

EDITORIAL
uninorte

EDICIÓN

65

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 65, enero-junio de 2026

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.65.519.547>

ISSN 2145-9355 (*on line*)

UNIVERSIDAD DEL NORTE

Adolfo Meisel Roca
RECTOR

Silvana Milena Insignares Cera
DECANA DIVISIÓN DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA
Y RELACIONES INTERNACIONALES

Juan Pablo Isaza Gutiérrez
EDITOR

Laura Pérez Arteta
ASISTENTE EDITORIAL

Wainy Gutiérrez Ardila
MONITOR DE LA REVISTA

COMITÉ EDITORIAL

Juan Ramón De Páramo Argüelles
UNIVERSIDAD CASTILLA LA MANCHA, ESPAÑA

Adriana Goulart de Sena Orsini
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, BRASIL

Diana Villegas Santiago
UNIVERSITÉ PARIS 2 PANTHÉON-ASSAS, FRANCIA

Julio Cabrera Dircio
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS, MÉXICO

Alberto Cerda Silva
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE

Mario Alberto Cajas Sarria
UNIVERSIDAD ICESI, COLOMBIA

Marcela Palacio Puerta
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS, COLOMBIA

COMITÉ CIENTÍFICO

Boris Fiegelist Venturelli
UNIVERSIDAD ANDRÉS BELLO, CHILE

Andrés Botero Bernal
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER, COLOMBIA

Yira López Castro
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, COLOMBIA

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, REINO UNIDO

Hans Lindahl
TILBURG UNIVERSITY, PAISES BAJOS

Yolanda Blasco Gil
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

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

Está incluida en:

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

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

EDITORIAL **uninorte**

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

Realización de
Editorial de la Universidad del Norte

Coordinación editorial
María Margarita Mendoza Medina
Mariela González Hawkins

Asistente Coordinación editorial
Fabian Buelvas Gonzalez

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 65, enero-junio de 2026
ISSN 2145-9355 (*on line*)

CONTENIDO/CONTENT

- vii EDITORIAL
**Transformaciones contemporáneas del derecho: garantías,
justicia y constitucionalismo en contextos de cambio**
Academic Events in the Dissemination and Creation of legal Knowledge
Juan Pablo Isaza Gutiérrez
Universidad del Norte
- 14 ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
**Enfoque funcional de las garantías mobiliarias: reserva
de dominio, retención y anticresis**
*A Functional Approach to Security Interests in Movable Property: Retention of Title,
Right of Retention, and Antichresis*
José Luis Zúñiga Ordóñez
Universidad del Cauca
- 36 **Transformaciones y desafíos del Procedimiento administrativo
especial de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado a
terceros: análisis de precedentes 2014-2018**
*Transformations and Challenges of the Special Administrative Procedure for the Extension
of Council of State Jurisprudence to Third Parties: A Precedent-Based Analysis (2014-2018)*
Diego Armando Yáñez Meza
Universidad Libre Seccional Cúcuta
Jesús David Reyes Granados
Universidad Libre Seccional Cúcuta
Aldis Nebai Becerra Garza
Universidad Libre Seccional Cúcuta

63 **Órbita geoestacionaria: patrimonio de la humanidad o soberanía nacional y estatal**

Geostationary Orbit: World Heritage or National and State Sovereignty

Leonel Antonio Vega Pérez

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC)

Thomas Felipe Palacino López

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC)

Juan Camilo Romero Piragua

Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC)

95 **Asistencia para morir en Colombia y España: un análisis ético y jurídico**

Assisted Dying in Colombia and Spain: An Ethical and Legal Analysis

Carlos Jesús Molina Ricaurte

Universidad Cooperativa de Colombia

124 **Barreras interseccionales en el acceso a la justicia y la reparación de las mujeres víctimas de violencia sexual**

Intersectional Barriers in Access to Justice and Reparation for Women Victims of Sexual Violence

Sara Victoria Rodríguez Morales

Universidad de Manizales

Martha Yaneth García Cuartas

Universidad de Manizales

Martha Lucía Gallego Betancourth

Dirección de Educación Policial

149 **El empleado provisional: naturaleza, evolución y desvinculación ilegal frente a la nulidad y el restablecimiento de derecho**

The Temporary Employee: Nature, Evolution, and Unlawful Termination versus Nullity and Reinstatement of Rights

Milton Duban Monsalve Mantilla

Universidad de Girona

Juan Felipe Pineda Ravelo

Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga

Diego Alain Navajas Barrera

Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga

174 **Participación en la Corte Constitucional de Colombia: reflexión desde el constitucionalismo transformador**

Participation in the Constitutional Court of Colombia: Reflections from Transformative Constitutionalism

Santiago Javier Escandón Delgado

Universidad Mariana

Daniel Laureano Noguera Santander

Universidad Mariana

196..... **Justicia y discapacidad en clave de política pública**

Justice and Disability from a Public Policy Perspective

Jainor Avellaneda-Vásquez

Universidad Católica Sedes Sapientiae

Valeria Alesy Bejarano-Cuadro

Universidad Católica Sedes Sapientiae

Tatiana Liseth Pérez-Sánchez

Universidad Católica Sedes Sapientiae

218..... **Estudio de la póliza de cumplimiento como mecanismo de protección de los derechos del trabajo en esquemas de tercerización e intermediación en Colombia**

Study of the Performance Bond Insurance Policy as a Mechanism for the Protection of Labor Rights in Outsourcing and Labor Intermediation Schemes in Colombia

Luisa Fernanda Rodríguez Rodríguez

Universidad Externado de Colombia

246..... **Desafíos y riesgos de la interferencia del derecho internacional en definición del concepto de violencia sexual en Colombia**

Challenges and Risks of the Interference of International Law in the Definition of the Concept of Sexual Violence in Colombia

Carlos Alberto Jiménez Cabarcas

Universidad Libre Seccional Barranquilla

269..... **Defense of Subjects of Special Protection from Theoretical Perspectives of Dialogical Scope**

Defensa de los sujetos de especial protección desde perspectivas teóricas de alcance dialógico

Patricia Raquel Morris Bolaño

Universidad Libre Seccional Barranquilla

Oona Isabel Hernández Palma

Universidad Libre Seccional Barranquilla

**Transformaciones contemporáneas
del derecho: garantías,
justicia y constitucionalismo
en contextos de cambio**

*Contemporary Transformations in Law: Guarantees,
Justice, and Constitutionalism in Times of Change*

JUAN PABLO ISAZA GUTIÉRREZ

Abogado de la Universidad del Norte. Doctor en Derecho de la Universidad Castilla-La Mancha. Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte.

jisaza@uninorte.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-7904-355>

Desde su creación, la *Revista de Derecho - Universidad del Norte* ha sostenido una línea editorial orientada a una comprensión crítica y reflexiva del derecho, comprometida con la efectividad de los derechos fundamentales, la justicia material y el control racional del poder. Esta vocación se ha manifestado de manera constante en la atención a los problemas centrales del constitucionalismo contemporáneo, la función judicial, la argumentación jurídica, la racionalidad de las decisiones públicas y las condiciones reales de acceso a la justicia en contextos atravesados por profundas desigualdades sociales, pluralismo moral, transformaciones tecnológicas y reconfiguraciones institucionales. En este número se inscribe plenamente en esa trayectoria y la proyecta hacia nuevos escenarios de cambio estructural.

El derecho contemporáneo atraviesa un proceso de transformación profunda que interpela no solo sus categorías dogmáticas tradicionales, sino también sus métodos, lenguajes, instituciones y formas de legitimación. Estas transformaciones no pueden entenderse como simples ajustes normativos o reformas sectoriales, sino como una reconfiguración estructural del modo en que el derecho responde a realidades sociales, económicas, tecnológicas y éticas cada vez más complejas. En los Estados constitucionales actuales, la cuestión central ya no se limita a determinar qué normas son válidas desde un punto de vista formal, sino a examinar cómo se aplican, con qué criterios de racionalidad, con qué cargas argumentativas y con qué impactos materiales sobre los derechos, la dignidad y las condiciones de vida de las personas (Ferrajoli, 2011; Barak, 2021).

Desde esta perspectiva, el constitucionalismo contemporáneo no puede ser concebido como una mera arquitectura formal del poder ni como un conjunto estático de principios abstractos. Por el contrario, se presenta como una práctica institucional dinámica, en la que confluyen decisiones jurídicas, disputas interpretativas, conflictos sociales y exigencias de justificación pública. La legitimidad del derecho depende, cada vez más, de su capacidad para ofrecer razones públicas controlables, de su apertura al escrutinio crítico y de su orientación efectiva hacia la justicia material (Alexy, 2002; Atienza, 2017). Este desplazamiento desde una concepción formalista hacia una concepción práctica y argumentativa del derecho constituye uno de los ejes conceptuales que atraviesa este número de la *Revista de Derecho*.

En coherencia con su línea editorial histórica, este número asume una concepción del derecho como práctica argumentativa y deliberativa, situada en contextos sociales concretos y atravesada por decisiones morales y políticas que deben ser justificadas públicamente. Los artículos aquí reunidos dialogan con una tradición teórica que concibe el derecho no solo como un sistema normativo, sino como una práctica institucional orientada a la realización de valores constitucionales, en la que la racionalidad jurídica, la argumentación y el control del poder ocupan un lugar central (Alexy, 2002; Atienza, 2017; Dworkin, 1986).

Un primer eje estructurante de este número es la transformación funcional de las garantías jurídicas. En el derecho privado, comercial y laboral contemporáneo se observa una tendencia clara a superar enfoques estrictamente categoriales y dogmáticos para analizar las garantías desde su función económica, social y constitucional. El estudio sobre el enfoque funcional de las garantías mobiliarias, a partir de la Ley 1676 de 2013, muestra cómo figuras tradicionales como la reserva de dominio, la retención o la anticresis son reinterpretadas a la luz de su finalidad económica, su impacto en el acceso al crédito y su contribución a la seguridad jurídica del tráfico. Esta lectura funcional se inscribe en una tendencia comparada que vincula estrechamente los sistemas de garantías con el desarrollo económico, la inclusión financiera y la protección efectiva de los derechos patrimoniales (World Bank Group, 2019; De Soto, 2000).

Desde una perspectiva constitucionalizada del derecho privado, estas transformaciones ponen de relieve que las instituciones patrimoniales no son neutrales frente a la justicia material. Por el contrario, su diseño normativo y su interpretación judicial inciden directamente en la distribución de riesgos, oportunidades y cargas dentro de la sociedad. El análisis funcional de las garantías permite, así, visibilizar las dimensiones sociales y constitucionales de instituciones tradicionalmente consideradas técnicas o neutrales, reforzando la idea de que el derecho privado también está atravesado por principios de igualdad, dignidad y protección de los más vulnerables.

Este desplazamiento funcional se proyecta de manera particularmente relevante sobre el ámbito laboral. Los artículos dedicados a la protección de los derechos laborales mediante la póliza de cumplimiento y al análisis de la figura del empleado provisional evidencian un tránsito desde modelos de protección meramente formales hacia enfoques orientados a la efectividad material de los derechos de los trabajadores. En un contexto marcado por nuevas formas de organización del trabajo, precarización laboral y fragmentación de las relaciones contractuales, el derecho laboral enfrenta el desafío de garantizar condiciones de trabajo decente más allá del cumplimiento formal de obligaciones jurídicas (International Labour Organization, 2021; Supiot, 2019).

La ampliación del repertorio de garantías laborales pone de relieve un desplazamiento conceptual importante: las garantías ya no se conciben únicamente como mecanismos reactivos frente al incumplimiento, sino como instrumentos preventivos y estructurales orientados a reducir riesgos, corregir asimetrías y asegurar la efectividad de los derechos en contextos de vulnerabilidad. Este enfoque resulta coherente con una comprensión del derecho del trabajo como un derecho de protección, estrechamente vinculado a la justicia social y a la dignidad humana.

La transformación de las garantías se conecta, además, con una concepción ampliada de la justicia que no se agota en el proceso judicial tradicional. La experiencia colombiana ha puesto de relieve las limitaciones de modelos excesivamente formalistas de resolución de conflictos y

la necesidad de incorporar enfoques orientados a la dimensión relacional y transformativa de los conflictos. En esta línea, investigaciones previas han mostrado que la conciliación y la mediación, concebidas desde un enfoque transformativo, contribuyen de manera significativa al acceso efectivo a la justicia, a la humanización de las relaciones jurídicas y a la construcción de soluciones sostenibles (Isaza Gutiérrez et al., 2018).

Un segundo eje fundamental este número se refiere a la reconfiguración del acceso a la justicia y del rol de los jueces en los sistemas jurídicos contemporáneos. El fortalecimiento del precedente, la expansión de los efectos de las decisiones judiciales y el desarrollo de mecanismos como el procedimiento administrativo especial de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado han transformado profundamente la función judicial. En este escenario, el juez deja de ser un mero aplicador mecánico de la norma para convertirse en un actor institucional con capacidad transformadora, capaz de incidir en la configuración de políticas públicas, en la definición de derechos y en la corrección de fallas estructurales del sistema jurídico (Dworkin, 1986; Barak, 2021).

Este protagonismo judicial plantea, sin embargo, tensiones persistentes entre igualdad, seguridad jurídica, democracia y separación de poderes. La *Revista de Derecho* ha insistido de manera reiterada en que el potencial transformador del constitucionalismo judicial debe ir acompañado de estándares exigentes de racionalidad, argumentación y autocontención institucional, so pena de erosionar su legitimidad democrática. En esta línea se inscriben los artículos que analizan la participación en la Corte Constitucional desde el constitucionalismo transformador y los criterios de racionalidad en la aplicación del derecho.

La exigencia de racionalidad no se limita a la producción normativa, sino que se proyecta con especial intensidad sobre las decisiones judiciales, particularmente aquellas relacionadas con la aplicación de los derechos fundamentales. Investigaciones recientes han puesto de relieve la necesidad de controlar la discrecionalidad judicial mediante criterios evaluables de razonabilidad y argumentación, con el fin de prevenir riesgos de arbitrariedad y garantizar un equilibrio entre justicia material, dignidad humana y seguridad jurídica (Morris Bolaño e Isaza Gutiérrez, 2022).

En continuidad con esta preocupación, la propuesta de los mínimos argumentales como criterios racionales para evaluar decisiones judiciales constituye una contribución relevante al debate contemporáneo. Estos mínimos permiten delimitar parámetros evaluables de razonabilidad, reforzar la sujeción del juez al derecho y a la Constitución y ofrecer herramientas concretas para el control democrático del poder jurisdiccional (Isaza Gutiérrez y Güette Hernández, 2023). De este modo, la argumentación jurídica se consolida como un componente central de la racionalidad práctica del derecho.

Un tercer eje transversal de este número se centra en los derechos fundamentales en contextos de vulnerabilidad e interseccionalidad. Los artículos dedicados a las barreras interseccionales en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual, a la redefinición jurídica de la violencia sexual en Colombia, a la discapacidad y a la defensa de sujetos de especial protección evidencian un desplazamiento desde concepciones formales de igualdad hacia enfoques sustantivos y contextuales. Estos trabajos parten del reconocimiento de que las desigualdades no operan de manera aislada, sino que se entrecruzan y refuerzan mutuamente, generando formas complejas de exclusión que el derecho no puede ignorar (Crenshaw, 2020; Fredman, 2016).

Desde esta perspectiva, la interseccionalidad se consolida como una herramienta analítica indispensable para comprender el impacto diferenciado de las normas y de las decisiones judiciales sobre distintos grupos sociales. La incorporación de este enfoque en el análisis jurídico se alinea con desarrollos contemporáneos del derecho internacional de los derechos humanos y con estándares interpretativos que exigen a los Estados adoptar políticas públicas y decisiones judiciales sensibles a contextos estructurales de discriminación, particularmente en materia de violencia basada en género y discapacidad.

Estas reflexiones se proyectan también en el análisis de los derechos de la infancia. La transición del niño como objeto de protección al niño como sujeto de derechos, aunque normativamente consagrada, sigue siendo un proceso inacabado, condicionado por inercias tutelares y concepciones minoristas profundamente arraigadas en el derecho. Este diagnóstico exige repensar las categorías jurídicas tradicionales y adoptar enfoques que reconozcan la autonomía progresiva de los niños como actores jurídicos y sociales (Tobón Berrío e Isaza Gutiérrez, 2021; 2024).

Finalmente, este número aborda nuevos dilemas éticos, tecnológicos y globales del derecho, que desafían categorías jurídicas clásicas como la vida, la soberanía y el territorio. El análisis comparado sobre la asistencia para morir en Colombia y España pone de relieve la complejidad de articular autonomía personal, dignidad humana y protección de la vida en sociedades pluralistas, debate central en la jurisprudencia constitucional y supranacional contemporánea (European Court of Human Rights, 2021).

De manera complementaria, la reflexión sobre la órbita geoestacionaria evidencia los límites del derecho internacional clásico frente a la expansión de actividades en el espacio ultraterrestre y la necesidad de marcos normativos cooperativos orientados al interés común de la humanidad. En un escenario de creciente competencia geopolítica y explotación tecnológica del espacio, el derecho internacional se ve obligado a repensar sus principios tradicionales y a reforzar mecanismos de gobernanza global (United Nations Office for Outer Space Affairs, 2023).

En conjunto, los artículos que integran este número permiten reafirmar una convicción que ha atravesado históricamente la *Revista de Derecho - Universidad del Norte*: el derecho es una práctica institucional dinámica, atravesada por conflictos sociales, disputas interpretativas y decisiones que deben ser sometidas a escrutinio racional. Las garantías se redefinen funcionalmente, la justicia se expande más allá del proceso judicial tradicional y el constitucionalismo asume una vocación transformadora que exige responsabilidad argumentativa, sensibilidad frente a contextos de desigualdad y apertura a los desafíos éticos y tecnológicos del presente.

Con este número, la *Revista de Derecho* reafirma su identidad editorial y su compromiso con una reflexión jurídica crítica, rigurosa y abierta a la interdisciplinariedad. En un mundo marcado por la incertidumbre y la aceleración del cambio, el derecho conserva su potencial como herramienta de justicia y de dignidad humana, siempre que asuma el desafío de repensar sus categorías, métodos e instituciones sin renunciar a los principios que sustentan el Estado constitucional de derecho.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2002). *A theory of constitutional rights*. Oxford University Press.
- Atienza, M. (2017). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- Barak, A. (2021). *The judge in a democracy* (2ª ed.). Princeton University Press.
- Crenshaw, K. (2020). *On intersectionality: Essential writings*. The New Press.
- De Soto, H. (2000). *The mystery of capital*. Basic Books.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Harvard University Press.
- European Court of Human Rights. (2021). *Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights*. <https://www.echr.coe.int>
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. 1. Trotta.
- Fredman, S. (2016). *Discrimination law* (2ª ed.). Oxford University Press.
- International Labour Organization. (2021). *Ensuring decent working global supply chains*. <https://www.ilo.org>
- Isaza Gutiérrez, J. P., Murgas Serje, K. y Oñate Olivella, M. E. (2018). Aplicación del modelo transformativo de mediación en la conciliación extrajudicial de Colombia. *Revista de Paz y Conflictos*, 11(1), 135-158. <https://doi.org/10.30827/revpaz.v11i1.6234>
- Isaza Gutiérrez, J. P. y Güette Hernández, D. M. (2023). Los mínimos argumentales como criterios racionales para evaluar decisiones judiciales. *Novum Jus*, 17(3), 17-42. <https://doi.org/10.14718/Novum-Jus.2023.17.3.1>

Morris Bolaño, P. R. e Isaza Gutiérrez, J. P. (2022). Criterios de racionalidad en la aplicación del derecho. *Revista de Derecho*, 58, 53-79. <https://doi.org/10.14482/dere.58.321.897>

Supiot, A. (2019). *Governance by numbers*. Hart Publishing.

Tobón Berrío, L. E. e Isaza Gutiérrez, J. P. (2021). Tensiones en el marco ideológico de la construcción de los derechos de los niños en la Convención de 1989. *Revista Jurídicas*, 18(1), 109-120. <https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.7>

Tobón Berrío, L. E. e Isaza Gutiérrez, J. P. (2024). Debates en la teorización de los derechos de la infancia desde el enfoque de los derechos humanos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 28(1), 77-98. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.28.03>

United Nations Office for Outer Space Affairs. (2023). *Status of international agreements relating to activities in outer space*. <https://www.unoosa.org>

World Bank Group. (2019). *Secured transactions systems and collateral registries*. World Bank.



**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.65.857.965>

Enfoque funcional de las garantías mobiliarias: reserva de dominio, retención y anticresis


*A Functional Approach to Security Interests
in Movable Property: Retention of Title,
Right of Retention, and Antichresis*

JOSÉ LUIS ZÚÑIGA ORDÓÑEZ

Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de San Buenaventura y Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho y doctor en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Docente de planta y miembro del Grupo de Investigación Derecho Privado y Globalización de la Universidad del Cauca.

josezuniga@unicauca.edu.co

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.65.958.546>



Resumen

El modelo de garantías mobiliarias, adoptado en Colombia por la Ley 1676 de 2013, se basa en un enfoque funcional, el cual significa modificaciones a la concepción principalmente del contrato de prenda. En ese orden de ideas, el nuevo enfoque transforma el instituto prendario, lo cual representa una mejor protección al crédito como eje fundamental de la economía, y derriba paradigmas históricos que debilitaron su aplicación práctica en el tráfico. La citada Ley de manera unitaria abarcó, entre otras formas y acuerdos de garantía sobre bienes y activos muebles, el derecho de retención, el pacto de reserva de dominio y anticresis, instituciones que, desde luego, se vieron modificadas jurídicamente en favor de su función misma de ser garantías del crédito.

PALABRAS CLAVE

Garantías mobiliarias, derecho de retención, pacto de reserva de dominio, anticresis.

Abstract

The model of movable guarantees, adopted in Colombia under Law 1676 of 2013, is based on a functional approach to guarantees, leading to significant modifications in the traditional understanding of pledge contracts. This new perspective transforms the pledge as an institution, offering enhanced protection for credit, a fundamental pillar of the economy, while dismantling historical paradigms that weakened its practical application. The aforementioned law comprehensively encompasses various forms and mechanisms of guarantees related to movable goods and assets, including the right of retention, the pact of reserve of domain, and antichresis. Consequently, these institutions have been legally modified to better serve their primary function as credit guarantees.

KEYWORDS

Movable guarantees, right of retention, pact of reserve of domain, antichresis.

INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento de la Ley 1676 de 2013 al ordenamiento jurídico colombiano se introduce el modelo de garantías mobiliarias, el cual se fundamenta en un enfoque funcional, distinto al enfoque formal de la prenda. En ese orden de ideas, el nuevo modelo cubrirá cualquier acuerdo, negocio o contrato que tenga la finalidad de ser garantía de un crédito, en la medida que su objeto sea un activo mueble.

De manera concreta se ha elegido como puntos de estudio el derecho de retención, el pacto de reserva de dominio y el contrato de anticresis, dado que de manera textual la Ley los menciona en su cuerpo normativo y por su importancia en el ordenamiento jurídico. Los tres institutos tienen regulación, aunque de tipo residual, en lo atinente al derecho de retención, lo que significará definitivamente modificaciones al *statu quo* jurídico en que se uniformaban. Así entonces, se analizaron sus alcances a la luz de la normatividad ya vigente con el nuevo modelo, con lo cual se pudo evidenciar que, en cuanto al derecho de retención, le dio alternativas de constitución y, especialmente, una ejecución que antes no tenía. Al pacto de reserva de dominio le representa facultades de realización, con una adecuada estipulación, en ejercicio de la autonomía privada. En el contrato de anticresis, como garantía mobiliaria, se pudo identificar que su énfasis sería comercial y que en una ampliación en las cosas y derechos que sean su objeto, le favorecen como una herramienta que podría revitalizarse en la actualidad y de cara a un abanico siempre abierto para los negocios. Se realiza un método de estudio correlacional y comparativo de las normas vigentes y en el derecho comparado. No puede olvidarse que las garantías mobiliarias son un instituto presente en la plataforma de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), al lado de la compraventa internacional de mercaderías, arbitraje internacional, entre otros, lo cual significa su relevancia en el comercio transnacional.

La metodología utilizada fue la del estudio correlacional, en el sentido de que se hace un análisis de instituciones jurídicas ya existentes, sus alcances, ontología y se las compara con un nuevo modelo normativo que justamente presenta cambios sustanciales para el ordenamiento jurídico, constituyendo un antes y un después.

ENFOQUE FUNCIONAL DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS (LEY 1676 DE 2013)

Cuando se aborda el estudio de las garantías, sean estas reales o personales, indudablemente se tiene como punto de referencia otra institución con la cual ha estado íntimamente relacionada, esto es, el crédito. Este instituto es base fundamental del comercio, y como tal debe ser protegido por el derecho, lo que se evidencia en las disposiciones del derecho comercial (Velásquez,

1998). Por citar algunos ejemplos, la presunción de solidaridad pasiva del artículo 825 del Código de Comercio y la institución misma de los títulos-valores, especialmente en presunciones y deducciones legales favorables al acreedor, como las que se encuentran en los artículos 622, 632, 634 inciso segundo y, cómo no, el carácter autónomo de la obligación cambiaria. “La tutela del crédito, la protección de los terceros, la certeza y seguridad que deben mostrar sus instrumentos (..) hacen que el derecho cambiario tenga una proyección social, se dirija a toda la comunidad y afecte el orden público en general” (Ravassa, 2001, p.151).

Un crédito garantizado, sin duda, es de mejor raigambre que uno sin garantía. “La eficiencia del mercado del crédito bascula sin duda en la tutela del crédito, tutela preferencial, rígida, segura de aquellas obligaciones con garantía” (Veiga, 2017b, p. 35). Si se trata de garantías reales, estas pueden incluso disminuir el coste de acceso a capital en empréstito, ya que el acreedor quedaría relevado de monitorear las actividades del deudor (Picker, 1992). El valor del bien objeto de una garantía debe mantenerse, ya que una rápida depreciación podría detonar acciones de aceleración o anticipación del pago que se hayan estipulado, o en el caso de una hipoteca, el legislador mismo ordena su mejoramiento (Código Civil, art. 2451). Una garantía sobre un bien productivo, por ejemplo, requeriría de un mayor monitoreo, por cuestiones del riesgo de actividad. No obstante, la constitución de la garantía conlleva que dicho monitoreo sea menos costoso, como efectivo, ya que se centra en único objeto, no en la empresa del deudor (Scott, 1997). La relación crédito- garantía es causal, porque es la razón de su existencia, también retributiva, porque lo mejora, lo cualifica, es un factor de contundencia cualitativa y cuantitativa económica y jurídicamente.

En ese orden de ideas, por principio, las normas que rigen la garantía deberían tener como función la protección del crédito, su robustecimiento, seguridad y dinamismo. En tal cometido, en cuestión de activos mobiliarios o no inmuebles, históricamente la alternativa jurídica ha sido el contrato de prenda, que como el de hipoteca, aplicable a bienes raíces, ha gozado de la categoría de ser un derecho real.

La dinámica de regulación y de la función jurídica de la institución contractual de la prenda en un primer estadio, o primera generación, elevó “la desposesión efectiva del deudor a rango esencial” (De Cores 2010, p. 54) como tal, así se consagra en el artículo 2411 del Código Civil. La entrega del bien mueble del constituyente deudor o tercero al acreedor es su eje fundamental (Garcés, 2015). En la clasificación que hace el estatuto civil de los contratos, según su perfeccionamiento, denomina como contratos reales a aquellos que la entrega de la cosa que constituye su objeto es presupuesto de su perfeccionamiento o constitución jurídica. Sin embargo, dicha entrega, como elemento objetivo alejado de una manifestación de voluntad que sea su génesis, fue una consideración que entró en crisis; incluso se entendió como un obstáculo, una rémora

para los alcances de un negocio prendario claramente acordado con otras expresiones volitivas que, a todas luces, conllevan a su celebración efectiva. Voces como la de Jordano (1958) se manifestaron en pro de su replanteamiento definitivo en el sentido de que la entrega sin un elemento volitivo resultaba inútil.

Antes de la introducción del modelo de garantías mobiliarias, como lo hemos sostenido, las normas que históricamente rigieron la institución de la prenda, que surgió del derecho romano, se han sustentado en un enfoque formal; en los primeros estadios de la prenda, la entrega de la cosa mueble era un presupuesto esencial, al punto que el Código Civil establece en el artículo 2411 una categoría en la clasificación de los contratos, distinguiéndolos como contratos reales. La entrega del bien mueble del constituyente deudor o tercero al acreedor es su eje fundamental (Garcés, 2015). Dicho enfoque formal requiere la existencia del bien mueble, que constituye su objeto, aunado al desplazamiento hacia el acreedor. La especialidad, como principio, requiere que, al momento de la celebración del contrato, se dé la identificación del bien pignorado y cumplimiento de requisitos ordenados en la legislación, so pena de algún tipo de ineficacia.

Con la evolución y la complejidad de los negocios en una sociedad en que el Estado daba aplicación a una economía de mercado, quienes acudían al crédito empresarial sufrían la carga de tener que entregar al acreedor bienes productivos, que al desposeerlos perdían gran parte de su valor y utilidad, lo cual afectaba de contera, la posibilidad de recuperar el capital colocado por el acreedor, lo cual generaba un bucle nocivo para la relación jurídico-económica de acreedor y deudor. En consecuencia, plantear la posibilidad de un gravamen prendario o pignoraticio sobre un bien mueble productivo que el deudor conserve, constituía una necesidad que a gritos pedía una regulación, una respuesta desde el derecho positivo.

León (2009, p. 470) manifiesta que las instituciones comerciales modernas y la agilidad del comercio generaron la necesidad de constituir garantías sobre bienes muebles que puedan producir frutos, sin que sufrieran la desposesión del deudor, tales como establecimientos de comercio, maquinaria, entre otros. En Perú, país que ha acogido en su ordenamiento jurídico el Modelo Interamericano de Garantías Mobiliarias de la OEA, por medio de la Ley 28677 de 2006, se planteaba la misma discusión, en el sentido de la precariedad normativa de la prenda, lo cual llevaba no pocas veces a los actores de la relación crediticia a acudir a “garantías ocultas” (Regjo, 2005), que, desde luego, navegaban en una informalidad legislativa, aunque se fundaran en el principio de la autonomía privada, sin embargo, su ejecución se veía en dificultades, dado el formalismo de las normas procesales, que son de orden público.

En una economía de mercado, con agentes de diversas latitudes, donde la circulación de capitales, de bienes y servicios requieren de fuentes diversas de capital para inversión, las garantías

al crédito cumplen un rol esencial en el desarrollo económico. Sin embargo, las legislaciones nacionales resultan diversas, pues la promulgación normativa es manifestación de soberanía¹, situación que para CNUDMI representa ciertas dificultades. “El mayor problema que plantean a nivel mundial las leyes relativas a las operaciones garantizadas, es la multiplicidad de regímenes y las lagunas e incongruencias a que da lugar”².

Bajo las anteriores condiciones, las instituciones de garantía existentes, que históricamente estaban a disposición de las personas, han sido la hipoteca y la prenda, que, a la postre, resultaron insuficientes a los requerimientos del tráfico, dada su fuente original napoleónica, que parece dejar su posición, cediéndosela a otra “visión inspirada en el derecho alemán y del ‘common law’” (De Cores, 2007, p. 72).

A mediados del siglo XVIII y principios del XIX existían los sistemas administrativos de registro inmobiliario, que podían adaptarse a las nuevas garantías prendarias sin desplazamiento, que empezaron a desarrollarse al margen de los códigos civiles a partir de la segunda mitad del siglo XIX en América Latina.

En el caso colombiano, la Ley 24 de 1921 introdujo la figura de la Prenda Agraria, que permitió que bienes muebles tales como maquinaria, cultivos o animales fueren pignorados sin que el deudor perdiera la tenencia de estos; luego, con el Decreto 553 de 1932, se incluyó el contrato de prenda industrial, que en el mismo sentido permitía la pignoración de activos muebles relacionados con la actividad industrial, conservando el deudor la tenencia de aquellos. Estas garantías, previas a la expedición del Código de Comercio que con su entrada en vigencia las absorbió legalmente. El Código de Comercio Decreto 410 de 1971, incorporó una prenda con tenencia, similar a la tradicional del Código Civil, pero de carácter consensual, es decir, la entrega no será requisito constitutivo o esencial. Más la verdadera novedad del estatuto mercantil fue la institución de la prenda sin desplazamiento o sin tenencia, con un objeto determinado, traducido en aquellos bienes muebles necesarios para una explotación económica, destinados a ella o que sean su resultado consecuencial. Abarcando las prendas agrarias y mineras antes citadas³, pero

1 “El fenómeno de la globalización y la apertura e intensificación del comercio internacional resultan en un cambio de los modos de comportamiento de los diferentes pueblos que nos rodean. Los modos de producción, mercadeo y comercialización de bienes y servicios, y los movimientos de capital se adelantan ya no bajo la antigua concepción de un mercado local, sino bajo la concepción de un mercado global” (Rodríguez, 2009, p. 94).

2 Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Garantías Mobiliarias 2016. https://uncitral.un.org/es/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions

3 Pérez Vives (1999, pp. 313 a 374) desarrolla de manera suficiente las prendas sin desplazamiento, agraria, industrial y minera.

creemos que, se pudo haberle concedido un mayor alcance y eficacia a este contrato, con un objeto más amplio, superando la estricta naturaleza mobiliaria del activo a pignorar sin importar su carácter y destinación económico o industrial.

A pesar del avance que significó la regulación de la prenda sin tenencia, que puede considerarse de segunda generación (Cores, 2010), esta seguía fundándose en el principio de especialidad, en el sentido de que el legislador continuaba usando la acepción “bien mueble”, el cual requiere identificación o individualización, lo que en la práctica de negocios más complejos o, incluso, situaciones fácticas más complejas que implicasen un ejercicio de una garantía, significaron una limitación en su objeto. El enfoque formal a que hacemos referencia encasilla la prenda como contrato y como derecho real, como el c. inc. 2º aso colombiano (Código Civil, art. 665, inc. 2º y art. 2409), en otras latitudes, como ocurre en el Código Civil catalán, ubica la prenda entre los derechos reales; el BGB alemán define las garantías como derechos reales limitados; en Perú, antes de la entrada del régimen interamericano de garantías mobiliarias, la prenda era considerada como contrato y pasó a ser clasificada como derecho real a partir del Código Civil de 1936 (Jerez, 2017, p. 35).

El parámetro conceptual de las garantías mobiliarias de tercera generación, que se incluyó en varios ordenamientos jurídicos de cuño romano continental, como el chileno, argentino, uruguayo, español, entre otros, se basa en un enfoque funcional, es decir, la identidad del instituto no la contiene su definición jurídica, sino la función que cumple, la cual no es otra que la de garantizar una obligación que requiere ser caucionada por su monto y riesgo concomitante; como tal, no interesa si la garantía mobiliaria es un contrato o un derecho real, sino que esté dotada de una eficaz ejecución en caso de incumplimiento. “La garantía mobiliaria es un derecho de preferencia para el cobro, a favor de un acreedor, sobre bien, determinado o determinable” (Jerez, 2017, p. 36). Como el verdadero núcleo de la garantía no es su encuadramiento legislativo, en esta regulación puede encasillarse cualquier negocio de garantía, sea fideicomiso, *leasing*, o aquellos basados en la propiedad, como las ventas con pacto de reserva de dominio, o garantías globales o flotantes.

Este enfoque, que se encuentra en desarrollo, permite una ampliación aún más extensa de la que una prenda comercial puede otorgar, esto es, el de las cosas muebles corporales o incorporeales que estén en el comercio como objetos susceptibles de pignoración. Permitiendo numerosas posibilidades de negocios de garantía con diversos objetos, con la sola limitante de que no sean inmuebles y, claro, la prohibición emanada de las normas imperativas, incluyéndose en un acuerdo de garantía los derechos a los que las partes concedan un contenido económico. La autonomía privada puede configurar los derechos y objetos de garantía, “que también han

proyectado su sombra y cobijo frente a otros activos igualmente inmateriales o incorporales, por ejemplo: derechos audiovisuales” (Veiga, 2017, pp. 167-168).

El enfoque funcional de la garantía mobiliaria destaca la prelación que se le concede al acreedor, respecto de los potenciales acreedores del deudor, alejándose de los derroteros formales de los modelos napoleónicos que, como se ha dicho, han inspirado los códigos civiles iberoamericanos, en los cuales existe “la valla de la tipicidad rígida, basada en la idea de la causa” (De Cores, 2010, p. 68). El instituto de garantía permite la realización de un negocio abstracto, lo que se deduce claramente del inciso segundo del artículo 3º de la Ley 1676 de 2013, al establecer que “independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante”. Tal abstracción es una plataforma para la autonomía privada, una suerte de *numerus apertus* de negocios de garantía; los móviles que llevan a la realización del contrato o negocio de garantía son irrelevantes ante una causa socioeconómica abstracta que se alinea al aporte que económicamente la garantía del crédito pueda contribuir al desarrollo de los países. “La función económico-social que caracteriza el tipo de negocio como acto de autonomía privada (típica en este sentido) y determina su contenido mínimo necesario” (Betti, 2000, p. 163).

Desde la fuente misma de la Ley 1676 de 2013 hacemos referencia a la Ley Modelo Interamericana concebida en la Sexta Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI) de 8 de febrero de 2002; a pesar de que establece que las garantías mobiliarias pueden constituirse mediante contrato, contempla una posibilidad que va más allá de esta institución: nos referimos al concepto de operación jurídica, en la medida que tenga la función de garantía de alguna obligación. Es decir, contempla los casos en que la forma contractual determinada no sea suficiente para concretar los intereses perseguidos por las partes; como tal, el acuerdo de garantía puede contener aspectos complejos no tipificados de manera precisa en el ordenamiento bajo un manto contractual determinado. “Así, más allá del tipo actúa la operación económica, esto es, la concreta regulación del auto reglamento de los intereses privados” (Gabrielli, 2017, p. 8).

En un escenario de negocios más complejo se pueden expresar manifestaciones de voluntad y disposición de intereses patrimoniales de gran valor, donde el riesgo es un factor que no deja de estar presente, el cual debe conjurarse o prever las consecuencias de futuros incumplimientos; como tal, la garantía debe ser dúctil, simplificada y segura; este último aspecto tiene que ver con su ejecución. Ante esta situación que se plantea, la prenda o la hipoteca se quedan cortas, por factores formales, iliquidez de los activos inmobiliarias y limitaciones legales en la regulación de la prenda. Entonces, el modelo de garantía mobiliaria simplifica su constitución a acuerdos ajustados a los montos máximos, el objeto de la garantía y la identificación de las partes, pero sin

que la determinación y demás parámetros formales le resten eficacia a la operación. “La noción de operación económica, como categoría conceptual, identifica una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí el reglamento, todos los comportamientos que con él se vinculan para la consecución de los resultados queridos” (Gabrielli, 2017, p. 7). Un acuerdo complejo de garantías que incluya derechos económicos de negocios empresariales en desarrollo, flujos de caja futuros y rendimientos esperados, por supuesto, pueden gravarse, pero bajo el manto de la garantía mobiliaria, por su misión omnicompreensiva. Un ejemplo de este tipo de acuerdos mercantiles complejos es el Project Finance, que se basa fundamentalmente en los flujos de caja de un proyecto de inversión, el cual es la garantía para los inversores⁴.

LA AUTOEJECUCIÓN: HERRAMIENTA FUNDAMENTAL DEL ENFOQUE FUNCIONAL DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

La garantía real tiene dos fases: la estática y la dinámica (Rubino, 1952). La primera blindo el bien gravado de las contingencias que puedan malograr la satisfacción del acreedor; la segunda se refiere a los medios legales que el acreedor tiene a su disposición para forzosamente, si es del caso, obtener el pago de su acreencia.

Uno de los pilares de la institución de la garantía mobiliaria es la auto ejecución, o autorregulación, que se fundamenta en el principio de la autonomía privada, lo que se puede colegir de los siguientes documentos trasnacionales:

La Ley Modelo Interamericana Sobre Garantías Mobiliarias, de la que hemos hecho referencia, y que es la fuente directa de la Ley 1676 de 2013, establece en su introducción que uno de sus objetivos es procurar celeridad en los procesos de ejecución de la garantía misma, evitando pérdidas innecesarias y brindando garantías razonables al deudor garante”.

El National Law Center for Inter-American Free Trade (NatLaw) desarrolló *Los doce principios para las Garantías Mobiliarias en las Américas año 2006*. En el principio 10 manifiesta el concepto de la auto ejecución o auto regulación, que consideramos uno de los ejes del instituto objeto de este estudio, de la siguiente manera:

La auto-cancelación de las garantías mobiliarias exige que la reposición de las garantías y su ejecución se pueden realizar a través de mecanismos de resolución contractual y de ejecución extra-

4 Dentro de esta estructura puede considerarse así mismo que los sponsors zbuscarán contar con algún tipo de garantía con el objeto de tener la posición de acreedores garantizados y de gozar de una preferencia en el pago. Dicha preferencia será, por supuesto, posterior a la de los proveedores de financiación (Arias, 2012, p. 225).

judicial, confiriéndole al acreedor o a quien se haya acordado habrá de actuar como fiduciario la potestad de tomar posesión o retener y hacer ejecutar la garantía ya sea de manera privada o a través de un proceso judicial altamente expedito.

La apertura a la auto ejecución rompe vertebralmente un principio de la prenda, esto es, la prohibición del pacto comisorio (Código Civil, art. 2422, inc. 2º), instituto proteccionista del deudor propio de la codificación civil, que consideraba a priori en el acreedor una parte con posición dominante, de la cual había que frenar sus alcances, condenando de nulidad el acuerdo previo o pacto pignoraticio, que en caso de incumplimiento le permitiera al acreedor apoderarse del bien objeto del contrato⁵.

La auto ejecución, que prioriza la autonomía privada sobre los formalismos legislativos fundados en la tradición romanista, logró, por lo menos tangencialmente, que la prenda, como acceso al crédito, perdiera eficacia económica. Más, en los escenarios contractuales contemporáneos terminan cualificando el crédito garantizado con una garantía que permita al acreedor diseñar, al momento de la celebración del acuerdo, la manera en la cual, en caso de incumplimiento, se pueda satisfacer el crédito que el deudor no supo honrar. Ahora bien, estas alternativas tienen cabida en un modelo funcional, precisamente porque la función de toda garantía es la de satisfacer al acreedor. “Al estimular el cumplimiento y remediar las consecuencias del incumplimiento” (Veiga, 2022, p. 145).

Efectivamente, si las garantías pueden mitigar los riesgos provocados por las disfunciones del mercado de la financiación ocasionados por la asimetría de la información, es fundamental no solo que el acreedor obtenga la realización de valor del bien gravado, sino que, además, los procedimientos para obtenerlo sean sencillos, ágiles y eficaces, protegiendo a todas las partes interesadas (otorgante, acreedor garantizado, otros acreedores y terceros). (Feliu, 2017, p. 189)

La Ley 1676 de 2013 introdujo dos alternativas de ejecución, todas ellas de tipo dispositivo, es decir, pueden estipularse al momento de la celebración del contrato de garantía o, posteriormente, el pago directo y la ejecución especial de la garantía. No obstante, se debe destacar que si el acreedor al momento del incumplimiento detente posesión del bien, será requisito de aplicabilidad de cualquiera de estos modos de auto ejecución que llevará a una transferencia de la propiedad a aquel.

5 No era admisible para la prenda de primera generación en ningún caso que el acreedor tuviese un derecho legítimo de venta que le permitiera disponer de la prenda o apropiársela (pacto comisorio); dicha prohibición se origina en el siglo XVI y trasciende al Código Civil francés de 1804, y más tarde a los códigos chileno y colombiano (Zúñiga Ordóñez, 2023).

El nuevo modelo ha conservado un aspecto fundamental de la prenda clásica: la posesión del acreedor, que sin duda resalta el acto de la entrega, que no deja de ser esencial, en el sentido de que materializa el derecho real y genera oponibilidad erga omnes ante los otros acreedores del garante. Así ha sido desde los albores de la prenda en el derecho romano⁶, y ha conservado su viabilidad económica y jurídica aun en tiempos contemporáneos, pero solo para dar oponibilidad al contrato de garantía. No tiene carácter constitutivo.

El pago directo permite al acreedor establecer que en caso de incumplimiento pueda pagarse con el bien dado en garantía, lo cual opera, por acuerdo expreso o cuando el acreedor sea tenedor del activo pignorado (Ley 1676 de 2013, art. 60, inc. 1º). El valor del activo mueble en esta instancia soportará el valor del crédito; como tal, es requisito *sine qua non* un peritaje de experto de lista dispuesta por la Superintendencia de Sociedades. No puede haber una correcta función de una garantía si se obstaculiza la realización directa.

En cuanto a la ejecución especial de la garantía, opera de igual forma cuando el acreedor esté en tenencia del bien garantizador y cuando este ejerza derecho de retención, desde luego, sobre un activo mueble. Con estas manifestaciones legislativas, no es forzado concluir que en la relación de garantía en la que el acreedor sea el tenedor del activo mobiliario, esto le significa *ipso facto* la posibilidad de una inmediata autorrealización en caso de incumplimiento del deudor garante. Los alcances de la ejecución de la garantía pueden ajustarse a las necesidades del acreedor; en tanto que la prenda solo otorgaba el camino procesal, regido por normas de orden público, que se encaminaba mayormente a la venta del bien mueble en subasta pública. En la garantía mobiliaria, la ejecución queda en manos de las estipulaciones de las partes de la relación de garantía, lo que es posible en el enfoque funcional del actual modelo. Claramente significa un cambio de paradigma. Una realización eficaz en caso de incumplimiento es el gran atributo que debe contar una garantía, cualquiera que sea. “De este modo, la sujeción del bien, la facultad de proceder a su venta forzosa y el privilegio de cobro, constituyen la esencia y característica común de los derechos reales de garantía” (Veiga, 2021, p. 153).

Finalmente, podemos concluir que el enfoque funcional favorece la garantía real mobiliaria, o, si se quiere, se puede denominar garantía funcional, en el sentido de que facilita la realización del contrato de garantía o de esta si es de orden legal, en caso de incumplimiento del deudor, otorgando un alcance pleno a las alternativas de auto ejecución que se estipulen en la constitución de la garantía o posteriormente, con la única limitante del orden público, lo cual se ajusta

6 En Roma, “la función de garantía, era cumplida amplia y cómodamente por la *fiducia cum creditore contracta*” (Biscardi, 1994, p. 25), o como define Pérez (1999): “*Fiducia cum creditore contracta*. Se hacía el desplazamiento de propiedad por la *mancipatio* o la *in jure cesio*” (p. 239).

a las limitaciones propias de la autonomía privada del derecho privado contemporáneo, como pueden ser las disposiciones que protegen al consumidor (artículo 62, núm. 1º, que prohíbe las cláusulas abusivas). En la Ley Modelo de CNUDMI Sobre Garantías Mobiliarias de 2019, en el plano de garantías mobiliarias internacionales, en el artículo 72 se establece que

Tras producirse el incumplimiento, el otorgante y el acreedor garantizado podrán ejercer: a) Cualquiera de los derechos que les confieren las disposiciones del presente capítulo; y b) Cualquier otro derecho previsto en el acuerdo de garantía o en cualquier otra ley, salvo en la medida en que sea incompatible con las disposiciones de la presente Ley⁷.

La auto ejecución fortalece la garantía, le da seguridad al acreedor y, claro, cualifica el crédito. Es un atributo sustancial que complementa su funcionalidad.

ENFOQUE FUNCIONAL EN EL DERECHO DE RETENCIÓN

El enfoque funcional de la garantía mobiliaria que estableció la Ley 1676 de 2013 de manera expresa plantea que el derecho de retención debe ser concebido como una garantía mobiliaria. En consecuencia, le imprime las prerrogativas de dicha institución jurídica, tales como: oponibilidad, ejecución, además del privilegio del acreedor, en este caso, el retenedor. Desde que se ejerce, extendiéndose incluso en los procesos de insolvencia del deudor y de liquidación del deudor. Claramente, le da una regulación plena a una forma de garantía que adolecía de una auténtica exigibilidad.

El derecho de retención es un poder *de facto* que otorga la ley a una persona que, al haber celebrado un contrato o negocio con otra, su contraparte le adeuda cierta suma de dinero como tal, de la relación jurídica establecida, una parte tiene una detentación física material de un bien, que pudo haber sido parte del objeto del contrato que habían celebrado. “Se instituye un concepto más fáctico que jurídico” (Lauroba, 2006, p. 371).

“En virtud del derecho de retención, el sujeto que retiene la cosa de su deudor, ejerce un poder de facto y no está obligado a la restitución hasta no ser satisfecho en la deuda” (Villamil, 2013, p. 142).

7 Al respecto, dice Feliu Rey (2017): “Efectivamente, si las garantías pueden mitigar los riesgos provocados por las disfunciones del mercado de la financiación ocasionados por la asimetría de información, es fundamental no solo que el acreedor obtenga la realización de valor del bien gravado, sino que, además, los procedimientos para obtenerlo sean sencillos, ágiles y eficaces, protegiendo a todas las partes interesadas (otorgante, acreedor garantizado, otros acreedores y terceros) (p. 189).

Esta prerrogativa jurídica adoleció de una ejecución o realización directa para materializar el derecho mismo que se ejercía sobre el bien que constituye su objeto. Este derecho se mantenía en la medida que la obligación del propietario del bien fuera cumplida, sin embargo, no existía un vencimiento cierto exigible por vía ejecutiva judicial o amparado por el derecho positivo. Por esa razón, vemos cómo la doctrina considera este derecho como un “medio indirecto” para forzar el pago. (Mazeaud, 1962), o un mecanismo de negativa fáctica, que consiste en un retardo en la entrega como instrumento para forzar un pago pendiente (De Gasperi, 1964).

La Corte Suprema de Justicia define al derecho de retención como “el de retardar la entrega de la cosa debida, como medio de obligar a la persona a quien pertenece pagar al detentador de la cosa la deuda nacida con ocasión de la misma cosa”⁸.

En conclusión, el derecho de retención es una garantía que se ejerce sobre un bien devenida de una relación jurídica contractual anterior incumplida en alguna de sus obligaciones, siendo titular quien por efecto tiene en su poder dicho objeto, pero no es una garantía real, es decir, adolece de los derechos de persecución y preferencia; entonces comporta una suerte de “nudo gordiano”, en el sentido de que el acreedor no podía gozar de una realización efectiva o la satisfacción de su crédito, teniendo que ceder, incluso ante otro acreedor, que en un proceso ejecutivo se practique el secuestro del bien retenido (Villamil, 2013).

El derecho de retención, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1676 y, con ella, el enfoque funcional de la garantía mobiliaria, no se podía atemperar o equivaler a la categoría de derecho real, como ya lo citamos. Solo bastaba con leer el artículo 665 del Código Civil, en el que el legislador no incluyó como tal la institución que estamos tratando. En ese orden de ideas, si el retenedor perdía el bien o lo llegaba a entregar, automáticamente su derecho se extinguía. El ordenamiento no le otorgaba ninguna acción real. Ahora bien, tampoco podía ejercer la acción reivindicatoria, por una razón jurídica fundamental: no era propietario.

Solo tendría una acción de despojo, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 984 del Código Civil, pero se requiere que el titular haya sido desvalijado del bien de manera violenta, solicitando a la justicia el restablecimiento de las “cosas en el estado que antes se hallaban”.

A pesar de que, como dice Villamil (2013, p. 163), por analogía legal se puede proteger el derecho de retención, no habría forma alguna de que la génesis de este derecho, es decir, el contrato o negocio jurídico previo, pudiese ser satisfecho el titular o acreedor por instrumento coactivo alguno, ya que el derecho de retención en sí mismo es una vía de hecho, esencialmente coercitiva.

8 Sentencia de 25 de agosto de 1993, *Gaceta Judicial* LXXVI.

Esta situación, al menos si el objeto es un activo no inmobiliario hoy por hoy tiene un cambio estructural en favor del otrora desvalido acreedor, toda vez, que al ser considerado garantía mobiliaria y poderse aplicar la Ley 1676, entonces, el retenedor alcanzará, a nuestro juicio, a aplicar una ejecución especial de la garantía, a la luz del artículo 62, numeral 3 de la citada norma. Teniendo una gama de posibilidades de realización de la obligación pendiente, incluso, pudiendo vender el bien o activo mueble o adquirirlo, previo avalúo, que se debe atemperar a los criterios del nuevo modelo de garantía. Desde el enfoque funcional, la nueva realidad jurídica del derecho de retención lo aparta sustancialmente en caso de que se ejerza sobre un bien mueble que sobre un bien inmueble. Pues en este último supuesto, la institución queda tal como históricamente se ha concebido, como un poder fáctico en manos de un acreedor resultante de una relación jurídica anterior.

ENFOQUE FUNCIONAL EN EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO

El pacto de reserva de dominio no es un negocio jurídico principal, es un acuerdo accesorio al contrato de compraventa. Es decir, un elemento accidental a dicho contrato; se puede incluir o no en la relación jurídica entre comprador y vendedor, si a este no se le ha pagado el precio pero ha entregado la cosa vendida. La vigencia del pacto dependerá del pago total del precio. “*Donec pretium solvatur* por el sistema de cuotas o de uno o varios contratos dentro de uno o varios plazos convenidos” (Valencia, 2022, p. 57).

En tratándose de la naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio, hace referencia a una condición suspensiva de la tradición de la propiedad (Martínez, 1988; Villamil, 2013, p. 226) que permite al vendedor, a pesar de haber entregado el bien objeto del contrato, conservar los derechos y prerrogativas de un propietario, derecho oponible a todos los acreedores del comprador. O sea, la tradición o dominical queda en suspenso. Podemos decir que se clasifica el pacto de reserva de dominio desde el punto de vista de los efectos sobre la propiedad. Derecho que es esperado por el comprador y, dada la causa del contrato principal de compraventa, es el móvil que lo llevó a la celebración, es decir, poder adquirir la cosa vendida.

Otra tendencia doctrinal que explica mejor la naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio tiene que ver con su función de garantía o caución, ya que con esta figura se “cauciona el pago del precio aplazado” (Villamil, 2013, p. 227). Es decir, el incumplimiento del comprador faculta al vendedor para recuperar la posesión, de un bien que no salió de su esfera dominical. El autor español Rodrigo Bercovitz consideró que cuando el objeto de la reserva es un bien mueble, el pacto es un derecho de garantía limitado, una prenda sin traspaso posesorio; en caso de inmuebles, es equiparable a una garantía hipotecaria (Bercovitz, 1971). Dentro del enfoque funcional,

la concepción del pacto de reserva de dominio, como una suerte de negocio de garantía, cumple de mejor manera su función económica en el tráfico.

Ahora bien, la ley de garantías mobiliarias de manera expresa atribuye su aplicación a los contratos de compraventa con pacto de reserva de dominio; como tal, en caso de incumplimiento del comprador, el vendedor garantizado podrá usar los instrumentos de auto ejecución que el nuevo modelo regula, tales como el pago directo, ejecución especial y, desde luego, la ejecución judicial, como instrumento heterocompositivo. El acreedor podrá usar la ejecución judicial, teniendo el contrato y la cláusula de reserva dominical como título ejecutivo que legitimaría la persecución de la prenda general, al tratarse de un documento que contiene una obligación clara y expresa, y actualmente exigible, de pagar una suma de dinero.

En cuanto al pago directo, no procedería, en la medida que esta herramienta exige un acuerdo expreso o que el acreedor ostente tenencia del respectivo bien. Precisamente, el pacto de reserva de dominio no se da el requisito de la tenencia en el acreedor, pues la cosa vendida se ha entregado al comprador. No obstante, consideramos que una forma de aprovechar los beneficios del nuevo modelo sería que el acreedor estipule la cláusula de pago directo, que a pesar de no ofrecer una satisfacción plena, porque es paradójico apropiarse de cosa propia, al menos le permitiría soslayar un proceso reivindicatorio y de reclamaciones de terceros tenedores de buena fe, en el sentido de lo ágil que puede resultar esta alternativa de ejecución de la garantía. Pudiéndose incluso solicitar orden de aprehensión, si se cumplen los requisitos del artículo 68 de la Ley 1676 de 2013. En este punto destacamos la explicación de Cárdenas Mejía (2021):

Es pertinente señalar que la ley no previó ningún mecanismo por el cual el garante pueda oponerse al mecanismo de pago directo. Por consiguiente, si el garante considera que no es posible el pago directo, y el acreedor en todo caso acude al mismo, el camino que le queda es acudir a la autoridad jurisdiccional. (p. 962)

Pese a lo expresado en esta cita, consideramos que, en el caso concreto del pacto de reserva de dominio, el deudor, es decir, el comprador, fue quien seguramente desató la ejecución; dado su incumplimiento, no podría exitosamente obtener un fallo favorable a su oposición de pago directo o de ejecución especial amparándose en un imposible auto ejecución del propietario del bien, dado que estaría alegando su propio dolo o culpa. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Y en últimas, recuperar un bien del que perdió su posesión mediante un mecanismo más expedito que el de un proceso reivindicatorio. Es una forma de compensación jurídica que no considerarse representa una renuncia a los beneficios que el derecho les concede a los ciudadanos.

En lo concerniente a la ejecución especial de la garantía de la Ley 1676, un pacto de reserva de dominio, que es un acuerdo accesorio al contrato de compraventa, puede revestirse de

alternativas para una enajenación expedita, directa y con un precio de mercado, lo anterior con base en lo dispuesto en el artículo 62 de la mencionada norma.

El enfoque funcional en la citada disposición es de un amplio alcance, al leerse en el numeral 1º que: “dicho acuerdo podrá incluir un mecanismo especial para llevar a cabo la enajenación o apropiación por el acreedor del bien sobre el cual recae la garantía”. El quid será el conocimiento que los asesores jurídicos dispongan a efecto de moldear instrumentos de ejecución verdaderamente eficaces. El derecho de garantías apunta al abandono de viejos moldes, formales y enquistados en el procedimiento civil de orden público.

Autonomía privada y creatividad y modelación de nuevas garantías se abren paso de una parte y, de otra, los viejos arcanos y dogmas y los rígidos esquemas y parámetros de las garantías reales, sean de base inmobiliaria o lo sean mobiliaria, todavía siguen vigentes. (Veiga, 2021, p. 36)

En conclusión, el acreedor vendedor podrá definir la manera en que podrá obtener en definitiva el pago del precio, en caso de que el comprador no honre su compromiso. Pero debe diseñarse el respectivo procedimiento. Es preciso que se incorpore en el contrato de compraventa, con reserva de dominio, todos los aspectos de la ejecución, ya que se trata de una norma supletiva. Además, se requiere mutuo acuerdo bilateral (Arrubla, 2022).

De no existir estipulación que defina el mecanismo de ejecución, el trámite se iniciará con la inscripción en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias, el cual tiene efecto de notificación al deudor, siendo las notarías o las cámaras de comercio las entidades en que se puede efectuar el trámite de ejecución especial. No obstante, es vital que en el pacto de reserva de dominio se trace el camino que lleve a la satisfacción del acreedor en caso de incumplimiento. No hay que olvidar que el acreedor es propietario del activo mueble; como tal, es muy aconsejable evitar el trámite de ejecución especial; aunque sea simplificado, puede llegar a retrasar el restablecimiento del derecho del vendedor propietario que ha reservado el dominio.

ENFOQUE FUNCIONAL EN EL CONTRATO DE ANTICRESIS

El contrato de anticresis, según algunas importantes legislaciones del espectro americano y europeo, tiene como elemento esencial la obligación del deudor de entregar un bien inmueble al acreedor para que con los frutos de este se pueda cobrar la deuda⁹. Precisamente esa función

⁹ **Chile:** Código Civil. Artículo 2435. “La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos”.

España: Código Civil. Artículo 1881. “Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos

de garantía de un crédito previo le da el carácter de ser contrato accesorio, en consecuencia, las vicisitudes de la obligación principal se trasladan al vínculo anticrético.

La anticresis tiene como función económica servir de garantía, toda vez que su objeto refiere al pago de una obligación de origen contractual estipulado previamente entre las partes; como tal, puede considerarse igualmente como un contrato de garantía. El disfrute del acreedor del anticrético sobre el inmueble le conmina a pagarse el crédito con los frutos del citado bien (Planiol y Ripert, 1945). De lo anterior se colige que el bien inmueble debe tener la capacidad de producir frutos.

