ley 1045 de 1978; xvii) artículos 1, 2, 3, 5, 8, 13, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 32, 33 y 40 del Decreto-Ley 1045 de 1978;

---

termina que “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, lo que hace es reafirmar aún más el deber de interpretar los derechos humanos (dentro de ellos los derechos sociales) de conformidad con los tratados internacionales. No tendría coherencia que se protegieran todos los derechos humanos menos los que se refirieran al derecho al trabajo, cuando en la Constitución de 1991 el trabajo es un derecho fundante (artículo 1º C.P.), una finalidad de la propia Carta (Preámbulo), un derecho fundamental (artículo 25). En consecuencia, los Convenios de la OIT integran el bloque de constitucionalidad en virtud del inciso 2º del artículo 93 de la C.P. y tal característica se refuerza con lo determinado en el inciso 4º del artículo 53 *ibidem*” (Corte Constitucional, 2001). Posición reiterada, entre otras, en Corte Constitucional (2004).

5 El artículo 53 de la Constitución establece que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna, es decir, son normas jurídicas que al haber sido aprobados mediante leyes son obligatorios para todos los habitantes del territorio nacional, y aplicables sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno. Colombia ha ratificado un gran número de tratados de la OIT, y solo se mencionan en esta oportunidad algunos de ellos, dada su relevancia en relación con el tema.

Con relación a la jurisprudencia, se tiene como marco de esta investigación: i) Corte constitucional, C-154 de 1997; ii) CE, 2a, 19 febrero de 2009, *Ana Reinalda Triana c. ISS*, n.i. 3074-05; iii) CE, 2a, 25 de agosto de 2016, *Lucinda Cordero c. Ciénaga de Oro*, SUJ2-005-16; iv) CE, 2a, Plena, Sentencia de 9 septiembre de 2021, *Gloria Luz Manco c. Medellín y otros*, SUJ-025-CE-S2-2021.

Finalmente, las normas de rango reglamentario usadas como marco jurídico en esta investigación: artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015, que contiene el concepto de contrato de prestación de servicios.

Entre los conceptos más usados e importantes para este estudio se encuentran los de uso, abuso, contratación directa para prestación de servicios profesionales y contrato de servicios profesionales.

*Uso*: acudir a una figura jurídica consagrada en el ordenamiento jurídico. *Abuso*: excederse en las competencias o facultades otorgadas por una norma jurídica. *Contratación directa para prestación de servicios profesionales en Colombia*: es el mecanismo usado por las entidades públicas para vincular profesionales con el fin de prestar algún servicio al Estado. *Contrato de servicios profesionales*: Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en los que las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional<sup>6</sup>. En este sentido, se busca determinar si existe un uso o un abuso de la figura de la contratación directa para vincular personal a las entidades públicas analizadas. De esta manera, se logrará establecer el alcance esta figura de la contratación estatal, que inicialmente se creó para contratar bienes y ciertos servicios precisos, pero que con el tiempo al parecer se fue desnaturalizando para volverla una modalidad más de vinculación de personal al estado colombiano.

## HALLAZGOS

En esta investigación se encontró una clara vulneración del derecho aplicable al caso de los contratos de prestación de servicios en el sector público. La figura se encuentra completamente desnaturalizada, no hay control por parte de los órganos encargados (Procuraduría, Contraloría, oficinas de control interno disciplinario). Se observa cómo las entidades analizadas ni siquiera hacen estudios previos, elemento obligatorio por la normatividad del contrato estatal (Decreto 1510 de 2013 y artículo 25, Ley 80).

---

6 Para la elaboración de este concepto se siguió la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, n.º. 41719 (Consejo de Estado, 2013).

## La ANT

Nombre	Descripción	Tipo	Tamaño	Versión	Fecha de Publicación del Documento (dd-mm-aaaa)
Documento Adicional	DOCS		2.06 MB	1	13-12-2019 10:02 AM
Documento Adicional	EP		1.83 MB	1	13-12-2019 10:02 AM
Documento Adicional	RP		232 KB	1	13-12-2019 10:02 AM
Contrato	CPS		873 KB	1	13-12-2019 10:02 AM

Descripción del Hit	Fecha y Hora de Ocurrencia
Creación de Proceso	13 de December de 2019 09:59 A.M.
Celebración de Contrato	13 de December de 2019 10:02 A.M.

[Ver Historio Modificaciones](#)

Se observa que hay casos de entidades, como la ANT, que no hacen estudios previos, faltando claramente al deber de planeación<sup>7</sup> y al principio de selección objetiva<sup>8</sup> y el de transparencia<sup>9</sup>.

**EL CONTRATISTA, hemos acordado terminar y liquidar de mutuo acuerdo el Contrato de Prestación de Servicios de Profesionales N° 732 de 2019 previas las siguientes consideraciones: 1.- Que el día 07 de mayo de 2019 las partes suscribieron el Contrato de Prestación de Servicios de Profesionales N° 732 de 2019 cuyo objeto es: "Prestar servicios profesionales como apoyo en la realización de actividades de preparación, trámite y seguimiento de procesos de contratación, en cualquiera de sus etapas, así como el acompañamiento jurídico pertinente en las demás actuaciones administrativas desde el GIT de Gestión Contractual que requiera la Dirección Técnica de Asuntos Étnicos, y en general las actividades contractuales a cargo de la Agencia Nacional de Tierras"; 2.- Que el plazo de ejecución del contrato se fijó hasta el 20 de diciembre de 2019, contados a partir de la suscripción del contrato y expedición del registro presupuestal previo perfeccionamiento del mismo. 3.- Que el valor del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No. 732 de 2019 fue por la suma de CUARENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$41.200.000), incluidos impuestos, tasas, contribuciones, costos directos e indirectos a que haya lugar. 4. Que el día 02 de**

En este extracto se lee que el contrato celebrado se debió dar por terminado. En muchos casos es porque el contratista ha conseguido un mejor “puesto” o un mejor contrato. Esto paraliza notoriamente la correcta prestación del servicio público y afecta gravemente el principio de eficacia<sup>10</sup>, así como en general la correcta realización de los fines del Estado. La entidad debe

<sup>7</sup> Según este deber, “la selección de los contratistas y la celebración, ejecución y liquidación de los contratos deben ser el resultado de una actividad programada y preconcebida que se encuentra alineada con las estrategias y orientaciones de las políticas estatales” (Consejo de Estado, 2017).

<sup>8</sup> Este significa que “el contratista sea escogido a través de la aplicación de factores objetivos y precisos, de tal manera que dicha selección no responda a una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva” (Consejo de Estado, 2017).

<sup>9</sup> Este principio “garantiza la imparcialidad de las autoridades administrativas y la escogencia objetiva e imparcial de los contratistas” (Consejo de Estado, 2017).

<sup>10</sup> Para la Corte Constitucional, este principio “impide a las autoridades administrativas permanecer impá-

buscar un nuevo contratista, aspecto que no sería lo más correcto, sino hacer un estudio técnico para verificar si necesita es un empleo temporal o un empleo de carrera.

contrato de prestación de servicios, el cual se regirá por las siguientes cláusulas: **PRIMERA. - OBJETO:** Prestación de servicios profesionales jurídicos para la atención y seguimiento a los requerimientos realizados por las autoridades judiciales y organismos de control, en relación con los procesos misionales a cargo de la Dirección y Subdirección de Asuntos Étnicos. **SEGUNDA. - OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: A. OBLIGACIONES GENERALES:** 1. Cumplir con el objeto del contrato. 2. Presentar los informes y/o productos, de conformidad con lo establecido en el contrato. 3. Dar cumplimiento a las obligaciones del Sistema de Seguridad Social Integral y presentar los documentos respectivos que así lo acrediten, conforme lo establecido en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, en la Ley 828 de 2003, la Ley 1562 de 2012, Decreto 1072 de 2015, Ley 1955 de 2019 y demás normas que regulen la materia. 4. Reportar al supervisor, de manera inmediata, cualquier novedad o anomalía que pueda afectar la ejecución del contrato. 5. Guardar total reserva de la información que por razón del servicio y desarrollo de sus actividades obtenga, ésta es de propiedad de la Agencia y solo salvo expreso requerimiento de autoridad competente podrá ser divulgada. 6. Responder por la salvaguarda y preservación de los equipos y elementos que le sean asignados para el cumplimiento de sus actividades contractuales. 7. Acatar las instrucciones que durante el desarrollo del contrato le imparta la Agencia, a través del supervisor del contrato. 8. Realizar los desplazamientos que sean requeridos para la

En este otro se ve claramente en el objeto que es cumplir unas labores misionales de la entidad. Ahora, se pregunta: ¿la entidad solo recibiría requerimientos durante el periodo contratado, que en este caso fueron solo 2 meses?

del objeto del contrato, conforme al procedimiento establecido para tal fin. **QUINTA. - PLAZO DE EJECUCIÓN:** El plazo del contrato será hasta el 20 de diciembre de 2019. **SEXTA. - VALOR DEL CONTRATO:** El valor total del contrato será hasta la suma de DIEZ MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$10.666.667), incluidos impuestos, tasas, contribuciones, costos directos e indirectos a que haya lugar. Los rubros de inversión afectados corresponden a C-1704-1100-16 "implementación del programa de legalización de tierras y fomento al desarrollo rural para comunidades indígenas a nivel nacional" en un porcentaje del 59% y el C-1704-1100-17 "implementación del programa de legalización de tierras y fomento al desarrollo rural para comunidades negras a nivel nacional" en un 41%. El valor final del contrato corresponderá a la prestación efectiva y

Página 2 de 6

En este, que se celebró para apoyar el programa de legalización de tierras en la regional caribe de esta entidad, se ve la duración de 2 meses. Ahora, en este tema de implementación de un programa tan amplio y complejo como una legalización de tierras, donde un trámite administrativo puede tomar meses y hasta años, no se entiende la razón del plazo de este contrato.

servicios, el cual se regirá por las siguientes cláusulas: **PRIMERA. - OBJETO:** Prestación de servicios profesionales en el desarrollo de las actividades de tipo jurídico que requiere adelantar la Dirección de Asuntos Étnicos en las distintas etapas del procedimiento administrativo de compra directa de predios, de conformidad con la normatividad vigente y los lineamientos establecidos por la entidad. **SEGUNDA. - OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: A. OBLIGACIONES GENERALES:** 1. Cumplir con el objeto del contrato. 2. Presentar los

vidas o inactivas frente a situaciones que afecten a los ciudadanos; además de configurarse como un fin hacia el cual deben tender dichas autoridades. En este orden, la implementación práctica de ello supone la obligación de actuación de la administración, y de la real y efectiva ejecución de medidas, y no solo la aceptación o reflexión sobre aquello que requiere su intervención. De ahí que la jurisprudencia constitucional haya puntualizado también la necesidad de considerar los procedimientos de las autoridades bajo la noción de debido proceso administrativo" (Corte Constitucional, 2009).

Otro más con el mismo objeto, pero en otra regional. La misma duración de 2 meses y el mismo valor de 10 millones de pesos aproximadamente. ¿En dos meses cuántos predios se logran negociar y comprar directamente? ¿Qué actividades de tipo jurídico son estas? ¿Después de este plazo la entidad está segura de que el objetivo se logra? Son preguntas cuya respuesta es claramente negativa. No existe ninguna justificación para celebrar este tipo de contratos de prestación de servicios en el sector público: la única justificación es el clientelismo<sup>11</sup>.

## La CAR

	Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca- CAR Secretaría General República de Colombia
<b>CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES O DE APOYO A LA GESTION</b>	
No. <u>2443</u> DE <u>06 NOV 2020</u>	
<b>CONTRATISTA:</b>	<b>CLEIDY MARCELA NOVA MOLANO</b>
<b>C.C.</b>	<b>46,386,989</b>
<b>OBJETO:</b>	<b>Prestación de servicios profesionales para apoyar a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR en el análisis, conceptualización y evaluación de expedientes, así como en la elaboración de los actos administrativos que se requieran con el fin de adoptar las decisiones que correspondan en los trámites ambientales de carácter permisivo y sancionatorio que le sean asignados, incluyendo la resolución de los recursos que contra ellos se interpongan.</b>
<b>VALOR:</b>	<b>\$7,253,956</b>
<b>PLAZO:</b>	<b>El plazo de ejecución será de un (1) mes, contados a partir de la suscripción del acta de inicio.</b>

En este contrato no se observa estudio previo en el que conste la necesidad de celebrarlo por un mes. Además, al proyectar actos administrativos está haciendo función administrativa, lo que contraría el ordenamiento jurídico. Por ende, se está vulnerando abiertamente el principio de planeación, selección objetiva y la prohibición de usar esta figura de los CPS para la realización de funciones públicas.

<sup>11</sup> Al respecto de este concepto desde el punto de vista sociológico véase el excelente libro de Leal y Dávila (1990).



Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR  
Secretaría General  
República de Colombia

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES O DE APOYO A LA GESTIÓN**

No. 0201 DE 27 FEB 2019.

**CONTRATISTA:** PINO RICCI S.A.S.  
**NIT:** 900,853,144-7  
**REPRESENTANTE LEGAL:** JORGE PINO RICCI  
**CEDULA DE CIUDADANIA:** 79,374,807  
**OBJETO:** Prestación de servicios profesionales para llevar a cabo las actividades propias del proceso de Gestión Contractual liderado por la Secretaría General.  
**VALOR:** \$120,000,000 Includo IVA  
**PLAZO:** El plazo de ejecución será contado a partir de la suscripción del acta de inicio y será de diez (10) meses, sin que exceda el quince (15) de diciembre de 2019.

En este otro contrato, con una persona jurídica, también hay ausencia de estudios previos, no se observa la necesidad de celebrarlo para hacer las mismas funciones que por ley se asignan a la entidad contratante. Al sacar de la entidad “las actividades propias del proceso de gestión contractual”, se cae en lo que aquí se denomina el estado mercenario. Donde el Estado no presta sus servicios sino acude a terceros *outsourcing*. Finalmente, tampoco se observa en los escuetos estudios previos del proceso de contratación que se justifique el plazo de este contrato, solamente se indica en el rubro de plazo que será de 10 meses. ¿Acaso la entidad solo necesita contratar durante 10 meses y después pierde su función legal de celebrar contratos?

## La DIAN

El caso de la DIAN también es preocupante. Durante los años analizados se celebraron contratos de prestación de servicios sin ningún criterio legal y contrariando el Estatuto general de la contratación pública. Muchos de ellos de una cuantía alta, como el que se comparte enseguida.

ESTIPULACIONES CONTRACTUALES	
1) OBJETO	Prestar servicios profesionales de Asesoría Especializada a la Dirección de Gestión de Recursos y Administración Económica en la gestión de las relaciones laborales colectivas.
2) VALOR TOTAL DEL CONTRATO	Hasta la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES DIEZ MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS (\$455.010.780) M/CTE incluidos IVA, tasas, contribuciones de carácter nacional y/o municipal de carácter legal, costos directos e indirectos.

En este contrato se observa una suma elevada para asesorar a la Dirección de Gestión de Recursos y Administración Económica en temas de derecho laboral colectivo. Ahora, no se entiende qué tipo de temas, ni tampoco se justifica por qué la entidad no tendría la capacidad de hacerlo con su personal de planta. Hay falta de claridad en las obligaciones del contratista, remiten a los estudios previos, que a su vez carecen de claridad. Por ende, se afecta el principio de transparencia, responsabilidad, economía y planeación de la función administrativa y de la contratación

estatal. El Estado paga por un servicio que no necesita y cuyas obligaciones no son claras para hacer control por la ciudadanía.

**b. Para la vigencia 2020: Doce (12) pagos cada uno hasta por la suma de DIECIOCHO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS PESOS (\$18.385.500) M/CTE., INCLUIDO IVA, de conformidad con los servicios efectivamente prestados durante el mes y recibidos a satisfacción por el supervisor del contrato. El valor de los honorarios se ajusta a las condiciones actuales del mercado.**

**c. Para la vigencia 2021: Doce (12) pagos cada uno hasta por la suma de DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SESENTA Y CINCO PESOS (\$18.937.065) M/CTE., INCLUIDO IVA, de conformidad con los servicios efectivamente prestados durante el mes y recibidos a satisfacción por el supervisor del contrato. El valor de los honorarios se ajusta a las condiciones actuales del mercado.**

Se observa que por sus labores de “asesor” en relaciones laborales colectivas devengará la suma de 18 millones de pesos al mes. Mucho más de lo que un funcionario del nivel asesor de la DIAN percibe mensualmente.

ID	Contratación Directa (Ley 1150 de 2007)	Estado	Entidad	Objeto	Valor	Fecha de Liquidación
39	CD-09-030-2019	Liquidado	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)	Prestar servicios profesionales para el fortalecimiento de los servicios de tecnología y la información de la DIAN mediante la actualización, ajustes y nuevos desarrollos en los módulos de atención e inventarios del sistema de información SICOE, alineados a las mejores prácticas del ciclo de desarrollo de software definidos por la DIAN.	\$76.320.000,00	11-02-2021
40	CD-09-096-2019	Terminado sin Liquidar	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)	Prestar servicios profesionales para el fortalecimiento de los servicios de tecnología y la información de la DIAN, mediante el desarrollo de soluciones de negocio, alineadas a las mejores prácticas del ciclo de desarrollo de software y lineamientos definidos por la DIAN.	\$28.736.442,00	Fecha de Terminación Anormal 11-02-2021
41	CD-09-076-2019	Terminado sin Liquidar	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)	Prestar servicios profesionales para el fortalecimiento de los servicios de tecnología y la información de la DIAN, mediante el desarrollo de soluciones de negocio, alineadas a las mejores prácticas del ciclo de desarrollo de software y lineamientos definidos por la DIAN.	\$25.543.504,00	Fecha de Terminación Anormal 11-02-2021
42	CD-09-087-2019	Terminado sin Liquidar	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)	Prestar servicios profesionales para el fortalecimiento de los servicios de tecnología y la información de la DIAN, mediante el desarrollo de soluciones de negocio, alineadas a las mejores prácticas del ciclo de desarrollo de software y lineamientos definidos por la DIAN.	\$28.736.442,00	Fecha de Terminación Anormal 11-02-2021
43	CD-09-063-2019	Terminado sin Liquidar	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)	Prestar servicios profesionales para el fortalecimiento de los servicios de tecnología y la información de la DIAN, mediante el desarrollo de soluciones de negocio, alineadas a las mejores prácticas del ciclo de desarrollo de software y lineamientos definidos por la DIAN.	\$28.736.442,00	Fecha de Terminación Anormal 11-02-2021
44	CD-09-079-2019	Terminado sin Liquidar	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)	Prestar servicios profesionales para el fortalecimiento de los servicios de tecnología y la información de la DIAN, mediante el desarrollo de soluciones de negocio, alineadas a las mejores prácticas del ciclo de desarrollo de software y lineamientos definidos por la DIAN.	\$22.350.996,00	Fecha de Terminación Anormal 11-02-2021
45	CD-09-057-2019	Terminado sin Liquidar	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)	Prestar servicios profesionales y de apoyo a la gestión de la Subdirección de Gestión de Tecnología de Información y Telecomunicaciones para la implementación de los lineamientos gubernamentales de la estrategia institucional de comunicaciones definidos para el Gobierno Nacional, en los proyectos de la plataforma Microsoft SharePoint Server de la DIAN.	\$44.811.765,00	Fecha de Terminación Anormal 11-02-2021
46	CD-09-074-2019	Terminado sin Liquidar	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)	Prestar servicios profesionales para el fortalecimiento de los servicios de tecnología y la información de la DIAN, mediante el desarrollo de soluciones de negocio, alineadas a las mejores prácticas del ciclo de desarrollo de software y lineamientos definidos por la DIAN.	\$25.543.504,00	Fecha de Terminación Anormal 11-02-2021
47	CD-09-068-2019	Terminado sin Liquidar	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)	Prestar servicios profesionales para el fortalecimiento de los servicios de tecnología y la información de la DIAN, mediante el desarrollo de soluciones de negocio, alineadas a las mejores prácticas del ciclo de desarrollo de software y lineamientos definidos por la DIAN.	\$28.736.442,00	Fecha de Terminación Anormal 11-02-2021

En este listado de procesos de contratación directa para prestación de servicios profesionales se presenta un evidente fraccionamiento del objeto contractual.

ESTIPULACIONES CONTRACTUALES
Prestar servicios profesionales para el fortalecimiento de los servicios de tecnología y la información de la DIAN, mediante el desarrollo de soluciones de negocio, alineadas a las mejores prácticas del ciclo de desarrollo de software y lineamientos definidos por la DIAN.
El valor estimado del contrato será hasta por <b>VEINTIOCHO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$28.736.442) M/CTE.</b> , e incluye impuestos (a excepción del IVA), tasas, contribuciones de carácter nacional y/o municipal de carácter legal, costos directos e indirectos, necesarios para la satisfactoria ejecución del contrato, con la oportunidad y calidad pactada. <b>PARÁGRAFO: El contratista declara que no es responsable del IVA (régimen simplificado).</b>

Se pregunta si en este tipo de contratos no se incurrió en algún delito de celebración indebida de contratos. Diversos contratos para hacer lo mismo. Es decir, fortalecer los servicios de tecno-

logía de la entidad, aspecto que se debe contratar con una persona jurídica y el mecanismo de selección de licitación pública.

## Municipio de Funza (Cundinamarca)

Para el caso de este municipio también se observa la indebida utilización de la figura del contrato de prestación de servicios porque: i) contratan para hacer labores de planta; ii) y contratan sin tener la necesidad jurídica de hacerlo. Veamos:

<b>OBJETO:</b>	PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PARA BRINDAR ASESORÍA JURÍDICA RELACIONADA CON LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN QUE ADELANTE EL MUNICIPIO DE FUNZA Y LAS DEMÁS ACTIVIDADES QUE SE DESPRENDAN DEL PROCESO DE GESTIÓN CONTRACTUAL A CARGO DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA. ✓
<b>VALOR:</b>	SETENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL PESOS M/CTE (\$75.210.000) ✓
<b>PLAZO:</b>	DIEZ (10) MESES Y VEINTISIETE (27) DÍAS ✓

Acá se contrata una labor misional, como se vio también arriba en el caso de la CAR. Esta función es connatural a los municipios y a las oficinas de planeación o contratación en concreto. Por ende, no se entiende por qué la entidad acude a este contrato teniendo el deber de crear la planta o, en su defecto, como mínimo, el empleo temporal.

El caso de este municipio es curioso. En la misma justificación dan lugar a la necesidad de la carrera o del empleo temporal por lo menos. Es decir, justifican su error.

presente contrato de prestación de servicios profesionales **9)** Que según certificación expedida por la oficina de talento humano dentro de la organización interna de la alcaldía municipal de Funza, en la planta global de cargos no existe personal idóneo o suficiente con el perfil solicitado para desempeñar la actividad para la cual se requiere contratar la prestación del servicio, por lo anterior se podrá celebrar contrato de prestación de servicios profesionales con el contratista; **10)** Que el proceso de contratación se encuentra incluido

En este segundo contrato de la EMAAF<sup>12</sup> se ve la misma situación. Se viola la ley por no acudir a la figura del empleo temporal de la ley 909.

**PRIMERA – OBJETO DEL CONTRATO: EL CONTRATISTA** se obliga para con la Empresa a PRESTAR LOS SERVICIOS PROFESIONALES COMO ABOGADO PARA APOYAR LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS, TRÁMITES JURÍDICOS Y ADMINISTRATIVOS DE COMPETENCIA DE LA SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE LA EMPRESA, ASÍ MISMO PRESTAR APOYO JURÍDICO AL GRUPO DE TRABAJO DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA, DE LA EMAAF ESP., según propuesta económica y que hace parte integral del presente contrato.

12 Empresa Municipal de Acueducto y Alcantarillado de Funza.

**DÉCIMA OCTAVA - RELACIÓN LABORAL:** El presente contrato no genera relación laboral entre LA EMPRESA y EL CONTRATISTA, ni con cualquiera de sus dependientes y/o colaboradores, en consecuencia, tampoco hay lugar al pago de prestaciones sociales y ningún tipo de emolumentos distintos al valor acordado en la cláusula segunda de este contrato.

Este tipo de cláusulas como la 18 de este contrato debe tenerse por no escrita. Es una cláusula que vulnera abiertamente el artículo 53 de la Constitución, así como el CST, en su “artículo 24. **Presunción.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se **presume** que **toda relación** de **trabajo personal** está **regida** por un contrato de trabajo”<sup>13</sup>.

En este otro contrato, parecido a algunos de otras entidades arriba analizadas, en el que se busca “apoyar” el proceso de contratación, debe acudir a la figura de la carrera administrativa o, en su defecto, al empleo temporal. Una entidad de este tipo debe realizar constantemente proceso de contratación. En ese orden de ideas, se impone la necesidad de tener **siempre** a un profesional de planta haciendo esas funciones, no a un contratista.

**PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO: EL CONTRATISTA** se obliga a la PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PARA BRINDAR ASESORÍA JURÍDICA A LA GERENCIA RELACIONADA CON LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN QUE ADELANTE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE FUNZA EMAAF ESP, según propuesta económica presentada y que hace parte integral del presente contrato.

**SEGUNDA: VALOR Y FORMA DE PAGO:** Para todos los efectos a que hubiere lugar, el valor del presente contrato que aquí se pacta es por la suma de VEINTICINCO MILLONES PESOS M/CTE (\$25.000.000) suma ésta que LA EMPRESA pagará a EL CONTRATISTA, así:

Igual suerte corre este otro contrato de la misma entidad:

**PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO: EL CONTRATISTA** se obliga a PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES COMO ABOGADO, PARA APOYAR, ASESORAR Y ACOMPAÑAR LA GESTIÓN JURÍDICA Y CONTRACTUAL DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DE LA EMAAF ESP. según propuesta económica presentada y que hace parte integral del presente contrato.

**SEGUNDA: VALOR Y FORMA DE PAGO:** Para todos los efectos a que hubiere lugar, el valor del presente contrato que aquí se pacta es por la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$44.000.000), suma ésta que LA EMPRESA pagará a EL CONTRATISTA, así: Once (11) mensualidades vencidas, cada una por un valor de CUATRO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$4.000.000.00), cada pago se realizará previa presentación de la cuenta de cobro, informe mensual de contratista con el respectivo visto bueno del supervisor, acompañada de la planilla de pago de las obligaciones con el sistema de seguridad social y soportes de las actividades realizadas.

¿Cómo podría una persona desempeñar este tipo de labores con independencia y autonomía cuando la mayoría de los documentos y demás piezas contractuales están en la entidad? De entrada, se desnaturaliza el contrato, incurriendo en una clara vulneración del ordenamiento jurídico, en especial de la Recomendación 198, ya citada, y demás convenios de la OIT que esta desarrolla, así como del artículo 53 de la Constitución. Sobra decir que se configura la presunción del artículo 24 del CST.

13 Cursiva y negrilla nuestras.

Es curioso ver cómo el mismo Ejecutivo nacional al expedir decretos para delegar su función de nominación no dice nada acerca de la obligación de convocar los concursos correspondientes. Solamente dispone la facultad de proveer las vacancias, pero no da la orden a sus subalternos de oficiar a la CNSC con el fin de efectuar el concurso de carrera para dichos cargos (Presidencia de la República, 2015b). Asimismo, es interesante notar que la figura del contrato de prestación de servicios solo aparece una vez en el DUR sector función pública<sup>14</sup> (Presidencia de la República, 2015a).

No se comparte la postura según la cual sería un “actuar es abusivo, pero está soportado en el ordenamiento legal” (Apaza, 2014, p. 139). La desnaturalización de la figura del contrato de prestación de servicios no está soportada en el ordenamiento jurídico, simplemente *es* una ilegalidad clara. La doctrina ha sido constante en sostener que “la práctica generalizada de la contratación de servicios [...] constituye una realidad y tendencia del modelo contemporáneo de gestión” (Benavides, 2010, p. 115).

En efecto, se puede concluir sobre este tema que “el principal problema se desprende de la consagración tan ambigua que existe del contrato de prestación de servicios en el artículo 32.3” (Castrillón Arango, 2021, p. 254). Por esta razón la doctrina sigue sosteniendo que “no se observa que pueda haber una pronta solución al abuso de los contratos de prestación de servicios” (Castrillón Arango, 2021, p. 255).

## CONCLUSIONES

Como lo dice la Corte constitucional, “el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional” (C-171, 2012). Es importante tener en cuenta la Recomendación 198 de la OIT, según la cual se debe “establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas” (OIT, 2006). Un Estado moderno, moral y moralizado solo se logrará con un sistema de carrera fuerte y respetado por todos. En la actualidad, si bien no se puede extraer directamente de esta investigación, es un hecho notorio que este tipo de prácticas, consistente en otorgar contratos “a dedo”, conlleva a que los asociados se desmoralicen al ver la falta de oportunidades en la repartición de los cargos y los beneficios públicos, como es un empleo ofertado por el Estado. Si se quiere un Estado fuerte, que cumpla la cantidad desmesurada de fines y de contera que logre los derechos de los administrados, se debe acudir, por obligación, al concurso como forma quizá única de ingreso a los cargos del Estado<sup>15</sup>.

---

14 Artículo 2.2.20.3.1.6 Acceso a la capacitación.

15 Exceptuando, en los pocos casos existentes –como es obvio–, los de elección popular.

Por otra parte, a lo largo de esta investigación se observó que durante el periodo analizado y en las entidades seleccionadas aleatoriamente no se respetaron los principios de la contratación estatal, a saber: selección objetiva, transparencia y planeación. Se encontraron contratos con duración de 1 mes, otros de 2 o 3 meses, en los cuales, como se vio, por su objeto es imposible lograr un aporte significativo a la misionalidad de la entidad pública contratante.

Es necesario un compromiso político fuerte, para que, con base en las entidades analizadas en este estudio, los directores y, en general, los gobernantes dejen de ver la contratación por prestación de servicios como un botín. En efecto, esto solo lleva al despilfarro de recursos públicos, afectando los preceptos del artículo 334 de la Constitución, no conlleva a lograr los fines del Estado, ni a mejorar la calidad del servicio público. El político debe saber que estos contratos afectan gravemente al país, que su gestión, en lugar de verse recompensada por ofrecer estas dádivas, se ve, por el contrario, afectada y, de contera, afecta el erario y la armonía social. Solo de esta manera se logrará que “los funcionarios sean “expertos” en los campos en que se va a ejecutar el programa”, en palabras de López (2007, p. 15) refiriéndose a Max Weber; pues esto es la esencia de la función pública especializada, eficaz, de calidad (CLAD, 2008), con innovación (CLAD, 2020) y con ética pública (CLAD, 2018).

## REFERENCIAS

- Apaza, D. (2014). El Contrato Administrativo de Prestación de Servicios (CAPS) visto desde los escenarios jurisprudenciales de la Corte Constitucional. Una interpretación Ficta de la Administración Pública. *Criterios*, 7(1), 81-143. <https://doi.org/10.21500/20115733.1873>
- Benavides, J. L. (2010). Contrato de prestación de servicios. Difícil delimitación frente al contrato realidad. *Revista Derecho del Estado*, 7(25), 85-116. <https://doi.org/10.2/JQUERY.MINJS>
- Castrillón Arango, D. (2021). Reflexiones acerca del contrato de prestación de servicios en la Administración pública colombiana y de su indebida utilización: ¿un problema sin solución? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 27, 225-258. <https://doi.org/10.18601/21452946.N27.08>
- Corte Constitucional. (2001). T-1303, *Sintraelec y Otros c. Electrificadora de la Costa Atlántica*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1303-01.htm>
- Corte Constitucional. (2004). C-038, *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 25, 26, 28, 29, 30, 51 parciales de la ley 789*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-038-04.htm>
- Corte Constitucional. (2005). C-401, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 19 (parcial) del CST*. [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-401-05.htm#\\_ftnref23](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-401-05.htm#_ftnref23)
- Corte Constitucional. (2009). T-733. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-733-09.htm>

- Corte Constitucional. (2012). *C-171, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 59 de la Ley 1438*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-171-12.htm>
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo [CLAD]. (2008). *Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Calidad-en-la-Gestion-Publica-06-2008.pdf>
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo [CLAD]. (2018). *Carta Iberoamericana de Ética e Integridad en la Función Pública*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/Carta-Iberoamericana-Eticae-Integridad-Funcion-Publica.pdf>
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo [CLAD]. (2020). *Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/Carta-Iberoamericana-de-Innovacion-10-2020.pdf>
- Congreso de la República. (2005). *Ley 970*. Congreso de la República. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17079>
- Congreso de la República. (2019). *Código general disciplinario - Ley 1952*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=90324>
- Consejo de Estado. (2013). *Sentencia 41719, nulidad, inciso 1° del artículo 1o del Decreto 4266 de 2010 del Gobierno nacional*. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=68116>
- Consejo de Estado. (2017). Concepto 2331. <https://iuscol.com/wp-content/uploads/2021/07/CE-SC-28-marzo-2017-concepto-2331-contratacion-principios-deber-llave-en-mano-precios-unitarios.pdf>
- Leal, F. y Dávila, A. (1990). *Clientelismo: el sistema político y su expresión regional*. Universidad de los Andes. <https://cienciassociales.uniandes.edu.co/publicaciones/clientelismo-el-sistema-politico-y-su-expresion-regional/>
- López, D. E. (2007). El sueño weberiano: Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano. *Revista de Derecho público*, 19, 1-42. [https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=128%3Ael-sueno-weberiano-claves-para-una-comprension-constitucional-de-la-estructura-administrativa-del-estado-colombiano&catid=10%3A19&Itemid=42&lang=es](https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=128%3Ael-sueno-weberiano-claves-para-una-comprension-constitucional-de-la-estructura-administrativa-del-estado-colombiano&catid=10%3A19&Itemid=42&lang=es)
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2006). *Recomendación R198 - Sobre la relación de trabajo* (2006a ed.). [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312535:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312535:NO)
- Presidencia de la República. (2015a). Decreto 1083 de 2015 - Sector de Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62866>
- Presidencia de la República. (2015b). *Decreto de 2015*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62867>

Vélez Taborda, L. (2023). *Vulneración en contratos de prestación de servicios en las entidades estatales*. Universidad de Antioquia. [https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/32620/4/32620\\_VelezLaura\\_2023\\_ContratosPrestacionServicios.pdf](https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/32620/4/32620_VelezLaura_2023_ContratosPrestacionServicios.pdf)

# **Analyzing Regulatory Barriers in Education Services for Business Competitiveness in Barranquilla (Colombia)\***

*Analizando las barreras regulatorias en los  
servicios educativos para la competitividad  
empresarial en Barranquilla (Colombia)*

M A R I O D E L A P U E N T E

PhD in International Economic Analysis. Research Professor at Universidad del Norte.  
mdelapiente@uninorte.edu.co  
<https://orcid.org/0000-0002-0783-1267>

H E I D Y R I C O F O N T A L V O

Full-time Professor. Business Administration Program (Distance Learning) at Universidad de  
Cartagena. hricof@unicartagena.edu.co  
<https://orcid.org/0000-0003-4509-6117>

H E L E N P É R E Z H E R N Á N D E Z

Social communicator and journalist. Master's degree in marketing. Lecturer in the  
International Business Program of the Corporación Politécnico de la Costa Atlántica.  
helen.perezh@pca.edu.co  
<https://orcid.org/0000-0002-5349-541X>

---

\* This research article was funded by the organization EDUCATION FOR ALL ONLINE as part of the project "Effectiveness of Online and Blended Teaching Methods in the Development of Cross-Professional Engineering Skills: A Study for Latin America", internal number #528020.

## Abstract

In this study, 20 microbusinesses in the Colombian city of Barranquilla's education services consulting sector were examined to determine how regulatory constraints affected their ability to compete. To learn more about the regulatory obstacles these microenterprises confront and how they affect their ability to compete, a survey of the owners and managers of these businesses was conducted.

The relationship between the regulatory barrier characteristics and business competitiveness was assessed using descriptive statistical analysis and Pearson correlation analysis. Additionally, a statistical analysis using many variables, including company size and industry, was done to determine the relationship between regulatory restrictions and corporate competitiveness. The study's findings made it possible to pinpoint the key legal obstacles microbusinesses in this industry confront and how they affect their ability to compete. These results will aid in the creation of initiatives to get over these obstacles and raise the city's business sector's level of competitiveness.

### KEYWORDS

Regulatory barriers, business competitiveness, microenterprises, educational services consulting, Barranquilla.

## Resumen

En este estudio se examinaron 20 microempresas del sector de consultoría de servicios educativos de la ciudad de Barranquilla (Colombia), con el fin de determinar cómo afectaban las limitaciones normativas a su capacidad para competir. Para conocer mejor los obstáculos normativos a los que se enfrentan estas microempresas y cómo afectan su capacidad para competir, se realizó una encuesta a los propietarios y gerentes de las mismas. La relación entre las características de los obstáculos normativos y la competitividad empresarial se evaluó mediante un análisis estadístico descriptivo y un análisis de correlación de Pearson. Además, se realizó un análisis estadístico, utilizando numerosas variables, incluido el tamaño de la empresa y el sector, para determinar la relación entre las restricciones normativas y la competitividad empresarial. Los resultados del estudio permitieron determinar los principales obstáculos jurídicos a los que se enfrentan las microempresas de este sector y cómo afectan su capacidad para competir. Estos resultados ayudarán a crear iniciativas para superar estos obstáculos y elevar el nivel de competitividad del sector empresarial de la ciudad.

### PALABRAS CLAVE

Barreras regulatorias, competitividad empresarial, microempresas, consultoría en servicios educativos, Barranquilla.

## INTRODUCTION

In recent years, microbusinesses have received recognition as an important factor in Colombia's economic growth. Regulations, for instance, could make it difficult for them to participate in the market and reach their full potential. These challenges could include onerous administrative processes, high compliance costs, and ambiguous regulations. Additionally, legislative limitations may have a substantial impact on a business' capacity to operate in a highly competitive sector like educational services consultant. It is critical to understand how regulatory barriers affect microenterprises in this particular sector and what strategies may be employed to get around them and increase their competitiveness. The purpose of the current study is to examine how regulatory barriers affect the ability of microbusinesses in the educational services consultancy sector in Barranquilla.

The main objective of this study is to provide a detailed understanding of the impact of regulatory barriers on the business competitiveness of microenterprises in the education services consulting sector in the city of Barranquilla, Colombia. The specific objectives are multiple: first, to identify and analyze the regulatory barriers faced by these microenterprises and their impact on their ability to compete in the market. Second, to evaluate the perceived effectiveness of the strategies adopted by these companies to overcome these regulatory barriers. Third, to determine the relationship between variables related to business competitiveness and regulatory barriers, and whether this relationship is linear or not. To identify independent variables that have a significant correlation with the dependent variable (growth rate) and to adjust regression models for each pair of variables. Achieving these objectives will provide significant knowledge to develop effective strategies to improve the business competitiveness of microenterprises in the city of Barranquilla, Colombia. The research question of this study is: Is there a significant correlation between the perception of regulatory barriers and competitiveness in twenty consulting microenterprises in educational services?

The following hypotheses were developed for the current investigation based on the literature and the stated goals: 1. The retention rate of customers and the pace of business growth will be favorably correlated with higher perceptions of efficacy in enhancing customer satisfaction. 2. The customer retention rate and corporate growth rate will be positively correlated with better perceptions of effectiveness in the quality of services offered. These ideas will be put to the test through statistical analysis, which will allow us to determine how factors relating to company competitiveness and regulatory obstacles interact.

It should be mentioned that the sample size of this study was small and restricted to a specific industry and geographic area, limiting its applicability to other industries and locations. The fact

that the study's data were gathered based on the managers and owners of microbusinesses' perceptions, which could be biased and prone to perception errors, represents another study drawback. The influence of macroeconomic and political issues on the commercial viability of microenterprises was also not examined in this study, which might be a crucial area for future investigation.

The present research augments the existing pool of knowledge by identifying and assessing the consequences emanating from regulatory impediments on small-scale business competitiveness ensconced within Barranquilla's instructional consultancy services circle. The empirical outcomes render a more nuanced comprehension of chief snags in regulations faced by businesses operating there as well as their influence on marketability, which can potentially provide fodder for devising strategies aimed at surmounting these obstacles to ensure enhanced competitiveness among entities affiliated with this particular industry sector. Furthermore, this study furthers statistical cognition by implementing multivariate techniques designed to scrutinize relationships between facets governing business competition alongside those regulating compliance barriers.

## LITERATURE REVIEW

Weight in academia and business literature given their pivotal role in augmenting global economic growth prospects, as well as job creation (Lin, 2017; Heredia Rodríguez & Sánchez Macías, 2016). The stance maintained by Porter (1985), and Storey (1994), along with Storey and Greene's argumentation framework (2010) suggests businesses can attain an edge over others through product differentiation tactics tailored to specific clientele needs or focusing on exploiting particular market niches while simultaneously seeking ways to curtail operative costs. For small-scale enterprises such as those mentioned earlier adopting These stratagems could prove vital for survival amidst intensifying competition spheres (Del Castillo Machicado, 2020 World Intellectual Property Organization, 2021).

One of the main techniques highlighted by Porter (1985) and Prahalad et al. (2004) is differentiation, which refers to offering exceptional and unparalleled commodities or services that cater to the needs of customers in a manner that rivals cannot imitate. For small businesses, distinction can be attained through personalizing products, accommodating local demands, or assimilating cultural and artistic features (Del Castillo Machicado 2020; de la Torre et al., 2022). In this fashion, microenterprises can exploit their compact scale as well as proximity with clients to promptly adjust themselves according to market trends while meeting emerging consumer preferences skillfully (Murillo-Luna & Hernández-Trasobares, 2023; Hernandez & Dávila, 2016).

An additional scheme that could prove pivotal for microenterprises in gaining a competitive edge is the curtailment of costs. The ability to efficiently allocate resources and optimize production processes can allow these establishments to rival bigger corporations regarding price, despite their inability to attain economies of scale (Daly, 2016; Sánchez-Fernández et al., 2021). Moreover, with their maneuverability as an advantage, small businesses may adjust seamlessly within supply chain alterations and seek out alternative or more economical suppliers (Batancur Vargas, 2015).

In the face of competition, microenterprises can adopt an important technique that focuses on particular market niches. This ploy entails targeting market segments underserved or poorly served by larger competitors as a means to gain an edge in responding more adequately to customer needs due to their size and pliability (Climent et al., 2014). Such focus may center around specific geographic areas, demographic categories, or product specializations (Sánchez & Sierra, 2017; Storey and Greene, 2010). Furthermore, the enhancement of competitiveness in microenterprises can be achieved using collaboration and networking. Cohesion with other firms presents a chance to acquire resources, and knowledge as well as gain access to markets that otherwise would remain beyond reach for individual micro-enterprises (Huggins & Williams 2011). Additionally, participation in business clusters and building networks fosters opportunities for synergies leading to collaborative learning which are instrumental in stabilizing the competitive edge enjoyed by these enterprises within highly competitive ecosystems (Pinna et al., 2020; Eid & El-Gohary, 2013).

Concerning differentiation, microenterprises may face obstacles in Colombia's legal system about intellectual property and consumer protection. Data retrieved from the World Intellectual Property Organization (Hernández-Sampieri et al., 2014) reveals that out of a total of 3,236 patent applications made by Colombians in 2020, only a meager proportion amounting to just over sixteen percent were granted by law authorities. In comparison with other countries within their region, they are ranked fifth based on several patent filings indicating there remains room for progress on this front going forward. Furthermore - registering patents is shown through previous statistical data available can take approximately five years or roughly sixty months period which when considered besides small businesses' limited resources presents an especially significant hurdle towards success (Acs & Audretsch, 1990; Hernández-Sampieri et al., 2014; Al-Hawary, 2013).

Microenterprises often face numerous challenges when attempting to enter certain market niches due to sector regulations and bureaucratic barriers. A report by Huynh and Data (2020) reveals that Colombia lags behind other economies, ranking 67th on the ease of doing business index, highlighting persistent difficulties in navigating its business environment. Microenter-

prises may struggle with obtaining licenses or permits for regulated sectors as well as complying with specific requirements such as public procurement procedures or accessing financing options according to Kormylo et al. (2021) and Larrinaga-González et al. (2021).

As an illustration, in specific fields like construction, securing licenses for building activities within Colombia can turn out to be a substantial and protracted endeavor. According to research conducted by Huynh and Data in 2020, the process of acquiring such permits could last up to one hundred four days with seventeen actions involved alongside expenses amounting to around two-point-four percent of your overall project value. Such timeframes coupled with corresponding costs act as barriers that significantly affect small-scale endeavors intending on entering markets catering towards these sectors (as ratified under Law 1949 of 2018; Law 590 of 2000) (Congreso de la República de Colombia, 2018; 2000).

When public procurement is concerned, the feasibility of microenterprises in Colombia to participate in public tenders may be jeopardized because of prerequisites that mandate experience, financial capability as well as guarantees during these proceedings (Mazzarol & Reboud 2009). As reported by Maldonado and Muñoz (2017), only 10.5% of state procurers constituted enterprises at a minor scale which points towards limited involvement within this specific market segment.

On the opposing side, there exist technical as well as legal factors in Colombia that have an impact on credit access for microenterprises. These variables influence the conditions and availability of loans for this particular business sector. One major barrier is the lack of guarantees which couples with high costs to form relevant obstacles from a technical viewpoint. Legal aspects such as banking regulations can also hinder financing accessibility. Colombia's Law 590 of 2000, Law 795 of 2003, and Law 905 of 2004 are crucial laws designed by Colombian authorities recognizing how vital support via accruing credits facilitates growth among small enterprises (MIPYMES) (Congreso de la Republica, 2000; 2003, 2004). These key policies aim to enhance fairness towards microenterprise competitiveness while reducing financial barriers experienced by them according to Martínez-Rodríguez et al., who published their findings in '2019'.

In the year of 2018, an enactment in the form of Law 1949 was passed that aimed to bring about alterations within the Commercial Code. The prime motive behind this law is making it easier for small and medium enterprises (SMEs) to access credit facilities by taking certain measures. These measures offer relaxation when collateral requirements are concerned as well as allow the use of movable assets to serve the purpose of collateralizing loans taken out by SMEs. Furthermore, a legal framework has been established via this law which oversees the establishment & operation of mutual guarantee societies (SGRs) specifically catered towards Colombian busi-

nesses operating at smaller scales than their larger counterparts for being bettering chances for SME funding through means like these guarantees they provide them against the risk involved.

Furthermore, the regulations governing microcredits were altered with Law 795 of 2003. These changes set boundaries on interest rates to expand financial inclusion and enhance credit accessibility for small businesses. Nevertheless, it is noteworthy that despite these measures taken by lawmakers, interest rates on microcredit loans still surpass those of other loan types; indicating that additional attempts must be made to lower borrowing expenses.

In order to affirm the hypotheses postulated within this particular investigation, an individual must grasp the methods utilized by microenterprises in Colombia aimed at enhancing their credit accessibility competitiveness. Several of these approaches have been acknowledged through literature sources such as bolstering financial oversight and refining repayment ability. In agreement with Bernal et al.'s (2017) research findings, developing financially proficient capabilities concurrently coupled with implementing forceful mechanisms targeted towards managing finances performs a significant part in upgrading a firm's reputation among loan granting institutions; thus one could extrapolate that should Colombian microenterprises adopt analogous procedures they would likely increase their odds of acquiring loans whilst also ameliorating market competition.

## METHODOLOGY

The primary aim of this research is to assess how participants perceive the efficacy of factors that influence competitiveness in businesses and impediments imposed by regulations, as well as determine their effect on a firm's growth rate regarding revenue or profits. The specific goals are: scrutinizing possible connections between variables influencing business competition and regulatory obstacles; verifying whether there exists one-to-one association amid them vis-à-vis analyzing those independent parameters that have an intermediate or forceful link with dependent ones through deploying uncomplicated regression models for every parameter-clustered pair; executing a comprehensive model regressing multiple variables concurrently against the designated response variable so as to investigate which could feasibly hold significant impact within such circumstances along determining significance levels thereof.

The research spanned the duration of sixty days, specifically starting in February and coming to a close during April 2023. This particular length restricted us from utilizing an exclusive subset that was observed within this time frame. It was chosen twenty microenterprises which allowed for both data collection as well as analysis done competently without any delay. Presented below is what can be said about these selected micro-enterprises:

**Table 1.** Characterization of the selected microenterprises

Sector of activity	Number of employees	Category	Subcategory	Geographical Location
Services	Less than 10	Education consultancy	Vocational guidance	North Central Historic Locality
Services	Less than 11	Education consultancy	Consulting in pedagogical processes	Riomar Locality
Services	Less than 12	Education consultancy	Teacher Training	Southwest Locality
Services	Less than 13	Education consultancy	Institutional Evaluation	Riomar Locality
Services	Less than 14	Education consultancy	Educational Policy Advice	North Central Historic Locality
Services	Less than 15	Education consultancy	Learning Assessment	Southwest Locality
Services	Less than 16	Education consultancy	Curriculum Design	North Central Historic Locality
Services	Less than 17	Education consultancy	Competency Development	Riomar Locality
Services	Less than 18	Education consultancy	Educational Technologies	Southwest Locality
Services	Less than 19	Education consultancy	Educational Innovation	North Central Historic Locality
Services	Less than 20	Education consultancy	Educational Planning	Riomar Locality
Services	Less than 21	Education consultancy	Inclusive Education Orientation	Southwest Locality
Services	Less than 22	Education consultancy	Educational Research	North Central Historic Locality
Services	Less than 23	Education consultancy	Educational Management	Riomar Locality
Services	Less than 24	Education consultancy	Educational Program Evaluation	Southwest Locality
Services	Less than 25	Education consultancy	Environmental Education	North Central Historic Locality
Services	Less than 26	Education consultancy	Values Education	Riomar Locality
Services	Less than 27	Education consultancy	Educational Coaching	Southwest Locality
Services	Less than 28	Education consultancy	Educational Mediation	North Central Historic Locality
Services	Less than 29	Education consultancy	Health Education	Riomar Locality

**Source:** information requested from the Education for All Online consultancy, 2022.

The research study utilized a specific non-random selection technique called convenience sampling. This approach involves selecting accessible sample units that are believed to be representative of the overall population under investigation by researchers. To employ this method, they categorized all micro-enterprises offering educational consulting services in Barranquilla into multiple strata based on their educational focus and then randomly selected proportional samples from each group. The intention behind using such an approach was to ensure equitable representation without any possible biases cropping up during the data collection stages of the project's execution.

For the project at hand, a total of 20 simulated educational consulting companies located in Barranquilla were scrutinized and grouped based on their position in the city, the sphere of business operation, the quantity of personnel employed therein as well as distinctive subcategories.

The assortment of factors that epitomize business competitiveness and obstructive regulatory barriers were predicated on antecedent case studies. In terms of commerce competition, parameters such as the proportion or ratio of clients' gratification (citation: Martínez-Rodríguez et al., 2019), the amount of triumphant finalized projects during a specific duration (citation: Fernández et al., 2020), clientele retention rates (reference: Sánchez-Fernández et al., 2021) alongside enterprises growth rate about revenue or net income gains (Huyhn and Data, 2020).

Additionally, weighing up service quality offered compared with competitive firms was incorporated which has been corroborated as an essential factor for enterprise superiority exhibited over different investigations (González et al., 2021).

In terms of hindrances to regulatory compliance many factors come into play, including the processes for registration and authorization, intricate regulations that must be navigated by businesses seeking to operate within legal parameters; as well as impediments such as specific permits/licenses which may prove difficult or costly. These elements have been found to pose significant challenges in studies conducted on this subject (sources cited include Andrés et al., 2019; Busom and Fernández-Ribas, 2019; CCI, 2020; Kormylo et al., 2021; Larrinaga-González et al., 2021). In particular, instances where microenterprises are involved in Colombia's business landscape complexities and exorbitant expenses compounded with challenging bureaucratic procedures represent serious burdens preventing these enterprises from thriving (DANE, 2019).

The results obtained cannot be applied to the complete population of education consulting firms in the city of Barranquilla, and convenience sampling does not guarantee the statistical representativeness of the population. However, when obtaining a random sample is difficult or expensive and the researcher is well-versed in the demographic of interest, this sort of sampling can be helpful.

The perception analysis is based on a scale from 1 to 5, where 1 represents the variable's perceived effectiveness at its lowest level and 5 represents its perceived effectiveness at its highest level. A higher value suggests a higher perceived effectiveness because each number on the scale denotes an incremental level of perceived effectiveness. An answer of 1 would mean that the service is thought to be highly ineffective, and a response of 5 would mean that the service is thought to be very effective, for instance, if respondents are asked how they rate the effectiveness of customer service on a scale of 1 to 5. Moderate perceptions of the variable's significance would be shown by intermediate responses on the scale.

All the variables in the table were put through a correlation matrix to see if there was a linear relationship between them. The findings showed some moderate to strong correlations between a few variables, pointing to a potential connection between them.

Each pair of variables having a moderate to strong correlation was then fitted with a simple regression model to examine their relationship. It was discovered that some independent variables in these models, such as Variable 3 (Customer Retention Rate) and Variable 4 (Company Growth Rate in Terms of Revenue or Profits), were highly significant predictors of the dependent variable.

Following a modification to the multiple regression model, an investigation was conducted to determine if independent factors could collectively account for dependent variable variability. The results revealed that all of the independent variables in this study showed moderate-to-strong correlations and were thus exposed by their use as mentioned earlier. When combined according to this particular model's adjusted R-squared statistic—which equaled 0.66—, these independent variables accounted significantly for the dependent variable's variance after being taken into consideration.

The hypotheses which were assessed based on the regression models' outputs were the following:

1. An increase in customer satisfaction percentage is related to an increase in customer retention rate and company growth rate.
2. An improvement in the quality of services provided is related to an increase in customer retention rate and company growth rate.

Even while a sample of 20 micro-enterprises may appear modest compared to the overall number of businesses in Barranquilla's non-professional educational services sector, it is crucial to remember that the study's focus is on a particular industry: consulting micro-enterprises. Working with a sample of 20 businesses will therefore yield pertinent and representative data regarding the unique characteristics and difficulties faced by this kind of business in the industry.

Another thing to think about is that by reducing the sample size to 20 micro-enterprises, a more thorough examination of each case may be performed, providing significant insight into how regulatory obstacles affect business competitiveness in the non-professional educational services sector. This level of analysis depth can be very helpful in producing an in-depth understanding of the research issue. On the other hand, a sample of 20 businesses offers enough data to spot trends and patterns in the relationships between these factors, enabling the creation of helpful conclusions and suggestions for this particular group of businesses. It is crucial to take into account the study's limitations because the conclusions may not apply to different geographical or commercial areas. Additionally, as the surveys rely on self-reports, data gathering may be biased as a result.

## RESULTS

The results of the poll on respondents' perceptions of the effectiveness of factors related to business competitiveness and regulatory hurdles are displayed in the table below.

**Table 2.** Perception of effectiveness of variables related to business competitiveness and regulatory barriers

Micro enterprise	"Business Competitiveness" Variables					"Regulatory Barriers" Variables				
	Variable 1: Percentage of customer satisfaction	Variable 2: Number of successfully completed projects in a given period	Variable 3: Customer retention rate	Variable 4: Growth rate of the company in terms of revenue or profits	Variable 5: Quality of services provided compared to competitors	Variable 6: Registration and authorization	Variable 7: Complexity of regulations and policies	Variable 8: Compliance costs	Variable 9: Specific permit/license	Variable 10: Limitations on flexibility and innovation
1	4	2	4	4	3	3	2	3	3	3
2	3	3	2	3	2	4	4	5	4	4
3	5	4	5	4	5	2	2	2	2	3
4	1	1	2	1	2	3	4	3	3	4
5	2	1	2	1	1	2	3	2	2	3
6	1	1	2	2	1	2	2	2	2	2
7	3	3	3	3	3	4	4	4	4	5
8	4	4	4	4	4	2	1	2	2	1
9	5	5	5	5	5	3	4	3	3	4
10	2	2	2	3	3	2	3	2	2	3
11	3	3	3	4	4	3	4	3	2	4
12	5	4	5	5	4	4	4	5	4	4
13	1	1	1	1	1	2	1	2	2	1
14	2	1	2	2	2	3	3	3	3	3
15	3	2	3	2	2	1	1	1	2	1
16	5	4	5	5	4	3	4	3	2	4

Continua...

17	2	1	3	2	2	2	2	2	2	3
18	1	4	2	1	2	3	2	1	3	2
19	2	1	3	1	4	3	3	3	1	4
20	1	4	2	2	1	4	1	5	1	4

It is first important to confirm whether there is a linear relationship between the variables to decide whether a correlation analysis may be done. Using the statistical program R, the correlation matrix between each variable in the table was constructed.

The strength and direction of the correlations between the variables were examined after the correlation matrix had been obtained. A perfect positive correlation is indicated by a correlation value of 1 and a perfect negative correlation is shown by a value of -1. There is no association between the variables, as shown by a value of 0. Then, a multiple regression analysis was carried out using statistical software to see if the independent factors could significantly explain the variability of the dependent variable.

**Table 3.** Correlation between the variables “Regulatory Barriers” (var1-var5) and “Business Competitiveness” (var6-var10)

	Var1	Var2	Var3	Var4	Var5	Var6	Var7	Var8	Var9	Var10
Var1	1.00	-0.39	0.75	0.69	0.68	0.09	-0.49	-0.56	-0.27	0.15
Var2	-0.39	1.00	-0.34	-0.35	-0.39	-0.31	0.30	0.30	0.30	-0.23
Var3	0.75	-0.34	1.00	0.92	0.89	0.00	-0.63	-0.67	-0.37	0.17
Var4	0.69	-0.35	0.92	1.00	0.88	-0.14	-0.65	-0.67	-0.35	0.06
Var5	0.68	-0.39	0.89	0.88	1.00	-0.08	-0.57	-0.60	-0.28	0.17
Var6	0.09	-0.31	0.00	-0.14	-0.08	1.00	-0.20	-0.23	-0.11	-0.05
Var7	-0.49	0.30	-0.63	-0.65	-0.57	-0.20	1.00	0.79	0.53	-0.05
Var8	-0.56	0.30	-0.67	-0.67	-0.60	-0.23	0.79	1.00	0.50	-0.03
Var9	-0.27	0.30	-0.37	-0.35	-0.28	-0.11	0.53	0.50	1.00	-0.05
Var10	0.15	-0.23	0.17	0.06	0.17	-0.05	-0.05	-0.03	-0.05	1.00

Several variables show moderate to high associations with one another. It has been found that various factors have moderate to strong relationships with one another:

- The relationship between Variable 1 (Customer Satisfaction Percentage) and Variables 3 (Customer Retention Rate), 4 (Company Growth Rate in Terms of Revenue or Profits), and 5 (Quality of Services Provided Compared to Competition) is Moderately Positive.

- There is a very high positive link between Variable 3 (Customer Retention Rate) and Variable 4 (Company Growth Rate in Terms of Revenue or Profits).

A little positive association exists between variable 8 (Compliance costs) and variable 7, which measures the complexity of rules and legislation.

To conduct the regression analysis, it was employed R software package that enables us to fit a linear regression model. Initially, a basic regression model is adapted for every duo of variables with considerable or intense correlation; subsequently, multiple regressions are executed to investigate if independent variables collectively can elaborate on dependent variable variability. Commencing with Variable 3 (Customer retention rate) and Variable 4 (Company growth rate in terms of revenue or profits), we fitted an elementary regression model to unravel their relationship.

The level of correlation between the two variables has been analyzed and it appears to be high ( $R=0.92$ ), indicating a powerful association. Upon applying multiple regression analysis, Variable 3 which denotes customer retention rate is identified as an important forecaster for Variable 4 which represents company growth in either profit or revenue with a coefficient value of 1.46 ( $p<0.001$ ). This implies that there exists potential for the enhancement by about 1.46 units on average about every unit gain observed within variable three's metric scale.

The simple regression models we estimated for each pair of variables having a moderate or strong association are summarized in the table below.

**Table 4.** Simple regression models results

Regression models	Dependent variable	Independent variable	Regression coefficient	p-value
Modelo 1	Variable 4	Variable 3	1.46	<0.001
Modelo 2	Variable 3	Variable 1	0.50	0.00006
Modelo 3	Variable 4	Variable 1	0.78	0.00086
Modelo 4	Variable 5	Variable 1	0.44	0.0009
Modelo 5	Variable 8	Variable 7	0.62	0.0021

To determine if the independent variables together can account for the variability of the dependent variable, a multiple regression model is fitted. All independent variables that exhibited high or moderate correlations with the dependent variable are used in this situation.

The findings of the multiple regression model that was fitted using the independent variables that had moderate to strong correlations with Variable 4 (Growth rate of the company in terms of revenue or profits) are shown in the table below.

**Table 5.** Multiple Regression Model Result

Multiple regression model	Dependent variable	Independent variables	Regression coefficient	p-value
Model 6	Variable 4	Variable 1 (Customer satisfaction rate), Variable 3 (Customer retention rate), Variable 5 (Quality of services provided compared to the competition).	0.54 (Variable 1), 0.44 (Variable 3), 0.41 (Variable 5)	<0.001 (Variable 1, Variable 3, Variable 5)

After performing a comprehensive regression analysis, it was discovered that the composite variables can clarify a significant amount regarding Variable 4's (Company growth rate in terms of revenue or profits) fluctuation. The R-squared has been adjusted to an impressive score; reaching up to 0.66 on its own accord. Among all the independent variables scrutinized in this study, solely three stood out as noteworthy factors: namely Variable 1 (Percentage of customer satisfaction), Variable 3 (Customer retention rate), and finally Variable 5 (Quality & Compared competitor services). The result suggests that whenever there is an increase by one unit concerning variable 1, it could lead to about 54 units being added to variable 4. Also, a modified integer addition applied unto variable 3 can also be said to increase the Variable 4 count by adding about 44. Conversely, the last mentioned participant i.e. Variable 5 does quite similar results in pushing forward changes. This change will add almost 41 points for each increment made on the digit scale representing Variable Five respectively.

According to the findings of the simple regression models, the relationship between Variable 1 (Customer Satisfaction Percentage), Variables 3 (Customer Retention Rate) and Variable 4 (Company Growth Rate in Terms of Revenue or Profits) is positive. Additionally, Variable 1 is still significant in the multiple regression model, suggesting a relationship between rising customer satisfaction rates and rising customer retention rates as well as rising firm growth rates. As a result, it is confirmed that hypothesis 1 is fulfilled.

On the other hand, the findings also imply that Variable 4 (Rate of firm growth in terms of revenue or profits) and Variable 5 (Quality of services supplied in contrast to competitors) have a positive relationship. Variable 5 also retains significance in the multiple regression model, in-

dicating a relationship between better service quality and higher rates of client retention and business expansion. As a result, it is declared that hypothesis 2 is fulfilled.

The model's ability to predict the dependent variable may have been impacted by the regulatory barrier factors' complicated and nonlinear interactions with other independent variables. A multiple regression model may struggle to identify variable interactions, which may call for more sophisticated statistical methods.

There are independent variables that are related to regulatory barriers but that were not significant in the multiple regression model, even though a direct connection between the hypotheses and these obstacles is not demonstrated. Factors 7 and 8 (complexity of rules and compliance costs) particularly show a moderate to strong association, but factors about regulatory barriers may have a complex and nonlinear relationship with other independent variables in the study.

## DISCUSSION

The results suggested that both hypothesis 1 (customer satisfaction is positively related to customer retention rate and company growth rate) and hypothesis 2 (quality of services provided is positively related to customer retention rate and company growth rate) are supported. Simple regression models allowed examining the relationships between each pair of variables.

The affirmation of Hypotheses 1 and 2 will have considerable repercussions on small-scale businesses. To enhance the revenue or profits growth rate, micro-businesses should pay careful attention to customer contentment and service quality as these factors foster higher retention rates among customers which leads to a surge in company growth percentage. Legal intricacies involved in creating and registering companies can be viewed as regulatory barriers that negatively affect innovation since they consume time along with resources crucial for innovative activities. Alternatively, Columbia's high tax burden imposed upon corporations coupled with legal complexities may discourage internationalization by amplifying operating costs alongside operation convolutions when venturing into new markets.

Consequently, it is of paramount significance for microenterprises to concentrate on ameliorating client gratification and offering top-notch amenities to promote customer allegiance as well as tenacity. Clients who are fulfilled with the services they receive will more likely show continued support by making additional purchases or referring others to engage with the company—resulting in exponential growth potential for all involved parties. Subsequently, masterful delivery of exceptional service can distinguish a business from competitors while simultaneously elevating its status within prevailing market trends.

Additionally, microbusinesses want to think about putting in place tactics to raise client contentment and the caliber of their services, such as doing customer satisfaction surveys, putting in place loyalty programs, and continuously improving business procedures to offer high-quality services. The findings of this investigation also imply that enhancing customer retention rates and a company's growth rate may depend on continuous follow-up and monitoring of customer happiness and service quality. Despite not being significant in the multiple regression model, regulatory barrier-related variables can nevertheless have a major impact on micro-businesses.

In particular, complex regulations and norms, compliance expenses, permission or license requirements, and restrictions on flexibility and innovation are all examples of regulatory impediments that microbusinesses may encounter. Due to the potential need for more time, money, and resources to meet regulatory standards, these obstacles may limit the company's capacity to increase revenues or profits. Therefore, when formulating their expansion strategies, microbusinesses should consider regulatory obstacles. Before beginning any project or expansion, this may entail obtaining expert guidance to comply with regulatory standards, performing a regulatory risk assessment to identify potential regulatory barriers, and looking at ways to minimize compliance.

Finally, microbusinesses can collaborate with regulatory bodies and business associations to solve and lower the regulatory obstacles they encounter. Collaboration and open communication between firms and regulators can help pinpoint problem areas and promote a more business-friendly regulatory environment.

## CONCLUSIONS

The observations imply that micro-sized businesses encountering obstacles linked to regulations encounter additional challenges in pursuing high rates of customer retention as well as long-term growth concerning their profits and revenues. Consequently, it becomes clear that the necessity for addressing these regulatory barriers arises, along with establishing tactics geared towards surmounting these hindrances to enhance this particular sector's business competitiveness within the city limits.

Furthermore, it has been deduced that the satisfaction of customers and excellence in service delivery are essential factors for determining competitiveness within microenterprises. The findings reveal a direct correlation between heightened customer satisfaction rates and increased levels of growth rate as well as retention percentage. As such, it is strongly recommended that businesses operating in this industry concentrate on enhancing their abilities to provide optimal

services with exceptional quality to improve business acumen thus creating differentiation from competitors leading towards greater market share capture.

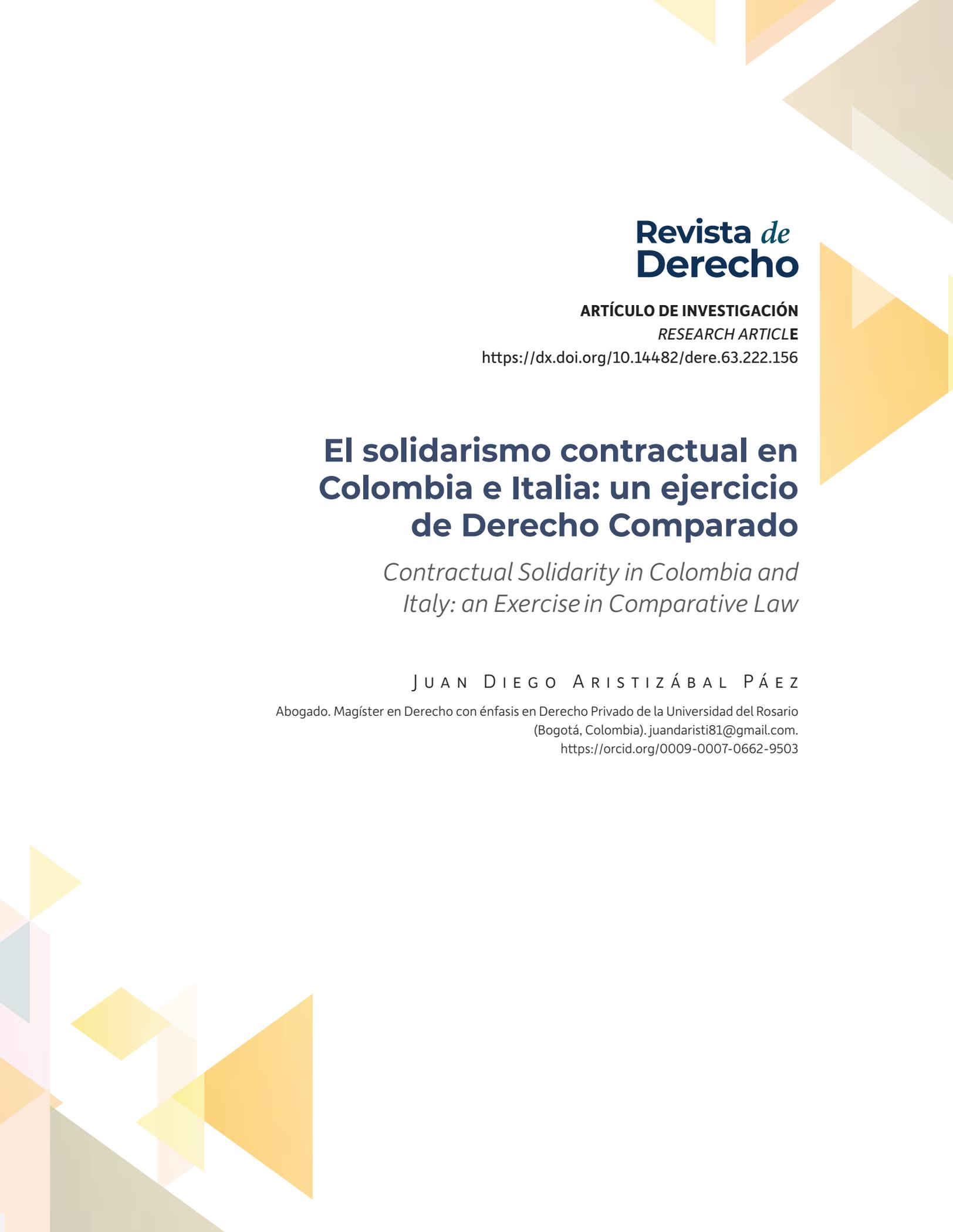
Whilst this inquiry has furnished the authors with significant insights regarding the regulatory constraints and commercial competitiveness of education consulting services in Barranquilla, it is crucial to acknowledge some limitations that necessitate review for future research. Specifically, limiting our study sample size to only twenty microenterprises operating within a single sector and city lends itself towards restricted generalizability. Additionally, it has not considered all possible restrictions affecting microenterprises thus raising concerns about potential bias within the findings presented herein; therefore prompting recommendations that upcoming studies encompass varied samples from diverse backgrounds while factoring multiple types of regulatory barriers into their analyses as well.