En nuestro país encontramos que el contrato de anticresis tiene una doble regulación, aunque ni el Código Civil ni el de Comercio son prolíficos en determinar y delimitar suficientemente los alcances jurídicos de este contrato. No obstante, la diferencia no es menos importante, toda vez que el artículo 1221 del Código de Comercio reza que “La anticresis puede recaer sobre toda clase de bienes.” Es decir, que el abanico de posibilidades para celebrar un contrato de anticresis mercantil es más amplio, lo que, dada la naturaleza misma del derecho comercial, puede responder al ofrecimiento de mayor flexibilidad en las relaciones contractuales en el tráfico y los negocios. En tanto el Código Civil en el artículo 2458 solo permite la celebración de anticresis sobre bienes raíces.

Así, entonces, consideramos que si el objeto de un contrato de anticresis es un inmueble, este será regulado por el Código Civil; por principio de especialidad y de la concepción histórica del contrato anticrético y de su comparación con otras legislaciones, como lo hemos planteado, es la generalidad.

Ahora bien, para que un contrato de anticresis sea absorbido por la institución de las garantías mobiliarias, claramente será en los casos en que el objeto de la garantía al crédito recaiga sobre activos no inmobiliarios. Por consiguiente, se puede colegir que la anticresis comercial es, a su vez, una garantía mobiliaria y de orden legal.

de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito”.

Perú: Código Civil de 1984. Artículo 1091. “Definición de anticresis. Por el contrato de anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos”

Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación, en vigor desde 2015, en el artículo 2214 dice: “El contrato de anticresis es aquel en cual el deudor entrega al acreedor un inmueble, a fin de que este perciba los frutos, imputándolos al pago de los intereses y luego al capital”.

El Código de Comercio establece la posibilidad de celebrar este contrato sobre establecimientos de comercio y sobre acciones de sociedades comerciales, los cuales generan frutos, derivados de su explotación económica ligada a la actividad empresarial e industrial, pero, sin duda, también podría recaer sobre elementos de propiedad industrial, como las marcas, patentes, modelos de utilidad, etc. Consideramos que en un enfoque funcional la anticresis mobiliaria goza de los efectos y prerrogativas del nuevo modelo, en el entendido de su finalidad de protección y aseguramiento del crédito. “La anticresis cumple un doble propósito, pues, además de ser garantía para el cumplimiento de la obligación, es un instrumento que sirve para el pago de la obligación” (Arrubla, 2022, p. 326).

La anticresis, como lo anticipamos previamente, es una garantía mobiliaria que tendría una naturaleza mercantil, y bajo ese escenario, le permitirá una ampliación en los activos para ser dados en garantía, que podrían generar frutos más fáciles de percibir y, por lo tanto, el acreedor anticrético se vería más motivado a administrar y explotar. Podría ser el caso de una empresa con varios establecimientos de comercio, constituyendo anticresis sobre algunos, podría acceder a nuevas fuentes de financiación y, a la vez, liberarse de las cargas de la administración. No se puede olvidar que el desuso de la figura es precisamente porque existen otros contratos de garantía que relevan al acreedor de la administración y explotación del bien que constituye su objeto.

El acreedor anticrético tiene la obligación de hacer producir el activo recibido, lo que puede comprometer su responsabilidad civil; así mismo, los frutos o utilidades generadas se deben imputar al crédito. Anticresis o contra goce (Josserand, 1951). Dado lo anterior, el activo mueble que puede ser cobijado por modelo de garantía debe ser fructífero, y que para el acreedor sea atractiva su explotación como forma de pago. Sería el caso de un establecimiento de comercio en que se desarrolle una actividad que el acreedor desee aprender, para desarrollarla por su cuenta en un futuro cercano.

En Colombia, el contrato de anticresis conforma una garantía personal, no se trata de un derecho real¹⁰, aunque recaiga sobre inmuebles. “La anticresis es a la vez que un contrato, una forma de pago, porque es un contrato para pagar. La entrega del bien se hace para que con el producido de él se extinga la obligación” (Salamanca, 1977, p. 322). La entrega que de los activos hace el deudor anticrético no es traslaticia de dominio.

No obstante lo anterior, si un contrato de anticresis recae sobre un bien o activo mueble, será una garantía mobiliaria; en consecuencia, se aplicarán las disposiciones de la Ley 1676 de 2013,

¹⁰ Código Civil, artículo 2461. La anticresis no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada.

que afectarían su carácter de accesorio, en el sentido de que el contrato de garantía mobiliaria tiene la característica de ser principal (Ley 1676, art. 3º); esto implicaría que la nulidad o ineficacia del contrato cuya obligación se garantiza no afectaría la anticresis sobre los bienes que sean su objeto. La accesoriedad de la anticresis es esencial e intrínseca, a pesar del nuevo modelo, por ser, más que garantía a un crédito, el medio de pago del mismo¹¹.

Un contrato de anticresis sobre bienes muebles, actualmente garantía mobiliaria, deberá celebrarse por escrito (Ley 1676, art. 14º); en consecuencia, el acreedor tendrá a su disposición los mecanismos de pago directo o ejecución especial, tendría beneficios cercanos a una garantía real, ora la apropiación o pago directo, la venta a precio de mercado, así como la preferencia una vez inscrita su ejecución en el Registro Nacional de Garantías Mobiliarias.

Desde otra perspectiva, habría otra aproximación a un derecho real, por lo menos relativamente o por transmisión. Dado que la anticresis comercial en lo que sea compatible se aplica las disposiciones del derecho de usufructo, el cual sí tiene la calidad de ser derecho real (Código de Comercio, art. 1233, inc. 1º) (Velásquez, 2014, p.135).

No obstante lo antedicho, consideramos que si el contrato de anticresis no se llegase a celebrar por escrito, por ser un contrato real, es decir, se perfecciona con la entrega, así lo expresan el artículo 1221 del Código de Comercio y el artículo 2460 del Código Civil, igual será una garantía mobiliaria, pero de orden legal, toda vez que el artículo 3º de la Ley 1676 dice que cuando en otras disposiciones legales se haga referencia a la anticresis, entre otros negocios jurídicos, “se considerarán garantías mobiliarias y se aplicará lo previsto por la presente ley”. No se trata de una presunción, es un efecto directo de la misma ley, sin embargo, en cualquier caso, debe hacerse la entrega del activo mueble al acreedor; de no efectuarse, no se produciría ningún efecto jurídico entre las partes, no se alcanzaría a constituir ni la anticresis ni la garantía mobiliaria.

CONCLUSIONES

1. “El concepto de garantía funcional alude a una construcción del derecho anglosajón” (Jerez, 2017, p. 27); ha permitido que la institución de la prenda, como contrato de garantía, se transforme desde lo jurídico y también desde lo económico, ya que al superarse los obstáculos de la forma jurídica que delimitaba sus alcances al encuadre de los requisitos conceptuales dados por la ley, tales como la naturaleza de los bienes, que deben ser muebles propiamente

¹¹ La anticresis es un acto voluntario, por el cual se materializa una suerte de disposición de un activo inmueble por parte del acreedor y, concomitantemente, se produce el pago de la obligación garantizada por el deudor anticrético (Mejorada, 2006).

dichos, así como el cumplimiento de requisitos dogmáticos, representó a lo largo del tiempo un freno en su aplicación. De igual forma, el principio de especialidad, que exigía la identificación del bien mueble y la entrega como presupuesto de existencia, fueron presupuestos dogmáticos que la dejaron al margen de los requerimientos de los negocios.

2. El enfoque funcional en que se basa el instituto de las garantías mobiliarias propone la formulación de un concepto unitario, que abarca cualquier negocio que en su objeto sea el de servir de garantía; como tal, se incluyen todas las formas jurídicas que cumplan tal fin. Dado que el nuevo modelo ha incorporado formas ágiles de auto ejecución, basadas en la autonomía privada, definitivamente conllevó a la derogatoria del pacto comisorio, que se instituyó en épocas medievales bajo la cosmovisión de que el deudor siempre fungía como parte débil en la relación crédito garantía. Es menester que los asesores jurídicos incorporen a los contratos de anticresis o de compraventa con pacto de reserva de dominio fórmulas de ejecución especial, que permitan una ágil enajenación.
3. Desde luego que a la luz de la Ley 1676 de 2013 es garantía mobiliaria el derecho de retención, instituto que adoleció de una regulación que efectivamente protegiera a su titular, garantizando una satisfacción por lo menos meridiana, lo cual se soluciona, en gran manera, con el pago directo que concede la citada ley. De igual forma, el pacto de reserva de dominio, como garantía mobiliaria, podría ser reforzado con una adecuada autorrealización por medio de una ejecución especial, que puede reforzarse si estipulan formas eficaces de auto ejecución. En cuanto al contrato de anticresis, un activo mobiliario productivo, aunado a fórmulas dispositivas de auto ejecución, pueden contribuir a generar confianza a la persona que espera obtener ganancia con los frutos generados por el bien dado en anticresis; así mismo, estas características contribuyen a disminuir la aversión al riesgo.
4. Finalmente, el enfoque funcional será el camino para que nuevos acuerdos de garantía sobre objetos ampliados en el infinito universo de los activos no inmuebles, presentes y futuros, no solo tangibles, puedan ser absorbidos por el instituto de las garantías mobiliarias que, gracias a sus pilares de simplificación, oponibilidad ampliada y auto ejecución, sin duda van a generar derechos de garantía *numerus apertus*, lo cual significará un profundo cambio de paradigma al instituto jurídico de los derechos reales en el derecho privado.

REFERENCIAS

- Arias, L. C. (2012). Perspectiva Legal de la Financiación de Proyectos “Project Finance” y el Manejo del Riesgo. *Revista de Derecho Privado*, 22, 211-243. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3308>

- Arrubla Paucar, J. (2022). *Contratos Mercantiles. Los Contratos de Garantía y la Tutela del Crédito*. Legis.
- Bercovitz Rodríguez-cano, R. (1971). *La cláusula de reserva de dominio*. Moneda y Crédito.
- Betti, E. (2000). *Teoría General el Negocio Jurídico*. Colmares.
- Biscardi A. (1994). La Genesi del Concetto di “obligatio”. En *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- Bonnetcase, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil*, t. II. Editorial José M. Cajicá.
- Cárdenas, J. P. (2021). *Contratos. Notas de Clase*. Legis.
- De Cores C. y Gabrielli E. (2008). *El Nuevo Derecho de las Garantías Reales*. Temis, Ubijus, Reus.
- De Cores, C. (2007). *La reforma francesa del derecho de las garantías mobiliarias: una perspectiva latinoamericana*. <https://observatoriofinancieroybursatil.uexternado.edu.co/wpcontent/uploads/sites/7/2020/01/La-reforma-francesa-del-derecho-de-las-garant%C3%ADas-mobiliarias.-una-perspectiva-latinoamericana-.pdf>
- De Gasperi, L. (1964). *Tratado de derecho civil III – de las obligaciones*. Vol. III. Parte II. Tipográfica Editora Argentina.
- Feliu J. (2017). La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias. En *Textos Internacionales sobre Garantías Mobiliarias: Reflexión y Análisis*. C. Jerez (coord.). Boletín Oficial del Estado.
- Garcés, P. (2015). *Teoría del Contrato. Aproximación conceptual, argumentativa y crítica de cara a una realidad negocial de stirpe patrimonial*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Jerez, C. (2017). Reflexiones sobre una reforma de las garantías mobiliarias. En *Textos Internacionales sobre Garantías Mobiliarias: Reflexión y Análisis*. C. Jerez (coord.). Boletín Oficial del Estado.
- Josserand, L. (1951). *Derecho Civil*. T. II, Vol. II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch.
- Lauroba, M. (2006). La prenda gordiana ¿una figura a tener en consideración? (derecho de retención y prenda gordiana). En *Garantías Reales inmobiliarias en Europa*. Marcial Pons.
- León, E. (2009). La prenda sin tenencia del acreedor. En *Estudios sobre Garantías Reales y Personales*. Universidad del Rosario.
- Martínez De Aguirre, C. (1988). *Las ventas a plazos de bienes muebles*. Tecnos.
- Mazeaud, H. (1962). *Lecciones de Derecho Civil*. Parte tercera, Vol. 1 (L. Alcalá y Castillo, Trad.). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mejorada, M. (2006). Garantía Mobiliaria: novedad y reivindicación. *Revista de Derecho*, 52, 287-301. <file:///D:/Doc/Downloads/Dialnet-GarantiaMobiliaria-5110831.pdf>
- Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y commercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Pérez, A. (1999). *Garantías Civiles* (2ª ed.). Temis.

- Picker, R. (1992). Security Interest, Misbehavior, and Common Pools. *University of Chicago Law Review*, 59.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1945). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo XI. Editorial Cultural.
- Ravassa, G. (2001). *Derecho Comercial Bienes Mercantiles Tomo II Títulos-Valores*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Regjo, F. (2005). La regulación unitaria de las garantías funcionales como requisito para alcanzar un verdadero sistema de garantías en el Perú. *Iut Et Veritas*, 30, 123-144. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11795>
- Rodríguez, M. (2009). *Introducción al Derecho Comercial Internacional*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Rubino, D. (1952). La Responsabilita Patrimoniale. II Pegno. En *Trattato di Diritto Civile*. G. Vasalli (dir.). Vol. XIV. Torino.
- Salamanca, H. (1977). *Derecho Civil. Curso IV: Contratos*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Scott, R. (1997). The Truth About Secured Financing, *Cornell Law Rev*, 82, 1436.
- Valencia Restrepo, H. (2022). *Pacto de reserva de dominio (pactum reservati dominio) en los derechos comparados y privado colombiano*. Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- Velásquez, C. (1998). *Instituciones de Derecho Comercial* (2ª ed.). Biblioteca Jurídica Dike.
- Velásquez, L. G. (2014). *Bienes* (13ª ed.). Temis.
- Veiga, A. (2017). *Garantías Mobiliarias Cambio de Paradigma*. Thomson Reuters.
- Veiga, A. (2017). *Garantías Mobiliarias Ley 1676 de 2013*. Universidad Sergio Arboleda, Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Veiga, A. (2021). *Función de la Garantía Real*. Reus.
- Villamil, E. (2013). *Algunas Garantías Civiles*. Universidad Javeriana, Ibáñez.
- Zúñiga, J. L. (2023). *Las Garantías Mobiliarias: Nuevo modelo de garantía real y su incidencia en la institución de la prenda en el derecho colombiano* [Tesis doctoral, Universidad Sergio Arboleda].

**Transformaciones y desafíos del
Procedimiento administrativo
especial de extensión de
jurisprudencia del Consejo
de Estado a terceros: análisis
de precedentes 2014-2018**

*Transformations and Challenges of the Special
Administrative Procedure for the Extension of
Council of State Jurisprudence to Third Parties:
A Precedent-Based Analysis (2014-2018)*

D I E G O A R M A N D O Y Á Ñ E Z M E Z A

Abogado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Público y magíster en Derecho Administrativo (investigativa) de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Procesal Contemporáneo (investigativa) y doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Docente, director del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Conjuez del Tribunal Administrativo del Norte de Santander. Miembro Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
diego.yanez@unilibre.edu.co ◯ diegoymezabogado@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-9715-0221>

J E S Ú S D A V I D R E Y E S G R A N A D O S

Abogado y Magíster en Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Docente y asesor de la
Universidad Libre Seccional Cúcuta.

jedarey@gmail.com o jesusd-reyesg@unilibre.edu.co

<https://orcid.org/0009-0001-1037-2735>

A L D I S N E B A I B E C E R R A G A R Z A

Abogada y especialista en Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

aldisnebaig92@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0001-8538-4407>

Resumen

La legislación del derecho administrativo colombiano estableció en la Ley 1437 de 2011 el Procedimiento administrativo especial de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros como herramienta para que las personas acudan directamente ante las autoridades con la pretensión de obtener decisiones uniformes, como ordenan los precedentes emitidos en las sentencias de unificación del mismo Consejo de Estado, logrando la aplicación efectiva de la igualdad y coordinación predicada de la institucionalidad en sus actuaciones. No obstante, la aplicabilidad de este procedimiento ha suscitado inquietudes u obstáculos en estas peticiones procesadas por las autoridades, pues desde los autos expedidos en el trámite y las disposiciones consagradas en la reforma al CPACA a través de la Ley 2080 de 2021 se infiere un panorama en el que constantemente se reformulan las consideraciones normativas que buscan el verdadero ejercicio de este procedimiento especial.

Este sistema de reglas y subreglas procesales constituye un panorama interesante en las transformaciones del derecho administrativo con sustento en las decisiones tanto de la jurisprudencia constitucional como en la contenciosa administrativa en el lapso 2014 a 2018, respondiendo sobre las descripciones, mutaciones y desafíos a futuro, los cuales pueden sintetizarse en innovadoras tendencias del desarrollo de la materialización de los derechos subjetivos por medio de las actuaciones ejecutadas por las autoridades mediante el mecanismo de extensión.

PALABRAS CLAVE

Procedimiento administrativo especial de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, sentencia de unificación, Administración pública, Consejo de Estado.

Abstract

Colombian administrative law established in Law 1437 of 2011 the Special Administrative Procedure for the Extension of Jurisprudence of the Council of State, as a tool for individuals to go directly to the authorities with the aim of obtaining uniform decisions as ordered by the precedents issued in the unification judgments of the aforementioned Council of State, achieving the effective application of equality and coordination predicated on institutionality in its actions. However, the applicability of this procedure has raised concerns and obstacles in the requests processed by the authorities, since from the judicial orders issued in the process and the provisions enshrined in the reform of the CPACA through Law 2080 of 2021, a panorama is inferred where normative considerations are constantly reformulated to seek the true exercise of this special procedure.

This system of procedural rules constitutes an interesting overview of the transformations of administrative law based on the decisions of both constitutional jurisprudence and administrative litigation in the period from 2014 to 2018, responding to the descriptions, transformations, and future challenges that can be summarized in new trends in the development of the materialization of subjective rights through the proceedings developed by the authorities through the extension mechanism.

KEYWORDS

Special Administrative Procedure on Case Law Extension of the Council of State to Third Parties by the Authorities, unification of case law, public administration, Council of State.

INTRODUCCIÓN

El derecho administrativo en Colombia, fruto de la Constitución Política de 1991, determinó un cambio de paradigma en el ejercicio de las actuaciones de las autoridades administrativas gracias al establecimiento del modelo de Estado Social de Derecho y las demás premisas del constituyente primario, impulsando la modernización a través de innovadoras tendencias de origen propio o siguiendo el ejemplo de sistemas jurídicos externos, acudiendo a mecanismos concebidos con la finalidad de fortalecer el cumplimiento de los deberes que le asiste a la Administración pública, además, aceptando el reto de un mundo que exige garantías procesales propias, como el debido proceso, celeridad y efectividad.

Tal propuesta emerge gracias a una sociedad que evoluciona constantemente y donde el derecho pretende adecuar el funcionamiento del aparato estatal a las demandas de la justicia del siglo XXI, en especial sentido, las disposiciones regulatorias del trato recibido por las personas que activan el funcionamiento del Estado, como institución legitimada para el ejercicio del poder junto, con la responsabilidad asumida en la aplicabilidad política y jurídica (Reyes Granados, 2020), siendo una arista importante en las nuevas tesis del derecho gubernamental, radicando su valor en el reconocimiento de toda actuación basada en principios que arrojan el criterio de la dignidad humana.

Respecto de tal horizonte, el compendio del derecho administrativo en Colombia tiene un nuevo punto de partida con la expedición de la Ley 1437 de 2011, denominado Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA), como norma procesal que rige las actuaciones ante la Administración pública y, dentro del proceso contencioso administrativo, ante el juez natural para tales asuntos (Yáñez Meza, 2019), con el propósito de implementar un ejercicio real de acercamiento del ciudadano a los procesos administrativos ante las autoridades, como ordenan los principios democráticos, pluralistas, dialécticos y participativos que caracterizan el ordenamiento jurídico colombiano.

En razón de lo anterior, se concibe un ejercicio del derecho en el que se abandona una visión formalista, la cual presentaba obstáculos al ciudadano en el disfrute de sus derechos y garantías. Este fenómeno de la constitucionalización del derecho desembocó en una relectura de procedimientos y procesos enmarcados en las particularidades pactadas en la carta política (Gil Botero, 2014), y de ahí se desprende la incorporación de mecanismos como el Procedimiento administrativo especial de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades (en adelante, PAEEJCET), fundando la posibilidad de acudir directamente a la Administración para lograr una decisión uniforme y conforme a los lineamientos normativos vigentes, en especial los casos fallados en iguales circunstancias.

Esta herramienta resulta ser relevante en la medida, que consolida un ejercicio de concreción del derecho por parte del ciudadano, sin desgastar el sistema jurisdiccional y con unas características dadas por el legislador, como la igualdad, uniformidad y coordinación administrativa. Sin embargo, resulta notoria la existencia de tesis ambiguas o desconocimiento de las autoridades en la puesta en práctica de esta figura, lo que ha llevado a que por vía jurisprudencial se formen tendencias aclaratorias o modificatorias para incentivar su correcto desarrollo en el sistema jurídico.

De esta manera, adquiere relevancia la identificación de las premisas para que el procedimiento resulte acorde con la dinámica social, política y jurídica, conforme los esfuerzos de potenciar medidas que posibilitan un acceso a la materialización de los derechos subjetivos, seguramente desde escenarios donde participan los administradores públicos y profesionales del derecho, que continuamente deben argumentar las peticiones presentadas. Siendo así, este artículo reflexiona sobre la dinámica abordada, bajo las acciones de describir los preceptos del procedimiento especial, consolidar las transformaciones que resultan útiles para su aplicabilidad y reconociendo los posibles escenarios de retos acordes con su naturaleza.

Siendo posible consolidar un sistema tendiente a lograr la efectividad de los derechos con plena garantía por parte de la institucionalidad, tomando las reflexiones del legislador y del derecho de los jueces como medida que permita el avance en los criterios esenciales de la democracia y legitimidad en la integración del Estado contemporáneo.

Problema de investigación

¿Cuáles han sido las principales transformaciones y desafíos del Procedimiento administrativo especial de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades desde el análisis de precedentes en el periodo 2014 a 2018?

Esquema de resolución

Con el propósito de desarrollar el problema planteado a través de una metodología jurídica y documental bajo un ejercicio hermenéutico, se expondrán las siguientes consideraciones: 1°) Fundamentos constitucionales y legales del Procedimiento administrativo especial de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros; 2°) Consideraciones sobre las premisas desarrolladas en la reforma al CPACA por medio de la Ley 2080 del 2021; 3°) Disposiciones desde la jurisprudencia constitucional al PAEEJCET en el periodo 2014 a 2018; 4°) Transformaciones al PAEEJCE desde los precedentes de la jurisdicción contenciosa administrativa en el periodo 2014 a 2018; 5°) Desafíos actuales del PAEEJCET; 6°) Conclusiones y 7°) Referencias.

METODOLOGÍA

Este artículo de investigación integra un diseño metodológico de naturaleza jurídica, descriptiva, analítica y documental. En el desarrollo se identificaron las providencias del Consejo de Estado respecto del Procedimiento administrativo especial de extensión de jurisprudencia, con la finalidad de aplicar el método hermenéutico en busca de lograr el objetivo general planteado.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS

La cláusula de los principios fundamentales, contenida en el primer título del texto constitucional de 1991, indica la adopción de un Estado social de derecho con la particularidad de establecer escenarios democráticos y pluralistas; siendo esta perspectiva la que ha permitido transformaciones relevantes en el sistema jurídico, al afectar la relación entre la Administración pública y los asociados bajo la premisa de materializar los fines estatales¹, con mayor énfasis sobre la garantía de la aplicación uniforme de las normas, característica de los Estados de derecho modernos fundados en la división de poderes y el mandato de la ley (Vila Casado, 2021), siguiendo un papel activo en el ejercicio de los derechos y la exigencia de los deberes antes las autoridades.

Nuevas consideraciones, como el reconocimiento de la dignidad humana como principio rector y fundante de todas las actuaciones jurídicas, sumadas al respeto por la garantía de la igualdad como derecho fundamental (Constitución Política, artículo 13), permiten advertir la recepción, por parte del constituyente, de las tesis ilustradas y liberales que sostienen la uniformidad de trato de las instituciones legitimadas para ostentar el poder. Así, la Corte Constitucional, desde una visión filosófica y práctica consolida, la tesis de la igualdad como principio, valor y derecho subjetivo (Sentencia C-586 de 2016) con el propósito de resguardar los contenidos dogmáticos establecidos por el constituyente.

Esta triple dimensión de la igualdad² configura en los procedimientos la tarea de materializar estas posturas; por tal motivo, la función administrativa, propia de las instituciones para garan-

1 Naturalmente, esta visión significó una variación en el paradigma del derecho administrativo que junto con las demás ramas del derecho adoptaron el fenómeno de la constitucionalización del derecho con la nueva lectura de la supremacía constitucional desprendida del artículo 4 de la Constitución Política. Véase La constitucionalización del Derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-la-constitucionalizacion-del-derecho-administrativo-9789587721690.html>.

2 Las premisas contenidas en el artículo 13 de la Constitución Política sostienen la arquitectura de las

tizar los mandatos contenidos en las normas, no debe desconocer principios como la igualdad, celeridad e imparcialidad (Constitución Política, art. 209). El anterior razonamiento entiende la exigencia de la consolidación de un Estado dinámico respecto de las peticiones de los ciudadanos junto con las necesidades de un momento social como el actual, impactado por la revolución digital y la exigencia democrática en el disfrute de las libertades y garantías.

Este razonamiento es el realizado por el sistema jurídico colombiano, al reconfigurar argumentativamente la cláusula de fuentes del derecho³; si bien desde una lectura literal se concluye la visión preferente de la ley, excluyendo cualquier otra fuente (entre ella la jurisprudencia, asumiendo un papel auxiliar), las tendencias jurisdiccionales han logrado reconocer la relevancia de la decisión de los jueces como bastión para garantizar los principios del Estado de derecho y, claramente, traducido en la plena garantía de la igualdad.

En otras palabras, la aceptación del derecho de los jueces, como fuente del sistema jurídico (Sentencia C-836 de 2001), configuró la tesis de que ante situaciones de hecho y derecho similares debe fallarse acorde con las resoluciones tomadas en el pasado. Estas consideraciones permitieron un claro quiebre a la predisposición de un sistema legalista caracterizado por visiones políticas de antaño, apartándose del legado románico-germánico (López Medina, 2019), revolucionando la visión sobre la motivación que deben tener las autoridades tanto administrativas como judiciales en sus resoluciones.

De esta forma, las características predicadas de la jurisprudencia posibilitaron colocar en el centro del debate jurídico la adopción, por parte de las autoridades administrativas, de los criterios jurisprudenciales, así como el cumplimiento directo de las órdenes impartidas por los jueces en sus providencias, lo cual ha llevado a la implementación de controles, procedimientos y mecanismos que permitan el reconocimiento efectivo de los derechos en términos de igualdad; por

actuaciones del derecho constitucional y administrativo para integrar la relación entre la Administración pública y el ciudadano, posiciones propias para la aplicabilidad de herramientas ante casos complejos fundadas en el test de igualdad (Sentencia C-093 de 2001) y de proporcionalidad (Sentencia C-838 de 2013).

3 El análisis ejercido sobre el artículo 230 de la Constitución Política permitió entender el papel que tiene la legislación y la jurisprudencia en el ejercicio de aplicación de las normas a los casos suscitados dentro del ordenamiento jurídico; estos entendidos a la luz de la hermenéutica constitucional, al comprender el concepto “el imperio de la ley” como la inclusión de las interpretaciones y alcances normativos que mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional y los órganos de cierre de las demás jurisdicciones imprimen a los asuntos abordados por estas instituciones, es decir, el papel de la jurisprudencia no se entiende como un criterio auxiliar o secundario, sino que debe considerarse como un papel relevante al resolver los casos, dando nacimiento a tesis como la aplicación del precedente judicial.

ello, la expedición del CPACA logró integrar disposiciones asociadas a esta visión del derecho administrativo en su conjunto, tanto desde el control constitucional y legal.

De este modo, en los procedimientos administrativos de su responsabilidad, las autoridades deben garantizar las facultades otorgadas a las personas, como conclusión desprendida de la finalidad otorgada de la ley (Ley 1437 de 2011, art. 1); igualmente, debe surtir conforme a las normas vigentes en busca de decisiones justas e iguales. Por eso, la inclusión del principio de igualdad se convierte en luz interpretativa para emitir resoluciones uniformes a idénticas situaciones, alejándose de conductas arbitrarias en el reconocimiento de los derechos, siguiendo a conformidad principios como la coordinación⁴, eficiencia⁵ y celeridad⁶ (Ley 1437 de 2011, art. 2), arquetipo normativo dado en un sistema legal, sistemático, integrador y teleológico.

Asimismo, el CPACA ordena que al momento de tomar decisiones, las autoridades deben argumentar sus actos ajustados a los principios y bajo un complejo análisis de las normas relacionadas con la situación del caso, estableciendo un sistema uniforme, es decir, consolidando la regla de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia (Ley 1437 de 2011, art. 10); paradigma transformador en el que estableció un derecho de la Administración pública ordenado, coordinado y práctico, en el que la argumentación dada por los jueces en sus sentencias ahora es transmitida por la autoridad competente en sus actos y operaciones administrativas; factor clave de los nuevos regímenes democráticos, los cuales ponen en cabeza de los jueces y autoridades la motivación como criterio de legitimidad (Yáñez Meza, 2016).

Esta propiedad es la piedra angular para el funcionamiento y comprensión del actual sistema de normas del derecho administrativo; por ello, en el examen de inconstitucionalidad del anterior apartado la Corte Constitucional concluyó:

4 El CPACA establece: “En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares”.

5 Sobre este principio, el CPACA indica: “En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa”.

6 Igualmente, el CPACA manifiesta: “En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”.

Que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el consejo de estado y de manera preferente las decisiones de la corte constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad. (Sentencia C-634, 2011)

Este panorama determina una posición progresiva en el sistema jurídico, al punto de establecer los fenómenos de la constitucionalización (y actualmente el fenómeno relativo a la convencionalización⁷) del derecho para posibilitar un escenario de uniformidad e integralidad de un sistema permeado de agilidad, celeridad y diligencia. Pero esta dinámica es apenas incipiente en el sistema jurídico, puesto que sus raíces nacen con la interpretación lograda en la jurisprudencia constitucional. Resulta valioso indicar con anterioridad a este razonamiento una aproximación tímida del examen jurisprudencial por parte de las autoridades administrativas, y específicamente de la función judicial, empleado tiempo atrás como los casos reconocidos en la ley ante instituciones jurídicas como “doctrina legal” o “doctrina probable”, convertidos estos en vestigios que desembocaron en el PAEEJCET⁸, fruto de un derecho dinámico y transformador supeditado a las reflexiones doctrinales y claramente al ejercicio dogmático construido por el derecho de los jueces.

La reflexión de estos mecanismos⁹ en el ámbito judicial se convierte en insumos de fundamentación histórica para instituir la figura del precedente como fuente de aplicación normativa directa de las autoridades administrativas, según el CPACA.

En ese sentido, la integración de las anteriores tesis por parte de la jurisprudencia contenciosa administrativa registradas en el CPACA adoptó el PAEEJCET, reglamentado en el artículo 102, desde su visión en la sede administrativa, y continuado en los artículos 269 a 271, para establecer sus preceptos en sede judicial. Esta figura procesal tiene la finalidad de que los ciudadanos se

7 Esta tendencia relevante propone entender los postulados escritos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en conjunto todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como norma de aplicación a los casos de conocimiento por parte de las autoridades y jueces. Para tal motivo, se invita a la consulta de autores como Santofimio (2018). *El concepto de convencionalidad*.

8 Se recomienda seriamente la consulta del texto del profesor Yáñez Meza (2019), *El derecho de los jueces y el derecho de la administración pública: de la doctrina legal más probable al procedimiento de extensión de la jurisprudencia*. El autor realiza una descripción detallada de las figuras contenidas en el sistema jurídico colombiano para la aplicación de decisiones uniformes y la fundamentación del procedimiento de extensión jurisprudencial.

9 Instituciones procesales como la doctrina legal, doctrina legal más probable y, por último, doctrina probable, consolidadas desde el surgimiento del sistema judicial colombiano.

acerquen a una administración de justicia uniforme y respetuosa de los criterios unificadores en los cuales descansa la motivación de las decisiones judiciales como eficiente medida para la correcta integración de las posturas del órgano de cierre de esta jurisdicción, es decir, el Consejo de Estado (Yáñez Meza, 2019).

Esto significó un mayor acierto para la toma de decisiones administrativas por parte de las entidades, dotando con fuerza el concepto de precedente judicial y su verdadera posición en el sistema jurídico (Pulido Ortiz y Barreto Moreno, 2019); además, características como la descongestión judicial, el acceso oportuno a la administración y la obligación de garantizar los criterios de la tutela judicial efectiva son las condiciones pilares del mecanismo de extensión desde un horizonte de derecho transformador para las personas (Jiménez Escalante y Yáñez Meza, 2019).

El precedente judicial¹⁰ es ahora el insumo del debido proceso para la revisión de los casos en materia administrativa, y el diseño del PAEEJCET pretende tal naturaleza al consagrar las sentencias de unificación “SU” del Consejo de Estado(CE) como parámetro para lograr las tendencias de la seguridad y certeza jurídica como elemento central del derecho.

Sin embargo, la finalidad de lograr que ante situaciones análogas de hecho y derecho se dicten iguales decisiones por parte de las autoridades, lleva al PAEEJCET a ser una figura de avance, generando un ambiente de reflexión en la estructura del sistema de fuentes desde su irradiación hermenéutica, según la constitución y demás leyes; así le entrega a la Administración una herramienta para ser diligente, perentoria y ágil, posibilitando un progreso en sus funciones.

CONSIDERACIONES SOBRE LAS PREMISAS DESARROLLADAS EN LA REFORMA AL CPACA POR MEDIO DE LA LEY 2080 DE 2021

Las disposiciones normativas indicadas en el PAEEJCET están sometidas a constantes revisiones para clarificar las reglas procesales; por ende, la consulta ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es constante desde su vigencia, pues los resultados no son los esperados, a razón de un panorama en el que las autoridades desconocen cómo aplicar correctamente el mecanismo, emiten interpretaciones ambiguas o poco claras sobre los presupuestos del mismo y, en ocasiones, propician lecturas contradictorias en su trámite, desconociendo su objetivo.

10 La tesis del precedente judicial parte de las consideraciones dadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-836 de 2001) y de disposiciones establecidas en la construcción de líneas jurisprudencial abordadas por consideraciones doctrinales, como López Medina (2019) o Bernal Pulido y Bustamante (2015).

El punto de análisis del procedimiento debe estar determinado por encontrar las razones que lleven a que las autoridades dicten sus actos conforme lo indica la jurisprudencia. En ese orden de ideas, es valioso indicar un primer momento de análisis de la figura desde las particularidades encontradas en las providencias del CE. Así, Rubio Jácome et al. (2023) realizaron un análisis profundo del PAEEJCET, abarcando el panorama desde antes de la inclusión del mecanismo en el CPACA hasta los cambios producidos por medio de la Ley 2080 de 2021, en busca de reconocer las mutaciones dentro del procedimiento de extensión. Dicho ejercicio delimitó su objeto de estudio, en términos de tiempo, desde el 4 de julio de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2013¹¹, y concluyó con el reconocimiento de modificaciones que posteriormente fueron incorporadas en el texto legislativo reformativo¹². Por ello, sobre la fundamentación del mecanismo sostienen que:

La existencia de un procedimiento no es cuestión trivial, esto por cuanto solo a través de ese diseño o de un diseño procesal es que es posible la materialización de los derechos, lo cual es evidencia de una auténtica democracia procedimental. Sin duda alguna, la regulación del artículo 102 del CPACA en cuanto al objeto de estudio realizó lo que desde el artículo 89 constitucional se definió como mandato al legislador, en forma equivocada bajo la denominación protección judicial de los derechos. Ya que con instrumentos como el PAEEJCE la tutela efectiva deja de ser un discurso exclusivo del juez y pasa a ser un verdadero fin en sede administrativa. (Rubio Jácome et al., 2023, p. 30)

Siguiendo un escenario pedagógico para la comprensión del PAEEJCE, es menester indicar sobre su procedimiento: la génesis radica en la existencia e identificación de una sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado posteriormente, un examen de la situación fáctica y jurídica del caso solucionado en el fallo y su similar posición con el caso del peticionante; estos presupuestos permiten acudir directamente a la entidad competente y responsable de materializar la solicitud para que se resuelva de idéntica forma como en el caso invocado.

Así, las principales reglas procesales se subscriben en la no caducidad de la pretensión tomada de los términos establecidos en el medio de control que pretendería hacer valer, la argumentación detallada para establecer la relación tanto de los supuestos fácticos como jurídicos y el correspondiente material probatorio, bajo la referencia de la “SU” del CE, en la que reconoce un derecho como requisito indispensable para extender los efectos (Ley 1437 de 2011, art. 102).

11 Cabe anotar que este periodo de tiempo tiene como punto de partida la vigencia del texto constitucional de 1991 hasta las primeras aplicaciones dadas por el CPACA al momento de iniciar su vigencia, 2 de julio de 2012.

12 Debido a las nuevas transformaciones propias de la justicia digital, en 2021 se realizó un proyecto de ley que introdujo unas reformas al CPACA; en los artículos 17, 77, 78 y 79 se pueden observar las modificaciones realizadas al PAEEJCE, tanto en sede administrativa como las particularidades en sede judicial.

Antes de la reforma al CPACA se solicitaba que el peticionario anexara “copia o al menos referencia de la sentencia de unificación”; ahora, existe una propuesta menos formal, al solo requerir la referencia de la sentencia pretendida, lo cual ha dado paso a un paradigma en el que las autoridades deben adoptar posturas más dinámicas en la materialización de estas peticiones. Es importante sostener que, si bien la tipología de la sentencia es restrictiva para operar el procedimiento de extensión, incansablemente se indica su naturaleza como sentencia de unificación del CE; es igualmente valioso sostener que las demás estructuras jurisprudenciales corresponden a una mirada del precedente judicial que obliga a las autoridades a su cumplimiento (Santofimio Gamboa, 2020).

Superado el examen de los requisitos establecidos en el procedimiento de extensión, reiterando su filosofía destinada a evitar la instancia judicial, la acción sería respetar el precedente dictado, para que la autoridad competente ordene la extensión de los efectos en términos de celeridad y eficiencia. Para eso, a la autoridad le asiste un término perentorio para resolver la petición en treinta (30) días, no obstante, puede negar la petición soportada en las disposiciones de ley, como:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un periodo probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso, estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios de probatorios ya mencionados.
2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resulta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269 –**Numeral suprimido mediante la Ley 2080 de 2021**– (Ley 1437 de 2011, art. 102).

Es valioso referirse a la supresión del último numeral, pues existía una visión errónea de que la autoridad administrativa podía apartarse de la decisión del juez, desconociendo la interpretación dada en la SU; razón por la cual se desnaturalizaba el proceso de extensión y generaba un obstáculo adicional por parte del aparato institucional, siendo esto un acierto del legislador, al eliminar dicha posibilidad para negar la petición.

Sin embargo, siguiendo la postura de un sector de la doctrina (Cabarcas Mercado, 2023), es impertinente, de igual modo, sostener que una posibilidad para desestimar la petición sea la imposibilidad de extender por requerir una etapa probatoria, pues esto no es más que una herramienta para dilatar o imponer trabas administrativas, lo cual genera resultados negativos en la aplicación de la herramienta, pues convierte el procedimiento en una verdadera diligencia jurisdiccional orientada por sus fuertes reglas y términos procesales en materia de valoración probatoria.

Del mismo modo, en sede judicial se encuentran contenidos los artículos 269, 270 y 271, los cuales también fueron afectados por las reformas insertadas mediante la Ley 2080 de 2021, que incorporan ajustes derivados de la evolución de la jurisprudencia consagrando avances en la materia, en busca de potenciar el acceso en la agilidad de las decisiones judiciales; estas disposiciones normativas se convierten en la luz hermenéutica aplicada por las autoridades para sostener uniformidad en sus actos.

Ahora, el trámite en sede jurisdiccional inicia con el rechazo, admisión o inadmisión de la solicitud; para este último se concede un término de diez (10) días para subsanar las observaciones encontradas. Otra de las grandes inclusiones con la reforma es el papel que asume la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado junto con la autoridad competente para materializar los efectos de la sentencia; les asiste un término de traslado de treinta (30) días para que aporten pruebas pertinentes, sin desconocer que las razones para fundar su oposición son igualmente las establecidas en el precitado artículo 102 (Cabarcas Mercado, 2023); superada por el órgano competente dicha actuación¹³, el órgano judicial del contencioso administrativo queda facultado para la toma de decisión; si resultare favorable, ordenará actuar conforme al dicho de los jueces a la autoridad cuestionada.

Los artículos 270 y 271 del CPACA tratan sobre las particularidades de la piedra angular del PAEE-JCE, la cual se orienta a la “SU” proferida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que reconoce un derecho, pero, frente al cuestionamiento de la posibilidad de acudir con otro tipo de sentencia, se realizará un análisis fruto de una breve línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en el que revisa este panorama aportando razones para sostener una comprensión restrictiva, es decir, solo ante la SU es posible activar el procedimiento debido a la coherencia y finalidad que el legislador postuló como columna vertebral del mecanismo.

13 Resulta también importante la disposición normativa sobre la audiencia de alegatos, ya que inicialmente puede sostenerse que debe surtir de forma escrita, pero si el CE lo observa conveniente, convocará a audiencia de alegatos, en la cual se adoptará la decisión a que haya lugar. A esta audiencia se podrá ordenar la presencia del funcionario de la entidad que tenga la competencia para decidir el asunto, el cual tendrá la obligación de asistir, so pena de incurrir en falta grave (Ley 1437 de 2011, art. 269).

DISPOSICIONES DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL AL PAEEJCET EN EL PERIODO 2014-2018

Las sentencias de tipología SU referenciadas en el artículo 270 del CPACA se han consolidado como el ejercicio epistémico de la institución procesal de este procedimiento administrativo, lo cual ha generado tesis encontradas desde la reflexión académica¹⁴ con el objetivo de ampliar su aplicación a través de órdenes emitidas por jueces constitucionales o cambiando el sistema de aplicación, lo que lleva a concluir un desconocimiento del actual sistema de fuentes, en el que es imperioso seguir la *ratio decidendi* identificada en los precedentes judiciales y administrativos.

A propósito de esta visión, la Corte Constitucional realizó un examen de constitucionalidad sobre esta perspectiva con cargos argumentales que sostenía que el legislador desconocía el papel preferente que la jurisprudencia constitucional predicada, a raíz de los mismos pronunciamientos de la Corte que fortalecieron el sistema de precedentes en el ordenamiento jurídico colombiano, no obstante, respecto del PAEEJCET, arrojó como resultado la siguiente disposición:

Entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. (Sentencia C-816 de 2011)

De ahí se desprenden postulados propios para un procedimiento que se acerca al ciudadano en busca de garantías y materialización de sus derechos cuando acude a la Administración pública; por ello, invocar directamente sentencias emitidas por cualquier otro órgano judicial o sentencias que no cumplen con los parámetros indicados son líneas interpretativas que desconocen la naturaleza de un procedimiento especial tendiente a ser más sencillo con las demandas de los ciudadanos. Este razonamiento será el evidenciado en la línea jurisprudencial sobre la extensión de jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional, que inicia con la Sentencia C-816 de 2011 y es reiterada en la sentencia C-588 de 2012, con la plena garantía del desarrollo constitucional, legal y reglamentario al que le asiste el deber funcional de las autoridades.

14 Varias propuestas están destinadas a reflexionar sobre una interpretación restrictiva o una más flexible sobre la sentencia de unificación que puede invocarse mediante PAEEJCE; sobre estas posiciones se han presentado acciones de constitucionalidad y revisado sentencias de tutela en el interior de la Corte Constitucional, analizadas más adelante en este texto, que centran las tesis en la figura determinada por el legislador y su configuración.

En ese panorama, es importante reiterar los lineamientos del PAEEJCE en relación con las anotaciones hechas sobre la fuerza vinculante que tiene el precedente judicial, y la postura de las autoridades que debe ceñirse a la aplicación uniforme en sus actos administrativos y demás formas de manifestación. Retomando la exposición, la Corte Constitucional, con el fin de unificar jurisprudencia, profiere la Sentencia SU-611 de 2017¹⁵, debido a la necesidad de establecer los parámetros de la comprensión sobre la naturalidad del fenómeno de la tipología de providencias que pueden extenderse en el procedimiento.

La Corte Constitucional introdujo a la figura de la extensión, en aplicación lógica de la vinculatoriedad general a la que están sometidas todas las autoridades al precedente constitucional, no modifica el objeto de la propia extensión que sigue siendo exclusivamente las sentencias de unificación del máximo tribunal de lo contencioso administrativo. En tal sentido, no es del resorte de las autoridades administrativas o del Consejo de Estado, por vía del trámite de extensión jurisprudencial consagrado en el CPACA, proceder a extender directamente los fallos de la Corte Constitucional, más allá de los efectos que por su naturaleza vinculante y según la modulación que en ciertos casos pueda definir. (Sentencia SU-611 de 2017)

Filosóficamente, la intención del procedimiento de extensión lleva esta conciliación normativa, en la que el máximo intérprete constitucional sostiene la integridad sistemática y teleológica en las actuaciones del Estado y, de forma integral, en todas sus funciones (tanto en la mirada administrativa como en la función judicial y legislativa), que también comparte la finalidad de modernidad en los sistemas del aparato estatal. Es así que el postulado del reconocimiento del precedente judicial, como un faro que ilumina las decisiones judiciales, es un proceso revolucionario, gestado en el interior de la visión jurista del país y su relación con el derecho administrativo; la identificación de estos procesos supone un avance enorme que posibilita los deseos de igualdad y uniformidad (Pulido Ortiz y Barreto Moreno, 2019).

15 En este caso, mediante acción de tutela contra providencia judicial emitida por el Consejo de Estado, dos docentes solicitan se extiendan los efectos de las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional y la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre la indemnización a que tienen derecho por considerarse víctimas del conflicto armado interno; es importante indicar que no referencian una sentencia en particular, razón por la que fueron negados los efectos de la extensión jurisprudencial por parte del Consejo de Estado. En ese contexto, uno de los aspectos relevantes del problema jurídico radica en determinar la posibilidad de acudir a providencias distintas de las sentencias de unificación para solicitar la aplicación del mecanismo. Al respecto, la Corte, tras el análisis del caso, adoptó una posición que desvirtúa dicha proposición y, en consecuencia, decidió no tutelar el derecho, aceptando las consideraciones de los jueces de tutela.

Seguidamente, la Corte Constitucional vuelve a dictar jurisprudencia de unificación en 2018¹⁶ y nuevamente expone: “La hermenéutica que elaboran las autoridades judiciales que poseen la facultad de unificar jurisprudencia y otorgar comprensiones a normas superiores adquiere el carácter de vinculante para los demás operadores jurídicos” (Sentencia SU-068 de 2018). Por eso, la unificación de precedentes en el interior del CE es el mecanismo de mantenimiento de orden sistemático ante los diversos casos fallados.

Bajo estos preceptos, se puede concluir, sobre las decisiones de la Corte Constitucional, que la figura del precedente y la jurisprudencia dan como resultado una nueva fundamentación al sistema, lo cual genera serio impacto dentro del ordenamiento jurídico colombiano; de ahí que el PAEEJCET sea una tendencia vital para la interpretación, más cuando se presentan vacíos de criterios normativos o múltiples interpretaciones a raíz de dificultades hermenéuticas.

TRANSFORMACIONES AL PAEEJCET DESDE LOS PRECEDENTES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN EL PERIODO 2014 A 2018

Revisadas las providencias emitidas por el CE sobre el PAEEJCET, realizaremos un análisis desde 2014 hasta 2018, con el propósito de continuar la actividad realizada por los docentes Rubio Jácome et al. (2023)¹⁷, con el objetivo de seguir abordando este mecanismo y sus transformaciones, que son relevantes en el sistema jurídico del derecho administrativo en Colombia, aun cuando en los últimos años el propósito del sistema administrativo es lograr por parte de las autoridades un cambio de paradigma, al consolidar una administración diligente, eficaz y efectiva ante las peticiones de los ciudadanos.

En otras palabras, el objetivo principal es hacer un análisis hermenéutico para fortalecer el mecanismo consagrado en la legislación, en la que la seguridad jurídica se presenta como herramienta para la contestación de las pretensiones atendidas por las autoridades, dejando a un lado el trámite complejo a instancias del CE, ya que el propósito no es mutar este procedimiento a un

16 En el referenciado caso se estudia una acción de tutela interpuesta por la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales (UGPP) contra el Consejo de Estado –secciones A y B– debido al reconocimiento y extensión de los efectos de una sentencia de unificación sobre los criterios que integran el IBC como factor salarial bajo el derecho a la reliquidación pensional; en este orden de ideas, la Corte establece que la tutela no es un mecanismo para desconocer los postulados que establece el procedimiento de extensión jurisprudencial y que aplicando los presupuestos establecidos para el reconocimiento de la solicitud de extensión, indica que acierta en los criterios aplicados en este caso por parte del Consejo de Estado como muestra de seguimiento de sus posturas.

17 Véase Rubio Jácome et al. (2023).

escenario tradicional de un proceso contencioso, ni una revisión de recursos ante las decisiones administrativas ni una nueva instancia, sino adoptar la autenticidad de un sistema efectivo.

De ahí se desprende el reconocimiento de los siguientes casos relevantes, desde el 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2018, con el objetivo de establecer tales transformaciones y reiterar las reglas procesales diseñadas para el proceso de extensión jurisprudencial de las sentencias de unificación del Consejo de Estado:

¿Cuál ha sido la transformación del PAEEJCE en el periodo 2014-2018 a instancias del CE?		
<ul style="list-style-type: none"> Casos en los cuales se han extendido los efectos de la jurisprudencia del CE 	<ul style="list-style-type: none"> (C.P. Ramírez Ramírez) (Auto NRD 20093, 2014) (C.P. Arenas Monsalve) (Auto NRD 0988, 2014) (C.P. Andrade Rincón) (Auto RD 47833, 2014) (C.P. Arenas Monsalve) (Auto NRD 2062, 2014) (C.P. Gómez Aranguren) (Auto NRD 157414, 2015) (C.P. Vargas Ayala) (Auto NRD 00368A, 2015) (C.P. Vergara Quintero) (Auto NRD 240812, 2015) (C.P. Valbuena Gómez) (Auto NRD 0418, 2016) (C.P. Carvajal Basto) (Auto NRD 21233, 2016) (C.P. Hernández Gómez) (Auto NRD 0183, 2016) (C.P. García González) (Auto NRD 0042, 2017) (C.P. Suarez Vargas) (Auto NRD 128714, 2017) (C.P. Velásquez Rico) (Auto RD 59509, 2018) (C.P. Santofimio Gamboa) (Auto RD 51698, 2018) 	<ul style="list-style-type: none"> Casos en los cuales no se han extendido los efectos de la jurisprudencia del CE

Fuente: elaboración propia.

Respecto a la investigación documental realizada, resulta evidente que existe un número mayor de providencias sobre el proceso de extensión jurisprudencial, pero no fueron incluidas en este estudio debido a que eran temáticas reiteradas suficientemente por parte de la academia y dentro del mismo sistema jurisdiccional, las cuales niegan por extemporaneidad, por invocar sentencias que no reconocen derechos o por sentencias en acciones abstractas como la nulidad por inconstitucionalidad o nulidad simple de los actos administrativos; por tal motivo, no se tuvieron en cuenta, con la intención de enfocar el análisis en las posturas innovadoras, como propósito para potenciar la dinámica del procedimiento especial y la correspondiente actuación de las autoridades con función administrativa.

En ese orden, se identificó las siguientes situaciones fácticas sobre las características contenidas en las solicitudes sobre la sentencia invocada:

Providencia	Subregla que se crea	Consecuencia	RECHAZAR DE PLANO la solicitud de extensión
(Auto NRD 157414, 2015)	En el evento en que el peticionario invoque se extiendan los efectos de un auto proferido por un tribunal administrativo.		

Nuevamente, la SU del CE es concebida como el requisito indispensable para poder acceder a la extensión de los efectos de la decisión invocada; sin embargo, existen casos contradictorios en los que las solicitudes se sustentan en providencias que no cumplen con tales requisitos, como la anterior situación, en la que referencian un auto proferido en el trámite de apelación por parte de un tribunal administrativo, respecto a lo cual se permite concluir que la prosperidad de la solicitud debe ser rechazada de plano.

Como anotación crítica, en la configuración del ejercicio profesional del derecho resulta extraño acudir al ejercicio de acciones que contradicen palmariamente lo redactado en la legislación, reconociendo, en ocasiones, propósitos destinados a un desgaste y congestión en las instituciones¹⁸. Por ello, las particularidades de la sentencia constituyen el escenario para que las autoridades posean herramientas en las gestiones que deben resolver; por ejemplo, se encontró igualmente las siguientes subreglas imprimidas respecto de la sentencia invocada:

Providencia	Subregla que se crea	Consecuencia	RECHAZAR por improcedente la solicitud de extensión
(Auto NRD 20093, 2014)	Si en solicitud alude a varias providencias de diferentes secciones del CE, pero en ninguna cumple con los presupuestos legales indicados para reconocerse como SU.		
(Auto NRD 20093, 2014)	Si la solicitud invoca sentencias de unificación en sede de revisión de tutela proferidas por la Corte Constitucional.		
(Auto RD 47833, 2014)	Si en las etapas del procedimiento invoca diferentes sentencias "SU" modificando su referencia.		
(Auto NRD 0183, 2016)	Si la sentencia invocada en el trámite no guarda identidad con la situación de la peticionaria		
(Auto RD 51698, 2018)	Si la sentencia no cumple los presupuestos del legislador consagrados en el artículo 270 del CPACA.		

¹⁸ Estas acciones evidencian un desconocimiento del numeral 2 del artículo 6 del CPACA, denominado "Deberes de las personas".

Las particularidades definidas constituyen el horizonte actual del papel de la jurisprudencia, al reconocer criterios diferentes a los establecidos en la legislación, lo que permite la creación de subreglas para garantizar la autenticidad de la herramienta y su ejercicio por parte de las instituciones del derecho administrativo; es así que las subreglas dispuestas en el anterior cuadro direccionan los esfuerzos para consolidar un sistema propio del PAEEJCE respecto de las sentencias de unificación acordes con los lineamientos desarrollados por la doctrina del CE.

La primera sentencia del anterior cuadro¹⁹ resulta un caso interesante de estudio, al punto de generar un razonamiento en el que parece que la autoridad o los jueces poseen la capacidad omnicompreensiva, pues no existe referencia de ninguna sentencia vinculante de forma precisa sino que recurre a numerosas disposiciones cuyos temas, en algunos casos, son abismalmente diferentes a la circunstancia descrita por el peticionario; claro ejemplo para justificar el deber consagrado propiamente en las disposiciones legisla, en las que existe la carga para el peticionario de reconocer, identificar e invocar una sentencia de tipo “SU” proferida por el CE; por lo tanto, no es deber de la autoridad en sede administrativa ni del juez en sede judicial realizar un trabajo de búsqueda jurisprudencial, porque ello conlleva la desnaturalización del mecanismo y desvirtúa la lógica con la que fue diseñado.

En el tercer caso se referencia situaciones en las que la sentencia citada para extender los efectos es diferente en las etapas del procedimiento, es decir, no es congruente, o también las circunstancias en las que en los supuestos de hecho y de derecho no existe similitud con la situación del peticionario, por lo cual arrojan como resultado la no prosperidad de la solicitud. Resulta crítico la disparidad y poca integralidad al invocar una sentencia ante la autoridad y cambiarla en sede judicial o en las demás etapas del procedimiento, reconociendo un ejercicio de insuficiencia epistémica.

No obstante, existen algunas circunstancias dentro del trámite a las cuales las autoridades administrativas deben generar análisis destinados a la motivación de sus decisiones; por lo tanto, a la luz de las disposiciones consagradas en el CPACA con el propósito de no cambiar o mutar el proceso a una actuación administrativa ordinaria, incluir recursos improcedentes o proposiciones que no son compatibles con el ejercicio propio del mecanismo de extensión jurisprudencial.

19 En el Auto (NRD 20093, 2014), el caso del peticionario solicita a INVIAS la devolución de unos dineros correspondiente a una contribución de valorización bajo el fundamento del pago de lo no debido a través del PAEEJCE, para lo cual invoca una serie de sentencias de unificación, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, con fundamento en el principio *lura novit curia* (poder de juez de aplicar el derecho al caso).

Para ello, se identificó las siguientes situaciones fácticas del PAEEJCE en sede administrativa sobre los supuestos que deben seguir las autoridades ante:

Providencia	Subregla que se crea	Consecuencia	RECHAZAR por improcedente la solicitud de extensión
(Auto NRD 0988, 2014)	En el trámite del PAEEJCE no puede invocarse dentro de la interposición de un recurso ante una decisión administrativa.		
(Auto NRD 21233, 2016)	El PAEEJCE no puede iniciarse en tribunales administrativos ni en ninguna otra entidad que no sea la autoridad competente para tramitar la solicitud.		
(Auto NRD 0042, 2017)	Los asuntos que pueden extenderse deben ser de competencia del CE, reconocidos en sus sentencias, siguiendo, los artículos 104 y 105 del CPACA		

La labor de la autoridad es verificar el cumplimiento de las posturas desarrolladas en el procedimiento especial, es decir, seguir los lineamientos propuestos en el artículo 102 de la Ley 1437 sobre las pautas en sede administrativa; anotación importante para considerar la diligencia como la etapa de inicio y que es condición necesaria para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; es palmario que quienes acuden al CE mediante la revisión de un recurso o sin poseer las características descritas por los resultados obtenidos en sede judicial, se convierte en una acción contraproducente a lo establecido en la ley; acudir al trámite en sede judicial debería ser tratado desde una disposición extraordinaria y residual.

Ahora bien, en aquellos eventos en los que el escrito razonado y la invocación de la sentencia ante la autoridad evidencien la falta de competencia para resolver, se desconocen un elemento estructural del funcionamiento de la Administración pública. Por ello, esta premisa de la competencia resulta vital para reconocer las diversas funciones consagradas a las entidades relacionadas bajo las dimensiones de la descentralización, desconcentración y delegación²⁰.

Continuando con el ejercicio, se identificaron las siguientes subreglas en los casos relacionados con las disposiciones por parte del CE en sede judicial del PAEEJCE, que busca garantizar su autenticidad y teleología, con el propósito de lograr su aplicación correcta, postulados que a futuro constituyen criterios de revisión por parte de las autoridades.

²⁰ Reconociendo los principios consagrados en la función administrativa (Constitución Política, art. 209).

Providencia	Subregla que se crea	Consecuencia	NEGAR los efectos de la extensión jurisprudencial
(Auto NRD 240812, 2015)	El procedimiento en sede judicial ante el CE no permite fundamentar el tema jurídico para tomar otra decisión o variar el problema jurídico contenido en la sentencia invocada		
(Auto RD 59509, 2018)	Si no existe certeza en las situación fáctica y jurídica, o existe duda en el examen de compatibilidad con la sentencia de extensión.		

Y, por otro lado, la decisión de extender los efectos debe estar soportada en:

Providencia	Subregla que se crea	Consecuencia	ACCEDER a la extensión jurisprudencial
(Auto NRD 2062, 2014)	El peticionario realiza un ejercicio argumentativo sobre la sentencia que se invoca para configurar la situación fáctica y jurídica en términos de uniformidad.		
(Auto NRD 0418, 2016)	Después de realizar un examen satisfactorio y detallado de los criterios facticos y jurídicos que permitan concluir la similitud del caso de la sentencia se pretende extender.		

El examen de la autoridad debe delimitarse a la identificación y configuración de los presupuestos contenidos en la sentencia aludida, desde comprensiones interpretativas sistemáticas, es decir, un recuento de las normas aplicables al caso, para lograr un resultado de certeza en la operación jurídica; de ahí la relevancia de la carga argumentativa del peticionario en el escrito de solicitud.