## REFERENCES

- Acs, Z. J., & Audretsch, D. B. (1990). *Innovation and small firms*. Cambridge: MIT Press.
- Al-Hawary, S. I. S. (2013). The roles of perceived quality, trust, and satisfaction in predicting brand loyalty: the empirical research on automobile brands in Jordan market. *International Journal of Business Excellence*, 6(6), 656-686. <https://doi.org/10.1504/IJBEX.2013.06724>
- Batancur Vargas, G. A. (2015). *Propuestas para el cumplimiento de principios en contratación estatal colombiana estudio basado en el "Observatorio de Objetividad en la Contratación Estatal de Infraestructura" (OOCEI)* (Doctoral dissertation, Universidad EAFIT). <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/299fcbcf-975a-4142-b28a-70601ec96067>
- Climent, V. C., Navarro, A. M., & Palacio, J. R. S. (2014). El método Delphi como técnica de diagnóstico estratégico. Estudio empírico aplicado a las empresas de inserción en España. *Revista europea de Dirección y Economía de la empresa*, 23(2), 72-81. <https://doi.org/10.1016/j.redee.2013.06.002>
- Daly, G. (2016). The neo-liberalization of strategic spatial planning and the overproduction of development in Celtic Tiger Ireland. *European Planning Studies*, 24(9), 1643-1661. <https://doi.org/10.1080/09654313.2016.1190813>
- De la Torre, C. G., Portales, L., & López, G. A. Y. (2022). *Sostenibilidad en las pymes de América Latina y el Caribe*. U. Externado de Colombia.
- Del Castillo Machicado, J. I. (2020). *Doing business in Bolivia: A case study in the Andean regulatory framework* (No. 01/2020). Development Research Working Paper Series.
- Eid, R., & El-Gohary, H. (2013). The impact of E-marketing use on small business enterprises' marketing success. *The Service Industries Journal*, 33(1), 31-50. <https://doi.org/10.1080/02642069.2011.594878>

- Heredia Rodríguez, L., & Sánchez Macías, J. I. (2016). Evolución de las políticas públicas de fomento a las pymes en la Comunidad Andina de Naciones y la Unión Europea: un análisis comparativo. *Revista Finanzas y Política Económica*, 8(2), 221-249. <http://www.scielo.org.co/pdf/fype/v8n2/v8n2a02.pdf>
- Hernandez, D. O., & Dávila, J. D. (2016). Transport, urban development and the peripheral poor in Colombia—Placing splintering urbanism in the context of transport networks. *Journal of Transport Geography*, 51, 180-192. <https://doi.org/10.1016/j.jtrangeo.2016.01.003>
- Hernández-Sampieri, R., Fernández-Collado, C., & Baptista-Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. McGraw-Hill Interamericana.
- Huggins, R., & Williams, N. (2011). Entrepreneurship and regional competitiveness: the role and progression of policy. *Entrepreneurship & Regional Development*, 23(9-10), 907-932. <https://doi.org/10.1080/08985626.2011.577205>
- Huynh, T. L. D., & Data, B. V. (2020). The determinants of firm performance: Empirical evidence from Vietnam. *Journal of Economics, Business and Management*, 8(2), 76-84. <https://doi.org/10.18576/jebm/0802.09>
- Kormylo, S., Yeh, Y. H., & Haskel, J. (2021). The impact of regulation on the productivity of UK telecommunications firms. *Journal of Regulatory Economics*, 60(1), 67-91. <https://doi.org/10.1007/s11149-021-09406-8>
- Larrinaga-González, C., Rivas-Bascones, E., & Blanco-González, A. (2021). Regulatory burden and SME growth. *Small Business Economics*, 57, 621-636. <https://doi.org/10.1007/s11187-020-00350-6>
- Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley 1949 de 2018, Por medio de la cual se reforma el Código de Comercio y se dictan otras disposiciones. (2018). Recuperado de <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%20204-8%20DEL%2023%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202020.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley 590 de 2000, Por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES) colombianas. (2000). Recuperado de <https://www.mincit.gov.co/mincomercioexterior/mipymes-y-emprendimiento/mipymes-y-emprendimiento-ley-590-de-2000>
- Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley 795 de 2003, Por la cual se dictan normas tendientes a la promoción del microcrédito y se concede un tratamiento especial a algunas entidades cooperativas que cumplan las condiciones que se establecen, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=13227>
- Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley 905 de 2004, Por medio de la cual se establece el régimen de la pequeña empresa y se dictan otras disposiciones. (2004). Recuperado de <https://www.mincit.gov.co/mincomercioexterior/mipymes-y-emprendimiento/mipymes-y-emprendimiento-ley-905-de-2004>

- Lin, J. Y. (2017). Balancing industry collaboration and academic innovation: The contingent role of collaboration-specific attributes. *Technological Forecasting and Social Change*, 123, 216-228. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2016.03.016>
- Maldonado, L. A., & Muñoz, J. M. (2017). Acceso al crédito y productividad de las empresas: el caso colombiano. *Economía & Región*, 11(1), 23-44. doi: 10.26817/16925777.270
- Martínez-Rodríguez, R., García-Sánchez, I. M., & González-Benito, Ó. (2019). Competitive strategies and customer satisfaction: A comparative study in the Spanish grocery retail sector. *Journal of Retailing and Consumer Services*, 50, 94-101. <https://doi.org/10.1016/j.jretconser.2019.03.018>
- Mazzarol, T., & Reboud, S. (2009). Strategic approaches to small firm growth: An exploratory study. *International Journal of Entrepreneurial Behavior & Research*, 15(4), 346-367. <https://doi.org/10.1108/13552550910972479>
- Murillo-Luna, J. L., & Hernández-Trasobares, A. (2023). Cooperation with the Triple Helix and corporate environmental innovation. *Journal of Cleaner Production*, 384, 135479. <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2022.135479>
- Pinna, R., De Simone, S., Cicotto, G., & Malik, A. (2020). Beyond organisational support: Exploring the supportive role of co-workers and supervisors in a multi-actor service ecosystem. *Journal of Business Research*, 121, 524-534. <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2020.02.022>
- Porter, M. E. (1985). *Competitive advantage: Creating and sustaining superior performance*. New York: Free Press.
- Prahalad, C. K., & Ramaswamy, V. (2004). Co-creation experiences: The next practice in value creation. *Journal of Interactive Marketing*, 18(3), 5-14. doi: 10.1002/dir.20015
- Sánchez, J. A. P., & Sierra, M. Z. (2017). Responsabilidad de los establecimientos bancarios por el pago de cheques falsos o alterados en Colombia. *Rev. Derecho Privado*, 32, 383. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/revdpriv32&div=15&id=&page=>
- Sánchez-Fernández, R., Montoro-Sánchez, A., & Iniesta-Bonillo, M. Á. (2021). Customers' perceived value, satisfaction and loyalty in internet banking services. *Journal of Business Research*, 124, 338-346. <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2020.07.049>



**Revista *de*  
Derecho**

**ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN**

*RESEARCH ARTICLE*

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.63.222.156>

# **El solidarismo contractual en Colombia e Italia: un ejercicio de Derecho Comparado**

*Contractual Solidarity in Colombia and  
Italy: an Exercise in Comparative Law*

JUAN DIEGO ARISTIZÁBAL PÁEZ

Abogado. Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario  
(Bogotá, Colombia). [juandaristi81@gmail.com](mailto:juandaristi81@gmail.com).  
<https://orcid.org/0009-0007-0662-9503>

## Resumen

En este artículo se pretende analizar cómo el solidarismo contractual ha permeado los ordenamientos jurídicos de Colombia e Italia y ha redefinido el papel del juez al momento de dirimir sobre controversias en el marco del derecho privado. Así mismo, tiene el fin de mostrar cómo la aplicación del solidarismo contractual en Colombia, si bien ha sido implementado de la mano de la Corte Constitucional en la mayoría de los casos, aún genera resistencia, lo cual ha derivado en un desarrollo poco armonioso y, a veces, contradictorio. En contraposición, se buscará exponer cómo en el caso italiano el solidarismo contractual sí ha gozado de una aceptación común, lo cual ha derivado en el fortalecimiento de los lazos comunitarios de la sociedad italiana. Para esto se hará un análisis comparativo de la aplicación del solidarismo contractual entre los casos de Colombia e Italia, en el que se usará como componente principal de esta investigación un enfoque cualitativo mediante la revisión de fuentes bibliográficas referentes al concepto de solidaridad aplicado a las relaciones contractuales, acompañado de un análisis jurisprudencial y normativo.

### PALABRAS CLAVE

Autonomía privada, Estado social de derecho, solidarismo contractual, constitucionalización del derecho privado, derecho comparado.

## Abstract

This article aims to analyze how the Contractual Solidarity has permeated the legal systems of Colombia and Italy and redefined the role of the judge when settling disputes within the framework of private law. Likewise, it intends to show how the application of contractual solidarity in Colombia, although implemented hand in hand with the Constitutional Court in most cases, still generates resistance, which has led to an unharmonious and sometimes contradictory development. In contrast, this article seeks to expose how in the Italian case, the contractual solidarity has enjoyed more common acceptance which has resulted in the strengthening of the community ties of the Italian society. To do this, a comparative analysis of the application of the Contractual Solidarity between the cases of Colombia and Italy will be made, using as the main component of this research a qualitative approach through the review of bibliographic sources referring to the concept of solidarity applied to contractual relationships, accompanied by a jurisprudential and normative analysis.

### KEYWORDS

Private autonomy, social rule of law, Contractual Solidarity, constitutionalization of private law, comparative law.

## INTRODUCCIÓN

Desde la Revolución francesa y la posterior implementación del Código Civil francés de 1804, el derecho privado ha estado guiado por principios rectores como la libertad contractual, la autonomía de la voluntad y la igualdad formal. La intervención del Estado era mínima y solo se limitaba a proteger la seguridad jurídica, mantener el orden público y preservar las buenas costumbres. Este escenario, que también permeó el derecho colombiano desde que se adoptó el Código Civil de Andrés Bello en 1873, no permitía que los jueces intervinieran más allá de una labor pasiva y una interpretación exegética de los contratos y la ley (Mantilla, 2011).

Sin embargo, desde finales del siglo XIX, los profundos desequilibrios existentes en torno a las relaciones sociojurídicas de los particulares dieron nacimiento de forma primigenia al *principio de solidaridad*, especialmente en Francia, con doctrinantes como Denis Mazeud y Leon Bourgeois.

Si bien el *principio de solidaridad*, posteriormente conocido como el *solidarismo contractual*, ha sido considerado como un concepto bastante conflictivo, por representar un posible factor de *desarticulación* del sistema normativo clásico (Mantilla, 2011), su origen propende a la corrección de las desigualdades contractuales y la falta de equidad, mediante un mayor ejercicio de la facultad interpretativa del juez en el marco de las relaciones jurídicas de los sujetos. De esta forma, su aplicación ha buscado limitar el principio de la autonomía privada en eventos determinados y dar una mayor prevalencia al contexto social y económico de los sujetos, por encima del formalismo característico de la concepción liberal clásica del derecho privado (Bernal-Fandiño, 2007).

En Colombia, el concepto de *solidaridad* comenzó a tomar gran relevancia no solo a partir de la Constitución de 1991, sino también desde la gestación de un proceso más profundo denominado la *constitucionalización del Derecho privado* (Calderón, 2007). Este implicó una confluencia entre el derecho público y el privado, que, a grandes rasgos, supone una intervención judicial más activa en las relaciones jurídico-contractuales de los particulares, con el fin de redefinir el alcance y la aplicación de los postulados clásicos del derecho privado, en aras de dar cumplimiento a los principios y valores que fueron plasmados en la Carta Magna de 1991 (Calderón, 2007). Como consecuencia de lo anterior, conceptos como *solidaridad*, además de haber sido plasmados en la Carta constitucional colombiana como principio, fueron también el punto de partida para transformar las relaciones contractuales entre particulares y dar forma al *solidarismo contractual* en nuestro país (Calderón, 2007).

En contraste con el proceso colombiano, en Italia, desde la expedición del Código Civil de 1942 y la Constitución italiana de 1947, el principio de solidaridad en el marco del derecho privado fun-

damentó su camino en consonancia con los postulados clásicos como la equidad y buena fe, así como de la mano de varios desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia italiana. Lo anterior derivó en una facultad interpretativa de los jueces más amplia, especialmente de la Corte Civil, lo que evitó caer en la dualidad que existe hoy entre ramas del poder judicial como lo es, en el caso colombiano, entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Tal hecho ha permitido en la historia reciente italiana una mayor armonía jurídica en la aplicación de postulados constitucionales en materia contractual (Mattiei y Quarta, 2020).

Es por lo anterior por lo que las investigaciones usadas para este trabajo han resultado ser fundamentales para comprender el origen del concepto de solidarismo en el derecho privado, así como su aplicación y desarrollo, aún un poco marginal en el canon jurídico colombiano. En esa medida, autores como Mariana Bernal-Fandiño contribuyen a esta comprensión, al describir de forma clara los antecedentes de esta figura, así como los campos generales de aplicación que ha tenido este concepto en Colombia y sus beneficios. Por otro lado, doctrinantes como Juan Jacobo Calderón, quien ha realizado una clara radiografía del proceso de constitucionalización de las relaciones jurídico-privadas en Colombia, ha evidenciado cómo el referido proceso ha representado la oportunidad ideal para impulsar principios a otros campos del derecho privado, como lo es el solidarismo, y así poder exponer nuevas propuestas para hacer frente a las dificultades socioeconómicas y jurídicas en Colombia. Lo anterior, no sin estar excepto de polémica y conflictos, especialmente en el caso colombiano, como lo resaltaré de forma clara el profesor y doctrinante Fabricio Mantilla. Finalmente, se encontrarán visiones de juristas italianos como Francesco Macario y Mattiei y Quarta, quienes han permitido entender cómo se ha dado la aplicación del solidarismo contractual en la jurisprudencia italiana de los últimos años, de forma más armoniosa y con una mirada valiente.

En línea con lo anterior, este artículo tiene como objetivo primordial analizar el desarrollo del principio de solidaridad en el derecho privado, para luego realizar un análisis comparado entre el caso colombiano y el italiano. Finalmente, se determinará cuáles podrían ser los retos y las ventajas que supone esta figura para el ordenamiento jurídico colombiano.

Para lograr este objetivo se buscará responder estos interrogantes: ¿en qué consiste la constitucionalización del derecho privado en Colombia y de qué forma se dio aplicación del principio de solidaridad en los contratos?, ¿de qué manera está constituido el solidarismo contractual en Italia y cuál es su ámbito de aplicación?, y, finalmente, ¿cuáles son los referentes jurisprudenciales, tanto en Colombia como en Italia, en torno al principio de solidaridad en el marco de las relaciones contractuales dentro del derecho privado?

Para resolver los interrogantes anteriormente planteados, en primer lugar, se hará una síntesis de los elementos claves en torno al proceso de constitucionalización del derecho privado, los límites que este plantea para el ejercicio clásico de postulados como la libertad contractual, la igualdad y la autonomía privada y de qué forma se ve reflejado el principio de solidaridad en la Carta colombiana. En segundo lugar, se hará un breve recuento del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana en torno al principio o deber de solidaridad aplicado a casos concretos del derecho privado, con el fin de poner de presente las pautas constitucionales que se han establecido alrededor del solidarismo contractual.

En tercer lugar, se hará una síntesis de la estructuración y aplicación del solidarismo contractual en el derecho contractual italiano, para luego dar a conocer de forma resumida las jurisprudencias de la Sala de Casación de la Corte Suprema italiana más relevantes frente a la aplicación del deber de solidaridad contractual. Finalmente, se comparan ambos sistemas a la luz del concepto de solidarismo contractual, para lo cual se resaltarán la necesidad de unificar y armonizar el principio de solidaridad en el derecho colombiano, tanto en su aplicación como en su interpretación judicial. Para ello, se complementará el análisis con la presentación del caso de los contratos de arrendamiento comercial en el contexto del Covid-19.

## ANTECEDENTES DEL SOLIDARISMO CONTRACTUAL

Desde la Revolución francesa y el rechazo absoluto al *Ancien Régime*, el nuevo orden francés buscó proteger las libertades individuales recién conquistadas por el pueblo y dar primacía al fervor racionalista del momento, promulgando leyes cuyos contenidos tuvieran una interpretación clara y entendible para cualquier miembro de la sociedad. Con este nuevo orden se establecieron los postulados claves de lo que sería el positivismo jurídico liberal, como lo eran la igualdad formal y la autonomía de la voluntad. Ello posteriormente dio origen al Código Civil francés de 1804 (Mantilla, 2011).

Dada la tradicional connivencia que existía entre el poder judicial y la monarquía antes de la Revolución, el papel del juez fue totalmente rezagado al de un operador jurídico pasivo, cuyas facultades no implicaran la interpretación de la ley, por cuanto las leyes codificadas se bastaban a sí mismas, por ser producto de la razón y el sentir popular, representado en la rama del poder legislativo (Mantilla, 2011). Sin embargo, a finales del siglo XIX, políticos y pensadores como León Bourgeois evidenciaron cómo la sociedad francesa, abanderada dentro del positivismo jurídico liberal, cultivó profundas desigualdades materiales que resultaron en altos índices de precarización laboral, abusos frente al cumplimiento de condiciones contractuales manifiestamente inequitativas entre las partes, lo que derivó en mayores índices de pobreza y desigualdad social (Bernal-Fandiño, 2007).

Entre las causas más comunes de esta inequidad –o también desequilibrio social–, Bourgeois encontró que una de las razones más evidentes residía específicamente en la falacia que implicaba la igualdad formal y la libertad absoluta cuando era aplicada al mundo práctico, sobre todo frente a las relaciones sociojurídicas de las personas. Este autor comprendió que no existían sujetos iguales en el contexto del mercado ni en el marco de una relación negocial –aspecto que retomaron más adelante Noriot y Diguít–. En esa medida, imperaba el poder, el egoísmo y la voluntad del más fuerte, en particular con el uso de figuras contractuales como los contratos de adhesión, cuyo auge era exponencial en el contexto de la era industrial, y su alcance implicaba –aun hoy en día en menor grado– el sometimiento de la parte más débil a condiciones contractuales más rígidas y cuyo contenido fue definido unilateralmente (Bernal-Fandiño, 2007).

Es así como León Bourgeois, en su obra *Solidaridad*, fundamentó la necesidad de una nueva visión de las relaciones contractuales y jurídicas en el campo privado, tomando como postulado clave las ideas del filósofo y sociólogo Augusto Comte. En ellas se advertía la necesidad de formular una doctrina jurídica más consciente de los deberes sociales que cada individuo tenía en la sociedad, donde el universo jurídico –entiéndase: los ordenamientos jurídicos que gobernaban las relaciones entre los particulares de la era industrial– tuviera una conexión más directa con la realidad socioeconómica de las partes y del contexto social en el cual se circunscribían (Bernal-Fandiño, 2007).

En otras palabras, esta propuesta tenía como fin proponer un límite razonable a los abusos del derecho y un control a los desequilibrios que se puedan presentar al momento de cumplir con las obligaciones contractuales derivadas de un acuerdo, sin que lo anterior signifique para la parte más débil un sacrificio de su posición económica, en aras de dar cumplimiento a obligaciones contractuales. De este modo se gesta como solución y contrapeso a este fenómeno el concepto de *solidaridad* (Bernal-Fandiño, 2007).

A su turno, doctrinantes como Denis Mazeaud, en aras de buscar una solución a los *desequilibrios contractuales* ya expuestos, comenzó a estructurar lo que sería denominado propiamente como el *solidarismo contractual*, que tenía como fin proponer un nuevo modelo de interpretación para los jueces frente a los contratos, en el que la solidaridad –y no solo la buena fe o la equidad entre las partes, entre otros postulados clásicos– fuera indispensable para cualquier relación jurídica de naturaleza privada. En esa medida, Mazeaud aseveró que el principio de solidaridad aplicado a los contratos podía sintetizarse en

[...] una exigencia de civismo contractual que se traduce, para cada contratante, en el hecho de tomar en cuenta y respetar el interés legítimo de su contratante. Esta ética contractual se manifiesta concretamente, entre otras cosas, mediante las nociones de altruismo, decencia, coherencia,

proporcionalidad y cooperación, y excluye el egoísmo, la indiferencia, la indolencia y el cinismo. (Citado en Mantilla, 2011, p. 198)

De esta manera, Mazeaud dio primacía a los deberes de coherencia, lealtad y proporcionalidad en todas las etapas de los contratos, y concibió la necesidad de valorar las circunstancias socioeconómicas y fácticas de las partes inmersas en cualquier relación contractual frente a posibles desequilibrios desproporcionados que pudieran surgir en el cumplimiento de las obligaciones pactadas. Estas propuestas dieron origen a un cuestionamiento más directo de la seguridad jurídica, la autonomía de la voluntad y la aplicación de una visión netamente formalista del derecho (Mazeaud, 2004).

En esa misma línea, para doctrinantes como Eric Savaux, el solidarismo contractual “ataca la concepción clásica, individualista y espiritualista del contrato, al igual que la teoría neoliberal que se contenta con limitarla en sus excesos” (citado en Mantilla, 2011, p. 198). Finalmente, autores como Mantilla (2011) concluyen que un rasgo principal del solidarismo contractual, contrario a lo establecido desde la Revolución francesa, implica que “es el juez el llamado a verificar que estos ideales de justicia, dignidad, equilibrio, solidaridad y buena fe se cristalicen en los contratos” (Mantilla, 2011, p. 203).

## **LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN COLOMBIA COMO PUERTA PARA EL SOLIDARISMO CONTRACTUAL**

Ahora bien, no es posible estudiar el deber o principio de solidaridad aplicado a los contratos civiles y mercantiles en Colombia, sin ahondar de forma breve en lo que consistió el proceso de constitucionalización del derecho privado.

Para doctrinantes como Juan Jacobo Calderón, el proceso de constitucionalización tiene como antecedente primigenio la misma Constitución de 1991, que dotó a distintas ramas del poder público y a los jueces la facultad de abstraer los principios, derechos y valores de la Carta Magna para aplicarlos al campo práctico y negocial. Para ello se partió de un artículo clave en torno a la jerarquía de fuentes del ordenamiento colombiano: el artículo 4 de la Constitución (Calderón, 2007). Dicho artículo, que ha servido como base estructural y transversal de los jueces, ha permitido la proyección de decisiones y postulados hasta la actualidad, con una profunda influencia constitucional en las instituciones y las normas clásicas del derecho privado. También ha servido para reinterpretar el alcance del poder judicial, conforme a los distintos casos considerados en función del respeto a las normas constitucionales, en especial lo que Calderón denominó los *derechos iusfundamentales*.

Como consecuencia de lo anterior, los grandes procesos de constitucionalización en Colombia tomaron la iniciativa para aplicar los presentes postulados desde dos campos: 1) mediante órganos legislativos enfocados en crear mandatos constitucionales de optimización para regular aspectos del derecho privado, especialmente en el campo jurídico-mercantil, y 2) por medio de decisiones judiciales con un altísimo componente de abstracción interpretativa, facultado por la misma Constitución (Calderón, 2007).

En ese sentido, el amplio alcance de la constitucionalización del derecho privado, guiado sobre todo por decisiones judiciales del orden constitucional, ha tenido especial relevancia a la hora de definir la trascendencia constitucional de las normas clásicas mercantiles o civiles, para resolver problemas de naturaleza privada o particular. Además de esto, también ha servido para llevar otras controversias al campo plenamente constitucional y resolverlas según los principios allí plasmados. Esto ha incrementado de forma exponencial las facultades interpretativas y decisorias de la autoridad judicial. El caso más ejemplar se aprecia en el mecanismo de la acción de tutela reglamentada en el Decreto 2951 de 1991, en el marco de las relaciones contractuales al momento de una presunta vulneración de un derecho iusfundamental particular, o en el caso de las acciones públicas de inconstitucionalidad contra normas de contenido mercantil, cuyo desarrollo, en muchos casos, ha resignificado el alcance de dichas normas a partir de un análisis por parte de la Corte Constitucional (Calderón, 2007).

En el campo propiamente privado, el proceso de constitucionalización también ha implicado una doble estrategia:

1. Reconocer las libertades y los postulados clásicos del derecho liberal dentro de la misma Carta Magna, como lo fueron el caso de la libertad contractual (art. 333), la igualdad (art. 13), el derecho de asociación (art. 38), entre muchos otros, y dotarlos de fuente constitucional.
2. El reconocimiento de los derechos privados clásicos, y matizarlos en su sentido y alcance conforme a las demás normas constitucionales y, especialmente, dentro de los derechos fundamentales. Así, la libertad contractual o la autonomía privada son en su generalidad inalterables, salvo que su alcance pueda vulnerar otros principios de mayor rango constitucional. Allí nace su reinterpretación y limitación, en particular por medio de una actuación más activa del poder judicial (Bernal-Fandiño, 2016).

Doctrinantes como Fabricio Mantilla (2011) coinciden en que la constitucionalización de los contratos, especialmente en Colombia, tiene como característica determinante el otorgar un rol más activo del juez frente a la resolución de controversias en materia contractual, con el fin de ejercer un control más estricto a las condiciones contractuales entre las partes, e incluso redefi-

nir el alcance de estas o adicionar nuevas obligaciones, aun durante la ejecución del contrato, a pesar de lo pactado de forma voluntaria por las partes (Mantilla, 2011).

Lo anterior, no sin estar exento de polémica, dado que para autores como Mantilla (2011), si bien el derecho se mueve entre el mundo escrito de las leyes y el de los hechos prácticos, donde la norma no siempre será suficiente para dar solución a todos los escenarios de la vida, el uso de principios como el de solidaridad para rellenar posibles vacíos legales podría resultar incluso más problemático.

Los principios mencionados, tal y como están formulados, presentan dos importantes características: una gran indeterminación –tanto del supuesto de hecho como de la sanción- y un altísimo contenido emotivo. Su aplicación generalizada puede conducir a graves situaciones de inseguridad y ansiedad jurídicas. Para evidenciarlo, basta con formularse unas preguntas simples: ¿cuál es el supuesto de hecho del principio que me exige actuar de buena fe o de forma solidaria? En virtud de los famosos deberes contractuales, ¿qué comportamiento tengo que asumir?, ¿qué actos precisos debo llevar a cabo?, ¿y cuáles serían las consecuencias de no hacerlo?, ¿qué sanción recibiría? y ¿cuánto me costaría no actuar así? (¿de qué forma?), ¿cómo discutir un argumento que se dice equitativo y solidario?, ¿cómo oponer los *intereses moratorios*, las *cláusulas compromisorias* y las *cláusulas penales* a la *libertad*, la *igualdad* y la *justicia*? (Mantilla, 2011, p. 208).

Esto implicaría que el uso de principios por parte del operador jurídico para dar solución a los vacíos legales llegue suponer dos inconvenientes: 1) una mayor inseguridad jurídica frente a la aplicación de normas precisas; 2) una aplicación de justicia fundamentada en valoraciones intuitivas y emocionales (Mantilla 2011).

## **ESBOZO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO AL SOLIDARISMO CONTRACTUAL EN COLOMBIA**

Sumado al proceso de constitucionalización del derecho anteriormente expuesto, la Constitución de 1991 plasmó en los artículos 1, 2 y 95 el principio de solidaridad *in abstracto*. Se trata de un principio y un valor intrínseco aplicable a cualquier relación jurídica, enfocado en el interés general, el bienestar social y el respeto por los derechos, principios y valores de la Carta. Su obligatorio cumplimiento, conforme al artículo 4 de la Carta, implica un imperativo de conducta para cualquier nacional frente a la celebración de cualquier acto jurídico.

En ese sentido, la Corte Constitucional, valiéndose de las herramientas y los alcances del proceso de constitucionalización, así como de la herencia histórica detrás del concepto de solidarismo, interpretó las normas constitucionales pertinentes al principio de solidaridad, y amplió su alcance y necesidad como un principio rector del Estado colombiano:

Esta Corporación ha resaltado que el Constituyente de 1991 erigió el principio de solidaridad como elemento esencial del Estado social de derecho, tal como se expresa en el artículo 1 de la Carta. En este sentido, la Corte ha definido el principio de solidaridad como: “*un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo*”. La dimensión de la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad la obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental [12]. (Corte Constitucional de Colombia, 2014, p. 40)

Sin embargo, han sido sentencias hito las que han marcado las pautas y los alcances del principio de solidaridad en el marco contractual, y lo han traído de la abstracción, para aplicarlos a casos concretos. Y si bien para varias posiciones la constitucionalización del derecho privado y el solidarismo contractual son dos conceptos frente a los cuales se pretende hacer una separación en significado y alcance, por cuanto cumplen dos funciones distintas (López-Castro, 2016), aquí se considera que un fenómeno es una consecuencia necesaria del otro. Así, la constitucionalización de las relaciones mercantiles fue lo que potencializó la aplicación del deber de solidaridad *in abstracto* al campo contractual particular, y lo redefinió, como actualmente se conoce, como un nuevo deber de conducta que en un campo más general se define como el *solidarismo contractual*.

De este modo, la Sentencia T-520 del 2003 de la Corte Constitucional expone el caso emblemático de cómo un inmigrante alemán radicado en Colombia, luego de haber adquirido una finca ganadera en Barranca de Upía a través de dos créditos con el Banco de Bogotá y el BBVA-Ganadero, fue secuestrado en su finca en 1997 por las extintas Farc-EP, lo cual impidió que siguiera pagando las cuotas mensuales de los créditos asumidos. Tras varios meses en cautiverio, para su liberación, su familia y allegados tuvieron que recurrir a medidas extremas para conseguir más de 500 millones de pesos colombianos, con el fin de pagar el rescate. Adquirieron sucesivos préstamos acreditados mediante pagarés, cheques, también producto de la venta de diversos bienes de la familia. Sin embargo, a este calamitoso hecho, posterior a su liberación en 1998, se sumó el posterior secuestro de su concuñado, la quiebra de diversos negocios bajo su control y quebrantos en su salud.

Esta cadena de eventos dejó al tutelante y a su familia casi sin ningún tipo de solvencia económica para cubrir las acreencias aún adeudadas a las entidades financieras. En esencia, quedó en un estado de indefensión e insolvencia considerable.

No obstante lo anterior, aun conociendo ampliamente este contexto, las entidades bancarias se negaron a refinanciar los créditos adeudados por el tutelante, e iniciaron los respectivos pro-

cesos ejecutivos con aplicación de cláusulas aceleratorias, las cuales demandaban el pago total de los créditos, según el acuerdo crediticio establecido previo al secuestro. Esto llevó a que el actor interpusiera una acción de tutela contra las entidades bancarias, apelando al derecho a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. A este hecho se sumó la negativa tanto de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá como de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de acoger las pretensiones del deudor.

Cuando la Corte Constitucional valoró el caso en concreto y el contexto de la relación contractual que existía entre la entidad financiera y el deudor, constató que existía toda la justificación legal por parte de la entidad para exigir el cumplimiento del pago de la deuda en los términos establecidos, así como la facultad para dar inicio al posterior proceso coactivo. No obstante, expuso varios elementos esenciales de carácter constitucional que no se tuvieron en cuenta por las entidades financieras en torno a lo que la Corte llamó el *deber de solidaridad*. De este modo, en la motivación de la sentencia de tutela, la Corte afirmó lo siguiente:

- a. Que el deber de solidaridad, en el Estado social de derecho, era un deber de conducta *in abstracto*, el cual debía cumplirse para cada actuación jurídica en el marco de una sociedad, conforme a los artículos 1, 2 y 95 de la Constitución.
- b. Que, como consecuencia de esos deberes plasmados en la Carta, así como el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia, la Corte tenía como obligación corregir las desigualdades e injusticias de la sociedad, tratando de equipararlas y darles mayor relevancia a las normas constitucionales.
- c. Como consecuencia, al ser el servicio del banco un servicio público esencial, estaba también sujeto a una función social. Por esa razón, no se podía excluir al deudor del mercado financiero ni ejercer medidas coactivas, sin tener en consideración el contexto que dio origen al impago.
- d. Que el tutelante se encontraba en estado de subordinación e indefensión frente a las entidades bancarias, como consecuencia del secuestro sufrido y los posteriores hechos acaecidos.
- e. En el caso en concreto, se revocaron las sentencias proferidas por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.
- f. Se ordenó suspender los procesos coactivos, y se impuso la obligación de realizar la novación de los contratos crediticios inicialmente suscritos y renegociar un nuevo acuerdo de pago desde el momento en que el tutelante fue secuestrado.

Conforme al caso anterior, en casos análogos, como las sentencias de tutela T-419 de 2004 y T-170 de 2005, la Corte Constitucional aplicó el mismo principio de solidaridad de la siguiente manera:

1. Fijando pautas especiales de comportamiento.
2. Suministrando nuevos criterios de interpretación frente a acciones u omisiones de los particulares.
3. Estableciendo límites a derechos económicos y contractuales propios de entidades financieras, como es el caso de la Sentencia T-520 de 2003, que se enfocó en delimitar el alcance de la libertad contractual y la autonomía privada (Calderón, 2007).

Por otra parte, si bien el estudio realizado por la alta corporación civil de Colombia ha profundizado en aspectos como la revisión contractual o el examen de la buena fe en el ámbito de la autonomía privada, no ha existido una armonización completa con el principio de solidaridad promulgado en la Constitución. Tampoco se ha establecido de forma imperante el solidarismo contractual como una forma válida de análisis a los conflictos contractuales derivados de un posible desequilibrio contractual en jurisprudencias como las ya citadas. Esto puede ser el reflejo de la tensión actual que existe entre las visiones formalistas del derecho defendidas por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil y una visión más iusfundamental y social, liderada por la Corte Constitucional de Colombia. Todo ello ha motivado a que una corporación como la Corte Constitucional haya marcado un papel protagónico en la implementación y desarrollo del solidarismo contractual en Colombia.

## EL SOLIDARISMO CONTRACTUAL EN EL DERECHO ITALIANO

A diferencia del caso colombiano, el solidarismo contractual no es una novedad en el ordenamiento jurídico italiano. Si bien existió el antecedente denominado el *solidarismo corporativo*, cuya gestación se debe al antiguo régimen fascista, tras la Segunda Guerra Mundial, y desde la sesión de la Asamblea Constituyente de 1947, que dio lugar a la actual Constitución italiana (Mattiei y Quarta, 2020), el concepto de *solidaridad* o *solidarismo* se retomó en su artículo 2, cuando afirma que la solidaridad debe ser aplicada de forma directa en cualquier obligación social, jurídica y económica:

La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social. (República Italiana, 1947)

En ese sentido, el Solidarismo Contractual en el derecho italiano representa un deber de conducta que es exigible a cada individuo de la comunidad, en la medida en que sirve como complemento no solo al pacto social realizado entre los miembros de una comunidad, sino también al principio propio de la palabra dada –*Pacta sunt servanda*–, en el marco de una relación contractual (Mattiei y Quarta, 2020).

Por esta razón, la sociedad italiana ha edificado la práctica empresarial y contractual en sintonía con los lazos comunitarios. Esto significa que, al igual que la propuesta francesa de finales de siglo XIX e inicios del XX, dada a conocer por León Bourgeois en su obra *Solidaridad* (Bernal-Fandiño, 2007), existe, de forma primigenia, una estrecha interrelación entre el contexto social, las relaciones de intercambio y circulación de la riqueza y los pactos entre particulares. Lo anterior, en caso de ser desconocido por cualquiera de los individuos de la sociedad italiana, implicaría graves eventos de desequilibrio contractual, los cuales se traducirían, a su vez, en injusticias sociales y desigualdades materiales que serían objeto de reproche judicial y posterior control. Ello ha provocado que la aplicación del concepto de solidaridad haya tenido un alcance más profundo tanto en la redacción de normas positivas dentro del ordenamiento jurídico italiano, como lo es el caso del Código Civil de 1942, como también el haber otorgado un mayor alcance al papel interpretativo que tiene el juez italiano y que sus decisiones tengan un carácter más amplio a la hora de dirimir en conflictos de naturaleza privada y, especialmente, de controversias contractuales (Mattiei y Quarta, 2020).