Esta actividad ha sido entendida correctamente por el CE; en los últimos años, y con la llegada de la reforma al CPACA, se observa cómo la comprensión del procedimiento permite reconocer la ontología lograda con la medida para el acceso del ciudadano al aparato judicial, siguiendo los parámetros de casos anteriores, lo cual genera un bloque normativo sólido. Por ejemplo, se observa un caso en el que un grupo de personas pretendía la extensión de un fallo; la tarea estuvo enmarcada en individualizar cada caso para reconocer o negar los efectos, según el cumplimiento de los criterios establecidos tanto en el mecanismo como en la sentencia referida.

Providencia	Subregla que se crea		
(Auto RD 59509, 2018) (Auto NRD 128714, 2017)	Si dentro del asunto en estudio existe un grupo de peticionarios que reúnen los requisitos para la extensión y otros que no aprueban el examen de similitud de los supuestos facticos y jurídicos.	Consecuencia	ACCEDER a la extensión jurisprudencial los que reúnen los requisitos y NEGAR los efectos para los demás.

Estas conclusiones aportan un escenario en el que los mecanismos creados por el legislador deben agotarse correctamente para concretar los fines establecidos, no solo por el constituyente sino por las demandas sociales presentadas por los retos actuales que hacen de la operatividad del Estado un modelo complejo, pero al cual el derecho debe hacer frente para su propia transformación y legitimidad.

Por último, existen vicisitudes derivadas de la aplicación del mecanismo que aún no han sido objeto de análisis o de consideraciones en las decisiones del CE como órgano rector del derecho administrativo; por tal motivo, la invitación es a seguir revisando los posibles escenarios destinados a fortalecer las actuaciones de las autoridades, dejando a un lado ciertas confusiones producidas por dudas procesales o interpretaciones ambiguas del texto normativo.

DESAFÍOS ACTUALES DEL PAEEJCET

La Administración pública, junto con las tesis desarrolladas por el Estado moderno, debe enmarcarse en una serie de criterios revolucionarios. El mismo sistema jurídico colombiano ha entendido tales disposiciones para iniciar una relectura de las fuentes del derecho; mediante la cual, la jurisprudencia desempeñó un papel preponderante, pues convirtió el precedente judicial en una herramienta útil en la toma de decisiones, tanto en sede administrativa como judicial, lo cual posibilitó la inclusión de novedosos escenarios, como el PAEEJCE.

Sin embargo, el impacto del mecanismo ante las autoridades no resulta ser el esperado; las razones dependen de varios factores, como la poca capacitación en cuanto a las etapas del procedimiento, o no tener un ejercicio de coordinación entre las decisiones de los órganos de cierre con las entidades que deben resolver las peticiones; es decir, un primer desafío demanda una labor en la que existan relaciones pedagógicas para que los administradores públicos, o los que tienen el deber de responder las solicitudes, tengan un amplio espectro de competencias cognitivas respecto de las actualizaciones jurisprudenciales, mayormente ante las “SU”.

La actualización en derecho supone un ejercicio natural de la actividad tanto política como jurisdiccional, dando como resultado la dinamización del procedimiento por ello, la presencia de

instituciones obsoletas o que no tienen un compromiso de recarga hermenéutica llevan a resultados contraproducentes, no cumplir los objetivos planteados; así, la premisa de la descongelación del aparato de justicia se desvirtúa porque al no tener claro su fundamentación, genera un efecto adverso, lo cual lleva más casos a la jurisdicción contenciosa.

El desafío radica en las autoridades, en sus diversos órdenes y niveles, pues no solo deben coordinarse, sino asumir posturas acordes con las directrices emitidas en los razonamientos precedidos, pinceladas propias de un Estado contemporáneo; así deben entenderse dispositivos como el procedimiento especial, como una ventana para seguir apostando por un sistema robusto, con celeridad y experticia en las funciones que están en cabeza de la Administración pública. Ahora mismo, la necesidad de actualización, formación, evaluación y seguimiento a los manuales de los funcionarios al servicio estatal constituye una materia de imperativa revisión.

Del mismo modo, una segunda propuesta de forma generalizada, según la reflexión de los mandatos de la Corte Constitucional, supone la obligación de que en cada actuación, es decir, independiente del mecanismo de extensión jurisprudencial, deben seguirse de forma preferente las disposiciones integrales del precedente constitucional, no solo como un eslabón de garantía de uniformidad y seguridad jurídica, sino más allá, como un criterio de corrección de derechos fundamentales, dando luces hermenéuticas en el alcance por parte de la Administración.

De tal panorama se genera la tesis innovadora respecto a que se debe generar un debate sobre la ampliación de este procedimiento, lo cual posibilitaría que, ante los precedentes reconocidos y reiterados por parte de los tribunales administrativos, se constituya, de igual forma, la habilitación para que las autoridades pasen a dictar decisiones en las que extiendan los efectos de las sentencias que reconocen derechos; esto como una garantía procesal de celeridad y una medida adicional para que se empiece a depurar la carga laboral en los casos que tienen como responsable al CE; sumado a la tendencia de establecer el respeto por el precedente horizontal, potenciando con ello un sistema de decisiones judiciales.

Los mismos criterios llevan a enlazar la figura al sistema constitucional, para simplificar los procesos de reconocimientos de derecho consagrados en las acciones constitucionales; aspectos que merecen ser tratados desde el ejercicio investigativo y epistémico enmarcado en el derecho administrativo, como bastión del derecho público. Finalmente, la descripción de estos desafíos no desconoce las mutaciones o disposiciones que deben ser definidas en los procesos administrativos, muchos de los cuales deben tener en cuenta los retos de las sociedades contemporáneas.

CONCLUSIONES

La inclusión del PAEEJCE debe entenderse como un momento central en el sistema jurídico del derecho administrativo colombiano, en la medida que es la desembocadura de figuras que buscaban la transmisión y decisión de las autoridades conforme lo hacían las entidades judiciales, como propósito de igualdad, uniformidad, coordinación y los demás principios institucionales bajo el deber de servicio a los intereses de la comunidad y la realización de los derechos, como es de esperar en un Estado social de derecho como el instaurado en Colombia.

Por ello, el precedente judicial sigue constituyéndose como un instrumento vital para el funcionamiento de la administración de justicia, junto con su papel de corrección judicial; tal filosofía es la empleada en la modificación desde la reflexión contenida anteriormente con el concepto de doctrina probable hasta la posición relevante mediante la cual se ajusta el actual sistema de fuentes del derecho. Por ende, la relación entre precedente y derecho de la Administración pública es cada vez mayor; la identificación de la *ratio decidendi* constituye un elemento central en la consolidación de un sistema coherente, orientado a la adopción de decisiones sustentadas en sus propias tradiciones y en las exigencias de una democracia constitucional. En ese contexto, el mecanismo de extensión logra insertarse en la dinámica jurídica y política como una herramienta para el fortalecimiento del disfrute de los derechos fundamentales, el debido proceso, la tutela judicial efectiva, así como para la garantía de celeridad mediante plazos razonables en la resolución de las peticiones, en consonancia con los postulados de una justicia del siglo XXI.

Tales criterios son reconocidos evidentemente por el legislador, que lanzó una reforma al procedimiento y, en general, a todo el CPACA, con el firme propósito de consolidar un sistema de derecho administrativo accesible, eficaz y eficiente para que quienes deseen activar las figuras procesales en torno a la materialización de un derecho sustancial sea resuelto con uniformidad y agilidad. Por ello, el procedimiento contenido en los artículos anteriormente precitados estableció insumos que ahora hacen parte activa de las acciones que la Administración debe verificar en su ejercicio, reconociendo que varias de las premisas constituidas ahora en ley nacieron de la revisión ejecutada por la academia en las revisiones de providencias sobre el negocio jurídico en cuestión.

Razón de peso para entender que las consideraciones que buscan modernizar las solicitudes de extensión jurisprudencial pasan por la dinámica de lograr la efectividad en el reconocimiento de los derechos; aspectos que tiene como metodología la obtención de exámenes satisfactorios en la sistematización de las SU, siendo su propósito podar las ambigüedades en el alcance de los derechos o en las etapas del trámite.

Ahora bien, resulta necesario abonar la comprensión hermenéutica expuesta por la doctrina constitucional en busca de potenciar un pensamiento ciudadano siguiendo las disposiciones contenidas en el texto constitucional, las posturas consagradas por el legislador y la interpretación o alcance normativo que a través de sus decisiones los jueces realizan amparados por su función; esto no es más que los esfuerzos para conciliar un Estado legítimo, dinámico, coordinado y ágil en el reconocimiento de sus precedentes; esta visión la manifiesta las sentencias SU-611 de 2017 y SU-068 de 2018, al proponer la integralidad por parte de los operadores administrativos en el procedimiento de extensión jurisprudencial.

Finalmente, las herramientas e insumos de las autoridades para garantizar un orden justo pasa por una cruzada académica y profesional; de ahí que el mecanismo de extensión tiene como tendencia un ejercicio de análisis, lo cual le permite robustecerse como escenario vital para que los derechos subjetivos sean una realidad inmediata, bajo el panorama del derecho de los jueces, en el que la motivación de sus decisiones posibilita abrir estos escenarios a debates argumentativos valiosos; en otras palabras, no existe otra vía sino la de garantizar la esencia del derecho administrativo, que desde su origen está determinado por las consideraciones de los jueces, conforme con la ley, actualmente adaptada al PAEEJCE como manifestación de esta evolución del derecho administrativo.

REFERENCIAS

- Bernal Pulido, C. y Bustamante, T. (2015). *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Universidad Externado.
- Cabarcas Mercado, C. E. (2023). *Mecanismo de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros, aplicación en materia de responsabilidad patrimonial del Estado*. Editorial Ibáñez.
- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2014). Auto NRD 00988, C. P.: Gerardo Arenas Monsalve.
- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2014). Auto NRD 02062, C. P.: Gerardo Arenas Monsalve.
- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2014). Auto NRD 20093, C. P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.
- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2014). Auto RD 47833, C. P.: Hernán Andrade Rincón.
- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2015). Auto NRD 00368A, C. P.: Guillermo Vargas Ayala.
- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2015). Auto NRD 1574-14, C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2015). Auto NRD 240812, C. P.: Luis Rafael Vergara Quintero.
- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2016). Auto NRD 51853, C. P.: Ramiro Pazos Guerrero,
- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2016). Auto NRD 21233, C. P.: Stella Jeannette Carvajal Basto.
- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2017). Auto NRD 00042, C. P.: María Elizabeth García González.

- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2017). Auto NRD 1287-14, C. P.: Rafael Francisco Suarez Vargas.
- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2018). Auto RD 51698, C. P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado de Colombia (CEC). (2018). Auto RD 59509, C. P.: Marta Nubia Velásquez Rico.
- Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-093, M. P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-836, M. P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-634, M. P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia C-816, M. P.: Dr. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional de Colombia (2013). Sentencia C-838, M. P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia C-586, M. P.: Dr. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencia SU-611, M. P.: Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Corte Constitucional de Colombia (2018). Sentencia SU-068, M. P.: Dr. Alberto Rojas Ríos.
- Gil Botero, E. (2014). *La constitucionalización del derecho de daños*. Editorial Temis.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2020, 21 de abril). Curso de Procedimientos Administrativos V 2020 Extensión de la Jurisprudencia. <https://www.youtube.com/watch?v=SWJLCwKYJAs>
- Jiménez Escalante, J. T. y Yáñez Meza, D. A. (2019). Derecho procesal transformador en la reparación de las nuevas víctimas del conflicto armado en Colombia: desafíos para el proceso de responsabilidad del Estado. *Revista chilena de derecho*, 46(1), 129-154. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000100129>
- Montaña Plata, A. y Ospina Garzón, A. F. (2016). *La constitucionalización del Derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia.
- López Medina, D. E. (2019). *El derecho de los jueces* (2ª ed.). Legis .
- Pulido Ortiz , F. E. y Barreto Moreno, A. A. (2019). *La regla del precedente en el derecho administrativo*. Temis.
- Quinche Ramírez , M. F. (2015). *Derecho constitucional colombiano* (6ª ed.). Temis.
- República de Colombia (2011). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.
- República de Colombia (2021). Ley 2080. *Por medio de la cual se reforma el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo –ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción*.
- Reyes Granados, J. D. (2020). Aspectos jurídicos sobre el reconocimiento de la responsabilidad del Estado colombiano por los actos de reforma constitucional. *Revista Infometrica - Serie Sociales y Humanidades*, 78-108.

- Rubio Jácome, V. A., Pabón Giraldo, L. D. y Yáñez Meza, D. A. (2023). Utilidad y mutaciones del procedimiento administrativo especial de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades en Colombia, del 4 de julio de 1991 al 31 de diciembre de 2013. *Estudios Socio-Jurídicos*, 25(1), 1-37. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12174>
- Vila Casado, I. (2021). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo (3a ed)*. Bogotá : Editorial Universidad Libre.
- Yáñez Meza, D. A. (2016). Elementos de la democracia en la función judicial desde el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Código General del Proceso y reformas procesales en Iberoamérica*, 269-310.
- Yáñez Meza, D. A. (2019). El derecho de los jueces y el derecho de la administración pública: de la doctrina legal más probable al procedimiento de extensión de la jurisprudencia. *Revista Academia & Derecho*, 195-232. doi: <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.19.6014>

Órbita geoestacionaria: patrimonio de la humanidad o soberanía nacional y estatal

*Geostationary Orbit: World Heritage or
National and State Sovereignty*

LEONEL ANTONIO VEGA PÉREZ

Abogado de la Universidad INCCA de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico Políticas de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Negociales de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Historia de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC). Docente titular y coordinador del Grupo de Investigación Cuerpo Investigativo de Técnica Jurídica (CITEC) de la UPTC.

leonel.vega@uptc.edu.co

<https://orcid.org/0000-0001-5544-4213>

THOMAS FELIPE PALACINO LÓPEZ

Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC). Investigador del Grupo de Investigación Cuerpo Investigativo de Técnica Jurídica (CITEC) de la UPTC

thomas.palacino@uptc.edu.co

<https://orcid.org/0009-0009-3181-0181>

JUAN CAMILO ROMERO PIRAGUA

Estudiante de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC). Investigador del Grupo de Investigación Cuerpo Investigativo de Técnica Jurídica (CITEC) de la UPTC

juan.romero17@uptc.edu.co

<https://orcid.org/0009-0005-2595-3558>

Resumen

Este artículo explora la relevancia creciente de la soberanía espacial en el contexto de la exploración y uso del espacio ultraterrestre, analizando las implicaciones jurídicas de los tratados internacionales y las proclamaciones de soberanía de Colombia y otros países ecuatoriales, como Kenia y Ecuador, en la órbita geoestacionaria. Los tratados internacionales promovidos por la ONU establecen principios universales, tales como el espacio ultraterrestre, considerado patrimonio común de la humanidad y la libertad de exploración, y prohíben la propiedad exclusiva. Sin embargo, carecen de mecanismos vinculantes que garanticen su cumplimiento, lo que ha generado vulneraciones y desafíos actuales.

Se examinan los derechos exclusivos de Colombia sobre su segmento de la órbita geoestacionaria, así como las proclamaciones de soberanía de otros países ecuatoriales, destacando la aceptación tácita de la comunidad internacional; esto implica que Colombia es uno de los países que posee territorio por fuera del planeta Tierra, en el cual ejerce soberanía y administración exclusiva.

Finalmente, se destaca que Colombia, pionera en el derecho espacial, no enfrenta repercusiones jurídicas internacionales por su proclamación de soberanía, dado que cuenta con el respaldo de su Corte Constitucional y respeta los principios de los tratados internacionales.

PALABRAS CLAVE

Orbita, satélites, geoestacionaria, línea ecuatorial, espacio ultraterrestre, derecho espacial.

Abstract

This article explores the growing relevance of space sovereignty in the context of the exploration and use of outer space, while analyzing the legal implications of international treaties and proclamations of sovereignty by Colombia and other equatorial countries, such as Kenya and Ecuador, regarding the geostationary orbit. Although international treaties promoted by the UN establish universal principles, such as the common heritage of humanity and the freedom of exploration, thereby prohibiting exclusive ownership, they lack binding mechanisms to guarantee compliance. This regulatory gap has led to current violations and legal challenges.

The article examines Colombia's claims of exclusive rights over its segment of the geostationary orbit, as well as the proclamations of sovereignty by other equatorial countries, highlighting a degree of tacit acceptance by the international community. This implies that Colombia is one of the countries that purports to possess territory outside of planet Earth over which it exercises exclusive sovereignty and administration.

Finally, it is emphasized that Colombia, as a pioneer in space law, does not face international legal repercussions for its sovereignty claims, given that it has the support of its Constitutional Court and maintains a framework that respects the principles established by international treaties.

KEYWORDS

Orbit, satellites, geostationary, equatorial line, outer space, space law.

INTRODUCCIÓN

Con el avance del derecho espacial, la comunidad internacional ha comenzado a enfrentar el desafío de regular una nueva dimensión de la actividad humana: la expansión más allá de los límites planetarios. Este proceso ha llevado a consolidar un consenso según el cual el espacio ultraterrestre constituye un ámbito de uso común para toda la humanidad, exento de apropiación nacional, orientado exclusivamente a fines pacíficos y al beneficio colectivo. Sin embargo, esta visión ha sido tensionada por diversas proclamaciones de soberanía sobre segmentos del espacio exterior, como lo demuestra el caso de los Estados situados sobre la línea ecuatorial, que en 1976 suscribieron el llamado Tratado de Bogotá, declarando derechos exclusivos sobre la órbita geoestacionaria.

En el contexto colombiano, esta declaración ha adquirido una dimensión especial, al quedar ratificada en la Constitución Política de 1991, configurando una postura jurídica que persiste hasta la actualidad y que se proyecta como un punto de fricción con los principios consagrados en los tratados internacionales sobre el espacio exterior. A más de cuatro décadas de la firma del tratado, y con un renovado interés global por la explotación tecnológica y comercial del espacio, el debate en torno a la legitimidad, legalidad y viabilidad de tales pretensiones soberanas se torna especialmente relevante.

Este artículo propone una reflexión jurídica crítica sobre las consecuencias que conlleva, tanto para Colombia como para la comunidad internacional, la afirmación unilateral de derechos sobre un segmento específico del espacio ultraterrestre. Para ello, se adopta una metodología cualitativa, con un enfoque descriptivo, analítico e interpretativo, fundamentado en una revisión documental rigurosa de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales, tanto nacionales como internacionales. A través de un análisis hermenéutico de los principios rectores del derecho espacial y su confrontación con el discurso soberanista sostenido por los Estados ecuatoriales, se examinan los vacíos jurídicos, las tensiones normativas y las implicaciones derivadas de una posición que busca mantener derechos exclusivos sobre una órbita cuya funcionalidad y proyección económica son cada vez más estratégicas.

En un escenario global, donde los límites de la jurisdicción terrestre se diluyen ante la expansión espacial, resulta urgente repensar el estatuto jurídico del espacio exterior y sus zonas críticas, como la órbita geoestacionaria, a fin de garantizar un marco normativo coherente, equitativo y armónico con el principio de que el espacio es patrimonio común de la humanidad. Colombia, en su calidad de firmante tanto del Tratado de Bogotá como del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre de 1967, se encuentra en una encrucijada jurídica que exige un examen profundo de las

consecuencias que su postura soberanista puede acarrear en el plano del derecho internacional y de las relaciones multilaterales.

METODOLOGÍA

Este artículo de investigación tiene una metodología cualitativa, con enfoque descriptivo, analítico e interpretativo; esta investigación jurídico-doctrinal a través de una revisión documental exhaustiva con fuentes primarias (tratados internacionales, constituciones nacionales, sentencias de las cortes constitucionales) y secundarias (doctrina jurídica especializada en derechos espacial) utilizó un análisis hermenéutico para interpretar las normas y principios del derecho espacial, contrastándolos en sus puntos de divergencia y vacíos legales. De igual forma, se aplicó un análisis crítico sobre la efectividad y reales consecuencias de la proclamación de soberanía sobre la órbita geoestacionaria por parte de los Estados ecuatoriales, específicamente Colombia, y su choque con los principios internacionales del espacio exterior como patrimonio de la humanidad.

Somos una imposibilidad en un universo imposible.

Ray Bradbury

En un inicio es necesario tratar temas de indispensable comprensión para el ser humano, como la existencia del espacio ultraterrestre, que es el

Espacio de interés internacional situado más allá del espacio aéreo cuya exploración y utilización, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, está sometida a un régimen jurídico fundado en los principios de la libertad e igualdad de uso, la no apropiación nacional, la desnuclearización y desmilitarización, la utilización pacífica, la cooperación internacional y la asistencia mutua. (Infraestructura Colombiana de Datos Espaciales [ICDE], 2022)

Para la humanidad, el espacio ultraterrestre (o extraterrestre) ha sido un mito que ha capturado la imaginación, impulsando la curiosidad, la ficción y la atracción por explorarlo y conquistarlo: desde pisar la Luna hasta visitar planetas distantes y establecer colonias en ellos. La ciencia, con su agudeza, ha encontrado diversas características únicas en la Tierra como la línea ecuatorial, que es

La sucesión de todos los puntos del globo terráqueo en que la duración de los días y las noches son iguales en los 365 días del año, que constituyen una línea imaginaria que divide a la Tierra en dos hemisferios iguales: Boreal o Norte y Austral o Sur, y ésta es la Línea Equinoccial o Ecuador Terrestre (aproximadamente). (Bustamante, 1977, p. 6)

O la única

órbita sincrónica geoestacionaria que es una curva circular situada sobre el plano del Ecuador, a una altura aproximada de 36.000 km de altura de la tierra, compuesta por un anillo magnético de un ancho aproximado de 150 km y un espesor de 30 km. (Moreno Arvelo et al., 2021, p. 4)

Hoy en día, diversos Estados y organizaciones tienen la capacidad de explorar planetas mediante dispositivos espaciales. La llegada del hombre a la Luna es ya un hecho, y se están considerando seriamente ideas de turismo y exploración espacial,

Ya existen las compañías prestadoras del servicio, que cuentan con las naves y los equipos que este tipo de actividad requiere; asimismo existen, desde principios del siglo XXI, los planes para construir un hotel en el espacio que albergue a todos los aventureros que se atrevan a viajar a este lugar. (Nieto Lineros y Malpica Ramírez, 2014, p. 13)

Sin embargo, a pesar del desarrollo y los logros humanos, la esencia del ser humano le ha impedido comprender la cooperación para considerar el espacio exterior como un lugar que le pertenezca a la humanidad como patrimonio humano. A partir de diversas contribuciones por parte del derecho internacional, aún hoy existen controversias en el tema del espacio y su apropiación. En la actualidad, la legislación está obsoleta, y diversas legislaciones internas, como la colombiana, han desconocido los tratados internacionales y en sus constituciones, como la colombiana y la ecuatoriana, han declarado la soberanía sobre segmentos de la órbita geoestacionaria.

Por ello, es necesario, como en su momento fue regular todos los temas concernientes a la exploración y apropiación del espacio, pues “el derecho internacional no sólo constituye por su propia naturaleza una necesidad social, sino que actúa como un factor social decisivo en el devenir de la sociedad en construcción” (García, 2010), entender qué ocurre con estas declaraciones de soberanía que presentes hoy en día tienen una plena aplicación por parte de los Estados.

EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y SUS LIMITACIONES OPERATIVAS

Desde la década de 1950, la carrera espacial fue uno de los objetivos primordiales que el ser humano intentó alcanzar; debido a la pugna entre la Unión Soviética y los Estados Unidos de América, principales potencias mundiales de la época, se libró una batalla por conquistar el espacio. “El 4 de octubre de 1957 los soviéticos lograron su primera hazaña, pusieron en órbita el Sputnik I y así consiguieron que los ojos del mundo se posaran en Moscú y en su gran proeza” (Cortés Robayo, 2014, p. 8), sin embargo, la comunidad internacional tomó medidas específicas para evitar que dicha situación ocurriera.

El día 27 de noviembre de 1961, la Comisión para las Utilizaciones Pacíficas del Espacio Extra-atmosférico celebró su primera reunión,⁸ a solicitud de la Gran Bretaña, que deseaba que tratara los asuntos de trámite que se le presentaban, antes de que expirase el término para el cual había sido creada, y de este modo estar en condiciones de presentar a la Asamblea General un informe. (Seara Vázquez, 1963, p. 324)

Las naciones acordaron disposiciones legales para regir el espacio exterior y sus recursos. Esto se diferencia del espacio aéreo, que es integrante de los Estados soberanos y de su ejercicio legítimo en el mismo. El espacio aéreo es una parte de la atmosfera terrestre que no tiene un límite específico a nivel vertical, pero se acostumbra internacionalmente a verlo como todo aquello que está dentro de la atmosfera terrestre como sujeto a soberanía nacional; todo aquello que supera ese límite es espacio exterior, el que está siendo estudiado en este artículo.

Hoy día subsiste la cuestión de determinar el límite vertical del espacio aéreo o, lo que es lo mismo, la delimitación entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre, lo que no ha impedido, sin embargo, que ambos espacios hayan sido perfectamente definidos en cuanto a su régimen jurídico: el espacio aéreo sujeto a soberanía estatal plena y exclusiva, y el espacio exterior o ultraterrestre dominado por el principio de no apropiación nacional. (Calvo Castillo, 2020, pp. 122-123)

En 1963, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció la declaración sobre la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos: “El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no está sujeto a apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera” (ONU, 2002).

El tratado del espacio exterior de 1967 es el principal instrumento de regulación promulgado en materia de derecho espacial; se encarga de regular las actividades de los Estados en el espacio exterior de manera específica y rigurosa; tratado que hoy en día tiene plena vigencia. Establece los principios básicos del derecho internacional espacial, destacándose el principio de libertad de exploración y de patrimonio humano, resaltando, con este último principio, el carácter universal espacial y su no apropiación por parte de ningún Estado (ONU, 2002).

“El término de patrimonio común de la humanidad se ha utilizado por lo regular para nombrar distintos objetos, lugares y valores, además tiene un fuerte vínculo con el ámbito jurídico, en particular con el ámbito de los derechos humanos” (Tello Moreno, 2012, p. 9); este término es la esencia pura del derecho espacial, clarificando su carácter universal e inapropiable por parte de ningún agente mundial, bien sea una persona natural o jurídica como los Estados u empresas. Se debe aclarar que desde un inicio, sin mediar ningún otro objetivo, la comunidad internacional buscó, como principio y fin, que el espacio extraterrestre fuera patrimonio de la humanidad, es decir, de todos y de nadie.

Siendo así, actualmente el derecho espacial internacional se basa en el “Corpus Iuris Spatialis o compilación de los cinco Tratados de Naciones Unidas sobre el Espacio Ultraterrestre donde se recogen los principios básicos y fundamentales del Derecho Espacial reguladores de todas las actividades realizadas en el espacio” (Aguado Vaquero, 2022); los tratados que conforman esta familia jurídica son:

Tratado sobre los principios que rigen las actividades de los Estados en la explotación y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, vulgarmente conocido como Tratado del Espacio (Ultraterrestre), el 27 de enero de 1967, entrando en vigencia el 10 de octubre del mismo año... el Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (1968), el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1972), el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (1975) y el Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes (1979). (Gadea, 2018, p. 61)

A pesar de que no exista desarrollo internacional reciente, sus proclamas son claras y aceptadas: el espacio no puede ser propiedad de nadie. Su uso está declarado patrimonio humano, por tanto, todos los Estados deben cooperar para que la utilización del espacio sea pacífica y efectiva. “La comunidad internacional se enfrenta en el siglo xxi al reto de gestionar las actividades en el espacio ultraterrestre en beneficio de la humanidad con el propósito de que su utilización y recursos naturales puedan ser un patrimonio compartido” (Faramiñan, 2021, p.112).

Importancia de los tratados internacionales

La exploración del espacio ultraterrestre ha experimentado un crecimiento exponencial en las últimas décadas, impulsado por el desarrollo científico y humano, con un interés renovado en la propia investigación espacial. La importancia de los tratados internacionales es de vital importancia, pues “El derecho internacional público ha de cumplir ante todo esa misión pacificadora, ya que un sistema jurídico es un mecanismo de paz social” (Pagliari, 2004, p. 459) el cual contiene los siguientes factores claves:

- a) *Seguridad y paz internacional*: En el tratado sobre los principios que han de regir la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluida la Luna y otros cuerpos celestes, se establece que: “art.1: La exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluida la Luna y otros cuerpos celestes, se llevarán a cabo en interés de toda la humanidad y en beneficio de todos los países, sin discriminación alguna” (ONU, 2002); al igual que lo contemplado en su preámbulo, se enfatiza la necesidad de promover la seguridad y la paz internacional en la utilización del espacio exterior.

- b) *Promoción de la cooperación internacional*: En diversos tratados internacionales, como los ya citados de 1963, sobre el uso del espacio exterior con fines pacíficos, o la declaración de principios sobre la utilización del satélite de la órbita geoestacionaria internacional para las telecomunicaciones, enmarcan que es vital “una cooperación finalista, vertebrada fundamentalmente en torno a las necesidades e intereses de los países en desarrollo, y con el propósito de hacer llegar a estos los beneficios derivados de la tecnología espacial” (Gutiérrez Espada, 1999, p. 264) para que todas las proclamas puedan ser adecuadamente cumplidas; sobre todo, el carácter de progreso humano debe ponerse en práctica, sin trabas de ningún tipo y por ningún agente frente al desarrollo espacial.
- c) *Desarrollo y beneficios socioeconómicos*: La ONU ha establecido el espacio ultraterrestre como patrimonio humano, por tanto, toda la extensión y aprovechamiento que se pueda hacer frente a su explotación debe reportar beneficios para toda la humanidad, sin embargo, y en este punto fallan todos los convenios internacionales, realmente estos beneficios son solo para los Estados que hayan hecho las misiones de investigación y utilización, sin observarse el componente equitativo de distribución de riqueza.

Se puede observar un desarrollo, aunque un poco limitado, de la importancia de los tratados internacionales; en ellos se establecen bases fundamentales para alcanzar objetivos comunes, como lo son la cooperación internacional o la seguridad y la paz internacional. Estos tratados internacionales, que nacieron desde la década de 1960, han permitido que temas de mayor conflicto de la naturaleza humana, como la guerra y sus catástrofes, no hayan sopesado en nuestra realidad, y se han evitado. Sin embargo, existen desafíos legales, como los presentes en los beneficios socioeconómicos, que dejan en entredicho el verdadero factor importante de estos convenios, la humanidad y su beneficio mancomunado.

Principios fundamentales del derecho internacional espacial

El actual derecho espacial se basa en una serie de principios fundamentales que son el motor por el cual el espacio exterior puede ser usado con unos fines específicos sin mediar conflictos entre los Estados. Se destaca que este derecho emergente se basa en la no represión frente al cumplimiento de los tratados, por tanto, se quiere presumir que todos aquellos que tengan intereses en el espacio exterior tengan en cuenta la buena fe, pues

La idea de paz no es estática, es una condición de buena fe entre las naciones. La fidelidad a los tratados, la buena fe y el entendimiento mutuo, provenientes del derecho romano, son condiciones sine qua non del derecho internacional. (Uçaryılmaz, 2020, p. 52)

Patrimonio común de la humanidad: El concepto de patrimonio de la humanidad hace referencia a que ciertos recursos y áreas del mundo, ahora del espacio exterior y del universo, pertenecen a toda la humanidad y que tienen que ser protegidos, al igual que utilizados en beneficio de todos, sin distinción aparente. Este concepto lo podemos ver enfocado como “un concepto jurídico que contiene principios y normas jurídicas específicas que sirven de base para un nuevo sistema jurídico en el derecho” (Guoyu Wang, 2023); este nuevo sistema jurídico es el tratamiento del derecho espacial. Se debe reconocer que el espacio exterior es un recurso finito y que su explotación debe llevarse a cabo de manera correcta, sostenible y equitativa.

Esta situación se genera gracias principalmente a que:

Teniendo en cuenta el papel crucial que juega el medioambiente en la conservación y supervivencia de los seres humanos, no solo en este momento, sino también pensando en las generaciones futuras y sabiendo que en algún momento los recursos naturales que se encuentran en la Tierra no serán suficientes para suplir las necesidades, el hombre ha empezado a buscar recursos en lugares antes inimaginables, como lo es el espacio ultraterrestre. (Gómez Llanos, 2017)

Este criterio se ha establecido en los tratados internacionales de 1963 y de 1967 referentes al espacio ultraterrestre. Esto refleja la prioridad de los organismos internacionales frente a este principio como un alza de vital importancia que por ningún concepto se debe omitir; además subrayan que gestionar el espacio exterior debe hacerse de una manera en la que se pueda promover el bienestar de toda la humanidad. Este lo podemos observar en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su 17ª reunión, celebrada en París del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972, en la que “Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente” (Unesco, 1972).

Libertad de exploración y utilización del espacio exterior: Es un principio fundamental que garantiza el acceso abierto sin distinción al espacio,

en la antigüedad se le trató de ubicar en el Derecho Marítimo, por sus semejanzas, con la libertad de los Estados para explorar el espacio espacial y sus recursos, así como la similitud con una isla y la estación geoestacionaria o las estaciones espaciales internacionales. (Rios Nava, 2022)

Este principio ha sostenido que la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre no debe tener ningún tipo de impedimento, sino que, revocando su importancia de cooperación, debe tener toda la ayuda proporcionada y general por parte de las naciones para alcanzar objetivos comunes, sin necesidad de existir mediaciones ni discriminaciones para el acceso exterior.

Este principio se encuentra incluido en el tratado del espacio exterior de 1967; cabe aclarar que la ONU y la comunidad internacional no imponen una restricción ante la exploración; como excepción, se deben registrar todos los objetos que puedan ser lanzados y estén en órbita, para tener sobre ellos y su actividad un control preciso y concreto.

En la aplicación de los principios antes mencionados se busca que el manejo del espacio exterior, con énfasis en la órbita geoestacionaria, sea equitativo y sostenible, evitando a toda costa la propiedad exclusiva por parte de cualquier entidad, Estado o persona. De igual manera, se encuentra la libertad de explotación por parte de cualquier Estado; por ello, el espacio exterior debe permanecer abierto para que cualquier sujeto pueda, sin discriminación alguna, aprovechar estos espacios. “El propósito subyace en la generación de un régimen que cumpla los parámetros de no apropiación, de igualdad de acceso y de distribución equitativa de los beneficios obtenidos por la explotación y utilización de los recursos naturales ultraterrestres” (Arraga, 2023, p. 13).

Interpretación y aplicación de los tratados internacionales en relación con la órbita geoestacionaria

La interpretación de los tratados internacionales refleja una vital importancia en la regulación y gestión de la órbita geoestacionaria. Su discusión abarca cuestiones fundamentales sobre la soberanía, el acceso equitativo de este recurso finito y las responsabilidades de todo tipo que deben tenerse en cuenta para comprender el espacio exterior.

Los tratados internacionales han sido un bloque de normas que han buscado siempre el bienestar y la cooperación internacional; podemos encontrar ejemplos de ellos: los tratados de Ginebra, “que contienen las normas más importantes para la limitación de las brutalidades de la guerra” (Roja, 2024); el derecho internacional humanitario, “destinado a limitar y evitar el sufrimiento humano en tiempo de conflicto armado” (OEA, 2024); las declaraciones de derechos humanos, entre otros. Con base en ellos, los estados a nivel mundial han creado figuras jurídicas como los bloques de constitucionalidad, por los cuales, sin apartar la vista del escenario mundial, las naciones dentro de su soberanía dictaminan constituciones y regímenes jurídicos únicos, y por medio de este bloque no desconocen los tratados internacionales, sino que, por el contrario, los adhieren a sus ordenamientos.

La fuente de inspiración histórica por medio de la cual esta figura jurídica apareció e influyó a todas las naciones mundiales fue la Constitución francesa de 1958, la cual establece en su preámbulo:

El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y com-

pletada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003. (Senado de Francia, 2008)

Desde entonces, países como Estados Unidos, Canadá, Alemania, Sudáfrica, España, Colombia han puesto en práctica, a su manera, esta concepción internacional por la cual todas las conquistas humanas, históricas y mundiales no pretenden ser desconocidas, sino protegidas en bienestar de las sociedades.

el caso colombiano, el artículo 94 de la Constitución Política de 1991 proclama que:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. (Asamblea Nacional Constituyente [ANC], 1991)

Es en este contexto que Colombia adapta el bloque de constitucionalidad para todo tratado internacional, y en lo que compete, a los tratados internacionales del espacio exterior.

La interpretación y aval de todo tipo de tratado internacional que ratifique Colombia, lo debe hacer la Corte Constitucional, la cual por medio de una sentencia de constitucionalidad considerara si todos los convenios internacionales son acordes con la Constitución. El trámite para la ratificación de los tratados se hace por medio de

leyes ordinarias, reguladas en los artículos 150 a 169 Superiores y en la Ley 5a de 1992. Estos requisitos son: (i) que el debate debe iniciarse en el Senado, por ser un asunto relativo a las relaciones internacionales en los términos del artículo 154 Superior; y (ii) que, una vez sancionada la ley por el presidente de la República, este debe remitirla a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes para la revisión de constitucionalidad según el artículo 241.10 Superior. (Corte Constitucional, Sentencia C-206 de 2022)

Cabe destacar que para la Corte Constitucional no todos los tratados internacionales tienen igual jerarquía que la Constitución, pues dentro de sus sentidos se tiene que:

El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional. (Corte Constitucional, Sentencia C-582 de 1999)

Es así como la Corte Constitucional colombiana en 2022 proclamó que la interpretación de los tratados internacionales en materia espacial, en específico, el tratado de 1967, es constitucional para el Estado colombiano; tratado aprobado mediante la Ley 2107 de 2021, entendiéndose que:

El Estado Colombiano reafirma que el segmento de la órbita geoestacionaria que le corresponde forma parte de Colombia según lo establecido en los artículos 101 y 102 de la Constitución, y entiende que ninguna norma de este tratado es contraria a los derechos reclamados por el Estado Colombiano, ni podrá ser interpretada en contra de tales derechos. (Corte Constitucional, Sentencia C-206 de 2022)

De esta manera, se puede observar la importancia jurídica de los tratados internacionales en Colombia, y sobre todo su interpretación, a cargo de un organismo principal dentro del Estado colombiano. Destacando que:

el Estado tiene el derecho de celebrar tratados con otros sujetos de derecho internacional... Tal acto es precisamente una de las formas de ejercer la soberanía del Estado con proyección internacional, para el cual la Constitución normalmente le otorga competencia al jefe de Estado. (Ramírez Bulla, 2008, p. 124)

Como nación, Colombia ha proclamado que los convenios intercontinentales que hacen referencia al uso de la órbita geoestacionaria y del espacio exterior están acordes con la legislación interna y soberana. Por tanto, todos sus principios deben ser contemplados de manera general y específica sin cercenar su alcance; sin embargo, la duda persiste, porque al momento de proclamar estos principios internacionales como mecanismos acordes con la legislación, también declaran que los derechos exclusivos de Colombia prevalecen, y conviven con derechos internacionales.

Desafíos y conflictos jurídicos en la relación con la órbita geoestacionaria

La órbita geoestacionaria, por ser un recurso limitado, y que posee unas características naturales que la hacen especial en términos de telecomunicaciones, ubicaciones satelitales, beneficios económicos, presenta una serie de desafíos que requieren de su atención cuidadosa con un análisis detallado.

Soberanía y propiedad: Este desafío plantea interrogantes legales y políticos significativos, debido específicamente a la naturaleza física que ciertos países tienen respecto a la órbita geoestacionaria, al estar alineados sobre la línea del ecuador, por tanto, estar paralelos a esta región espacial. Debido a sus enriquecidas características para el uso de satélites espaciales de comunicaciones, para la observación de la Tierra, y otros usos, han generado disputas sobre la exclusividad legal que se tiene de controlar y gestionar esta área crítica.

Una de las principales disputas se basa en cuestiones sobre la soberanía, y si la órbita geoestacionaria pertenece a un Estado en particular, o si, como internacionalmente ya se ha proclamado, esta es una región con un interés común, por tanto, inapropiable. Diversas jurisdicciones nacionales, como la colombiana o la ecuatoriana, argumentan que los Estados tienen un derecho soberano innato a reclamar derechos de control y gestión sobre la órbita geoestacionaria, especialmente de aquellas regiones que se superponen al territorio terrestre.

Para el caso colombiano,

El segmento colombiano tiene las siguientes características: está entre los 70° y 75° al oeste de Greenwich, aproximadamente. Sus coordenadas son: 70°04'38" oeste (aprox.) – 75°45'15" oeste (aprox.). Tiene una longitud de arco de 631 kilómetros. El arco sobre la órbita geoestacionaria en grados es de 54° 0' 37" (Rodríguez Medina, 2018).

Y para el ecuatoriano:

El segmento continental tiene una longitud orbital de 5.090,7 kilómetros (correspondientes a 920,9 km de extensión terrestre) y el insular tiene una longitud orbital de 6.689,6 km (equivalentes a 1.012,8 km de extensión terrestre). Esto quiere decir que el país puede reclamar derechos sobre 11.780,3 km de la órbita geoestacionaria, área que actualmente utilizan 4 o 5 satélites. (*El universo*, 2008)

Como se ha mencionado, la comunidad internacional ha sido reacia ante las proclamaciones de soberanía espacial, impulsadas por las principales potencias mundiales; en diversas ocasiones, la respuesta se ha hecho sentir, observándose en la promulgación de los tratados internacionales. Sin embargo, queda en entredicho la postura de la comunidad internacional, pues ha guardado silencio, y las proclamas de los gobiernos alineados con la órbita geoestacionaria, los países de la línea ecuatorial, no han sufrido repercusiones luego de la proclamación de soberanía de su segmento de la órbita geoestacionaria.

Acceso y uso equitativo: Otro desafío de vital importancia es el real acceso y el uso equitativo por parte de la órbita geoestacionaria; garantizar un efectivo acceso para toda la humanidad se ha vuelto un constante problema; a pesar de que promueven la cooperación internacional y el desarrollo global, la realidad es que los Estados que están en crecimiento, en desarrollo y que no poseen la misma tecnología que aquellos Estados desarrollados, no tienen las mismas posibilidades de acceso al espacio exterior, demostrando que no existe una cooperación internacional en el acceso de la órbita debido a las diferencias tecnológicas, pues “La dualidad entre países desarrollados y subdesarrollados, que los supone como realidades dicotómicas, ha intentado

ser suavizada y hasta desdibujada” (Ramírez, 2008, p. 2), dejando de lado el mutuo apoyo para enfrascarse en una competencia feroz.

Las barreras tecnológicas y financieras son el principal problema que impiden que los países latinoamericanos avancen en cualquier campo.

En América Latina la pobreza es un tema central tanto en la agenda social como en la agenda política. Esto obedece no sólo a sus enormes dimensiones en términos demográficos, sino a la carga de temores sociales e ilegitimidad política que su mera existencia plantea al Estado. (Barba Solano, 2009, p. 9)

De esta manera también se debe recalcar que, a pesar de que se hace necesaria una actualización de la legislación internacional para que pueda hacer frente a los desafíos internacionales, también se hace necesario que dicha recopilación promueva un real acceso equitativo a la órbita geoestacionaria. Esto implicaría la adopción de medidas que reduzcan las disparidades económicas y que busquen quebrantar las barreras tecnológicas y financieras mediante la promoción de transferencia de tecnología de manera cooperada para el lanzamiento de diversos artefactos que permitan la explotación y exploración espacial a nivel mundial. “Si bien el conocimiento es un bien no rival, no es totalmente excluible en tanto quien desarrolla nuevos conocimientos no siempre logra apropiarse de la totalidad de los beneficios asociados a estos nuevos conocimientos” (López et al., 2006, p. 71).

Legislación internacional y un futuro incierto

El crecimiento exponencial de intereses frente a la órbita Geoestacionaria en las últimas décadas ha llevado a una congestión legal sin precedentes sobre este segmento del espacio exterior.

La falta de consenso entre los estados para definir una política y un enfoque único sobre como regular y gestionar el espacio ultraterrestre, junto con la reticencia por parte de naciones a comprometerse de manera efectiva y sin problemas a estos tratados internacionales, dejando de lado los intereses nacionales, ha obstaculizado todo esfuerzo por fortalecer la legislación internacional y promover una cooperación más estrecha frente al derecho espacial.

La no cooperación ha sido un obstáculo sin precedentes, fomentando la descoordinación internacional, a pesar de la existencia de foros internacionales en los que se discuten temas espaciales, como

La Comisión de Naciones Unidas para el uso pacífico del Espacio Ultraterrestre (COPOUS) fue creada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Tiene su sede en Viena y se ocupa de

la cooperación internacional para el uso del espacio ultraterrestre; la difusión de información, el estímulo a la investigación, la creación de programas de cooperación técnica y el desarrollo del derecho espacial internacional. (Colombia, 2024)

o “La Oficina de Asuntos del Espacio Ultraterrestre de las Naciones Unidas (UNOOSA) que se encarga de promover la cooperación internacional en la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos” (Viena, 2024) la falta de mecanismos vinculantes y de poder limita la capacidad de dichos organismos para concretar sus impulsos en avances significativos, sus funciones se relegan a mediar entre los estados, pero no han tomado acción frente a los actos internacionales tan persistentes que se contraponen al derecho internacional.

Ahora bien, los intereses nacionales con frecuencia prevalecen sobre cualquier esfuerzo de cooperación internacional, siendo en el caso colombiano que:

La primacía moderada de las normas internacionales en el orden interno, no trae como consecuencia que las disposiciones nacionales con las cuales éstas entren en conflicto pierdan, por ese motivo, su validez; lo que sucede es que, en cada caso concreto, la aplicación de la ley nacional deberá ceder frente a la de la norma de mayor jerarquía. (Corte Constitucional, 2000)

La realidad ha demostrado que los Estados, Colombia no es la excepción, tienden a priorizar el desarrollo interno de sus capacidades nacionales, haciendo prevalecer los intereses particulares; en el caso espacial, para la protección de cada activo en la órbita, bien sean intereses económicos o soberanos.

La legislación internacional con relación a la órbita geoestacionaria carece de mecanismos efectivos para su adaptación a los cambios actuales en el terreno espacial. A diferencia de otros campos del derecho internacional, como el comercio o los derechos humanos, en los que de manera efectiva existen mecanismos que regulan y actualizan continuamente la situación internacional sin excepciones ante los desafíos actuales, la regulación del espacio ultraterrestre carece de un proceso formal de actualización y de enmienda, bien sea porque la comunidad internacional no lo ha considerado relevante o porque lo ha dejado en un segundo plano, la desconexión entre la legislación vigente y las realidades del espacio ultraterrestre actual ponen en riesgo la seguridad y la sostenibilidad a largo plazo de la órbita geoestacionaria, dejando en entredicho su futuro.

Las consecuencias jurídicas de los tratados internacionales y del derecho internacional sobre la órbita geoestacionaria reflejan unos desafíos y problemas que han de abordarse de manera urgente para garantizar la sostenibilidad y la paz en el espacio ultraterrestre. Los actuales avances, aunque importantes, se han vuelto obsoletos ante la actualidad jurídica. La comunidad internacional parece fragmentada y permisible a que todo por lo que alguna vez se luchó y

estipulo se pueda traspasar sin ningún tipo de repercusiones ni consecuencias por parte de los mecanismos internacionales.

IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LA SOBERANÍA ESPACIAL EN COLOMBIA

La declaración de soberanía de Colombia sobre la órbita geoestacionaria, consagrada en la Constitución Política de 1991, ha generado un debate jurídico de gran relevancia en el ámbito nacional. Esta postura, aparentemente contraria a los principios del derecho internacional espacial que prohíben la apropiación del espacio ultraterrestre, ha suscitado interrogantes sobre sus implicaciones jurídicas en el marco colombiano.

La exploración y utilización del espacio ultraterrestre ha suscitado un debate sobre la soberanía espacial, especialmente en lo que respecta a la órbita geoestacionaria. Colombia, al igual que otros países ecuatoriales, ha reclamado soberanía sobre la sección de la órbita que se encuentra sobre su territorio. Esta demanda se basa en el principio de libre determinación de las naciones.

Soberanía espacial en la Constitución Política de 1991

Para Colombia, “La soberanía es uno de los principios cardinales de la teoría del Estado. La soberanía de los Estados denota el derecho legal inalienable, exclusivo y supremo de ejercer poder dentro del área de su poder” (Kaiser, 2007). Desde un inicio, la necesidad de enmarcar el Estado como un ente regulador capaz de garantizar la paz y estabilidad en todos los aspectos, fue una necesidad fundamental del ser humano, y de su posterior concepción como sociedad.

En su ejercicio de conservar la paz, las naciones a nivel mundial delimitaron su dominio y su actuar como instituciones que, resguardadas por su población, podían ejercer una autoridad sobre determinados espacios concebidos dentro del planeta Tierra; al nacer los Estados, también nacieron sus límites, fronteras específicas hasta las cuales podían ejercer su poder, teniendo legitimidad en su actuar.

La Constitución Política de 1991 establece en su artículo 101:

Son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales. (Asamblea Nacional Constituyente, 2022)

Esta disposición constitucional es la base jurídica de la reclamación de soberanía de Colombia.

Es así como luego de varios años de concepciones internacionales, Colombia, país que validó los tratados y convenios internacionales del uso del espacio, proclamó soberanía sobre la órbita geoestacionaria, que, en teoría, iba en contravía de dichos tratados internacionales; sin embargo, a pesar de dicha proclamación, Colombia hoy en día sigue haciendo dicho reclamo; incluso la Corte ha revalidado los tratados internacionales especificando que estos no se contraponen con lo proclamado en la Constitución; por tanto, el dilema persiste, Colombia tiene derecho sobre la órbita geoestacionaria, existe la validación de dicha soberanía y, sin embargo, convalida los tratados internacionales que van en contravía de toda apropiación del espacio exterior.

El contrapunto: la Declaración de Bogotá, soberanía espacial

En noviembre de 1976, durante una conferencia de ocho países ecuatoriales que tuvo lugar en Bogotá, los Estados de Brasil, Congo, Ecuador, Indonesia, Kenia, Uganda, Zaire y Colombia emitieron una reclamación internacional, conocida como la *Declaración de Bogotá*, en la cual afirmaron su soberanía nacional sobre el segmento de órbita geoestacionaria correspondiente a su territorio, por considerarla vinculada al territorio nacional subyacente. (Corte Constitucional, Sentencia C-278/04 de 2004)

Los motivos de los países firmantes de la Declaración de Bogotá fueron

una manifestación política que lo que buscaba era poner de manifiesto una situación de desigualdad que se sigue sosteniendo hasta el día de hoy. Esto es, la diferencia de acceso por imposibilidad técnica y material a ciertos dominios reservados al accionar de las principales potencias, como ser el espacio exterior. Enfocada la protesta, en esta oportunidad, en un recurso natural escaso y de importancia estratégica como son las órbitas geo-sincrónicas. (Pienizzio, 2022)

Esta declaración contraviene el punto específico del tratado de 1967 de la ONU, principal en materia espacial, pues la declaración de soberanía va en contravía de la prohibición de apropiación nacional sobre el espacio ultraterrestre; de igual manera, es contradictoria frente al carácter espacial de patrimonio humano, pues la exclusividad de esta zona ultraterrestre por parte de un Estado impide su carácter universal.

En su momento, la comunidad internacional levantó la voz y pudo contrarrestar, aunque por un limitado tiempo, las consecuencias de este nuevo pacto internacional de los países ecuatoriales. La ONU “coaccionó” a estos países firmantes del nuevo tratado para que retractaran sus afirmaciones tan radicales y pusiesen en consideración todo lo que hasta en ese momento se había proclamado internacionalmente.

No obstante, los Estados

seis años después de firmada la Declaración de Bogotá en la primera reunión de los países ecuatoriales, se llevó a cabo en la ciudad de Quito una segunda reunión en donde los países atravesados por el Ecuador terrestre, considerando la idea universal de mantener el espacio ultraterrestre en una dimensión de paz. (Ramírez del Valle y Forero Forero, 1984)

Tras la histórica Declaración de Bogotá, los países ecuatoriales volvieron a citarse en Quito para consolidar su postura internacional. Partiendo de la premisa de que el espacio debe ser una zona de paz, estos Estados reivindicaron su derecho soberano sobre la órbita geoestacionaria basándose en su ubicación geográfica única. Esta segunda reunión no solo ratificó lo pactado en 1976, sino que expandió dichas posiciones, logrando un equilibrio entre las demandas de soberanía local y el carácter universal del espacio ultraterrestre.

De igual manera, establecieron que, en su carácter de patrimonio humano, los países en desarrollo serían beneficiarios de todos los recursos y beneficios adquiridos que sobre la órbita geoestacionaria se llegaran a obtener; sin embargo, reiteraron su exclusividad en sus segmentos de la órbita, especificando nuevamente su derecho natural sobre dicho espacio.

En 1991, ante el proceso nacional constituyente que Colombia estaba atravesando, se proclamó la nueva Constitución Política que a partir de dicho año iba a regir en la nación sudamericana; en ella desconociendo los tratados internacionales y los esfuerzos de la comunidad internacional, la carta política proclamó, de manera explícita, lo ya estipulado en la Declaración de Bogotá, esto es, la soberanía espacial, en su artículo 101.

De igual manera, la nación ecuatoriana, inspirada por lo ya proclamado en la Constitución de su vecino del norte, en 2008, en su nueva Constitución Política proclamó lo siguiente:

art. 4: El territorio del Ecuador constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales... El Estado ecuatoriano ejercerá derechos sobre los segmentos correspondientes de la órbita sincrónica geoestacionaria, los espacios marítimos y la Antártida. (Asamblea nacional del Ecuador, 2008)

En diversas sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, como la Sentencia 003-15-DTI-CC, que declara que “las disposiciones contenidas en el «Convenio sobre delimitación marítima entre la República del Ecuador y la República de Costa Rica» son compatibles con la Constitución de la República del Ecuador; en consecuencia, se expide dictamen favorable del mismo” (Corte Constitucional del Ecuador, 2015); la Sentencia 011-17-DTI-CC, que “Dictamina que las disposiciones contenidas en el «Protocolo para modificar la Convención sobre la Organización Hidrográfica Internacional –OHI–” guardan conformidad y compatibilidad con la Constitución de la República del Ecuador” (Corte Constitucional del Ecuador, 2017); y la Sentencia 3-20-TI/21,

que “De conformidad con el artículo 111 numeral 2 literal c) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ha operado el control automático de constitucionalidad de la “Convención sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos”, misma que guarda conformidad formal y material con la Constitución” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021), la Corte Constitucional utiliza como pilar y relevancia el artículo 4, que declara expresamente la soberanía del Estado del Ecuador sobre su segmento de la órbita geoestacionaria para aclarar la constitucionalidad de diversos tratados internacionales. Con esto la Corte considera constitucional, y plenamente vigente, la soberanía del Estado del Ecuador en todo su territorio manifestado.

En igual situación, países africanos como Kenia, aunque no proclamó directamente la soberanía sobre la órbita geoestacionaria, sí dejó abierto a que por medio de leyes en su ordenamiento jurídico se pudiesen incorporar nuevas zonas de ejercicio soberano estatal: “art. 2: Kenia está formada por su territorio y las aguas territoriales que constituyen Kenia a fecha de hoy, y por cualquier territorio o aguas territoriales adicionales que defina una ley del Parlamento” (Senado de Kenia, 2010).

Esto se tiene que analizar acudiendo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; cuando los Estados hacen parte de un acuerdo internacional, los firmantes tienen que cumplir lo pactado, adecuando sus sistemas jurídicos para cumplir sus tratados, como se observará más adelante para el caso colombiano, en el que las declaraciones de no propiedad (1967) y las de propiedad (1976) convergen al hacer parte el Estado de ambos tratados; la Corte Constitucional establece que no se excluyen, sino que, por el contrario, conviven armónicamente en el sistema jurídico (ONU, 1969).

Control de constitucionalidad, perspectivas jurídicas

La Corte Constitucional colombiana ha emitido dos sentencias relevantes sobre la soberanía espacial, a través de las cuales genera un punto de partida respecto a la discusión abierta del tema. Como punto inicial, en la Sentencia C-278 de 2004, la Corte examinó la constitucionalidad de los instrumentos internacionales sometidos a revisión y declaró que Colombia no ha renunciado a su soberanía. También señaló que el Estado colombiano tiene la obligación de regular el uso de la órbita geoestacionaria y proteger los intereses nacionales en el espacio ultraterrestre.

Esencialmente, para el estudio actual y la consolidación de la perspectiva jurídico estatal nacional, la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-206 de 2022, reconoce la soberanía de Colombia sobre la Órbita Geoestacionaria, lo cual genera una nueva pauta jurídica nacional, así:

El desarrollo del derecho internacional no hace incompatible el Tratado con la Constitución pues el instrumento internacional, en relación con la OG, facilita que Colombia ejerza sus derechos de exploración y utilización y evita que otro estado, con mayores desarrollos científicos y económicos, pueda apropiarse de dicho recurso natural alegando soberanía u ocupación o cualquier otra forma. Desde esa perspectiva, el instrumento internacional se armoniza con la Constitución que buscó con la inclusión de la OG, garantizar el ejercicio de los derechos en armonía con las normas del derecho internacional.

La consecuencia de esta sentencia fue la ratificación del tratado y la declaración de soberanía nacional, al considerar que se ha dirigido la actuación nacional bajo los preceptos del tratado internacional regulador; a partir de entonces, la Corte señaló, de forma significativa, que el Estado colombiano tiene la facultad de establecer las condiciones para el uso de la órbita, incluyendo la autorización para el lanzamiento de satélites y la construcción de estaciones espaciales, siendo su deber la consolidación de su propio sistema científico espacial para efectivizar con plena garantía su derecho promulgado previamente.

En el desarrollo de sus pronunciamientos, el Estado colombiano ha soportado sus reclamaciones respecto a la concordancia internacional con la jurisdicción nacional en diversas conceptualizaciones emanadas estatalmente sobre el punto en discusión e importancia de establecer lícitamente un precedente para la regulación futura de la órbita como un recurso natural limitado perteneciente a la nación. A nivel gubernamental, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia ha publicado varios documentos sobre la soberanía espacial, incluyendo el Concepto 24711 de 2017, en el que señala que la soberanía de Colombia sobre la órbita es compatible con el derecho internacional y que no afecta los derechos de otros Estados, en concordancia con los pronunciamientos de los órganos judiciales (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2017).

Siendo así, se tiene que estimar que Colombia directamente en sus pronunciamientos y en su postura como Estado reclama derechos exclusivos, únicos y soberanos sobre su segmento de órbita geoestacionaria; esto quiere decir que el Estado colombiano tiene poder para administrar, controlar y que otros Estados respeten esta extensión de la soberanía, en este caso, por fuera de la atmósfera terrestre.

Implicaciones para el derecho espacial colombiano

Debido a su carácter de precursor en la declaración de soberanía espacial, Colombia, en su papel vital como potencia del derecho espacial, y con igual carácter países como Ecuador, han tenido consecuencias positivas, y podrían tener unas consecuencias perjudiciales debido a sus decisiones estatales.

Relaciones internacionales

Debido a la connotación de la ciencia espacial como un invento de la humanidad, que a pesar de llevar más de 70 años de vigencia está en pleno desarrollo, las potencias mundiales han alineado sus objetivos por cumplir los tratados internacionales.

Uno de los grandes conflictos que Colombia podría enfrentar, más que la respuesta de la comunidad internacional por medio de sus organizaciones de cooperación y ayuda mutua, es la respuesta tajante de diversas potencias mundiales, que estarían en desacuerdo con las proclamações de soberanía; dichas potencias (Estados Unidos, Rusia y China) han reiterado específicamente, a través de décadas, su contundente respuesta frente a los tratados internacionales: son necesarios y, de igual manera, es necesario que todas sus medidas se cumplan, sin excepción.

Actualmente Colombia cuenta con dos satélites, de los cuales saca provecho, ubicados en la órbita geoestacionaria,

Desde el Satish Dhawan Space Centre (SDSC) en la India, el 28 de noviembre de 2018, a bordo del cohete PSLV C-29, la Fuerza Aérea Colombiana lanzó su primer satélite FACSAT-1 al espacio, con el que le apuesta a la innovación tecnológica e investigativa. (Comisión Colombiana del Espacio [CCE], 2021)

Y

Desde su puesta en órbita el pasado 15 de abril de 2023 en la misión Transporter 7 del cohete Falcon 9 de SpaceX, en Vandenberg, California, el FACSAT II “Chiribiquete”, activo estratégico de Colombia, ha realizado 5653 órbitas alrededor de la Tierra, contribuyendo a los procesos de investigación, desarrollo e innovación del país en el ámbito del desarrollo de operaciones espaciales. (CCE, 2024)

De igual manera, el Estado colombiano podría verse perjudicado con la transferencia de tecnología; punto vital para el ejercicio de la proclama de la soberanía, pues, a pesar de que exista la proclamación de soberanía, solo a través de la ciencia y la tecnología, los países de vanguardia han podido explorar y beneficiarse puntualmente del espacio exterior, tecnología que Colombia no tiene y que necesita para poder beneficiarse de igual manera de su derecho natural sobre la órbita geoestacionaria.

Frente a la problemática de la declaración de soberanía, de igual manera, se podrían presentar inconvenientes con el desarrollo propio de la legislación internacional en materia espacial, pues, teniendo en cuenta que sobre un segmento de la órbita un país posee derechos exclusivos,

asimismo, todas las responsabilidades que contraería con ello serían grandes, y un problema incluso mucho mayor que la proclama de soberanía, pues diversos Estados podrían argumentar que todo lo que ocurra en dichos espacios exclusivos: exploración, explotación, desechos espaciales, son responsabilidad única y distintiva de aquellas naciones que poseen plenos derechos sobre estos segmentos del espacio ultraterrestre.

Cabe aclarar que estas posibles implicaciones se basan en suposiciones, que incluso treinta años después de haber sido proclamada la Constitución Política de Colombia no han surgido en el mundo jurídico. El principal y real impacto que ha surgido en razón de estas disposiciones de exclusividad ha sido la incertidumbre jurídica que se ha producido, y la no solución de la misma, a pesar del transcurrir del tiempo, continúa la incertidumbre jurídica; sin embargo, la comunidad internacional no ha puesto los suficientes requerimientos y la relevancia para solucionar verdaderamente este problema jurídico.

Política espacial

Como se ha observado, en un marco de posibilidades, Colombia, además de una principal consecuencia, no ha sufrido una implicación directa en sus relaciones internacionales; pero el panorama puede cambiar en el desarrollo internacional del derecho espacial, pues, a pesar de lo que la Corte Constitucional ha establecido, Colombia podría perder, en esencia, su capacidad de ser parte importante en la vanguardia del derecho espacial.

Para proteger sus intereses sobre la órbita, Colombia debe ser partícipe con una presencia notable en el campo internacional; de dicha manera puede influir con la formulación de políticas que le sean beneficiosas, respecto a las cuales todos los países tratantes estén de acuerdo; de igual manera, a través de diversos organismos internacionales, como la ya mencionada UNOOSA, ser partícipe en proyectos de investigación y vanguardia para la transferencia de conocimientos y tecnología que le sería beneficiosa. Sin embargo, la soberanía espacial podría ser un obstáculo claro como desconfianza y resistencia de otros países en la permisión de Colombia como promotora de la ciencia y el derecho espacial.

El Estado colombiano ha de tener presente dos situaciones que han de ser cruciales en todo su actuar: primero: la soberanía del derecho espacial es un paso gigante, pero no puede permitir que sus intereses geopolíticos se vean frenados o estancados, pues solo a través del desarrollo de sus intereses geopolíticos podrá mantener en pie la declaración de soberanía, a pesar de los serios desafíos que representa. Segundo: debe propugnar porque siempre esté a la vanguardia del derecho espacial, debe impulsar y tener la capacidad de crear derecho, pues a través de este mecanismo podría legitimar, de alguna manera, la verdadera concepción de soberanía espacial

de Colombia hacia la comunidad internacional, resolviendo la incertidumbre jurídica que actualmente sufre la legislación internacional.

La realidad de la soberanía espacial

La soberanía espacial declarada por todos los países ecuatoriales en 1976, reafirmada en 1982 y presente en la actualidad en las constituciones de Colombia y de Ecuador, es una forma legítima de manifestación de los Estados sobre un derecho natural del cual son beneficiarios, pues la comunidad internacional no se ha pronunciado en su contra, y de forma indirecta, sin identificar principales consecuencias y su relevancia en la actualidad global, estas declaraciones de soberanía son vigentes y valedoras de derechos por parte de las naciones ecuatoriales.

La principal implicación jurídica que se tiene actualmente frente al derecho espacial es una incertidumbre jurídica que no ha sido resuelta por los mecanismos internacionales; ante su silencio, se afirma que las declaraciones de soberanía, como ya lo ha proclamado la Corte Constitucional, no proceden en contra de los tratados internacionales, por tanto, no son contrarias al derecho internacional.

Colombia tiene derechos exclusivos sobre la órbita geoestacionaria, legitimados ante el silencio internacional; no viola ni directa ni indirectamente los tratados internacionales ratificados por las diversas leyes de aprobación de tratados legisladas en el Congreso de la República.

El Estado colombiano, por medio de su Asamblea Constituyente de 1991, es pionero en declarar la soberanía espacial como un derecho único de las naciones, de la cual ha emanado la misma declaración de soberanía por parte del Estado ecuatoriano; no han existido repercusiones directas, pudiéndose afirmar actualmente que la exclusividad del espacio como un derecho natural está presente, existe y tiene plena legitimidad en el mundo jurídico.

LA LEGITIMACIÓN TÁCITA DE LAS RECLAMACIONES DE SOBERANÍA

El derecho de Colombia sobre la órbita geoestacionaria

Colombia tiene derechos exclusivos, únicos y soberanos sobre aquellas partes del espacio ultraterrestre; en especial, en la historia colombiana figuran dos eventos que especifican su soberanía: la Declaración de Bogotá de 1976 y su Constitución. En ambos instrumentos, la nación ha reiterado la exclusividad de su espacio ultraterrestre, que por medio de un derecho natural, naciente de la misma naturaleza del planeta Tierra, posee sin restricciones.

La república de Colombia actualmente tiene la legitimidad de su proceder sobre el derecho espacial, posee la soberanía de su segmento natural sobre la órbita, ha sabido defender y mantener dichos derechos vigentes sin necesidad de modificarlos, estando siempre presentes e inamovibles. Este momento es preciso para que esta nación, además de ser pionera en la soberanía espacial, también propugne por hallar dentro de sus derechos más espacios en los cuales pueda ejercer su soberanía, y que pueda liderar la llamada mundial para la aclaración de problemáticas jurídicas que sigue suscitando el derecho espacial.

La comunidad internacional: su silencio legitimador

A pesar de las claras disposiciones de los tratados internacionales, esto es, el carácter del espacio ultraterrestre como patrimonio humano y de no apropiación por parte de ningún ente, bien sea internacional o privado, la comunidad internacional no ha dado una respuesta clara y contundente ante las reclamaciones de diversos Estados ecuatoriales sobre la órbita. Esta inacción ha creado un vacío legal que no ha sido resuelto, lo cual ha permitido que las soberanías espaciales continúen y operen en el ámbito internacional sin ningún tipo de oposición significativa.

El Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre de 1967, también conocido como el Tratado sobre el Espacio, es el principal instrumento que regula internacionalmente las actividades espaciales internacionales. Dentro de sus principios fundamentales y principales manifestaciones se encuentra que ninguna parte del espacio exterior es propiedad de ningún ente; al contrario, este espacio ha de ser utilizado en beneficio de todos los países, sin importar su grado de desarrollo y apoyo en materias científicas o técnicas que se puedan requerir en la explotación y exploración del espacio; por último, que no se cause daño ni se interfiera en las actividades de otros Estados.

A pesar de la oposición clara reflejada en las constituciones de Colombia, Ecuador y Kenia, la comunidad internacional no se pronunció, ni se ha pronunciado de manera unificada ni ha tomado medidas significativas para resolver esta disputa internacional. Esta inacción puede atribuirse a que la complejidad jurídica y técnica de la órbita hace complicado llegar a un consenso global; los intereses diversos, y a menudo conflictivos, entre los Estados ha impedido la formulación de una respuesta contundente.

Las implicaciones significativas han cobrado una gran relevancia en la actualidad jurídica. La inacción internacional permite que los países de las zonas ecuatoriales, siendo Colombia adelantada en este sentido frente a las soberanías espaciales, continúen sin una oposición significativa y, por tanto, otros Estados, como ya sucedió con Ecuador e hipotéticamente con Kenia, puedan inspirarse en el ejemplo colombiano y proclamar soberanías espaciales alrededor del mundo.

Otra implicación es la vulnerabilidad del derecho espacial internacional. La no respuesta unificada y efectiva socava la actualidad del derecho espacial internacional; y pone en entredicho que verdaderamente exista una cooperación internacional; además, pone en duda la capacidad de los tratados internacionales para regular todas las actividades del derecho espacial; incluso se podría estar cuestionando su legitimidad. Acoplándose a la realidad, el derecho internacional en este sentido es inútil, ineficaz y no tiene relevancia frente a las proclamas de soberanía exclusiva por parte de los Estados ecuatoriales.

La más relevante implicación jurídica es que la comunidad internacional ha sido permisiva en que exista desigualdad en materia espacial, pues las soberanías espaciales dan el carácter de exclusividad a ciertos Estados que, aprovechándose de la situación, pueden llevar a una distribución desigual del acceso y el uso de la órbita; incluso se podría plantear un futuro colonizador en el que cada Estado, a modo de ocupación, pudiera apropiarse de un nuevo espacio ultraterrestre buscando sus intereses particulares.

Es así como la comunidad internacional, con su silencio legitimador, le ha dado a Colombia la soberanía espacial, produciendo además de la incertidumbre jurídica, que Colombia es uno de los países que posee territorio por fuera de los confines del planeta Tierra.

Colombia, legitimada para actuar en beneficio de sus intereses

Colombia, a pesar de las ambigüedades, de los desafíos, de las incertidumbres jurídicas y del choque de legislaciones, nacional e internacional, ha consolidado una posición que le permite actuar en beneficio de sus intereses nacionales sobre la órbita, y también, sobre todo aquello que considere pertinente en el espacio ultraterrestre.

Las intenciones de Colombia demuestran su empeño de estar siempre a la vanguardia de la realidad jurídica espacial; desde la Declaración de Bogotá, de la cual Colombia fue la principal impulsadora, se ha establecido una base sólida para la reivindicación de soberanía. Debido a que la órbita posee una relación fija con la superficie terrestre, debe considerarse, en virtud de su alineación con los países ecuatoriales, como una extensión nacional de soberanía de todos los Estados sobre el Ecuador. Este argumento es reforzado por el hecho de que los espacios naturales y espacios directamente asociados con un Estado han de ser administrados por este mismo para velar por sus intereses y desarrollo como nación. Este principio está consagrado en la carta de las Naciones Unidas, que en su artículo 2 especifica que uno de sus objetivos es “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal” (Naciones Unidas, 1945).

Los principios constitucionales de la autodeterminación y libre desarrollo del Estado en beneficio de la sociedad colombiana, junto al control de los recursos naturales, le han brindado a Colombia una base legal interna, y ante el silencio internacional, también externa, que legitima los reclamos de exclusividad y sus actuaciones sobre la órbita.

Debido a esto, para Colombia es crucial, como país en desarrollo y aún no consolidado, con problemáticas sociales que suscitan malestar ciudadano, que el control sobre la órbita tenga la capacidad de fundamentar el desarrollo tecnológico y económico en beneficio de la sociedad. Respecto a lo anterior:

Colombia ascendió del séptimo al quinto lugar en producción científica en América latina, superando a países de la región como Ecuador, Perú y Venezuela. Las disciplinas en las que se divulga mayor cantidad de publicaciones científicas en Colombia son Medicina, Ciencias Agrícolas y Biológicas, e Ingeniería. (Sistema Nacional de Información de la Educación Superior [SNIES], 2008)

De igual manera, la participación en foros internacionales y en la elaboración de políticas espaciales globales han permitido e implementado en Colombia un papel protagónico en la discusión de las nuevas tendencias que han de regir en el derecho espacial. La república colombiana tiene la capacidad de participar activamente en el derecho internacional, e incluso guiar a la comunidad internacional en beneficio de los principios ya establecidos en los tratados internacionales avalados desde 1960, y además, logrando asegurar que sus intereses y perspectivas soberanas sean consideradas.

Enfrentado la obsolescencia del derecho internacional, Colombia está legitimada para actuar en beneficio de sus intereses, enmarcando su posibilidad de aprovecharse de sus derechos exclusivos, e incluso sobre el derecho espacial; y a pesar de que desde el inicio esto ha surgido como un desafío, ante la inacción de las naciones mundiales al respecto, se puede afirmar que la legitimación es clara, y que Colombia, sin violar ni estar en contra de la humanidad, puede defender sus intereses sin ningún tipo de repercusión.

El aporte más significativo de este artículo radica en la exploración y desarrollo del derecho espacial, destacando que Colombia, a pesar de cumplir con el derecho internacional espacial, es la legítima y soberana propietaria de su segmento de la órbita geoestacionaria, hecho que, aunque real, no había sido ampliamente discutido. Este análisis no solo refuerza la posición de Colombia, sino que también inspira a otros países ecuatoriales a reclamar derechos exclusivos sobre sus propios segmentos de la órbita. Esta situación otorga a Colombia la capacidad de beneficiarse plenamente de su espacio ultraterrestre, garantizando que otros Estados respeten su soberanía y sus decisiones sobre la administración de dicho espacio.

Colombia se encuentra legitimada para actuar en beneficio de sus intereses, soberanos y nacionales; esta legitimidad está basada en los compendios nacionales e internacionales, así como en la capacidad única de Colombia en promover el desarrollo tecnológico y económico a través del uso de la órbita.

Debemos mirar hacia las estrellas, no solo hacia nuestros pies.
Stephen Hawking

CONCLUSIONES

El derecho espacial es una rama del derecho relativamente nueva, surgida ante la necesidad de regular los conflictos que pudieran surgir en el espacio ultraterrestre entre las naciones. A partir de la década de 1960, la ONU comenzó a promulgar tratados internacionales que establecían principios universales, como la consideración del espacio como patrimonio común de la humanidad y la libertad de exploración y explotación en beneficio de todos, principios ratificados por los Estados miembros. No obstante, en la actualidad, la realidad es que el derecho internacional se ha mostrado ineficaz, los países ecuatoriales han proclamado situaciones contrarias a lo ya ha establecido, y su silencio ha permitido que Colombia actualmente se pueda considerar como un país que posee exclusividad sobre una parte del espacio exterior, que en un principio se consideraba como patrimonio humano, de todos y de nadie.

La República de Colombia ha consagrado en su Constitución Política la soberanía sobre su segmento de la órbita geoestacionaria, buscando derechos exclusivos, únicos y soberanos en esta parte de la órbita. Esta postura ha inspirado a otros países ecuatoriales, como Ecuador, que también ha proclamado su soberanía sobre la órbita, y a estados como Kenia, cuyas cortes constitucionales han afirmado que los tratados internacionales no son contrarios a estos derechos de soberanía. La falta de una respuesta concreta de la comunidad internacional sugiere una aceptación tácita de estos derechos exclusivos, lo que permite afirmar que de facto Colombia es dueña de su segmento de la órbita geoestacionaria y responsable de su uso y gestión exclusiva.

En la generación de conocimiento de este artículo se identifica que Colombia, al igual que otros países ecuatoriales, posee derechos exclusivos sobre su segmento de la órbita geoestacionaria. A nivel jurídico internacional, la proclamación de soberanía sobre estas áreas del espacio exterior no viola los principios universales de patrimonio común de la humanidad ni la libertad de exploración. Estos derechos, consagrados en las constituciones de dichos Estados, no han sido cuestionados por la comunidad internacional, lo que implica una legitimación tácita para que estos países actúen en beneficio de sus intereses nacionales.

Colombia tiene exclusividad en su segmento de la órbita geoestacionaria; siendo así, es uno de los pocos países suramericanos que posee un territorio ultraterrestre soberano; actualmente eso implica una desigualdad internacional, pues solo los Estados ecuatoriales sobre esta órbita tienen derechos, y nada más que estos Estados, gracias a sus condiciones naturales. Colombia tiene una oportunidad de liderazgo única en materia de derecho espacial. A través de una adecuada gestión de su responsabilidad, puede empezar a delinear el camino hacia un futuro soberano del espacio.

Por último, cabe preguntarse ¿cómo se podrán gestionar esos espacios?; ¿conjunta o separadamente?; ¿existirán consensos en sus usos o habrá colisiones en sus desarrollos?; cuál será el impacto sobre los actores no estatales y el nuevo espacio comercial que surgirá gracias a este nuevo cambio de paradigma jurídico.

REFERENCIAS

- Aguada Vaquero, H. (2022). *El Derecho del Espacio Ultraterrestre y sus posibles conflictos* (C. P. Vaquero, Ed.) Universidad del Valladolid. <https://uvadoc.uva.es/handle/10324/55170>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Legis.
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2008). Constitución del Ecuador. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Arraga, L. L. (2023). El espacio ultraterrestre como patrimonio común de la humanidad: un análisis de la regulación internacional. *Cadernos eletronicos direito internacional sem fronteiras*, 5(1). doi:10.5281/zenodo.7684375 <https://www.cadernos eletronicosdisf.com.br/cedisf/article/view/206>
- Barba Solano, C. (2009). Los estudios sobre la pobreza en América Latina. *Revista Mexicana de Sociología*, 71. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032009000500002
- Becerra, J. y Rodríguez, J. (2016). Tres estudios de caso. *Revista Científica General Jose María Córdova*. <https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/15>
- Bustamante, M. A. (1977). La línea equinoccial en el territorio de la República del Ecuador. Cartillas de Divulgación Ecuatoriana, 14. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/items/947a5312-7adb-40a2-979b-38a9fce627f3>
- Calvo Castillo, M. Á. (2020). El espacio aéreo y su reglamento internacional. *Revista IUS*. doi: <http://dx.doi.org/https://doi.org/10.36105/iut.2020n31.09> URL: <https://revistas.anahuac.mx/index.php/iuristantum/article/view/638/681>
- Corte Constitucional de Colombia. (1999). Sentencia C-582. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-582-99.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C-1189. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1189-00.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C-278. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-278-04.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia C-206. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-206-22.htm>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2015). *Repositorio Corte Constitucional del Ecuador*. Sentencia 003-15-DTI-CC: <https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal/fichaSentencia?numero=003-15-DTI-CC>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2017). Sentencia 011-17-DTI-CC. <https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal/fichaSentencia?numero=011-17-DTI-CC>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia 3-20-TI/21. <https://buscador.corteconstitucional.gob.ec/buscador-externo/principal/fichaSentencia?numero=3-20-TI%2F21>
- Cortés Robayo, L. (2014). Historia espacial: recuento histórico de su evolución y desarrollo. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 12. doi:<http://dx.doi.org/10.15425/redecom.12.2014.05> URL: https://spacelaw.uniandes.edu.co/images/a_historia_espacial_cortes.pdf
- Comisión Colombiana del Espacio (CCE) - F. A. C. (2021). Fuerza Aérea Colombiana. <https://facsat1-fuerzaaereacol.hub.arcgis.com>
- Dodge, M. (2010). El derecho del espacio exterior y el futuro de la humanidad. *THEMIS Revista De Derecho* (58), 227-246. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9131>
- El Universo*. (2008, 11 de octubre). Ecuador tiene dos segmentos de la órbita que suman 11.780,3 kilómetros.
- Faramiñán G., J. M. (2021) Nuevas propuestas para el desarrollo sostenible en el espacio ultraterrestre. *Revista Española De Derecho Internacional*, 73(1), 111-136. <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/349>
- Fuerza Aeroespacial Colombiana (2024, 15 de abril). *Un año en órbita cumple el satélite colombiano FACSAT II "Chiribiquete"*. <https://www.fac.mil.co/es/noticias/un-ano-en-orbita-cumple-el-segundo-satelite-colombiano-facsat-ii-chiribiquete>
- Gadea, A. M. (2018). El Tratado de Derecho del Espacio Ultraterrestre. *REDIC*, 1, 60-64. <https://revistas.unlp.edu.ar/Redic/article/download/9757/8573/28075>
- García, F. J. (2010). El derecho internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y metodo. *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 2. <http://hdl.handle.net/10115/5829>

- Gobierno Federal de Transición de Somalia (TFG). (2012). *Provisional Constitution*. <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/14305>
- Gómez Llanos, S. A. (2017). *Los recursos naturales en el espacio ultraterrestre*. Universidad de Los Andes. <http://hdl.handle.net/1992/39840>
- Gutiérrez Espada, C. (1999). La crisis del derecho del espacio, un desafío para el derecho internacional del nuevo siglo. *Anuario Español de Derecho Internacional*. <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/28509>
- Guoyu Wang, X. H. (2023). On the common heritage of mankind principle in space, Sciencedirect, elsevier. <https://doi.org/10.1016/j.actaastro.2023.07.002>. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0094576523003521>
- Infraestructura Colombiana de Datos Espaciales (ICDE). (2022, 19 de septiembre). Gobierno de Colombia. <https://www.icde.gov.co/diccionario-de-terminos/espacio-ultraterrestre>
- Jiménez, W. y Jiménez, G. (2002). La Órbita Geoestacionaria: Una reivindicación desde la Constitución Política de 1991. *Revistas UNAL*. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39991>
- Kaiser, S. A. (2007). El ejercicio de la soberanía de los Estados. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2790/6.pdf>
- López G., M. del S., Mejía C., J. C. y Schmal S., R. (2006). Un Acercamiento al Concepto de la Transferencia de Tecnología en las Universidades y sus Diferentes Manifestaciones. *Panorama Socioeconómico*, 24(32), 70-81. <https://www.redalyc.org/pdf/399/39903208.pdf>
- Ministerio de Relaciones Exteriores (2017, 8 de noviembre). CONCEPTO 24711 DE 2017 https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/concepto_minrelaciones_0024711_2017.htm
- Ministerio del Exterior (2024). Comisión de Naciones Unidas para el uso pacífico del Espacio Ultraterrestre (COPOUS) *Cancillería colombiana*. <https://www.cancilleria.gov.co/comision-naciones-unidas-uso-pacifico-del-espacio-ultraterrestre-copous>
- Mogollón, I. M. (2013). CONSENSO, CONFIANZA Y COOPERACIÓN EN EL DERECHO DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE Universidad de los Andes. https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://spacelaw.uniandes.edu.co/images/ONSENSO_CONFIANZA_Y_COOPERACION_EN_EL_DERECHO_DEL_ESPACIO_ULTRATERRESTRE.pdf
- Moreno Arvelo, P., Arandia Zambrano, J., Cajas León, J. y Zapata Zambrano, P. (2021, 1 de octubre). La órbita sincrónica geoestacionaria reconocida en la Constitución ecuatoriana: análisis desde el derecho espacial. *Dilemas contemporáneos*. doi:<https://doi.org/10.46377/dilemas.v9i.3015>
URL: <https://dilemascontemporaneoseduccionpoliticaayvalores.com/index.php/dilemas/article/view/3015>

- Nieto Lineros, J. y Malpica Ramírez, M. (2014). Turismo espacial: desarrollo, retos, regulación jurídica y futuro. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 12. DOI:<http://dx.doi.org/10.15425/redecom.12.2014.03> https://spacelaw.uniandes.edu.co/images/a_turismo_espacial_malpica_nieto.pdf
- Naciones Unidas (ONU) (1945). Carta de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-1>
- Naciones Unidas (ONU) (2002). Tratados y principios de las Naciones Unidas sobre el espacio ultraterrestre. <https://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf>
- Naciones Unidas (ONU) (2024). Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho y Política del Espacio. Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/v25/014/09/pdf/v2501409.pdf>
- Organización de Estados Americanos (OEA). (2024). Promoción del Derecho Internacional Humanitario. Departamento de Derecho Internacional Humanitario. https://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_humanitario.asp
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1969, 23 de mayo). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.
- Pagliari, A. S. (2004). El Derecho Internacional Público. Funciones, Fuentes, Cumplimiento y Voluntad de los Estados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1-17. doi:<https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2004.4.100> <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/100>
- Pienizzio, A. (2022).. La Declaración de Bogotá de 1976: soberanía satelital de los países ecuatoriales. Sedici, Universidad Nacional de La Plata. [//efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/137271/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/137271/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Ramírez Bulla, G. (2008). El ejercicio de la soberanía territorial de acuerdo con los tratados y principios del derecho internacional. El caso colombiano. *Revista Derecho del Estado*, 21, 122-143. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/496>
- Ramírez del Valle, B. y Forero Forero, J. (1984). Derecho espacial. La órbita sincrónica geoestacionaria. Tercera dimensión de la soberanía nacional. Repositorio Universidad de Cartagena. <https://repositorio.unicartagena.edu.co/handle/11227/10910>
- Ramírez, H. E. (2008). Desarrollo, subdesarrollo y teorías del desarrollo en la perspectiva de la geografía crítica. *Revista Escuela de Historia*, 7(2). https://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1669-90412008000200005
- Rios Nava, L. M. (2022). La evolución del Derecho Espacial y sus repercusiones en el derecho internacional. Facultad Derecho UNAM. <https://coordinacioneditorialfacultadderecho.com/assets/la-evolucion-del-derecho-espacial-y-sus-repercusiones-en-el-derecho-internacional.pdf>

- Rodríguez Medina, E. (2018). Nuestro derecho al espacio. La órbita geoestacionaria: ¿una frustrada regulación? Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. /efaidnbmnnnibpajpcgcllefindmkaj/http://historico.juridicas.unam.mx/publica//librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt4.pdf
- Roja, C. I. (2024). Los Convenios de Ginebra y el derecho. <https://www.icrc.org/es/los-convenios-de-ginebra-y-el-derecho#:~:text=Los%20Convenios%20de%20Ginebra%20y%20los%20Comentarios&text=Protegen%20espec%C3%ADficamente%20a%20las%20personas,y%20los%20prisioneros%20de%20guerra>.
- Sánchez, V. S. (2013). Debates políticos: tratamiento jurídico de la órbita de los satélites geoestacionarios. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. https://derechoytics.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=139%3Adebates-politicos-tratamiento-juridico-de-la-orbita-de-los-satelites-geoestacionarios&catid=12%3A10&Itemid=45&lang=es
- Seara Vázquez, M. (1963). La Evolución Reciente del Problema del Espacio Cósmico en las Naciones Unidas. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcpys/article/view/84786>
- Senado de Francia (2008). CONSTITUCIÓN DE 4 DE OCTUBRE DE 1958 Senado francés. https://www.senat.fr/fileadmin/import/files/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf
- Senado de Kenia (2010). Constitución de Kenia https://www.constituteproject.org/constitution/Kenya_2010?lang=es
- Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES). (2008). Colombia es el quinto país con mayor producción científica en América Latina. Ministerio de Educación Nacional. https://www.mineducacion.gov.co/sistemasdeinformacion/1735/w3-article-245356.html?_noredirect=1#:~:text=Colombia%20ascendi%C3%B3%20del%20s%C3%A9ptimo%20al,Agr%C3%ADcolas%20y%20Biol%C3%B3gicas%2C%20e%20Ingenier%C3%ADa.
- Soler, A. V. (2014). Principios del derecho del espacio ultraterrestre en el marco de las relaciones internacionales. Repositorio Institucional Universidad de los Andes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/92b8f5e7-04e0-41e5-991b-76369baf5f9e>
- Tello Moreno, L. F. (2012). El derecho al patrimonio común de la humanidad. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/Nov_6.pdf
- Tronchetti, F. (2013). *Fundamentals of Space Law and Policy*. Springer Science & Business Media.
- Uçaryılmaz, T. (2020). El principio de buena fe en el Derecho internacional público. *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 43-59. doi:[https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp43-59](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp43-59) <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1815>
- Unesco (1972). *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*. Unesco World Heritage Center: <https://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf>

Asistencia para morir en Colombia y España: un análisis ético y jurídico*

*Assisted Dying in Colombia and Spain:
An Ethical and Legal Analysis*

CARLOS JESÚS MOLINA RICAURTE

Abogado con maestría en Filosofía. Doctorando en Derecho en la Universidad Pompeu Fabra.

Profesor e investigador en la Universidad Cooperativa de Colombia.

carlosj.molina@campusucc.edu.co

<https://orcid.org/0000-0001-6575-5170>

* Este artículo es el resultado del proyecto de investigación “El marco normativo de la eutanasia y la efectividad de los derechos fundamentales en Colombia” (INV3160), financiado por la Universidad Cooperativa de Colombia.

Resumen

Este artículo explora la medicalización del final de la vida, analizando las implicaciones éticas y jurídicas de la eutanasia, el suicidio asistido y los cuidados paliativos. A medida que países como Colombia y España han avanzado en la legalización de estos actos, ha surgido un debate sobre su legitimidad como prácticas médicas. Esta perspectiva interdisciplinar redefine la medicina, que tradicionalmente ha priorizado la preservación de la vida, para incluir la posibilidad de facilitar una muerte digna.

Esta investigación tiene un enfoque cualitativo; emplea técnicas de revisión documental de material normativo, jurisprudencial y doctrinal (tanto jurídico como extrajurídico) obtenido de fuentes oficiales y bases de datos académicas. Los datos fueron clasificados a través de fichaje, posteriormente, seleccionados y analizados para enriquecer la reflexión e incluidos en la argumentación.

El análisis destaca las nuevas responsabilidades de los profesionales de la salud, quienes deben actuar dentro de un marco legal y ético para garantizar el respeto a los derechos de los pacientes.

PALABRAS CLAVE

Acto médico, asistencia para morir, atención sanitaria, responsabilidad médica.

Abstract

The article examines the medicalization of the end of life, while analyzing the ethical and legal implications of euthanasia, assisted suicide, and palliative care. As countries like Colombia and Spain have made progress in legalizing these practices, a debate has arisen regarding their legitimacy as medical acts. This interdisciplinary perspective redefines the practice of medicine, which has traditionally prioritized the preservation of life, to now include the possibility of facilitating a dignified death.

This research takes a qualitative approach. It employs documentary review techniques to analyze normative, jurisprudential, and doctrinal material (both legal and extralegal) obtained from official sources and academic databases. Subsequently, the data were classified, selected, and analyzed to strengthen reflection and argumentation.

The analysis emphasizes the new responsibilities of healthcare professionals, who must act within a legal and ethical framework to ensure respect for patients' rights.

KEYWORDS

Assistance in dying, health care, medical act, medical liability.

INTRODUCCIÓN

La asistencia médica al final de la vida, en lo que respecta a la eutanasia y el suicidio asistido, es uno de los temas más controvertidos y discutidos en la actualidad, tanto en el ámbito legal como en el ético y médico. Este debate no solo se centra en la legitimidad de estas prácticas, sino también en su reconocimiento como actos médicos y en la responsabilidad que ello implica para los profesionales de la salud. En un contexto en el que la medicina ha evolucionado para abordar no solo la prevención y curación de enfermedades, sino también para garantizar una muerte digna, la discusión sobre el final de la vida ha cobrado una relevancia cada vez mayor.

Históricamente, la medicina ha sido vista como una disciplina cuyo objetivo principal es preservar la vida; sin embargo, en las últimas décadas, esta visión ha sido cuestionada y ampliada para incluir la necesidad de asegurar que los pacientes puedan morir con dignidad, especialmente en casos de enfermedades graves e incurables. La eutanasia y el suicidio asistido se han presentado como alternativas para aquellos pacientes que, enfrentados a un sufrimiento intolerable y sin esperanza de mejoría, desean poner fin a su vida de manera digna y controlada; sin embargo, la aceptación de estas prácticas como actos médicos ha generado un intenso debate ético y jurídico que sigue sin resolverse de manera definitiva en muchas jurisdicciones.

Este artículo parte de la reflexión sobre la medicalización del final de la vida y de la muerte, con el fin de justificar la intervención de la medicina en este nuevo contexto; luego se analiza la naturaleza del acto médico que tiene lugar al final de la vida y la muerte; por último, se abordan algunas de las consecuencias negativas que pueden ser resultado del acto médico al final de la vida y la muerte y sus implicaciones en una responsabilidad tanto para los profesionales sanitarios como las instituciones de atención en salud.

El proceso de medicalización del final de la vida, es decir, la incorporación progresiva de la muerte y los cuidados al final de la vida dentro del ámbito médico, ha sido un fenómeno complejo y multifacético. Este proceso ha llevado a que prácticas como la eutanasia, el suicidio asistido y los cuidados paliativos sean vistas cada vez más como responsabilidades inherentes a la profesión médica. Sin embargo, esta medicalización también ha suscitado críticas, ya que algunos sostienen que la medicina no debería involucrarse en actos que tienen como objetivo poner fin a la vida, argumentando que esto contraviene los principios éticos fundamentales de la profesión, como los establecidos en el juramento hipocrático (Merchán Price, 2008; Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago, 2011).

El debate sobre la asistencia o ayuda para morir ha llevado a importantes cambios legislativos en varios países, destacándose la reforma reciente en España (Cámara Villar, 2021). En España, la

Ley Orgánica 3/2021 regula el acceso a la eutanasia, estableciendo un marco normativo que reconoce el derecho de los pacientes a solicitar y recibir ayuda para morir en casos de sufrimiento insoportable y sin posibilidad de mejoría. Un año antes, en Alemania, el Tribunal Constitucional Federal había declarado inconstitucional la prohibición general del suicidio asistido, argumentando que esta prohibición vulneraba el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (Sentencia del Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal Alemán, 2020). Este fallo, especialmente, fue catalizador para una serie de reformas legislativas en Europa, que culminaron con la legalización de la eutanasia, entre otras, la de España.

En Colombia, la situación ha seguido un camino similar, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional liderando la ampliación de los derechos de los pacientes al final de la vida. Desde la Sentencia C-239/1997, que despenalizó la eutanasia en los casos de enfermos terminales en los que concurriese la voluntad libre, hasta las más recientes sentencias C-233/2021 y C-164/2022, que eliminaron el requisito de la enfermedad terminal del paciente para solicitar la eutanasia y aprobaron el suicidio médicamente asistido, la Corte ha sido un actor clave en la evolución del derecho a morir dignamente en el país. No obstante, a pesar de estos avances jurisprudenciales, la implementación de estas decisiones enfrenta numerosos desafíos, particularmente en la superación de barreras impuestas por instituciones de salud y personal médico que, en algunos casos, se resisten a cumplir con estas disposiciones.

Se escogen estos dos estudios de caso en razón a que son pocos los países que cuentan con una atención sanitaria al final de la vida con tanta cobertura, es decir, que incluya los cuidados paliativos, la eutanasia y el suicidio médicamente asistido.

Este artículo no pretende reabrir el debate sobre la compatibilidad entre el derecho a morir dignamente y el derecho a la vida, cuestión que ya ha sido ampliamente discutida y resuelta en el contexto jurídico de países como Colombia y España; en cambio, se centra en una cuestión que ha recibido menos atención: la aceptación de la asistencia para morir como un acto médico y las implicaciones legales que ello conlleva. Este enfoque es crucial, ya que, al considerar la eutanasia, el suicidio asistido y los cuidados paliativos como actos médicos, se abre la puerta a un nuevo régimen de responsabilidad médica, en el cual los profesionales de la salud pueden ser llamados a rendir cuentas por su actuación en estos casos.

La medicalización del final de la vida plantea preguntas fundamentales sobre el papel de la medicina en la sociedad contemporánea. Por un lado, se reconoce que la medicina tiene la capacidad de aliviar el sufrimiento y proporcionar un final digno para aquellos que enfrentan enfermedades terminales o condiciones que hacen la vida intolerable; por otro lado, existe la preocupación de que involucrar a los médicos en actos que conducen directamente a la muerte pueda distor-

sionar los valores fundamentales de la profesión y convertirlos en “agentes de muerte”, en lugar de “guardianes de la vida” (Salem, 1999).

Este artículo explora estos dilemas, argumentando que la asistencia para morir, cuando se realiza dentro de un marco legal y ético adecuado, puede ser considerada un acto médico legítimo. Sin embargo, esta aceptación debe ir acompañada de una clara delimitación de las responsabilidades legales de los médicos y de las instituciones de salud, para garantizar que estas prácticas se lleven a cabo de manera ética, respetando siempre la autonomía y los derechos de los pacientes.

En última instancia, la discusión sobre la asistencia para morir y la responsabilidad médica no solo es una cuestión de derecho, sino también de ética y de la propia naturaleza de la medicina. En un mundo donde las tecnologías médicas permiten prolongar la vida más allá de lo que muchos consideran humanamente aceptable, es fundamental que los marcos normativos evolucionen para abordar estas nuevas realidades. Al hacerlo, se debe asegurar que la dignidad y los derechos de los pacientes se mantengan en el centro de todas las decisiones médicas, especialmente aquellas relacionadas con el final de la vida.

LA MEDICALIZACIÓN DEL FINAL DE LA VIDA Y DE LA MUERTE

Para poder entender la naturaleza del acto médico al final de la vida y la muerte, debe entenderse primero cómo se llegó a la medicalización del final de la vida y la muerte. Cuando los cuidados al final de la vida y la muerte comenzaron a ocupar cierta atención en el ámbito sanitario, empezaron a asumir el carácter asistencial de la medicina. La medicalización del final de la vida y de la muerte se ha dado de manera progresiva, resultado de algunos hechos y sucesos relevantes a nivel científico, los cuales han dado pie para que se produzca un cambio en la manera de ver y comprender la vida y la muerte en las sociedades contemporáneas.

En las últimas décadas, se ha observado un proceso paulatino de medicalización del final de la vida. Con más frecuencia, decisiones relacionadas con la eutanasia, el suicidio asistido, adecuación del esfuerzo terapéutico, rechazo o renuncia a tratamientos, procedimientos y medios diagnósticos y terapéuticos, retiro del soporte vital, recepción de cuidados paliativos, sedación profunda, entre otros, se toman en contextos sanitarios.

La “medicalización” ha sido un concepto importante en los debates sociológicos sobre medicina. Desde su adopción por parte de los sociólogos a finales de la década de 1960, se le dio la connotación de mecanismo de control social (Busfield, 2017, p. 759), lo que contribuyó a que posteriormente la medicalización fuera considerada como una forma de interpretar aspectos de la realidad, incluido el comportamiento humano, en términos médicos, y que sean trata-

dos como problemas médicos en lugar de, por ejemplo, sociales, políticos o existenciales (Kaczmarek, 2019, p. 119). A pesar de lo dicho, no puede negarse que la medicalización constituye un rasgo clave de la vida social y la cultura de la modernidad tardía (Busfield, 2017, p. 771).

El fenómeno de la medicalización es resultado, precisamente, de múltiples factores: a) un sistema tecnológico y burocrático cada vez más complejo; b) una sociedad excesivamente industrializada; c) una revolución farmacéutica, la acción gubernamental, el prestigio de la medicina y el apego a la ciencia; y d) un poder disciplinario ejercido por el Estado sobre los cuerpos, que ha sido denominado por la teoría social francesa como biopolítica (Busfield, 2017, p. 763).

Son muchas y variadas las posturas frente al tema de la medicalización. Elvio Galati (2018), por ejemplo, critica la progresiva medicalización, al sostener que esta expropia al individuo del poder de decidir sobre su salud y bienestar. Por su parte, Borsatto et al. (2019), Joan Busfield (2017) y Jesús Parra Sáez (2019) argumentan que, como consecuencia de la medicalización, el individuo y la sociedad se vuelven cada vez más dependientes de la medicina, contribuyendo así a la perpetuación y crecimiento del fenómeno de la medicalización.

Puede ocurrir que la medicalización reduzca el concepto de salud, vida o muerte al hecho o dato meramente biológico. Juan Pedro Alonso (2013), al igual que Galati (2018), considera que un enfoque integral de la atención sanitaria puede ayudar a superar cualquier tipo de reducción biologicista, permitiendo ver la salud, la vida y la muerte como procesos complejos que no dependen solo de lo funcional, sino que integran múltiples factores.

Alberto Oya Márquez (2017) distingue entre una medicalización positiva y una negativa, las cuales se diferencian, particularmente, en las consecuencias que conllevan. La medicalización positiva se caracteriza por traer aparejadas consecuencias favorables, como la disposición de una nueva y eficaz manera médica para resolver problemas sociales ya existentes, lo que redundaría en una mayor libertad del individuo para escoger entre una manera médica y una manera no médica de afrontar sus problemas. Por su parte, la medicalización negativa trae consigo consecuencias negativas, como la mercantilización de la medicina; la transformación de factores de riesgo en enfermedades; la conversión de personas sanas en enfermos dependientes del sistema sanitario; la reducción de la capacidad de las personas para actuar y resolver sus propios problemas; la saturación del sistema sanitario y la disminución de los recursos públicos destinados para la salud.

Emilia Kaczmarek (2019) diferencia, por su parte, la medicalización de la sobremedicalización (o excesivo dominio de la medicina). Mientras que la medicalización permite el uso de herramientas en medicina basadas en evidencia para tratar distintos padecimientos; mejora la situación

financiera del individuo en condición de enfermedad a través de pólizas, coberturas de seguros y prestaciones sociales; brinda al paciente respuestas que le ayudan a entender mejor las causas de su condición, y puede incrementar la conciencia del individuo en relación con su propia salud, la sobremedicalización, en cambio, puede producir daños en la salud de los pacientes a raíz de tratamientos indebidos (sobrediagnóstico, sobreprescripción); generar riesgos innecesarios para la salud de los pacientes, relacionados directamente con los procedimientos médicos realizados; desencadenar efectos secundarios desagradables producto de la administración irresponsable de medicamentos; dar lugar a un gasto ineficiente y al despilfarro de recursos públicos y privados; generar restricciones excesivas a la libertad de las personas y llevar a los individuos a ignorar las causas sociales, políticas e interpersonales que subyacen a muchos de sus problemas, lo que les impide encontrar soluciones adecuadas (p. 120).

Alonso (2013) aclara que la medicalización, más que una intervención desde fuera de la medicina a problemas ya existentes, constituye una respuesta a los problemas y la forma en que estos son asumidos por las personas, con la diferencia de que estos problemas son ahora planteados dentro del ámbito médico, legitimando así la intervención de la medicina, no tanto porque se trate de problemas nuevos, sino porque se plantean en un contexto nuevo.

Precisamente, la medicalización deriva del modelo de asistencia sanitaria centrado en el hospital, que circunscribió al ámbito hospitalario acontecimientos como el nacimiento y la muerte, eventos que habían estado reservados, por regla general, a la esfera íntima del hogar (Borsatto et al., 2019, p. 2; Busfield, 2017, p. 761), sin embargo se exponían, por primera vez, de forma extremadamente abierta e intensiva a un espacio institucional.

La medicalización del final de la vida surgió, a mediados del siglo XX, como una reacción a la introducción de la ventilación mecánica y las técnicas de reanimación como terapias por la medicina curativa convencional, cuyo fin primordial era prolongar la vida de los pacientes. La progresiva medicalización al final de la vida contribuyó a que los cuidados paliativos comenzaran a centrarse en los ámbitos hospitalarios, pero también a que los cuidados paliativos perdieran su razón de ser (Herring, 2012, p. 555).

Esta objeción tiene sentido si tomamos en cuenta que, con la institucionalización de la muerte en el ámbito hospitalario, esta comenzó a considerarse más como un mero dato o hecho biológico que como un proceso. Los pacientes comenzaron a echar de menos un acompañamiento más integral en el proceso de la muerte; acompañamiento que no encontraban ya en los ámbitos hospitalarios, donde se descuidaron considerablemente aspectos psicológicos, espirituales, relacionales, comunicativos y prácticos, quizá por privilegiar lo técnico (Herring, 2012).

Está demostrado que la solución no reside únicamente en la atención intrahospitalaria, ya que muchos de estos casos pueden atenderse mejor fuera de los contextos institucionales. Para ello, es necesario que la medicina sea capaz de imaginar nuevas formas de aliviar el sufrimiento de las personas, tanto enfermos como familiares y la comunidad, frente a eventos como el final de la vida y la muerte (Herring, 2012, pp. 557-558; Zaman et al., 2021, p. 598). Lydia Dugdale (2014) añade que los cuidados al final de la vida, como los cuidados paliativos, cuando se brindan en espacios distintos a los ámbitos hospitalarios tradicionales, permiten que los pacientes puedan reforzar los lazos familiares y sociales e incrementar su sentimiento de dignidad.

La organización de los servicios médicos al final de la vida en cuidados paliativos requiere, además de habilidades técnicas en el ámbito clínico (como el manejo de diversos síntomas, especialmente el dolor), atender aspectos que inicialmente parecen «no técnicos» de la práctica médica. Este enfoque integral de los cuidados paliativos representa un nuevo alcance de la intervención médica, considerando la intimidad personal y familiar del paciente, y su relación con la enfermedad y la muerte, como un objeto de intervención de la medicina (Alonso, 2013).

Sin embargo, algunos autores, como Karsoho et al. (2016), han sugerido que la medicalización del final de la vida, representada principalmente por los cuidados paliativos, resulta ambivalente, ya que, así como puede ayudar a reforzar la disposición cultural hacia la muerte, también puede, al igual que la medicina curativa convencional, poner mayor énfasis en prolongar la vida que en aliviar el sufrimiento de los pacientes. Por eso, estos autores han preferido hablar de la medicalización de la muerte para referirse puntualmente a la eutanasia y el suicidio asistido, y no tanto a los cuidados paliativos.

Todavía hace falta decir algo sobre la medicalización de la eutanasia y el suicidio. Michael Burgess (1993) considera como un efecto positivo de la medicalización de la eutanasia y el suicidio el hecho de que brindan la posibilidad a las personas que sufren y a los moribundos de elegir poner fin a una vida que consideran ya no vale la pena vivir, o de evitar un periodo prolongado de sufrimiento. Así, en lugar de resignarse a sufrir pacientemente una lesión corporal o enfermedad grave e incurable, o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, persistente en el tiempo, sin posibilidad de curación o mejoría apreciable, la eutanasia y el suicidio devuelven a los pacientes la posibilidad de afrontar sus propios problemas y elegir la forma que consideran más adecuada para solucionarlos. La eutanasia y el suicidio constituyen una respuesta técnica para aquellos pacientes cuyo sufrimiento es intolerable e interminable.

Sin embargo, la eutanasia y el suicidio asistido también pueden presentarse como una opción para los profesionales de la medicina que buscan hacer algo cuando nada parece ayudar al cuidado de sus pacientes (Burgess, 1993, p. 273). Más allá de la administración directa o indirecta

del agente eutanásico, los médicos ejercen principalmente una función de control que sirve para evitar un uso inapropiado del procedimiento, así como solicitudes no informadas o no voluntarias. Para ello, las leyes, las normas éticas de la profesión, la política institucional y las directrices éticas les permiten a los médicos ejercer su juicio sobre quién está en condiciones de solicitar y recibir legítimamente la ayuda para morir (Burgess, 1993, pp. 273-274). En este sentido, la medicalización de la eutanasia y el suicidio puede ayudar a incrementar la conciencia del médico sobre su responsabilidad profesional en el ejercicio de la actividad médica.

Por último, la medicalización de la eutanasia y el suicidio ofrece a la sociedad un medio idóneo para prestar un servicio compasivo a través de instituciones y profesiones aceptables y establecidas, con salvaguardias contra su uso inadecuado (Burgess, 1993, p. 274). En ese sentido, brinda a la sociedad la posibilidad de responder no solo a las expectativas sociales de disminución del dolor y el sufrimiento, sino también a las necesidades concretas de las personas que padecen una lesión corporal o enfermedad grave e incurable, o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, sin posibilidad de curación o mejoría apreciable, y que no encuentran una forma adecuada de afrontarlos. Además, permite que los recursos en salud se inviertan de manera eficiente.

No se puede cerrar el tema de la medicalización de la eutanasia y el suicidio sin antes mencionar también sus efectos negativos. Entre ellos, se encuentra la reducción de la investigación en otras formas de paliación del dolor, la percepción de que los cuidados al final de la vida se reducen a los servicios médicos, lo que limita, a su vez, los servicios sociales, y el riesgo de que la decisión de optar por la eutanasia o el suicidio pueda estar motivada en el paciente por el simple deseo de recibir una atención especial, a la que normalmente podría acceder en más tiempo. Así, la elección de la eutanasia o el suicidio se convierte, en este caso, en un mero medio para acceder a otros tipos de cuidado (Burgess, 1993, pp. 274-276).

Finalmente, el suicidio médicamente asistido medicaliza el suicidio. Aunque esta observación parezca obvia, tiene ciertas implicaciones. La decisión de morir por suicidio pasa a tratarse como un conjunto de problemas clínicos que deben resolverse médicamente. En ese sentido, la decisión «privada», «íntima» y «autodeterminada» de suicidarse se traduce en un acontecimiento clínico (Salem, 1999, p. 32). Medicalizar el suicidio también implica que, si se legaliza, el suicidio asistido por un médico se convierte en una prerrogativa de los médicos (Salem, 1999, p. 32). En este contexto, el solicitante de la ayuda para morir nunca tendría realmente el control sobre la decisión de morir (Salem, 1999). En primer lugar, un médico sería el encargado de recibir las solicitudes; luego, él mismo o un colega sería el encargado de asistir en el procedimiento. Todo esto se daría, desde luego, dentro de los límites del ejercicio profesional de la actividad médica. En segundo lugar, las actuaciones del médico serían objeto de evaluación, valoración y verificación

por parte de un órgano colegiado especializado. Por eso, se habla de un monopolio de poder por parte de la medicina sobre las solicitudes de ayuda para morir.

De lo anterior se sigue que la medicalización del suicidio, que se extiende a la eutanasia y los cuidados paliativos, permite que estas prácticas comiencen a ser valoradas como actos pertenecientes al ejercicio profesional de la actividad médica. En ese sentido, la medicina puede otorgarles ese carácter legítimo, gracias al reconocimiento social que le asiste, lo que le permite adjudicarse un control sobre el suicidio, la eutanasia y los cuidados paliativos. Además, cuenta con una estructura institucional compleja que facilita llevar a cabo esa tarea de principio a fin.

EL ACTO MÉDICO Y LA ASISTENCIA AL FINAL DE LA VIDA Y LA MUERTE

Si se habla de una medicalización de la muerte, entonces debe considerarse la prestación de asistencia o ayuda para morir como un acto médico. El Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago (2011) y autores como Jorge Merchán Price (2008) han argumentado en contra de esta idea, sosteniendo que la acción deliberada de causar la muerte de una persona para evitar el dolor o el sufrimiento va más allá de la naturaleza y los objetivos de un acto médico. Además, consideran que contradice los principios de la medicina y los valores del juramento hipocrático, por lo que no debería ser requerida a los profesionales de la salud.

Sin embargo, para considerar o no la asistencia al final de la vida y la muerte como un acto médico, más allá de la carga moral que se le quiera atribuir al tema, es necesario aclarar la naturaleza y el contenido del acto médico. El acto médico se caracteriza por ser libre y consciente (Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago, 2011; Guzmán Mora, 2001), y está conformado por una decisión o conjunto de decisiones tomadas por el profesional de la medicina con el fin de prevenir la enfermedad o restablecer la salud del paciente (Besio Rollero, 2003). El contenido de la decisión o conjunto de decisiones versa sobre los cursos de acción que resultan ser los más adecuados para alcanzar el fin perseguido.

Es necesario diferenciar entre diversos tipos de acciones: en primer lugar, están las acciones que los médicos deben realizar siempre por corresponderles propiamente; en segundo lugar, las acciones que los médicos pueden o no realizar, dependiendo de las circunstancias; y, por último, las acciones que los médicos simplemente no deberían realizar bajo ninguna circunstancia. Así, hay acciones que se hacen exigibles en virtud de una obligación genérica de hacer; otras cuya realización depende de que se den las circunstancias adecuadas, y otras que responden, en definitiva, a una obligación de no hacer. Por un lado, tenemos que el primer tipo de acciones, así como el último, pueden exigirse de manera coercitiva, desde el derecho. No obstante, respecto del segundo tipo de acciones no puede decirse lo mismo, ya que dependen de la voluntariedad

del sujeto agente; por tanto, la ética es, en última instancia, la que establece el nivel de exigencia u obligatoriedad de los distintos tipos de acción (Besio Rollero, 2003, p. 26; Villarroel Soto, 2009, pp. 82-83). Sin embargo, esta última observación no debe llevarnos a tomar un enfoque diferente sobre el acto médico que no sea el del derecho, tal como se mencionó al comienzo.

Las acciones pueden sintetizarse en dos tipos: las acciones de hacer y no hacer pueden clasificarse como obligaciones puras, y las acciones cuya realización depende de que se den las circunstancias adecuadas, que pueden catalogarse como obligaciones modales (Castillo Freyre, 2014, p. 216). Castillo Freyre diferencia las obligaciones puras y modales de la siguiente manera: “Son puras las obligaciones contraídas para cumplirse en forma inmediata y usual. Son modales cuando ellas están sujetas a condición, que puede ser suspensiva o resolutoria, a plazo o a cargo” (p. 216). Se agrega a lo anterior que las obligaciones puras del médico son aquellas que son propias de su profesión, y resultan exigibles de manera inmediata al sujeto, como son prevenir la enfermedad y curar al paciente, pero también abstenerse de hacer lo contrario.

Es importante aclarar que no se trata de menospreciar la obligación del médico de prevenir la enfermedad y de curar al paciente, sino de considerar también los límites de dicha obligación a partir de los límites impuestos por la actividad médica misma; por tanto, nos enfrentamos realmente a un problema de orden práctico. En el caso del médico que se encuentra con un paciente en una condición clínica que hace inútil la prevención de la enfermedad e imposible la curación de la misma, y hace inviable que el paciente recupere la salud, tratándose de una lesión corporal o enfermedad grave e incurable, o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, persistente en el tiempo, sin posibilidad de curación o mejoría apreciable, ¿hasta qué punto pueden considerarse las acciones llevadas a cabo por los profesionales de la medicina en estos casos como actos médicos? Algunos autores están en desacuerdo en que la eutanasia y el suicidio asistido sean considerados actos médicos, y los consideran contrarios a la finalidad de dicha profesión (Besio Rollero, 2003; Merchán Price, 2008; Romeo Casabona, 2021). Otros, como se verá, llegan a admitir, e incluso defienden, que los cuidados paliativos sean considerados actos médicos al final de la vida.

Gamblin et al. (2017) han defendido que los cuidados al final de la vida sí constituyen un acto médico, ya que transforman los estados terminales en una nueva enfermedad que se debe combatir por medio de la medicina paliativa, al tiempo que contribuyen a proporcionar un estatus al moribundo. Esto hace que los protocolos y recomendaciones médicas que participan en la etapa final de la vida conserven su finalidad terapéutica y mantengan cierta centralidad en la dimensión del cuidado (pp. 347-348). Por su parte, el Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago (2011) ha afirmado que los trabajos, las atenciones y las preocupaciones de los familiares y del personal sanitario son incluso mayores en los casos en que se hace uso

de los cuidados paliativos como tratamiento para pacientes terminales (p. 649). Fritz Eduardo Gempeler Rueda (2015) ha llegado a sugerir que el derecho a morir dignamente se entienda como el derecho a morir en determinadas condiciones de cuidado (p. 184). Estas tres posturas subrayan el carácter asistencial de la medicina, concretamente, en los casos de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, persistente en el tiempo, sin posibilidad de curación o mejoría apreciable, reforzando la idea del carácter asistencial del acto médico al final de la vida, incluso en la muerte.

Otro aspecto que no puede dejarse de lado, sobre todo en la actualidad, es la relación médico-paciente. Algunos autores han hecho énfasis en que el acto médico es la forma concreta que asume la relación médico-paciente (Bedoya Hernández y Builes Correa, 2012; Guzmán Mora, 2001, p. 8; Vargas, 2022), relación que puede ser de carácter personal o institucional, en la que se toma en cuenta no solo la decisión del médico, sino, principalmente, la decisión del paciente para aceptar cualquier examen, diagnóstico o terapia, basado en el principio de autonomía del paciente. Este poder de decisión puede extenderse, en algunos casos, a poner fin a su vida, lo que refuerza la consideración de la asistencia al final de la vida, e incluso de la muerte, como un acto médico¹.

Otro aspecto que tampoco puede pasarse por alto es la idea de que los derechos de los pacientes deben ser considerados como límite a la relación médico-paciente. A pesar de haberse definido estos derechos de manera genérica, la especificidad del derecho sanitario y de los derechos del paciente en cuanto a la enfermedad y el grado de cronicidad impiden hoy que tengan un carácter uniforme y universal. A esto se añade la variedad de contextos en los que pueden ejercitarse estos derechos. Como sugieren Navarro Rubio et al. (2008), el concepto de derechos de los pacientes se amplía al vincularse criterios distintos a los estrictamente sanitarios, como son los culturales, sociales, éticos y políticos (p. 368). Esto se traduce en que, además de los aspectos objetivos relacionados con el estado clínico de los pacientes, hay aspectos de índole particular y asociados al entorno que deben tenerse en cuenta, como los valores morales,

1 Autores como José Luis Guerrero Quiñones (2022), consideran la autonomía del individuo como límite de la actividad médica, por tanto, las obligaciones de los médicos estarían supeditadas a los derechos de los pacientes. Este tipo de posturas cuestionan fuertemente el derecho de objeción de conciencia por parte del personal sanitario, ya que puede configurarse en una amenaza a la autonomía del paciente. La objeción de conciencia puede ser motivo de preocupación si llega a convertirse en una tendencia generalizada, pues, tal vez, un número suficiente de médicos dispuestos a asumir las responsabilidades de sus colegas puede llegar a garantizar la prestación de servicios equitativa y eficiente, de esta manera, la objeción de conciencia podría permitirse de buen grado, no obstante, cuando no hay forma de garantizar ese número suficiente de profesionales sanitarios dispuestos a prestar la ayuda para morir, entonces, la objeción de conciencia puede llegar a convertirse en un problema (pp. 92-95).

culturales y religiosos del paciente; el lugar de origen de este (urbano o rural); la cercanía a los centros asistenciales y de prestación de servicios sanitarios; el tipo de familia a la que pertenece el paciente, entre otros aspectos².

Debe considerarse la función que desempeña el contexto en la prestación de asistencia o ayuda para morir. Por lo tanto, la forma y modalidad que asuma la prestación de asistencia o ayuda para morir, cualquiera que sea, debe respetar siempre las prerrogativas del paciente. Por ello, ya no es necesario que la prestación de asistencia o ayuda para morir se realice necesariamente en un ámbito intrahospitalario; también puede llevarse a cabo en ámbitos extrahospitalarios, como el domicilio del paciente o en instituciones como hospicios (*hospices*).

Finalmente, aclaramos a los lectores que el objetivo de esta sección no ha sido observar los actos médicos relacionados con la asistencia al final de la vida y la muerte de forma particular, ya que la ley ha enumerado y clasificado dichos actos en la legislación colombiana y española, que son los casos de estudio, sino analizar de manera general los actos médicos que engloban los actos médicos relacionados con la asistencia al final de la vida y la muerte. A continuación, se explorará el tema de la responsabilidad por el acto médico en la prestación de asistencia o ayuda para morir, analizando primero la conformación de la responsabilidad en el acto médico en general, para concluir con aspectos puntuales de la ayuda para morir y su relación con la responsabilidad por el acto médico.