Por lo anterior, para autores como Mattiei y Quarta (2020), este deber comunitario y también constitucional se complementa con los postulados de buena fe y equidad establecidos en el Código Civil Italiano de 1942, como los siguientes:

1. El artículo 1175 del Código Civil italiano plasmó el deber de la equidad como pilar fundamental de cualquier relación contractual. “Así el deudor y el acreedor deben comportarse de acuerdo con las reglas de la equidad”.
2. El artículo 1337 del Código Civil italiano establece que “las partes, en la conducción de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de buena fe”.
3. El artículo 1375 del Código Civil italiano establece entre las partes la obligación de “que todo contrato debe cumplirse de buena fe”.

Es por lo anterior por lo que tanto las cláusulas generales de corrección de los contratos establecidas en Italia como la labor interpretativa del juez deben velar por el cumplimiento del deber de conducta de buena fe, equidad y, ante todo, el de solidaridad en todas las etapas de la relación

contractual (Mattiei y Quarta, 2020). Esta conclusión la comparten doctrinantes y catedráticos, entre ellos el Dr. Fernando Hinestrosa (2015), quien afirmó:

Es el codice civile: el comportamiento honesto, diligente, en la relación crediticia, no solo concierne al deudor, así sobre él recaiga el mayor peso para la satisfacción de aquella, sino que también incumbe al acreedor (art. 1175 cod. civ.); en el adelanto de las negociaciones y en la formación del contrato las partes deben comportarse de acuerdo con la buena fe (art. 1337 cod. civ.); el contrato debe ejecutarse de buena fe (art. 1375 cod. civ.). Son estas admoniciones terminantes y oportunas, que, por cierto, no se limitan a prohibir fraudes, trampas o agresiones, sino que van más allá, al poner de presente el deber de un comportamiento activo para facilitar el desarrollo de las actividades y el logro del resultado común; en una palabra, para asegurar la vigencia del solidarismo o de la solidaridad social. (p. 5)

Lo anterior da a entender que en el derecho privado italiano existe en una mayor medida:

1. Una aplicación más versátil, armonizada y social del ordenamiento jurídico con miras a la revisión o resolución contractual con base en las cláusulas generales de equidad, buena fe y cumplimiento del deber constitucional de solidaridad, en el marco de cualquier desequilibrio contractual y posibles onerosidades excesivas dentro del cumplimiento de obligaciones por parte del deudor (Macario, 2016).
2. Una mayor unificación de criterios en torno a la legislación aplicable por cuanto implica una correlación necesaria entre cláusulas generales del Derecho privado, como la buena fe y la equidad, con principios constitucionales como el de solidaridad. Su resultado, lejos de afectar la seguridad jurídica alrededor de la resolución de un posible conflicto contractual, amplía la certeza tanto del operador jurídico como de las partes del marco legal aplicable (Macario, 2016).

Además de lo anterior, en materia contractual, este principio implica que fuera de los intereses inherentes a cualquier parte, y las obligaciones plasmadas en un acuerdo contractual, ante la existencia de una excesiva onerosidad o desequilibrio económico entre las partes, o el surgimiento de posición dominante en una de ellas, se deberán reevaluar las cargas contractuales en beneficio no solo de la parte más débil de la relación contractual, sino también de los fines propuestos por la Constitución misma, en garantía del interés general por parte de la autoridad judicial. Esto, de nuevo, recuerda los lazos comunitarios expuestos por los diversos autores franceses que dieron origen a este concepto y lo plasmado en la Constitución de Italia.

Ahora bien, un factor determinante en el proceso de aplicación de postulados constitucionales en el derecho contractual italiano debe su desarrollo a las decisiones jurisprudenciales de la Cor-

te Suprema de Justicia, Sala Casación Civil italiana, entre los años ochenta y noventa (Macario, 2016). Lo anterior, dado que dentro de esta corporación de justicia se ha dado nacimiento a un proceso que ha sido denominado por autores como Francesco Macario (2016) como una “relectura” del Código Civil de 1942 por parte de la autoridad judicial. Esto implica un límite a la autonomía privada al dar una interpretación más amplia y correlacionada con principios constitucionales como el de solidaridad, con relación a la cláusula de buena fe y equidad establecidas en los artículos 1337, 1375 y 1175 del Código Civil italiano, frente a aquellas relaciones contractuales de carácter comercial consideradas inequitativas por dicha corporación (Macario, 2016).

Dado que la historia de la jurisprudencia la hacen los abogados –en este caso, los magistrados de la Corte Suprema, con su propio bagaje cultural, formados a lo largo de décadas de estudio y, al mismo tiempo, aplicación concreta de las normas– no podemos dejar de recordar, con vistas a una correcta reconstrucción histórica del proceso evolutivo considerado, que la solución de la casación (que se considerará indudablemente innovadora, en comparación con la orientación anterior detectable por las decisiones de legalidad relativas a la eficacia de la cláusula general de buena fe) [43], fue acogida con satisfacción por un erudito que, posteriormente (actuando como juez extensor, por razones articuladas y elegantes), habría marcado algunas de las etapas más significativas de la posterior elaboración de la jurisprudencia. (p. 9)

Por otro lado, la interpretación fundamentada en principios constitucionales, en sentencias como la 10.511 y la 18.128 de la Sala de Casación de la Corte Suprema italiana, ha realizado una relectura de artículos como el 1384 del Código Civil italiano frente a la reducción de la pena económica o a las acreencias debidas por parte de deudores en condiciones de insolvencia o dificultades económicas, en los siguientes casos: 1) cuando la obligación principal haya sido parcialmente cumplida, y 2) cuando el monto de la pena sea excesivo, así haya sido estipulado en el contrato, sobre todo en cuanto al interés que tenía el acreedor de la obligación. Lo anterior con el fin de proteger el interés general y garantizar la equidad en las relaciones contractuales.

Por lo tanto, debido a la labor judicial que da aplicación a postulados constitucionales en el marco privado de principios como el de solidaridad, se ha configurado lo que se denomina una aplicación de la *ley viva* en el Código Civil italiano:

La experiencia jurisprudencial de los últimos veinte años destaca una tendencia interpretativa de la norma que expresa el principio de corrección en las relaciones contractuales, por un lado, en busca del vínculo con los índices axiológicos de la Constitución, por otro lado, caracterizada por una cada vez mayor familiaridad con las cláusulas generales, leídas y aplicadas, se ha dicho, en relación con los principios constitucionales, comenzando por el fundamental de la solidaridad, como prueba de la conciencia ahora adquirida, por parte de los jueces, de su (también) función «creativa» (y por tanto no mera o, si se prefiere, aplicación mecánica del *ius scriptum*) [38]. Además, es

difícil cuestionar la convicción según la cual el uso correcto de las cláusulas generales permite realzar los derechos del sujeto que opera en un contexto socioeconómico determinado, independientemente, no sólo de su previa disposición y regulación legislativa, sino también de acuerdos contractuales en los que se expresa la autonomía privada. (Macario, 2016, p. 9)

Este postulado representa una integración viva de los conceptos tradicionales del derecho privado, con los principios constitucionales establecidos en cláusulas como la 2ª de la Constitución de Italia, para dar origen a una nueva dinámica de interpretación y aplicación del derecho en el marco de un proceso judicial, que derive en un ejercicio creativo y de consciencia, capaz de superar el formalismo que había imperado en la aplicación de la ley en materia contractual (Macario, 2016).

No resta traer a colación la conclusión expuesta por Fernando Hinestrosa (2015) frente a la concepción armonizada que existe en torno a los principios constitucionales como el deber de solidaridad y su aplicación dentro de las relaciones contractuales, también ampliamente marcadas por la autonomía privada:

Resulta entonces evidente que el código civil italiano, más allá de su marcada orientación solidaria, posición precisada por la Constitución republicana, y que lo ha puesto en una posición de vanguardia, significó un progreso sustancial, respecto de los códigos del siglo XIX, en la concepción y en la técnica en materia de principios y de disciplina del derecho de las obligaciones y de los contratos, lo que ha permitido resolver muchos problemas planteados por la economía contemporánea con agilidad, sensatez y sentido de la equidad. (Hinestrosa, 2015, p. 6)

Es así como en sentencias como la 10.511 del 24 de septiembre de 1999 de la Corte Suprema de Justicia de Italia, en su Sala 1 de Casación Civil; la 18.128 del 13 de septiembre de 2005, Sala Segunda de Casación de la Corte Suprema de Justicia italiana, y la 9140 del 16 de mayo de 2016 de la misma corporación, ha sido esta misma Sala de Casación Civil la que ha ejercido una labor de constitucionalización viva y libre de las relaciones contractuales, y ha establecido una serie de límites a la autonomía privada, amparada en principios constitucionales y sociales como el deber de solidaridad, sin que ello represente un conflicto entre distintas corporaciones de justicia (Macario, 2016).

En ese sentido, la aplicación del artículo segundo (solidaridad) de la Constitución italiana por parte de la Sala de Casación, en los últimos años, se ha centrado en temas de gran relevancia nacional como: 1) regulación de cláusulas abusivas en el marco de los contratos de consumo; 2) regulación de contratos entre particulares, cuando exista una situación de dependencia económica de una de las partes del contrato; 3) regulación o relectura de los contratos de seguros; 4) regulación o reducción de cláusulas penales con relación a obligaciones contractuales.

les, y 5) en general, la renegociación y/o novación de obligaciones dinerarias, cuyo monto, en caso de ser excesivamente alto, pueda generar un desequilibrio económico en detrimento de la parte incumplida.

Finalmente, otro claro ejemplo de cómo la tendencia solidarista en el derecho positivo italiano –a diferencia del caso colombiano– ha demostrado tener una visión innovadora al momento de mitigar desequilibrios en los contratos se puede evidenciar en los artículos 1256, 1258, 1464 y 1467 del Código Civil italiano, así como en el artículo 27 de la Ley n.º. 392 del 27 de julio de 1978 de Regulación de Alquiler de Inmuebles Urbanos de la República Italiana, expuestos por el autor Tarantino (2020).

El referido análisis detalla cómo el ordenamiento positivo italiano ha propuesto una serie de mecanismos normativos encaminados a resolver posibles desequilibrios contractuales, especialmente en contratos de arrendamiento de local comercial e industrial (Tarantino, 2020), sin perjuicio de lo pactado por las partes. Así:

1. El artículo 27 de la Ley 392 de 1978 de Regulación de Alquiler de Inmuebles Urbanos de la República Italiana permite al arrendatario resolver el contrato de arrendamiento comercial con la ocurrencia de motivos graves los cuales puedan afectar la ejecución de su obligación.
2. Los artículos 1256 y 1258 del Código Civil Italiano abren la posibilidad de forma detallada de que la parte afectada pueda extinguir o cumplir parcialmente su obligación contractual, en caso de la ocurrencia de imposibilidades sobrevenidas totales o parciales que puedan afectar el cumplimiento de la prestación principal del deudor.

Por otra parte, los artículos 1464 y 1467 del Código Civil italiano hacen posible cumplir de forma parcial el pago o rescindir contratos de ejecución continua o periódica por la parte afectada, en eventos de generarse una excesiva onerosidad sobrevenida e imprevisible en el cumplimiento de la prestación, como bien fue el caso de la emergencia del Covid-19 (Tarantino, 2020). Lo anterior, siempre y cuando no se haya materializado el pago o el cumplimiento de la obligación debida. Para lo cual, específicamente el artículo 1467 del Código Civil de 1942 permite a las partes a colaborar mutuamente, en el marco de postulados transversales como lo son la equidad, la solidaridad y la buena fe, para cambiar los términos del contrato en beneficio de la parte más afectada y así evitar la resolución del contrato.

## **SOLIDARISMO CONTRACTUAL Y EL CASO DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL COMERCIAL**

En Colombia, los contratos de arrendamiento de local comercial ejemplifican la necesidad de profundizar el solidarismo contractual en el ordenamiento nacional. En este tipo de acuerdo, si bien las partes pueden pactar cláusulas de terminación o renegociación para mitigar hechos imprevistos, y el ordenamiento jurídico –en principio– cuenta con herramientas legales para enfrentar situaciones extraordinarias, como lo son la fuerza mayor o la teoría de la imprevisión, el Covid-19 evidenció la fragilidad del sistema jurídico actual al enfrentar una crisis de tal magnitud (Bauer y Bernal-Fandiño, 2021).

Por un lado, la pandemia representó para las partes una situación completamente nueva, imposible de prever en los acuerdos originales. Las medidas de aislamiento y las dificultades para cumplir las obligaciones contractuales, especialmente para los arrendatarios, generaron dudas sobre la capacidad de negociación entre arrendadores y arrendatarios para mitigar sus efectos. Por otro lado, para la jurisprudencia colombiana, la teoría de la imprevisión, prevista en el artículo 868 del Código de Comercio, solo aplica cuando existen desequilibrios significativos en las prestaciones para ambas partes, lo que hace difícil su aplicación cuando el arrendatario pierde la capacidad de pago de los cánones en los términos establecidos, pues este riesgo estaría únicamente en cabeza de este (Bauer y Bernal-Fandiño, 2021).

Además, aunque la pandemia y las medidas de confinamiento fueron eventos imprevisibles e irresistibles que afectaron inicialmente la capacidad de las partes para cumplir con sus obligaciones, la naturaleza temporal de las medidas decretadas en el marco de la emergencia, así como la posibilidad –en algunos casos– de usar los locales comerciales de forma parcial, dificultaron la clasificación de estos eventos como fuerza mayor (Bauer y Bernal-Fandiño, 2021). En respuesta, el Gobierno emitió medidas como el Decreto de Emergencia n.º. 797 de 2020, el cual permitía a los arrendatarios de locales comerciales terminar unilateralmente los contratos con un pago equivalente a un tercio de la cláusula penal pactada. Sin embargo, esta medida fue declarada inexecutable por la Sentencia C-409 de 2020 de la Corte Constitucional, aumentando aún más la incertidumbre jurídica existente, especialmente frente a aquellas partes que ya habían hecho uso de estas facultades extraordinarias y temporales.

En este contexto, el impacto de la pandemia en las relaciones contractuales en Colombia habría sido significativamente distinto si, en virtud de la función social del Estado y del solidarismo contractual, se hubieran incluido en el Código de Comercio normas específicas para regular situaciones de excesiva onerosidad sobrevenida e imprevisible en el cumplimiento de las obligaciones de un contrato de arrendamiento comercial. Dichas normas habrían ofrecido una mayor protec-

ción ante circunstancias extraordinarias, como lo hacen los artículos 1464 y 1467 del Código Civil italiano, que contemplan mecanismos de adaptación y/o resolución contractual para restablecer el equilibrio en tiempos de crisis, promoviendo así un marco legal más equitativo y solidario.

En este escenario, por ejemplo, un arrendatario colombiano que enfrentara una excesiva onerosidad sobrevenida para cumplir con el pago del canon establecido habría tenido la opción ya fuera de cumplir parcialmente con el pago debido o, en su defecto, rescindir el contrato de arrendamiento comercial, siempre y cuando no hubiese cumplido aún con la obligación de pago. Así mismo, esta opción habría permitido a los arrendatarios enfrentar la imposibilidad de pago sin recurrir a procesos judiciales o medidas gubernamentales del todo inciertas frente a su validez, y habría mitigado los efectos socioeconómicos de la pandemia, cuyos impactos aún son visibles hoy en día.

## CONCLUSIONES

En primer lugar, el solidarismo contractual, si bien tiene sus antecedentes conceptuales en el derecho francés, desde finales del siglo XIX hasta inicios del siglo XX ha sido una doctrina cuyo desarrollo permeó durante la primera mitad del siglo XX a países como Alemania, y posteriormente, de forma más profunda, a Colombia e Italia (Bernal-Fandiño, 2016). Esta doctrina tiene como objetivo crear una correlación entre el contexto social y las relaciones económicas y jurídicas de los distintos sujetos en una sociedad, con el fin de evitar la generación de mayores niveles de desigualdad a escala social y material dentro de los contratos civiles y comerciales. Ello implica, aun hoy en día, una relectura del concepto clásico del Estado liberal y el estricto cumplimiento de los postulados formalistas del Derecho, como también una mayor facultad interpretativa del juez (Bernal-Fandiño, 2016).

En segundo lugar, en países como Colombia, el solidarismo contractual debe su desarrollo principalmente a la Constitución de 1991 y al posterior proceso denominado la constitucionalización del derecho privado. Este, gracias a las facultades interpretativas otorgadas al juez y a la profunda irrigación que se le dio a los conceptos de solidaridad y Estado social en el marco normativo colombiano, ha realizado una relectura del alcance de principios iusfundamentales, como lo es el principio de solidaridad en el marco de las relaciones contractuales. Así, se ha generado en su camino la creación de una serie de límites a la autonomía privada y una mayor acogida a una visión social y equitativa frente a las relaciones contractuales.

No obstante, el proceso no ha estado exento de polémica, debido a las diferencias existentes con otras corporaciones, especialmente de la rama civil del poder judicial colombiano. Tal hecho se ha evidenciado ante la ausencia de un desarrollo más directo del principio de solidaridad por

parte de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que el derecho privado se basta a sí mismo en cuanto a la solución de posibles controversias contractuales, en postulados como la buena fe y el abuso del derecho. Ello ha causado, como efecto, que la aplicación de principios constitucionales en las relaciones contractuales, ya sea en materia de contratos entre particulares con entidades financieras o de vivienda, haya sido abanderada por corporaciones como la Corte Constitucional, lo que ha creado una dualidad al momento de impartir justicia (Calderón, 2007).

Además de lo anterior, a estas visiones se suman autores como Mantilla (2011), quien afirma que el permitir el uso de principios como la solidaridad, con el fin de solucionar supuestos no previstos en la ley, podría significar un mayor nivel de inseguridad jurídica, por cuanto se diluiría la aplicación de normas precisas y aumentarían las decisiones judiciales, motivadas por juicios de valor eminentemente emocionales o intuitivos, restando validez y objetividad al ejercicio de impartir justicia, sobre todo en Colombia.

En tercer lugar, tomando como contrapartida el derecho italiano, principios constitucionales como el deber de solidaridad aplicado a los contratos no solo han existido desde mediados del siglo XX, en todos los aspectos relacionales de los ciudadanos, sino que desde los años noventa se comenzó a profundizar su aplicación integrando los postulados generales del derecho privado establecidos en el Código Civil, como los de la buena fe contractual y la equidad.

Dicha aplicación ha sido liderada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia Italiana, en sentencias como la 10.511 del 24 de septiembre de 1999, frente a la reducción de la pena de una de las partes por considerarse excesivamente onerosa; la 18.128 del 13 de septiembre de 2005, con hechos similares a la primera, y la 9140 del 16 de mayo de 2016, frente al reequilibrio contractual en la aplicación de un contrato de seguro, de acuerdo con los postulados de equidad y solidaridad (Macario, 2016).

Asimismo, artículos como el 1464 y 1467 del Código Civil italiano han proporcionado a la sociedad italiana herramientas adicionales para enfrentar dificultades imprevisibles y excepcionales, como la emergencia de Covid-19 en el contexto de los contratos de arrendamiento de locales comerciales e industriales. Las cuales, lejos de generar incertidumbre y medidas jurídicas contradictorias, estos mecanismos han fortalecido la capacidad del ordenamiento jurídico italiano para adaptarse a situaciones imprevistas, promoviendo un equilibrio justo y solidario entre las partes y reforzando la seguridad jurídica en tiempos de crisis (Tarantino, 2020).

Por lo tanto, el solidarismo contractual en Italia ha generado un proceso de relectura de las normas del Código Civil de acuerdo con los principios constitucionales, con el fin de armonizar su aplicación desde el campo de la interpretación judicial, lo que da como resultado el nacimiento de un *Derecho vivo*, un derecho consciente de la realidad social (Macario, 2016).

Finalmente, este análisis cualitativo y jurisprudencial plantea tanto un desafío como una invitación a la comunidad académica y jurídica para explorar y aplicar de manera más abierta el solidarismo contractual. Este enfoque podría transformar la percepción de la validez y efectividad de los principios iusfundamentales y del rol del juez en el marco del neoconstitucionalismo. Un proceso irreversible en sistemas como el colombiano, dado su vínculo con los principios de un Estado social de derecho.

Asimismo, el solidarismo contractual, especialmente como se aplica en el caso italiano, brindaría a la sociedad colombiana herramientas suficientes y claras para afrontar eventos extraordinarios, como lo fue la pandemia de Covid-19. Y aunque controvertida, la plena adopción del solidarismo contractual podría ser un punto de inflexión para abordar y reducir los desequilibrios económicos en las relaciones jurídico-privadas frente a cualquier escenario. La resistencia a aplicar estos principios y a concebir el derecho como un sistema adaptado a los contextos socioeconómicos, no hace sino ampliar la distancia entre los objetivos de justicia y equidad promovidos por la Constitución y la realidad práctica. En este sentido, el caso italiano emerge como un modelo digno de estudio, en el que es posible aplicar principios y postulados normativos precisos sin crear contradicciones doctrinales ni institucionales.

## REFERENCIAS

- Bauer, T. C. y Bernal Fandiño, M. (2021). Solidarismo y contratos relacionales: alternativas frente a la pandemia de covid-19. *Revista de Derecho Privado*, 41, 53-80. <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.03>
- Bernal-Fandiño, M. (2007). Solidarismo contractual-especial referencia al Derecho francés. *Vniversitas*, 114, 15-30.
- Bernal-Fandiño, M. (2016). El principio de solidaridad como límite a la autonomía privada. *Jurídicas*, 13(2), 60-70. doi: <https://doi.org/10.17151/jurid.2016.13.2.5>.
- Calderón, J. J. (2007). Constitucionalización del Derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. *Vniversitas*, 113, 113-137.
- Corte Constitucional de Colombia. (16 octubre de 2014). Sentencia C-767, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt.
- Corte Constitucional de Colombia. (26 de junio de 2003). Sentencia T-520, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (6 de mayo del 2004). Sentencia T-419, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia. (25 de febrero del 2005). Sentencia T-170, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. (17 de septiembre de 2020). Sentencia C-409, M.P.: Luis Javier Moreno Ortiz.

- Hinestrosa, F. (2015). [Notas sobre el derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano]. *Revista de Derecho Privado*, 28, 3-9. doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n28.01>.
- López-Castro, Y. (2016). Viviendo bajo un contrato: la constitucionalización del derecho contractual. *Jurídicas*, 13(1), 82-99. doi: <https://doi.org/10.17151/jurid.2016.13.1.6>.
- Mantilla, F. (2011). El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 16, 187-241. doi: <https://doi.org/10.4067/S0718-80722011000100006>
- Mazeaud, D. (2004). Solidarisme contractuel et réalisation du contrat. En L. Grynbaum y M. Nicod (Dir.), *Le solidarisme contractuel*. Económica.
- Macario, F. (2016). *Autonomia privata nel quadro costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa. Un'affare di giustizia*. [https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-autonomia-privata-nella-cornice-costituzionale\\_per-una-giurisprudenza-evolutiva-e-coraggiosa\\_397.php](https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-autonomia-privata-nella-cornice-costituzionale_per-una-giurisprudenza-evolutiva-e-coraggiosa_397.php)
- Mattiei, U. Y Quarta, A. (2020). Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti. *Giustizia Civile Utenza*, (5). <https://giustiziacivile.com/obbligazioni-e-contratti/approfondimenti/tre-tipi-di-solidarieta-oltre-la-crisi-nel-diritto-dei>
- Presidencia de la República de Colombia. (4 de junio del 2020). *Decreto Legislativo 797 de 2020: Por el cual se adoptan medidas transitorias en materia de arrendamiento de locales comerciales, en el marco del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica*. *Diario Oficial* (51.334), 1-14.
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá.
- República Italiana. (1978). *Ley de Regulación del Alquiler en Inmuebles Urbanos*. Roma.
- República Italiana. (1947). *Constitución Política de Italia*. Roma.
- República Italiana. (1942). *Código Civil Italiano*. Roma.
- Tarantino, M. (2020). *COVID-19 e il problema del pagamento dei canoni senza il concreto godimento degli immobili commerciali*. *Diritto e Giustizia*. <https://www.dirittoegiustizia.it/#/documentDetail/9166485>

# **Prisión perpetua y pena de muerte en Colombia: ¿reforma o sustitución constitucional?\***

*Life Imprisonment and Death Penalty in Colombia:  
Constitutional Reform or Substitution?*

M A N U E L J . G Ó M E Z - R E S T R E P O

Político Universidad de Antioquia. Abogado Universidad Eafit. Máster en Derecho Constitucional del CEPC. PhD (c) en Humanidades de la Universidad Eafit. Profesor asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura, Medellín (Colombia). [manuel.gomez@usbmed.edu.co](mailto:manuel.gomez@usbmed.edu.co)  
<https://orcid.org/0000-0001-6982-4858>

V A L E N T I N A S T A R I N I E R I R O S E R O

Abogada de la Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho Comercial Universidad Pontificia Bolivariana [valentina.starinieri17@tau.usbmed.edu.co](mailto:valentina.starinieri17@tau.usbmed.edu.co)  
<https://orcid.org/0009-0006-7669-5373>

M A R Í A C A M I L A S A L I N A V É L E Z

Abogada de la Universidad de San Buenaventura. [maria.salinas201@tau.usbmed.edu.co](mailto:maria.salinas201@tau.usbmed.edu.co)  
<https://orcid.org/0009-0001-7729-9392>

---

\* Artículo de investigación resultado del proyecto “Democracia y derechos: Una visión comparativa latinoamericana”, financiado por la Universidad de San Buenaventura, sede Medellín. Código M7903.

## Resumen

La prisión perpetua y la pena de muerte tienen una historia dinámica en la Constitución de Colombia. Aunque están prohibidas explícitamente por la Constitución Política de 1991, diversos sectores han intentado reintroducirlas, argumentando su importancia para proteger intereses legales fundamentales. Este artículo analiza si su reintroducción constituiría una reforma o una sustitución constitucional. La búsqueda de reimplementar estas medidas punitivas refleja los cambios de paradigmas sociales y políticos en la sociedad colombiana. Su posible reintroducción plantea la pregunta de si se modificaría simplemente la Constitución o si implicaría su sustitución, lo cual genera conflicto entre el legislador nacional y las Altas Cortes. A través de una investigación documental, se concluye que reintroducir estas penas violaría los principios fundamentales de la Constitución de 1991 y debilitaría los pilares del derecho, el debido proceso y la presunción de inocencia, elementos claves de un Estado social y democrático de derecho. En resumen, este artículo destaca la historia, examina las iniciativas de reintroducción y concluye que reintroducir la pena de muerte y la cadena perpetua violaría principios constitucionales, constituyendo una sustitución de la Constitución de 1991.

### PALABRAS CLAVE

Pena de muerte, prisión perpetua, reforma constitucional, sustitución constitucional, bloque constitucional.

## Abstract

Life imprisonment and the death penalty have a dynamic history in Colombia's constitution. Despite being explicitly prohibited by the 1991 Political Constitution, various sectors in the country have attempted to reintroduce them, arguing for their importance in protecting fundamental legal interests. This article analyzes whether the reintroduction of the death penalty and life imprisonment would constitute a constitutional reform or substitution. The pursuit of reimplementing these punitive measures has been the result of different social and political paradigm shifts in Colombian society. The possible reintroduction of these penalties raises the question of whether it would merely modify the Constitution or entail its substitution. This situation reflects a conflict between the national legislature and the High Courts. Through documentary research, examining relevant legal sources and jurisprudence, it is concluded that reintroducing these penalties would violate the fundamental principles of the 1991 Constitution and undermine the pillars of law, due process, and the presumption of innocence—essential elements of a Social and Democratic Rule of Law. Consequently, it would constitute a substitution of the 1991 Constitution. In summary, this article highlights the historical context, examines reintroduction initiatives, and concludes that reintroducing the death penalty and life imprisonment would violate constitutional principles and weaken the foundations of the Rule of Law, thus constituting a substitution of the 1991 Constitution.

### KEYWORDS

Death penalty, life imprisonment, constitutional reform, constitutional substitution, constitutional block.

## INTRODUCCIÓN

Este análisis jurídico busca examinar la posibilidad de la implementación de penas como la cadena perpetua y la pena de muerte dentro del orden jurídico colombiano, especialmente frente a la pregunta de si la implementación de estas sanciones supone una sustitución de la Carta Política de 1991. Se pretende también estudiar por medio de la historia y de los reiterativos proyectos de ley que buscan la implementación de estas sanciones que estas penas no solucionarían la perpetración de estos delitos.

En este contexto, se explorarán los antecedentes históricos y doctrinales de la pena de muerte y la cadena perpetua en Colombia, así como la evolución de la figura de la reforma y la sustitución constitucional. Se analizará la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como las influencias de los tratados suscritos por Colombia. La metodología empleada será una investigación documental de diferentes sentencias constitucionales y trabajos doctrinales sobre la materia.

La figura constitucional de la sustitución, que actualmente sigue siendo objeto de debate en la Corte Constitucional, tiene especial relevancia en este trabajo. A diferencia de la reforma constitucional, que cuenta con criterios claramente establecidos, la sustitución requiere un análisis individual y detallado de cada proyecto. Este examen evalúa el impacto potencial sobre los fundamentos de la Constitución, y cualquier intento que altere la esencia de la Carta Política de 1991 será declarado inexecutable.

La sección de resultados se dividirá en tres apartados: en el primero se describirá la historia de la prisión perpetua y la pena de muerte en Colombia, conduciendo así a la historia doctrinal de la figura de la reforma y de la sustitución constitucional, como segundo apartado. El tercero se encuentra consagrado a la sustitución de la Constitución en Colombia, específicamente con respecto a la cadena perpetua y pena de muerte. Concluyendo así el artículo con una conclusión.

## HISTORIA DE LA CADENA PERPETUA Y LA PENA DE MUERTE EN COLOMBIA

El Estado ha utilizado históricamente diversas herramientas coactivas para conservar y reforzar su poder, valiéndose de ellas ante cualquier situación que amenace su autoridad única. Manifestando su autoridad privilegiada, como garante del poder al tener la facultad de coaccionar a sus administrados.

La pena de muerte antiguamente era impuesta como resultado a la desobediencia hacia la autoridad, sin embargo, esta se establecía como pena corporal e iba acompañada de mutilaciones, quemaduras y aflicciones semejantes. Puesto que más que un castigo para el reo sería una

muestra del poderío estatal y, además, hacía sus veces de advertencia para los demás ciudadanos presentes en la ejecución (Bejarano, 2008).

La cadena perpetua tiene su origen en Estados Unidos, inicialmente pensada para los delincuentes de delitos sexuales, en el cual se daba un tratamiento médico junto con el confinamiento civil y el internamiento hospitalario en contra de la voluntad de una persona valorada como peligrosa, ante la duda de una posible resocialización de algunos delincuentes y la poca efectividad que se sentía que tenía la pena capital al disminuir su público y, por ende, su impacto social (Velandia Montes y Gómez Jaramillo, 2018).

En Colombia, la Constitución Nacional de 1886 originalmente permitía la pena de muerte como sanción para algunos delitos específicos, lo que cambió en una de sus primeras reformas, específicamente el Acto Legislativo 3 de 1910, en el que se estableció que “Los delitos castigados con pena de muerte en el Código Penal, lo serán en adelante con veinte años de presidio” (República de Colombia, 1910). Desde entonces, la pena de muerte no ha vuelto a incluirse dentro del ordenamiento jurídico colombiano. La cadena perpetua, por su parte, aunque no se encontraba prohibida de manera explícita en la Carta Política de 1886, tampoco se encontraba directamente permitida. Fue prohibida tajantemente en la Constitución Política de 1991 en su artículo 34, junto con las penas de destierro y confiscación.

La pena capital y la prisión vitalicia, aunque no son sanciones que se encuentren permanentemente dentro de las deliberaciones del Congreso colombiano, sí aparecen fugazmente en ciertas situaciones, solicitándose como sanción contra aquellos crímenes que son cometidos con mayor regularidad: violencia organizada, crímenes colectivos, acceso carnal, homicidio, secuestro, entre otros (Aguilera, 1995).

Una de estas primeras situaciones ocurre en 1925, es decir, solo 15 años después de la prohibición de la pena capital. Los conservadores de la época reclamaron el regreso de la pena de muerte al ordenamiento jurídico, alegando que el incremento de la violencia y la alta tasa de criminalidad presente en el país se debían a su ausencia. En parte esta violencia tenía su origen en la crisis social resultado del nacimiento de la industria y el debilitamiento del sistema hacendatario. Pero la propuesta de los conservadores iba encaminada a implementar una política de represión contra el liberalismo e intimidar la protesta social que se encontraba también en auge (Aguilera, 1995).

En 1965, se presentó una de las propuestas más destacadas a favor de la pena capital, solicitada en contra del delito de secuestro, crimen que se constituyó como el más alto de la década. Además, en 1975, 1985 y 1989 se plantearon como posibles soluciones la pena de muerte y la cadena perpetua para este mismo crimen.

Otras propuestas expuestas a favor de la pena capital suscitaban a su favor la legítima defensa como pilar especial. Marino Jaramillo, representante a la Cámara en 1962, afirmaba en el Congreso que, si “los individuos acusados de perturbación de la paz que no se presentaran en el término de noventa días, serían considerados bandoleros, lo que los hacía dignos de persecución pública y privada”; si aquellos eran asesinados por un ciudadano, el victimario era amparado por la presunción de haber actuado en legítima defensa (Aguilera, 1995, p. 11).

Se debe tener en cuenta que Colombia ha firmado varios tratados internacionales que prohíben o limitan la aplicación de la pena de muerte. Estos tratados, en virtud del artículo 93 de la Constitución, se entienden como parte del bloque de constitucionalidad (Arango, 2004). Entre ellos está la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, ratificada por Colombia en 1972 (República de Colombia, 1972), que establece que la pena de muerte solo puede ser aplicada en los Estados que no la hayan abolido, limitándola a los delitos más graves y prohibiendo su extensión a delitos a los que no se aplique actualmente. Dado que Colombia ya la habría abolido, no podría ser reintroducida para nuevos delitos.

Asimismo, la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos refuerza esta postura, considerando que la imposición automática de la pena de muerte es incompatible con los principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como el principio de no discriminación (*Caso Boyce y otros vs. Barbados*, 2007). Finalmente, y de una manera más absoluta, el Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia en 1996 (República de Colombia, 1996), reafirma la abolición de la pena de muerte, estableciendo que ningún Estado Parte podrá aplicarla a ninguna persona bajo su jurisdicción (Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, 1989).

A diferencia de la pena capital, la propuesta de introducir nuevamente la cadena perpetua no tiene tantos antecedentes en la historia jurídica colombiana. Uno de ellos se da en 1988 cuando se presentó el Decreto legislativo 2490, el cual establecía en sus artículos 1° y 2° la cadena perpetua para los delitos de homicidio con fines terroristas cometidos por grupos armados no autorizados. Este decreto fue dictado por el presidente Virgilio Barco, invocando en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el estado de sitio implantado mediante el Decreto 1038 de 1984 (Presidencia de la República, 1984). El Decreto 2490 fue declarado inexecutable por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano judicial de la época, previo estudio de su Sala Constitucional en la Sentencia 1892 de 1989, basando su inconstitucionalidad en la violación del artículo 121 de la Constitución de 1886, artículo que regula el estado de sitio.

Para la Corte, la imposición de la cadena perpetua es contraria a la Constitución y desvirtúa totalmente la resocialización como fin de la pena (Corte Suprema de Justicia, 1989).

Para 1992 se presentó en el Congreso de la República un proyecto de ley basado en la iniciativa popular legislativa, uno de los mecanismos de participación ciudadana de la recién proclamada Constitución de 1991; esta iniciativa popular legislativa, respaldada por un millón de firmas de la población colombiana, proponía endurecer las penas para el delito de secuestro; dicho proyecto tuvo como resultado la expedición de la Ley 40 de 1993<sup>1</sup> (República de Colombia, 1993), también conocido como el Estatuto Antisecuestro. Este reforzaba las penas establecidas en el Código Penal de 1980 para los delitos de secuestro y homicidio. Pese a que no constituye textualmente cadena perpetua, el Estatuto Antisecuestro incrementó las penas para estos delitos en unas proporciones equiparables a la imposición de la cadena perpetua, fijando penas de cuarenta a sesenta años.

Debe tenerse en cuenta que, según la base oficial para el cálculo de los seguros respectivos expedida por la Superintendencia Bancaria y cifras del Banco Mundial, la esperanza de vida para los colombianos alcanzaba apenas los 70 años para los años noventa (Banco Mundial, 2018), lo que significa que para sobrevivir a una pena de sesenta años de prisión, el delito tendría que cometerse a los diez años de edad, situación que sugiere la aplicación de prisión perpetua de manera indirecta.

Algunos artículos del Estatuto Antisecuestro o Ley 40 de 1993 fueron llevados ante la Corte Constitucional mediante el mecanismo de Acción Pública de Inconstitucionalidad, donde se alegaba que estos eran parcialmente contrarios a la Constitución, sin embargo, mediante la Sentencia C-565/93 estos artículos fueron declarados ejecutivos, alegando que

no pugna con la Constitución adoptar un régimen especial aplicable a cierto tipo de delitos, si el tratamiento diferenciado se justifica en razón de factores objetivos que lo hagan necesario y no entrañe una suerte de discriminación proscrita por la Constitución. (Corte Constitucional, 1993)

Actualmente, dentro del ordenamiento jurídico colombiano existen penas que, aunque de manera expresa no se encuentren establecidas como cadena perpetua en sentido estricto, frente a su aplicación se podrían equiparar. Tal es el caso del delito de feminicidio, que cuenta con una

---

1 El proyecto de Ley fue presentado formalmente por el senador Fernando Botero Zea y la representante a la Cámara María Cristina Ocampo de Herrán, ya que la iniciativa popular legislativa, aunque estaba contemplada en la Constitución, aún no contaba con una ley estatutaria que la reglamentara (la cual sería posteriormente la Ley 134 de 1994). Esta iniciativa, que puede caracterizarse como un claro ejemplo de populismo punitivo, fue presentada en el Capitolio Nacional con la participación de exsecuestrados y sus familiares.

pena que puede oscilar entre veinte y cuarenta y un años de privación de la libertad; el homicidio en persona protegida y el tráfico de niñas, niños y adolescentes, que tienen penas entre sesenta a setenta años de prisión; el lavado de activos, el cual, con todos los agravantes que se le han adicionado, puede llegar a tener una pena de setenta años.

En España, las penas extremadamente largas han sido fuertemente criticadas por la doctrina (Cuerda Riezu, 2011, 2012; Cuneo Nash, 2016; Francés Lecumberri, 2020; Lascuráin Sánchez et al., 2016). De manera específica se ha señalado cómo la imposición de penas superiores a treinta años “puede dar lugar a que determinados reclusos, en función de su edad y de sus circunstancias personales en relación con el tratamiento penitenciario, estén condenados en la práctica a una privación perpetua de libertad” (Cuerda Riezu, 2012, p. 30) Es posible inferir que penas aún mayores, como las que se pueden imponer en Colombia, de más de sesenta años, resultan considerablemente más graves

Uno de los antecedentes más claros que buscaba introducir la cadena perpetua en el ordenamiento jurídico colombiano es de 2009; por medio de la Ley 1327 (República de Colombia, 2009) se intentó emplear un referendo, que posteriormente fue declarado inexecutable, en el que se le preguntara a los ciudadanos sobre su valoración frente a la implementación la prisión perpetua en Colombia en relación con los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, lesiones personales agravadas y secuestro cometido contra menores de 14 años y menor de edad con discapacidad física o mental.

La Corte Constitucional declaró en la Sentencia C-397/10 inexecutable la mencionada Ley de Referendo de prisión perpetua, por vicios de trámite. Sin embargo, las inconsistencias entre estas propuestas legislativas y la Constitución Política de 1991 son evidentes. En primer lugar, el artículo 12 de la Constitución Política dispone. “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”. Y el artículo 34 establece: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación”.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia señala que “sólo la utilización medida, justa y ponderada del ius puniendi, destinado a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento jurídico” (Corte Suprema de Justicia, 2013, p.14).

En 2019 se presentó un nuevo intento de reintroducción de la cadena perpetua en el ordenamiento jurídico colombiano, con el Proyecto de Acto Legislativo 21, iniciativa que fue encabezada por la congresista Martha Villalba Hodwalker, del Partido Unidad Nacional, cuya motivación principal fue el aumento de casos de violencia sexual contra menores de edad en el país. Este proyecto de acto legislativo buscaba aplicar la cadena perpetua para infractores de la ley penal,

por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de menores de edad. Esta iniciativa fue aprobada por el Congreso de la República y el 22 de julio de 2020 fue promulgada por el presidente Iván Duque como el Acto Legislativo 01 de 2020.

Este acto legislativo modificaba el artículo 34 de la Constitución y establece que:

de manera excepcional cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, se podrá imponer como sanción hasta la pena de prisión perpetua. (Acto Legislativo 01 de 2020)

Es decir, esta reforma a la Constitución suprimió la prohibición de la pena de prisión perpetua dispuesta en la Constitución de 1991 y estableció la prisión perpetua revisable.

Como consecuencia de tal reforma, el 6 de julio de 2021 fue sancionada la Ley 2098 “Por medio de la cual se reglamenta la prisión perpetua revisable y se reforma el Código Penal (Ley 599 de 2000), el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993)”. La cual reglamentó esta figura y señaló que dicha pena de prisión perpetua sería revisable después de 25 años de cumplimiento efectivo de la condena, siempre y cuando el condenado hubiera cumplido con ciertos requisitos, entre ellos demostrar su rehabilitación y arrepentimiento.

En septiembre de 2021, después de varias acciones públicas de inconstitucionalidad contra el acto legislativo, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-294 de 2021 revisó la constitucionalidad del mencionado acto legislativo y consideró que dicha reforma era inexecutable. Para llegar a esta decisión argumentó que “(...) el Congreso de la República transgredió su poder de reforma al incluir la pena de prisión perpetua revisable en el artículo 34 de la Constitución, pues sustituye un eje definitorio de la Carta como lo es el Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana” (Corte Constitucional, 2021). Esta cuestión de la reforma constitucional será analizada con mayor profundidad en el segundo y tercer apartado de este capítulo.

Es menester recordar que la doctrina colombiana ha sido clara desde hace décadas, en el sentido de que las premisas que buscan justificar el endurecimiento de penas y la restricción de garantías para ciertos delitos no tienen sustento sólido ni científico, además de transgreden los fines propios del Estado de derecho (Cáceres González, 2019; López et al., 2021; Montero Zendejas et al., 2018; Rodríguez, 2007).

También es importante tener en cuenta lo dicho por el fiscal general de la Nación el 29 de abril de 2020, cuando intervino en el debate en el Congreso sobre la cadena perpetua en Colombia; allí, dicho funcionario señaló que solo el 5 % de los casos denunciados de dichos actos delictivos en contra de menores llegan a ser condenados. Es decir que en Colombia la gran mayoría de los crímenes quedan impunes. Se puede deducir entonces que si en la actualidad no se tiene la capacidad de implementar las condenas vigentes, menos aún se tendría la estructura jurídica para garantizar la implementación de penas tan severas en las que el margen de error es incluso menor. Mencionaba también el fiscal general de la Nación en su intervención que es poco probable que el presunto delincuente haga un raciocinio sobre el tipo de pena antes de realizar la conducta. Por lo que simplemente aumentar la pena, buscando intimidar al reo, no tiene mayor efecto. La actuación del Congreso al simplemente aumentar las penas es equivocada, pues al no tener en cuenta una búsqueda analítica sobre las causas de la delincuencia en Colombia, socava las bases de la política criminal en el país.

Desde una perspectiva internacional, a diferencia de la pena capital, los tratados internacionales que ha ratificado Colombia no prohíben expresamente la prisión perpetua. Pero la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tradicionalmente ha incluido esta como una pena cruel que va en contra de la proporcionalidad de la pena y vulnera los derechos humanos de los condenados (*Caso Mendoza y Otros vs. Argentina*, 2013).

En la jurisprudencia de la Corte IDH vale destacar el voto razonado del Caso Álvarez vs. Argentina, en el que los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Nancy Hernández López argumentaron que la pena de prisión perpetua, incluso la “revisable”, es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sostuvieron que la cadena perpetua viola los derechos a la vida digna, el proyecto de vida y el libre desarrollo de la personalidad consagrados en los artículos 4 y 7 de la Convención. Además, consideran que la prisión perpetua constituye una pena cruel, inhumana y degradante que es contraria al fin resocializador de la pena establecido en el artículo 5.6 de la Convención. Los jueces también criticaron la aplicación de la pena de prisión perpetua a delitos comunes, argumentando que es desproporcionada y va más allá del límite máximo de 30 años contemplado en el Estatuto de Roma para los crímenes más graves. Concluyeron enfatizando en que la pena de prisión perpetua y las penas accesorias indeterminadas son inconventionales y deben ser declaradas incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*Caso Álvarez vs. Argentina*, 2023).

Desde esta lógica, habría que tener en cuenta que la cadena perpetua, tal y como lo sostiene Murphy (1979) se puede convertir en “tortura lenta y mutilación psíquica” (Murphy, 1979, como se cita en De La Cuesta, 2018, p. 54) al acabar con cualquier esperanza de liberación para las

personas condenadas con esta sanción. Lo que sería un argumento de peso para sostener que la cadena perpetua se encuentra prohibida por el Pacto de San José.

## TEORÍA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El poder constituyente es un reflejo de la participación popular en la estructura normativa de la Carta Política; este tiene una alta participación en la formulación de los textos normativos y está direccionado por el principio democrático, necesario en un Estado social de derecho. Este poder es legítimo y considerado legal gracias a la democracia, permitiendo la legitimación de la voluntad popular, sin embargo, no debe ser considerado como un poder sin control y sin límites, evitando así una nueva Constitución independiente. El principio de democracia es un factor de discusión dentro de la problemática de los límites, ya que no se podrá reemplazar el poder originario y demás poderes constituidos, con la voluntad encabezada por el pueblo (Fajardo et al., 2015).

Con base en dicha tentativa de reemplazo se originaron las dos tipologías de poder constituyente, el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado. El primero de ellos ya existía en el momento del origen del poder constituyente derivado, que es quien podría hacer reforma constitucional; este segundo poder está delimitado por un conducto de controles que evitan cualquier superioridad de alcance en sus actuaciones. El poder constituyente primario es la manifestación del pueblo sobre la temática constitucional y la cual no está sujeta a poder de revisión por la Corte Constitucional. Mientras que el poder constituyente derivado está predefinido y delimitado por la misma Constitución de 1991, donde se dará paso a la ejecución de las reformas constitucionales; dichas reformas podrán ser presentadas por el Congreso.

En la Constitución Política de 1991 se establecieron expresamente cuáles eran los mecanismos de reforma constitucional; dichos mecanismos son: por medio de acto legislativo, por asamblea constituyente, y, por último, se puede dar la figura del referendo por un pronunciamiento o llamamiento al pueblo.

Se consideran como acto legislativo aquellas normas expedidas por el Congreso que tengan por objeto modificar, reformar, adicionar o derogar los textos constitucionales. Es decir, el Congreso tiene el poder de reformar la Constitución.

En Colombia fueron las sentencias C- 551/03 y C- 588/09 las que sentaron las bases para las nociones y los límites de la acción de modificación de la Constitución. En ambas sentencias la Corte priorizó la integridad y la supremacía de la Constitución cuando analizaba las demandas de inconstitucionalidad en contra de actos que reformarán la Constitución. En estas sentencias se han ido formado algunos límites a la reforma constitucional.

Estas sentencias sostienen que tanto el poder constituyente originario como el derivado tienen como objetivo primordial al pueblo. Por lo tanto, el poder constituyente originario está facultado para crear, modificar o reemplazar la Carta Política, delegando al poder derivado la tarea de llevar a cabo reformas constitucionales. En el ámbito doctrinal, se ha delineado una concepción respecto a la reforma constitucional, en la que se considera que esta puede ser positiva si sus modificaciones contribuyen a establecer normas que reflejen las necesidades actuales del pueblo, y negativa si dichos cambios afectan la seguridad jurídica.

Respecto a la labor que desempeña el Congreso en materia de reforma o sustitución de la Constitución, se puede deducir que sus facultades son limitadas y que deberá guiarse por dos elementos fundamentales: primero, los principios y valores consustanciales de la Constitución; y segundo, los elementos que el Bloque de Constitucionalidad establece para el poder de revisión. Este poder de revisión es ejercido por el mismo Congreso a través de tres mecanismos: los actos legislativos, el llamado a una asamblea constitucional y el referendo (Legarda Rama, 2012).

Dichos proyectos de actos legislativos deben obtener la aprobación en ocho debates durante dos períodos ordinarios y consecutivos, además de estar aprobados por cada cámara con una mayoría simple en el primer periodo. Sin embargo, en el segundo periodo dichos proyectos no pueden ser modificados, adicionados o suprimidos. En el segundo periodo se necesita la mayoría absoluta de ambas cámaras y pasaría a sanción presidencial.

Las decisiones tomadas por la asamblea constituyente están sujetas a control jurídico. Este control es ejercido por la Corte Constitucional, la cual puede anular dichos actos mediante el trámite de una demanda de inconstitucionalidad. (Colón-Ríos, 2021)

En cuanto al último mecanismo que se otorga al llamado referendo es la posibilidad que tiene el pueblo para la aprobación o retiro de una norma del ordenamiento jurídico, incluso de la Constitución.

Tradicionalmente, la asamblea constituyente se ha concebido como un poder soberano, considerado como ilimitado. Sin embargo, como señala una parte importante de la doctrina, siguiendo la última jurisprudencia de la Corte Constitucional, dicho poder no es ilimitado, ya que actúa como un mero comisionado o representante del verdadero titular de la soberanía, que es el pueblo; “por ello, su poder es siempre susceptible de quedar sujeto a límites sustantivos, a un mandato imperativo del pueblo requiriendo la creación de determinado tipo de derecho constitucional” (Colón-Ríos, 2021, p. 96).

Las limitaciones a la reforma constitucional podemos clasificarlas en formales (con base en procesabilidad) y materiales (con base en su contenido). Los formales se encuentran consagrados en los requisitos procedimentales que la reforma deberá de cumplir para su debida presentación.

Con respecto a los límites materiales, la Sentencia C-551/03 señala cuáles son estos, utilizando el marco teórico creado por Carl Schmitt.

Este autor alude en su libro *Teoría de la Constitución* que en la Constitución alemana existen dos tipos de normas:

las que expresan las decisiones políticas fundamentales asumidas por la voluntad constituyente como auténtico fundamento del orden político, y aquellos otros preceptos que aun formando parte de la propia Constitución eran una consecuencia de las anteriores y no tenían de por sí, valor constitutivo de la comunidad política. (García López, 2015, p. 23)

Es decir, Schmitt entiende que se puede clasificar las normas constitucionales dependiendo de su relación con el poder constituyente. Habría una primera categoría, que son aquellas normas que vienen del poder constituyente, consideradas materialmente constitucionales, y la segunda categoría sería solo formalmente constitucionales, que Schmitt llama leyes constitucionales.

Schmitt consideraba que el poder de reformar la Constitución que tenía el Parlamento solo debería ser aplicada a las leyes constitucionales, es decir, aquellas que solo formalmente son parte de la Constitución, ya que el poder de revisión no era un poder principal y soberano, por lo cual no debería tener la autoridad de decidir el carácter de la Constitución, porque para esto estaba el poder constituyente. Es así como Schmitt encuentra una solución a la problemática de la reforma y sustitución constitucional. El Parlamento solo tiene poder de reforma por ser poder constituido, el único que tiene poder de sustitución constitucional es el poder constituyente (García López, 2015).

## LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

La Sentencia C-551/03 sostiene que hay una parte de la Constitución que se entiende como su columna de apoyo esencial y no podía ser sujeta a sustitución, acabando el poder de revisión por parte del Congreso.

Vale la pena examinar más a fondo la teoría de la sustitución constitucional y su introducción en el ordenamiento colombiano. La teoría de la sustitución constitucional gira entorno a la posibilidad que tendría la Corte Constitucional para limitar el poder de los actos reformativos de la Constitución, ya sea cuando sea ejercido por el mismo pueblo mediante referendo o cuando es

actuado por medio del Congreso de la República. Bajo la idea de que sería necesario una revisión de la lesión normativa que sufrirían normas constitucionales (imposibilidad de sustitución de la Constitución), a causa de otras normas constitucionales (carácter reformativo que posee la Carta Política de 1991) pero de diferente nivel jerárquico.

La teoría de la sustitución constitucional surge entonces en Colombia por medio de la Sentencia C-551 de 2003; en esta, la Corte Constitucional utiliza esta teoría para realizar control a una determinada ley, lo que convoca un referendo para decidir sobre un acto legislativo modificativo de la Constitución. Uno de los principales argumentos que va a usar la Corte es que la ley que llamaría a referendo tendría vicios materiales. La Corte va a argumentar que en el sistema jurídico colombiano se habían tenido antecedentes de declaración de inexequibilidad por vicios materiales, en la época de los setenta y noventa por la Corte Suprema de Justicia, cuando regía la Constitución de 1886.

El primer antecedente es de 1978; en este año la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia analizó la constitucionalidad del Acto Legislativo 2 de 1977, por el cual se convocaba a una asamblea constitucional, como órgano derivado del Congreso, para que este primero modificare ampliamente la Constitución. En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia señala dos aspectos importantes: el primero, que “El Congreso no puede subdelegar el poder de reforma de la Carta a un organismo extraño, pues la asignación de competencias es de la esencia de la función constituyente” (Corte Suprema de Justicia, 1978) en un segundo lugar, pero de una manera incluso más interesante, es que la Corte por primera vez se refiere su competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad contra actos legislativos por vicios de formación. Este es el primer antecedente.

Es decir, la guardiana de la Constitución, entendida en este momento como la Corte Suprema de Justicia, puede conocer demandas de inconstitucionalidad contra actos que reformen la misma Constitución y pronunciarse sobre las mismas.

El segundo antecedente se produce en 1990, en la Sentencia C-138 de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, cuando esta estudia la constitucionalidad del decreto legislativo que convoca a la futura Asamblea Constituyente de 1991; en dicha sentencia se admite la existencia del constituyente primario, específicamente se considera al pueblo como el constituyente primario, del cual emanan los poderes constituidos o derivados. Al no manifestar una limitación al poder del pueblo en la consulta popular de mayo de 1990, la Corte Suprema dejó sentadas las bases para la siguiente afirmación jurisprudencial: la Asamblea Nacional Constituyente es el constituyente primario que no interpreta los límites al ejercicio de su poder, teniendo la posibilidad de sustituir la Constitución, incluso totalmente, como lo hizo en 1991 (Fajardo et al., 2015).

Teniendo en cuenta estos antecedentes, y regresando a la Sentencia C-551/03, la Corte Constitucional realizó una serie de afirmaciones en torno a los siguientes asuntos: 1. Cuando el Congreso ejecute su labor de reforma, se hablará de este como constituyente derivado; 2. Los actos reformativos que se deriven de dicho órgano serían sujetos a revisión por posible daño a la Carta Política de 1991; 3. Se deberá de realizar si los actos reformativos cumplen con los componentes de los actos legislativos; 4. Por último, se realizará el presente control de dichos actos a causa de una posible situación de caer en una problemática de competencia entre el Congreso (constituyente primario) que no podría subrogar a una asamblea constitucional (Corte Constitucional, 2003).

En torno a las anteriores afirmaciones, la doctrina establece sobre la sustitución constitucional la imposibilidad de que esta figura se manifieste en una reforma, ya que el poder derivado no tendrá la facultad ni la competencia de sustituir la Constitución; es por ello que por medio de la Sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional establece que si bien la Carta Política de 1991 puede ser reformada, esta reforma no podrá cambiarla de tal manera que dé lugar a una Constitución diferente a la de 1991. Lo cual daría entender un desborde de poder de la reforma y del órgano que realice dicho acto.

Por medio de dicha sentencia, la Corte resalta la importancia de la protección de la esencia constitucional; es por esto que considera que se debe limitar el poder de reforma que tiene tanto el Congreso de la República. Al imponer estos límites a esta figura, se busca que la esencia de la Carta Política sea conservada de una manera sustancial, permitiendo así la reforma sobre los textos normativos vigentes sin caer en una anulación de la Constitución existente.

En relación con esta sentencia, la Corte ordena un control de las reformas donde se debieron evaluar los vicios de competencia; esto con base en que no podrá derivar una extralimitación del poder derivado en comparación con el poder originario del pueblo, el cual sería el único competente para suplir la Constitución. Con base en el control que se debe realizar sobre los actos de reforma, la teoría formula unos criterios de sustitución que la Corte ha ido aprobando en sus diferentes jurisprudencias (Guzmán et al., 2015).

En consecuencia, con la premisa anterior, en la Sentencia C-588 de 2009 se declaró inexecutable el Acto Legislativo 01 de 2008 arguyendo que el legislador estaba intentando una sustitución de la Constitución, al modificar el artículo 125 de la Constitución al sustituirse

aquellos contenidos constitucionales que tienen relación directa con la carrera administrativa y finalmente, la afectación de la supremacía constitucional, del principio de separación de poderes y de la pretensión de universalidad de las reglas, evidenciada por la no superación del test de efectividad, razón por la que la Corte considera que, ante tal concurrencia de motivos, no tiene alterna-

tiva diferente a la declaración de inconstitucionalidad de la pretendida reforma que exceptiona y suspende importantes contenidos de la Constitución. (Corte Constitucional, 2009)

Dicha sentencia es relevante debido a la valoración que realiza la Corte sobre un vicio de competencia del Congreso en la expedición del Acto Legislativo 01 de 2008, en el que se tendrá en cuenta la tesis de sustitución, ya que en el caso que dicha expedición extraordinaria vulnere algún derecho fundamental, se explicaría mediante la teoría de la sustitución cómo y de qué modo se estaría presentando dicha sustitución.

Otra sentencia importante es la C-574 de 2011, en la cual la Corte declara una sustitución de la Constitución debido a una extralimitación del poder derivado. La Corte argumentó que la sustitución de elementos sustanciales de la Constitución implicaría la derogación de una norma anterior por una nueva. Además, señaló que la sustitución puede ser total o parcial, como en el caso del reemplazo de un órgano que cumple funciones de protección constitucional por otro diferente.

En general, la tesis de sustitución constitucional se fundamenta en una interpretación orientada a alcanzar la justicia material. En este sentido, dado que la Constitución es la fuente primaria del sistema jurídico, el juez tiene la potestad de interpretar las normas constitucionales para garantizar una justicia sustancial. Esta labor interpretativa se basa en los principios y valores constitucionales que, aunque no están taxativamente enumerados, han sido desarrollados por la Corte Constitucional, destacando principalmente aquellos contenidos en los tres primeros artículos de la Constitución (Guzmán et al., 2015). La interpretación debe considerar, además, los principios establecidos en sentencias previas analizadas en este trabajo, como la Sentencia C-588 de 2009, que hace énfasis en derechos fundamentales tales como el derecho a la vida y la prohibición de torturas o tratos y penas crueles e inhumanas.

Así, además de realizar una interpretación constitucional, el juez debe observar los principios de armonización, proporcionalidad, razonabilidad e igualdad. La armonización impide la aplicación de un derecho cuando esta implique la restricción de otro derecho. El principio de proporcionalidad comprende tres elementos: idoneidad (el fin del derecho debe coincidir con un fin legítimo del Estado), necesidad (solo el Estado puede imponer dicho derecho) y proporcionalidad en sentido estricto (que implica la ponderación entre los derechos en conflicto y las razones que justifican la medida). El principio de razonabilidad exige que cada acto reformativo sujeto a control sea evaluado con base en criterios de justicia y equidad, siguiendo un juicio prudente y objetivo. Por otra parte, el principio de igualdad constituye uno de los pilares del Estado social de derecho (Guzmán et al., 2015).

Para finalizar este apartado es importante analizar la que hasta el momento ha sido la sentencia de la Corte Constitucional más importante y reciente sobre el tema, la C-294 de 2021.

Esta nace como consecuencia de la Acción Pública de Inconstitucionalidad que ejercieron los miembros del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes a demandar el Acto Legislativo 01 de 2020. Los demandantes argumentaron que el proceso de expedición de dicho acto incurrió en varios vicios de procedimiento en distintos momentos del debate legislativo. En segundo lugar, sostuvieron que el legislador excedió su competencia como constituyente derivado, puesto que el acto legislativo sustituyó un eje axial de la Carta Política, y que, por lo tanto, dicho acto legislativo debe ser declarado inconstitucional.

En ejercicio del análisis que nos convoca, centraremos el estudio en la segunda solicitud consignada por los accionantes. Dentro de los cambios propuestos por el Acto Legislativo 01 de 2020 se añaden incisos nuevos del artículo 34 de la Constitución, el Acto Legislativo establece unos requisitos para la procedencia de la prisión perpetua y los controles judiciales a los que está sujeta. Como requisitos se establece que la pena de prisión perpetua solo procederá para una clase de delitos: “De manera excepcional cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir, se podrá imponer como sanción hasta la pena de prisión perpetua”. Además, como controles judiciales de su procedencia, se establece que (i) “Toda pena de prisión perpetua tendrá control automático ante el superior jerárquico” y (ii) “En todo caso la pena deberá ser revisada en un plazo no inferior a veinticinco (25) años, para evaluar la resocialización del condenado”.

Con el ánimo de determinar si los cambios planteados por el Acto Legislativo se rigen bajo los parámetros establecidos por la Constitución de 1991, los demandantes iniciaron su exposición sobre el “derecho a la resocialización”; para ellos, la Corte continuamente ha reconocido este derecho con el fin de “garantizar la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, por lo que durante la ejecución de las penas los fines de esta que deben primar son el de la prevención especial positiva y la reinserción social” (Corte Constitucional, 2021); lo que no se acomoda con ejecutar penas perpetuas que despojen al reo de toda posibilidad de regresar en algún momento a la vida en sociedad.

Los demandantes expusieron un extenso listado de jurisprudencia en los que la Corte ha declarado como inconstitucional la imposición de penas que evitan la resocialización del ciudadano privado de la libertad, dentro de las cuales resaltamos la C-261 de 1996, en la cual la Corte estableció que la ejecución de las penas debe regirse con el fin de reintegrar a la persona a la vida en comunidad. Para los demandantes, en Colombia:

no es constitucionalmente viable imponer penas y condiciones de cumplimiento que sean en esencia, por su duración o por su consecuencia, desocializadoras las penas de prisión perpetua son contrarias y vulneran el derecho a la resocialización, y en consecuencia al reconocimiento de la dignidad humana, toda vez que no le permiten al sujeto volver a la comunidad y realizar una vida plena. (Corte Constitucional, 2021)

También, debemos resaltar que actualmente Colombia presenta una problemática de hacinamiento carcelario desde el nivel de prestaciones del servicio de salud hasta el grado alimentario de los prisioneros, reflejándose así la falta de garantías que brinda el Estado en la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran bajo el control y vigilancia del sistema penitenciario, por lo que imponer penas de prisión perpetua significaría despojar de sus derechos y garantías mínimas a los reos de forma vitalicia.

Es fundamental mencionar que la Carta Política de 1991 permite ser reformada por el Congreso de la República, pero los límites procedimentales y competenciales le impiden sustituirla, derogarla, suprimirla o reemplazarla. La jurisprudencia constitucional ha señalado que a pesar de que la Constitución no contiene cláusulas pétreas o inamovibles, sí cuenta con “principios axiales e identitarios que, si llegasen a ser reformulados, afectarían la identidad de la Constitución, convirtiéndola en un texto distinto”. El Congreso de la República tiene entre sus funciones el poder de reforma de la Constitución. Sin embargo, ese poder no es ilimitado, debido a los elementos identitarios y definitorios de la Constitución. El juicio de sustitución es una herramienta para revisar si el ejercicio del poder de reforma fue abusivo; al mismo tiempo, es una metodología de control constitucional que evita un juicio material del acto reformativo. Por lo tanto, es una medida que garantiza la continuidad de los derechos y procedimientos constitucionales.

Por lo tanto, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluyó que el Congreso de la República

transgredió su poder de reforma al expedir el Acto Legislativo 01 de 2020 e incluir la pena de prisión perpetua revisable en el artículo 34 de la Constitución Política, pues sustituyó un eje definitorio de la Carta como lo es el Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana. (Corte Constitucional, 2022)

## CONCLUSIONES

La pena de muerte fue abolida del ordenamiento jurídico colombiano en 1910, por medio del Acto Legislativo 3 de ese año, que modificó la Carta Política de 1886; por su parte, la cadena perpetua fue prohibida de manera explícita por la Constitución Política de 1991, sin embargo, las iniciativas para reintegrar este tipo de medidas comenzaron pronto luego de su abolición.

La aplicación de la prisión indirectamente se encuentra presente en el ordenamiento jurídico colombiano en el reforzamiento de penas privativas de la libertad preexistentes que sobrepasan el tiempo de esperanza de vida de los colombianos, convirtiéndola en una pena de prisión atemporal. Este tipo de medidas desconocen el principio de resocialización de los imputados y que la Constitución de 1991 de una manera explícita prohíbe la cadena perpetua.

Hay que subrayar que el desarrollo de la pena capital y de la prisión perpetua en el ordenamiento jurídico colombiano no es una solución adecuada, por el contrario, su aplicación representaría un retroceso en la historia y cultura del país. Estas penas atemporales van en contravía de los pilares fundamentales del Estado social de derecho, y desconocen el derecho a la dignidad humana, al igual que a la prohibición de no ser sometido a tratamientos crueles e inhumanos. Además, las opiniones partidistas y populares no pueden condicionar las leyes, ya que no hay una comprobación de que esta medida sirva para mitigar la violencia sexual, el homicidio, la guerrilla o los crímenes de lesa humanidad. Incluso, si se mantiene la idea retributiva como criterio orientador de imposición de sanciones, debe haber una relación de proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, respaldada por los derechos fundamentales.

Sobre la figura de la reforma y la sustitución constitucional se puede concluir que se hará referencia a la reforma cuando se trata de actualizar la norma jurídica con base en la evolución de la sociedad colombiana; esta figura estará a cargo del Congreso de la República, dando lugar a ese carácter reformativo que posee la Constitución de 1991, siempre y cuando no se realice una sustitución de esta. Se aludirá a una posible sustitución cuando el acto reformativo afecte de tal impacto la esencia misma de la Carta Política, la encargada de determinar dichas situaciones de sustitución y de declarar inexecutable un acto reformativo será la Corte Constitucional.

La pena de muerte y la cadena perpetua van en contra no solo de la esencia misma de la Constitución, sino que, como se señaló, también contravienen los tratados internacionales suscritos por Colombia y la interpretación que de estos han hecho los jueces internacionales. Por lo tanto, pueden resultar en una problemática política y normativa a nivel nacional e internacional. Considerando el análisis histórico de estas penas y el estudio de las figuras constitucionales realizado en este trabajo, se puede concluir que tanto la pena de muerte como la cadena perpetua constituirían una sustitución de la esencia de la Constitución Política de 1991. Su implementación no solo afectaría la columna vertebral de la Carta Política, sino que también vulneraría los diferentes tratados y convenios suscritos por Colombia.

Beccaria, el célebre filósofo y jurista del siglo XVIII, dijo que la finalidad del castigo es limitar al delincuente y enseñar a la sociedad cómo no debe actuar. Immanuel Kant, otro gran filósofo y jurista, añadió que el castigo es un reflejo de la justicia deseada en relación con un delito concre-

to. Esta noción es muy pertinente en el presente caso, dada la agresión inherente que incurre la implementación de la pena de muerte y la cadena perpetua sobre los principios que protegen la integridad y la vida del ser humano, para así lograr un descenso en la comisión de estos delitos.

Luego de un análisis profundo de la situación legal actual e histórica, se evidencia que la propuesta de introducir tanto la cadena perpetua como la pena de muerte violaría los cánones fundamentales que rigen la Constitución de 1991, a la vez que fragmentaría los principios fundamentales del derecho, el debido proceso y la presunción de inocencia, pilares fundamentales en un Estado social y democrático de derecho.

## REFERENCIAS

- Aguilera, M. (1995). La pena de muerte: una propuesta permanente. *Análisis Político*, (26), 3–17. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/76032>
- Arango O., M. (2004). El Bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente*, 80 - 102.
- Banco Mundial. (2018). Esperanza de vida al nacer, total (años) [en línea]. <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN>
- Bejarano, J.A. (2008). ¿El fin justifica los miedos? Perspectiva genealógica de los debates sobre la pena de muerte en Colombia. *Desafíos*, 213 - 241.
- Cáceres González, E. (2019). Prisión perpetua en Colombia. Análisis de las iniciativas legislativas para su autorización, y de los argumentos «racionales» para su incorporación en el ordenamiento colombiano. *Nuevo Foro Penal*, 15(93). <https://doi.org/10.17230/nfp.15.93.4>
- Caso Álvarez vs. Argentina, Sentencia sobre las Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones 1 (2023).
- Caso Boyce y otros vs. Barbados (2007). [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_169\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf)
- Caso Mendoza y Otros vs. Argentina (2013). Sentencia sobre las Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.
- Colón-Ríos, J. (2021). El poder de una Asamblea Constituyente: reflexiones acerca de la Constitución de 1991 y su artículo 376. *Revista Derecho del Estado*, 50. <https://doi.org/10.18601/01229893.n50.04>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 125.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículos 1-3.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia C-565. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C-551. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia C-588. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-397. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C- 574. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional de Colombia. (2020). Auto Admisorio D- 13.811. MP. Cristina Pardo Schlesigner.
- Corte Constitucional de Colombia. (2021). Sentencia C-294/21. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1989). Sentencia C- 1892. MP. Fabio Morón Díaz.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia (2013). Auto Admisorio 33254. MP. José Leonidas Bustos Martínez.
- Cuerda Riezu, A. (2011). *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales*. Atelier.
- Cuerda Riezu, A. (2012). Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión. *Otrosí*, 12, 29-33.
- Cuneo Nash, S. (2016). Prisión perpetua y dignidad humana: Una reflexión tras la muerte de Manuel Contreras. *Política criminal*, 11(21). <https://doi.org/10.4067/s0718-33992016000100001>
- De la Cuesta, J. L. (2018). *Nuevas fronteras del derecho penal*. Ediciones Olejnik.
- García López, E. (2015). El derecho constitucional como lenguaje que articula conceptos. En A. Fajardo y M. González Cuervo (Eds.), *La sustitución de la Constitución un análisis teórico, jurisprudencial comparado*.
- Guzmán Gómez, C. Lucio Bonilla, C.E. Fajardo Arturo, L. A. (2015). Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución. En A. Fajardo y M. González Cuervo (Eds.), *La sustitución de la Constitución un análisis teórico, jurisprudencial comparado*. Universidad Sergio Arboleda.
- Fajardo, A. y González Cuervo, M. (Eds.). (2015). *La sustitución de la Constitución un análisis teórico, jurisprudencial comparado*. Universidad Sergio Arboleda.
- Francés Lecumberri, P. (2020). Sobre una pena infame: la Prisión Permanente Revisable. Y su extensión a aquellas de larga duración. En *De los controles disciplinarios a los controles securitarios*. [https://doi.org/10.18239/jornadas\\_2020.25.27](https://doi.org/10.18239/jornadas_2020.25.27)
- Lascuraín Sánchez, J. A., Pérez Manzano, M., Alcácer Guirao, R., Arroyo Zapatero, L. A., de León Villalba, F. J. y Martínez Gara, L. (2016). Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable. En M. Acale Sánchez, L. A. Arroyo Zapatero, J. A. Lascuraín Sánchez y M. Pérez Manzano (Eds.), *Contra la cadena perpetua* (pp. 17-80). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- López, A. M. P., Albornoz, A. L. M. y Delgado, Á. M. O. (2021). Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia. En *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1k03s2h>
- Montero Zendejas, D., Maldonado Arcón, M. F. y Manrique Molina, F. E. R. (2018). Prisión perpetua revisable: El caso colombiano desde la perspectiva constitucional. *IUSTITIA*, 15. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i15.2086>

- Presidencia de la República. (1984). Decreto 1038. Por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República.
- República de Colombia. (1910). Acto Legislativo 03 de la Asamblea Nacional. Por medio del cual se reforma la Constitución Nacional.
- República de Colombia. (1972). Ley 19. 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.
- República de Colombia. (1993). Ley 40. Por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones.
- República de Colombia. (1996). Ley 297. Por medio de la cual se aprueba el “Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la Pena de Muerte”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989.
- República de Colombia. (2009). Ley 1327. Por medio del cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional.
- República de Colombia. (2020). Acto Legislativo 01. Por medio del cual se reforma el sistema de administración de justicia y se dictan otras disposiciones.
- República de Colombia. (2021). Ley 2098. Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establece la prisión perpetua revisable.
- Rodríguez, L. A. V. (2007). ¿Se encuentra justificada la actual política criminal contra agresores sexuales? *Nuevo Foro Penal*, 71, 92-114. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1849>
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (1989). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/second-optional-protocol-international-covenant-civil-and>

# **El Acta de 1991 del Convenio de la UPOV y la lucha por las semillas: la resistencia del activismo judicial y legislativo\***

*The 1991 Act of the UPOV Convention and the Fight for Seeds: The Resistance of Judicial and Legislative Activism*

I V Á N V A R G A S - C H A V E S

Abogado. Doctor en Derecho Supranacional. Doctor en Derecho Internacional Privado. Máster en Derecho Privado. Profesor asistente de la Universidad Militar Nueva Granada.