RESPONSABILIDAD POR EL ACTO MÉDICO EN LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA O AYUDA PARA MORIR

Víctor Manuel Téllez Cobo y Héctor Hernando Hernández Mahecha (2021) sostienen que la relación médico-paciente y/o institución-paciente es de carácter prestacional, lo que implica una obligación que generalmente termina en una responsabilidad (p. 295). El Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago (2011) sostiene que el médico está obligado a poner todos los medios a su alcance para que el paciente pueda recuperar su salud (p. 649). Se dice, por ello, que el acto médico constituye una obligación de medio, y solo en algunos casos, una obligación de resultado (Velásquez Posada, 2009, pp. 43-45). Precisamente, es la diligencia empleada por el médico en la atención del paciente, independientemente del resultado, esto es, la recuperación de la salud del paciente, lo que sirve para establecer el cumplimiento o no de

2 Son derechos del paciente: derecho a la autonomía, a ser tratado con respeto, a la intimidad, a la prevención de la enfermedad y a la prestación de servicios. Son deberes del paciente: cuidar de la propia salud, informar al profesional, hacer buen uso de los recursos, cumplir con el tratamiento y mostrar respeto (Navarro Rubio et al., 2008, p. 369).

la obligación que configura el acto médico (López Fernández, 2000, pp. 108-109, 110). Martha Isabel Rivera Alvarado (2014) señala que “el profesional de la salud se encuentra ante la imposibilidad de garantizar un resultado, cualquiera que este sea” (p. 129). Por lo tanto, el acto médico será, por excelencia, un acto diligente. ¿Pero qué ocurre cuando el médico, aun actuando de modo diligente, causa, como consecuencia de su actuación, un resultado fatal? ¿Puede hablarse aquí de responsabilidad? Para responder a estas preguntas, es necesario considerar las dos dimensiones que constituyen el acto médico.

Según la doctrina, el acto médico puede concebirse de dos formas: como acto jurídico y como hecho jurídico generador de obligaciones (Casa Madrid Mata, 2008; Rivera Alvarado, 2014). Como acto jurídico, el acto médico parte de la manifestación de voluntad en el marco de una relación consensuada entre el médico y su paciente³, que genera derechos y obligaciones para ambas partes. Por tanto, el cumplimiento o no de dichas obligaciones genera efectos jurídicos: en el primer caso, el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones a la otra parte; en el segundo caso, el derecho a exigir la responsabilidad por perjuicios a causa del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones pactadas. Pero más allá del acto jurídico como fuente de obligaciones, hay hechos independientes de la voluntad de las partes, a los que la ley les reconoce efectos jurídicos, y que pueden dar lugar a una responsabilidad civil.

La persona afectada por una mala práctica médica puede demandar por daños y perjuicios mediante una acción civil. Aunque no es la única consecuencia legal que puede derivar para el profesional médico a causa de una mala práctica: también puede enfrentar una acción de tipo penal. Estas consecuencias no siempre se dan de manera conjunta. El profesional médico puede ser llamado a responder por los daños y perjuicios resultantes de su mala práctica y ser condenado a pagar una compensación económica, pero no siempre tendrá que enfrentar una acción de tipo penal por conductas cometidas en el ejercicio de su profesión.

La responsabilidad constituye un elemento clave tanto en la acción civil como en la penal por el acto médico. Para que pueda configurarse la responsabilidad civil por el acto médico, es necesario demostrar la existencia de la relación médico-paciente y determinar el alcance de los derechos y obligaciones en el marco de esta. Mientras que para que pueda configurarse la responsabilidad penal por el acto médico, se exige que la persona a la que se le imputa la responsabilidad

3 Aunque sabido es que la manifestación de la voluntad en la relación médico-paciente puede surgir también de forma unilateral, p. ej. cuando el paciente no está en condiciones de expresar su consentimiento al acto médico, incluso, puede haber una subrogación de la voluntad del paciente a través de un tercero, quien será quien consienta el acto médico de acuerdo a lo que más convenga al paciente.

se haya comportado de forma ilícita, es decir, que su acción u omisión no esté permitida legalmente, por lo que su conducta resulta reprochable y sancionable jurídicamente.

No siempre que se presentan resultados indeseados estamos en presencia necesariamente de un obrar ilícito por parte del médico, porque este ha podido observar estrictamente las normas y, aun así, han podido producirse resultados no deseados. En esos casos, no puede reprochársele al médico su actuar, y mucho menos imponérsele una sanción penal, ya que, independientemente de que los resultados sean adversos o nocivos, estos hechos no son por sí ilícitos.

En el caso de la eutanasia y del suicidio asistido, puede pensarse que lo relevante es el resultado, es decir, la anticipación de la muerte, pero esto no es del todo cierto. Aunque la ley prevé una relación causa-efecto única e inmediata entre la acción desplegada por el personal médico o sanitario y el deceso o muerte del solicitante de la eutanasia o el suicidio asistido, dicha conducta se exceptúa de la prohibición general establecida en el estatuto penal de los países en estudio. Esto ocurre en virtud de que media un procedimiento ya reglado entre lo que sería la petición informada, expresa y reiterada del solicitante de la prestación de asistencia o ayuda para morir y la recepción de esta. Así, la ilicitud del hecho no vendría tanto del resultado de la acción desplegada por el personal médico o sanitario como sí del incumplimiento del procedimiento establecido en la ley.

Los marcos normativos de la eutanasia y el suicidio asistido en Colombia y España exigen que la decisión del solicitante sea persistente y reiterada a lo largo del proceso de solicitud y trámite de la prestación de asistencia o ayuda para morir, lo cual debe ser requerido por el médico receptor de la solicitud para seguir adelante con el proceso asistencial. Otro requisito adicional es que la solicitud y trámite deben llevarse a cabo en un contexto eutanásico, lo cual requiere de cierto tipo de acompañamiento por parte del personal médico o sanitario a la persona solicitante, adoptando este acompañamiento incluso un carácter deliberativo (Resolución 971, 2021; Ley Orgánica 3, 2021) e integral, lo que denota el cumplimiento de una obligación de medio por parte del personal médico o sanitario. De hecho, tanto el marco normativo colombiano como el español prevén la conformación de un comité encargado de verificar el cumplimiento de los requisitos en cada solicitud, que van más allá de las condiciones objetivas propias de cada paciente y se refieren a las actuaciones desplegadas por el personal médico o sanitario y la institución receptora de la solicitud, de las cuales cabe hacer valoraciones o juicios de responsabilidad a partir del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley. Aunque, por supuesto, es importante satisfacer el derecho del paciente a morir de forma digna, lo primero es que todos los intervinientes en el trámite y procedimiento eutanásico hayan actuado adecuadamente.

Tratándose del suicidio asistido, en el que la intervención del personal sanitario no es directa, sino indirecta en el acto por el que una persona pone fin a su vida, se limita a la prescripción o suministro al paciente de una sustancia para que esta se la pueda autoadministrar y cause su propia muerte⁴. Puede pensarse que el grado de responsabilidad es más débil en comparación con la eutanasia, en la que la administración de la sustancia al paciente es realizada directamente por el profesional sanitario competente. Sin embargo, esto no es exacto del todo, pues debe tenerse en cuenta que el profesional sanitario está obligado a orientar y proporcionar información clara, completa y oportuna al paciente, dentro de los términos contemplados en la ley, para que, hecha la solicitud y agotado el trámite correspondiente, el paciente pueda realizar el procedimiento por sí mismo. Por tanto, a partir del cumplimiento de esta obligación puede valorarse la responsabilidad del profesional sanitario.

Independientemente de si hablamos de eutanasia o de suicidio asistido, la relación médico-paciente e institución-paciente ha de caracterizarse por mantener cierta continuidad, de manera que la solicitud de asistencia o ayuda para morir pueda ser recibida y tramitada siempre dentro del mismo ámbito asistencial. No obstante, esto no siempre es así, pues no hay forma de exigirle al médico que renuncie a su legítimo derecho a objetar en conciencia, el cual puede ejercer siempre que sea en los términos establecidos por la ley, incluso si el receptor de la solicitud es distinto al médico responsable o tratante. De manera similar ocurre con las instituciones prestadoras de servicios sanitarios, que no siempre cuentan con los medios y recursos necesarios para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a morir dignamente. Por tanto, no están obligadas a prestar asistencia o ayuda, pero sí a remitir al paciente a otras instituciones donde puedan prestarla.

En el caso de la eutanasia y el suicidio asistido, la objeción de conciencia o la falta de medios y recursos constituyen limitaciones a la prestación de asistencia o ayuda para morir, en el marco de la relación médico-paciente e institución-paciente, respectivamente. En los cuidados paliativos ocurre distinto; así como a los médicos no les está permitido objetar en conciencia, a las instituciones que prestan cuidados paliativos, y que generalmente tienen habilitado el servicio de hospitalización oncológica, de atención al paciente crónico o de atención domiciliaria al paciente crónico, tampoco les está permitido negarse a prestar el servicio⁵. Por tanto, los cuidados paliativos revisten un carácter obligatorio e inherente a la actuación médica.

4 Se habla aquí de profesional sanitario, y no solo de médico, debido a que la Ley Orgánica 3 de 2021 contempla que la ayuda necesaria para morir puede ser suministrada por los profesionales sanitarios en general, y no solo por el médico.

5 Esto, sin mencionar los hospices, que son instituciones diseñadas especialmente para suministrar cuidados paliativos, y constituyen espacios alternativos a los hospitales.

El enfoque integral y las nuevas concepciones de la disciplina sobre el final de la vida se orientan hacia el ideal de un “buen morir”, e impulsan intervenciones potencialmente normativas por parte de los profesionales. Estas intervenciones abarcan tanto la relación con las familias como las maneras “saludables” de enfrentar y manejar esta experiencia a través del acompañamiento (Alonso, 2013, p. 2546).

Es importante señalar que los deberes legales a menudo se fundamentan en las reglas de cada profesión o *lex artis*. En el caso de la práctica médica, el profesional se obliga a conducirse con la mayor diligencia, empleando los medios disponibles y actuando conforme a la *lex artis*, propio de las obligaciones de medio (Pacheco Gómez, 2011, p. 89). Alejandro Pacheco Gómez (2011) define la *lex artis* como “un conjunto de reglas, técnicas y procedimientos generales que se aplican para la valoración y regulación de la práctica médica” (p. 87). Por tanto, en la práctica médica, para determinar el cumplimiento de la obligación de medio, debe evaluarse si el profesional actuó de forma diligente, empleando los medios disponibles y conforme a las reglas, técnicas y procedimientos generales de su disciplina. En consecuencia, es la disciplina la que determina el deber legal del profesional, y, en ese sentido, la obligación de actuar de determinada manera o el juicio de reproche cuando se actúa de otra, es decir, cuando se incurre en una mala praxis (pp. 94-95). Antonio Fuente Del Campo y Alma Ríos-Ruiz (2018) indican que:

Existirá mala praxis médica cuando se provoque daño en el cuerpo o en la salud de una persona física, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencia de una acción profesional realizada con imprudencia, negligencia o impericia en su profesión, o por no observar las normas de los deberes a su cargo, apartándose de la normativa legal aplicable. (p. 125)

Cabe suponer que si ya se aceptan, de forma casi unánime, los cuidados paliativos en el ejercicio de la actividad médica, no hay razón para negar al derecho la potestad de exigir al profesional conducirse de determinada manera en el ámbito y contexto de su disciplina. Sin duda, para el derecho, actuará de forma diligente y cuidadosa quien, siguiendo la *lex artis* de su disciplina, aplica de forma adecuada los cuidados paliativos a un paciente. El médico que aplica cuidados paliativos se somete a varias condiciones, entre otras: i) debe enfrentarse, necesariamente, a un contexto eutanásico; ii) debe suspender o adecuar, por lo general, las medidas terapéuticas y, la mayoría de las veces, la hidratación y la alimentación; iii) le es imposible sortear el doble efecto, por tanto, al mismo tiempo que alivia el dolor y sufrimiento, está acortando la vida⁶. Si el médico

6 “El principio del doble efecto excusa un mal inevitable producido por la prosecución impostergable de un bien y permite realizar una acción moralmente legítima, aun cuando de ella puedan surgir consecuencias indeseables” (sic) (Hodelín Tablada, 2012, p. 957).

cumple estas condiciones, entonces, su actuación se ajusta a la *lex artis* de su disciplina, y, en consecuencia, no puede ser objeto de ningún juicio de reproche o responsabilidad.

Por otro lado, a quien presta asistencia o ayuda para morir a través de la eutanasia o el suicidio asistido, se le exige también cumplir unas leyes, unas normas éticas de la profesión, una política institucional y unas directrices éticas para atender las solicitudes de asistencia o ayuda para morir (Arruego, 2020, p. 289; Burgess, 1993, p. 274). Igualmente, la práctica de este tipo de procedimientos implica un cierto nivel básico de competencia profesional, por lo que se hace necesario prestar atención a la investigación y la educación con el fin de garantizar mejores procedimientos (Burgess, 1993, p. 274).

Del mismo modo, el médico que trata a un paciente con una condición clínica que hace inútil la prevención de la enfermedad e imposible la curación de la misma, y hace inviable que el paciente recupere la salud, tratándose de una lesión corporal o enfermedad grave e incurable, o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, persistente en el tiempo, sin posibilidad de curación o mejoría apreciable, está obligado a dejar de hacer o llevar a cabo cualquier esfuerzo encaminado a la prevención o curación de la enfermedad, en el caso de que el paciente haya solicitado la interrupción de tratamiento.

En consecuencia, en la *lex artis* y el derecho encontramos unos deberes de hacer y no hacer del personal médico y sanitario frente a situaciones de final de la vida y muerte.

RESPONSABILIDAD EN LOS ACTOS MÉDICOS AL FINAL DE LA VIDA Y LA MUERTE

Tratándose de actos médicos al final de la vida y la muerte, podemos hablar de dos tipos de responsabilidad: responsabilidad civil y responsabilidad penal.

A medida que los tribunales constitucionales de distintos países en Europa y América han declarado la ilegitimidad de la prohibición de la eutanasia y el auxilio al suicidio en sus respectivos sistemas legales, o bien los parlamentos han hecho lo propio en legislar sobre la asistencia o ayuda para morir (Cámara Villar, 2021; Corcoy Bidasolo, 2024; Viganò, 2023), la responsabilidad penal se ha convertido en algo cada vez más raro, al salir progresivamente de los estatutos penales la prohibición de la eutanasia y el auxilio al suicidio.

En la actualidad, resulta cada vez más difícil hablar de responsabilidad penal por actos médicos al final de la vida y la muerte, precisamente, por la ausencia de fundamentos jurídicos que la respalden. No obstante, todavía la jurisprudencia de países del *Common law* da a entender que cualquier intervención del médico contra la voluntad del paciente puede derivar en responsa-

bilidad civil (y teóricamente penal). Esto se debe a la necesidad que tiene el médico de obtener el consentimiento del paciente, o, en su defecto, por una situación de necesidad médica, para poder hacer cualquier intervención (Koury, 1991, p. 680; Viganò, 2023, p. 504). De lo anterior se podría inferir un nuevo tratamiento hacia la responsabilidad penal por actos médicos.

Jonathan Herring (2012) sostiene que para poder derivar la responsabilidad por el acto médico hacia la imputación penal de una conducta ilícita, específicamente homicidio culposo, no bastaría con demostrar la sola negligencia (o culpa) del médico; es necesario demostrar que el médico estaba en la posición epistémica de poder prever los posibles daños atribuibles a su acción. Andrea Perin (2018) habla de culpa en grado mayor para imputar al médico la responsabilidad penal por sus actos⁷.

Toda práctica o motivación profesional restrictiva de la autonomía del paciente, como la obstinación terapéutica, la sedación paliativa (cuando no existe voluntad de prolongar la vida biológica), el paternalismo médico y la denegación del cuidado paliativo, que produzca sufrimiento y aflicción psicológica, puede dar lugar a responsabilidad (civil) de los médicos o instituciones prestadoras de servicios de salud, ya que en estos actos médicos también pueden ocasionarse daños a los pacientes, con el agravante de que la situación en la que se encuentran los hace más vulnerables al sufrimiento, la impotencia y a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Los actos médicos al final de la vida y la muerte están sujetos a la responsabilidad por daños, conforme a la tutela que el ordenamiento jurídico sanitario otorga a los pacientes con lesiones corporales o enfermedades graves e incurables, o padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes, persistentes en el tiempo, sin posibilidad de curación o mejoría apreciable.

Para comprender el alcance de dicha protección, se parte de la premisa de que la eutanasia, el suicidio asistido, los cuidados paliativos y demás tratamientos prescritos por la medicina del dolor son actos susceptibles de examen bajo la *lex artis* y los derechos del paciente. En consecuencia, es plausible defender la hipótesis de que, si los médicos inobservan los estándares científicos o lesionan las prerrogativas fundamentales de estos pacientes, deben reparar los perjuicios causados.

En ese orden de ideas, es necesario enfatizar en los daños inmateriales o extrapatrimoniales identificados por la doctrina y la jurisprudencia de la responsabilidad civil, e identificar cuáles

⁷ “La culpa grave, equivalente al dolo civil, tiene que ver con el desconocimiento inexcusable de un patrón socialmente aceptado de comportamiento sancionado a quien se le reprocha haber obrado de un modo contrario a la norma penal, estando en condiciones de haber obrado distinto” (Ámbito Jurídico, 2018).

pueden causarse a los pacientes con lesiones corporales o enfermedades graves e incurables, o padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes, persistentes en el tiempo, sin posibilidad de curación o mejoría apreciable, como consecuencia de los yerros en actos médicos al final de la vida y la muerte.

Daños extrapatrimoniales causados por actos médicos al final de la vida y la muerte

La noción de daño extrapatrimonial ha sido abordada ampliamente por la doctrina, la cual no ha llegado aún a una sola definición. De Ángel Yágüez (1993) lo define como una aminoración de los bienes no pecuniarios de una persona; constituye una afrenta no equiparable en dinero ni con valor de cambio, por tratarse de aspectos ligados a la humanidad del individuo (p. 675).

Matilde Zavala de González (2009) define al daño extrapatrimonial como una lesión a los derechos de la personalidad que produce efectos negativos en el ámbito moral, psíquico y personal, a diferencia de los daños que afectan el patrimonio económico de la persona. La estimación de estos proviene de la equidad y del arbitrio *sui iuris*, pues no es posible determinar una valoración económica exacta, debido a la intangibilidad de los sentimientos y emociones del ser humano (p. 3).

En la doctrina colombiana, Javier Tamayo Jaramillo (2004) ha abordado con suficiencia el tema de los daños extrapatrimoniales, considerándolos como lesiones a las esferas personales de la víctima, en cuyo contexto la responsabilidad civil no tiene un fin reparativo sino compensatorio (p. 109).

La profesora Milagros Koteich (2012), al referirse al daño extrapatrimonial, sostiene que hay un entendimiento equívoco del mismo, entendiendo que en esta categoría solo está el daño moral y no la multiplicidad de daños, a saber: daño a la vida de relación, perjuicio de grado, alteración a las condiciones de existencia, daño fisiológico, daño estético, etc., en los que perfectamente puede expresarse un efecto pernicioso en la humanidad de una persona (p. 39).

Asimismo, Koteich (2012) argumenta que una noción contemporánea del daño extrapatrimonial debe estar armonizada con los derechos fundamentales. El daño extrapatrimonial a la persona, como base de la responsabilidad civil, ha sido un tema constantemente abordado por la ciencia jurídica. En la actualidad, ha cobrado una notable relevancia debido al creciente interés por la protección de los derechos fundamentales. Esto ha marcado una nueva dirección en la responsabilidad civil, orientada hacia una tutela más completa y resarcitoria de la persona humana (p. 67).

En esa línea argumentativa, el daño extrapatrimonial comprende, de forma integral y holística, la dimensión psicológica, espiritual, física y cultural del ser humano, atendiendo necesidades distintas a las económicas y ampliando el entendimiento del individuo dentro del ámbito de la responsabilidad civil.

En el ejercicio de la medicina, los médicos y las instituciones de salud impactan en el ámbito extrapatrimonial de los pacientes. La vida, la integridad física y psicológica, el sentido existencial y la diversidad cultural son bienes jurídicos que pueden ser vulnerados por yerro de *lex artis* o violación de los dictados del derecho sanitario.

Cada acto médico puede constituir un evento que dé lugar a daños extrapatrimoniales imputables a negligencia humanística o profesional de los médicos y, por contera, desatarse el deber resarcitorio. Por ello, la medicina es una ciencia de gran estimación moral en la sociedad, pero también con enormes exigencias éticas y jurídicas (Bello Janeiro, 2015, p. 79).

Los actos médicos al final de la vida pueden ser enjuiciados en procesos de responsabilidad médica por causar daños extrapatrimoniales a los pacientes con lesiones corporales o enfermedades graves e incurables, o padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes, persistentes en el tiempo, sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. Primero, porque el sistema sanitario tiene posición de garante respecto de los derechos fundamentales y de la personalidad de quienes reciben su atención; segundo, porque el paciente en esta condición y sus familiares son susceptibles de experimentar mayor dolor, sufrimiento, congoja, tristeza y aflicción personal. Es así como la tutela resarcitoria entra a operar para satisfacer las demandas de justicia y reparación en los contornos de la medicina paliativa y al final de la vida.

En Colombia, la jurisprudencia y la doctrina han llegado a un consenso respecto de qué daños inmateriales o no pecuniarios deben ser reconocidos, y, por ende, susceptibles de ser invocados como pretensión en una demanda de responsabilidad civil: daño moral, daño a la vida de relación, afectación a bienes constitucionales (en derecho privado), daño moral, daño a la salud y afectación a bienes constitucionales y convencionales (derecho público) (Henoa, 2007, p. 121). De esta manera, se evita una posible dispersión categorial y una amplitud injustificada en el catálogo de daños extrapatrimoniales resarcibles vía responsabilidad civil.

En lo concerniente a la responsabilidad médica en medicina del dolor y al final de la vida, es vital tener claro qué daños pueden ser objeto de reclamación por parte de las víctimas de una mala praxis médica, no solo para garantizar la reparación, sino la prevalencia del principio de dignidad al final de la vida.

Por ejemplo, la negativa a realizar la eutanasia, la no asistencia al suicidio, la denegación de los cuidados paliativos, la falta de información para la toma de decisiones sobre la vida y la muerte, y la obstinación terapéutica son ejemplos de conductas ilegítimas que llevan a cabo los médicos y el personal sanitario y que configuran infracciones a la *lex artis* y las disposiciones del derecho sanitario. En consecuencia, dan lugar al deber de reparar los daños extrapatrimoniales que se causen a los pacientes.

La negación de la eutanasia y la asistencia al suicidio y daños extrapatrimoniales

La Corte Constitucional de Colombia y el legislador español ya han fijado algunos criterios orientativos para que los médicos (y/o personal sanitario, según el caso) puedan prestar asistencia o ayuda para morir sin temor a la criminalización o al enjuiciamiento penal de su conducta. Sin embargo, ¿qué ocurre si el médico niega al paciente la prestación de la eutanasia o la asistencia al suicidio?

En este caso, la negativa a realizar la eutanasia o a asistir en el suicidio puede significar un incumplimiento de la obligación del médico de hacer conforme a la *lex artis*. Si la negativa obedece a razones meramente subjetivas del médico, como indebida objeción de conciencia, el deber de reparación recae directamente en el médico responsable, incluso en la institución que preste los servicios sanitarios.

De acuerdo con la *lex artis*, los médicos están obligados a cumplir con las exigencias legales y éticas en la prestación de servicios de salud. En casos de eutanasia y suicidio asistido, el incumplimiento de esta obligación puede dar lugar a responsabilidad civil, incluso si se invoca la objeción de conciencia como argumento. Esto se debe a que la decisión de objetar en conciencia debe seguir un proceso claramente regulado para garantizar los derechos del paciente y evitar un perjuicio injustificado.

Pero la negativa del médico a realizar la eutanasia o a asistir en el suicidio se puede deber también a la falta de medios; en ese caso, la responsabilidad trasciende la figura de responsabilidad individual del médico y se radica inmediatamente en cabeza de la institución.

La negativa a realizar la eutanasia o a asistir al suicidio puede significar también la infracción a los derechos del paciente, con todas las consecuencias civiles que ello pueda acarrear. La jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar que el daño moral es la principal afectación extrapatrimonial que pueden reclamar las víctimas, pero también se han identificado otras, como el daño a la vida de relación y la afectación a bienes constitucionales o convencionales.

En el caso de la eutanasia y el suicidio asistido, el profesional sanitario debe cumplir también la obligación de orientar y proporcionar información clara y completa al paciente. La falta de cumplimiento de esta obligación también puede dar lugar a responsabilidad civil, ya que puede considerarse una infracción a los derechos del paciente y un incumplimiento de la *lex artis*.

Falta de cuidados paliativos y daños extrapatrimoniales

La Ley Orgánica 3 de 2021, en España, y los fallos de la Corte Constitucional de Colombia reconocen el derecho a recibir cuidados paliativos como parte del derecho fundamental a morir dignamente. Sin embargo, la falta de acceso a estos cuidados sigue siendo un problema en la práctica, y esta carencia puede dar lugar a responsabilidad civil por daños extrapatrimoniales.

El derecho a los cuidados paliativos se deriva del deber de asistencia médica integral, que incluye no solo la prolongación de la vida, sino también la atención al dolor y el sufrimiento al final de la vida. Cuando los cuidados paliativos son negados, limitados o inapropiadamente administrados, se vulnera este derecho, lo que puede causar un daño moral significativo al paciente y a su familia.

Además del daño moral, la falta de cuidados paliativos puede afectar la vida de relación del paciente, ya que el sufrimiento innecesario y la falta de apoyo pueden deteriorar sus relaciones familiares y sociales en un momento de alta vulnerabilidad.

Obstinación terapéutica y daños extrapatrimoniales

La obstinación terapéutica, o encarnizamiento terapéutico, es otro acto médico que puede dar lugar a responsabilidad por daños extrapatrimoniales. Este concepto se refiere a la persistencia en tratamientos médicos inútiles o desproporcionados que prolongan innecesariamente el sufrimiento de un paciente terminal.

El encarnizamiento terapéutico contraviene el principio de dignidad humana y puede causar un daño moral al paciente al someterlo a un sufrimiento innecesario. Este sufrimiento, a su vez, puede afectar a la vida de relación del paciente y su entorno familiar, generando un daño adicional que debe ser resarcido.

CONCLUSIONES

El reconocimiento de la asistencia para morir, que incluye la eutanasia, el suicidio asistido y los cuidados paliativos, como actos médicos legítimos, representa un cambio trascendental en la concepción de la medicina y en el rol de los profesionales de la salud. Este reconocimiento no solo

amplía la comprensión del acto médico, sino que también resalta la importancia de una atención sanitaria que respete plenamente la dignidad y la autonomía del paciente, especialmente en el contexto del final de la vida. Sin embargo, este avance viene acompañado de desafíos éticos, legales y profesionales que requieren una reflexión profunda y un marco normativo robusto.

En primer lugar, la aceptación de la eutanasia y el suicidio asistido como actos médicos desafía la visión tradicional de la medicina, que históricamente se ha centrado en la preservación de la vida. La incorporación de estos actos en la práctica médica subraya la importancia de respetar la autonomía del paciente principio fundamental en la ética (bioética) contemporánea. Este enfoque reconoce que, en situaciones de sufrimiento intolerable e irreversible, el derecho a una muerte digna puede prevalecer sobre la obligación de prolongar la vida a toda costa. Este cambio de paradigma exige que los profesionales de la salud se enfrenten a dilemas éticos complejos y que tomen decisiones informadas y sensibles a las necesidades y deseos de los pacientes.

La medicalización del final de la vida, entendida como la integración de los cuidados terminales y de la muerte dentro de la práctica médica, plantea nuevos desafíos en términos de regulación y responsabilidad. La necesidad de un marco normativo que regule adecuadamente la eutanasia y el suicidio asistido es evidente en países como Colombia y España, donde se han dado pasos significativos hacia la legalización y regulación de estas prácticas. Sin embargo, la implementación efectiva de estas normativas requiere superar las barreras que aún persisten, tanto en el ámbito institucional como en el profesional. Esto incluye la resistencia de algunos médicos y organizaciones de salud, que pueden oponerse a estas prácticas por razones éticas o de conciencia.

La objeción de conciencia es uno de los aspectos más controvertidos en la implementación de la eutanasia y el suicidio asistido. Si bien es legítimo que los médicos puedan ejercer su derecho a la objeción de conciencia, es fundamental que este derecho no se convierta en un obstáculo para los pacientes que desean acceder a estos servicios. Los sistemas de salud deben garantizar que existan mecanismos efectivos para derivar a los pacientes a otros profesionales dispuestos a proporcionar la asistencia requerida, asegurando así que los derechos de los pacientes sean respetados en todo momento.

En cuanto a la responsabilidad médica, la incorporación de la eutanasia y el suicidio asistido como actos médicos implica una serie de obligaciones legales y éticas para los profesionales de la salud. Los médicos que participan en estos procedimientos deben actuar con la máxima diligencia y adherirse estrictamente a los procedimientos establecidos por la ley. La responsabilidad en estos casos no solo se limita al ámbito civil, sino que también puede extenderse al ámbito penal en situaciones de negligencia o incumplimiento de los protocolos legales. Por lo tanto, es crucial que los marcos normativos proporcionen claridad y seguridad jurídica tanto para los pacientes

como para los médicos, permitiendo que estos últimos actúen con la confianza de que están cumpliendo con sus obligaciones de manera adecuada y legal.

Los cuidados paliativos, aunque a menudo eclipsados por el debate sobre la eutanasia y el suicidio asistido, juegan un papel fundamental en la atención al final de la vida. Estos cuidados deben ser considerados una parte integral del derecho a morir dignamente, ya que proporcionan alivio al dolor y al sufrimiento, y abordan las necesidades emocionales, psicológicas y espirituales del paciente. La falta de acceso a cuidados paliativos adecuados es una violación del derecho a una muerte digna, y su omisión puede dar lugar a responsabilidad legal por parte de los profesionales de la salud. Por ello, es esencial que los sistemas de salud garanticen que todos los pacientes en etapas terminales tengan acceso a cuidados paliativos de calidad.

Además, la obstinación terapéutica, o el encarnizamiento terapéutico, es otro aspecto que debe ser abordado en el marco de la responsabilidad médica. La aplicación de tratamientos fútiles o desproporcionados que prolongan innecesariamente el sufrimiento del paciente es contraria a los principios de la medicina y puede causar un daño significativo tanto al paciente como a sus familiares. Los sistemas de salud deben asegurarse de que los médicos reciban la formación y el apoyo necesarios para tomar decisiones éticas y bien fundamentadas, evitando así la obstinación terapéutica y garantizando que el enfoque de la atención esté siempre en el bienestar del paciente.

En resumen, la evolución de la medicina hacia un enfoque que incluya el respeto a la dignidad en el proceso de morir representa un avance significativo en la atención sanitaria. Sin embargo, para que este enfoque sea realmente efectivo, es necesario que los marcos normativos se desarrollen de manera que protejan los derechos de los pacientes, respeten las convicciones de los profesionales de la salud y aseguren que la práctica médica se realice de manera ética y responsable. La implementación de estos cambios debe ser acompañada de una reflexión continua sobre las implicaciones éticas y legales de la asistencia para morir, asegurando que la medicina cumpla con su misión de aliviar el sufrimiento y preservar la dignidad humana en todas las etapas de la vida.

REFERENCIAS

- Alonso, J. P. (2013). Cuidados paliativos: entre la humanización y la medicalización del final de la vida. *Ciência & Saude Coletiva*, 18, (9), 2541-48. doi: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232013000900008>
- Arruego, G. (2020). On the relationship between the fundamental right to life and assisted death. *BioLaw Journal - Rivista Di BioDiritto*, 3, 287-301. doi: <https://doi.org/10.15168/2284-4503-707>

- Bedoya Hernández, M. H. y Builes Correa, M. V. (2012). El acto médico como ética de la relación. *Iatreia*, 22 (1), 47-54. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/iatreia/article/view/13957>
- Bello Janeiro, D. (2015). *Responsabilidad médica*. Temis.
- Besio Rollero, M. (2003). Sobre el acto médico. *Cuadernos de bioética*, 14 (50), 25-38. <http://aebioetica.org/cuadernos-de-bioetica/archivo-historico/2003/n-50-enero-abril.html>
- Borsatto, A. Z., dos Santos, A. D. S., Progianti, J. M., & Vargens, O. M. d. C. (2019). A medicalização da morte e os cuidados paliativos. *Revista Enfermagem UERJ*, 27, e41021. <https://doi.org/10.12957/reuerj.2019.41021>
- Burgess, M. (1993). The medicalization of dying. *The Journal of Medicine and Philosophy*, 18 (3), 269-279. doi: <https://doi.org/10.1093/jmp/18.3.269>
- Busfield, J. (2017). The concept of medicalisation reassessed. *Sociology of Health & Illness*, 39 (5), 759-774. doi: [10.1111/1467-9566.12538](https://doi.org/10.1111/1467-9566.12538)
- Cámara Villar, G. (2021). La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado. *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, 37, 399-464. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8132101>
- Casa Madrid Mata, O. (2008). El acto médico y el derecho sanitario. En C. Tena Tamayo y O. Casa Madrid Mata (coords.), *Medicina asertiva, acto médico y derecho sanitario*. Editorial Alfil.
- Castillo Freyre, M. (2014). Sobre las obligaciones y su clasificación. *Themis: Revista de Derecho*, 66, 209-220. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5081187.pdf>
- Corcoy Bidasolo, M. (2024). Principio de autonomía y derecho a la ayuda a morir: Regulación de la eutanasia. *Revista de Bioética y Derecho*, 61, 109-124. doi: <https://doi.org/10.1344/rbd2024.61.46585>
- De Ángel Yágüez, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Editorial Civitas.
- Dugdale, L. S. (2014). Therapeutic Dying. *The Hastings Center Report*, 44 (6), 5-6. doi: <https://doi.org/10.1002/hast.379>
- Fuente-Del-Campo, A. y Rios-Ruíz, A. (2021). El ejercicio de la Medicina y su entorno legal. *Cirugía Plástica Ibero-Latinoamericana*, 44 (2), 123-130. doi: <https://dx.doi.org/10.4321/s0376-78922018000200002>
- Galati, E. (2018). La eutanasia y la medicalización de la muerte desde una perspectiva jurídica compleja. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18 (1), 69-86. doi: <https://doi.org/10.18359/rlbi.1833>
- Gamblin, V., Da Silva, A., Chevalier, L., Pierrat, M., Villet, S., & Touzet, L. (2017). Sedation or the limits of palliative care - ethical questions. *Ethics, Medicine and Public Health*, 3 (3), 343-348. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S2352552517300774>
- Gempeler Rueda, F. E. (2016). Derecho a morir dignamente. *Universitas Medica*, 56 (2), 178-185. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnimedica/article/view/16356>

- Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago. (2011). Eutanasia y acto médico. *Revista Médica de Chile*, 139 (5), 642-654. doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872011000500013>
- Guerrero Quiñones, J. L. (2022). Physicians' Role in Helping to Die. *Conatus: Journal of Philosophy*, 7 (1), 79-101. doi: <https://doi.org/10.12681/cjp.29548>
- Guzmán Mora, F. (2001). El acto médico: Consideraciones básicas. *Medicina*, 23 (1), 8-13. <https://revista-medicina.net/index.php/Medicina/article/view/55-2>
- Henao, J. C. (2007). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Editorial de la Universidad Externado de Colombia.
- Herring, J. (2012). *Medical Law and Ethics* (4ª ed.). Oxford University Press.
- Hodelín Tablada, R. (2012). El principio del doble efecto en la sedación a pacientes terminales. *MediSan*, 16 (6), 949-959. <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=35226>
- Karsoho, H., Fishman, J. R., Wright, D. K., & Macdonald, M. E. (2016). Suffering and medicalization at the end of life: The case of physician-assisted dying. *Social Science & Medicine*, 170, 188-196. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S027795361630569X?pes=vor>
- Kaczmarek, E. (2019). How to distinguish medicalization from over-medicalization? *Medicine, Health Care and Philosophy*, 22 (1), 119-128. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29951940/>
- Koury, A. A. (1991). Physician-assisted suicide for the terminally ill: the ultimate cure. *Arizona Law Review*, 33 (3), 677-700.
- Koteich, M. (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- López Fernández, C. (2000). Obligaciones de medios y de resultado. *Revista de la Facultad de Derecho*, 18, 97-132. <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/271>
- Merchán Price, J. (2008). La eutanasia no es un acto médico. *Persona y Bioética*, 12 (1), 42-52. <https://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/959>
- Navarro Rubio, M. D., Muñiz, G. G. y Jovell Fernández, A. J. (2008). Los derechos del paciente en perspectiva. *Atención primaria*, 40 (7), 367-369. doi: <https://doi.org/10.1157/13124131>
- Oya Márquez, A. (2017). ¿Es la medicalización un fenómeno negativo? Un análisis de las consecuencias que suelen atribuirse a la medicalización. *Daimon: Revista Internacional de Filosofía*, 71, 7-18. doi: <https://doi.org/10.6018/daimon/230801>
- Pacheco Gómez, A. (2011). *Legitimación del acto biomédico*. Editorial Alfil.
- Parra Sáez, J. (2019). La medicalización de la vida y la sociedad contemporánea: origen, participantes y consecuencias. *Bajo Palabra*, 22, 221-238. doi: <https://doi.org/10.15366/bp2019.22.011>

- Perin, A. (2018). La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada. *Política criminal*, 13 (26), 858-903. doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200858>
- Rivera Alvarado, M. I. (2014). ¿Qué se entiende por responsabilidad del acto médico? Una reflexión desde la biojurídica. *Escritos*, 22 (48), 123-142. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/escritos/article/view/742>
- Romeo Casabona, C. M. (2021). La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del código penal. *BioLawJournal - Rivista di BioDiritto*, 2, 283-314. doi: <https://doi.org/10.15168/2284-4503-823>
- Salem, T. (1999). Physician-Assisted Suicide. Promoting Autonomy or Medicalizing Suicide? *Hasting Center Report*, 29, (3), 30-36. <https://www.jstor.org/stable/3528193>
- Tamayo Jaramillo, J. (2004). *Tratado de responsabilidad civil*. Legis.
- Téllez Cobo, V. M. y Hernández Mahecha, H. H. (2021). El papel de la responsabilidad en el derecho médico. En E. Murillo Amaris, J. S. Marín Ordóñez y G. Rincón Andreu (Eds.), *Fundamentos de derecho médico* (pp. 295-354). Universidad Santiago de Cali, Editorial Dike.
- Vargas, C. A. (2022). El acto médico situado en la región Latinoamericana. *Frónesis*, 29 (3), 205-233. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/fronesis/article/view/39461>
- Velásquez Posada, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Universidad de La Sabana.
- Viganò, F. (2023). Eutanasia y derechos fundamentales. *Política criminal*, 18 (36), pp. 500-537. doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992023000200500>
- Villarroel Soto, R. (2009). Bioética y reciprocidad en el reconocimiento de derechos y deberes. *Acta Bioethica*, 15 (1), 79-86. doi: <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2009000100010>
- Zavala de González, M. (2009). *Resarcimiento del daño moral. Tratado de daños a las personas*. Astrea.
- Zaman, M., Espinal-Arango, S., Mohapatra, A., & Jadad, A. R. (2021). What would it take to die well? A systematic review of systematic reviews on the conditions for a good death. *The Lancet Healthy Longevity*, 2, (9), e593-e600. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2666756821000970?pes=vor>

Normas citadas

- Reino de España (2021). Ley Orgánica 3/2021, *de regulación de la eutanasia*. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/03/24/3>
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia (2021). Resolución 971 de 2021, *por medio de la cual se establece el procedimiento de recepción, trámite y reporte de las solicitudes de eutanasia, así como las directrices para la organización y funcionamiento del Comité para hacer Efectivo del Derecho a Morir con Dignidad a través de la Eutanasia*. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=114617>

Jurisprudencia citada

Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia C-239, M. P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-239-97.htm>

Corte Constitucional de Colombia (2021). Sentencia C-233, M. P.: Dra. Diana Fajardo Rivera. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/C-233-21.htm>

Corte Constitucional de Colombia (2022). Sentencia C-164, M. P.: Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-164-22.htm>

Sentencia del Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal Alemán. (2020). *2 BvR 2347/15, Rn. 1-343*. http://www.bverfg.de/e/rs20200226_2bvr234715.html

Referencias en Internet

Ámbito Jurídico. (2018). Así se diferencia la culpa civil de la penal, para efectos de la responsabilidad extracontractual. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/asi-se-diferencia-la-culpa-civil-de-la-penal>

**Barreras interseccionales
en el acceso a la justicia y la
reparación de las mujeres
víctimas de violencia sexual**

*Intersectonial Barriers in Access to Justice and
Reparation for Women Victims of Sexual Violence*

SARA VICTORIA RODRÍGUEZ MORALES

Psicóloga de la Universidad Católica Luis Amigó. Magíster en
Ciencias Forenses de la Universidad de Manizales.
rodriguezsaravictoria@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0003-2941-4944>

MARTHA YANETH GARCÍA CUARTAS

Trabajadora social de la Universidad de Caldas. Magíster en Educación de la
Universidad de Manizales. Docente catedrática - asesora de la Facultad de
Ciencias Jurídicas de la Universidad de Manizales.
yanethgc17@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-5685-1419>

MARTHA LUCÍA GALLEGO BETANCOURTH

Trabajadora social de la Universidad de Caldas. Doctora de la Novo
University. Decana de la Facultad de Especialidades de la Dirección de
Educación Policial. martha.gallego1092@correo.policia.gov.co
<https://orcid.org/0000-0003-0486-8125>

Resumen

Este artículo explora las barreras en el acceso efectivo a la justicia y la reparación frente a la violencia sexual contra las mujeres, además de reflexionar sobre la debilidad del Estado para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos. Con el propósito de comprender la violencia de género como un problema que afecta de manera histórica, preponderante y diferencial a las mujeres, la investigación se basa en distintos autores y en las experiencias de ocho mujeres víctimas y sobrevivientes de violencia sexual. Para ello, se emplea una metodología cualitativa hermenéutica, utilizando la entrevista semiestructurada y la triangulación de categorías a partir de las fuentes utilizadas. Como principales resultados se tuvo una lectura del estado de conocimiento sobre el acceso a la justicia y reparación, en relación con la violencia sexual, una aproximación a las condiciones contextuales y subjetivas que sufren este tipo de violencia, así como una comprensión sobre el aporte de la interseccionalidad y el enfoque de género a las ciencias forenses para abordarla.

PALABRAS CLAVE

Violencia de género, violencia sexual, mujeres víctimas, justicia, reparación, interseccionalidad.

Abstract

This article explores the barriers to effective access to justice and reparation in cases of sexual violence against women, while reflecting on the State's weaknesses in ensuring the full enjoyment of their rights. Seeking to understand gender-based violence as a problem that has historically, predominantly, and differentially affected women, the research draws from various authors and the experiences of eight women who are victims and survivors of sexual violence. For this purpose, a qualitative hermeneutic methodology is employed, using semi-structured interviews and a triangulation of categories based on the sources utilized. The main results include an overview of the state of knowledge regarding access to justice and reparation in relation to sexual violence, an exploration of the contextual and subjective conditions inherent to this type of violence, and an understanding of the contribution of intersectionality and gender perspectives to forensic sciences in addressing these crimes.

KEYWORDS

Gender-based violence, sexual violence, female victims, justice, intersectionality.

INTRODUCCIÓN

Este artículo explora las barreras en el acceso efectivo a la justicia y la reparación en múltiples ejes desigualdad como género, clase, raza, edad, orientación sexual, entre otros; así mismo, frente a la violencia sexual contra las mujeres; además genera una reflexión acerca de la debilidad del Estado para hacer efectivo el goce de sus derechos; lo anterior planteado por Crenshaw (1989). Es importante reconocer que los casos de violencia sexual deben ir más allá de la imposición de la sanción penal y servicios; deben buscar una atención y reparación integral de las víctimas, en la que están involucradas las instituciones y, a su vez, la colectividad cultural de quienes representan estos cargos; así mismo, atender las necesidades culturales. De igual manera, desde el enfoque de Mahmood (2005) es posible indicar que el planteamiento de la agencia femenina debe estar situado y mediado desde lo cultural; desde esta visión, como lo explica Mahmood, es posible evitar homogenizar experiencias de las víctimas e intervenciones judiciales y forenses. Por otra parte, Segato (2016) explica que la violencia sexual expresa dinámicas crueles, desde una visión patriarcal, lo que obliga, a su vez, a prestar mayor atención por parte del Estado, y no una atención episódica, sino acciones integradas.

Es preocupante que las violencias contra las mujeres hayan aumentado en los últimos años; tal es el caso de Colombia, donde durante 2021, con las restricciones de movilidad por el confinamiento debido a la pandemia de COVID-19, se registró un incremento de estas violencias. Además, los datos sobre actos de violencia de género son parciales, ya que muchas de las víctimas prefieren no denunciar debido a la percepción de falta de seguridad en la recepción de la denuncia, sumado a los altos niveles de impunidad.

Según el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF), la violencia intrafamiliar ejercida por parejas o exparejas contra mujeres en Colombia aumentó un 11,39 % respecto al año 2020, como también la violencia intrafamiliar ejercida por familiares diferentes a la pareja en un 5,15 %. Se registró al menos una mujer víctima de violencia sexual cada 28 minutos. Las niñas y adolescentes son las principales afectadas, representando el 80,47 % de los casos de violencia sexual, siendo sus familiares los principales agresores. Además, se reportaron 210 feminicidios; y en cuanto al acceso a la justicia, se mantuvieron altos niveles de impunidad en todos los tipos de violencias mencionados (Corporación Sisma Mujer, 2022).

En este contexto, esta investigación parte del reconocimiento de que este problema se agudiza aún más cuando las mujeres denuncian y se enfrentan a barreras institucionales y a la inoperancia del sistema judicial. Las cifras reflejan que los casos no avanzan, y mientras la justicia se demora, las mujeres se ven sometidas a amenazas, intimidaciones y otro tipo de violencias, lo que las pone en situaciones de vulnerabilidad derivadas de la denuncia.

A partir de este contexto, esta investigación reconoce que este problema es de interés para las ciencias forenses, ya que estas forman parte del sistema de justicia y tienen la responsabilidad de contribuir a su mejoramiento. Esto es crucial ante el incremento de la violencia de género en los últimos años, lo que ha generado la necesidad institucional, académica y social de ampliar la comprensión sobre este fenómeno y mejorar las acciones, para su prevención y eliminación, desde perspectivas científicas que evidencien las razones de las violencias y ayuden a identificar y superar las barreras y la discriminación por razones de género en el acceso a la justicia y la reparación para las víctimas, especialmente mujeres.

Por lo tanto, esta investigación se propuso abordar cualitativamente la violencia sexual en el contexto de la ciudad de Manizales (Colombia). El objetivo general fue interpretar las barreras interseccionales en el acceso efectivo a la justicia y a la reparación de mujeres entre 18 y 30 años víctimas de violencia sexual en la mencionada ciudad. Asimismo, para el desarrollo de este proceso se consideraron como objetivos específicos los siguientes: a) Caracterizar las condiciones contextuales y subjetivas que generan barreras de acceso a la justicia y a la reparación de mujeres víctimas de violencia sexual en Manizales; b) Interpretar los efectos que generan condiciones de no acceso a la justicia y a la reparación en las víctimas de violencia sexual y en su entorno familiar; c) Identificar el aporte del enfoque de género en diálogo con las ciencias forenses para prevenir las barreras de acceso a la justicia.

La base teórica de esta investigación parte de los conceptos de interseccionalidad, justicia, reparación, víctimas y violencia sexual. El concepto de interseccionalidad fue desarrollado por Kimberlé Williams Crenshaw en 1989, quien, según Valiña (2019), explica cómo cada individuo sufre opresión o tiene privilegios según su pertenencia a múltiples categorías sociales y cómo estas interactúan entre sí para generar opresiones o privilegios.

En cuanto a la justicia, Buchely et al. (2018) argumentan que es un problema de arquitectura institucional, ya que se centra únicamente en atender de forma rápida las solicitudes y demandas pendientes, lo que refleja una lógica de medición para mostrar una imagen cuantitativa de cumplimiento y progreso; sin embargo, esta dimensión espacial de la justicia, que incluye la escucha efectiva y el contexto humano de cada caso, es a menudo descuidada.

Por otro lado, Rincón Angarita (2016) y Calderón Robledo (2018) abordan el concepto de reparación integral como un derecho que se obtiene cuando se violan los derechos humanos, permitiendo a las víctimas solicitar medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición de las conductas victimizantes. Asimismo, el reconocimiento social de una persona como víctima, según Galaz y Guarderas (2016), facilita su acceso al estatus de

ciudadanía y a los derechos sociales, económicos, políticos y culturales que derivan de la protección de sus derechos.

Con relación a la violencia sexual, esta se puede entender como una expresión de las relaciones asimétricas de poder en la cual se ejerce control sobre los derechos sexuales y reproductivos, basándose en la normalización de la debilidad femenina. Este fenómeno se alimenta de la tolerancia y sensibilización social hacia estas manifestaciones de la violencia, como señalan Rincón Angarita (2016), Mellizo Rojas y Cruz Castillo (2016), Galindo Huertas y Herrera Giraldo (2017), Carrillo Urrego et al. (2020) y Ospina Escobar (2020).

A nivel normativo, en Colombia se destacan la Ley 248 de 1995, mediante la cual se adopta la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la mujer – Belém do Pará–; la Ley 1257 de 2008, que aborda la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres; la Ley 1719 de 2014, por medio de la cual se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, y la Ley 1761 de 2015, que crea el tipo penal de feminicidio, conocida como Ley Rosa Elvira Cely (Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, 2017).

Esta investigación aborda la comprensión de la violencia de género como un problema histórico y diferencial que afecta principalmente a las mujeres. Para ello, se recopilaron las experiencias de ocho mujeres que han sido víctimas y sobrevivientes de violencia sexual.

Procedimiento de análisis de datos

Se realizó un análisis temático de orientación hermenéutica, desarrollado en cuatro etapas. En primer lugar, se efectuó la transcripción literal de las entrevistas; posteriormente, se llevó a cabo una codificación abierta línea por línea. En una tercera etapa, los códigos se agruparon en categorías descriptivas y analíticas mediante un proceso de comparación constante entre los casos y la literatura especializada. Finalmente, se realizó una triangulación entre los datos empíricos, el estado del arte y los marcos teóricos, con el fin de fortalecer la validez interpretativa de los hallazgos.

La codificación fue realizada de manera manual, utilizando matrices elaboradas en hojas de cálculo. En este proceso se consignaron memos analíticos y se documentaron las decisiones relativas a la agrupación y redefinición de los códigos. Con el propósito de asegurar el rigor metodológico, se aplicaron los criterios de credibilidad, transferibilidad, dependencia y confirmabilidad. Estos se operacionalizaron mediante la doble lectura independiente de un subconjunto de entrevistas, la elaboración de una bitácora de auditoría de decisiones analíticas, la devolución de

hallazgos preliminares a dos participantes para contrastar las interpretaciones, y la verificación de la saturación teórica de las categorías analíticas (Salgado Lévano, 2007).

Consideraciones éticas y consentimiento informado

Este estudio se desarrolló conforme a la normativa colombiana vigente sobre investigación con seres humanos (Resolución 8430 de 1993 del Ministerio de Salud), y fue clasificado como investigación con riesgo mayor que el mínimo, dado que aborda experiencias de violencia sexual.

Todas las participantes, mayores de edad, otorgaron su consentimiento informado por escrito, previa explicación clara de los objetivos del estudio, los procedimientos, los posibles riesgos y beneficios, las condiciones de confidencialidad, el uso de grabaciones y su derecho a retirarse del estudio en cualquier momento sin consecuencias. Adicionalmente, se implementaron medidas orientadas a la minimización del daño, tales como la realización de entrevistas en espacios seguros, la interrupción inmediata de la entrevista ante signos de malestar intenso y la información sobre rutas de atención en salud y justicia disponibles.

La protección de la privacidad se garantizó mediante la anonimización de nombres y otros datos sensibles, el almacenamiento cifrado de audios y transcripciones en dispositivos institucionales, y el acceso restringido a la información, conforme a las buenas prácticas de protección de datos. La metodología empleada es cualitativa hermenéutica, utilizando la entrevista semiestructurada y en contraste con el análisis de las fuentes utilizadas. Con esta aproximación se busca proporcionar una visión más completa y profunda del fenómeno de la violencia sexual y las barreras en el acceso a la justicia, así como identificar posibles soluciones y estrategias para su prevención y erradicación. En conclusión, esta investigación pretende contribuir al conocimiento y comprensión de la violencia sexual y las dificultades que enfrentan las mujeres víctimas para acceder a la justicia y la reparación. Asimismo, busca aportar al debate sobre la necesidad de mejorar las políticas públicas y las prácticas institucionales para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres y erradicar la impunidad en los casos de violencia de género.

MÉTODO

Para lograr los objetivos, se desarrolló una metodología cualitativa. Según Salgado Lévano (2007), esta metodología presenta una comprensión profunda de significados y definiciones de las situaciones que se presentan, como lo relatan las víctimas, brindando características de lo ocurrido.

Hernández Sampieri et al. (1991) señalan que en las investigaciones de tipo cualitativo, el objetivo es obtener riqueza, profundidad y calidad de la información, en lugar de cantidad o

estandarización. El diseño de investigación cualitativa se refiere al enfoque adoptado en el proceso de investigación, que es más flexible y abierto, ajustándose a las condiciones de los participantes, los acontecimientos y el entorno (Salgado Lévano, 2007).

Por lo tanto, este enfoque cualitativo permitió comprender el fenómeno de la violencia sexual desde una mirada teórica y desde las vivencias de las mujeres víctimas.

En cuanto a las técnicas utilizadas para desarrollar esta investigación, se emplearon entrevistas semiestructuradas, que según Díaz-Bravo et al. (2013), “parten de preguntas planeadas, que pueden ajustarse a los entrevistados. Su ventaja es la posibilidad de adaptarse a los sujetos con enormes posibilidades para motivar al interlocutor, aclarar términos, identificar ambigüedades y reducir formalismos” (p.163). Se considera que las entrevistas semiestructuradas pueden alcanzar interpretaciones acordes con los propósitos del estudio, razón por la cual han despertado mayor interés, según Díaz-Bravo et al. (2013).

Estas entrevistas proporcionaron información basada en las experiencias vividas, que ayudaron a comprender los significados de justicia y reparación desde la perspectiva de las ocho mujeres víctimas de violencia sexual, así como a conocer sus condiciones contextuales, especialmente la vivencia de haber sobrevivido a la violencia sexual ejercida en contra de mujeres y niñas.

El enfoque cualitativo de esta investigación permitió triangular la información encontrada en el estado del arte con los significados identificados en las entrevistas y con las teorías consultadas, para construir una comprensión descriptiva del fenómeno de la violencia sexual. Además, esta investigación se desarrolló en tres fases:

La primera fase consistió en la elaboración del estado del arte de la investigación en mujeres, acceso a la justicia y reparación, y violencia sexual, mediante revisión documental, para establecer el marco epistémico, teórico y metodológico, y elaborar los instrumentos requeridos para el trabajo de campo.

La segunda fase comprendió el trabajo de campo a través de las entrevistas semiestructuradas realizadas a ocho mujeres víctimas de violencia sexual residentes en Manizales, con edades entre 18 y 30 años. Estas entrevistas permitieron conocer sus condiciones contextuales, percepciones acerca de las barreras en el acceso a la justicia y la reparación antes y después de lo sucedido, así como el relato de los hechos, de los que se extrajeron varios elementos que contribuyeron a comprender el fenómeno de la violencia sexual en Colombia. Estas entrevistas abordaron, entre otros aspectos, preguntas sobre su experiencia de violencia sexual, edad cuando ocurrieron los hechos, si denunciaron ante el sistema de justicia (Policía, Comisaría, Fiscalía, etc.), qué las

motivó o impidió denunciar, y las dificultades encontradas para buscar ayuda o denunciar después de sufrir violencia sexual.

La tercera fase del trabajo de campo consistió en organizar y analizar la información obtenida para producir el informe con los resultados alcanzados. Este análisis se abordó desde un enfoque hermenéutico, que, según Ricoeur (2000), considera la comprensión de elementos de la experiencia perceptiva, imaginativa, volitiva, etc., de los sujetos. De esta manera, la investigación, desde un enfoque hermenéutico, al buscar la comprensión de los sujetos, su comprensión de lo ocurrido, su participación en el proceso de investigación, con el objeto de investigación.

Se busca que los datos generados sirvan como insumo para identificar el aporte del enfoque de género, en diálogo con las ciencias forenses, para prevenir las barreras en el acceso a la justicia para las víctimas de violencia sexual.

En el caso que nos ocupa, el estudio y análisis del fenómeno de la violencia sexual se llevó a cabo mediante un proceso de categorización de los relatos de las personas entrevistadas, incorporados en una matriz de análisis que permitió identificar aspectos recurrentes y diferenciales, proporcionando categorías emergentes que respondieron a los objetivos de la investigación.

RESULTADOS

Estado del conocimiento sobre acceso a la justicia y reparación en relación con la violencia sexual

Luego de realizar el estado del arte, se identificaron seis categorías emergentes que contribuyeron a comprender el contexto de las barreras interseccionales en el acceso a la justicia y la reparación de las mujeres víctimas de violencia sexual. Estas categorías se presentarán de manera concisa en este artículo.

Acceso efectivo a la justicia

El acceso a la justicia se convierte en un desafío debido a la arquitectura institucional, que prioriza la rapidez en el manejo de solicitudes y demandas, buscando reducir las cifras negativas (Buchely et al., 2018). Esta lógica de medición utilizada por el Estado y otras entidades para presentar un enfoque cuantitativo de cumplimiento y progreso en relación con las violencias de género y sexuales contra las mujeres, resalta la importancia de los indicadores de medición y la cantidad de casos atendidos, pero puede conducir a una imagen de justicia efectiva superficial y pasiva, sin verdaderas soluciones alternativas para las víctimas (Buchely et al., 2018).

Es crucial reconocer que la justicia va más allá de la medición de denuncias o casos recibidos, o de la reducción de números en rojo. Se extiende a aspectos fundamentales como la escucha, el entendimiento y el trato digno a las víctimas. Por lo tanto, el acceso efectivo a la justicia implica no solo recibir todas las garantías establecidas en la ley, sino también ser tratado con humanidad a través de la empatía y la no discriminación.

Reparación

El concepto de reparación integral es un derecho que se obtiene cuando ocurre una violación a los derechos humanos, mediante el cual las víctimas pueden solicitar medidas orientadas a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición de las conductas victimizantes, según lo planteado por Rincón Angarita (2016) y Calderón Robledo (2018).

Por otro lado, es relevante destacar que durante la revisión documental se observó que el tema de la reparación a las víctimas se aborda con frecuencia en el contexto de los conflictos armados. Este concepto se convierte en un tema de discusión recurrente en diversos ámbitos, que abarcan desde los derechos humanos y la justicia penal hasta el derecho internacional, la filosofía política y la ética, tal como lo señaló la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2009) en su publicación *Instrumentos del Estado de Derecho para Sociedades que han salido de un Conflicto*, subrayando que la reparación es un recurso que los Estados en general deben proporcionar de manera efectiva a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, en lugar de que cada víctima busque individualmente reivindicar su derecho.

Por consiguiente, se encontró un abordaje limitado del concepto de reparación en el contexto de los delitos de violencia sexual fuera de la esfera del conflicto armado. No obstante, Ledesma Romero (2021) menciona que, en los casos de delitos de violencia sexual, la reparación integral busca restituir, de manera tanto objetiva como simbólica, las circunstancias, en la medida de lo posible, al estado anterior de la ocurrencia del hecho, lo cual genera un aliciente psicológico y material a quien fue víctima del delito. Por lo tanto, la reparación integral no solo constituye un derecho a ser protegido, sino también garantiza la posibilidad de iniciar los procedimientos necesarios para la restauración y compensación del daño causado.

Víctimas

Ante el contexto de vulnerabilidad que afecta la integridad y los derechos fundamentales de las mujeres como el derecho a la vida, dignidad, salud, seguridad y calidad de vida, el Estado tiene la responsabilidad de garantizarlos. En este sentido, el concepto de víctima se presenta como sujeto con derechos. Galaz y Guarderas (2016) afirman que el reconocimiento social de

una persona como víctima le permite acceder al estatus de ciudadanía y a los derechos sociales, económicos, políticos y culturales, los cuales pueden derivarse de las medidas tomadas para proteger sus derechos.

Cabrera Reyes (2020) sostiene que las víctimas también son sujetos de conocimiento, y al rechazar sus testimonios y desconocer sus capacidades, se pueden infringir agravios a su dignidad humana; por lo tanto, el reconocimiento de su condición de víctima resulta fundamental.