[ivan.vargas@unimilitar.edu.co](mailto:ivan.vargas@unimilitar.edu.co)

<https://orcid.org/0000-0001-6597-2335>

---

\* Este trabajo es un producto académico presentado como resultado de investigación para el proyecto institucional INV-DER-3439 “Bases para el diseño de una metodología de caracterización de conflictos ambientales relacionados con la soberanía alimentaria de las comunidades campesinas en Colombia”, financiado por la Universidad Militar Nueva Granada - Fondo de In-

investigaciones.

## Resumen

Este artículo tiene por objetivo estudiar dos casos de resistencia que se han generado contra el acaparamiento agroalimentario que impulsó el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, el cual impuso un régimen de obtenciones vegetales que atenta contra la soberanía y seguridad alimentaria, entre otros intereses jurídicos tutelados. Se hace un especial énfasis en los países del sur económico como Colombia e India, donde se produjeron dos actos de resistencia jurisprudencial y legislativa. La metodología escogida es de naturaleza deductiva y hermenéutica; ello desde un análisis documental apoyado en una interpretación de corte sistemático. El artículo concluye que esta dinámica de acaparamiento agroalimentario, al ser una consecuencia lógica de la privatización del campo, requiere de un verdadero proceso de reivindicación, tal como el que se produjo en los casos analizados, los cuales aportan elementos para un modelo de desarrollo consciente de las realidades del campesinado y los grupos étnicos.

### PALABRAS CLAVE

Obtenciones vegetales, activismo judicial, activismo legislativo, semillas, soberanía alimentaria, UPOV.

## Abstract

The objective of this paper is to study the resistance against the agricultural and food privatization promoted by the 1991 Act of the UPOV Convention. This Act promotes a regime for plant varieties that violate food sovereignty and security, among other rights. The paper places special emphasis on the countries of the economic south, such as Colombia and India. The methodology is deductive and hermeneutic, from a documentary analysis supported by a systematic interpretation. As a results, the paper concludes that the dynamics of agri-food hoarding is a logical consequence of the privatization of the countryside, and therefore requires an organized process of vindication that includes some elements that are extracted from the cases analyzed. In this way, it will be possible to propose a model of development that is aware of the realities of the peasantry and ethnic groups.

### KEYWORDS

Plant varieties, judicial activism, legislative activism, seeds, food sovereignty, UPOV.

## INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objetivo analizar dos movimientos de resistencia que se han generado como consecuencia de los estándares que el Acta de 1991 del Convenio de la Unión Internacional de Protección de las Obtenciones Vegetales –por sus siglas UPOV– ha impuesto en los países del sur global, los cuales han masificado las semillas certificadas, en su mayoría variedades modificadas genéticamente, que son ahora utilizadas por los agricultores, quienes han empezado a ver amenazada su soberanía alimentaria; encontrándose en una notoria situación de vulnerabilidad.

El enfoque metodológico escogido surge desde un proceso investigativo de naturaleza deductiva y hermenéutica de corte sistemático. Ello, aplicando técnicas de análisis documental de las normas que han regulado las obtenciones vegetales, así como de la información que retrata la realidad de los campesinos y pueblos indígenas y en los países del sur económico. Como fuentes, se accedió a libros y capítulos de libro resultado de investigación, artículos publicados en revistas indexadas en bases de datos, y documentos publicados por organismos civiles y entidades públicas, los cuales se toman como fuentes de trabajo por su importancia en documentar la realidad de los grupos de especial protección constitucional afectados por esta problemática (Zamora, 1999).

Mediante el análisis documental y de información fue posible sistematizar los hallazgos atendiendo al contexto del campesinado (Núñez, 2008) y los grupos étnicos, tanto el de los propios textos académicos como del contexto social, cultural y económico documentados en los referidos informes. Esta compilación resultaba imprescindible como fuente de información para llevar a cabo una interpretación que fuera más allá de los datos, permitiéndole también realizar un ejercicio hermenéutico de corte sistemático.

Dicha interpretación posibilita la labor de inmiscuirse en la esfera del debate jurídico, y de los actores que se caracterizan no solo en las normas, sino también en la jurisprudencia analizada; en este caso la Sentencia C-1051 de 2012 de la Corte Constitucional de Colombia. Esta sentencia se proyecta como un verdadero caso de activismo judicial y, tal como se pretende demostrar en el artículo, de resistencia desde las instituciones a una norma que impacta el modo de vida y el territorio de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas, como lo es el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV.

Como resultados se evidencia que los estándares que el Acta de 1991 ha impuesto, además de no lograr enlazar la innovación a la agricultura tradicional, han terminado por impactar negati-

vamente a los pueblos indígenas y campesinos, que en 2013 llevaron a cabo un verdadero movimiento de resistencia por las vías de hecho con el Paro Nacional Agrario. La Corte Constitucional colombiana, por su parte, en 2012 sentaría las bases de un acto de resistencia judicial por medio de una sentencia que, aunque fue clave para inaplicar esta Acta en la normatividad colombiana, tampoco impidió, al igual que el Paro Nacional, que estos estándares no se incorporaran en la normatividad interna en Colombia.

Este artículo reflexiona acerca de esta dinámica de acaparamiento de medios de producción alimentaria por medio de régimen de obtenciones vegetales, la cual desconoce la realidad del campo de los países del sur económico, siendo justamente una consecuencia lógica de la privatización del campo. India, en su lugar, con su experiencia desde la Ley de Protección de Variedades Vegetales y Derechos de los Agricultores de 2001, tiene mucho por enseñar en realidades como la colombiana. Allí yace un modelo que debe ser considerado por los países en desarrollo, donde la soberanía y seguridad alimentarias se anteponen al interés de unos pocos.

## CONTEXTUALIZACIÓN

La alimentación ha adquirido en las últimas décadas la categoría de interés jurídico tutelado de orden superior. Su enfoque como derecho, desde la autonomía, soberanía y seguridad alimentarias, le permite proyectarse como un derecho fundamental que tiene todo ciudadano sin distinción alguna para acceder con regularidad y de forma permanente a una alimentación adecuada y suficiente, que atienda no solo sus necesidades nutricionales, sino también sus tradiciones culturales.

Este interés jurídico se proyecta tanto desde las necesidades individuales que un ciudadano puede tener como de las condiciones socioculturales y económicas de las comunidades o grupos de especial protección constitucional –por ejemplo, los campesinos, los pueblos indígenas, las comunidades étnicas o de migrantes– y, desde luego, de las necesidades de las futuras generaciones. Así, de acuerdo con Martínez (2004), la diversidad de elementos que confluyen en el derecho a la alimentación, aunque son interdependientes, se encuentran ligados a este referido conjunto de condiciones.

Al desarrollar los regímenes regulatorios de las semillas debe, en primer lugar, abordarse el Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), el cual tiene como antecedente inmediato la conferencia convocada en 1956 por gobiernos de países del norte económico –entre estos Alemania, Dinamarca Francia, Países Bajos, Reino Unido y Suecia–, así como de empresas dedicadas mejoramiento de variedades vegetales. De

esta y posteriores reuniones en las que se traza una hoja de ruta surge la primera versión del convenio en 1961.

Con la ratificación de este convenio, modificado en 1972 y 1978, se establecen unos lineamientos para proteger las mejoras de tipo convencional y no convencional a favor de los fitomejoradores, quienes adquirirían la denominación de obtentores vegetales, y tendrían una exclusividad para usar, explotar económicamente y prohibir a terceros el uso o explotación económica de las variedades mejoradas de las cuales son titulares.

A inicios de la década de los noventa eran ya catorce los Estados miembros del Convenio. Desde entonces, con el advenimiento de la ‘revolución verde’ y el auge de una industria agrícola basada en el mejoramiento de variedades vegetales, varios países del ‘sur económico’ iniciaron su proceso de adhesión al convenio y a la Unión, presionados en algunos casos por los tratados de libre comercio o, en otros casos, por las negociaciones, para adherirse al Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - ADPIC (GRAIN, 2022a; Peschard, 2021).

Con todo, es importante precisar en este punto que, aunque el Acuerdo ADPIC no requería la adhesión a la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), sí exigía la adopción de algún sistema *sui generis* de protección de las obtenciones vegetales ante la prohibición existente en algunas legislaciones internas o normas de derecho supranacional de patentar los seres vivos.

Desde la óptica de la Organización Mundial del Comercio, si bien, la protección a través de la figura de la patente es la regla general, siendo los demás casos la excepción, con el Convenio de la UPOV la obtención vegetal pasa a ser uno de aquellos ‘casos de excepción’ previstos (Fakhri, 2022). De cualquier modo, los dos son regímenes adecuados a los sistemas de propiedad intelectual, que reconocen la actividad inventiva del ser humano desde la exclusividad otorgada en un ámbito geográfico –en el país donde se registre– y temporal –de 20 a 25 años en el ámbito de las obtenciones vegetales, y de 10 a 20 años en el ámbito de las patentes– determinados.

De acuerdo con el Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, presentado en el 49º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, estos dos regímenes “no responden a un compromiso de cooperación internacional ni a la realidad de las prácticas de la mayoría de los pequeños agricultores y los pueblos indígenas pasadas o presentes, ni a sus deseos para el futuro (...)” (Fakhri, 2022, p. 10), como sí a otro tipo de compromisos que los gobiernos del norte económico suscriben con multinacionales (Adebola, 2019; Grinberg, 1999).

Con todo, no todos los Estados sucumben a estas dinámicas de acaparamiento de medios de producción alimentaria. Es el caso de la India, Tailandia o Malasia, los cuales, al no someterse a normas supranacionales, han logrado implementar estándares y obligaciones propios, que adoptan desde instrumentos como el Convenio de Río de Janeiro sobre la Diversidad Biológica de 1992 y su protocolo complementario suscrito en Nagoya en 2010, e incluso del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA por sus siglas).

Esto les ha permitido contar con sistemas de protección *sui generis* distintos a los estándares y obligaciones contempladas en el marco de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales. Gracias a ello logran equiparar y equilibrar los intereses de los grandes y medianos obtentores vegetales con los intereses de los agricultores. Sobre esto último, Carlos Correa propone la siguiente radiografía a partir de cuatro escenarios, en los que plantea la necesidad de equilibrar los derechos de estos dos grupos de actores:

Algunos países en desarrollo (por ejemplo, la India, Malasia, Tailandia) han desarrollado sistemas *sui generis* de POV que responden a sus propias realidades, pero cuyas reglas y operaciones no son suficientemente conocidas. Aparentemente existe un vacío de conocimientos en relación con el diseño de una verdadera alternativa al Acta de 1991 del Convenio de la UPOV. Es necesario equilibrar los derechos de obtentor y los del agricultor y la sociedad en general, apoyando al sistema formal de semillas, así como al sector semillero informal, encabezado por los pequeños agricultores, con el objeto de realizar el derecho a la alimentación y el bienestar de la sociedad; (...). (Correa, 2015, p. 2)

Con el paso del Acta de 1978 al Acta de 1991 del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de la UPOV<sup>1</sup>, la balanza entre estos dos intereses se empezó a inclinar a favor de los medianos y grandes obtentores vegetales gracias al poder de negociación con el que contaban (Helfer, 2005).

Una diferencia que ilustra lo anterior, y que se puede extraer tras comparar las dos actas del Convenio UPOV, es que, mientras que en el Acta de 1978 se contempla el derecho a conservar, usar e intercambiar el material parental, esto es, las semillas—debiendo únicamente el agricultor contar con la autorización del titular para comercializarlas—, en el Acta de 1991 este conjunto de

---

1 A la fecha, son 17 los Estados miembros de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, los que continúan siendo partes del Acta de 1978 como resultado de la negativa de suscribir el Acta de 1991, aunque desde 1998 cualquier Estado que se adhiera a la unión únicamente podrá suscribir el Acta de 1991.

derechos que tienen los agricultores para conservar, usar e intercambiarlas se replantean como una excepción que puede, o no, facultativamente aplicar cada Estado parte del Convenio<sup>2</sup>.

## EL ACTA DE 1991 DEL CONVENIO UPOV: UN ANTES Y UN DESPUÉS

En el informe del Relator Especial sobre el Derecho a la alimentación, presentado en el 49º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, se evidencia que, de los países del norte económico, el rol que han jugado los Estados Unidos y la Unión Europea ha sido el de acrecentar la presión ejercida sobre los países en desarrollo para que se suscriban al Acta de 1991 y aprueben normas que permitan que esta versión sea plenamente operativa.

(...) Por ejemplo, esas condiciones figuran en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico; los acuerdos bilaterales establecidos por la Unión Europea con Líbano, Marruecos y Túnez; los acuerdos bilaterales de los Estados Unidos con Chile, Colombia, Marruecos y el Perú; y en la Nueva Alianza para la Seguridad Alimentaria y la Nutrición del Grupo de los Ocho, en el caso de la República Unida de Tanzania. (Fakhri, 2022, p. 7)

El Relator Especial señala en el citado informe que con este tipo de presiones, los países del sur económico se quedan sin alternativas para decidir sobre su soberanía y seguridad alimentarias. Es un gran reto al que se enfrenta la comunidad internacional, pues de este fuero decisorio depende no solo el desarrollo social y económico de estos países, sino su futuro.

Con el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV se ratifica el derecho de exclusividad a favor de los fitomejoradores, quienes por la vía convencional o no convencional mejoran las variedades vegetales. Esto, en atención al surgimiento de una nueva y gran industria de obtentores vegetales, la cual, desde la revolución verde, poco a poco se empezaba a posicionar en el escenario agroindustrial (Pingali y Raney, 2005; Evenson y Gollin, 2003).

En el caso de Latinoamérica, países como Argentina o México cuentan con décadas de experiencia aplicando los estándares de la UPOV con el Acta de 1991. Esto ha llevado, de un lado, a la expansión a gran escala de monocultivos como la soya en Argentina (Richards, 2010), y del

---

2 Una consecuencia inmediata de la aplicación de los estándares del régimen de protección de obtenciones vegetales son las vías de hecho que han adoptado los grupos afectados, pues los mecanismos de participación y las acciones que pudiesen interponer —ej. acción de tutela, de grupo o de cumplimiento, entre otras— son inoperantes ante normas de rango supranacional, pues la decisión de revertir estas disposiciones no depende ni siquiera ya del propio Gobierno de turno, salvo que decidiera apartarse de un sistema de comercio internacional que somete gran parte de las economías de países en desarrollo.

otro, a la extinción de variedades nativas de maíz, como ha estado sucediendo en México en los últimos treinta años (Gouttefanjat, 2021).

Como se observa, son estándares que han promovido el control de las áreas cultivables, de la producción y de la comercialización de semillas modificadas a favor de unas pocas multinacionales, como Monsanto, Syngenta o Dupont (véase Ribeiro y Shand, 2008), mientras disminuye la población campesina (Holt-Giménez, 2009).

Lo anterior se explica en que un campesino no tiene la capacidad para registrar una obtención vegetal producida por la vía convencional, por ejemplo, a través del injerto o de la técnica de selección sucesiva de semillas. Para lograrlo, deberá desplegar un importante esfuerzo técnico y contar con los recursos económicos que le permitan contratar expertos en la materia para validar la homogeneidad o estabilidad, entre otros atributos, de su variedad vegetal. Por su parte, una mediana o gran empresa de este sector sí contará con los medios para realizar este proceso.

El caso de Colombia no es la excepción; en este país se encuentran coincidencias importantes no solo con los dos casos reseñados u otros países de la región, también con otros países con condiciones sociales, culturales y ambientales similares en otros continentes. No en vano, al integrarse al sistema de comercio internacional, los países en desarrollo o aquellos cuyas economías dependen de instrumentos bilaterales o multilaterales de promoción comercial, adquirirían el compromiso de suscribir el Acta de 1991 de la UPOV (Peschard y Randería, 2020a); o por lo menos adoptar en sus normas internas sus estándares, los cuales extienden el alcance de los derechos del obtentor vegetal, más allá de un justo equilibrio entre estos y los agricultores (Montenegro De Wit, 2019).

Con la adhesión al Acta de 1978 del Convenio UPOV el 13 de septiembre de 1996, el Estado colombiano entra a hacer parte de la Unión Internacional de las Obtenciones Vegetales. A continuación, y con el fin de mantener sus compromisos en el sistema de comercio internacional, Colombia se adhiere al Acta de 1991 y, a través de la Ley 1518 de 2012, procede a integrarla a la normatividad interna.

Sin embargo, esta norma es declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-1051 de 2012, puesto que, al integrar esta Acta a la esfera normativa interna, el Gobierno de turno debió respetar el derecho fundamental de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas a expresar su consentimiento libre, previo e informado, esto es, debió realizar una consulta previa.

9.10. Pues bien, revisado el texto del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV), correspondiente al Acta de 1991, y las diferencias por éste introducidas, la Cor-

te comparte la posición adoptada por la mayoría de los intervinientes, en el sentido de considerar que las normas en él contenidas regulan aspectos que pueden afectar de manera directa a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional. A juicio de la Corporación, las medidas que mediante el referido tratado se pretenden adoptar, tienen vocación de extenderse de manera particular a los grupos diferenciados teniendo en cuenta su especial condición social, económica y cultural. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1051 de 2012)

Lo anterior se explica en el potencial grado de afectación que tiene el Acta de 1991 del Convenio UPOV sobre el territorio y modo de vida de estos grupos de especial protección constitucional. La ley aprobatoria del Acta no podía desconocer un derecho fundamental, cuyo sustento se encontraba en el Convenio 169 de la OIT que, además de hacer parte del bloque de constitucionalidad (véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-696 de 2008), generó un cambio paradigmático en el derecho colombiano, al redimensionar la comprensión de derechos de pueblos indígenas, en tanto que se admite la posibilidad de asumir el control de sus propias normas, modo de vida e instituciones (Sánchez-Botero, 2005).

Y aunque esta declaratoria de inconstitucionalidad pudo celebrarse como un triunfo o reivindicación de los agricultores, pues la norma vigente en Colombia es, desde entonces, el Acta de 1978 del Convenio UPOV, en la práctica este derecho de consulta previa es de titularidad de los pueblos indígenas y de las cinco comunidades étnicas reconocidas por el Estado colombiano<sup>3</sup>, no de las comunidades campesinas. Además, como se indicó en líneas anteriores, países como Colombia adquirieron el compromiso de implementar en su normatividad el Acta de 1991, o sus estándares por otras vías.

Y es que la diferencia entre una y otra versión del Acta refleja un interés del sector privado en cimentar un monopolio a partir de las obtenciones vegetales. No en vano, de acuerdo con Martín Uribe-Arbeláez, mientras que el Acta de 1991 del Convenio UPOV “conculca los derechos de los agricultores y comunidades campesinas, cercenándolos y poniendo en peligro la economía campesina” (Uribe Arbeláez, 2016, p. 145), con el Acta de 1978 se podía evidenciar un equilibrio entre los derechos de los medianos y grandes obtentores y los agricultores (Sreenath, 2006). De hecho, en cuanto al término ‘obtentor’, el Acta de 1978 no lo definía, mientras que, en su lugar, según señala este autor:

---

<sup>3</sup> A saber, comunidades gitanas, rrom, raizales del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, comunidades negras afrocolombianas y palenqueros de San Basilio de Palenque, Sur de Bolívar (véase Parra Dussán y Rodríguez, 2005).

La versión UPOV de 1991, artículo 1, dispone: “(iv) se entenderá por ‘obtentor’ la persona que haya creado o descubierto y puesto a punto una variedad”<sup>100</sup>. En consecuencia, ya no sería solo el “diseño” de una nueva variedad vegetal, “creación”, lo que daría lugar, previo el lleno de los requisitos analizados, al derecho del obtentor, sino también “descubrir” una variedad preexistente o mutación natural de la misma y “ponerla a punto”, hacerla apta para su multiplicación, siempre que pase el examen de novedad, distintividad, homogeneidad y estabilidad. Se ha rebajado así el “nivel inventivo”, utilizando por analogía y para mayor claridad la terminología requerida en el derecho de patentes. (Uribe Arbeláez, 2016, p. 144)

Dicho esto, en otros términos, de la versión del Acta de 1978 que contemplaba la acepción “crear”, se pasó –en la versión del Acta de 1991– a la de “descubrir y poner a punto”. En este sentido, se dio luz verde a proteger cualquier modificación de la variedad vegetal, sin importar si esta aporta o no un valor agregado al estado de la técnica. En últimas, esto les permite a las medianas empresas obtentoras y a las grandes multinacionales ejercer el derecho de impedir que terceros, como los campesinos, puedan resemenbrar a partir de un segundo ciclo las variedades que adquieren y que reemplazaron las semillas criollas o nativas.

De hecho, el Acta de 1991 suprimió el requisito de distintividad de las obtenciones vegetales en el examen de registro. Esto era algo que exigía la versión de 1978 al requerir que las obtenciones presentaran diferencias ‘importantes’ con otras del mismo género. El problema, para explicarlo con un ejemplo:

(...) en relación con las especies propagadas vegetativamente (...) la labor de “poner a punto” una variedad es relativamente sencilla, especialmente para las plantas ornamentales (ej. orquídeas) donde el proceso es mínimo. Por ejemplo, con un mínimo aporte técnico, el obtentor podría reclamar su derecho sobre cualquier orquídea extraída de la Amazonía peruana. (Lapeña, 2012, p. 25)

En suma, con los estándares que propone el Acta de 1991 de la UPOV se pueden dar escenarios de apropiación indebida de variedades vegetales silvestres, o de obtenciones vegetales provenientes de pequeños campesinos, quienes las desarrollan por la vía convencional. Esto, por no dejar de mencionar el problema de deterioro a la biodiversidad en países megadiversos, pues, al darse esta apropiación indebida, con el solo hecho de realizar una mejora no representativa en cualquiera de sus caracteres, un obtentor con la capacidad técnica y económica podrá tener el control absoluto<sup>4</sup>.

---

4 En el caso de Colombia, con la implementación de los estándares del Acta de 1991 por otra vía –ante la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley aprobatoria de este instrumento–, el Gobierno de turno con la Resolución 970 de 2010 del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, cumplió finalmente con las exigencias de los Estados Unidos para la firma del Tratado de Libre Comercio –TLC– entre estos dos países. En conclusión,

## LA SENTENCIA C-1051 DE 2012: ENTRE LA RESISTENCIA Y EL ACTIVISMO JUDICIAL

El concepto ‘activismo judicial’ no es un concepto formalmente reconocido en el ordenamiento jurídico. Las aproximaciones que lo fundamentan se encuentran principalmente en la doctrina, desde donde se cita, como antecedente inmediato (Maraniello, 2012; Sarmiento Cifuentes, 2022), la denominación de “comportamiento despótico”, que Thomas Jefferson le endilgaba al actuar de ciertos jueces, tras la creación de la figura del control de constitucionalidad en el caso *Marbury v. Madison* (véase Van Alstyne, 1969).

El activismo judicial es una corriente ideológica y filosófica que asumen algunos jueces en la toma de decisiones, basados en su visión de derecho y justicia. Desde otra óptica, el activismo judicial implica asumir una actitud proactiva respecto a un ordenamiento jurídico estático. Así, la diferencia entre una decisión judicial y una decisión judicial activista se enmarca en un modelo de control judicial apartado de postulados positivistas (Rivas-Robledo, 2022), y basado en la democracia deliberativa. En palabras de García-Jaramillo:

Al juez activista le interesan los propósitos, los principios y los ideales del Derecho, así como las consecuencias reales de las decisiones, para conseguir una adjudicación no meramente formalista, sino una contextual, realista y responsable. Busca una transformación social dentro del respeto a las normas y, así, concibe su función dentro de los causes de lo constitucionalmente prohibido y lo constitucionalmente permitido u ordenado. (García-Jaramillo, 2019, s. p.)

Siguiendo el planteamiento de este autor, para el activismo judicial convive el sentido de las normas dentro de las dinámicas sociales y la realidad. Asimismo, el juez activista es “es sensible frente a los valores democráticos que buscan preservar”, teniendo un papel destacado en el diálogo interinstitucional, la colaboración armónica entre entidades públicas y en el fortalecimiento de la división de poderes.

La Corte Constitucional llevó a cabo por medio de la Sentencia C-1051 de 2012 un ejercicio en el que puso en marcha los postulados de activismo judicial, al realizar el control de constitucionalidad del Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, el cual iba a ser incorporado al ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 1518 de 2012. Los magistrados de este alto tribunal debieron

---

el año 2010 supuso un antes y un después para las comunidades campesinas en Colombia. Con las normas de protección de las obtenciones vegetales, y los estándares que trajo consigo la versión de 1991 del Acta, estas comunidades se encuentran en un estado de vulnerabilidad, ante la desatención de las instituciones del Estado, que no contemplan alternativas para que los campesinos puedan integrarse a este nuevo modelo de negocio en condiciones de igualdad.

analizar si en los términos del artículo 241 de la Constitución Política de 1991, y el mandato integrado del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), este instrumento internacional se adecuaba a los postulados del modelo de Estado social de derecho en Colombia.

Antes de adentrar en el análisis de esta sentencia conviene realizar dos precisiones. La primera de ellas es que la Corte Constitucional ya venía mostrando una clara inclinación a asumir un rol protagónico en la rama judicial, como ente encargado de realizar un control de constitucionalidad de normas o como órgano de cierre en procesos sustantivos y contencioso-constitucionales, esto es, como una verdadera instancia judicial activista. Esto se explica en fallos trascendentales como el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, al derecho al mínimo vital o a la consulta previa (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622 de 2016; Sentencia SU-039 de 1997; Sentencia T-426 de 1992).

La segunda precisión se remite al momento histórico en el que fue proferida la citada la Sentencia C-1051 de 2012. Debe recordarse que fue en el periodo de transición entre las primeras manifestaciones tras la entrada en vigor de la Resolución 970 de 2010, que buscaba implementar algunos de los estándares del Acta de 1991 del Convenio de la UPOV, y el Paro Nacional Agrario en 2013. Estos estándares hacían parte del compromiso suscrito con el Gobierno de los Estados Unidos en el Tratado de Libre Comercio, y no debían encontrarse supeditados del Acta de 1991 en el ordenamiento jurídico.

Por ello, puede afirmarse que la incorporación de estos estándares se dio por doble vía de un lado, con la misma ratificación del Acta de 1991, y, del otro, con una norma de derecho interno que regulara la certificación de semillas bajo un argumento fitosanitario. En efecto, tal como se mencionó en un apartado anterior de este artículo, esto se dio con la Resolución 970 de 2010 del ICA, es decir, con anterioridad a la Ley 1518 de 2012 que aprobaba la citada Acta.

Así, en la Sentencia que analizaba la constitucionalidad de esta norma de derecho internacional, la Corte Constitucional concluyó que se había vulnerado el derecho a la consulta previa que le asistía a los pueblos indígenas y las comunidades étnicas, que verían afectadas su soberanía y seguridad alimentarias. Los efectos que traía consigo la actualización del Acta de 1978 al Acta de 1991 del Convenio de la UPOV impactaban negativamente el territorio y el modo de vida de estas comunidades (Oguamanam, 2006).

No en vano el proceso de mejoramiento genético que llevan a cabo se desarrolla conforme a un conjunto de técnicas, costumbres y prácticas tradicionales; no al estado actual de la técnica, cuyas aplicaciones son las que adecúa el Acta de 1991 de la UPOV (González Merino, 2018).

De esta manera, la Corte reconoció que uno de los factores determinantes en la labor de actualizar los estándares en el Convenio de la UPOV es “precisamente el relacionado con la necesidad de adecuarlo a los últimos avances científicos y tecnológicos que con el tiempo se han ido implementando en la actividad de fitomejoramiento”<sup>5</sup>. Estos son aspectos que se apartan del interés jurídico tutelado del conocimiento tradicional producido por estos grupos étnicos (Dutfield, 2010).

Esto fue suficiente, a juicio de la Corte Constitucional, para declarar la inconstitucionalidad de la ley aprobatoria del Acta de 1991 del Convenio UPOV. Como parte del rol activista asumido en este caso, le otorgó una protección especial al conjunto de prácticas, técnicas, costumbres y tradiciones que conforman el conocimiento tradicional, y que estarían en situación de vulnerabilidad ante los estándares que traía consigo el Acta. Y, de forma indirecta, les otorgó a los pueblos indígenas y comunidades étnicas una protección constitucional reforzada de su soberanía y seguridad alimentarias.

Como se evidencia, fue un caso de éxito de activismo judicial, el cual, aunque no cobijaba a las comunidades campesinas, pues no son destinatarias del Convenio 169 de la OIT, sí representó un precedente importante para un futuro litigio estratégico que busque equiparar el interés jurídico tutelado del conocimiento tradicional agrícola-campesino al conocimiento tradicional agrícola-étnico.

## **CUANDO LAS NORMAS SON LA RESISTENCIA: EL CASO DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE VARIEDADES VEGETALES Y DERECHOS DE LOS AGRICULTORES DE 2001 DE LA INDIA**

India, además de ser considerado un país con uno de los mercados más grandes e importantes a nivel mundial, es un escenario político y económico donde se ha dado una mayor resistencia a los estándares del régimen de obtentores vegetales que se promueven desde el sistema de comercio internacional. De manera particular, ha sido también epicentro de las reivindicaciones campesinas contra la privatización de las semillas y la mercantilización del sistema agroalimentario.

---

5 Además, señala esta sentencia que “si la actividad agrícola que llevan a cabo las comunidades diferenciadas se ejecuta conforme a sus específicas cosmovisiones y de acuerdo con los conocimientos tradicionales, esto es, al margen del concepto mayoritario de aprovechamiento económico en la actividad y de los avances científicos y tecnológicos en materia de fitomejoramiento, resulta razonable pensar que tales comunidades no están en capacidad de cumplir las obligaciones establecidas en el Convenio UPOV de 1991, en procura de beneficiarse de los derechos de obtentor” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1051 de 2012).

Una de las vías de hecho más representativas en contra de la industria obtentora vegetal se dio en ese país a finales de la década de los noventa con la movilización campesina en torno a una campaña de acción directa denominada *Cremation Monsanto*, que empezó en el pueblo de Maladagudda, al norte de Bangalore, pero se extendió en todo el estado de Karnataka, en el sur de la India <sup>6</sup>.

Con este antecedente, las protestas se extendieron por todo el territorio hasta llegar el 9 de agosto de 1998 a la sede principal de Monsanto bajo la consigna “Monsanto Fuera de la India”, fecha que coincidía simbólicamente con el aniversario del llamado que en 1942 hacía su líder Mahatma Gandhi a la corona inglesa para abandonar el país (Peschard y Randeria, 2020b). Era, pues, una reivindicación que también buscaba la independencia, esta vez no frente al Imperio británico, sino frente a la agroindustria, que para la década del noventa tenía el monopolio de las semillas.

A fines de la década de 1990, el mercado total de semillas [en la India] estaba estimado en 500 millones de dólares (el sector tenía todavía escaso desarrollo tecnológico, y 70 por ciento de las ventas provenían de semillas mejoradas por los agricultores, 26 por ciento del mejoramiento realizado en el sector público y únicamente 4 por ciento de híbridos) con ventas calculadas en 1.500 millones de dólares para 2001. En esa época, de una cantidad estimada en más de 400 compañías de semillas en el país, únicamente 18 pertenecían al sector público y 10 al sector cooperativo. Las unidades restantes estaban establecidas en el sector privado, de las cuales aproximadamente 25 a 30 están en el sector privado de mayor tamaño, mientras que más de 300 son unidades de tamaño medio y pequeño. (GRAIN, 2022b, s. p.)

En un contexto más reciente, India se ha convertido en el eje de los movimientos de resistencia ‘Seed freedom’ con el antecedente que, en 2012, supuso la campaña *Global Campaign for Seed Freedom*, liderada por Vandana Shiva, una de las más destacadas activistas en este ámbito a nivel mundial. Se trata de un manifiesto en el que 15 000 firmantes provenientes de 76 países hacen un llamado de atención a la comunidad internacional para legislar a favor de los intereses de los

---

<sup>6</sup> Así lo recoge Roberto Verzola, secretario general del Partido Verde de Filipinas, en su texto ‘India: Agricultores inteligentes queman algodón modificado genéticamente de Monsanto’: “The direct action campaign of Indian farmers Operation ‘Cremation Monsanto’ started today at 13:30 in the village of Maladagudda, north of Bangalore. Mr. Basanna, owner of the field where an illegal genetic experiment was being conducted without his knowledge, and Prof. Nanjundaswamy, president of KRRS (a Gandhian movement of 10 million farmers in the Southern Indian state of Karnataka), uprooted together the first plant of genetically modified cotton, inviting the rest of the local peasants to do the same. Within a few minutes, all the plants in the field were piled up and ready to be set on fire” (Verzola, 1999).

pequeños y medianos campesinos y en contra de los monopolios que las multinacionales obtentoras han venido ocupando (Peschard y Randeria, 2020b).

No en vano en el ADN de la sociedad y de las instituciones públicas de la India se han dado iniciativas de resistencia, las cuales han escalado al espectro normativo e internacional, por ejemplo, con la decisión de no formar parte de la UPOV<sup>7</sup>. Pero de todas las iniciativas normativas que se han presentado destaca la Ley de Protección de Variedades Vegetales y Derechos de los Agricultores de 2001, denominada oficialmente ‘Act N°. 53 of 2001 - The Protection of Plant Varieties and Farmers’ Rights Act’.

Esta norma, además de valorar el aporte de las comunidades campesinas e indígenas para la preservación de las semillas nativas, ha supuesto también “un paradigma a seguir para los países en desarrollo y prueba que con entereza se puede equilibrar el interés privado con el beneficio social, conciliando la justa protección de los fitomejoradores con el derecho consuetudinario campesino a conservar, limpiar, guardar o almacenar semillas e intercambiarlas y venderlas en el mercado local” (Uribe Arbeláez, 2016, p. 160). Es una ley que se erige como un modelo normativo que articula el desarrollo económico con el desarrollo sostenible y la protección del conocimiento tradicional.

Si bien la Ley de Protección de Variedades Vegetales y Derechos de los Agricultores de 2001 fue promulgada con anterioridad al Acuerdo ADPIC, se encuentra ajustada a las obligaciones que adquiriría la India en 2007, año en el que formalmente ingresaría a este acuerdo multilateral. Estas obligaciones, en materia de protección de obtenciones vegetales, se consignan en el artículo 27.3(b) del citado acuerdo, que trata de la protección de las obtenciones vegetales y de la patentabilidad de aquellas invenciones relacionadas con las plantas y las especies animales.

Pese a esto, esta ley resulta ser única en su especie, pues adopta un sistema *sui generis* para proteger las obtenciones vegetales. Para el legislador en este país, la eficacia del régimen de protección dependía no solo de cumplir con los estándares propuestos por el sistema de comercio internacional, sino además por contemplar todos los actores e intereses jurídicos tutelados involucrados.

De este modo, se incluyen los intereses de las empresas obtentoras vegetales desde la óptica de la propiedad privada; de los agricultores desde la soberanía y seguridad alimentaria; y, desde luego, del conocimiento tradicional y la biodiversidad.

---

<sup>7</sup> Véase UPOV (2021).

En consecuencia, en el artículo 2(c) se adapta la definición de obtentor como la persona natural, jurídica, agricultor, grupo de agricultores o institución que ha desarrollado, creado o mejorado una variedad vegetal.

(k) “farmers” means any person who - (i) cultivates crops by cultivating the land himself; or (ii) cultivates crops by directly supervising the cultivation or land through any other person; or (iii) conserves and preserves, severally or jointly, with any other person any wild species or traditional varieties or adds value to such wild species or traditional varieties through selection and identification of their useful properties (...). (The Protection of Plant Varieties and Farmers’ Rights Act, 2001)

Inclusive, la norma va más allá al caracterizar al agricultor como aquel que cultiva el terreno por sí mismo, o bajo una supervisión, que puede ser tanto directa como indirecta; o también como aquel que preserva una especie silvestre, nativa o variedad tradicional, pudiéndole agregar valor a través de la selección e identificación de sus propiedades. En el caso de la denominada ‘variedad del agricultor’, que fue otra novedad introducida en la Ley, se asimila como aquella variedad vegetal que o fue cultivada y desarrollada mediante métodos tradicionales o se trata de una variedad vegetal silvestre o nativa sobre la cual el agricultor posee un conocimiento tradicional.

(l) “farmers’ variety” means a variety which - (i) has been traditionally cultivated and “evolved by the farmers in their fields; or (ii) is a wild relative or land race or a variety about which the farmers possess the common knowledge. ((The Protection of Plant Varieties and Farmers’ Rights Act, 2001)

En este sentido, la Ley va más allá de los requisitos exigidos por el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV para proteger una obtención vegetal –a saber, novedad, estabilidad, homogeneidad y distinción–, pues contempla el registro de aquellas variedades ya existentes, a efectos de salvaguardar las variedades que han sido preservadas durante generaciones por las comunidades campesinas, los pueblos indígenas o tribales. Esto se logra con la no exigencia del requisito de la novedad para facilitar la incorporación de los estándares del Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Tratado sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA).

Un aspecto relevante de la Ley se encuentra en las precisiones que realiza en los apartados de definiciones, tal como se ha podido observar hasta este punto. Estas precisiones son necesarias para poder materializar los derechos de los campesinos respecto a las mejoras convencionales que han realizado en cada ciclo particular, y de generación en generación. También, otorgan el piso jurídico necesario para garantizar una participación justa y equitativa de los beneficios por el conocimiento tradicional que se asocia a estas mejoras.

Así, por ejemplo, en lo que respecta a los derechos de los agricultores, señala la Ley que un agricultor “tendrá derecho a guardar, usar, sembrar, resembrar, intercambiar, compartir o vender su

producto agrícola, incluso las semillas de una variedad protegida” en virtud de la norma, y en los mismos términos que le otorgaban el derecho de forma retroactiva, esto es, antes de la entrada en vigor de la norma.

Esta disposición representa un verdadero acto de resistencia frente al Acta de 1991 del Convenio UPOV, pues prefiere adoptar la misma hoja de ruta del artículo 9 del TIRFAA, pero con el valor añadido de puntualizar cuáles son los derechos que se reconocen, a saber, el derecho a resembrar, intercambiar, compartir e incluso vender las semillas de una variedad protegida.

Con un razonamiento similar señala Uribe Arbeláez “se prohíbe vender la semilla con la marca o denominación de la protegida bajo el régimen de derechos de obtentor”. Dicho esto, en otras palabras, “es lícito vender la semilla “genérica” y está vedada su venta bajo la marca o denominación registrada, conciliando así el interés público con el privado” (Uribe Arbeláez, 2016, p. 159).

Sin duda, esta ley fue parte de un importante proceso de reformas que en ese país había empezado a inicios de la década de los noventa, y que para la década del 2000 impactaba en el sector agrícola. India es un Estado que se proyecta como actor clave para el próximo siglo en la geopolítica, su democracia ha sido próspera gracias a los puentes que se tienden entre la Administración y los ciudadanos, y el tema de las semillas es un claro ejemplo de ello.

Y aunque es un tema no resuelto, pues entre 2020 y 2021 se generó una gran controversia en diversos sectores, incluyendo el sector campesino, pues el Gobierno de turno presentó tres proyectos de ley sobre temas agrícolas, –a saber, el Proyecto de Ley de Comercio de Productos Agrícolas y Comercio<sup>8</sup> el Acuerdo de Garantía de Precios y Servicios Agrícolas de los Agricultores<sup>9</sup> y una enmienda de un proyecto de ley anterior de productos esenciales<sup>10</sup>–; lo cierto es que la India es un ejemplo de resistencia campesina ante las dinámicas que, impulsadas por el norte económico, buscan acaparar la producción alimentaria a través de las semillas.

---

8 Véase “The Farming Produce Trade and Commerce (Promotion and Facilitation) Bill 2020”, en la web de PRS India Legislative Research. <https://prsindia.org/billtrack/the-farmers-produce-trade-and-commerce-promotion-and-facilitation-bill-2020>

9 Véase “The Farmers Empowerment and Protection Agreement on Price Assurance and Farm Services Act. 2000”, en la web de PRS India Legislative Research. <https://prsindia.org/billtrack/the-farmers-empowerment-and-protection-agreement-on-price-assurance-and-farm-services-bill-2020>

10 Véase “The Essential Commodities (Amendment) Bill, 2020”, en la web de PRS India Legislative Research. <https://prsindia.org/billtrack/the-essential-commodities-amendment-bill-2020>

## CONCLUSIONES

Las semillas representan el principio y el fin. Son el símbolo de la vida tal como la conocemos, pues sin ellas no hay alimentos, diversidad biológica, ni tampoco cultural. Hoy en día, la especie humana se enfrenta a una masiva extinción de este material parental, del cual derivan variedades vegetales que le han acompañado desde que domesticó la agricultura hace miles de años.

Esto se da como resultado del modelo de acaparamiento de medios de producción alimentaria a través de la privatización de semillas, el cual buscó en una primera instancia, en la década de los setenta, proteger los derechos de los fitomejoradores a través de un régimen de obtenciones vegetales, y, durante la década de 2010, estandarizar para la agroindustria un monopolio frente a las semillas criollas o modificadas por la vía convencional.

Desde un enfoque netamente metodológico, la importancia de la técnica de análisis documental utilizada para este artículo radicó en la aprehensión de dinámicas propias de conflictos socioambientales. Gracias a ello fue posible fundamentar teóricamente estas dinámicas a través de su análisis. Al final, las reflexiones que se presentaron a lo largo del texto fueron el resultado de un conjunto de inferencias realizadas desde de la crítica, la reflexión y la interpretación de la información obtenida, con el fin de presentar algunas explicaciones de corte teórico con trascendencia epistemológica.

El régimen de obtenciones vegetales introducido por el Acta de 1991 del Convenio UPOV supuso un control innecesario de los medios de producción agrícola a favor de las multinacionales obtentoras, pues no solo se mantiene la exclusividad del material parental utilizado en los procesos de siembra, sino además de los abonos, pesticidas y, en general, insumos que deben adquirirse al mismo titular, pues solo sirven para la variedad modificada genéticamente.

Por otra parte, si bien el argumento que se da para implementar estos regímenes es la garantía que tendrían los agricultores de contar con lotes de producción más estables y homogéneos, gracias la siembra de semillas modificadas genéticamente, en la práctica esto supone una afectación social, económica e incluso ambiental, pues son variedades que no cuentan con el mismo arraigo que las semillas criollas han obtenido a través de los ciclos de propagación, multiplicación y reproducción.

De hecho, en la actualidad, nuestra especie ha llegado a un momento histórico en el cual, inclusive, la vida pasa a ser privatizada y controlada por el sector privado. Las semillas criollas y nativas han sido reemplazadas por los agricultores, y las sanciones que se contemplan para aquellos que infrinjan las regulaciones en este ámbito; por ejemplo, a partir de la segunda resiembra, esto es, una vez agotada la excepción del agricultor que les permite resembrar por una sola vez las semi-

llas adquiridas en centros de distribución. Así, ese material parental ‘criollo’ o ‘nativo’ que ya no se siembra, y que ha acompañado durante milenios al ser humano. Se pierde, quedándonos sin diversidad biológica y sin memoria cultural.

En el caso de Colombia, el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV supone un antes y un después en el marco regulatorio de las obtenciones vegetales en Colombia, ya que actualizó los estándares del Acta de 1978 del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales. La razón de este importante cambio se explica en que, antes, la balanza equilibraba los intereses entre campesinos y empresas obtentoras, sin embargo, con la actualización de la citada Acta de 1991, esta balanza empezó a decantarse a favor de este segundo grupo.

Lo anterior se explica en que mientras el Acta de 1978 del Convenio UPOV contemplaba el derecho a conservar, usar e intercambiar las semillas —debiendo únicamente el agricultor contar con la autorización del titular para comercializarlas—, con el Acta de 1991 estos derechos se replantean como una excepción que puede o no facultativamente aplicar cada Estado parte del Convenio.

El Acta de 1991 del Convenio de la UPOV desconoce que las semillas nativas cultivadas por los campesinos no solo se adaptan mejor a las condiciones locales, sino que además son la base de su soberanía y seguridad alimentarias. Los estándares de esta norma que, como pudo observarse, fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional —dados los impactos negativos que conllevaba y por la falta de una consulta previa— se aplican no obstante por otra vía como la Decisión 345 de 1993 de la Comunidad Andina. Esto impacta la biodiversidad, el conocimiento tradicional y las condiciones socioeconómicas del campo colombiano, y de los países del sur económico.

Otra resistencia que se documenta en el artículo parte del activismo judicial ejercido por la Corte Constitucional colombiana, instancia que ha tenido un rol protagónico en la salvaguarda de los derechos de grupos de especial protección como los pueblos indígenas con la interpretación extensiva del Convenio 169 de la OIT, a través del cual reconoció el derecho fundamental a la consulta previa que tienen los pueblos indígenas y las comunidades étnicas, que deberán dar su consentimiento libre, previo e informado ante cualquier decisión, proyecto o actuación de la Administración pública o de particulares que impacten negativamente en su modo de vida o en su territorio.

Es gracias a esa interpretación extensiva, y de la omisión del Gobierno de llevar a cabo una consulta previa, que el Acta de 1991 del Convenio de la UPOV fue declarada inconstitucional. No en vano esto no ha implicado que no se apliquen sus estándares, según se ha advertido y evi-

denciado a lo largo del artículo. Estos estándares, pese a que tienen como objetivo estimular la innovación en materia de obtenciones vegetales, conllevan el otorgamiento de incentivos perversos que ponen a los campesinos en un estado de dependencia permanente hacia las semillas modificadas genéticamente.

Con todo, la situación actual demuestra que la conservación de la rica y variada agrobiodiversidad de países como Colombia pasa a un segundo plano. De hecho, si se trata de enlazar la innovación y la sociedad del conocimiento al ámbito agrícola en los países del sur económico, debe primero alcanzarse un equilibrio entre las normas que incentivan el desarrollo de obtenciones vegetales y la conservación de las variedades que los agricultores han utilizado durante generaciones.

En este contexto, los estándares que el Acta de 1991 ha llevado a estos países tampoco logran enlazar la innovación a la agricultura campesina, ya que desalientan o impiden que los campesinos, quienes han tradicionalmente los innovadores por medio de métodos convencionales o tradicionales como el injerto o la sucesiva selección de semillas, se involucren de lleno en el proceso de mejora de variedades vegetales, reduciendo así su quehacer productivo y, en definitiva, ubicándolos en un estatus de trabajadores dependientes de la empresa privada.

Es justamente esa consecuencia la que se quiso evitar con la Ley promulgada en 2001 en la India. Norma que se erigió en un verdadero modelo para el mundo en desarrollo, y una prueba irrefutable que demuestra que con entereza y voluntad política es posible salvaguardar la economía campesina; poniendo a los campesinos en primer lugar, al respetar su derecho a reservar, intercambiar y vender semillas, así como a reconocer que su soberanía y seguridad alimentarias han sido, desde siempre, el eje motor de su vida.

## REFERENCIAS

- Adebola, T. (2019). Access and benefit sharing, farmers' rights and plant breeders' rights: reflections on the African Model Law, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 9(1), 105-121. doi <http://dx.doi.org/10.4337/qmjip.2019.01.06>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1051 de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-696 de 2008.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 1997.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-426 de 1992.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-622 de 2016.

- Correa, C. (2015). *La protección de las obtenciones vegetales para los países en desarrollo. Una Herramienta para el diseño sui generis de protección de las obtenciones vegetales*. Alfter: Association for Plant Breeding for the Benefit of Society.
- Dutfield, G. (2010). *Intellectual property, biogenetic resources and traditional knowledge*. Earthscan.
- Evenson, R. y Gollin, D. (2003). Assessing the impact of the Green Revolution, 1960 to 2000. *Science*, 300(5620), 758-762. doi <http://dx.doi.org/10.1126/science.1078710>
- Fakhri, M. (2022). Las semillas, el derecho a la vida y los derechos de los agricultores. *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación presentado en el 49º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos*. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. A/HRC/49/43/2022.
- García-Jaramillo, L. (2019). Activismo judicial: un viejo concepto para nuevos desafíos. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/constitucional-y-derechos-humanos/activismo-judicial-un-viejo-concepto-para>
- González Merino, A. (2018). El sistema de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. ¿El sistema UPOV vigente atenta contra los derechos de los agricultores y la seguridad alimentaria? *Alegatos - Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, 100, 909-932. <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/674>
- Gouttefanjat, F. (2021). Revolución Verde, neoliberalismo y transgénicos en México: hacia una subordinación del maíz al capital, *Forhum International Journal of Social Sciences and Humanities*, 3(4), 108-119. doi <http://dx.doi.org/10.35766/j.forhum2021.04.03.9>
- GRAIN. (2022a). El nuevo Proyecto de Ley de Semillas en la India. <https://grain.org/article/entries/1111-el-nuevo-proyecto-de-ley-de-semillas-en-la-india>
- GRAIN. (2022b). UPOV: ¿Getting a Free TRIPs Ride? <https://grain.org/e/321>
- Grinberg, M. (1999). *Ecofalacias: de cómo las multinacionales se apoderan del discurso del ambiente*. Galerna.
- Helfer, L. (2005). *Derechos de propiedad intelectual sobre variedades vegetales. Regímenes jurídicos internacionales y opciones políticas para los gobiernos*. FAO.
- Holt-Giménez, E. (2009). From food crisis to food sovereignty: the challenge of social movements. *Monthly Review*, 61(3). <https://monthlyreview.org/2009/07/01/from-food-crisis-to-food-sovereignty-the-challenge-of-social-movements/>
- India, Parliament of India. The Essential Commodities (Amendment) Bill, 2020. <https://prsindia.org/bill-track/the-essential-commodities-amendment-bill-2020>
- India, Parliament of India. The Farmers Empowerment and Protection Agreement on Price Assurance and Farm Services Act. 2000. <https://prsindia.org/billtrack/the-farmers-empowerment-and-protection-agreement-on-price-assurance-and-farm-services-bill-2020>

- India, Parliament of India. The Farming Produce Trade and Commerce (Promotion and Facilitation) Bill 2020. <https://prsindia.org/billtrack/the-farmers-produce-trade-and-commerce-promotion-and-facilitation-bill-2020>
- India, Parliament of India. The Protection of Plant Varieties and Farmers' Rights Act, 2001 (Act Nº. 53 of 2001). <https://wipolex.wipo.int/es/text/128109>
- Lapeña, I. (2012). La propiedad intelectual sobre las semillas y sus implicaciones para la agricultura familiar en el Perú. *Serie de Política y Derecho Ambiental [Working paper]*, 25. <https://orgprints.org/id/eprint/25051/>
- Maraniello, P. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Tla-melaua: Revista de Ciencias Sociales*, 5(32), 46-83. doi <http://dx.doi.org/10.32399/rtla.7.32.25>
- Martínez, L. (2004). El campesino andino y la globalización a fines de siglo: una mirada sobre el caso ecuatoriano. *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, 77(1), 25-40. doi: <http://dx.doi.org/10.18352/erlacs.9676>
- Montenegro De Wit, M. (2019). Beating the bounds: how does open source become a seed common? *The Journal of Peasant Studies*, 46(1), 44-79. doi <http://dx.doi.org/10.1080/03066150.2017.1383395>
- Núñez, J. (2008). Prácticas sociales campesinas: saber local y educación rural. *Investigación y Postgrado*, 23(2), pp. 45-88. <https://revistas.upel.edu.ve/index.php/revinpost/article/view/873>
- Oguamanam, C. (2006). Intellectual property rights in plant genetic resources: Farmers' rights and food security of indigenous and local communities. *Drake Journal of Agriculture Law*, 11, 273-305. <https://aglawjournal.wp.drake.edu/wp-content/uploads/sites/66/2016/09/agVol11No3-Oguamanam.pdf>
- Parra Dussán, C. y Rodríguez, G.A. (2005). *Comunidades étnicas en Colombia: cultura y jurisprudencia*. Universidad del Rosario.
- Peschard, K. (2021). *Searching for flexibility Why parties to the 1978 Act of the UPOV Convention have not acceded to the 1991 Act*. Zurich: Association for Plant Breeding for the Benefit of Society.
- Peschard, K. y Randeria, S. (2020a). Keeping seeds in our hands': the rise of seed activism. *The Journal of Peasant Studies*, 47(4), 613-647. doi <http://dx.doi.org/10.1080/03066150.2020.1753705>
- Peschard, K. y Randeria, S. (2020b). Taking Monsanto to court: legal activism around intellectual property in Brazil and India. *The Journal of Peasant Studies*, 47(4), 792-819. doi <http://dx.doi.org/10.1080/03066150.2020.1753184>
- Pingali, P. y Raney, T. (2005). From the green revolution to the gene revolution: how will the poor fare. *ESA Working Paper*, 5(9), 1-15. <https://www.fao.org/agrifood-economics/publications/detail/es/c/120918/>
- Ribeiro, S. y Shand, H. (2008). Seeding new technologies to fuel old injustices. *Development*, 51(4), 496-503, doi: <http://dx.doi.org/10.1057/dev.2008.53>

- Richards, D. (2010). Contradictions of the New Green Revolution: A view from South America's southern cone, *Globalizations*, 7(4), 563-576, doi: <http://dx.doi.org/10.1080/14747731.2010.505025>
- Rivas-Robledo, P. (2022). ¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial. *Dikaion*, 31(1), 70-92. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.4>
- Sánchez Botero, E. (2005). Reflexiones en tomo de la jurisdicción especial indígena en Colombia. *Revista IIDH*, 41, 225-251. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08062-9.pdf>
- Sarmiento Cifuentes, F. (2022). *Integración Latinoamericana y del Caribe: la Necesaria consolidación institucional*. Tirant lo blanch.
- Sreenath, L. (2006). Impact of post-trips IP Regime on Indian agriculture. *CA Journal*, 54(8), 1178-1185. <http://tapmi.informaticsglobal.com/429/>
- UPOV. (2021). Members of the International Union for the Protection of New Varieties of Plants International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, UPOV Convention (1961), as revised at Geneva (1972, 1978 and 1991) Status on November 3, 2021. [https://www.upov.int/edocs/pubdocs/en/upov\\_pub\\_423.pdf](https://www.upov.int/edocs/pubdocs/en/upov_pub_423.pdf)
- Uribe Arbeláez, M. (2016). Derechos de los agricultores y convenio UPOV/91. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 21(1), 139-172. doi <http://dx.doi.org/10.18601/16571959.n21.06>
- Van Alstyne, W. (1969). Critical Guide to *Marbury v. Madison*. *Duke Law Journal*, 18, pp. 1-47. [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/544/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/544/)
- Verzola, R. (1999). India: Smart Farmers Burn Monsanto's GE Cotton. *Synthesis/Regeneration*, 19(19). <http://www.greens.org/s-r/19/19-19.html>
- Zamora, J. (1999). Determinación de necesidades de investigación para establecer causas de resistencia a la asociatividad comercial campesina, *Agro sur*, 27(1), 37-42. doi <http://dx.doi.org/10.4206/agro-sur.1999.v27n1-05>

# **Un modelo metodológico para la construcción de una propuesta de investigación dogmática\***

*A Methodological Model for Constructing  
a Doctrinal Research Proposal*

D Ú B E R A R M A N D O C E L I S V E L A

Doctor en Filosofía. Profesor de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma  
Latinoamericana (Medellín, Colombia). [duber.celisve@unaula.edu.co](mailto:duber.celisve@unaula.edu.co)  
<http://orcid.org/0000-0002-1271-2377>

---

\* Este artículo es producto del proyecto titulado “Gerencia jurídica pública”, convocatoria 2022, código 36-000022, financiado por la Universidad Autónoma Latinoamericana (Medellín, Colombia).

## Resumen

La construcción del conocimiento dogmático es el producto de un modelo metodológico que orienta un proceso investigativo para la obtención o justificación de ciertos resultados. El propósito de este artículo es sistematizar analíticamente las operaciones básicas que llevan desde un tema a un problema de investigación. La idea no es explicar el formato para la redacción de un proyecto, sino mostrar, a partir de esquemas discursivos, cuáles son las actividades de investigación que se ejecutan y los instrumentos necesarios para formularlo. En estos términos, se ofrecen estrategias para situar una idea en el respectivo campo de conocimiento, construir un problema con su fundamentación teórica y definir objetivos de investigación coherentes con los presupuestos metodológicos de una investigación dogmática. El método aplicado tiene un carácter descriptivo en la medida que da cuenta de actividades básicas en el proceso investigativo y, al mismo tiempo, propone estrategias para definir los presupuestos que integran un proyecto de investigación. En el texto se sostiene que articular un problema de investigación de manera clara, concreta y sistemática implica un modelo metodológico que oriente las actividades y contribuya a la justificación de los hallazgos o de las tesis adoptadas.

### PALABRAS CLAVE

Dogmática jurídica, problema de investigación, campo de conocimiento, metodología.

## Abstract

The construction of dogmatic knowledge is the product of a methodological model that guides an investigative process to obtain or justify certain results. This article aims to systematically analyze the basic operations that lead from a topic to a research problem. The idea is not to explain the format for writing a project but to show, through discursive frameworks, what research activities are carried out and the necessary instruments to formulate it. In these terms, strategies are offered for situating an idea in the respective field of knowledge, constructing a problem with the corresponding theoretical foundation, and defining research objectives that are consistent with the methodological assumptions of dogmatic research. The applied method is descriptive in nature, as it accounts for basic activities in the research process and, at the same time, proposes strategies for defining the assumptions that form a research project. The text argues that articulating a research problem in a clear, concrete, and systematic manner involves a methodological model that guides the researcher's activities and contributes to the justification of findings or adopted theses.

### KEYWORDS

Legal dogmatic, research problem, field of knowledge, methodology.

## INTRODUCCIÓN

Los conocimientos humanísticos, científicos, sociales y normativos son relevantes en la cultura jurídica. El saber humanístico es fundamental para “desarrollar una *teoría de la justicia* racional como medida de valoración del derecho positivo” (Kaufmann, 1999, p. 42). El conocimiento científico y social es imprescindible para legislar: una información detallada sobre la materia regulada aumenta la probabilidad de crear normas idóneas para alcanzar metas, es decir, asegura la racionalidad pragmática y teleológica de la legislación (Atienza, 1997, p. 41). Los conocimientos dogmáticos son importantes para el análisis de conceptos, la sistematización de normas y la fundamentación de las decisiones (Alexy, 2007, p. 349). La relevancia de algunas disciplinas no implica la exclusión de las demás, pues la complejidad de las instituciones supone considerar diferentes variables: al legislador no solo le interesan los hechos sociales que regula, sino las normas vigentes o los diseños equivalentes en otros sistemas normativos. La corrección de las decisiones adoptadas, en algún sentido, está determinada por la confiabilidad de los datos de referencia. Una autoridad normativa no debería tomar decisiones sobre la base de creencias falsas. Tal exigencia justifica que la producción del conocimiento jurídico esté sujeta a procedimientos rigurosos que permitan su validación y contrastación.

La diversidad de conocimientos jurídicos y el uso de múltiples modelos producen desafíos para la investigación. En el derecho se “puede adoptar una gran diversidad de enfoques: histórico, sociológico, etnográfico, antropológico, filosófico” (Sarlo, 2003, p. 184). Con distinciones teóricas y metodológicas adecuadas, la variedad de disciplinas jurídicas amplía las perspectivas de análisis de un problema. Sin embargo, la confusión entre niveles discursivos, la combinación inadecuada de métodos o la simplificación de los modelos investigativos debilitan la solidez de los resultados. El formalismo metodológico, común en procesos investigativos institucionalizados, tiende a reducir la generación del conocimiento a formatos y a ignorar los problemas epistémicos que supone la aproximación a un objeto de estudio. Además, justifica el escepticismo que, en algunos casos, califica a los textos sobre investigación como “substancialmente superfluos” (Haba Müller, 2007, p. 126). En la dogmática jurídica, la situación es aún más compleja porque hay juristas que se mantienen “por lo general, al margen de las anteriores discusiones, y no han dedicado mucho esfuerzo a la reflexión acerca de en qué consiste (cuál es el estatuto epistemológico de) su actividad” (Atienza, 2014, p. 139). Enfrentar estos problemas ayudaría a fijar marcos para la producción y validación del conocimiento jurídico.

El objetivo de este artículo es presentar un modelo que oriente el proceso de construcción de una propuesta de investigación idónea para dar cuenta del derecho positivo vigente, resolver problemas o sugerir estrategias de cambio y aplicación de normas. La idea es plantear algunas herramientas conceptuales y metodológicas para formular un problema que sea consecuen-

te con las premisas del conocimiento dogmático. La adopción de presupuestos claros y el uso de instrumentos adecuados es una condición necesaria de resultados rigurosos y validables. En aras de alcanzar el objetivo propuesto, el texto consta de tres partes: la primera trata sobre las implicaciones epistémicas que tiene el uso de un modelo de investigación para la producción de resultados cognoscitivos o prácticos. La segunda aborda las condiciones mínimas para articular una idea de investigación, es decir, propone una estructura para establecer qué y cómo investigar. La última analiza los presupuestos para evaluar si una idea constituye un problema de investigación. Esto implica contextualizar las categorías en el campo de la dogmática y definir el aparato conceptual que fundamentaría una solución posible. La formulación de una propuesta de investigación exige tanto el dominio de un área del derecho como la conciencia de las implicaciones que tienen sus elecciones teóricas y metodológicas.

La metodología aplicada es la reconstrucción de técnicas usadas para “elaborar y/o acreditar soluciones a los problemas afrontados” (Chiassoni, 2020, p. 144). En la cultura jurídica interna, la dogmática es un discurso acerca del derecho positivo cuyos intereses epistémicos e instrumentos son relativamente compartidos. El modo de aproximación adoptado no busca dar cuenta del contenido del derecho, sino abordar “problemas lógicos, metodológicos y epistemológicos en el análisis de los discursos jurídicos” (Comanducci, 2010, p. 181), es decir, las cuestiones analizadas tienen un carácter metadogmático. En estos términos, se señalan las operaciones que ayudan a traducir una idea en un problema de investigación. Aunque el discurso metodológico estándar es heterogéneo, se pretende detectar aquellos sentidos que mejor reconstruyen las prácticas jurídicas realizadas cuando se conoce al derecho positivo vigente. Este enfoque también presupone una política académico-investigativa que privilegia valores epistémicos como la rigurosidad metodológica, la transparencia y la validación de resultados. Si la dogmática “está sujeta a unas reglas de juego preestablecidas” (Calsamiglia, 1990, p. 87), estas constituyen el objeto de análisis a partir del quehacer jurídico. Por tanto, no se apela a modelos implantados o ajenos a la naturaleza del conocimiento dogmático.

En el texto se sostiene que la metodología de investigación suministra un marco de modelos y herramientas imprescindibles para institucionalizar la producción del conocimiento jurídico. Las elecciones metodológicas están fundamentadas en opciones epistémicas y teóricas. La investigación jurídica no es una actividad intuitiva ni dependiente necesariamente de aptitudes individuales, pues se trata de una práctica compartida cuyos elementos teóricos y metodológicos son racionalizados en la construcción de una propuesta de investigación. Dicha racionalización exige que el dogmático se interese por el análisis de los fundamentos epistémicos que justifican su actividad. La metodología de investigación, entendida como un ejercicio de explicitación metadogmática, resulta consecuente con valores epistémicos como la transparencia, la rigurosidad y la contrastabilidad. Un resultado investigativo es justificable y criticable a partir del marco teó-

rico y metodológico que determinó su producción. La formulación de problemas que sean claros y discretos constituye una condición para el avance de la dogmática. Un modelo de investigación es la articulación de teorías, premisas y metodologías que determinan cierta clase de resultados. La teoría del derecho o la dogmática, no necesariamente la metodología, son las directamente llamadas a analizar los fundamentos de su quehacer.

## **LA INVESTIGACIÓN Y EL DERECHO: LA RELEVANCIA DE LOS MODELOS DE INVESTIGACIÓN**

Quienes son juristas realizan operaciones cognoscitivas y prácticas diversas cuando se ocupan del derecho positivo. Las asunciones adoptadas alteran “la epistemología adecuada para conocerlo” (Comanducci, 2010, p. 182). Por tanto, no siempre tienen los mismos presupuestos y herramientas. El modo de aproximación de la teoría es diferente al adoptado en la historia. Los intereses epistémicos en la sociología no son equiparables a las pretensiones de la dogmática. Cuáles sean los presupuestos, intereses epistémicos y herramientas más consistentes es un asunto que amerita un análisis atento en la construcción de una propuesta de investigación. Sin duda, las personas que investigan necesitan familiarizarse con los problemas epistemológicos y el marco de opciones metodológicas del conocimiento que quieren producir. Las disciplinas jurídicas mantienen relaciones y contribuciones mutuas (Barberis, 2015, p. 84). Un texto dogmático puede incorporar datos históricos antes de analizar una institución. El derecho foráneo suele utilizarse en los estudios doctrinales para ilustrar o respaldar un argumento. Sin embargo, esto no convierte a la dogmática en historia del derecho o en derecho comparado. Si los modos de aproximación son diferentes, los intereses epistémicos también (Celis Vela, 2023, p. 31). El aparato conceptual y metodológico básico de cada disciplina permite evaluar qué articulaciones son posibles o cuáles son las vías aceptables para resolver un problema.

La literatura estándar sobre investigación que suele utilizarse para la formación de juristas es normalmente tomada o trasplantada de los manuales de investigación social (Witker Velásquez, 2022, pp. 7-8; Duque Quintero et al., 2018, p. 13; Mila Maldonado et al., 2021, p. 86). El método empírico es considerado como un arquetipo para el conocimiento jurídico (Uribe Álvarez, 2016, p. 51). Sin embargo, la investigación social no es directamente aplicable a todos los conocimientos jurídicos. Sin una adecuada contextualización, la enunciación de tales enfoques no sería coherente con ciertos modos de aproximación al derecho. Este modelo es adecuado para la sociología jurídica, pero no es aplicable a disciplinas como la dogmática o la teoría del derecho. Hay adaptaciones de la investigación social al derecho que no consideran sus particularidades. La reconstrucción de los métodos de producción de un conocimiento no podría hacerse al margen de las prácticas, reglas o discusiones que existen entre juristas. Un modelo metodológico no es un trasplante epistémico, sino un marco de enfoques, modelos, herramientas o técnicas

con origen y fundamento en la comunidad jurídica que tiene por objeto determinado ámbito del derecho positivo.

Un manual de investigación saturado de generalidades sobre la ciencia, con modelos de investigación yuxtapuestos, basado en distinciones imprecisas o en conceptos confusos ofrece pocos elementos para la producción y validación del conocimiento en la comunidad jurídica. Un rasgo común a muchos textos sobre investigación radica en que “entran directamente al tratamiento de unos criterios metodológicos, sin explicitar los supuestos epistemológicos” (Sarlo, 2003, p. 186). En algunos materiales aparecen referencias sobre “el conocimiento científico” y “la ciencia jurídica” (Hernández Díaz et al., 2015) tan genéricas y desligadas del derecho que resultan completamente prescindibles. El análisis sobre las particularidades del saber jurídico no se agota en reproducir las propiedades del método científico ni en relacionar escuetas definiciones de dogmática, filosofía jurídica o derecho comparado. Las metodologías requieren de una perspectiva interna sobre la práctica académica para producir resultados cognoscitivos y prácticos. En este contexto, hace falta un ascenso teórico en el discurso metodológico estándar para alcanzar una visión más crítica y reflexiva de los presupuestos del conocimiento jurídico. Hay bastantes “problemas epistemológicos conectados con la metodología de la dogmática” (Comanducci, 2010, p. 183) cuyos desafíos ameritan ser explícitamente enfrentados en una propuesta de investigación.

Los reparos no se dirigen solamente contra la metodología de la investigación jurídica, también incluyen a la dogmática. Las principales críticas advierten que se trata de un saber formalista (Ramírez Giraldo, 2007, p. 63), reacio a la incorporación de nuevos métodos y presentado de una manera neutral para ocultar su dimensión práctica (Atienza, 2014, p. 140). En efecto, hay trabajos dogmáticos que consisten en la paráfrasis de los documentos legales o se reducen a comentarios breves acompañados de extensas transcripciones legales o resúmenes de jurisprudencia. Un rasgo común es la saturación de datos irrelevantes frente a un problema concreto—extensas cronologías— y la insuficiencia de los conceptos o de las clasificaciones utilizadas. En Colombia, la cultura jurídica interna tiene una marcada tendencia a la oralidad, con un estilo retórico que fusiona aspectos descriptivos y prescriptivos. Además de una débil formación en teoría del derecho, estos problemas podrían explicarse por la escasa conciencia metodológica sobre las implicaciones concretas que se derivan de ciertas concepciones y formas de aproximación al derecho. El quehacer dogmático suele aprenderse de manera muy artesanal e intuitiva, por imitación de juristas reconocidos, manuales y tratados, los cuales no siempre son buenos ejemplos de una investigación dogmática.

La comunidad académica de juristas requiere de una sólida tradición de elaboraciones doctrinales y de consensos metodológicos mínimos que permitan validar sus resultados. La construcción

de un conocimiento jurídico riguroso origina dificultades por las concepciones sobre el derecho, y por la poca atención que tienen las cuestiones metateóricas y metodológicas. Aunque su valor es indudable, estos problemas no se resuelven con exhaustivas recomendaciones para la composición de un texto jurídico (López Escarcena, 2011, p. 233). Tampoco es una alternativa el escepticismo que denuncia la “inutilidad” de la metodología y se sustenta en las capacidades individuales de quienes investigan (Haba Müller, 2007, pp. 144-145). Los problemas metodológicos, abordados en una perspectiva epistemológica (Uribe Álvarez, 2016, p. 53), constituyen un fecundo ámbito de análisis que no debería ser simplificado en un formato ni descalificado como innecesario e inútil. Entre juristas se comparte cierta clase de presupuestos, enfoques y herramientas cuyo rendimiento teórico amerita análisis y elecciones justificadas. Por esta razón, “las cuestiones metodológicas se han de afrontar desde las propias disciplinas” (Calsamiglia, 1990, p. 143). Quienes investigan sobre el derecho estarían llamados a generar profundas reflexiones sobre los presupuestos de la dogmática y sus aparatos conceptuales (Celis Vela, 2024, p. 4).