Si el Estado no actúa como garante permanente y no logra asegurar los derechos de niñas y mujeres como sujetos con necesidades especiales, se convierte en el principal responsable de las dinámicas estructurales de violencia contra ellas. Es evidente que desigualdades sociales, pobreza, falta de oportunidades laborales, entornos violentos, atención de salud deficiente, especialmente en salud mental, y la falta de educación en cuestiones de género constituyen factores detonantes para la generación de un círculo vicioso de violencia contra la mujer.

Además, el concepto de víctima se ha empleado para describir a individuos o grupos que han sufrido daño o perjuicio debido a diversos tipos de violencia o injusticia. En el contexto de la justicia penal, este concepto ha evolucionado como parte de un enfoque más humanitario. Después de períodos de abandono, la víctima ocupa ahora un lugar central en las preocupaciones políticas y suscita un creciente interés tanto en el ámbito de la justicia penal como en los debates sobre cuestiones sociales (Rauschenbach y Scalia, 2007). Los llamados de la sociedad a aumentar las penas no constituyen una solución efectiva para garantizar los derechos fundamentales de mujeres y niñas; se deben explorar otras acciones que promuevan el respeto por estos derechos.

Violencia de género

La violencia de género se interpreta como un resultado de la dominación masculina fundamentada en una perspectiva androcéntrica que categoriza las cosas y actividades en términos masculinos y femeninos. Este enfoque es abordado por diversos autores, como Toro Jiménez y Ochoa Sierra (2018), Cruz Gutiérrez (2018), Giraldo Castro (2021), Mellizo Rojas y Cruz Castillo (2016), Barón Melgarejo (2018), Carrillo Urrego (2020), Ospina-Escobar (2020), Galaz y Guarderas (2016).

Las mujeres enfrentan diversas manifestaciones de violencia, incluyendo la violencia física, violencia psicológica, la negligencia y abandono, la violencia económica, las violencias sexuales y el feminicidio.

Violencia sexual

La violencia sexual se destaca como una manifestación de las relaciones asimétricas de poder, ejerciendo control sobre los derechos sexuales y reproductivos, respaldada por la normalización de la debilidad femenina. Esta noción se ve reflejada en las investigaciones de Rincón Angarita (2016), Mellizo Rojas y Cruz Castillo (2016), Galindo Huertas y Herrera Giraldo (2017), Carrillo Urrego et al. (2020) y Ospina Escobar (2020).

En el contexto normativo nacional sobre violencia sexual, el Código Penal (Ley 599 del 2000) en su Título IV establece delitos que atentan contra la integridad, la libertad y su formación sexual. Estos incluyen el acceso carnal violento (art. 205); acto sexual violento (art. 206); acceso carnal o acto sexual violento en persona puesta en incapacidad de resistir (art. 207); acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 208); actos sexuales con menor de catorce años (art. 209); acceso carnal o acto sexual violento con incapacidad de resistir (art. 210); acoso sexual (art. 210a); inducción a la prostitución (art. 213); constreñimiento a la prostitución (art. 214); estímulo a la prostitución de menores (art. 215) y pornografía con menores (art. 216).

Cruz Gutiérrez (2018) señala que la violencia sexual puede desencadenar en feminicidio, la manifestación más extrema de violencia de género, a menudo resultado de negligencia y violencia institucional por parte de las autoridades, quienes obstaculizan el acceso a la justicia. El sector salud desempeña un papel crucial en la garantía de derechos, a través de la detección de casos, prevención y atención integral, como indican el UNFPA y secretaría de Salud de Bogotá (2008). Los servicios de salud deben priorizar la atención inmediata a las víctimas, independientemente del momento de los hechos violentos. Es fundamental considerar el derecho de las víctimas a buscar ayuda en cualquier etapa de sus vidas, lo que requiere una respuesta urgente y efectiva.

Las ciencias forenses y el acceso a la justicia en delitos de violencia sexual

Las ciencias forenses aportan un componente técnico crucial en la investigación de delitos, al combinar diversas disciplinas con el objetivo de esclarecer los hechos, y contribuir a la reparación de sobrevivientes de actos violentos (Céspedes Morales, 2021). Esto resulta especialmente relevante en delitos de violencia sexual, en los que se requiere un enfoque integral en todo el proceso. Esto implica contar con profesionales que posean una formación objetiva y habilidades que incorporen tanto herramientas técnicas como un enfoque de género, con el fin de evitar tratamientos inadecuados de los casos y superar las barreras de acceso a la justicia.

Esta relación se vincula con la incorporación de la violencia de género como una agresión directa a los derechos humanos. Esto exige prestar atención tanto a la víctima como a las secuelas que experimenta, además de comprender el comportamiento del agresor. Como expresa Romero (2021), “la atribubilidad la determina el juez con el conjunto de pruebas, incluida la opinión pericial psicológica” (p.14), lo que subraya la relevancia de una evaluación forense adecuada para presentar pruebas imparciales y objetivas que sustenten las decisiones judiciales.

A nivel internacional, se han establecido protocolos dirigidos a vincular directamente el enfoque de género con la investigación de delitos sexuales. Estos protocolos orientan sobre el uso de herramientas para detectar y erradicar “patrones y estereotipos socioculturales discriminatorios por género que influyan en las actuaciones e investigación policial y pericial” (Reyes, 2018, p. 35). Además, buscan estandarizar criterios en el marco legal e interpretativo, con el propósito de asegurar un trato y enfoque adecuado por parte de los investigadores.

Condiciones contextuales y subjetivas que generan barreras en el acceso a la justicia

A través de las entrevistas con ocho mujeres residentes en Manizales que experimentaron la violencia sexual, se identificaron condiciones contextuales que revelan factores que contribuyen a la generación de barreras en el acceso a la justicia. Las mujeres mencionaron experiencias previas de abuso en sus familias, como madres o tías, lo que sugiere un patrón de violencia que se repite generacionalmente. Esto indica la presencia de un ciclo de violencia que puede haber influido en sus percepciones y reacciones.

A mi mamá también le pasó cuando ella era muy pequeña, pues como a ella se les murió la mamá a los nueve años, ella quedó totalmente desprotegida, y un tío la abusó...

*

Me enteré que mi mamá también de niña había sido abusada. Fue mi hermana que, una vez viendo una serie, se le salió. Yo quedé en shock porque no sabía; ella tenía unos 9 o 10 años cuando le pasó...

Los anteriores relatos respaldan la hipótesis que se menciona en el Protocolo para el Abordaje Integral de la Violencia Sexual desde el Sector Salud (UNFPA y Secretaría de Salud de Bogotá, 2008), que indica que “las pautas vinculares en generaciones previas pueden suministrar modelos implícitos para funcionamiento familiar en la siguiente generación” (p.101). Las experiencias previas de abuso en las familias pueden generar miedo, desconfianza y temores en torno a buscar ayuda legal.

En las entrevistas se observó la falta de redes de apoyo, lo cual indica la falta de adultos de confianza en la infancia. Esto pudo contribuir a la normalización de la violencia y al silenciamiento de las víctimas, ya que no tenían a quién acudir para buscar ayuda o compartir sus experiencias.

Tampoco tenía un adulto de confianza al que ella le pudiera decir “ven, me pasó esto”, porque el papá tenía problemas con el alcohol...

*

En ese momento, cuando eso sucedió, yo no tenía el apoyo de nadie.

Esta falta de apoyo se relaciona con lo ya mencionado por Hasanbegovic (2016), quien afirma que cuando las mujeres sobrevivientes tienen un mayor grado de percepción de apoyo social, mayor puede ser su grado de recuperación y ajuste psicosocial posterior a la violencia sufrida. En la misma línea de ideas, la autora resalta que por ello es importante conectar a las mujeres con los recursos comunitarios existentes, lo cual puede facilitar romper con el silenciamiento y el aislamiento para recomponer o construir redes sociales. Sin un sistema de apoyo sólido, las víctimas pueden sentirse aisladas y desamparadas, lo que dificulta el proceso de denuncia y búsqueda de justicia.

También surgieron problemas familiares. Algunas mujeres mencionan antecedentes de problemas de salud mental, el abandono de los padres en algunos casos, o las deudas económicas. Esto podría haber creado un entorno inestable y estresante en el que la violencia sexual pudo haber ocurrido. También mencionan situaciones de convivencia conflictiva con familiares.

Tengo bastantes problemas con mi familia mi mamá tiene bipolaridad...

*

Yo acá tengo familia, pero pues no hablo mucho con ellos. Con mi familia no me llevo tan bien.

*

Mi papá nos abandonó y nos dejó con deudas; él tenía negocios torcidos e iban personas a la casa a preguntar por él y a reclamar, y a amenazar con matarnos a nosotras.

Este aspecto es compartido entre algunas de las mujeres víctimas de violencia sexual, en tanto genera entornos favorecedores de la misma. Por lo tanto, es importante considerarlo en las acciones preventivas, no solo para las víctimas, sino también para los agresores, como menciona Reyes (2018). Los entornos familiares conflictivos son una condición generadora de violencia tanto desde la víctima como desde el potencial victimario.

Reyes (2018) describe cómo en el análisis de victimarios de feminicidio, delito que, como ya se ha descrito, no es aislado de la violencia sexual, se ha concluido que los entornos familiares de algunos agresores son inestables, con presencia de problemas como el abuso de sustancias y situaciones de violencia.

De los relatos analizados, se considera que factores como las edades en las que ocurrieron los abusos, que, si bien varían, en varios casos estos se produjeron en edades jóvenes, lo cual aumenta la vulnerabilidad de las niñas; esto resalta la importancia de protección en estas etapas tempranas de la vida. Identificar patrones intergeneracionales de violencia puede ayudar a comprender cómo estas experiencias y cómo las estructuras familiares y culturales influyen en las percepciones y respuestas de las víctimas.

Las condiciones contextuales y subjetivas identificadas tienen una influencia directa en el acceso a la justicia para las víctimas de violencia sexual. Un aspecto en común entre algunas participantes es la percepción y normalización del acoso en sus entornos sociales y familiares, lo cual contribuye a perpetuar estas conductas. Esto puede llevar a que las víctimas no reconozcan la gravedad de lo ocurrido y eviten buscar justicia legal.

Las dudas y temores sobre el proceso de denuncia, incluyendo la lentitud del proceso y el miedo a la falta de credibilidad o a la estigmatización, se ven influidos por percepciones de barreras institucionales y sociales, lo que disuade a las mujeres víctimas. Además, el impacto emocional y la resistencia psicológica en algunos casos generaron barreras para denunciar, debido al temor por el juicio social y la revictimización, lo cual afectó su disposición a enfrentar el proceso legal.

Las condiciones identificadas interactúan y crean obstáculos en el acceso a la justicia. Estos obstáculos pueden manifestarse como miedo, desconfianza, dudas sobre el proceso legal, falta de apoyo y la percepción de que buscar ayuda legal puede empeorar la situación. Comprender estas relaciones es crucial para desarrollar estrategias efectivas de prevención y apoyo para las víctimas de violencia sexual. La intersección de diferentes factores, como orientación sexual, identidad étnica, entre otros, influyó en cómo se experimentan las barreras. Por ejemplo, algunas participantes enfrentaron estigmatización y dudas en su credibilidad debido a normas de género arraigadas. La orientación sexual y la falta de apoyo familiar también influyeron. En uno de los relatos, la orientación sexual de la víctima estuvo directamente relacionada con su situación de violencia, ya que refiere que el agresor justificó sus actos en esto.

En ese tiempo, yo estaba en un dilema con mi familia porque a mí me gustaban las mujeres. Al otro día, él me llamó y me dijo que lo disculpara y que no quería confundirme, por eso también dije “no pasa nada, es normal”. Yo creo que eso me llevó a que yo lo olvidara. El tema vinieron a saberlo en mi casa seis años después, pero yo durante ese tiempo no le dije a nadie.

Frente a la pertenencia a grupos étnicos, en el caso específico de una de las participantes, se pueden observar percepciones y abordajes distintos de la violencia sexual. Las víctimas de grupos étnicos pueden enfrentarse a condiciones como la ausencia de instituciones de justicia, la presencia de grupos armados ilegales y la normalización de diversas manifestaciones de la violencia.

En Leguizamo, la justicia está regida por los grupos armados.

*

Yo dentro de las comunidades indígenas nunca he visto la violación, aparte de que se normalicen las relaciones entre niñas y hombres mayores. Entonces, yo creo que gran parte de la violencia se vive en las comunidades indígenas es porque hemos normalizado eso, pero este señor ni siquiera era parte de mi familia...

Es importante añadir que, aunque algunas de las participantes no son originarias de Manizales, muchas mujeres y hombres jóvenes residen en la ciudad por motivos de estudio, frecuentemente provenientes de regiones en las que hay una importante presencia de comunidades indígenas, incluyendo las que hacen parte del departamento de Caldas.

El nivel socioeconómico intensifica la vulnerabilidad de las mujeres víctimas. La mayoría de participantes pertenecen a los estratos 2 y 3 en Manizales. Manifestaron recursos limitados en relación con entornos familiares y comunitarios inestables y violentos, así como dificultades para acceder a asesoramiento legal y apoyo psicológico.

Yo viví en una casa muy humilde y nunca tuve educación sexual; yo en ese entonces no sabía ni hacerme una prueba de embarazo; además, en las zonas tan humildes es más difícil tener acceso a esas cosas.

En resumen, la intersección de factores crea experiencias y barreras únicas para cada víctima de violencia sexual. Es importante considerar y comprender estos factores en el diseño de estrategias de prevención, apoyo y acceso a la justicia, para garantizar que se aborden las necesidades específicas de cada individuo y se promueva un enfoque inclusivo y equitativo en la respuesta a la violencia sexual.

Efectos en las víctimas y su entorno familiar

Los efectos individuales en las víctimas de violencia sexual se evidencian a partir de las entrevistas realizadas. Frecuentemente, las víctimas se culpan a sí mismas por lo ocurrido, cuestionando sus acciones y decisiones previas al abuso. Algunas también pueden sentirse culpables por la tensión o los problemas familiares derivados del abuso.

Además, el impacto en la autoestima es significativo. Las mujeres entrevistadas experimentan una disminución de la autoestima debido al abuso de poder, lo que resulta en una percepción negativa de ellas mismas y en problemas de imagen corporal. Los malentendidos y el juicio social también contribuyen a la baja autoestima, haciendo que las víctimas se sientan inmorales o culpables por situaciones ajenas a su voluntad.

Desde ahí mi vida ha cambiado totalmente, problemas de autoestima, alimenticios, psicológicos...

*

Me sentí débil, me sentí una estúpida por haber permitido eso... No sé, siempre he tenido esa imagen de que nada me duele, pero ahí fue como, no pude más...

Estas observaciones coinciden con las definiciones presentadas por Rincón Angarita (2016), Mellizo Rojas y Cruz Castillo (2016), Galindo Huertas y Herrera Giraldo (2017), Carrillo Urrego et al. (2020) y Ospina Escobar (2020), abordan la violencia sexual como una manifestación de las relaciones asimétricas de poder. Estas relaciones, basadas en la supuesta debilidad femenina, ejercen control sobre las víctimas, y generando sentimientos de minusvalía y culpa a raíz de los actos de violencia sexual.

En las entrevistas también se identificaron dificultades en las relaciones interpersonales. El abuso puede resultar en desconfianza hacia los demás, dificultades para establecer límites y experimentar miedo en las relaciones, especialmente con personas del mismo género que el agresor.

Pues lo más trascendental ha sido en el tema de las relaciones sexo-afectivas. Siempre he sido muy complaciente con las parejas que he tenido, he permitido muchas cosas, he sido incapaz de establecer límites.

*

Recuerdo que eso me limitó a relacionarme con los hombres, y en mi primer encuentro sexual me puse a llorar cuando él se me acercó.

Las afirmaciones anteriores coinciden con lo mencionado por el UNFPA y la Secretaría de Salud de Bogotá (2008), quienes subrayan la importancia de intervenir en los diferentes momentos del ciclo vital, para el fortalecimiento en el establecimiento de límites de la actividad sexual y diferenciar claramente las relaciones sexuales de la violencia y la coacción.

En términos de salud mental, los efectos psicológicos incluyen depresión, ansiedad, pensamientos suicidas y dificultad para superar el trauma. Algunas víctimas han buscado terapia y apoyo para sanar, mientras que otras pueden evitarlo debido al dolor y la dificultad de hablar sobre la experiencia.

Yo, en su momento, sí estaba en terapias con una psicóloga. Y sí, como que eso fue lo que yo busqué, pero cuando yo busqué terapias, no lo hice por lo que me pasó. Ya hubo un punto donde estábamos hablando sobre heridas de la niñez, y, siéndote sincera, yo desde ahí no pude volver, porque yo sabía que tenía que hablar de lo que me pasó y dije “ahí no más”.

El UNFPA y la Secretaría de Salud de Bogotá (2008) consideran la violencia sexual una urgencia en salud mental, ya que el estrés y sufrimiento emocional intenso pueden causar disfunción, así como ideaciones y conductas suicidas. También se requiere una intervención interdisciplinaria en términos de salud física y salud mental, atención a necesidades sociales en el ámbito familiar y movilización de redes de apoyo y protección.

Además, las entrevistas reflejan que el abuso puede generar temores, bloqueos emocionales o dificultades en las relaciones íntimas. Algunas personas pueden recurrir a mecanismos de afrontamiento poco saludables, como la autolesión o la evitación de situaciones que puedan recordar el abuso. Superar el trauma puede llevar a cambios en la perspectiva sobre la vida, la justicia y la importancia de sanar en lugar de buscar venganza. Algunas mujeres pueden encontrar justicia en su proceso personal de sanación. Los hallazgos resaltan que la violencia sexual puede llevar a una vigilancia constante y miedo, lo que conduce a evitar ciertos lugares o situaciones para sentirse seguras, como usar ciertas prendas de vestir o tomar el transporte público. También puede afectar la relación con la sexualidad, generando bloqueos emocionales y dificultades en las relaciones íntimas.

En términos de la dinámica familiar, la violencia sexual puede influir en las relaciones dentro de la familia, generando tensiones y dificultades en la comunicación. Las víctimas pueden enfrentar juicios y rechazo por parte de la familia, lo que contribuye a sentimientos de soledad y alienación. Algunas enfrentan resistencia al intentar abordar el tema o buscar justicia, lo cual complica su proceso de recuperación. En el ámbito social, las víctimas pueden enfrentar estigmatización y juicios debido a la falta de contexto de las situaciones. Los malentendidos pueden afectar las relaciones con amigos y compañeros.

La comprensión de estos efectos a nivel individual, familiar y social destaca la necesidad de servicios de salud mental, apoyo emocional y programas de prevención y educación en las comunidades individuales de las víctimas, y también las dinámicas relacionales y de apoyo.

Aporte del enfoque de género en diálogo con las ciencias forenses

Después de contextualizar el fenómeno de la violencia sexual desde la experiencia de las participantes, identificando sus particularidades y analizando las causas de las barreras en el acceso a la justicia y la reparación, es importante comprender los aportes del enfoque de género.

De acuerdo con el UNFPA y la Secretaría de Salud de Bogotá (2008), abordar la violencia sexual requiere una comprensión integral de las necesidades humanas, que incluye aspectos como protección, supervivencia, identidad, libertad y autonomía.

Mellizo Rojas y Cruz Castillo (2016) sostienen que:

el enfoque de género permite contemplar un desarrollo de carácter equitativo y democrático en la intervención social y en la atención estatal en tanto reconoce la necesidad de comprender el lugar de las mujeres en la sociedad y las diferencias que establecen con los varones, contribuyendo a elaborar respuestas profesionales que apunten a construir sociedades en igualdad de derechos y oportunidades. (p.74)

Este enfoque proporciona conocimiento diferenciado, impulsando procesos de empoderamiento para reducir la violencia (Mellizo Rojas y Cruz Castillo, 2016). Vincular la perspectiva de género al abordaje de la violencia sexual aumenta la sensibilización y consciencia, lo cual favorece la motivación para denunciar.

Es crucial reconocer el papel de los profesionales y las redes sociales para brindar apoyo a las víctimas, generando cambios culturales y reduciendo el estigma. Es necesario formar a jueces y fiscales para cambiar actitudes que perpetúan los estigmas hacia la violencia sexual (Foreign & Commonwealth Office - FCO by Wilton Park, 2019).

Las implicaciones de género y las condiciones culturales resaltan cómo las normas y expectativas de género influyen en las barreras y en las percepciones de la violencia sexual, pues de acuerdo con Ospina-Escobar (2020), Toro Jiménez y Ochoa Sierra (2018), la violencia sexual es un problema en el que interactúan diferentes agentes, escenarios y condiciones que están causados principalmente por una desigualdad estructural en la que nacen y mueren las mujeres víctimas. El enfoque de género puede informar a las ciencias forenses y a las políticas para abordar las barreras específicas que enfrentan las mujeres víctimas de violencia sexual, contribuyendo a la prevención y al acceso a la justicia.

Así mismo, en lo que corresponde a violencia sexual, en contextos internacionales se evidencia atención 24/7, a servicios de salud y atención forense a las víctimas, asegurando las cadenas de custodia, evitar revictimizar a las usuarias, generar sesgos y estigmas tradicionales; así como una coordinación efectiva de sectores de salud, policía judicial, Fiscalía y Defensoría, para evitar vacíos en la atención. Por lo que se evidencia la necesidad de atender los protocolos obligatorios de litigio con enfoque de género, alineados a la eliminación de todas formas de violencia (Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW]), que atienden a prevenir, mitigar, sancionar, investigar y reparar la violencia contra la mujer, en espe-

cial niñas, mujeres indígenas, afrodescendientes y OSIGD (Orientaciones Sexuales, Identidades y Expresiones de Género Diversas).

Si la justicia sigue siendo entendida como el desarrollo legal que se ha creado para la eliminación y castigo de delitos como la violencia sexual, se reforzará la necesidad del derecho penal como una herramienta importante y necesaria de acción jurídica hacia el castigo de los agresores. Bajo esta noción se tiene la expectativa de que la justicia sancione y dicte medidas contra los responsables, comenzando con una judicialización rápida; se espera de ella protección, por lo menos en lo normativo y jurisprudencial. La norma existe, como ya se mencionó anteriormente, sin embargo, se espera que esta se vea reflejada en las vidas de las sobrevivientes de violencia sexual, no solo a través de la sanción de los delitos, sino a través de su prevención y superación de los efectos emocionales, y la disminución de las probabilidades de que hechos similares vuelvan a ocurrir.

En este contexto surge la justicia restaurativa, que busca reparar el daño causado (Márquez Cárdenas, 2007), sin embargo, se comprende la complejidad de la violencia sexual y las emociones que genera no solo en la víctima, sino en la comunidad cercana, reconociendo la validez de que muchas víctimas encuentren tranquilidad en el castigo del victimario.

En particular, la perspectiva de una de las participantes entrevistadas proveniente de un municipio del departamento de Putumayo, y quien se identificó como mujer indígena, destaca la complejidad de entender el castigo como justicia, y resalta la necesidad de un enfoque más comprensivo.

Justicia, no. Yo pienso que más que justicia, es como cargar con actos que yo no hice. Para mí, el asesinato de ese señor no es justicia; creo que son cosas que a mí no me permiten entender que eso sea justicia.

Para concluir, el enfoque de género en diálogo con las ciencias forenses enriquece el abordaje de la violencia sexual. Reconoce las implicaciones de género y culturales, informando políticas y protocolos para superar barreras y promover la justicia y la prevención.

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

La exploración de obstáculos en el acceso a la justicia y la reparación por violencia sexual contra mujeres subraya la debilidad estatal en garantizar sus derechos. A pesar del aumento de las violencias de género en Colombia, especialmente durante la pandemia, a menudo, las víctimas no denuncian debido a la percepción de inseguridad, alta impunidad y limitada información disponible.

Aunque instituciones como el INMLCF informan sobre el incremento de las violencias basadas en el género, los casos tienen altos niveles de impunidad. En este contexto, este estudio es esencial para las ciencias forenses, dada la creciente violencia de género y la necesidad de superar las barreras en el acceso a la justicia y reparación para las víctimas.

La arquitectura institucional enfocada en la rapidez y la medición cuantitativa de casos dificulta el acceso a la justicia. Aunque estos enfoques pueden mostrar cifras positivas, carecen de soluciones reales para las víctimas. La justicia va más allá de las métricas, y como se observó a partir de las necesidades expresadas por las participantes, debe centrarse en la escucha, comprensión y trato digno. El acceso efectivo a la justicia implica garantías legales y un trato humano basado en empatía y no discriminación.

Este estudio logra esclarecer características y contextos de la violencia sexual vivida por mujeres jóvenes residentes en Manizales, relacionándolos con factores como desigualdades sociales, pobreza, falta de oportunidades laborales, entornos violentos y deficiente atención de salud que generan un ciclo de violencia. A partir de la mirada de algunos autores y comparando los resultados obtenidos para su análisis, se pudo concluir que efectivamente las ciencias forenses desempeñan un papel técnico esencial en la investigación de delitos, especialmente en casos de violencia sexual, contribuyendo a desarrollar estrategias de prevención y acceso a la justicia. Por tal razón, se requiere formación técnica y de género en los profesionales y trabajadores del sector justicia para superar las barreras de acceso. La relación entre ciencias forenses y violencia de género destaca la necesidad de atención tanto a víctimas y agresores, subrayando la relevancia de una evaluación forense adecuada para pruebas imparciales y las decisiones judiciales. A nivel internacional, los protocolos enfocados en género y delitos sexuales buscan eliminar estereotipos y estandarizar criterios legales para asegurar un enfoque adecuado en las investigaciones.

Factores contextuales como entornos familiares conflictivos y problemas socioeconómicos influyen en la normalización de la violencia y generan barreras al silenciar a las víctimas. La intersección de factores como la orientación sexual, identidad étnica y nivel socioeconómico, entre otros, también afecta cómo se experimentan las barreras. Esto es clave para desarrollar estrategias efectivas de prevención, apoyo y acceso a la justicia.

En cuanto a los efectos en las víctimas y su entorno, estas pueden sentirse culpables, experimentar una disminución de la autoestima, tener dificultades en las relaciones interpersonales, enfrentar problemas de salud física y mental como depresión y ansiedad, y tener cambios en la perspectiva sobre la vida y la justicia. La violencia sexual también puede generar temores, bloqueos emocionales y afectar la relación con la sexualidad. En el entorno familiar puede causar tensiones y dificultades en la comunicación, así como juicios y rechazo por parte de la familia.

A nivel social, las víctimas pueden enfrentar estigmatización y malentendidos en sus relaciones con amigos y compañeros.

Las posibles soluciones y estrategias para prevenir y erradicar las barreras en el acceso a la justicia y reparación para las mujeres víctimas de violencia sexual incluyen la sensibilización y formación de los profesionales de la justicia, tales como jueces, fiscales y abogados, en enfoque de género y violencia sexual, para que puedan brindar un trato adecuado y empático a las víctimas, evitando la estigmatización y revictimización.

Los servicios integrales de salud y apoyo psicológico también desempeñan un papel muy importante, pues son necesarios para proporcionar atención médica, asesoramiento psicológico y apoyo emocional a las víctimas de violencia sexual, para ayudarles a recuperarse física y mentalmente. Así mismo, el acceso a la información, para garantizar que las víctimas conozcan sus derechos y opciones legales, así como los procedimientos para denunciar y obtener reparación. Es necesario que las instituciones se fortalezcan para mejorar su capacidad de respuesta a los casos de violencias de género, garantizando un recurso humano capacitado y servicios disponibles.

De igual manera, es importante continuar investigando y recopilando datos sobre la violencia sexual para comprender mejor sus causas y consecuencias, así como también continuar fortaleciendo la legislación desde un enfoque menos punitivo y más orientado a la reparación de las víctimas. Estas estrategias pueden contribuir a superar las barreras en el acceso a la justicia, promoviendo un entorno en el que puedan obtener un apoyo necesario y acceder a procesos legales efectivos y equitativos.

Algunas limitaciones potenciales de este estudio puede corresponder a una muestra sesgada, en tanto que la convocatoria incluyó principalmente a mujeres universitarias o profesionales, así como a mujeres que no han denunciado, lo cual refleja y se contrasta con la realidad conocida de que muchas víctimas de violencias de todo tipo no denuncian por los diferentes factores relacionados en este estudio.

Finalmente, se comprende que las barreras en el acceso a la justicia tienen sus raíces en problemas estructurales más profundos. Por lo tanto, aumentar las penas no resulta suficiente mientras perduren las desigualdades arraigadas en nuestra sociedad. Es imperativo considerar las características de la muestra en este estudio, para realizar un análisis exhaustivo de las causas subyacentes de la violencia sexual y las necesidades que surgen al abordar este tema. La mayoría de las mujeres entrevistadas no han expuesto ante la justicia las situaciones de violencia que han experimentado, cargando en sus cuerpos y mentes durante años con las secuelas que dejan dichos episodios. Reconocer que muchas mujeres jóvenes que residen en Manizales,

considerada ciudad universitaria, provienen de diversas partes del país, comparten condiciones económicas particulares y amplían la diversidad y realidad cultural de la ciudad, nos insta a dirigir nuestra atención hacia la gestión de los efectos de la violencia en sus vidas. Esto implica abordar la reparación de los daños desde una perspectiva basada en la escucha, la empatía, el acompañamiento y el proceso de sanación. Este enfoque tiene como objetivo reducir el silenciamiento de las denuncias y la impunidad que rodea a estos casos.

REFERENCIAS

- Barón Melgarejo, S. (2018). *Critica feminista al análisis de contextos y patrones de macrocriminalidad: consideraciones distributivas frente al esclarecimiento de la verdad judicial en la justicia transicional colombiana*. Universidad de los Andes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/34778>
- Buchely, L., Solano, D. y Recalde C., G. (2018). ¡Escucha! Experiencias alternativas de acceso a la justicia en Santiago de Cali. Tensiones justicia-Estado en casas de justicia, fundaciones y comedores comunitarios. *Estudios Socio Jurídicos*. 179-206.
- Cabrera Reyes, N. (2020). *Los prejuicios de clase y género: barreras en el acceso a la justicia para mujeres de estratos 0, 1 y 2 que fueron víctimas de violencia sexual*. Universidad de los Andes: https://documentodegrado.uniandes.edu.co/visor_de_tesis/web/?SessionID=L2RvY3VtZW50b-3MvMjMOMTQucGRm
- Calderón Robledo, L. A. (2018). Mujeres víctimas de violencia sexual, su derecho a la reparación en el proceso de transición de la Ley de Justicia y Paz en la Inspección El Placer, departamento de Putumayo, 2010-2015. *Revista de Derecho y Ciencias Jurídicas*, 20(27), 1-18.
- Calzadilla Núñez, J. M. (2016). *La víctima en la justicia penal*. Editorial Dykinson.
- Carrillo Urrego, A., Millán Cruz, N. y Babativa Márquez, J. G. (s.f.). Aportes y asuntos críticos en la medición de la violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado en Colombia: una reflexión a partir del diseño y los resultados de la Envisa 2010-2015.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). (2017). *Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación general núm. 19*. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_35_8267_E.pdf
- Céspedes Morales, P. C. (2021). *Ciencias forenses y transexualidad: concepciones y procesos en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/1295dffa-cebb-45eb-9378-fc383ff1f840/content>
- Corporación Sisma Mujer. (2022). *Día Internacional de la Mujer 2022. Violencias contra las mujeres y participación en el mercado laboral*. Bogotá.

- Crenshaw, K. (1989). Desmarginando la intersección entre raza y sexo: una crítica feminista negra a la doctrina antidiscriminación, la teoría feminista y la política antirracista. *University of Chicago Legal Forum*, art. 8. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>
- Cruz Gutiérrez, D. F. (2018). *Mujeres, atrocidad y castigo: un estudio de caso sobre las razones del movimiento de mujeres para penalizar el feminicidio en Colombia*. Universidad de los Andes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/34867>
- Díaz-Bravo, L., Torruco-García, U., Martínez-Hernández, M. y Varela-Ruiz, M. (2013). La entrevista, recurso flexible y dinámico. *Investigación en Educación Médica*, 2(7), 162-167.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFP) - Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV). (2017). *Experiencia de la Estrategia de Recuperación Emocional con Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Colombia*. Fondo de Población de las Naciones Unidas.
- Galaz V., C. y Guarderas A, P. (2016). La intervención psicosocial y la construcción de las “mujeres víctimas”. Una aproximación desde las experiencias de Quito (Ecuador) y Santiago (Chile). *Revista de Estudios Sociales*, 68-82.
- Galindo Huertas, M. S. y Herrera Giraldo, S. L. (2017). Cuerpos de mujeres: procesos de desvictimización. *Revista de Estudios de Género. La Ventana*, 88-119.
- Giraldo Castro, N. (2021). “Mamacita rica”: el acoso callejero como experiencia de violencia hacia las mujeres en la ciudad de Bogotá. Universidad Nacional de Colombia. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/80595>
- Hasanbegovic, C. (2016, junio). Violencia basada en el género y el rol del Poder Judicial. *Revista de la Facultad de Derecho*, 40, 119-158. http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652016000100006#Levinson
- Hernández Sampieri, C. R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (1991). *Metodología de la investigación*. McGraw - Hill Interamericana de México.
- Ledesma Romero, M. A. (2021). La reparación integral en el delito de violación sexual. Repositorio Institucional Uasb-Digital.
- Mahmood, S. (2005). *Politics of piety: The Islamic revival and the feminist subject*. Princeton University Press.
- Márquez Cárdenas, Á. E. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, X (20), 201-212.
- Mellizo Rojas, W. H. y Cruz Castillo, A. L. (2016). La interseccionalidad como categoría de análisis: el caso de los derechos sexuales y reproductivos, la violencia sociopolítica y la desigualdad en mujeres de un sector popular de Bogotá. *Eleuthera*, 61-78.

- Ministerio de Salud. (1993). *Resolución 8430 de 1993: Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/RESOLUCION-8430-DE-1993.PDF>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2009). *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas.
- Ospina-Escobar, A. (2020). Violencia sexual y reproductiva hacia mujeres que se inyectan drogas en la frontera norte de México. ¿La frontera de los derechos? *Cultura y Droga*, 114-142.
- Ricoeur, P. (2000). Narratividad, fenomenología y hermenéutica. *Análisis*, 25, 189-207.
- Rincón Angarita, D. (2016). Impacto de la ampliación de los derechos de las víctimas de violencia sexual con ocasión del conflicto armado en el ejercicio del incidente de reparación. *Estudios de Derecho*, 243-267.
- Rauschenbach, M., & Scalia, D. (2008). Victims and international criminal justices: a vexed question? *International Review of the Red Cross*, 441-459.
- Reyes, J. C. (2018). *Feminicidio e investigación policial. El enfoque de género como imperativo para evitar la impunidad. Análisis del año 2015* [Tesis de maestría, IAEN]. <https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/handle/24000/5218/TESIS%20Reyes%20Reinoso%20Janice%20Cristina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rivas Valencia, L. M. (2021). *La ausencia de enfoque de género y de reparación integral a mujeres víctimas de delitos de violencia sexual*. Universidad de los Andes https://documentodegrado.uniandes.edu.co/visor_de_tesis/web/?SessionID=L2RvY3VtZW50b3MvMjMOMTQucGRm
- Romero, V. M. (2021). Aporte de la prueba pericial psicológica en la investigación y juicio de delitos de violencia de género. Repositorio Universidad Libre. <https://repository.unilivre.edu.co/bitstream/handle/10901/20007/VIOLENCIA%20GENERO%202021%20%281%29.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Salgado Lévano, A. C. (2007). Investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos. *Liberabit*, 13(13), 71-78.
- Segato, R. L. (2016). *La guerra contra las mujeres*. Traficantes de Sueños.
- Toro Jiménez, J. y Ochoa Sierra, M. (2017). Violencia de género y ciudad: Cartografías feministas del temor y el miedo. *Sociedad y Economía*, 65-84.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y Secretaría de Salud de Bogotá. (2008). *Protocolo para el Abordaje Integral de la Violencia Sexual*.
- Valiña, C. V. (2019). *Interseccionalidad: Definición y Orígenes PeriFéricas* -. PeriFéricas. <https://perifericas.es/blogs/blog/interseccionalidad-definicion-y-origenes>.

Wilton Park. (2019). Sexual violence in conflict: delivering justice for survivors and holding perpetrators to account (WP1651). Foreign & Commonwealth Office. <https://www.wiltonpark.org.uk/event/wp1651>

El empleado provisional: naturaleza, evolución y desvinculación ilegal frente a la nulidad y el restablecimiento de derecho

The Temporary Employee: Nature, Evolution, and Unlawful Termination versus Nullity and Reinstatement of Rights

MILTON DUBAN MONSALVE MANTILLA

Posdoctor (c) de la Universidad de Bolonia. Doctor en Derecho de la Universidad de Girona y Central de Cataluña. Magíster y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Docente. Miembro del Grupo de Investigación del Centro de Innovación y Gestión de las Administraciones Públicas de la Universidad de Girona.

duban.monsalve@ustabuca.edu.co

<https://orcid.org/0000-0003-3417-7325>

JUAN FELIPE PINEDA RAVELO

Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga.

juanfelipe.pineda@ustabuca.edu.co

<https://orcid.org/0000-0001-7724-9099>

DIEGO ALAIN NAVAJAS BARRERA

Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga.

diegoalain.navas@ustabuca.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-2148-1224>, <https://orcid.org/0009-0005-2595-3558>

Resumen

En este artículo se examina la figura del empleado provisional en Colombia, destacando su naturaleza, evolución y el marco jurídico. En este propósito, se puede decir que la Constitución Política de 1991 estableció el mérito como un eje fundamental para el acceso a los cargos públicos, sin embargo, con el fin de suplir los empleos que con el tiempo han quedado en vacancia temporal o definitiva, se ha recurrido, por parte de la Administración pública, al uso de la figura del empleo en provisionalidad. De otra parte, y con motivo de la gran utilización de esta figura en el empleo público, en las altas cortes nacionales se han suscitado discusiones sobre la motivación de los actos de insubsistencia y los derechos de estabilidad laboral “relativos” que les han sido reconocidos.

En ese sentido, en esta investigación se analizaron las diferencias jurisprudenciales generadas en torno a la desvinculación ilegal del empleado provisional de cara al medio de control de nulidad y el restablecimiento de derecho y las condenas ordenadas por los jueces de lo contencioso-administrativo, teniendo en consideración las reglas de unificación establecidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

PALABRAS CLAVE

Empleado provisional, estabilidad laboral, restablecimiento del derecho, reintegro, indemnización.

Abstract

This paper examines the legal status of the provisional employee in Colombia, highlighting its nature, evolution, and legal framework. Notably, the 1991 Political Constitution established merit as a fundamental principle for access to public positions. However, to fill vacancies that have become temporary or permanent over time, the public administration has resorted to the figure of provisional employment figure. Additionally, due to the widespread use of this mechanism in public employment, national high courts have debated the justification for acts of insubsistence and the “relative” labor stability rights that have been recognized.

In this regard, the research analyzes the jurisprudential differences arising from the illegal dismissal of provisional employees in relation to the legal actions for nullity and the restoration of rights, as well as the rulings issued by contentious-administrative judges, considering the unification rules established by the Constitutional Court and the Council of State.

KEYWORDS

Provisional employee, job stability, restoration of rights, reinstatement, compensation.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1991 buscó sentar un hito en la función pública en Colombia al establecer el mérito como el principio fundamental para acceder a los cargos públicos. En este nuevo marco constitucional, que superó al establecido con la Constitución de 1886, se consagró el derecho de todos los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, garantizando que los empleos públicos fueran ocupados a través de concursos de méritos. A su vez, en este marco constitucional se establecieron normas sobre la responsabilidad de los servidores públicos, con el fin de promover una Administración pública más transparente y eficiente.

Así las cosas, es claro que el ejercicio de la función pública en nuestro país viene marcado por el mérito como eje rector del sistema. Dentro de los diferentes empleos y cargos públicos existentes en Colombia encontramos los de elección popular, los de carrera administrativa, los de libre nombramiento y remoción, provisionales, en encargo, y otras categorías de empleos contemplados por la Constitución Política y por la legislación colombiana.

En este artículo se analiza el empleo provisional como figura o institución jurídica que permite suplir la provisión de empleos en vacancia definitiva o temporal. Se ha establecido este objetivo, puesto que el empleo provisional ha sido la salida “por defecto” de la Administración para dar continuidad a la prestación del servicio público mientras se surten concursos de méritos para fijar empleos definitivos que cumplan con los criterios de mérito e igualdad. Conforme a lo anterior, la comprensión y el entendimiento de esta figura jurídica ha evolucionado dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional de Colombia.

La evolución que ha tenido esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano, y en especial en la jurisprudencia nacional, ha girado en el propósito de establecer si la declaratoria de insubsistencia de esta modalidad de funcionario debe o no ser un acto que deba motivar la Administración; también sobre si su permanencia en la Administración crea expectativas y derechos de estabilidad laboral; cuándo procede o no su desvinculación; y en especial sobre los criterios de reintegro y restablecimiento de derechos que deben tener en cuenta los jueces al momento de conceder pretensiones, de conformidad con el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

Para el desarrollo de este trabajo se partirá primero de un breve recuento de la concepción de la función pública y el mérito en Colombia con la Constitución de 1991, para analizar posteriormente las generalidades del empleado provisional, su naturaleza, evolución y marco jurídico. Seguidamente, se presentan las formas de desvincular a este servidor y los criterios establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para tal efecto, en especial haciendo énfasis en el actual balance jurisprudencial consolidado por estas dos altas Cortes. Finalmente, se dedi-

cará un espacio al análisis de los criterios y condenas que los jueces contencioso-administrativos deben seguir por respeto del precedente vertical en esta materia, teniendo en cuenta que los pronunciamientos de los jueces deben ser acordes con el criterio unificador del máximo tribunal contencioso administrativo.

METODOLOGÍA

Para el análisis de la figura del empleado en provisionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano se planteó la siguiente pregunta de investigación: *¿Qué criterios deben tenerse en cuenta sobre la nulidad y el restablecimiento del derecho cuando el empleado provisional es apartado de su empleo de forma irregular?* Seguidamente, y para el desarrollo de la pregunta propuesta, se plantearon los siguientes objetivos específicos:

1. Desarrollar conceptualmente la figura del empleado provisional dentro del esquema de función pública en Colombia.
2. Establecer las diferencias jurisprudenciales en torno a la desvinculación del empleado provisional de cara a la nulidad y el restablecimiento del derecho.
3. Analizar los criterios que los jueces de lo contencioso administrativo deben tener en cuenta en sus condenas tomando en consideración las reglas de unificación de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

La investigación propuesta, de corte cualitativo, está circunscrita a una revisión documental que se centró en un estudio de la normatividad, jurisprudencia y doctrina con el objetivo de extraer las principales características de la figura del empleado provisional en el derecho administrativo laboral. En ese sentido, en la investigación llevada a cabo se revisaron las normas de función pública, así como lo contenido en el Decreto único reglamentario 1083 de 2015, la Ley 909 de 2004 y demás normas concordantes. Adicionalmente, se analizaron sentencias hito de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre restablecimiento de derechos, reparaciones y condenas en lo que tiene que ver con los despidos ilegales de los empleados públicos nombrados en provisionalidad.

Como herramienta para el análisis de las sentencias hito se recurrió al método de fichas jurisprudenciales (Clavijo et al., 2014), con lo cual se aborda la identificación de las sentencias, el problema jurídico y la *ratio decidendi* de cada una de las decisiones judiciales como parte clave para el análisis de la jurisprudencia de los altos tribunales en mención.

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

En Colombia, por regla general, la forma de acceder al servicio público es a través del mérito. Acorde con lo anterior, con la Constitución de 1991 se dispuso todo un esquema que busca prevalecer la selección de empleados por medio de concursos de méritos; no obstante, en la realidad político-administrativa se presenta también la figura del provisional, con carácter excepcional para ocupar cargos, mientras se realizan dichos concursos, para lo cual desarrollamos de esta investigación. En tal contexto es importante precisar los más destacados antecedentes de la función pública en Colombia.

Tras superar los eventos de la independencia nacional, con la Constitución de 1821 inició una nueva historia republicana. Ella trajo consigo la discusión frente a la organización del servicio público, la cual no fue ajena a la tan mentada diferenciación entre quienes proponían un modelo de Estado centralizado y confesional y aquellos que proponían figuras del federalismo y el Estado laico.

La historia da cuenta que las primeras constituciones, es decir, las de 1821, 1830, 1832, 1843, fueron marcadamente de la primera fórmula, y solo hasta la Constitución de 1853 se da un primer acercamiento a la figura del federalismo, desde una perspectiva moderada; por su parte, las constituciones de 1858 y 1863 acogieron la segunda fórmula, Estado Federal y Laico; en lo que respecta a la Constitución de 1886, la cual perduró por más de 100 años, asumió la fórmula de Estado Unitario, centralista y confesional, claro está, con una inmensidad de vicisitudes que se presentaron en más de un siglo, y la recomposición del Estado a partir de actos legislativos y leyes que fueron menguando dicho esquema hasta llegar a la Constitución Política de 1991.

Siguiendo a Londoño et al. (2018), en relación con el servicio público, las constituciones de 1821 a 1863 guardaron singularidad en las normas relativas al nombramiento, la posesión y la remoción de los funcionarios públicos, así como en la facultad del Congreso en la creación de los cargos públicos y la fijación de la remuneración. Adicionalmente, debe anotarse que en estas constituciones se exigía que para acceder al cargo público se debía contar con la calidad de ser ciudadano en ejercicio de los derechos y se prohibía ostentar alguna autoridad que no hubiese sido otorgada expresamente por la ley.

Con la Constitución de 1886 se regresó a una visión más conservadora y centralista que buscaba acercarse más a la profesionalización del servicio y a la asignación de responsabilidades de los servidores públicos frente a la Constitución y a la ley; ello puede evidenciarse en los artículos 59, 61, 62, 63, 64 y 65 de la Constitución Política de 1886, en los que se establece el ejercicio de

funciones y competencias públicas, y todas se supeditan a la consagración previa por la ley y la Constitución. Estas cláusulas se trasladaron de forma casi que idéntica en los artículos 6, 122 y siguientes de la Constitución de 1991.

Llama la atención la cláusula consagrada en el artículo 45 de dicho texto constitucional de 1886, que estableció la posibilidad de que cualquier ciudadano podía elevar peticiones respetuosas a las autoridades, así como la consagrada en el artículo 51 frente a la responsabilidad de los empleados públicos que atentaran contra los derechos consagrados en la Constitución de 1886; a este respecto, es importante anotar que a mediados del siglo XX, con la *Misión Currie*, realizada por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y el Banco de la República, se puso en evidencia el fracaso del intento de profesionalización y cómo hasta la fecha el acceso a la función pública estuvo esencialmente asociado a la politización de la misma, al margen de los concursos de méritos (Puentes González, 2009).

Posterior a ello, una serie de decretos permitió la inscripción extraordinaria de acceso directo a la función pública, evitando la exigencia del mérito y, por consecuente, la realización de concursos; ejemplo de ello son los decretos 2400 de 1968, 563 de 1984 y la Ley 61 de 1987.

El ejercicio de función pública en la Constitución de 1991

En el texto de la carta política de 1991 se consagró como derecho fundamental de todo ciudadano poder participar en la “conformación, ejercicio y control del poder político” (art. 40 C. P.). Acto seguido, en el numeral séptimo del artículo 40 constitucional se consagra el derecho de todo ciudadano a acceder al desempeño de las funciones y cargos públicos (Jiménez y Hurtado, 2022).

A su vez, a partir del Capítulo 2 del texto constitucional, en los artículos 122 a 131, se consagra una serie de disposiciones que atañen a la función pública en nuestro país; entre las disposiciones que se destacan podemos mencionar las siguientes:

- o No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (art. 122 C.P.).
- o La ley establecerá la responsabilidad de los servidores públicos y cómo hacerla efectiva (art. 124 C. P.).
- o Los empleos en los órganos y entidades del Estado serán de carrera, exceptuando los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y otros determinados por la ley. Los funcionarios cuyo método de nombramiento no esté especificado por la Constitución o la ley serán seleccionados mediante concurso público (art. 125 C. P.).

- o Los servidores públicos no podrán, en el ejercicio de sus funciones, nombrar, postular ni contratar con personas con las que tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quienes estén ligados por matrimonio o unión permanente (art. 126 C. P.).
- o Nadie podrá desempeñar más de un empleo público simultáneamente ni recibir más de una asignación del tesoro público o de empresas o instituciones con mayoría de participación estatal, salvo en los casos expresamente determinados por la ley (art. 128 C. P.).

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el acceso a la función pública, constitucionalmente quedó dicho que el mérito y las calidades serían la regla general, y este criterio ha sido ratificado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

El principio del mérito como un criterio rector del acceso a la función pública que busca privilegiar a quienes, en virtud de las aptitudes y competencias que tengan respecto del contenido funcional de un determinado empleo, se han ganado el derecho a desempeñarlo. Por su parte, la consagración legal del principio en comento se encuentra en la Ley 909 de 2004, cuyo artículo 2, numeral 2, señala que el mérito, las calidades personales y la capacidad profesional son elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integran la función pública. [...] [E]l principio en comento se manifiesta, fundamentalmente, a través los sistemas de carrera, que son esquemas de organización técnica de administración del empleo, en las que el parámetro esencial en la provisión de cargos públicos está dado por las condiciones y calidades de los aspirantes. (Consejo de Estado, Sentencia 3920-15 de 2021)

Debido a lo anterior, el concurso de méritos se convierte en la piedra angular sobre la cual se materializan los postulados del mérito y las calidades. La Corte Constitucional en reciente sentencia de 2022 manifestó que el concurso de méritos es el método que asegura la evaluación objetiva e imparcial de la idoneidad y competencia de los servidores públicos y, por tanto, debe ser utilizado como regla general para vincular a los empleados al servicio público (Sentencia SU-067).

Es importante aclarar que no todos los servidores públicos pertenecen a la carrera administrativa, ya que existen otro tipo de servidores, como los de elección popular, de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y otros definidos por la ley, según el artículo 127 de la Constitución Política, que no pertenecen al régimen de carrera administrativa. En este contexto surge la figura del empleado provisional, la cual será analizada en detalle en la segunda sección de este texto.

En lo que tiene que ver con los miembros de las corporaciones públicas, lo son los representantes a la Cámara y senadores del Congreso de la República, y su fundamento lo encontramos en el artículo 179 de nuestra Constitución, así como en la Ley Quinta de 1992, ley orgánica del Congreso. Asimismo, encontramos a los concejales municipales: con fundamento en el artículo 312 constitucional, la Ley 136 de 1994, artículos 21 y siguientes, estos reciben honorarios por expresa disposición del artículo 66 de la Ley 1551 de 2012, y los diputados de las asambleas departamentales, regulados especialmente en la Ley 2200 de 2022; todos los anteriores tienen normas reglamentarias propias, y su objetivo principal es deliberar, controlar otras ramas y el poder mismo; son elegidos por el voto popular, para un periodo de cuatro años.

De otra parte, los empleados públicos tienen una relación de carácter legal o reglamentaria, lo cual implica que debe existir un acto administrativo de nombramiento, y su respectiva acta de posesión. Son empleados públicos en las siguientes modalidades: a) empleos públicos de carrera (Decreto 1083 de 2015, art. 2.2.2.1.1.) b); empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; y d) empleos temporales (Decreto 1083 de 2015, art. 2.2.1.1.1.).

Y los trabajadores oficiales, al contrario, tienen una relación contractual, existe un contrato laboral de trabajo. El régimen laboral para los trabajadores oficiales está contenido en el mismo contrato de trabajo, así como en la convención colectiva, pacto colectivo, reglamento interno de trabajo, si los hubiere. Esta modalidad de trabajadores se encuentra regulada especialmente por la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1083 de 2015.

En este punto es importante señalar que entre los empleados públicos y los trabajadores oficiales existen algunas diferencias transversales: el empleado público se rige por una relación legal y reglamentaria, y su vínculo se concreta mediante un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión, mientras que el trabajador oficial solo suscribe un contrato de trabajo. También es una diferencia que los empleados públicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento, mientras que los trabajadores oficiales desarrollan actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas. En cuanto al derecho de asociación, los empleados públicos se pueden sindicalizar, pero solo pueden negociar condiciones del empleo, mientras que los trabajadores oficiales se pueden sindicalizar y presentar pliegos, firmar convenios o acuerdos colectivos, es decir, hay un margen mucho mayor para el ejercicio sindical en cabeza de los trabajadores oficiales.

Una gran diferencia entre estos trabajadores es el régimen jurídico que les aplica, ya que para los empleados públicos se aplica el régimen jurídico de derecho público y las controversias se

someten ante el juez contencioso administrativo; mientras que con los trabajadores oficiales se aplica el derecho común u ordinario, y sus conflictos se someten al conocimiento de los jueces laborales¹. En síntesis, los empleados públicos desempeñan funciones administrativas, caso que no ocurre con los trabajadores oficiales.

Es importante señalar que en Colombia encontramos un sistema de carrera general regulado principalmente por la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, del cual hacen parte: las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel nacional y de sus entes descentralizados; el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores; el personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos; el personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media; las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional; empleados de las asambleas departamentales, de los concejos distritales y municipales y de las Juntas Administradoras Locales; los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; los comisarios de familia; los de las corporaciones autónomas regionales; las personerías; la Comisión Nacional del Servicio Civil; la Comisión Nacional de Televisión; la Auditoría General de la República; la Contaduría General de la Nación, y los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados.

Pero también encontramos las carreras especiales y específicas; la especial constitucional es aquella “Creada por la Constitución Política para entidades que no pertenecen a la Rama Ejecutiva o que son creadas por la ley. Estas no están bajo la vigilancia y administración de la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC”, o que, a pesar de no tener referente normativo directo en la carta política, se conciben como una manifestación de la potestad del legislador de someter el ejercicio de ciertas funciones institucionales a un régimen propio, cuando las particularidades de una entidad justifican la adopción de un estatuto singular, por supuesto, dentro de los mandatos generales que la Constitución traza en el ámbito de la función pública, entre ellas están: la Rama Judicial del Poder Público (art. 256 C.P); la Procuraduría General de la Nación (art. 279) y Defensoría del Pueblo; la Contraloría General de la República y contralorías territoriales (art. 268); la Fiscalía General de la Nación (art. 253); los entes universitarios autónomos; el personal regido por la carrera diplomática y consular; el que regula el personal de carrera del Congreso de la República y la fuerza pública: Militar y Policía (arts. 217 y 218 C.P), y la carrera docente (Ley 909 de 2004, art. 3).

1 Al respecto véase los artículos 104 y 105 de la Ley 1437 de 2011.

Y por último, ubicamos las carreras específicas, las cuales son aquellas que, en razón de su singularidad y especialidad de las funciones que cumplen, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y tienen leyes y disposiciones normativas diferentes a las que regulan la carrera administrativa general; ellas son: el DNI: Dirección Nacional de Inteligencia; INPEC: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario; DIAN: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; las superintendencias; DAPRE: Departamento Administrativo de la Presidencia de la República; la Aeronáutica Civil de Colombia; UGPP: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, y bomberos oficiales (Ley 909 de 2004, art. 4).

SEGUNDA PARTE: EL EMPLEADO PROVISIONAL, NATURALEZA, EVOLUCIÓN Y DESVINCULACIÓN DEL SERVICIO

Generalidades

Como anotamos en el acápite anterior, en el ordenamiento jurídico colombiano tiene prevalencia la carrera administrativa, como institución jurídica que permite la materialización de los principios de mérito, igualdad, eficiencia de la Administración. No obstante, el mismo ordenamiento jurídico dispuso como medida transitoria para proveer empleos el nombramiento provisional, que consiste en “la asignación transitoria de un empleo de carrera administrativa vacante temporalmente o de manera definitiva, a una persona que reúna los requisitos para desempeñarlo y mientras se surte el respectivo concurso de méritos para proveerlo” (Caicedo Gutiérrez, 2014, p. 129).

En ese sentido, la provisionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano, antes que ser una regla general, es la excepción al cumplimiento de la carrera administrativa. El artículo 25² de la Ley 909 de 2004 dispone que los empleos de carrera, cuyos titulares se encuentren temporalmente ausentes debido a situaciones administrativas, serán ocupados de manera provisional únicamente durante la duración de dichas situaciones, cuando no sea posible cubrirlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

² Es importante advertir que en algunos regímenes especiales puede haber un entendimiento distinto respecto de la posibilidad del provisional. A modo de ejemplo podemos traer a colación el régimen de la Defensoría del Pueblo, que tiene un sistema especial de carrera administrativa consagrado en la Ley 201 de 1995. Esta Ley contiene una regulación especial sobre la provisión de los empleos a través de la figura del encargo y de la provisionalidad, en el interior de la Defensoría del Pueblo, diferente de la ley de carrera administrativa.

Así las cosas, el instituto jurídico del empleado provisional es la solución con la que la Administración puede suplir, temporalmente, empleos en vacancia temporal o definitiva, y cuando estos no se provean mediante la figura del encargo con otros servidores públicos.

Ahora bien, establecida la finalidad de la provisión de empleos mediante esta institución, la facultad de nombrar a estos funcionarios generalmente recae sobre los directores de la entidad administrativa, quienes son sus respectivos nominadores, y quienes también podrán removerlos del cargo (Gutiérrez y Sánchez, 2018). Si bien la provisión de un empleo mediante esta institución es propia de una facultad discrecional de la Administración, lo es también la desvinculación de los mismos. Al respecto se suscitó en la jurisprudencia nacional un debate en torno a la amplia facultad discrecional o no con la que contaba el nominador de un servidor provisional para declarar su insubsistencia y así desvincularlo de la Administración.

Desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la motivación del acto administrativo que desvincula al empleado provisional

En la primera década del siglo XXI surgió en los doctrinantes y jueces –sobre todo entre los de la jurisdicción contencioso–administrativa y los de la jurisdicción constitucional– una discusión sobre la obligatoriedad de la motivación del acto administrativo que declara la insubsistencia del empleado provisional. Por la naturaleza del empleo en provisionalidad, se defendió la tesis de que la desvinculación de los empleados en provisionalidad debía hacerse de manera similar a la de los empleados de libre nombramiento y remoción, sin motivar el acto administrativo que daba fin a la relación laboral.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional, y a su turno, la contenciosa administrativa, estableció que la motivación de los actos administrativos es un elemento de su validez, máxime cuando de la motivación de estos administrativos se desprende su legalidad. Además, la Ley 909 de 2004 señaló en su artículo 21 que el funcionario que cuente con la potestad de nombrar un empleado en provisionalidad podrá, a su vez, declarar su insubsistencia cuando este no cumpla con las metas o actividades que dieron origen a su nombramiento y previa evaluación del servidor público.

De lo anterior, aunque el nombramiento provisional es un empleo sin vocación de permanencia, su forma de desvinculación no puede equipararse a la de un empleo de libre nombramiento y remoción –tesis que acogió el Consejo de Estado–, en el cual no se exige motivación para el retiro. Esto se debe principalmente a que el nombramiento provisional no muta la naturaleza del cargo de carrera, cuyo retiro es reglado, a diferencia de los cargos de libre nombramiento y

remoción, en los que prima la discrecionalidad del nominador frente al ingreso, permanencia y retiro del servicio.

Al inicio de la línea jurisprudencial creada por el Consejo de Estado sostenía que “si para proveer un cargo de carrera no se ha convocado un concurso de méritos el nombramiento es provisional, así se le haya denominado ordinario. Pero precisamente esa vinculación es precaria y no concede jamás derecho a estabilidad” (Sentencia 4577 de 1992). En este fallo, la Sección Segunda del Consejo de Estado estudiaba la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por un trabajador nombrado en un cargo especializado que fue desvinculado por insubsistente. El trabajador aducía que su nombramiento tras cuatro meses adquiría derechos de carrera y, por lo tanto, no podía ser desvinculado mediante un acto administrativo sin motivación. Ante esos reclamos, la Sección Segunda resolvió que su nombramiento debía considerarse provisional y, en consecuencia, no generaba estabilidad laboral alguna.

En similar sentido, el Consejo de Estado, en fallo de segunda instancia 1834 de 2003, resolvió la demanda de restablecimiento de derecho que una funcionaria de la Rama Judicial³ realizó en contra de una resolución que la declaraba insubsistente de su cargo de asistente jurídico. En este fallo, la Sección Segunda de la corporación confirmó su línea jurisprudencial y negó los derechos de estabilidad pretendidos por la actora; además estableció el concepto de doble inestabilidad del funcionario nombrado en provisionalidad:

El servidor público judicial nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo. (Consejo de Estado, Sentencia 1834 de 2003)

Por otra parte, la Corte Constitucional, para proteger los derechos de los empleados vinculados en provisionalidad, ha recurrido a los argumentos de la estabilidad laboral “relativa” y el derecho fundamental al debido proceso. La Corte sostiene que la Administración se encuentra en la obligación de motivar los actos administrativos que pretendan desvincular un funcionario nombrado en provisionalidad, y que, además, el deber de motivar dichos actos una obligación legal contenida en el artículo 42 del CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Cont-

3 Aunque el régimen jurídico aplicable para la provisión de empleos en la Rama Judicial es un régimen especial de nombramiento distinto, la figura del empleado provisional es similar a la manejada por la Ley 909 de 2004.

cioso Administrativo), y desconocer dicha obligación representaría vulnerar el derecho al debido proceso (Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010).

Recientemente, la Corte Constitucional se pronunció en sentencias T- 061 y T- 064 de 2025, en las que dejó sentado que, en el caso de los provisionales que ostenten una condición de especial protección constitucional: madres o padres cabeza de familia, mujeres en condición de embarazo, personas en condición de discapacidad o debilidad manifiesta, o prepensionados, su estabilidad laboral, aunque en principio es “relativa”, pasa a ser reforzada por su singular condición y, ello implica permitirle en algunos eventos conservar –o ser reintegrados– sus empleos provisionales, y en otros, ser los últimos en ser removidos cuando sea nombrado el empleado de manera definitiva tras surtir un concurso de méritos⁴.

Tras diversas sentencias de unificación de la Corte Constitucional, podemos sostener que el actual balance jurisprudencial sobre este tema es el de la necesidad de motivar la desvinculación de los empleados provisionales; esto como una garantía del debido proceso y de la estabilidad laboral; además de garantizar la transparencia, la publicidad y el derecho de contradicción y defensa, principios constitucionales del Estado social de derecho (Angarita et al., 2015).

Asimismo, es importante aclarar que la acción de tutela, como mecanismo subsidiario y residual, solo puede invocarse para proteger los derechos laborales de los empleados en provisionalidad cuando el empleador que expide la declaratoria de insubsistencia no expresa los motivos por los que termina la relación legal y reglamentaria. Lo anterior, ya que no se trata de controvertir la legalidad del acto administrativo en cuestión, para lo que existe el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sino de una circunstancia relacionada con el debido proceso

4 Al respecto tener en cuenta la Sentencia T-313 de 2024, que estableció las siguientes reglas para el provisional que logre acreditar una situación especial de vulnerabilidad:

(i) “El mérito es el criterio que prevalece para la asignación de empleos en la carrera administrativa.

(ii) El trato preferencial no implica un derecho a permanecer de forma indefinida en un cargo provisional. Su vinculación se prolonga hasta que los cargos sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional.

(iii) La entidad nominadora debe adoptar medidas afirmativas para los sujetos de especial protección constitucional, consistentes en que sean los últimos en ser removidos de sus cargos y, en lo posible, vincularlos de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando.

(iv) La vinculación provisional en un nuevo cargo vacante requiere que se demuestre alguna circunstancia que implique especial protección constitucional al momento de su desvinculación y en la época del posible nombramiento.

(v) Si la vinculación a un nuevo cargo vacante no es posible por la existencia de una persona con mejor derecho al haber ganado un concurso público, la entidad nominadora debe hacer el nombramiento si se abren vacantes en el futuro”.

administrativo, que sí tiene una connotación constitucional, o por el desconocimiento de un derecho fundamental.

En este contexto, los avances en la jurisprudencia, especialmente en los casos de nulidad y restablecimiento del derecho, y en acciones de tutela excepcionalmente, han reconocido gradualmente ciertas prerrogativas similares a una estabilidad laboral “relativa o reforzada” para los empleados en provisionalidad. Por ejemplo, la Corte Constitucional, en el ámbito de la tutela, ha adoptado el término “razón suficiente” respecto al acto administrativo que declara la insubsistencia de estos empleados, lo cual exige justificar las circunstancias de hecho y de derecho que motivan su desvinculación.

Para Zapata Tamayo (2020) es claro que, a hoy, con base en el precedente constitucional establecido por la Corte Constitucional, la declaratoria de insubsistencia del funcionario provisional es un acto administrativo que debe ir motivado, y este precedente debe ser acatado tanto por los funcionarios en sede administrativa como por los jueces contencioso-administrativos; constituyendo un claro ejemplo de constitucionalización del derecho administrativo.

En lo referente a los criterios para restablecer los derechos de los servidores públicos que han sido desvinculados sin una justificación adecuada en los actos administrativos, la Corte Constitucional ha aplicado los principios de enriquecimiento sin causa y de sostenibilidad fiscal para determinar el monto de las indemnizaciones (Zapata Tamayo, 2020), como pasaremos a ver.

Causales para desvincular a empleados en provisionalidad

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015 (artículo 2.2.5.2.1, modificado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017) regulan las causales de desvinculación para los empleados de carrera administrativa, causales que según la jurisprudencia deben ser asimilables a quienes ocupen estos cargos, según se aplique.

Estas causales pueden dividirse en tres:

1. Por decisión de la Administración, en las siguientes modalidades:
 - (i) Cuando sean empleados de libre nombramiento y remoción (No aplica al provisional).
 - (ii) Como consecuencia de una evaluación de desempeño laboral «no satisfactoria» de un empleado de carrera. Esta causal no aplica para provisionales.⁵

⁵ De acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.8.1.1 del Decreto 1083 de 2015, la evaluación del desem-

- (iii) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario.
 - (iv) Por declaratoria de vacancia del cargo en el caso de abandono del mismo.
 - (v) Por revocatoria del nombramiento en caso de no acreditar los requisitos, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995.
 - (vi) Por supresión del empleo.
2. Por hechos o circunstancias ajenas a la voluntad de la Administración, en las siguientes modalidades:
- (i) Por decisión judicial.
 - (ii) Por renuncia debidamente aceptada.
 - (iii) Por muerte.
3. Porque se dan las circunstancias reguladas en la ley, en las siguientes modalidades:
- (i) Retiro por haber obtenido la pensión, ya sea por vejez o jubilación.
 - (ii) Por invalidez absoluta.
 - (iii) Por edad de retiro forzoso.
 - (iv) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Al anterior listado se debe agregar la causal de designación del titular del empleo que ha superado el concurso, la cual sería exclusiva de los empleados en provisionalidad. También se debe contemplar como causal de retiro la terminación de la situación administrativa que generó la vacancia temporal, en caso de que el nombramiento provisional se haya realizado en este tipo de vacancia (Consejo de Estado, Sentencia de tutela primera instancia del 11 de noviembre de 2021).

Además de las anteriores causales, el máximo órgano constitucional, en sentencias como la T-063 de 2022, la T-061 de 2025 y T-064 de 2025 ha dejado claro que, a pesar de la discrecionalidad nominadora respecto de los empleos en provisionalidad, se debe evaluar la adopción de

peño laboral es propia de los empleados públicos de carrera administrativa, en periodo de prueba y de libre nombramiento y remoción, de manera que no se aplica a los empleados provisionales.

acciones afirmativas cuando se presenten ciertas circunstancias diferenciales. Estas condiciones especiales implican una estabilidad laboral “reforzada” en cabeza de los empleados en provisionalidad que ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional, así como (i) las madres y padres cabeza de familia; ii) personas que estaban próximas a pensionarse; iii) personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta debidamente acreditada y IV) mujer en condición de embarazo (en su particularidad).

Además, se deben incluir como sujetos de protección a los aforados sindicales quienes hacen parte del último orden de prelación (Decreto 1083 de 2015, art. 2.2.5.3.2). En todo caso, es importante señalar que estas medidas de protección no otorgan una inmunidad frente al retiro del servicio, toda vez que, cuando no sea posible reubicar al empleado provisional en otros cargos vacantes de manera temporal o definitiva, la desvinculación será inevitable pero respetuosa de sus derechos laborales.

Por otra parte, si bien la Corte señala la necesidad de aplicación de acciones afirmativas, es importante ponderar los derechos adquiridos de quienes superan los concursos de méritos para ocupar los cargos que se encuentran designados en provisionalidad. Por lo anterior, la Sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional señaló:

(...) la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Con lo anterior, queda claro que la Corte ha establecido algunos parámetros que configuran una estabilidad laboral “relativa” en cabeza de los empleados provisionales y que en algunos casos ya vistos se “refuerza”, lo cual limita la discrecionalidad e impide en cierta medida la arbitrariedad nominadora respecto de quienes ocupan estos cargos.

TERCERA PARTE: LA DESVINCULACIÓN ILEGAL DE CARA AL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Para controvertir la desvinculación ilegal de un empleado provisional, lo procedente, como se dejó ver, es demandar a través del medio de control de la nulidad y el restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del CPACA. Tratándose de estos asuntos, la misma ley ha

dispuesto que dentro de los requisitos para demandar primero es necesario agotar el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial (art. 161, numeral 1).

Ahora bien, esta obligación de conciliar extrajudicialmente, como requisito de procedibilidad, debe encontrarse frente a dos hipótesis: la primera, si el funcionario provisional busca demandar el acto administrativo que lo desvinculó de la Administración; y segundo, si se busca alegar el pago y reconocimiento de acreencias laborales, pero no contradecir la legalidad del acto que lo desvinculó. Si estamos en presencia de la primera hipótesis, será obligatorio agotar la conciliación prejudicial, más aún porque es mandato directo del CPACA. No obstante, si se está en presencia de la segunda hipótesis, no será obligatorio agotar la conciliación extrajudicial, debido a que son asuntos del orden laboral.

La no obligatoriedad de conciliar en materia laboral se consolidó normativamente con la reforma al CPACA traída con la Ley 2080 de 2021. Esta ley consolidó de manera definitiva la línea jurisprudencial que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional habían desarrollado en el ámbito de la conciliación prejudicial en el contexto del derecho administrativo laboral. El Consejo de Estado, mediante sentencia de tutela de segunda instancia, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su jurisprudencia sobre la no obligatoriedad de la conciliación extrajudicial en materia laboral cuando se tratase de derechos ciertos e indiscutibles:

Así pues, tanto la interpretación que hace la Sección Segunda, como la de la Sección Primera, no resulta arbitraria o caprichosa. Empero, estando de por medio derechos de carácter laboral, que algunos tienen la condición de irrenunciables e indiscutibles y otros de inciertos y discutibles, en cada caso en particular debe analizarse el pluricitado requisito de procedibilidad, pues el mismo no siempre resulta obligatorio (Consejo de Estado, Sentencia de tutela de segunda instancia del 31 de julio de 2012).

A su turno, la Corte Constitucional, en Sentencia de tutela T-356 de 2022, afianzando la línea sostenida por el Consejo de Estado, sobre la conciliación administrativa laboral señaló que la conciliación en asuntos administrativos de índole laboral puede abordar los efectos económicos del acto administrativo particular que se impugna en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho cuando:

- a. Se trate de derechos inciertos y discutibles.
- b. Sean asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.

- c. Se respete la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social y a los beneficios mínimos de las normas laborales.

Adicional a lo anterior, la conciliación deberá adelantarse, por mandato legal, ante el procurador administrativo competente para conocer de dicha solicitud. En caso de proceder la conciliación extrajudicial, porque es requisito de procedibilidad para demandar, o cuando las partes lo hayan decidido facultativamente –en el caso administrativo laboral, sin contrariar derechos ciertos e indiscutibles–, el acuerdo deberá ser remitido por el procurador administrativo al juez contencioso administrativo para que se apruebe. Si no se alcanzare un acuerdo o el alcanzado fuese parcial, las partes podrán iniciar un proceso contencioso ante la jurisdicción.

En cuando a la demanda se refiere, deben seguirse todas las formalidades y, en especial, sustentarse el concepto de violación que dispone la ley procesal administrativa para acudir a este medio de control, haciendo uso de las causales de nulidad dispuestas en el artículo 137 del CPACA, por remisión expresa del artículo 138. Estas causales son:

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (CPACA, art. 137, inciso 2º)

El empleado provisional, entre la discrecionalidad de la Administración y la estabilidad laboral

Mucho se ha dicho sobre si los empleados públicos en provisionalidad gozan o no de estabilidad laboral. Al respecto, la jurisdicción constitucional y administrativa han diferido acerca de sus posiciones; debate afianzado también, como se veía anteriormente, sobre si el acto administrativo que desvincula un funcionario provisional debía ser motivado o no (Álvarez Salamanca, 2014).

El principio de estabilidad en el empleo o de estabilidad laboral es definido por la Corte Constitucional como aquella garantía del empleado de permanecer en el empleo para el que ha sido contratado y tener seguridad del vínculo contraído (Sentencia T-141 de 2016). Tratándose de empleados en provisionalidad, el alto tribunal constitucional ha preceptuado que tienen una estabilidad laboral “relativa”, por lo que solo pueden ser removidos por causas legales, que deben especificarse en el acto de desvinculación (Sentencia T-063 de 2022).

Así las cosas, la Corte ampara de manera relativa los derechos laborales y la estabilidad de los provisionales de la Administración, ya que los servidores nombrados por concurso de méritos tendrían mejor derecho al haber superado los requisitos para acceder a la carrera administrativa

(Sentencia T-063 de 2022 y SU-087 de 2022). No obstante, la Corte ha reafirmado la tesis de la estabilidad laboral “reforzada” para aquellos sujetos de especial protección constitucional que ocupan cargos públicos en provisionalidad, como fue explicado en el acápite anterior. En estos casos, la Corte ha dictaminado que deben aplicarse remedios constitucionales, como asegurar que estos empleados sean los últimos en ser removidos cuando llegue el servidor público que ocupará el cargo de manera permanente (Moreno Melo, 2023), según lo establecido en las sentencias T-063 de 2022, T- 061 de 2025 y T 064 de 2025, entre otras.

Por otro lado, aunque el Consejo de Estado ha adoptado en algunas de sus secciones una postura contraria, la Corte Constitucional ha ordenado el reintegro de algunos de estos empleados en sede de tutela cuando se ha solicitado este amparo contra decisiones judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, en casos en que se ha recurrido al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en sede de tutela, la Corte Constitucional ha establecido criterios para las indemnizaciones o el reintegro de estos servidores que fueron removidos ilegalmente o con una actuación contraria a derecho por parte de la Administración.

Condenas y criterios a tener en cuenta por parte del juez contencioso administrativo

Al decidir los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, es imperativo considerar ciertas variables que superan el carácter provisional y temporal de los empleos con dicha característica. Como se ha evidenciado, las acciones afirmativas respecto de sujetos de especial protección constitucional que ocupan estos cargos deben evaluarse con especial cuidado para evitar la vulneración de derechos fundamentales.

El Consejo de Estado, en la Sentencia de radicado 0892-2017 de 2022, estableció algunas reglas de unificación, específicamente en lo relativo al restablecimiento del derecho de los empleados en provisionalidad que son desvinculados de su cargo de manera ilegal.

La primera regla establece que procede el reintegro del empleado provisional al cargo que venía desempeñando, cuando fuere posible. Cuando no sea posible el reintegro, se deberán cumplir alguno de los dos supuestos: la imposibilidad de reintegro por desaparición de la entidad o por supresión del cargo del demandante sin que exista otro de igual naturaleza y categoría. Caso en el cual, el provisional tendrá derecho a la indemnización compensatoria de que tratan los incisos 7 y 8 del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011.

La segunda regla se refiere a que los empleados provisionales desvinculados ilegalmente que tengan dentro de sus pretensiones la reparación del daño causado deberán acreditar y probar

tanto el daño como el nexo causal entre el acto administrativo que lo desvincula y el daño efectivamente causado, siguiendo todas las reglas procesales y probatorias.

La tercera regla indica que los empleados en provisionalidad, a título de restablecimiento del derecho, tendrán derecho al pago de los salarios y prestaciones que hubiesen dejado de percibir, considerando la posibilidad de reintegro al cargo, de lo cual se desprenden dos escenarios:

Que proceda el reintegro: En este caso, se deberán reconocer las sumas adeudadas por concepto de salarios dejados de percibir, a título de restablecimiento del derecho, hasta un máximo de 24 meses, de acuerdo con las reglas establecidas por la Sentencia SU-054 de 2015 de la Corte Constitucional.

Que no proceda el reintegro: En este caso, se deberá pagar los salarios dejados de percibir según la regla establecida por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-054 de 2015 (hasta un máximo de 24 meses), además de la indemnización compensatoria.

Esta indemnización, según la regla fijada por el Consejo de Estado, se refiere a la consagrada en el artículo 189, incisos 7 y 8 del CPACA, y se reconoce como consecuencia del no reintegro del funcionario retirado de su cargo de manera ilegal, pero solo en caso de que el no reintegro se deba a alguno de estos dos supuestos:

- o La entidad a la cual estaba vinculado desaparezca.
- o El cargo que ostentaba el funcionario fue suprimido o no existe otro de la misma naturaleza.

Lo anterior se debe a que, cuando el no reintegro obedece a que el cargo ha sido ocupado a través de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, no procede la indemnización compensatoria.

Esta última regla de unificación es la principal novedad incorporada por la Sentencia de unificación del Consejo de Estado 0892-2017 de 2022, ya que se distancia de la posición planteada por la Corte Constitucional, según la cual cualquier pago ordenado en la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho se considera una indemnización, mientras que el Consejo de Estado considera que los salarios y prestaciones dejados de percibir se pagan a título de restablecimiento del derecho y no de indemnización. Además, el Consejo de Estado introduce la opción del pago de una indemnización compensatoria si no procede el reintegro.

Por otro lado, es relevante mencionar que, en cuanto al pago por la restitución del derecho laboral vulnerado debido a un despido ilegal, el Consejo de Estado ha indicado que se debe considerar el último salario percibido por el empleado en provisionalidad. Además, referente al pago

de aportes a seguridad social en pensión, se han fijado unas reglas que dependerán del tiempo efectivamente laborado por el empleado.

Para ejemplificar lo anterior, el consejero William Hernández propone en un salvamento de voto la siguiente tabla, la cual podrá servir a los falladores de futuros procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de empleados en provisionalidad para cuantificar y dosificar las condenas relativas al restablecimiento del derecho por concepto de salarios y los pagos a seguridad social en pensión.

Tabla. Criterios para cuantificar y dosificar condenas en restablecimiento del derecho de empleados en provisionalidad

Tiempo de servicio en provisionalidad	Restablecimiento del derecho a reconocer, teniendo en cuenta el último salario devengado por el provisional desvinculado	Pagos de la seguridad social integral (pensión), liquidados con fundamento en el salario devengado al momento de la desvinculación
Menos de 1 año	Hasta 6 salarios devengados	Hasta 6 meses de cotizaciones
De 1 y 2 años	Hasta 8 salarios devengados	Hasta 8 meses de cotizaciones
De 2 a 3 años	Hasta 10 salarios devengados	Hasta 10 meses de cotizaciones
De 3 a 4 años	Hasta 12 salarios devengados	Hasta 12 meses de cotizaciones
De 5 a 10 años	Hasta 18 salarios devengados	Hasta 18 meses de cotizaciones
Más de 10 años	Hasta 24 salarios devengados	Hasta 24 meses de cotizaciones

Fuente: Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia 11001-03-25-000-2017-00151-00 (0892-2017), con ponencia de Sandra Lisset Ibarra Vélez, 9 de agosto de 2022. Salvamento de voto de William Hernández Gómez.

En resumen, en lo referente a las condenas en contra de las entidades de orden público que desvinculan de manera ilegal a un empleado en provisionalidad, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado no ha sido uniforme y el principal punto de discusión ha recaído en el carácter indemnizatorio o no de la condena económica que se aplica.

Es importante recordar que de la sentencia estimatoria de pretensiones en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se derivan tres consecuencias:

- (i) Nulidad del acto administrativo, es decir, su retiro del ordenamiento positivo.
- (ii) El restablecimiento del derecho, que comporta una consecuencia del acto ilegal, consistente en volver al demandante al estado inicial al que se encontraba antes de su existencia. Por lo tanto, deberá determinarse si es procedente o no el reintegro del funcionario.
- (iii) La eventual reparación del daño, respecto del cual el interesado deberá demostrar existencia y nexo causal con el acto administrativo.

Como se observó, el restablecimiento del derecho implica una restauración de la situación jurídica que ostentaba el afectado con el acto que se declara nulo, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas de la situación particular (Bastidas Melo, 2010). Por lo anterior, si el juez estima procedente el reintegro al cargo, el mismo se ordenará a título de restablecimiento del derecho y se ordenará el pago de los salarios dejados de recibir como consecuencia del acto administrativo de desvinculación, pero será procedente el descuento de lo devengado por el empleado durante el tiempo que duró la desvinculación, a título de remuneración laboral de cualquier otra entidad pública, ya que en estos descuentos no se tendrán en cuenta los salarios devengados en el sector privado.

Lo anterior, consecuente con lo señalado por la Sentencia de unificación 0892-2017 de 2022, que señala que se deben considerar los topes indemnizatorios y los conceptos a descontar para evitar incurrir en la prohibición constitucional consagrada en los artículos 127 y 128 de la C. P., e ir en contra de los principios estructurales del Estado constitucional y social de derecho.

Del mismo modo, cuando el reintegro resultare imposible por las circunstancias específicas del cargo y la entidad, se deberá reconocer la indemnización compensatoria consagrada en los incisos 7 y 8 del artículo 189 del CPACA; norma que le es asimilable a los empleados de carrera, toda vez que el Código no hace distinción entre estos empleados y los empleados de carrera administrativa.

En última instancia, aunque hay criterios divergentes y confusos entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, las sentencias de unificación de ambas Cortes permiten establecer una simbiosis (como se ha visto anteriormente) que ofrece directrices claras para que los jueces contenciosos tomen decisiones. Esto busca garantizar los derechos de los servidores públicos en provisionalidad y asegurar la sostenibilidad fiscal de las entidades condenadas.

CONCLUSIONES

El mérito es el principio fundamental del acceso a los cargos públicos en Colombia, es la piedra angular que guía la función pública en nuestro país y que permite un acceso democrático, justo y equitativo en garantía de la buena prestación del servicio; no obstante, la figura del provisional emerge como necesaria por vacancias temporales o definitivas en donde no se puede parar el servicio y estos entran a apoyar las labores y funciones propias de la carrera administrativa, siempre con un carácter excepcional y sin desconocer mejor derecho por parte de empleados de carrera administrativa (caso en particular de los encargos).

Podemos afirmar que un claro ejemplo de la constitucionalización del derecho administrativo colombiano es el actual balance jurisprudencial consolidado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre la motivación del acto administrativo que desvincula al empleado provisional, así como también las prerrogativas que ha concedido la jurisprudencia de la Corte Constitucional al empleado provisional como garantía de sus derechos fundamentales. Por tanto, los actos administrativos que desvinculan a estos empleados deben motivarse, promoviendo así la legalidad y el debido proceso. Así, aunque los cargos en provisionalidad carecen de vocación de permanencia, la desvinculación de estos funcionarios debe fundamentarse en causas legales, reconociendo una estabilidad laboral “relativa” que protege sus derechos fundamentales y que en ocasiones de especial protección constitucional, como el de las madres o padres cabeza de familia, la mujer en condición de embarazo, los prepensionados y las personas que acrediten una condición de discapacidad o debilidad manifiesta, termina “reforzándose”.

Cuando la desvinculación del empleado provisional se realiza de forma ilegal, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es la vía procesal que prevé el ordenamiento jurídico colombiano para atacar tales actos administrativos, sin que se exija la obligatoriedad de intentar la conciliación extrajudicial en materia administrativo laboral; esto como un aspecto novedoso introducido por la Ley 2080 de 2021 en su artículo 34. Adicionalmente, el Consejo de Estado y la Corte constitucional han complementado esta protección mediante criterios específicos para la declaratoria de nulidad, de restablecimiento del derecho y de reparación del daño (si se probare) incluyendo reglas de unificación que consideran la posibilidad de reintegro y el restablecimiento económico proporcional al tiempo laborado en casos de desvinculación ilegal.

Con lo anterior, logramos responder al interrogante planteado inicialmente sobre los criterios que deben tener en cuenta los jueces de lo contencioso administrativo a la hora de resolver los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de empleados en provisionalidad, en los casos en que su desvinculación se dé en forma irregular; y, además, consideramos que este artículo de investigación sirve de insumo doctrinal para la resolución de futuras controversias referentes a la desvinculación de servidores provisionales; brindando además un amplio margen de conocimiento alrededor de dicha figura dentro del esquema de función pública en Colombia.

REFERENCIAS

- Angarita Fernández, X., Martínez Castro, A. I. y Romero Rodríguez, N. R. (2015). La desvinculación de empleados de carrera administrativa nombrados en provisionalidad en Colombia. *Revista El Centauro*, 7(10), 81-92.
- Álvarez Salamanca, S. P. (2014). La motivación del acto administrativo como piedra angular de la desvinculación del servicio de empleados en provisionalidad: Análisis de la formalidad y sustancialidad

en las posturas dinámicas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (Ciencias Políticas y Sociales-Maestría en Derecho de la Universidad Nacional y Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia).

- Asamblea Nacional Constituyente (ANC). (1991). Constitución Política de Colombia.
- Bastidas Melo, D. J. (2010). Procedencia de la acción de nulidad contra actos de carácter particular y concreto “Teoría de los móviles y finalidades”. Línea jurisprudencial (Universidad de Nariño).
- Caicedo Gutiérrez, M. L. (2014). La provisionalidad dentro del marco de la carrera administrativa 1. *Diálogos de Derecho y Política*, 14, 123-146.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (2012). Sentencia de tutela segunda instancia del 31 de julio, C.P.: Dra. María Elizabeth García González.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. (2021). Sentencia de tutela primera instancia del 11 de noviembre de 2021, C.P.: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. (2022). Sentencia de unificación 0892-2017, C.P.: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. (2021). Sentencia 3920-15, C.P.: Dr. William Hernández Gómez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2003). Sentencia 1834, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (1992). Sentencia 4577, C.P.: Dra. Clara Forero De Castro.
- Corte Constitucional de Colombia (2010). Sentencia SU-917, M. P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia SU-446, M. P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-656, M. P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-141, M. P.: Dr. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia SU-067, M. P.: Dra. Paola Andrea Meneses Mosquera.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia SU-087, M. P.: Dr. José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia T-063, M. P.: Dr. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. (2024). Sentencia T-313, M. P.: Dra. Diana Fajardo Rivera.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia T-356, M. P.: Dr. Jorge Enrique Ibáñez Najar.
- Corte Constitucional de Colombia. (2025). Sentencia T-061, M. P.: Dra. Natalia Ángel Cabo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2025). Sentencia T-064, M. P.: Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

- Clavijo Cáceres, D., Guerra Moreno, D. y Yáñez Mesa, D. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho*. Universidad de Pamplona y Grupo editorial Ibáñez.
- Gutiérrez Puertas, M. A. y Sánchez Garnica, J. Y. (2018). *Hacia las garantías de los derechos laborales de los empleados en provisionalidad: diferencia de criterios de las altas cortes* [Tesis para optar el título de abogado, Universidad La Gran Colombia].
- Jiménez, I. y Hurtado, W. (2022) Estabilidad laboral reforzada empleados provisionales en carrera administrativa y su efecto en la administración pública. *Inciso*, 24(1), 10.
- Londoño, R., Saidiza, O., Salinas, O. y Perea, M. (2018). *La trayectoria histórica del servicio civil y la función pública en Colombia*. Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Moreno Melo, M. N. (2023). Estabilidad laboral de los trabajadores provisionales en entidades gubernamentales de Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 25(1), 1-25. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12061>
- Presidencia de la República. (2015). Decreto 1083, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.
- Puentes González, G. (2009). *La carrera administrativa en el marco de la función pública*. Universidad del Rosario.
- República de Colombia. (2004). Ley 909, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.
- República de Colombia. (2011). Ley 1437, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).
- República de Colombia. (2021). Ley 2080, por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.
- Zapata Tamayo, N. A. (2020). *El precedente judicial en materia del acto administrativo que declara insubsistencia del funcionario nombrado en* [Trabajo de grado de especialización, Universidad de Antioquia].

**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.65.852.634>

**Participación en la
Corte Constitucional de
Colombia: reflexión desde el
constitucionalismo transformador**

*Participation in the Constitutional Court of Colombia:
Reflections from Transformative Constitutionalism*

SANTIAGO JAVIER ESCANDÓN DELGADO

Abogado de la Universidad Mariana. Conciliador en Derecho de la Universidad de Nariño. Especialista en Epistemologías del Sur de CLACSO. Docente investigador tiempo completo y líder del Grupo de Investigación Saber Socio Jurídico de la Universidad Mariana.
sanescandon@umariana.edu.co ◦ sanescandon@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-4690-960X>

DANIEL LAUREANO NOGUERA SANTANDER

Abogado de la Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Internacional Económico de la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente investigador tiempo completo e integrante del Grupo de Investigación Saber Socio Jurídico de la Universidad Mariana. Consultor Comunidades Indígenas y promotor de derechos humanos y DIH.
danielnoguera@umariana.edu.co ◦ daniel-328@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9216-7718>

Resumen

En este estudio se analizó la naturaleza y alcance de la figura jurídica de las intervenciones ciudadanas en los debates de la Corte Constitucional de Colombia; a partir de una perspectiva crítica del constitucionalismo latinoamericano. El estudio se encaminó a determinar si las intervenciones ciudadanas influyen en los procesos de identificación de precedente, así como de aplicación de métodos constitucionales. Se implementó un método cualitativo de investigación, un tipo de investigación documental y un enfoque histórico-hermenéutico. Las fuentes principales de información fueron la doctrina nacional e internacional, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico colombiano. Se evidenció que la figura de las intervenciones ciudadanas representa una forma de participación democrática en sede judicial que merece un fortalecimiento institucional con miras a promover el sistema democrático dialógico. El análisis crítico propuesto por el constitucionalismo latinoamericano proporcionó insumos interpretativos para medir la viabilidad de las intervenciones como formas reales de incidencia ciudadana en debates de carácter constitucional sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Intervenciones ciudadanas, Corte Constitucional, democracia dialógica, constitucionalismo transformador, constitucionalismo latinoamericano.

Abstract

The study analyzed the nature and scope of the legal figure of citizen interventions within the debates of the Constitutional Court of Colombia, from a critical perspective of Latin American constitutionalism. The study was aimed at determining whether citizen interventions influence the processes of precedent identification, as well as the application of constitutional methods. A qualitative research method, comprising documentary research and a historical-hermeneutical approach, was implemented. The main sources of information were national and international doctrine, jurisprudence, and the Colombian legal system. It was evidenced that the figure of citizen interventions represents a form of democratic participation in court that deserves institutional strengthening with a view to promoting the dialogical democratic system. Furthermore, the critical analysis proposed by Latin American constitutionalism provided interpretive inputs to measure the viability of interventions as real forms of citizen influence in constitutional debates on the meaning and scope of fundamental rights.

KEYWORDS

Citizen interventions, constitutional court, dialogical democracy, transformative constitutionalism, Latin American constitutionalism.

INTRODUCCIÓN

El proyecto de investigación tiene una especial importancia en la reflexión de los actuales sistemas democráticos y la actividad judicial que los acompaña. El análisis de las intervenciones ciudadanas define una forma de participación política en los debates jurídicos, puesto que analiza la forma de interpretar los derechos fundamentales en sede jurisdiccional. Dado el papel decisivo del Tribunal Constitucional Colombiano, la participación ciudadana de los grupos sociales define una ruta democrática de reivindicación en temas sensibles como justicia transicional, medio ambiente, género, interculturalidad, entre otros. El análisis de la viabilidad de la figura desde una perspectiva crítica otorga un panorama sobre la efectividad de la participación ciudadana y su incidencia en los precedentes judiciales que construye la Corte Constitucional de Colombia.

En ese sentido, este estudio tiene como objetivo general “Determinar cómo la Corte Constitucional valora las intervenciones ciudadanas de los distintos actores que participan en los procesos de jurisdicción constitucional”. Se proponen diferentes objetivos específicos:

1. Identificar cuáles son los casos representativos en los cuales haya una participación de actores estatales, grupos ciudadanos y otros.
2. Establecer cómo construyen las intervenciones los distintos actores y cómo estas son sintetizadas por la Corte Constitucional.
3. Determinar cómo la Corte Constitucional construye su *ratio decidendi* con las intervenciones ciudadanas, es decir, si dialoga o no con estas.
4. Comparar cuáles son las formas de entender la Constitución por parte de los intervinientes y cuán próximas o distantes son ellas de las interpretaciones hechas por la Corte Constitucional.
5. Determinar si las intervenciones ciudadanas influyen en los procesos de identificación de precedente, así como de aplicación de métodos constitucionales.

Este escrito desarrolla el cuarto objetivo desde una perspectiva regional de participación. Se recogen las intervenciones de actores académicos de la ciudad de Pasto en casos analizados por el Tribunal Constitucional. El referente teórico que fundamenta el trabajo cuenta con diversas fuentes de información doctrinal de carácter nacional e internacional. Se analizan las categorías del constitucionalismo transformador, el constitucionalismo aspiracional y la democracia deliberativa. Dichas proposiciones teóricas permiten una interpretación de las particularidades de los modelos democráticos de América Latina y, en especial, del sistema colombiano.

METODOLOGÍA

Se implementó un método cualitativo de investigación a través del cual se recopiló información contenida en leyes, leyes, doctrina y jurisprudencia. De ese modo, la investigación sociojurídica interpretó el contenido normativo y su alcance en un contexto determinado, examinando elementos tales como la eficacia, la validez y la justicia dentro de las disposiciones que refieren las normas analizadas (Gherzi, 2013).

Por otro lado, el acercamiento a las concepciones interpretativas que adoptó el Tribunal Constitucional se realizó mediante la recopilación de fundamentos jurídicos prevalentes en cada providencia judicial. En ese sentido, la evaluación de los procedimientos interpretativos realizados por el Alto Tribunal y la participación de los intervinientes se realizó mediante un tipo documental de investigación.

Este trabajo implementó un enfoque histórico-hermenéutico. La particularidad del enfoque histórico-hermenéutico refirió el análisis contextual del sentido y alcance de las intervenciones ciudadanas, a través de la valoración histórica del sistema democrático colombiano y su discusión a partir de las tesis teóricas formuladas. Se tomaron como fuentes de información la jurisprudencia y la doctrina de carácter nacional e internacional, como fundamentación de las proposiciones teóricas abordadas. En cuanto a las técnicas de recolección de información, se estructuraron fichas de análisis documental y modelos de entrevista semiestructurada. Teniendo en cuenta que este estudio planteó el abordaje de casos en concreto, se determinó que la muestra se remitió a las sentencias T-196 de 2019 y C-594 de 2019, de las cuales se extrajo la problemática central, la valoración procedimental que plantearon las intervenciones ciudadanas y los fundamentos sustanciales que abarcaron los conflictos tratados.

RESULTADOS

Aportes de la Corte Constitucional de Colombia

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991 se produjo un cambio orgánico-institucional y axiológico del Estado colombiano. La incorporación del concepto de Estado Social y Democrático de Derecho se tradujo en nuevos desafíos institucionales hacia el fortalecimiento del sistema democrático y la participación de la ciudadanía; partiendo de una riqueza cultural y una identidad pluridiversa característica del territorio. Aunado a ello, se consolidaron nuevos órganos de poder, a los que se les delegaron facultades de protección, promoción y reconocimiento de derechos (Guzmán y Mejía, 2002).

En ese contexto histórico-político nació la Corte Constitucional de Colombia, instalada el 17 de febrero de 1992 con una esperanza de transformación profunda de las realidades sociales del país. A lo largo de su trayectoria, el Tribunal ha construido precedentes judiciales en casos emblemáticos que reconocieron derechos y libertades en situaciones preferenciales de grupos minoritarios; tal es el caso de las sentencias T-406 de 1992 (valores y principios constitucionales dentro del Estado Social de Derecho), C-221 de 1994 (dosis personal y libre desarrollo de la personalidad), SU-039 de 1997 (derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas), T-587 de 1998 (adopción por parte de parejas del mismo sexo), C-355 de 2006 (interrupción voluntaria del embarazo), C-577 de 2011 (matrimonio de parejas homosexuales), entre otras.

De esa forma, la labor garantista de la Corporación permitió atender situaciones de discriminación, exclusión y desconocimiento de derechos en situaciones preferenciales y grupos sociales excluidos a lo largo de la historia (Ramírez, 2016). Atendiendo a los mandatos constitucionales de los artículos 239 a 245 de la Carta Política se han sentado precedentes judiciales que permiten la colaboración armónica entre las ramas del Poder Público y la construcción de un diálogo interinstitucional para fortalecer la democracia. La importancia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de vacíos normativos frente a derechos fundamentales presenta directamente la aplicabilidad de la teoría de principios ya no en un plano estrictamente meta-teórico desde la filosofía del derecho, sino que la conduce a un plano teórico-material, ya que se estudia específicamente dos principios constitucionales acompañados de criterios de fundamentalidad (Bechara, 2011).

En esa lógica, la actividad judicial se traduce en la protección de los derechos fundamentales dentro del ejercicio práctico y las garantías sustanciales para su amparo. Así las cosas, el fenómeno de la constitucionalización del derecho se evidencia desde un órgano legítimo del poder público creado por potestad de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. De ahí que los componentes esenciales del Tribunal determinan su desarrollo en virtud de los diversos contextos que ha tenido que resolver y estudiar en sus años de ejercicio. Los conceptos y decisiones emitidos por la Corporación han permitido vislumbrar la importancia de sus debates para desarrollar formas de interpretación de las normas jurídicas y los mandatos constitucionales en clave de contextos y realidades.

Principio de participación e intervenciones ciudadanas

Teniendo en cuenta la relevancia de la labor institucional desarrollada por el Tribunal Constitucional, el principio de participación ciudadana adquiere un papel primordial para materializar el sistema democrático participativo propuesto por el constituyente. Lo anterior, entendiendo que la caracterización del contenido de los principios jurídicos permite un margen de discrecionalidad

para otorgar al juzgador o tribunal un espectro de libertad probatoria y sana crítica, con miras a profundizar en las cuestiones materiales de los preceptos normativos (Molinares y Bechara, 2017).

Fundamentalmente, en relación al modelo democrático vigente legitima a la ciudadanía a intervenir y participar en las decisiones más importantes en materia de derechos fundamentales: salud, educación, pensiones, trabajo, entre otros. El ejercicio de participación inicia con la potestad ciudadana de interponer acciones públicas de inconstitucionalidad o mecanismos constitucionales de defensa de derechos, lo cual define un diálogo directo entre la ciudadanía y el Estado.

Dentro de esa lógica, se aterriza la cuestión al estudio presente mediante el análisis de la naturaleza de la Corte Constitucional y, en esa misma medida, la relevancia que adquiere el principio de participación dentro de los debates que el mismo Tribunal sugiere. Lo anterior, con el ánimo de evidenciar la labor de intervención ciudadana desde un margen de participación directa dentro del Tribunal, mediante la figura de *amicus curiae* y ciudadano interviniente. Este análisis evidencia si la Corporación adopta los criterios interpretativos de los intervinientes en su *ratio decidendi* o si, por el contrario, constituyen las *obiter dicta* en los casos relevantes en los que se presentan intervenciones ciudadanas.

El contexto en el cual se presentan las intervenciones ciudadanas tiene cabida dentro del control de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional. Para el caso de las sentencias de tutela, se ejerce un control difuso de constitucionalidad, mediante el cual se promueve una acción constitucional por parte de cualquier ciudadano que considere vulnerados sus derechos fundamentales por la acción u omisión de particulares o del mismo Estado. Por otra parte, la acción pública de inconstitucionalidad representa un control abstracto de constitucionalidad a través del cual se demanda el contenido de una norma por considerar que vulnera el texto constitucional (Durango y Garay, 2015).

En ese sentido, la naturaleza de las intervenciones ciudadanas en sede jurisdiccional representa un ejercicio de participación ciudadana directa en asuntos emblemáticos que debate el Tribunal y que, en su mayoría, constituyen precedentes judiciales que fijan criterios de decisión para casos análogos que son sometidos ante el poder judicial. No obstante, surge la inquietud sobre la vinculación de los aportes interpretativos y las disertaciones del interviniente dentro de las razones de la decisión que adopta el Tribunal en cada caso específico; lo cual propone una crítica constructiva hacia la discrecionalidad judicial y las líneas de constitucionalismo que se presentan en la actualidad.

Lo anterior desconoce que el lenguaje en el que se traducen los pronunciamientos del alto tribunal constitucional ha definido una ruta trascendental hacia el reconocimiento de garantías para las minorías históricamente segregadas en el territorio nacional, desde su protección y la estructuración de rutas procedimentales que han permitido resolver vacíos jurídicos para materializar los principios fundantes del Estado Social de Derecho. Se entiende que desde la promulgación de la Carta Política de 1991 se crea un horizonte abstracto para el órgano jurisdiccional en su amplitud, consolidado en principios y valores constitucionales al margen de dinámicas sociales en constante transformación, que han servido como sustrato fáctico para la configuración de fallos trascendentales dentro de la historia de la jurisdicción constitucional colombiana.

El trasfondo de dicha dinámica ha revelado el valor abstracto que contienen los fallos de la Corporación, en tanto imperativos de obligatorio cumplimiento para los tribunales de menor jerarquía dentro de la vertiente de la jurisdicción constitucional. Las ideologías han sido incorporadas mediante el precedente judicial en sus diferentes magistraturas y, asimismo, ha ampliado el debate frente al activismo judicial que se evidencia en todos los niveles del órgano jurisdiccional, pero que para el análisis en concreto versa sobre la incidencia del subjetivismo en la aplicabilidad e interpretación del derecho para resolver los asuntos que son revisados por el alto tribunal constitucional colombiano.

La cuestión tratada, si bien permea sobre los fallos emitidos desde un campo iusfilosófico, posibilita la discusión y crítica frente a la labor ejercida por el Tribunal desde su fundamento constitucional. Es decir, se abre el debate en relación a la posibilidad de participación ciudadana directa en las decisiones del Tribunal en materia de derechos fundamentales, sustentado en los principios democráticos de la carta constitucional y las nuevas fuerzas sociales que reclaman una reivindicación de sus derechos ante las instituciones del Estado.

Así, se concibe que la dinámica jurídica perceptible en el ordenamiento jurídico colombiano ha descrito su fundamento en la construcción de vías procedimentales para ejecutar los deseos del constituyente primario, mismos que dentro de las actas del constituyente expresan el cimiento del Estado colombiano como pluralista, participativo y democrático, dentro de la garantía “de un orden político, económico y social justo” (Constitución Política de Colombia de 1991, Preámbulo), que para impulsar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos los ciudadanos sin distinción, prevé el posible flagelo de los mismos en un contexto de marcada violencia que tanto llevó al establecimiento de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 como encaminó a las ramas del poder público a la consecución de la paz o, en su defecto, la disminución de los alcances de los conflictos dentro del territorio nacional.

Breve aproximación jurisprudencial al principio de participación ciudadana

La construcción de un referente jurisprudencial en materia de participación ciudadana se interpreta a partir de la evolución del Poder Judicial frente a conceptos que se han ido desarrollando contextualmente y que constituyen reglas judiciales que suplen los vacíos normativos que el Poder Legislativo ha pasado por alto. La cuestión de las intervenciones ciudadanas no ha sido ajena a este suceso, puesto que se concibe como un mecanismo *sui generis* de participación democrática en sede jurisdiccional que propone un diálogo entre la ciudadanía y las instituciones del Estado. En especial, entendiendo que “los derechos fundamentales como categoría especial de derechos constitucionales, a partir de la Carta de 1991, han proyectado su desarrollo desde el punto de vista de sus garantías de protección” (Bechara, 2011). Bajo otra perspectiva procedimental, la acción pública de inconstitucionalidad propone una forma de diálogo con el aparato judicial, mediante el cual se discute la correlación de determinada norma con el texto constitucional superior.

Así las cosas, en un primer momento se estudia el concepto jurisprudencial de la participación democrática como sustento de materialización de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho. En un segundo momento se analiza el concepto sobre las intervenciones ciudadanas como un elemento de vinculación directa al principio de participación democrática frente a las discusiones de la Corte Constitucional colombiana.

Dentro de la dimensión democrática dual que manifiesta el sistema político colombiano (entiéndase el matiz entre democracia representativa y democracia participativa) surge una tensión sobre la eficacia que presenta el modelo participativo dentro de un marco constitucional y reglamentario, estructurado en principios de corriente iusnaturalista. Por tanto, la transición al nuevo margen constitucional se posibilita con el establecimiento de un orden institucional justo, equitativo, pluralista, incluyente y, a todas luces, participativo, política, social y económicamente; desde el cual la ciudadanía puede adoptar mecanismos que la misma Constitución Política le otorga para hacer valer sus derechos y legitimar sus decisiones como actor político en la vida del país.

El marco normativo constitucional refiere la reestructuración de un margen anterior estrictamente legalista y determinado por la aplicación exegética de la ley, hacia la labor interpretativa que todo órgano judicial debe realizar para materializar el derecho sustancial bajo la formalidad del derecho procesal. En ese entendido, la Constitución Política de 1991 crea un nuevo tribunal superior autónomo para el “fortalecimiento y profundización de la democracia participativa” (Sentencia C-180 de 1994) con potestades específicas para operar dentro de la esfera de la

jurisdicción y desde la especificidad de cumplimiento de los principios, valores y derechos fundamentales.

La Corte Constitucional de Colombia, enunciada desde los artículos 239 a 245 superiores, realiza una labor progresista que otorga reconocimiento y materialización de los derechos fundamentales para la ciudadanía. Así pues, las decisiones determinadas bajo los precedentes del Tribunal obligan al acatamiento por parte del órgano judicial, que opera dentro de los asuntos de revisión. Es decir, los fallos adquieren una relevancia sustantiva, en tanto debaten cuestiones sobre el reconocimiento, protección y salvaguarda de los derechos fundamentales.

En ese sentido, la cuestión sobre la labor hermenéutica que desarrolla la Corporación sugiere la atención de casos que, por su relevancia, merecen un debate especializado en sede jurisdiccional. Lo anterior, siguiendo el concepto de que:

La participación democrática acude a una esfera política, jurídica y procedimental para expresar de manera objetiva las necesidades de la sociedad. Política desde la percepción reivindicativa que expone la realidad social, jurídica desde el carácter vinculante que determina como antesala de la vía legislativa y procedimental desde la materialización de los derechos sustanciales y los principios abstractos otorgados por la Carta Política. (Sentencia T-418 de 1993)

De manera que el carácter interpretativo que acontece dentro de los debates llevados en su marco operativo establece la participación de la ciudadanía en las decisiones que se toman para asuntos en concreto, en los cuales existen perspectivas sociojurídicas diferentes que deben ponderarse e interpretarse. El anterior ejercicio de participación es entendido en el contexto de un modelo constitucional fuerte que coexiste con un sistema democrático débil, en cuya solución propositiva se plantea la construcción de un constitucionalismo deliberativo que busca equilibrios entre los modelos mediante grados de deferencia o diálogo entre las ramas del poder público y la ciudadanía (Gargarella, 2014).

De esa forma, el valor democrático del ejercicio de participación ciudadana se mide en la posibilidad de los círculos sociales de discutir y debatir cuestiones sobre el progresismo de los derechos fundamentales; especialmente en el contexto actual, en el cual surgen nuevas fuerzas sociales que reclaman la reivindicación de sus derechos a partir de sus diferentes perspectivas sobre las instituciones. De modo que:

las intervenciones ciudadanas se evalúan y examinan desde la proximidad que los argumentos tienen frente a la acusación de la norma que los supuestos fácticos sustentan en cada proceso de revisión, es decir, que el tribunal interpreta los argumentos de los intervinientes en virtud de la lógica que suscita la controversia a resolver. (Sentencia C-292 de 2015)

Sin embargo, la realidad permite concebir que el ejercicio de participación es cuestionable, en la medida en que los debates jurisdiccionales en materia constitucional son abordados por actores oficiales o institucionales con conocimientos especializados en cada materia. El ejercicio real de participación exige la vinculación de la ciudadanía y los grupos sociales inmersos en las cuestiones fácticas y jurídicas que crean el sistema jurídico lo cual permite una realización efectiva de los valores constitucionales.

En suma, el principio de participación democrática se interpreta en la procedencia de las intervenciones ciudadanas dentro del Tribunal, pues, mediante la evolución jurisprudencial, se han comprendido como fundamentales para el fortalecimiento del sistema democrático. Sin embargo, persiste la duda frente a si las intervenciones constituyen un antecedente para la decisión definitiva que sienta un precedente judicial; lo cual evidencia una falencia en el tipo de participación.

Intervenciones ciudadanas promovidas desde el departamento de Nariño

En este punto se analizó dos casos específicos en los cuales se presentaron intervenciones ciudadanas por parte de la academia de la región, específicamente por parte del Programa de Derecho de la Universidad Mariana. En ese sentido, se estudiaron los antecedentes fácticos relevantes, el contenido de las intervenciones ciudadanas y la *ratio decidendi* en cada caso concreto, con la finalidad de comparar los criterios argumentativos de la intervención y su incidencia en la decisión del Tribunal Constitucional.

Análisis de la Sentencia T-196 de 2019

Antecedentes

- El ciudadano Raúl Mario Camacho Guerrero instauró acción de tutela en contra de la Corporación Autónoma Regional de Nariño (Corponariño), argumentando la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud y medio ambiente sano. El ciudadano solicitó la suspensión de actividades como medida provisional.
- En el escrito de tutela manifestó que desde el mes de abril de 2018 se ha presentado una tala en el bosque del barrio Morasurco, ubicado en la calle 22 con carrera 39 de la ciudad de Pasto. Dicha situación ha ocasionado un daño ambiental en el río Pasto, que colinda con la zona aludida, y ha generado desplazamiento y muerte de la fauna, ruido excesivo y contaminación.

- El accionante manifestó que el bosque y el río Pasto se constituyen en zonas ecológicas donde los residentes pueden departir, hacer prácticas deportivas y disfrutar de un medio ambiente limpio y tranquilo. De igual manera, referenció la Sentencia T-622 de 2016, la cual reconoció al río Atrato como sujeto de derechos.
- Argumentó que la entidad accionada es la autoridad ambiental en la región legitimada para otorgar los permisos y licencias correspondientes para el despliegue de cualquier actividad en los bosques naturales, e informó que la misma no ha tomado alguna acción para la preservación de la zona ecológica.
- El 15 de mayo de 2018, el Juzgado Sexto Civil Municipal de Pasto admitió la acción de tutela, corrió traslado a Corponariño y negó la medida provisional solicitada.
- Corponariño manifestó que no le corresponde el control y vigilancia de cultivos forestales con fines comerciales. Igualmente, informó que el predio en el cual se adelantan las actividades cuenta con el permiso del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA). De tal forma, solicitó su desvinculación al proceso de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva. Informó que el mecanismo idóneo para resolver dichos conflictos es la acción popular y no la acción de tutela.
- El día 28 de mayo de 2018, el Juzgado concedió el amparo de los derechos fundamentales a la dignidad humana, salud, alimentación, agua y medio ambiente y reconoció al río Pasto como una entidad sujeto de derechos. De igual manera, ordenó a Corponariño aplicar las medidas preventivas contempladas en los artículos 96 y siguientes de la Ley 1801 de 2016 (Código Nacional de Policía y Convivencia). Por último, ordenó a la Alcaldía de Pasto, a la Secretaría del Medio Ambiente, al ICA y a Corponariño construir y aplicar un plan de acción para erradicar actividades de deforestación en el municipio.
- Mediante el recurso de impugnación, las entidades accionadas reiteraron los argumentos propuestos en la contestación y aludieron una falta de acervo probatorio como sustento de la decisión del *a quo*.
- El 9 de julio de 2018, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto confirmó la decisión de primera instancia, argumentando que la parte accionada no desvirtuó con pruebas idóneas los hechos bajo discusión.
- El día 29 de octubre de 2018, la Corte Constitucional, en su Sala Octava de Revisión, profirió el Auto 702, mediante el cual se adelantó el trámite de revisión de tutela.

Intervención ciudadana

La intervención ciudadana presentada por parte del Programa de Derecho de la Universidad Mariana se estudió a partir del contenido incorporado en la Sentencia T-196 de 2019 y la entrevista semiestructurada aplicada al actor principal. De allí se extrajeron los argumentos principales propuestos por el interviniente.

En la sentencia de tutela emitida por la Corte Constitucional se incorporaron los siguientes argumentos del interviniente:

- Coadyuvó a la parte accionada en su argumento de que el mecanismo pertinente para resolver el conflicto planteado es la acción popular. No obstante, manifestó que existe un precedente constitucional en materia de protección ambiental de carácter preventivo.
- Argumentó que el municipio de Pasto tiene un marco legal de protección a la biodiversidad, sin que este haya sido materializado de manera efectiva y articulada con las distintas autoridades.

La entrevista realizada al actor permitió ahondar en los criterios argumentativos empleados en el diseño de la intervención. El interviniente consideró que en el conflicto suscitado se encontraban dos conjuntos de derechos. Por un lado, los derechos de la naturaleza, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la salubridad pública; por otro lado, se identificaron los derechos a la libertad de empresa, libertad de competencia e iniciativa privada (Palacios, 2022). En relación a la construcción de la intervención, el académico manifestó que;

primero revisamos la procedencia o improcedencia de la acción de tutela. En segundo lugar, el reconocimiento expreso de los derechos de la naturaleza que, en ese momento, estaba en construcción por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En tercer lugar, entramos a revisar la carga argumentativa que se aportó dentro de estos procesos. Y, por último, entrar a verificar la fundamentabilidad de los derechos que se encontraban en juego. Digamos que son cuatro cuestiones que nosotros analizábamos para poder construir el concepto dentro del proceso de tutela. (Palacios, 2022)

Los elementos propuestos por el interviniente en su criterio fueron adoptados en cierta medida, específicamente, frente al tema de procedibilidad de la acción. No obstante, indicó que no se desarrolló un debate sobre la fundamentabilidad de los derechos debatidos en el conflicto, lo cual suscitaba una discusión sustancial.

Ratio decidendi

La Corte, como fundamento de su decisión, argumentó que la acción incoada incumplió el requisito de subsidiariedad exigido para la procedencia del mecanismo. En ese orden, enfatizó que mediante la Sentencia SU-1116 de 2001 se establecieron los criterios de (i) conexidad, (ii) afectación directa, (iii) certeza y (iv) fundamentalidad de la pretensión como necesarios para la procedencia de la acción de tutela ante afectación de derechos fundamentales conexos con derechos colectivos.

Frente al caso concreto, la Corte resolvió que la acción no cumplía los criterios antes descritos, por lo cual revocó las decisiones precedentes y declaró improcedente la acción por incumplir el requisito de subsidiariedad.

Análisis de la Sentencia C-594 de 2019

Antecedentes

La Corte Constitucional el 22 de noviembre de 2018 admitió dos demandas de inconstitucionalidad interpuestas en contra de determinadas expresiones establecidas en los artículos 1 y 2 de la Ley 1905 de 2018, mediante la cual se dictan disposiciones relacionadas con el ejercicio de la profesión de abogado.

Las expresiones demandadas se resaltan en negrita:

ARTÍCULO 1º. **Para ejercer la profesión de abogado**, además de los requisitos exigidos en las normas legales vigentes, **el graduado deberá acreditar certificación de aprobación del Examen de Estado que para el efecto realice el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), directamente o a través de una Institución de Educación Superior acreditada en Alta Calidad que se contrate para tal fin.**

Se entenderá aprobado el Examen de Estado cuando el resultado supere la media del puntaje nacional de la respectiva prueba. En el resultado individual de cada examen, el CSJ señalará la representación porcentual del puntaje obtenido sobre la media nacional.

PARÁGRAFO 1. Si el egresado o graduado no aprueba el examen, se podrá presentar en las siguientes convocatorias que señale el CSJ hasta tanto obtenga el porcentaje mínimo exigido.

PARÁGRAFO 2. **La certificación de la aprobación del Examen de Estado será exigida por el Consejo Superior de la Judicatura o por el órgano que haga sus veces para la expedición de la Tarjeta Profesional de Abogado.** Para ser representante de una persona natural o jurídica para

cualquier trámite que requiera un abogado, será necesario contar con la tarjeta profesional de abogado, **que solo se otorgará a quienes hayan aprobado el examen**. Para las demás actividades no se requerirá tarjeta profesional.

ARTÍCULO 2º. El requisito de idoneidad para el ejercicio de la profesión de abogado establecido en la presente ley se aplicará a quienes inicien la carrera de derecho después de su promulgación (Ley 1905, 2018).

- En la primera demanda se consideró que las expresiones demandadas van en contravía de los artículos 13, 67 y 69 superiores. Lo anterior, por presuntamente afectar la idoneidad del abogado al imponer un requisito adicional para el ejercicio del litigio. Alegaron una afectación al derecho a la educación por imponer una nueva acreditación de idoneidad adicional a la que expide la institución superior que titula al profesional. En ese contexto, se alegó el desconocimiento del principio de autonomía universitaria.
- En la segunda demanda, el actor consideró una afectación al principio de autonomía universitaria, por cuanto la norma demandada desconoce que la universidad es la institución competente para verificar la idoneidad del profesional. Manifestó que la función del Consejo Superior de la Judicatura se encamina a vigilar y controlar el ejercicio de la profesión. Determinó que existe una afectación al derecho al trabajo por cuanto se exige al profesional un nuevo requisito para realizar su actividad de litigio. Igualmente, se alegó una afectación a los derechos de libre ejercicio de la profesión, administración de justicia e igualdad.

Intervención ciudadana

El concepto brindado por el interviniente se encaminó a determinar, parcialmente, la constitucionalidad de las normas demandadas. En su argumento estableció que las demandas interpuestas carecían de una fundamentación suficiente que permitiera evidenciar la afectación de las normas constitucionales presuntamente vulneradas. Adujo que al regular el ejercicio de la profesión no se incurría en una afectación a la obtención del título profesional, y tampoco vulneró los derechos de educación y autonomía universitaria.

En la construcción de la intervención se tuvo en cuenta dos conjuntos de derechos y principios. De una parte, se encontraban los derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, libertad de profesión u oficio y educación; y, por otra parte, se identificó el principio de libertad de configuración legislativa (Palacios, 2022). En la proposición del interviniente se propuso una carencia en la carga argumentativa desarrollada por el accionante, puesto que no cumplía con los requisitos de certeza, especificidad y veracidad exigidos por el Tribunal frente a las acciones públicas de inconstitucionalidad.

En cuanto a la presunta vulneración del derecho a la igualdad, el interviniente manifestó que no se logró determinar el trato desigual, por cuanto no se indicó con asertividad los grupos comparables. Frente a los derechos al trabajo y acceso a la justicia indicó una argumentación confusa de las demandas.

Ratio decidendi

La Corte Constitucional manifestó que en el caso estudiado ya existía un antecedente jurisprudencial que declaró la exequibilidad de los apartes demandados, en específico, respecto al contenido del artículo 2 de la norma demandada. De tal forma, alegó la existencia de la cosa juzgada constitucional, por cuanto mediante Sentencia C-138 de 2019 se discutió si el contenido normativo se ajustaba a la Constitución. De igual forma, estableció que las demandas no cumplían la aptitud sustancial necesaria para sustentar la vulneración de los derechos alegados.

DISCUSIÓN

Propuestas críticas sobre constitucionalismo

En la actualidad, la forma de interpretar los derechos y su sustento constitucional ha tenido un cambio trascendental, entendido desde las diversas demandas sociales frente a la reivindicación y el reconocimiento de grupos históricamente relegados. Es así como, las tradicionales formas de analizar las instituciones jurídicas distan de otorgar una respuesta eficiente a las problemáticas sociales y se delimitan a una actividad formal de aplicación de precedentes regulatorios.