Un análisis metadogmático requiere de un conocimiento profundo del quehacer jurídico, y de distinciones o herramientas teóricas. La “escasa formación epistemológica y metodológica” (Sarlo, 2003, p. 191) es una barrera para la consolidación académica de la cultura jurídica. La producción del conocimiento dogmático no está limitada a intuiciones o imitaciones de textos o autoridades académicas reconocidas, sino que depende de procedimientos epistémicos aceptables y confiables. Los modelos de investigación adecuadamente seleccionados y aplicados contribuyen a la generación de resultados sólidos y, además, abren alternativas para revisar las prácticas cognoscitivas ya instaladas en la cultura jurídica. La teoría del derecho, entendida como una “meta-ciencia de la ‘ciencia jurídica’, es decir, de la dogmática” (Guastini, 1999, p. 24), constituye una perspectiva para la reflexión metodológica en la investigación jurídica. El análisis teórico constituye una oportunidad para tomarse en serio el quehacer de juristas dogmáticos. El aparato conceptual de metodólogos amerita un refinamiento para que brinde orientaciones a estudiantes de manera que se facilite la construcción de una propuesta de investigación coherente con el tipo de resultados que se persiguen.

## **LAS IDEAS DE INVESTIGACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA**

No todo texto dogmático es producto de un problema de investigación. En la cultura jurídica circulan materiales que tienen una función exclusivamente expositiva. La dogmática asume la tarea de transmitir o divulgar datos de un área del derecho sin que necesariamente se plantee una tesis como respuesta a un problema. Aunque los productos de investigación contienen descripciones, estas constituyen un presupuesto para el problema que se pretende resolver. Tales materiales representan un punto de referencia para conocer un área del derecho positivo, pero no avanzan más allá del estado de cosas existente, es decir, no hay aportes que desplacen la

frontera del conocimiento disponible. Tampoco se hace un balance crítico sobre el conocimiento como sucede con los artículos de revisión. Los productos de esta naturaleza son de utilidad para un proceso investigativo porque señalan los puntos problemáticos en un ámbito determinado. Los textos de divulgación únicamente tienen una pretensión de sistematización de los conocimientos existentes. Aunque son materiales importantes, no constituyen, en sentido estricto, un producto de investigación salvo que exista tal grado de dispersión temática o conceptual que sea necesaria una articulación que previamente no existía. “No hay verdadera investigación sin que exista un problema que ha de ser resuelto” (Lopes, 2006, p. 53).

El problema de investigación es una construcción a partir de una situación teórica o práctica que carece de una respuesta disponible o aceptable en una comunidad académica. La solución es necesaria y supone la generación de nuevo conocimiento o la aplicación de cierta clase de datos disponibles para obtener resultados concretos. La situación que da lugar al problema es real, es decir, no se trata de una cuestión hipotética. La ausencia de una respuesta disponible o aceptable implica que el problema se ubica en la frontera del conocimiento en el respectivo campo de investigación y tiene la capacidad de generar nuevas explicaciones, sistematizaciones, argumentos o aplicaciones (Eco, 2000, p. 49). En la dogmática una respuesta es necesaria porque satisface un interés compartido, tiene impacto en actividades de naturaleza cognoscitiva o suministra alternativas para la creación, interpretación y aplicación de normas jurídicas. El problema de investigación no llena un vacío de conocimiento en la persona que investiga, sino en la comunidad académica. Una cuestión ya resuelta no es un problema genuino, salvo que se pretenda controvertir otros resultados disponibles. Por tanto, los problemas se sitúan en un campo y tienen la capacidad de mover la frontera del conocimiento.

El punto de partida de un problema es una idea de investigación. Quien está relativamente familiarizado con un área del derecho podría detectar en qué punto se requiere cierta clase de soluciones o respuestas. Lo anterior supone el conocimiento de trabajos antecedentes y del marco de teorías, conceptos y concepciones que pertenecen al campo de investigación. Si la idea de investigación se mantiene una vez realizada una revisión exhaustiva de la literatura, entonces hay un problema que puede articularse como una propuesta de investigación. Así, un proyecto de investigación resulta de dos operaciones básicas, a saber: la formulación de una idea y su exploración en un campo de conocimiento. Tales operaciones, por lo general, demandan ajustes sucesivos de la “pregunta principal” (López Escarcena, 2011, p. 237). La formulación de una idea de investigación presupone describir una situación problemática con su respectivo contexto inmediato, redactar una pregunta, plantear un objetivo y, finalmente, diseñar una metodología provisional. En este punto, es relevante revisar que los elementos esbozados expresen conjuntamente una cuestión de naturaleza dogmática, no empírica, teórica o filosófica. Una vez

hecha la revisión de literatura es posible introducir ajustes hasta traducir la idea en un problema de investigación.

La situación problemática se describe de manera clara, concreta y suficiente. No es necesario hacer interpretaciones ni leer entre líneas. Una descripción excluye la valoración de instituciones, hechos o normas, salvo que la investigación presuponga un enfoque exclusivamente prescriptivo. El lenguaje utilizado debe ser preciso o reflejar la mayor especificidad técnica. A partir de la situación problemática se reconstruyen sus presupuestos, es decir, el marco de conceptos que aparece como indispensable y suficiente para la identificación de aquello que amerita ser investigado. Los presupuestos son aquellas ideas sin las cuales no es posible comprender el objeto de investigación; por esta razón, se exponen de manera previa. Los conceptos que estructuran la situación problemática y los que hacen parte de sus presupuestos constituyen la primera versión de un sistema de categorías que, posteriormente, se utilizará para rastrear los materiales de la investigación. A partir de la situación problemática también se construye la pregunta de investigación. No debe ser una pregunta informativa, valorativa u operativa –salvo en proyectos de desarrollo tecnológico e innovación–. Los conceptos que estructuran el problema deben estar presentes en la pregunta. Esta no expresa lo que desconoce quien investiga sino lo que se ignora en la comunidad académica.

La pregunta de investigación puede acompañarse de una hipótesis preliminar. Sin embargo, este presupuesto de una investigación empírica no es exactamente aplicable a la dogmática jurídica. En la investigación dogmática no “se trata de dar, al final del proceso, una explicación, una descripción, o la causa natural de alguna cosa” (Lopes, 2006, p. 59). La actividad investigativa no consiste en la recopilación de datos para confirmar una hipótesis, pues los problemas dogmáticos suelen tener carácter práctico, interpretativo o argumentativo. A partir de la naturaleza de la pregunta y del alcance de la investigación, en la dogmática es necesario tomar una posición y justificarla. La hipótesis no es la única forma de respuesta para un problema; por tanto, se podrían adoptar denominaciones alternativas para recoger la respuesta preliminar que se dará al problema de investigación. Entre otras denominaciones, vale utilizar expresiones como “solución provisional”, “argumento central” o “tesis de referencia”, entre otras. Más allá de las diversas denominaciones, en este caso es indispensable articular de manera coherente todos los elementos de la investigación y, además, brindar una justificación. Cuando la investigación supone argumentar en torno a un problema, en los productos es imprescindible “saber presentar las razones de manera adecuada y ordenada” (Lara Chagoyán, 2006, p. 81).

A partir de la pregunta se formulan objetivos provisionales. Estos definen la manera como será enfrentada la pregunta, es decir, evidencian la estructura o el tratamiento que se dará al problema. En términos generales, los objetivos establecen “los resultados ‘o metas’ que se quieren

alcanzar” (White, 2009, p. 34) y, al mismo tiempo, desglosan la ruta para lograrlo. No cualquier enunciado que exprese un propósito, tarea o meta constituye un objetivo de investigación. Los objetivos tienen una orientación epistémica, es decir, no son propósitos de aprendizaje. Tampoco definen una actividad de investigación como leer la bibliografía explorada. Las tareas de investigación son medios para alcanzar los objetivos, no operaciones de investigación. Los objetivos tampoco expresan directrices políticas, salvo que se trate de una investigación sociológica desarrollada desde un modelo crítico que suponga “la formulación de algún tipo de praxis emancipadora” (Lista y Begala, 2016, p. 259). Los objetivos son enunciados que expresan las operaciones de orden epistémico necesarias para resolver el problema. No solo determinan su dirección u orientación metodológica, sino que definen la complejidad de la solución esperada. La dirección del problema apunta al tipo de investigación que se quiere realizar, esto es, dogmática, socio-jurídica, comparada, teórica o filosófica.

Los objetivos también son un indicador de la complejidad de la investigación, es decir, dan cuenta de su alcance. En términos esquemáticos, la complejidad de una investigación se puede clasificar en tres niveles: básico, intermedio y avanzado. El básico es adecuado para investigaciones de pregrado, mientras que el intermedio es propio de investigaciones de maestría. La mayoría de investigaciones podría clasificarse en este grado de complejidad. Finalmente, el avanzado sería propio de una investigación doctoral. Estos resultados tienen la vocación de provocar impactos en la comunidad académica, es decir, presuponen “trabajos originales” (Dunleavy, 2003, p. 27) o reinterpretaciones más o menos relevantes (Eco, 2000, p. 20). En muchos casos, la investigación avanzada involucra la articulación de varias personas y el trabajo en red. Un problema de investigación se puede enfrentar con base en patrones “descriptivos, analíticos, argumentativos y mixtos” (Dunleavy, 2003, p. 63). Un indicador inicial para fijar la complejidad de una investigación es derivado de los verbos que normalmente se utilizan para formular objetivos de investigación. Solo se trata de un indicador, pues la complejidad se podría disminuir o aumentar según los demás aspectos que componen un objetivo de investigación. Sin que se trate de una clasificación rígida es posible tomar como punto de referencia la siguiente enunciación:

**Tabla.** Verbos para la construcción de objetivos

Básico	Intermedio	Avanzado
Identificar	Analizar	Argumentar
Determinar	Explicar	Fundamentar
Definir	Aplicar	Evaluar
Clasificar	Categorizar	Criticar
Distinguir	Sistematizar	Proponer
Describir	Relacionar	Teorizar
Reconstruir	Comparar	Crear

**Fuente:** elaboración propia.

La utilidad de esta clasificación radica en que permite analizar las relaciones entre operaciones epistémicas al momento de estructurar la respuesta al problema. El análisis de un objeto de estudio presupone su descripción. Una operación epistémica está implicada lógicamente en la otra. Por tanto, esta suerte de relación interna incide en la manera como se construyen los objetivos. No sería adecuado plantear unos objetivos en los que primero se analiza lo estudiado y después se identifican sus rasgos fundamentales. La selección de los verbos es importante para establecer el alcance de una investigación. No es conveniente hacer una selección arbitraria de las operaciones epistémicas, pues puede afectarse la viabilidad de su ejecución. En una investigación con un alcance modesto es recomendable formular un objetivo general y dos objetivos específicos. El objetivo general debe ser relevante en relación con el problema, es decir, las categorías centrales de la investigación se desarrollan en el objetivo general. La formulación de los objetivos específicos delimita la investigación. Un objetivo podría redactarse a partir de tres elementos: un verbo en infinitivo, un objeto y un presupuesto de investigación. El verbo del objetivo general fija el estándar de complejidad para el proyecto de investigación.

Los objetivos específicos son relevantes respecto del objetivo general, es decir, se estructuran de manera tal que desglosen su dirección y alcance investigativo. No solo tienen una estructura articulada entre sus operaciones epistémicas, sino que deben ser determinables. Cada objetivo específico debe contribuir, de manera gradual, a la satisfacción del objetivo general. Sin duda, en su desarrollo existe una estructura lógica. Lo anterior significa que, *a priori*, es posible establecer cuál sería su instancia de satisfacción. La complejidad del objetivo general no puede ser inferior a la de los objetivos específicos. Este aspecto se determina no solo por el uso de ciertos verbos, sino por su objeto y presupuestos. Ambos niveles –general y específico– deben estar sincronizados con el diseño metodológico del proyecto de investigación. El enfoque de investigación guarda coherencia con los objetivos: si en una investigación dogmática se propone el uso de un enfoque prescriptivo es necesario que los objetivos específicos incluyan operaciones como evaluar, criticar o proponer. El desarrollo de los objetivos específicos, por hipótesis, conduce a la satisfacción del objetivo general a partir de los instrumentos metodológicos adoptados.

Un conocimiento es riguroso de acuerdo con el método de investigación y las técnicas de análisis y tratamiento de los datos que se apliquen. Una comunidad académica se caracteriza justamente porque comparte teorías, metodologías, técnicas e instrumentos que han sido validados como formas de producción del conocimiento. La investigación jurídica no es la excepción, pues entre juristas se comparten modelos para la solución de problemas en la cultura jurídica. La diversidad de saberes jurídicos que existe es explicable en función a los modos de aproximación al derecho. Los enfoques y técnicas son tan diversos que, en cada caso, es necesario hacer elecciones metodológicas y plantear las respectivas justificaciones. El diseño metodológico de una investigación hace explícito el modelo de conocimiento que está presupuesto en el problema de

investigación. En este sentido, implica una conceptualización sobre la manera como se concibe el objeto de estudio y, al mismo tiempo, sobre el modo de conocerlo. Aunque no hay consensos definitivos, una investigación puede ser dogmática, empírica o teórico-filosófica. A la luz del problema planteado, en el diseño metodológico de la investigación es necesario hacer explícitos tales presupuestos.

Los enfoques dependen del tipo de investigación. En una investigación dogmática es posible adoptar un enfoque descriptivo, analítico, prescriptivo y mixto o “híbrido” (Calsamiglia, 1990, p. 87). No basta con hacer una descripción de los enfoques de la investigación dogmática, además es necesario señalar cuáles son los elementos descriptivos o prescriptivos del problema que serán enfrentados en los objetivos. En consecuencia, la coherencia entre objetivos y enfoques de investigación es necesaria. No hay articulación metodológica cuando los objetivos apuntan a evaluar normas o instituciones y solo se adopta el enfoque descriptivo. Como ya fue señalado, no se trata de hacer análisis abstractos, sino de justificar, a partir de las variables, los aspectos propios del enfoque garantizando la coherencia metodológica. El enfoque de investigación evidencia cómo será tratado el objeto de estudio. A su vez, es importante indicar los métodos o técnicas que serán aplicados para el análisis y tratamiento de la información. Finalmente, el diseño metodológico incluye consideraciones sobre las fuentes de información y los productos proyectados, es decir, qué tipo de formato se utilizará para comunicar los resultados de la investigación que serán puestos a disposición de la comunidad académica.

## LA FORMULACIÓN DE UN PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La revisión de la literatura es un aspecto central en el proceso investigativo al momento de situar una idea ya elaborada de investigación en el respectivo campo de estudio y, a la vez, proporciona el conocimiento de las teorías, conceptos y discusiones que existen sobre la materia. No solo es una “valiosa fuente de ideas, sino que constituye una guía útil respecto de lo conocido en el tema” (White, 2009, p. 7). Por tanto, esta actividad permite i) situar la idea de investigación; ii) recopilar los resultados de investigaciones previas; iii) reconocer en qué ámbitos del conocimiento es necesario hacer más investigación; iv) evaluar la aceptabilidad de las soluciones disponibles, o v) advertir los nuevos desafíos que existen para la comunidad académica. Solo el dominio del respectivo campo de conocimiento permite que quien investiga pueda transformar la idea en un problema de investigación, pues “no todo problema jurídico implica uno de investigación” (Agudelo-Giraldo, 2018, p. 52). A continuación, se plantean algunas estrategias para conformar el conjunto de materiales utilizados para determinar los antecedentes de investigación y construir el marco teórico. No todo lo rastreado en la exploración de información es un material de investigación; ni todos los textos leídos o los hallazgos teóricos son relevantes como punto de referencia para la solución del problema.

Una vez ha sido formulada la idea de investigación es indispensable hacer una exhaustiva aproximación al campo de conocimiento. En aras de lograr este propósito, una alternativa plausible es combinar dos estrategias: i) definir un sistema inicial de categorías para rastrear información y ii) hacer una detallada revisión de literatura. Si la idea de investigación está adecuadamente estructurada, se podrían extraer conceptos básicos para reiniciar la exploración del campo mediante la búsqueda de materiales relevantes. El sistema categorial es un instrumento adecuado para establecer relaciones de distinto nivel entre los conceptos básicos y, además, constituye una pauta para “la recolección y generación de información proveniente de múltiples fuentes [...], su registro ordenado, sistematización y análisis” (Galeano Marín, 2018, p. 26). El sistema categorial está formado por los conceptos originarios que estructuran la idea de investigación. No siempre estos conceptos se encuentran ubicados en el mismo plano; así, sus relaciones dan lugar a la formulación de categorías de primer nivel, de segundo nivel o superiores. Las categorías derivadas son una desagregación de las categorías originarias. Este sistema se va definiendo en el proceso de construcción de un proyecto de investigación y, una vez establecido, orienta todas las actividades de investigación.

El sistema de categorías es una herramienta fundamental para el rastreo de los materiales de investigación. Estas pueden ser combinadas y transformadas en equivalentes semánticos –sinónimos en el respectivo campo de conocimiento– de manera que pueda focalizarse y optimizarse la búsqueda de información. Dicho proceso no se hace de cualquier manera, pues quien investiga rastrea, de forma sistemática, en diversidad de fuentes y con criterios de selección de materiales que sean pertinentes y que cumplan con estándares mínimos de calidad. Una búsqueda es sistemática si se realiza con el mismo conjunto de categorías y con reportes que permitan dejar constancia de la memoria investigativa. Las fuentes de información deben ser variadas, es decir, es necesario acudir a bases de datos, revistas indexadas, bibliotecas, repositorios institucionales y otras fuentes de información. En un rastreo documental también es importante tener diversidad de materiales, esto es, artículos, capítulos, libros, monografías, sentencias, entre otros. El uso de criterios de selección permite depurar las búsquedas hasta obtener una muestra representativa. En este proceso es indispensable hacer un control de calidad tanto a las fuentes de información como a los productos.

La selección de fuentes de información y de textos con adecuados estándares de calidad es fundamental. No siempre es idóneo el rastreo y uso de cualquier documento que circule en internet. Un producto de investigación es confiable si ha sido revisado por pares académicos, fue publicado en un medio de divulgación científica representativo o su autoría está asociada a académicos o centros de reconocida trayectoria. La adecuada selección de materiales asegura que se optimice el tiempo dedicado a la revisión de antecedentes. En la lectura de estos también es importante controlar la calidad de los productos, pues en muchos casos, las fuentes de informa-

ción no son suficientes. Hay textos científicos que originan muchas dudas en cuanto a sus estándares de calidad. La lectura sistemática de los materiales no solo es indispensable para conocer el campo de investigación, sino para ampliar el rastreo de información. Las referencias citadas en los textos objeto de lectura ayudan a encontrar más información y a ajustar las categorías de búsqueda inicialmente utilizadas. La revisión exhaustiva de las referencias es de mucha utilidad porque permite detectar aquellos textos o personas que han recibido el mayor número de citas, esto es, que más influencia tienen en el campo de investigación.

Una comunidad académica acumula respuestas para sus problemas objeto de estudio. En principio, quien investiga se ubica en la frontera del conocimiento de su propia disciplina con el propósito de avanzar en la solución de nuevos problemas o revisar las explicaciones que circulan. Los antecedentes de investigación permiten “recuperar sistemática y reflexivamente el conocimiento acumulado sobre un objeto” y, al mismo tiempo, dan “origen a una evaluación o a un balance de ese conocimiento acumulado” (Galeano Marín, 2018, p. 169). Un problema de investigación es el producto de una evaluación rigurosa de los límites, conflictos, carencias o insuficiencias de las soluciones disponibles o de los desafíos que plantean nuevos fenómenos. En cualquiera de las situaciones indicadas, el conjunto acumulado de conocimientos constituye el punto de referencia. Los antecedentes de investigación consisten en la reconstrucción de los materiales que poseen una conexión directa con el objeto de estudio. No todos los materiales rastreados y revisados deben ser reseñados como antecedentes. Las personas seleccionan los textos más relevantes o que representan opciones previas o concomitantes de solución al problema de investigación. Entre los criterios de selección estarían la afinidad temática, los presupuestos metodológicos o temporales.

Una vez definidos los materiales antecedentes, se hace tanto una descripción como un balance crítico de las investigaciones previas, es decir, se señala en qué aspectos se diferencia la idea de investigación planteada de los resultados investigativos antecedentes. En la redacción de antecedentes se consideran los siguientes elementos: i) estrategia de exploración bibliográfica; ii) criterios de selección de materiales; iii) descripción de resultados previos, y iv) balance crítico. En la estrategia se indican las categorías, las fuentes utilizadas para rastrear la información y los resultados obtenidos. En la selección de criterios se justifican los presupuestos definidos para compilar la bibliografía inicial y escoger los antecedentes. La descripción de los resultados previos consiste en dar cuenta de los siguientes elementos: autoría, naturaleza del material, título del material, año de publicación, propósito del trabajo, metodología aplicada y hallazgos o conclusiones. La identificación de una ventana para los trabajos recientes y la diversidad de materiales es fundamental para determinar el estado de las investigaciones frente al objeto de estudio. Al final, se hace una evaluación de los resultados y se indica el aporte que se deriva de su propuesta de investigación.

El marco teórico es un balance de los conceptos, teorías o concepciones que están disponibles para el objeto de estudio y, al mismo tiempo, permite determinar si la idea “tiene sentido dentro del campo de conocimiento” (Sánchez Zorrilla, 2014, p. 92). Su alcance depende del desarrollo que tengan las categorías que estructuran el problema de investigación. No siempre están disponibles elaboraciones dogmáticas sobre todas las instituciones. En estos casos es conveniente formular una suerte de marco normativo, esto es, la reconstrucción de las categorías se hace a partir del desarrollo que han tenido estas instituciones en las fuentes del derecho. Una comunidad académica normalmente gira en torno a ciertos lenguajes, conceptos, teorías, métodos o instrumentos. Los desacuerdos son un aspecto indispensable para el proceso de refutación de una tesis o para la sugerencia de nuevas explicaciones o interpretaciones. Así, frente a un mismo fenómeno puede haber conceptos, teorías o concepciones en disputa. A partir del estado en que se encuentre el campo de conocimiento se hace una reconstrucción. La finalidad es mostrar los diferentes puntos de vista que existen al respecto y definir cuáles son los compromisos de quien investiga, es decir, cuáles son los conceptos de referencia para la solución del problema. Sin duda, se trata de elegir, de manera justificada, los presupuestos teóricos de la investigación.

Los conceptos son sentidos que determinan las propiedades que se atribuyen a las cosas (Bulygin, 2007, p. 102). En efecto, son un presupuesto necesario para el conocimiento del mundo y para la regulación del comportamiento. Una ciencia o disciplina se caracteriza porque tiene un adecuado aparato conceptual para dar cuenta de los fenómenos estudiados. Los conceptos son indispensables también en la racionalidad práctica, pues constituyen instrumentos para la regulación de conductas. La teoría general del derecho pretende el análisis de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico (Poggi, 2017, p. 146) o del aparato conceptual usado entre juristas (Celis Vela, 2023, p. 43). Estos, como unidades de sentido, no son unívocos, pues con frecuencia hay profundos desacuerdos. Las teorías, en sentido amplio, son sistemas de proposiciones que explican un hecho o un concepto. Tales explicaciones tienen un alcance general y suelen estar constituidas por descripciones, definiciones, clasificaciones, entre otros (Guibourg et al., 2004, p. 143). Hay juristas que suelen usar de manera flexible la noción *teoría*, pues normalmente designan conceptos o definiciones estipulativas. El dominio de un campo de conocimiento se alcanza justamente cuando una persona identifica las teorías disponibles para dar cuenta de su objeto de estudio y, además, señala sus fortalezas y puntos críticos.

Las concepciones, en sentido amplio, son sistemas de proposiciones y valoraciones sobre una institución o un concepto. En sentido estricto no indican cómo es un objeto, sino cómo debería ser. Las concepciones suponen jerarquías axiológicas entre los elementos que hacen parte de un concepto. El concepto es una representación abstracta de propiedades necesarias y la concepción es su interpretación (Atienza, 2013, p. 109). En síntesis, las concepciones son representaciones ideológicas sobre una institución o concepto, pues implican el compromiso con ciertos

valores. En razón de la naturaleza práctica del derecho, en la cultura jurídica son muy comunes las concepciones –garantismo, constitucionalismo, abolicionismo–, las cuales pretenden influir en la creación, interpretación y aplicación de normas o instituciones jurídicas. Las concepciones del derecho reflejan los sentimientos de justicia o las preferencias ético-políticas de juristas cuando se aproximan al derecho. “En este proceso tienen incidencia ideologías políticas, modelos teóricos, problemáticas sociales, desacuerdos morales, entre otros” (Celis Vela, 2022, p. 415). Como ya fue señalado, hacen parte de los presupuestos metodológicos –o actitudes morales– de la investigación en el derecho.

En la cultura jurídica es muy frecuente el uso de interpretaciones judiciales o doctrinales de una disposición. También es común la denominación *tesis* para denotar la posición que se adopta respecto de un problema práctico, o *hipótesis* para la alusión a los problemas empíricos. Si bien estas expresiones no aluden, en sentido estricto, a teorías o concepciones, las posturas interpretativas son importantes en la definición del marco teórico. No son teorías porque no constituyen un sistema de proposiciones, ni son concepciones porque usualmente no son muy extendidas en la cultura jurídica. Sin embargo, constituyen una fuente imprescindible para la elaboración de un marco normativo, pues recogen las propuestas de *lege* o de *sententia ferenda* que inciden en la creación, interpretación o aplicación del derecho. Los aspectos previamente señalados son objeto de reconstrucción en el marco teórico, los cuales dependen de elecciones justificadas. Los modelos teóricos que se utilicen influyen de cierta manera en los resultados que se obtienen en la investigación. Las preferencias teóricas o ideológicas no pueden ser excluidas. Lo adecuado en este momento es hacerlas explícitas. El marco teórico no debe ser una compilación de definiciones doctrinales, jurisprudenciales o normativas. Quien investiga hace una descripción coherente en la perspectiva de las categorías o variables del problema.

Una propuesta de investigación incluye dos aspectos adicionales, a saber, justificación y consideraciones éticas. El primero es una evaluación de la relevancia teórica o práctica del problema en el respectivo campo de investigación, la cual no se satisface con un anecdotario individual sobre cómo surgió el interés de un tema o cuáles fueron los factores que estimularon el proceso de investigación. La justificación depende de las expectativas que origina la solución del problema en la respectiva disciplina. Una propuesta se justifica cuando sus resultados hacen una contribución al campo de conocimiento o cuando usa ciertos conocimientos para cambiar una situación determinada. El impacto cognoscitivo consiste en: i) aportar una solución no disponible en la comunidad académica; ii) fundamentar o refutar una teoría; iii) sistematizar un cuerpo de conocimientos; iv) hacer un balance, o v) responder a nuevos desafíos. El impacto práctico se relaciona con las decisiones que se toman o se deben tomar, pues facilita la intervención en la realidad o contribuye a la consecución de fines concretos, es decir, tiene “una incidencia apreciable en la

práctica” (Atienza, 1995, p. 223). La justificación depende del alcance que tiene la investigación frente a su objeto de estudio y consiste en plantear el aporte específico que hace la propuesta.

El segundo alude a un conjunto de principios que permiten establecer qué es correcto o incorrecto en prácticas de apropiación, producción o circulación del conocimiento, esto es, recoge las pautas de conducta sobre lo que se considera apropiado en la realización de un proceso investigativo. Una persona, al formular un proyecto, debe hacer una reflexión que condense los principios que orientarán su labor investigativa a fin de salvaguardar la integridad del proceso investigativo o la integridad de los participantes (Galeano Marín, 2018, p. 25). No siempre es suficiente con el compromiso individual; en algunos casos es necesario acudir al aval de los comités de ética de la investigación. En términos amplios, la evaluación de los aspectos éticos de la investigación incluye los siguientes elementos: fuentes documentales de información, participantes, financiación de la investigación, condiciones personales y consecuencias negativas que sean previsibles en los resultados de investigación. La idea es detectar, de manera anticipada, posibles conflictos con el propósito de adoptar medidas que prevengan daños o consecuencias negativas. No basta advertir las implicaciones, sino que es necesario redireccionar el proceso para evitar resultados éticamente desventajosos.

## CONCLUSIONES

Los presupuestos teóricos y metodológicos son relevantes en el momento de llevar a cabo una investigación dogmática. En la producción del conocimiento se necesita ser consciente de las implicaciones que tiene un modelo de investigación y elaborar justificaciones plausibles de su idoneidad, uso y alcance frente a un problema. La investigación dogmática obedece a presupuestos compartidos en la cultura jurídica, lo cual no excluye la incorporación de nuevos métodos que mejoren las condiciones de producción de los conocimientos jurídicos. Sin embargo, es indispensable llevar a cabo oportunas distinciones y adaptaciones. No cualquier método es aplicable a la investigación dogmática. En este caso, es necesaria una articulación con la naturaleza del conocimiento, los intereses epistémicos y las herramientas de investigación. Un modelo investigativo debe ser idóneo en relación con el tipo de problema y la naturaleza del conocimiento que se pretende producir. Cuando estas condiciones no se satisfacen, quien investiga va en contravía de las prácticas compartidas entre juristas y, en consecuencia, las iniciativas no son aceptables como propuestas de investigación. Los aspectos metadogmáticos deben tomarse seriamente en las investigaciones jurídicas que pretendan dar cuenta del contenido del derecho positivo.

Una propuesta de investigación puede construirse en dos fases consecutivas y dinámicas, a saber: idea y problema de investigación. La primera fase consiste en identificar un tema, el cual supone reconstruir un contexto, describir una situación problemática, plantear una pregunta,

formular una hipótesis, construir objetivos preliminares y diseñar una metodología. Estos elementos constituyen un presupuesto para confirmar o no la existencia de un problema de investigación. No solo representan la base para el rastreo de información, sino que marcan las coordenadas para explorar un campo de conocimiento. La segunda fase exige el rastreo de antecedentes y la construcción de un marco teórico. Una vez realizada la revisión exhaustiva de literatura es posible determinar si la idea expresa un problema cuya solución resulta necesaria en un campo de conocimiento y frente a una comunidad académica específica. Construido el problema es posible justificar su solución, analizar las implicaciones éticas y diseñar tanto el plan de trabajo como su ejecución. El seguimiento de reglas mínimas en el proceso investigativo permite estructurar de manera sistemática la solución de un problema de investigación y, además, cualifica las condiciones de producción y validación del conocimiento.

## REFERENCIAS

- Agudelo-Giraldo, O. A. (2018). El método jurídico: entre la ciencia legal y las ciencias auxiliares del derecho. En O. A. Agudelo-Giraldo (Ed.), *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra.
- Atienza, M. (1995). Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 3, 223-224. <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc571q6>
- Atienza, M. (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- Atienza, M. (2014). La dogmática jurídica como tecno-praxis. En A. Núñez (Coord.), *Modelando la ciencia jurídica* (pp. 115-159). Palestra.
- Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del derecho*. Palestra.
- Bulygin, E. (2007). Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre ¿Puede haber una teoría del derecho? de Joseph Raz. En J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin, *Una discusión sobre teoría del derecho* (pp. 99-110). Marcial Pons.
- Calsamiglia, A. (1990). *Introducción a la ciencia jurídica*. Ariel.
- Celis Vela, D. A. (2022). Interpretación jurídica ordinaria versus interpretación constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(2), 403-429. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.26.12>.
- Celis Vela, D. A. (2023). El análisis teórico del lenguaje jurídico. Un marco de presupuestos metodológicos para dar cuenta del derecho positivo. En A.M. Londoño Agudelo y J. Zapata Flórez (Eds.), *Pensar el derecho. Metodologías y elementos epistemológicos* (pp. 25-51). ILSA.

- Celis Vela, D.A. (2024). La investigación dogmática en el derecho: un análisis reconstructivo sobre el quehacer académico de los juristas. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 54(141). <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v54n141.a9>
- Chiassoni, P. (2020). *Ensayos de metajurisprudencia analítica*. Ediciones Olejnik.
- Comanducci, P. (2010). *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dunleavy, P. (2003). *Authoring a Ph.D. Thesis. How to Plan, Draft, Write and Finish a Doctoral Dissertation*. Palgrave Macmillan.
- Duque Quintero, S. P., González Sánchez, F. P., Cossio Acevedo, N. A. y Martínez Monsalve, S. M. (2018). *Investigación en el saber jurídico*. Editorial Universidad de Antioquia.
- Eco, U. (2000). *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Gedisa.
- Galeano Marín, M. E. (2018). *Estrategias de investigación social cualitativa. El giro en la mirada* (2ª ed.). Fondo Editorial FCSH de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. (J. Ferrer Beltrán, Trad.). Gedisa.
- Guibourg, R., Ghigliani, A. y Guarinoni, R. (2004). *Introducción al conocimiento científico*. Eudeba.
- Haba Müller, E. P. (2007). “Métodos” para la investigación jurídica: ¡Un cuentito más!”, primera parte. *Estudios de Derecho*, 64(144), 123-145. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.2528>
- Hernández, C.A., Ortega Chacón, P., Ortega Gómero, S. y Franco, J. F. (2015). *Metodología de la investigación jurídica*. Universidad Libre.
- Kaufmann, A. (1999). *Filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Lara Chagoyán, R. (2006). Argumentación jurídica e investigación en derecho. En C. Courtis (Comp.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 69-82). Trotta.
- Lista, C. A. y Begala, S. (2016). Reflexiones sobre las estrategias metodológicas de la sociología jurídica. En G. Lariguet (Comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*. Editorial Brujas.
- Lopes, J. R. de L. (2006). Reglas y Compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato. En C. Courtis (Comp.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 41-67). Trotta.
- López Escarcena, S. (2011). Para escribir una tesis jurídica: técnicas de investigación en Derecho. *Ius et Praxis*, 17(1), 231-246. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100010>.
- Mila Maldonado, F. L., Yáñez Yáñez, K. A. y Mantilla Salgado, J. D. (2021). Una aproximación a la metodología de la investigación jurídica. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 8(2), 81-96. <https://doi.org/10.5354/0719-5885.2021.60341>.

- Poggi, F. (2017). “La teoría general del derecho como análisis de los conceptos teóricos fundamentales del ordenamiento jurídico”. *Derecho y Sociedad*, 48, 145-161. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/18980>.
- Ramírez Giraldo, V. J. (2007). Argumentos dogmáticos y aplicación del derecho. *Estudios de Derecho*, 64(143), 45-66. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/2547>
- Sánchez Zorrilla, M. (2014). El marco teórico como herramienta conceptual de investigación científica aplicada a la investigación jurídica. *Revista telemática de filosofía del derecho*, 17, 83-109. <http://www.rtfed.es/numero17/04-17.pdf>
- Sarlo, O. (2003). Investigación jurídica: fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 19, 183-196. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i19.404>
- Uribe-Álvarez, R. (2016). ¿Epistemología sin filosofía? Un análisis crítico del discurso de “la” “metodología” en la investigación sociojurídica. En G. Lariguet (Comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas* (pp. 47-58). Editorial Brujas.
- White, P. (2009). *Developing Research Questions. A Guide for Social Sciences*. Palgrave Macmillan.
- Witker Velásquez, J. (2022). *Metodología de la investigación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.