El escenario propuesto desde la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 promovió la participación y la dignidad humana como pilares fundamentales del Estado Social de Derecho; fundamentado en la riqueza cultural de la Nación y las diversas concepciones sobre justicia e igualdad. En ese marco, el constitucionalismo colombiano contemporáneo adoptó mecanismos de interpretación legal y judicial de raíz europea: test de razonabilidad, test de igualdad, test de proporcionalidad. Con ello se obtuvo progresivamente criterios de decisión apegados a los valores constitucionales y los principios del Estado Social de Derecho.

Sin embargo, con las nuevas convulsiones sociales, la interpretación se trasladó hacia el entendimiento de las prácticas de soberanía que reclaman una participación directa en las decisiones relevantes del destino de la Nación. Las manifestaciones populares, las muestras culturales y simbólicas y los ejercicios de litigio estratégico han demostrado que existe un nuevo reto hacia la transición del modelo constitucional y epistémico actual. Se reclama la reivindicación de las

comunidades indígenas, campesinas y LGBTQ+, se demanda la inclusión de las iniciativas ambientalistas y animalistas como un debate necesario para materializar el texto constitucional.

En esa lógica, la Corte Constitucional de Colombia, como guardiana de la supremacía constitucional, adopta un papel importante como tribunal autónomo que debate sobre cuestiones sociales en materia de género, medio ambiente, comunidades indígenas, participación ciudadana, entre otros. La posibilidad de participar mediante la figura de intervenciones ciudadanas o *amicus curiae* es un ejercicio de democratización de la decisión judicial, máxime cuando los casos emblemáticos analizados por el Tribunal se constituyen como precedente para decidir casos análogos que se presenten en un futuro.

No obstante, la dinámica de interpretación de los aportes otorgados por los intervinientes resulta un tanto compleja de definir por parte de la Corte, en la medida en que la *ratio decidendi* se sustenta, en últimas, en el pensamiento de la magistratura. La decisión se legitima mediante argumentos jurídicos y líneas de precedente creadas por el mismo Tribunal, sin que ello represente adoptar los criterios interpretativos brindados por los intervinientes.

A través del estudio se proponen alternativas de solución a la problemática de legitimidad de las decisiones judiciales, abriendo el debate sobre nuevas formas de comprender la Constitución a través del poder soberano (el pueblo). En esa medida, se realiza una aproximación al constitucionalismo transformador y las nuevas vertientes de constitucionalismo latinoamericano, como respuesta a la exigencia de participación de los grupos sociales.

Constitucionalismo transformador latinoamericano

En América Latina se evidencian perspectivas epistémicas características que reflejan la caracterización de la diversidad étnica y cultural de las comunidades asentadas en los territorios. Los planteamientos críticos proponen un análisis de la situación actual de las instituciones y, en específico, la actividad de los aplicadores judiciales y tribunales en los países de América Latina. Lo anterior, con la finalidad de evidenciar falencias que replican relaciones de poder, mantienen dinámicas de exclusión social e institucional y que juzgan la esencia de los modelos democráticos en la actualidad.

Para tal fin se toma como referente a diversos pensadores que aportan categorías de pensamiento para analizar en el contexto. Se aborda la propuesta de democracia deliberativa de Roberto Gargarella y el constitucionalismo aspiracional, tratado por Mauricio García Villegas. Estos dos autores proponen una nueva visión interpretativa y práctica sobre el papel de los tribunales constitucionales y la noción de que el constitucionalismo se concibe como una herramienta democrática de inclusión y transformación real.

Democracia deliberativa y dialógica

El jurista argentino Roberto Gargarella, discutiendo la tesis deliberativa de Carlos Santiago Nino, abre el debate sobre la eficacia de la práctica judicial-constitucional contemporánea en medio de luchas políticas por la reivindicación de los grupos sociales. En su obra *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* analiza la evolución del modelo constitucional frente a la práctica liberal y conservadora en las estructuras de poder en América Latina; realizando una crítica a la incidencia de la cuestión política en la práctica institucional y la organización de los Estados.

Así las cosas, afirma que “en América Latina, las bases orgánicas del sistema institucional fueron resultado de pactos entre grupos liberales y conservadores que negociaron sus diferencias a través de acuerdos «acumulativos», más que de «síntesis»” (Gargarella, 2017, p. 108). En otras palabras, las pretensiones políticas de los grupos con mayor incidencia en las decisiones de Gobierno estructuraron un modelo satisfactorio a las pretensiones políticas. Como fruto de dicha práctica, el poder público se delegó a las tres ramas del poder: ejecutiva, legislativa, judicial, invocando el modelo anglosajón de *check and balances*.

Sin embargo, en la práctica institucional se evidenció un fortalecimiento del Poder Ejecutivo, papel poco representativo del Poder Legislativo y una labor discrecional del Poder Judicial para suplir los vacíos y lagunas jurídicas existentes. En ese sentido, las instituciones desplazaron a la ciudadanía en las formas de gobierno e impidieron un diálogo abierto con los sectores sociales frente a la efectividad y aplicabilidad de medidas legales. En palabras del autor, “en la práctica institucional que conocemos, el diálogo aparece desbalanceado hacia el lado incorrecto: en la vida diaria, no es la gente sino el poder judicial—la rama menos democrática del gobierno—la más alta autoridad constitucional” (Gargarella, 2006, p. 28).

En ese contexto aparece la paradoja del fortalecimiento de los sistemas constitucionales a la par del decaimiento del sistema democrático-participativo. El sistema constitucional robusto se evidencia en la generosidad de las constituciones políticas en materia de derechos sociales, principios y valores de carácter imperativo; revelando una serie de prerrogativas y transformaciones en los modelos de Estado. No obstante, la realidad indica un ejercicio menos dialógico entre las instituciones y la ciudadanía, lo cual ha generado coyunturas y manifestaciones sociales por la reivindicación de los derechos.

Para Gargarella, la discusión colectiva es fundamental para otorgar diferentes perspectivas a los funcionarios públicos y, en especial, a los aplicadores judiciales, en relación con los conflictos sociales que son sometidos en instancia. Dicho diálogo permite la toma de decisiones

ajustadas a la soberanía popular y los criterios de la ciudadanía, sin que ello represente la satisfacción de los deseos e intereses de todos los círculos políticos, sociales y económicos que conforman las naciones.

El análisis desarrollado por el autor puede trasladarse al estudio del impacto social, económico y democrático de la actual crisis global de emergencia sanitaria. La profundización de las crisis sociales y económicas se tradujo en decisiones excepcionales para la atención del sistema de salud y la priorización de medidas sanitarias en detrimento de las libertades individuales y los derechos fundamentales de la ciudadanía. Así, se generó una agudización de la situación socioeconómica de las clases sociales más desfavorecidas; lo cual generó una serie de críticas y demandas sociales desde la base del sistema social (Gargarella, 2020).

En síntesis, los postulados del autor argentino enuncian una crisis institucional del sistema democrático de los Estados de América Latina, representada en demandas sociales y manifestaciones de grupos representativos que reclaman una satisfacción de los derechos sociales constitucionales en plenitud. Como propuesta plantea la participación y el diálogo con las instituciones como herramienta democrática para legitimar las decisiones de los poderes públicos, especialmente la labor argumentativa y práctica de los jueces y tribunales constitucionales.

Constitucionalismo aspiracional

El jurista colombiano Mauricio García Villegas propone el constitucionalismo aspiracional como una expresión de reivindicación social de los grupos políticos y sociales inconformes con el *statu quo* dominante que agudiza las desigualdades sociales. Tal es el ejemplo del contexto histórico que derivó en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991; conformada por el impulso social del movimiento estudiantil de la Séptima Papeleta y la voluntad política hacia un nuevo régimen constitucional y de participación. En ese sentido, la Constitución Política se convirtió en un símbolo de transformación social y de apertura política, pensado para concluir el bipartidismo, que llegó a su cúspide a mediados del siglo XX con el llamado Frente Nacional.

En palabras de García (2013): “con frecuencia la Constitución ha constituido un símbolo político destinado a compensar el déficit de maniobra política de los gobiernos, más que normas jurídicas destinadas a limitar el poder o a consagrar derechos” (p. 79). En el pensamiento del autor, el marco constitucional positivizado en la carta política de un Estado representa una aspiración social de transformación de la realidad política, entendida como relaciones de poder acaparadas por hegemonías económicas que politizan ideas de progreso y desarrollo.

La transición constitucional de Colombia acontecida en 1991 es uno de los ejemplos de constitucionalismo aspiracional en América Latina, sin que sea el único representativo de la región. La

ola de transformaciones políticas continuó en 1999 con la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, legitimada por un referéndum popular que consolidó un proyecto político de izquierda. En igual sentido, Ecuador adoptó una nueva carta política el 20 de octubre de 2008, en la cual se incorporaron elementos de interculturalidad, diversidad cultural, bienestar y comunitarismo. Por su parte, Bolivia aprobó la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia el 7 de febrero de 2009, sustentado en la riqueza cultural del Estado y el papel transformador de las comunidades nativas e indígenas en el proyecto nacional.

Los ejemplos citados refieren un acuerdo social de transformación y un ideal de cambio en las estructuras sociales representativas de algunos países de América Latina. Para García, el fenómeno constitucional de transformación política se fundamenta en un inconformismo generalizado por la desigualdad, la corrupción y las irregularidades en el ejercicio de la función pública. Así las cosas, García manifiesta que: “este constitucionalismo prospera sobre todo en situaciones en las cuales existe una gran inconformidad con el presente y una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor” (p. 82).

Sin embargo, la representatividad que adquiere el texto constitucional, en palabras de García, no es suficiente para impulsar verdaderas transformaciones, puesto que ello depende de una responsabilidad colectiva para materializar los fines propuestos y los derechos que resultan abstractos en un plano real (García, 2004). De ahí que los escenarios de participación y control político representan un papel fundamental para llevar a cabo los postulados constitucionales y legales que contempla el ordenamiento, esencialmente cuando la interpretación del contenido de las normas se debate en sede jurisdiccional por parte de tribunales y cortes de cierre.

En este punto, el carácter simbólico de la constitución dentro del campo jurídico se desarrolla en la medida en que “las fuerzas sociales y políticas luchan por la apropiación del sentido de los textos” (García, 2016, p. 87). Es en ese contexto en el que se analiza la eficacia de los mecanismos de participación ciudadana y la democracia dialógica en sede judicial, teniendo en cuenta el papel que adopta el Poder Judicial en la toma de decisiones trascendentales en cuestiones públicas de amplio debate y discusión. El caso de la Corte Constitucional de Colombia es significativo para tratar la cuestión, tomando en cuenta la labor progresista de construcción de precedentes jurisprudenciales y reglas de derecho para resolver casos que abordan cuestiones de género, medio ambiente, consulta previa, libertad y dignidad humana.

No obstante, la actividad judicial por la reivindicación de los derechos no es una tarea desarrollada esencialmente por jueces o magistrados, puesto que las fuerzas sociales y los diferentes grupos que ejercen litigios estratégicos de carácter social promueven discusiones sociojurídicas que permiten ampliar la perspectiva de la interpretación judicial y las decisiones progresistas

que sientan un precedente de aplicación obligatoria. En cierta medida, las intervenciones ciudadanas conforman un ejercicio de constitucionalismo aspiracional, en el sentido de promover discusiones públicas y democráticas en el desarrollo de los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores que contempla la carta política.

El aporte de la perspectiva de García permite entender que la Constitución Política es, ante todo, un símbolo político de las diferentes fuerzas sociales que impulsan una transformación profunda en las relaciones de poder. Igualmente, realiza una discusión sobre el sentido de la democracia a partir de una realidad social que reclama nuevas formas de entender el derecho, en una resignificación del valor de la justicia social y la materialización de la dignidad humana.

CONCLUSIONES

La creación del Tribunal Constitucional colombiano transformó las dinámicas democráticas y de participación de la ciudadanía. La actividad judicial desplegada por el órgano constitucional permitió la creación de precedentes judiciales importantes que ayudaron a resolver problemáticas frente al sentido y alcance de los derechos y la forma adecuada de interpretar el texto constitucional vigente. En ese sentido, permitió aterrizar los mandatos constitucionales contenidos en valores, principios y derechos de carácter fundamental.

Mediante este estudio se encontró que las intervenciones ciudadanas juegan un papel importante en el sistema democrático colombiano, en tanto permiten que la academia, los grupos sociales y demás actores propongan sus perspectivas sociojurídicas en el marco de un contexto específico. Igualmente, se evidenció que los ejercicios de participación se ejercen mediante las acciones constitucionales y legales dentro del control constitucional, especialmente a través de la acción de tutela (control difuso de constitucionalidad) y la acción pública de inconstitucionalidad (control abstracto de constitucionalidad).

Este estudio identificó que el debate que se plantea desde las intervenciones ciudadanas y la Corte Constitucional, si bien dota de elementos de interpretación y juicio a la institución, pierde fuerza de vinculatoriedad en la *ratio decidendi* de la jurisprudencia constitucional. La decisión adoptada en cada caso abordado se sustenta en el razonamiento de la magistratura, el cual se fundamenta en un análisis procedimental de las acciones y el aspecto sustantivo del conflicto.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bechara, A. (2011). Estado Constitucional de Derecho, Principios y Derechos Fundamentales en Robert Alexy. *Saber, Ciencia y Libertad*, 6 (2), 63-76.
- Bechara, A. (2017). Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: El escenario de la Corte Constitucional colombiana. *Justicia*, 2, 15-37.
- Bechara, A. y Molineros, V. (2017). Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional. *Revista de Derecho*, 48, 163-188.
- Congreso de la República de Colombia. (2018, 19 de mayo). Ley 1905 de 2018. Por medio de la cual se dictan disposiciones relacionadas con el ejercicio de la profesión de abogado. *Diario Oficial* n° 50.638. <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201905%20DEL%2028%20DE%20JUNIO%20DE%202018.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. (1993, 4 de octubre). Sentencia T-418/93. M. P. Alejandro Martínez Caballero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-418-93.htm#:~:text=Los%20jueces%20de%20tutela%20de,cient%C3%ADfico%20o%20t%C3%A9cnico%20de%20expertos.&text=El%20juez%20de%20tutela%20debe,fundamental%20que%20permita%20su%20tutela>.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994, 14 de abril). Sentencia C-180/94. M. P. Hernando Herrera Vergara. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-180-94.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1994, 3 de marzo). Sentencia C-088/94. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-088-94.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2005, 19 de octubre). Sentencia C-1043/05. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-1043-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2015, 20 de mayo). Sentencia C-292/15. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-292-15.htm>
- Constitución Política de Colombia. (1991). Secretaría General del Senado de la República. <http://www.secretariassenado.gov.co/constitucion-politica>
- Durango, G. y Garay, K. (2015, 19 de mayo). El Control de Constitucionalidad y Convencionalidad en Colombia. *Revista Prolegómenos*. <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/936>
- García, M. (2004). No solo de mercado vive la democracia. El fenómeno del (in)cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia. *Revista de Economía Institucional*. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/174>
- García, M. (2013). Constitucionalismo aspiracional. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. <https://core.ac.uk/download/pdf/51408654.pdf>

- García, M. y Uprimny, R. (2016). El potencial emancipatorio de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana. En M. García y M. Ceballos (Eds.), *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia* (pp. 71-82). Colección Dejusticia.
- Gargarella, R. (2006). ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles Latinoamericanos*. <https://www.scielo.org.mx/pdf/perlat/v13n28/v13n28a1.pdf>
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. (1ª ed.). Katz Editores.
- Gargarella, R. (2017). Pensar sobre la democracia, discutir sobre los derechos. *Nueva Sociedad*. <https://nuso.org/articulo/pensar-sobre-la-democracia-discutir-sobre-los-derechos/>
- Gargarella, R. (2020). Democracia y emergencia en América Latina. *Revista Argentina de Ciencia Política*. <https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/revistaargentinienciapolitica/article/view/6144/5092>
- Gherzi, C. (2013). *Metodología de la Investigación en Ciencias Jurídicas*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Palacios, E. (2022, 12 de septiembre). Entrevista semiestructurada desarrollada por el Joven Investigador Santiago Javier Escandón Delgado.
- Ramírez, A. (2016). Participación ciudadana e interpretación de la constitución. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de democracia participativa. *IUS. Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*. <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v10n37/1870-2147-rius-10-37-00171.pdf>

Revista de Derecho

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.65.015.657>

Justicia y discapacidad en clave de política pública

Justice and Disability from a Public Policy Perspective

JAINOR AVELLANEDA - VÁSQUEZ

Abogado. Especialista en Derechos Humanos. Candidato a Magíster en Bioética y Bioedrecho. Investigador Renacyt calificado por el Concytec. Profesor investigador en la Universidad Católica Sedes Sapientiae (Perú).

javellaneda@ucss.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0005-1948-7503>

VALERIA ALESY BEJARANO - CUADRAO

Abogada. Investigadora de la Red de Investigadores en Discapacidad del Perú-REINDIS. Vicepresidente de la Asociación Derecho y Realidad – Ius Et Re, de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (Perú).

2018100778@ucss.pe

<https://orcid.org/0009-0006-7304-8285>

TATIANA LISETH PÉREZ - SÁNCHEZ

Estudiante avanzada del Programa de Estudios de Derecho en la Universidad Católica Sedes Sapientiae (Perú).

2021102550@ucss.pe

<https://orcid.org/0009-0005-8260-4362>

Resumen

El objetivo de este estudio fue identificar los aportes de las teorías de la justicia propuestas por Aristóteles, Kant, Rawls y Sen a la gestión de políticas públicas en materia de discapacidad. Se abordaron categorías centrales como discapacidad y justicia a partir de la colaboración articulada de la ética, la filosofía política y el derecho. Se trata de un estudio filosófico-jurídico, con una estrategia metodológica cualitativa, basada en el análisis de contenido documental. Los hallazgos pusieron en evidencia una posible incompatibilidad entre discapacidad y justicia en los planteamientos de Aristóteles, Kant y Rawls, aunque con sus respectivas salvedades. Por otro lado, el enfoque de las capacidades de Sen resultó bastante iluminador, al reconocer la necesidad de potenciar las capacidades humanas como garantías para lograr una vida deseada y valiosa, por y para cada persona. En conclusión, se destacó que cualquier política pública en materia de discapacidad debería arraigarse en principios como la dignidad humana y, especialmente, en una idea de justicia social fundada en el fortalecimiento de las capacidades humanas.

PALABRAS CLAVE

Justicia, discapacidad, derecho, políticas públicas, dignidad, capacidades humanas.

Abstract

The objective of this paper is to identify the contributions of the theories of justice proposed by Aristotle, Kant, Rawls, and Sen to the management of public policies on disability. Central categories such as disability and justice were approached from the articulated collaboration of ethics, political philosophy, and law. This work constitutes a philosophical-legal study, with a qualitative methodological strategy, based on documentary content analysis. The findings show, on the one hand, a possible incompatibility between disability and justice in the approaches of Aristotle, Kant, and Rawls, although with their respective caveats. On the other hand, Sen's capability approach is quite enlightening, as it recognizes the need to enhance human capabilities as guarantees to achieve a desired and valuable life, by and for each person. In conclusion, it is emphasized that any public policy on disability should be rooted in principles such as human dignity and, especially, in an idea of social justice based on the strengthening of human capabilities.

KEYWORDS

Justice, disability, law, public policy, dignity, human capabilities.

INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad arrastran una historia dolorosa. Un pasado de exclusión, opresión y negación de sus derechos fundamentales. La pregunta es: ¿Por qué? ¿Por qué, cuando lo moral y racionalmente correcto habría sido dotarles de todo el apoyo posible a partir de la caridad, la solidaridad y la compasión humanas? Quizá pudo influir mucho el entorno familiar, la organización social, los patrones culturales, las instituciones, el contexto de la época. En fin, se trata de una situación compleja, pero que revela cómo la maldad de los hombres, a su vez, puede ser banal y misteriosa: un sinsentido.

En el panorama actual, si bien las situaciones de opresión y exclusión han disminuido, aún persisten escenarios extremos—como las prisiones o zonas rurales aisladas—donde la discapacidad se imbrica con otras situaciones de vulnerabilidad, como la raza, el género, la pobreza, etc. Como alternativa, las políticas públicas pueden ofrecer importantes resultados en inclusión y garantía de derechos. De ahí emerge el interés por plantear una pregunta ambiciosa: *¿Cuáles son los aportes de las teorías de la justicia propuestas por Aristóteles, Kant, Rawls y Sen a los derechos de las personas con discapacidad, y de qué manera pueden contribuir a la gestión de políticas públicas inclinadas a su protección y garantía?*

Se torna necesario trabajar esta cuestión, ya que es hecho comprobado que las personas con discapacidad atraviesan situaciones de vulnerabilidad, y la protección y progresividad de sus derechos debe alinearse como prioridad en las agendas públicas. Se adoptó una metodología cualitativa, con la que se intentó responder la pregunta de investigación, ofreciendo un corpus interdisciplinario de seis secciones. En las tres primeras se presentan fundamentos teóricos, históricos y literarios de la discapacidad, así como la estrategia metodológica; en seguida, se exponen los principales resultados: un análisis de las teorías de la justicia en torno a la discapacidad que aterriza en las políticas públicas; finalmente, se ofrecen algunas conclusiones que resumen los aportes teóricos centrales de este estudio.

DISCAPACIDAD EN LA HISTORIA Y LA LITERATURA

En la Edad Antigua, en la cultura hebrea, la discapacidad era percibida como una maldición producto de los males o pecados cometidos. Las personas con discapacidad a menudo enfrentaban el abandono y la violencia mortal. En Grecia y Roma la discapacidad era considerada como un fenómeno natural, una enfermedad, y puesto que se valoraba la condición física e intelectual de la persona, el infanticidio, la mutilación y el abandono por discapacidad eran prácticas comunes y legales (Aguado Díaz, 1995; Valencia, 2018; López Bastías, 2019).

Durante la Edad Media, si bien la cultura cristiana promovió la construcción de asilos, orfanatos y hospitales para acoger a las personas con discapacidad, se les trataba con misericordia, y seguían siendo objeto de marginación y menosprecio. La posesión diabólica era el estigma más desafortunado que se les atribuía (Aguado Díaz, 1995; López Bastías, 2019). En la Edad Moderna, la invasión de los españoles a América importó el concepto de capacidad para el trabajo, y con ello plantó raíces la idea de discriminación por discapacidad. En los siglos XVIII y XIX, si bien con la Revolución francesa se consideró que las personas con discapacidad constituyen una responsabilidad estatal, la Revolución Industrial y el auge de la burguesía europea los excluyó, al percibir equívocamente que estas personas no generaban utilidad (Valencia, 2018), es decir, no podían ser explotadas como lamentablemente se hacía con los niños (situación que el propio Marx pudo observar y denunciar).

En el siglo XX, advertidas las hostiles consecuencias de las guerras mundiales, se impulsó de manera sólida el reconocimiento universal de los derechos de las personas con discapacidad. Terminada la Segunda Guerra Mundial, la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) generó un reconocimiento global de la dignidad humana. Ya en la década de los setenta, movimientos sociales por los derechos de las personas con discapacidad en Estados Unidos, como el Movimiento de Vida Independiente, surgido en la Universidad de California, Berkeley (Palacios, 2008; Carmona Gallego, 2020), forjaron un discurso crítico que concebía la discapacidad como una imposición causada por un entorno social excluyente. Posteriormente, el sociólogo británico Mike Oliver en 1983 acuñó la expresión “modelo social de la discapacidad”, que en el nuevo milenio inspiraría el contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) (Palacios, 2008; Figari y Fernández Unsain, 2023).

Ahora, dado que esta investigación articula saberes interdisciplinarios, se recurre brevemente a la literatura con la finalidad de verificar las tensiones y barreras que rodean a la discapacidad, tal y como lo reflejan logrados personajes de mundos ficticios, en diversos contextos y periodos históricos. Importan autores como Rabelais, Shakespeare, Robert L. Stevenson, Galdós, Kafka, Faulkner, Sábato, Onetti, Vargas Llosa, Saramago, etc. (Areces Gutiérrez, 2017).

En *El ruido y la furia* (1929), novela ambientada en el sur profundo de Estados Unidos, en los años 1911 y 1928, William Faulkner narra los pormenores de la desintegración moral de la familia Compson. La primera parte de la historia es relatada a sobresaltos por Benjamin Compson, el menor de los hermanos y con discapacidad intelectual, quien representa la maldición, el fracaso y la vergüenza familiar, por lo que es despreciado e infravalorado. De otro lado, nadie más que José Saramago, en *Ensayo sobre la ceguera* (1995), ha podido reflejar de manera cruda la vida y las vicisitudes de los ciegos en un trágico mundo de ciegos.

Ernesto Sábato expone en *El túnel* (1948) la historia del pintor Juan Pablo Castel y María Iribarne, cuyo desenlace es el feminicidio del segundo personaje a manos del primero. Allende, el esposo de María, un ciego, es tratado como un ser ausente, banal, que no estorba o no existe como obstáculo en la relación de infidelidad sostenida entre su mujer y Castel. La discapacidad de Allende no es una carga para su esposa, es una ventaja, recurrentemente aprovechada. Por otro lado, Mario Vargas Llosa, en *La guerra del fin del mundo* (1981), conduce al lector al exterminio de Canudos, en el Brasil de finales del siglo XIX. Uno de los personajes centrales es León de Natuba, quien presenta una notoria discapacidad física y casi pierde la vida tras ser acusado de causar la muerte de una niña, supuestamente a causa del “mal de ojo” que su cercanía y sentimientos habrían provocado en ella.

MODELOS Y PARADIGMAS DE LA DISCAPACIDAD

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), 1300 millones de personas manifiestan tener una discapacidad, lo que equivale aproximadamente al 16 % de la población global. En Latinoamérica, la cifra superaría los 70 millones de personas con alguna discapacidad (OMS, 2023; Rebolledo-Sanhuesa y Galaz-Valderrama, 2024). Estas cifras hacen eco de una cuestión de mayorías y de un compromiso pendiente de todos con las personas con discapacidad, a quienes la historia aún no se ha encargado de concederles un lugar justo.

La definición tradicional de discapacidad deriva de los rasgos funcionales congénitos o adquiridos de las personas, como las limitaciones físicas, intelectuales, sensoriales o mentales. Por ello, se habla de discapacidad física, sensorial, cognitiva, intelectual y mental (Seminario-Hurtado et al., 2024; Areces Gutiérrez, 2017). De otro lado, la definición moderna, y actualmente vigente, explica que la discapacidad es una barrera causada por la organización social (Palacios, 2008). Desde esta perspectiva, la sociedad habría sido la encargada de crear e imponer la discapacidad como una marca para quienes la poseen y la sufren, más allá de las limitaciones funcionales.

Al respecto, Brogna (2023) postula una concepción triádica de la discapacidad, de modo que la concibe como condición, situación y posición. La *condición* de la discapacidad identifica las vivencias y experiencias personales que figuran en una determinada trayectoria biográfica. La *situación* pone de relieve las intersecciones con el mundo social, las relaciones y experiencias intersubjetivas, en definitiva, el estar entre los otros bajo consideraciones desiguales. Por consiguiente, la *posición* remite a aspectos estructurales en una temporalidad extensa, y es constituida por la organización político-económica, el sistema cultural-normativo y la particularidad funcional limitativa de cada persona con discapacidad.

Lo anterior transporta a algunos modelos de la discapacidad, que han ido conectando periodos históricos con las percepciones sociales e institucionales sobre la discapacidad (Carmona Gallego, 2020). Figari y Fernández Unsain (2023) realizan la siguiente clasificación: modelo de prescindencia, médico, social, biopsicosocial y derechos humanos. Cuenca Gómez (2016) adiciona a dicha clasificación el modelo de la identidad-sociocultural y el de la diversidad. De acuerdo con el modelo de la prescindencia, las personas con discapacidad eran percibidas como individuos que no aportaban a la sociedad y, por tanto, eran excluidas. Desde otra mirada, el modelo médico o rehabilitador –calificado como retrógrado y reaccionario (Shakespeare, 2014)– concebía la discapacidad como una enfermedad que debía ser tratada, con la finalidad de rehabilitar a las personas, normalizarlas y, así, insertarlas en la sociedad.

Al contrario del modelo de la prescindencia y del modelo médico, el modelo social, impulsado por movimientos activistas norteamericanos en la segunda mitad del siglo XX, critica la manera en que las estructuras sociales, en complicidad con las instituciones o esferas de poder institucionalizadas, crean y perpetúan la discapacidad a través de prácticas excluyentes y barreras sistémicas (Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2024; Vargas-Murillo et al., 2025). Este modelo va más allá de la diversidad funcional; centra su atención en las barreras de la sociedad, denuncia que la sociedad no considera o considera insuficientes a las personas con limitaciones funcionales y busca la supresión de barreras, de las barreras discapacitantes (Palacios, 2008; Shakespeare, 2014). En la línea del modelo social, el modelo de los derechos humanos se interesa por la inclusión y la accesibilidad con resultados reales (Figari y Fernández Unsain, 2023; Seminario-Hurtado et al., 2024).

Además de los modelos de la discapacidad, según la clasificación de López Bastías (2019), existen tres paradigmas: el tradicional, el rehabilitador y el paradigma de la autonomía personal. De acuerdo con el primero, que coincide con el modelo de la prescindencia, las personas con discapacidad son objeto de marginación y exclusión social. El paradigma rehabilitador, que sigue la línea del modelo médico, promueve el tratamiento y la curación de la discapacidad. Por último, en el paradigma de la autonomía personal, que conecta con los modelos social y de derechos humanos, interesa mucho la plena independencia de las personas con discapacidad. Para ello, es importante no solo la igualdad de derechos y oportunidades, sino la accesibilidad y el trato diferenciado.

METODOLOGÍA

Esta investigación deriva de una estrategia metodológica cualitativa, basada en el análisis de contenido documental en un nivel exploratorio-descriptivo. Es un estudio filosófico-jurídico que se

nutre de la hermenéutica para la interpretación de contenidos interdisciplinarios (Mila Maldonado et al., 2021; Avellaneda-Vásquez, 2024).

En los procesos de recolección y análisis de datos se realizó inicialmente la pesquisa y el mapeo de información relevante, la cual posteriormente fue sistematizada y codificada en categorías valiosas. Así, se partió del examen y entrelazamiento de contenidos clásicos con fuentes más actuales y contextualizadas, con el propósito de identificar las contribuciones de las teorías de la justicia propuestas por Aristóteles, Kant, Rawls y Sen a la definición y gestión de políticas públicas en materia de discapacidad.

TEORÍAS DE LA JUSTICIA CON PERSPECTIVA ÉTICA Y POLÍTICA

Aristóteles y la justicia como virtud ética

En *Ética a Nicómaco* y *Retórica*, Aristóteles se ocupa de la virtud o *areté* (ἀρετή). Invita a vivir de acuerdo a la virtud, lo más elevado que pueden cultivar las personas en su viaje a la perfección moral. Lo define como el justo medio entre vicios extremos (exceso y defecto) y lo clasifica en dos tipologías: dianoéticas, que derivan de la enseñanza, y éticas, que se forjan como modos de ser, en la medida en que son practicadas. Como virtudes dianoéticas destacan la sabiduría, la prudencia, etc., y como virtudes éticas, la moderación, la valentía, la justicia, etc. (Avellaneda Vásquez, 2022). La justicia es la virtud ética más humanamente perfecta, ya que quien la posee puede usarla no solo por el bien propio, sino por el bien de los demás, el bien ajeno (Aristóteles, 1985).

La justicia como virtud ética, un modo de vida fundado en el bien de uno mismo con el otro y que tiene como único vicio a la injusticia, parece universal, distribuible y asequible para todos los seres humanos, incluso para las personas con discapacidad. Es más, Aristóteles (1985) dice que la “justicia es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hace lo que conviene a otro, sea gobernante o compañero” (p. 239). Sin embargo, hay postulados del propio filósofo que parecen contradecir esta brillante formulación de justicia. En *Ética a Nicómaco* y en el tratado biológico *La generación de los animales*, el Estagirita refiere que las personas con discapacidad poseen una naturaleza bestial o animal, monstruosa y desprovista de razón. Desde esta mirada, estas personas serían dependientes, prescindibles y comparables a los esclavos, al carecer de la capacidad para deliberar, actuar moralmente y contribuir a la *polis*, al bien común (Aoz Monreal, 2022; Etxeberria Mauleon, 2012). Aquí se nota claramente un enfoque aristotélico limitado, que excluye a las personas con discapacidad de la posibilidad de alcanzar una vida buena.

Por otro lado, Aristóteles hace una diferencia entre discapacidades congénitas y adquiridas. Sobre las primeras, las personas que las padecen no serían imputables, ni perseguidas, ni censuradas, sino, más bien, objetos de compasión, debido a que su condición no ha dependido de ellos (Aoz Monreal, 2022, p. 50). Como objetos de compasión, se les concebía subyugados y dependientes de otras personas, incapaces de autorrealización. Por otro lado, Aristóteles, en una parte de *Política*, señala que es necesaria la existencia de una ley que impida criar hijos “defectuosos”, deformes (Aristóteles, 1988, p. 447). En su obra biológica insinúa que la discapacidad es una condición hereditaria, podía ser transmitida (Palacios, 2008); dice el filósofo: “También de padres lisiados nacen hijos lisiados, por ejemplo, de padres cojos nacen hijos cojos y de padres ciegos, hijos ciegos” (Aristóteles, 1992, p. 401).

La doctrina aristotélica también excluye a las personas con discapacidad, desde la necesidad de funcionalidad y aportación de todos los ciudadanos a las *polis*, con la intención de lograr un crecimiento económico, social y político en beneficio común. Al respecto, Aristóteles (1985) comenta: “procurar el bien de una persona es algo deseable, pero es más hermoso y divino conseguirlo para un pueblo y para ciudades” (p. 131). Bajo este razonamiento, aquellos que presentan limitaciones físicas, sensoriales, mentales e intelectuales carecerían de la capacidad y plenitud para contribuir a las *polis* eficazmente, simbolizando un retraso para los fines del colectivo (Palacios, 2008; Velarde Lizama, 2011).

¿Habría algún modo de ampliar los límites de la justicia aristotélica y salvarla de la contradicción? La equidad puede ser un posible remedio. Esta virtud, que deriva de la justicia absoluta, implica para quienes la practican el hacer una “corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta” (Aristóteles, 1985, p. 263): la universalidad de las normas podría ignorar las particularidades humanas. Por tanto, en primera instancia, les correspondería a los jueces la función correctiva de la norma en mérito de la equidad (Vega, 2014). Esto también podría reflejarse en el trato humano entre conciudadanos, lo cual implicaría cultivar la justicia, ser justos con nosotros mismos y con los demás; esto alcanza a las personas con discapacidad.

La vida virtuosa es una vida buena con uno mismo y con los demás. De modo que no es asumible una vida así si excluimos a ciertos individuos por tener una limitación física o mental que los hace diferentes a la mayoría de personas. ¿Cómo resolver esto? Aristóteles tiene la respuesta mediante el ejercicio de la sabiduría y la prudencia, que son, por cierto, virtudes dianoéticas o intelectuales, que podrían ayudar en el trato hacia las personas con discapacidad, en legislar de manera inclusiva y deliberar equitativamente. Entre ambas virtudes hay una relación de interdependencia: la sabiduría, que implica grandeza en el conocimiento y en la verdad de las cosas, se vincula con la prudencia, ya que esta permite deliberar rectamente con base en lo que se sabe: la prudencia “da órdenes por causa de la sabiduría, pero no a ella” (Aristóteles, 1985, p. 288).

Según Aristóteles, los sabios no prudentes gozan de excelencia y grandeza intelectual, pero no resultarían coherentes si se desligan de los bienes humanos (Avellaneda Vásquez, 2022).

Kant y la dignidad humana

Kant (2007) presenta en *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785) una de las más importantes ideas sobre la dignidad humana: “aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad” (pp. 47-48). La dignidad es insustituible. Los hombres, quienes se encuentran por encima de todo precio tienen dignidad, no pueden ser comercializados, ni instrumentalizados, sino tratados como fines en sí mismos (Etxeberria Mauleon, 2012). Esto es así, de acuerdo al imperativo categórico, que exige al hombre obrar con su igual “siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” (Kant, 2007, p. 42).

En el sentido de Etxeberria Mauleon (2012), el enfoque kantiano tiene el merecimiento de haber universalizado la dignidad de la persona humana, incluyendo, obviamente, la dignidad de las personas con discapacidad. Si bien el reconocimiento de esta se sustenta en la solvencia moral y autonomía, todavía suena discutible que las personas con graves alteraciones mentales o características similares puedan poseerla (pp. 20-21). Y así surge el cuestionamiento. Kant (2007) es claro al manifestar que:

La moralidad es la condición bajo la cual un ser racional puede ser fin en sí mismo; porque sólo por ella es posible ser miembro legislador en el reino de los fines. Así, pues, la moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad. (p. 48)

Aquí es importante resaltar que la moralidad es consecuencia de la autonomía de la voluntad, y esta última surge a partir de la condición racional de las personas. En personas con graves limitaciones funcionales, como mentales e intelectuales, esta fórmula difícilmente se aplicaría. En principio, porque la dignidad, que es propia o inherente de la humanidad, encuentra fundamento en la moralidad, y para apropiarnos de ella hace falta la autonomía moral y la capacidad racional (Michellini, 2010; Etxeberria Mauleon, 2012). Bajo esta premisa, las personas mencionadas no serían dignas, ni sujetos de derechos, al carecer posiblemente de autonomía moral, que se concentra en la capacidad de actuar sin otras sujeciones que a las normas y principios que uno mismo se puede dar.

Kant (2011), en *Crítica de la razón práctica* (1788), hace notar que el hombre puede ser un fin en sí mismo, en mérito de la autonomía de la libertad: “(...) sólo el hombre, y con él toda criatura racional, es fin en sí mismo; puesto que él es el sujeto de la ley moral –la cual es sagrada– en virtud de la autonomía de su libertad” (p. 104). Muchas personas con discapacidad, al carecer de esta

autonomía, que impediría la capacidad de deliberación moral, carecerían de derechos. ¿Cómo solucionar este dilema? Una salida es argumentar que parte de las personas con discapacidad son fines en sí mismas, sin presuponer que ellas deben tener capacidad para la deliberación racional, como el caso de los recién nacidos. Esto, a su vez, permitiría aclarar y entender la tesis de Kant de que, para ser digno y tener derechos, se debe contar con autonomía moral.

En el sentido de Atienza (2016), cuando Kant afirma que la persona es un fin en sí misma debido a su dignidad, indica que no puede ser tratada como un medio ni pertenecer a nadie: ni a la comunidad, ni al Estado, ni a Dios, ni siquiera a sí misma de forma absoluta. Según el propio Atienza, la noción de dignidad debería fundamentarse en el desarrollo personal y en la contribución al desarrollo de los demás (pp. 263-264). En esa línea, la lectura kantiana de la dignidad bien podría ajustarse a esta concepción. Por su parte, Micheleni (2010) sostiene que, en términos kantianos, todos los miembros de la especie humana poseen la misma dignidad, la cual descansa en la autonomía moral y en el ideal de que cada persona debe ser tratada como un fin en sí misma. De ahí que cualquier criterio que pretenda excluir a ciertos individuos del ámbito de la moralidad —y con ello despojarlos de su dignidad— resulte arbitrario, por estar sustentado en reglas empíricas, heterónomas y no morales (pp. 43-44).

John Rawls y la justicia como equidad

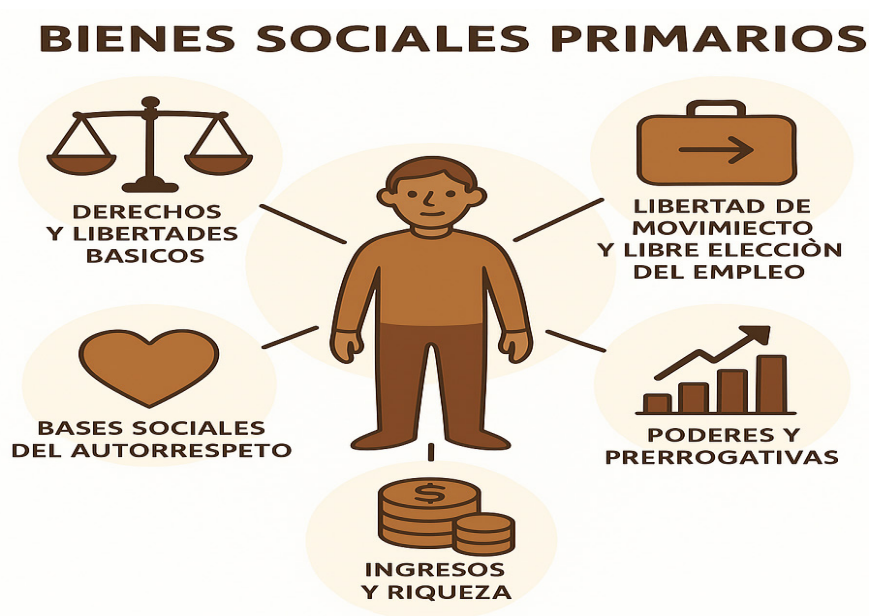
La teoría de la justicia de John Rawls es aún un paradigma interesante para evaluar problemáticas sociales, en las que diversos grupos sujetos a la vulnerabilidad serían los principales aludidos. Así, debido a que la discapacidad es una condición, situación y posición de vulnerabilidad (Etxeberria Mauleon, 2012; Brogna, 2023), conviene explicar el lugar que ocuparían las personas que la poseen a partir de dicha teoría. Ciertamente, el planteamiento no es nuevo; hay destacados estudios al respecto. En primera instancia, parece obvio que el principio de la diferencia ya ofrece un amplio camino para la interpretación favorable de la discapacidad. Sin embargo, lo discutible son las nociones de la posición originaria y los bienes sociales primarios, que tanto Sen y Nussbaum han criticado con rigor.

Rawls (2006) reconoce en *A Theory of Justice* (1971) que sus planteamientos han gozado de la influencia de Kant. De hecho, ambos parten de la figura de un “agente racional”, un sujeto autónomo capaz de autolegislarse. Rawls fundamenta sus principios de justicia en la idea de una posición original de igualdad (Crego, 2021), la cual garantiza imparcialidad mediante la activación del “velo de la ignorancia”. Estos principios guardan coherencia con el imperativo categórico de Kant, ya que ambos orientan hacia elecciones indispensables que cualquier persona racional adoptaría para llevar una vida buena, guiadas por el sentido de justicia como ley universal.

Queda claro que el presupuesto básico tanto para la autolegislación moral en Kant como para la participación en el contrato original en Rawls es la racionalidad. Esta condición se refleja en la posición original, un escenario hipotético y atemporal, caracterizado por la homogeneidad de los agentes (Crego, 2021), que funciona de la mano del velo de la ignorancia, con el que se eliminan las diferencias particulares –condiciones sociales, intereses–, para garantizar una elección imparcial de los principios de justicia. No obstante, surge una duda alarmante: ¿cómo incluir en este modelo a quienes poseen una capacidad limitada de razonamiento, ya sea de forma temporal o permanente, como las personas con discapacidad mental grave? Es evidente que la teoría de Rawls ofrece escasas respuestas coherentes ante este tipo de realidades.

La idea rawlsiana de cooperación social también resulta cuestionable, y la crítica radica en asumir que las personas con alguna discapacidad no pueden cooperar suficientemente, ya que sus limitaciones funcionales lo impiden (Heredia Ríos et al., 2021). Por otro lado, la figura de los bienes sociales primarios y el acceso a estos por parte de las personas con discapacidad también es un terreno seriamente discutible. Rawls (2012) considera que estos bienes son condiciones necesarias para que cualquier ciudadano, sin importar su posición y situación, pueda llevar una buena vida. En este marco, postula cinco clases de bienes primarios (ver figura):

Figura. Clases de bienes primarios



Fuente: elaboración propia

¿Cómo funcionan estos bienes indispensables? Fueron ideados para ser distribuidos o asignados equitativamente, priorizando a los grupos menos favorecidos. Esta distribución es tarea de las

instituciones que conforman la estructura básica de la sociedad, las cuales deben regirse por los principios de justicia. Si bien Rawls considera a todas las personas como receptoras de la distribución, los bienes primarios no tienen la misma valoración ni utilidad práctica para todos. En especial, para los grupos en situación de vulnerabilidad, como las personas con discapacidad.

Lo que estas personas requieren no son únicamente bienes primarios, sino bienes accesibles, diseñados para reconocer sus limitaciones funcionales y dirigidos a reducir las condiciones de desventaja sistémica que enfrentan. Aunque el acceso formal a estos bienes pueda estar garantizado, su acceso efectivo requiere un trato diferenciado y adaptaciones concretas en la redistribución, considerando no solo la posesión de los bienes, sino también lo que realmente pueden hacer con ellos. Esta es una limitación en la teoría rawlsiana que, al parecer, el principio de la diferencia no ha resuelto ni resolverá.

Sin embargo, si hay algo altamente destacable en Rawls para el análisis de la discapacidad, son los principios de justicia, al margen de cómo estos fueron elegidos y por quiénes. Estos principios definirán la justa asignación de ventajas sociales. A partir del principio de la diferencia, que solo permite la desigualdad cuando esta favorezca a todos o a los menos aventajados (Rawls, 2006), se puede concebir la institución del trato diferenciado y los programas de apoyo para las personas con discapacidad. Estas medidas podrían entenderse como verdaderos motores para promover la igualdad de oportunidades y el acceso equitativo a los recursos necesarios.

Amartya Sen y el enfoque de capacidades

Desde los años ochenta, los filósofos Amartya Sen y Martha Nussbaum, en la misma línea liberal de Rawls, han venido defendiendo el denominado enfoque de capacidades. Sin embargo, sus posturas no siempre han coincidido. Sen no propone precisamente una teoría de la justicia, sino un paradigma evaluativo que estima la calidad de vida de las personas sobre la base de capacidades, siempre supeditadas a contextos; para él, no hay capacidades básicas universales. Por su parte, Nussbaum plantea una teoría normativa influenciada por la versión kantiana de la dignidad humana, que incluye la redistribución equitativa, y una concepción del bien ligada a una lista de capacidades básicas universales, independientes del contexto (Heredia Ríos et al., 2021). A pesar de sus diferencias, ambos entablan una fuerte crítica a la teoría rawlsiana, llegando a mostrarla escasamente familiar o cercana a los derechos de las personas con discapacidad.

Nussbaum (2007) sostiene que Rawls, al referirse a los individuos plenamente cooperativos de la sociedad, soslaya a las personas con limitaciones funcionales severas, quienes tampoco formarían parte de la posición original, y su sentido de la justicia no se vería traducido en principios de la justicia para regir en la estructura básica de la sociedad. La consideración hacia estas personas

solo surgiría una vez formada la estructura básica, siendo representados por los participantes del contrato original, en calidad de curadores. Esto es así porque muchas de las personas con discapacidad mental e intelectual no tendrían la oportunidad de participar en la formación del contrato, dado sus problemas de discernimiento y alteraciones de consciencia, que los alejarían de la racionalidad e imparcialidad.

Sumado a la crítica anterior, la filósofa norteamericana explica que ha empleado la teoría de las capacidades como plataforma filosófica para una teoría de derechos básicos, que deben ser promovidos por los Estados como obligación de respeto por la dignidad humana (Nussbaum, 2007). Sugiere que la pregunta fundamental en la que aterriza este enfoque consiste en “¿qué es capaz de hacer y de ser cada persona?” (p. 38). Luego explica que:

(...) el enfoque concibe cada persona como un fin en sí misma y no se pregunta solamente por el bienestar total o medio, sino también por las oportunidades disponibles para cada ser humano. Está centrado en la elección o en la libertad, pues defiende que el bien crucial que las sociedades deberían promover para sus pueblos es un conjunto de oportunidades (o libertades sustanciales) que las personas pueden luego llevar, o no llevar, a la práctica: ellas eligen. Es, por lo tanto, un enfoque comprometido con el respeto a las facultades de autodefinición de las personas. (Nussbaum, 2012, p. 38)

Nussbaum hace notar la prioridad de la libertad como parte central de lo humano, ya que solo a partir de ella se puede hablar de justicia, y así arribar a la calidad de vida y vida buena de todas las personas según su elección. Obviamente, se trata de una libertad amplia que permite elegir diversos caminos para alcanzar metas particulares.

Llegado a esto, en *Development as freedom* (1999), Sen (2000) explica que para que las personas puedan elegir el estilo de vida con razones para valorarla, no es suficiente la sola asignación de bienes sociales primarios, al modo rawlsiano, sino considerar las características particulares personales que pueden convertir a estos bienes en capacidades. Es insuficiente, por ejemplo, que una persona con discapacidad, al acumular mayor cantidad de bienes primarios, tenga mayores posibilidades de llevar una vida buena que una persona sin limitaciones con la menor cantidad de estos bienes. Se considera que los bienes primarios no permitirían a una persona con discapacidad superar su condición de menos aventajado. Por ello, estima que es necesario ponderar las “libertades fundamentales –las capacidades– para elegir la vida que tenemos razones para valorar” (Sen, 2000, p. 99).

Dice Sen (2021): “el núcleo del enfoque de capacidades no es entonces solo lo que la persona termina por hacer, sino también lo que ella es de hecho capaz de hacer” (p. 265). En esta línea, el mismo autor explica el sentido de las capacidades:

El conjunto de capacidades estaría formado por los distintos vectores de funciones entre los que puede elegir. Mientras que la combinación de funciones de una persona refleja sus logros reales, el conjunto de capacidades representa la libertad para lograrlos: las distintas combinaciones de funciones entre las que puede elegir esta persona. (Sen, 2000, p. 100)

La idea central es que las capacidades permiten desarrollar funcionamientos diversos, y estos, a su vez, constituyen logros reales para cada persona. Entonces, ¿qué son las capacidades? Son las libertades de ser y hacer que deben tener las personas para alcanzar los funcionamientos deseados y valiosos. A mayores capacidades –mayor libertad para desarrollar funcionamientos–, mayores logros y mejores estilos de vida. Este enfoque se concentra en la vida humana, la pluralidad de aspectos y preocupaciones de cada ser humano.

En este sentido, la discapacidad se torna un problema de limitación de la libertad real para emprender funcionamientos, restricción de las capacidades, lo cual no se deriva de las limitaciones funcionales congénitas o adquiridas que una persona pueda presentar, sino debido a la predominancia de barreras estructurales: aquellos obstáculos que la sociedad le ha fabricado. De acuerdo con algunos autores, la relación entre las condiciones funcionales de una persona con discapacidad y las disposiciones sociales e históricas del espacio vital actúa negativamente, convirtiéndose en barreras que privan de las oportunidades que les corresponden a todas las personas (Grueso Vanegas et al., 2021; Heredia Ríos et al., 2021).

El enfoque de capacidades aborda el problema social de la discapacidad, ofreciendo garantías basadas en la libertad de vivir bien, independientemente del contexto social, político y cultural (Sen, 2000). Según Sen, las personas con discapacidad no alcanzan su plenitud solo con derechos establecidos en tratados y constituciones, sino mediante la realización de esos derechos según sus necesidades, particularidades e intereses (Heredia Ríos et al., 2021; Seminario-Hurtado y Avellaneda-Vásquez, 2024). No necesitan que otras personas se ocupen de ellos, sino que, desde la esfera institucional, se potencien y diversifiquen las capacidades, de modo que les permitan desarrollar una vida independiente y acorde con sus propios deseos, permitiéndoles reconocerse como fines en sí mismos.

En definitiva, el enfoque de capacidades “se ocupa exclusivamente de la persona humana como un fin en sí mismo, en aquello que puede llegar a ser y hacer solo si cuenta con las oportunidades y posibilidades reales y necesarias para hacerlo” (Seminario-Hurtado et al., 2024, p. 84). Sen advierte la necesidad de diversificar y fortalecer las capacidades. Esta potenciación implica enfrentar la gama de barreras opresivas (Pineda, 2019); entre ellas, las barreras que impiden el aprendizaje de habilidades y que estas se conviertan en capacidades para concretar el estilo de vida deseado y valorado. No obstante, la solución no queda en garantizar una educación

inclusiva y adaptativa, sino en verificar que las habilidades adquiridas a través de ella se conviertan realmente en capacidades (oportunidades adaptativas, diferenciadas, personalizadas).

En el caso de dos personas con discapacidad, una con discapacidad visual y la otra con discapacidad auditiva, una educación pública adecuada les dotaría de diversas habilidades, entre ellas, el dominio del sistema braille y el lenguaje de señas. Sin embargo, dichas habilidades no les bastarían para fundar sus propósitos si la esfera pública no se apropia de sus particularidades funcionales, necesidades, expectativas desde un sentido de justicia. Este es el foco de las capacidades: eliminar las brechas que surgen en la relación entre la persona, la organización social y el Estado. De esta manera, se entiende que no siempre las personas con discapacidad que cuentan con una gama de habilidades pueden alcanzar un nivel de vida excelente.

Se trata básicamente de promover una revolución sistemática institucional con alcances transversales, y que también incluya el reajuste de los patrones culturales de las más diversas sociedades respecto de sus percepciones sobre las personas con discapacidad. No ingresa en el contenido del enfoque de capacidades el imponer funcionamientos, metas y estilos de vida, sino multiplicar la gama de opciones en cuanto a libertades reales. Ahora bien, un poco en acercamiento a la teoría de los derechos humanos, tanto Sen como Nussbaum, con base en las libertades fundamentales, impulsan la colaboración de la filosofía política y la economía en los asuntos públicos o la toma de decisiones. Ambos se muestran muy preocupados por el estilo de vida de las personas en el mundo, por la salud, la disminución de la pobreza, la discapacidad, etc. Por ello, una estrategia viable que ellos mismos ponderan es la política pública.

POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Las políticas públicas son un conjunto de acciones trazadas por órganos gubernamentales con el propósito de enfrentar inequidades sociales de interés nacional. Constituyen el marco operativo mediante el cual el Estado materializa sus compromisos hacia la protección y el respeto de la dignidad y los derechos humanos (López Moya, 2021). En la gestión y diseño de políticas públicas dirigidas a combatir situaciones de vulnerabilidad que afectan a determinados grupos humanos, es importante evaluar sus particularidades funcionales desde el modelo social de la discapacidad y la perspectiva de la interseccionalidad (Laura Huamán et al., 2023; Rebolledo-Sanhueza y Galaz-Valderrama, 2024).

La interseccionalidad es una postura crítica que, desde ciertas vertientes del feminismo, en especial del feminismo decolonial, con representantes como Kimberlé Crenshaw y Mara Viveros, ha sido dirigida a enfoques de corte liberal como el planteamiento rawlsiano. Sus presupuestos se articulan inicialmente a partir de la necesidad de intercalar la raza y el género —y fenómenos

como el racismo y el patriarcado— en contextos de violencia contra mujeres (Crenshaw, 1991). Una de las tesis centrales de este enfoque es que las personas que pertenecen a grupos históricamente vulnerados, como las personas con discapacidad, y enfrentan formas múltiples y simultáneas de discriminación, que se originan en los mecanismos de dominación operantes. En efecto, Viveros Vigoya (2023) lo define como la “imbricación de opresiones que se afectan mutuamente” (p. 21).

Otro aspecto interesante en el contenido de las políticas en materia de discapacidad es la consideración de las identidades y voces de las personas con discapacidad, ya que importan mucho sus experiencias, percepciones y expectativas (Widadsyah, 2023). Esta exigencia, que forma parte del contenido sustantivo del derecho a la consulta, encuentra asidero en el modelo de capacidades de Sen, en el cual son totalmente esenciales los funcionamientos valorados por cada persona. No considerar a las personas con discapacidad en el diseño y ejecución de las políticas es un acto de discriminación. Es más, quienes deberían idear y ejecutar estas políticas son estas personas.

En la actualidad, existen numerosos instrumentos internacionales que otorgan reconocimiento jurídico a los derechos de las personas con discapacidad. Se cuenta con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, entre otros. Estos acuerdos de carácter internacional conforman el marco legal del cual se desprenden una serie de obligaciones en cuanto a la protección de los derechos y reducción de brechas existentes que desencadenan la discriminación hacia dicho colectivo.

No obstante, autores como Villadiego Coneo et al. (2022) sostienen que, a pesar de la tendencia actual en favor del reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos, persiste una realidad contrastante, debido a que estas personas comúnmente se encuentran entre los sectores más marginados e invisibilizados de la población. Esto se intensifica en gran medida debido a la falta de implementación efectiva de políticas inclusivas que impiden el pleno ejercicio de sus derechos, como la educación, salud, empleo y otros.

Advertido lo anterior, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), en la Observación General N° 1 indica que, para integrar los derechos y directrices que se desprenden de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), resulta esencial que los Estados legislen e implementen políticas públicas especializadas. Estas acciones, que derivan de obligaciones de los Estados, buscarían disminuir las brechas estructurales y asegurar el pleno disfrute de los derechos humanos de este grupo poblacional.

Las políticas en materia de discapacidad, como bien sostienen Cecchini et al. (2021), deben abordar una variedad de áreas clave y ser instrumentos garantes de los derechos fundamentales. Es por ello que, a través de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), se desarrolló una serie de recomendaciones, conforme a los objetivos plasmados en la Agenda 2030, destinadas a los Estados para una formulación adecuada y pertinente de políticas públicas que tengan como destinatarios a las personas con discapacidad. Este conjunto de sugerencias se agrupa en cuatro áreas principales: educación inclusiva, promoción del empleo, protección social, implementación del principio de accesibilidad y herramientas tecnológicas.

De forma complementaria, el Banco Mundial ha establecido un listado de 10 compromisos orientados a fortalecer la protección de las personas con discapacidad en Latinoamérica. Estos compromisos, de acuerdo con el modelo social vigente, comprenden ámbitos como el derecho a la educación, independencia económica, género, transporte, comunicaciones, tecnología, derecho a la movilidad y el trabajo (García Mora et al., 2021). Con ello, este organismo busca incentivar reformas estructurales y apoyar a los países de la región en el proceso de creación de políticas públicas que cumplan con los estándares internacionales de derechos humanos como la asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

Es necesario que las políticas públicas se adapten a las particularidades y desafíos específicos que enfrentan las personas con discapacidad. Por ello, se debe considerar sus perspectivas y opiniones en los procesos de formulación. Al respecto, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad se reconoce el derecho a la consulta como derecho fundamental y uno de los principios generales de este instrumento. Del mismo modo, a través de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad se reafirma el mismo y se consagra como obligación estatal (Solsona Cisternas y Flores Águila, 2020).

Este derecho surge como resultado de la constante lucha social del movimiento por los derechos de las personas con discapacidad que se formó bajo la consigna *Nothing about us without us* a fines del siglo XX en Estados Unidos de América, y que buscaba una inclusión plena en la toma de decisiones públicas, dejando de lado el rol de espectador frente a la formulación y toma de decisiones (Bregaglio Lazarte y Salmón Gárate, 2015).

En efecto, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018) en su Observación General N.º 7 señala que el derecho a la consulta garantiza la participación activa e inclusiva de las personas con discapacidad y las organizaciones sociales conformadas por las mismas en los procesos de elaboración e implementación de políticas públicas. Así, para asegurar el correcto cumplimiento de las exigencias que se desprenden de este derecho, se requiere de procesos de

consulta accesibles y transparentes a partir de un enfoque integral, cuyos efectos se traducirán en políticas públicas eficientes y coordinadas a través de los distintos sectores de la sociedad.

Llegado a este punto, vale la pena precisar algunos aportes de las teorías sobre la justicia a favor de las políticas públicas en materia de discapacidad. Las políticas públicas son instrumentos que buscan proteger la dignidad de las personas con discapacidad, promoviendo su trato como fines en sí mismos. En buena cuenta, estos presupuestos son importados de la ética kantiana, propuesta que supedita las acciones humanas al deber, al cumplimiento de máximas universales como el respeto por la comunidad humana y su dignidad. Seguramente, en el caso de personas con discapacidad que carecieran de discernimiento, la existencia de su dignidad no estaría supeditada a la exigencia kantiana de la autonomía moral, ya que no podrían autolegislarse, sino que sería un imperativo categórico, al exigir que todo acto humano respete incondicionalmente la humanidad, como regla universal.

Las políticas públicas en materia de discapacidad constituyen acciones institucionales e interinstitucionales de carácter particular. Buscan disminuir las condiciones de vulnerabilidad de las personas con discapacidad y revertir el estado de afectación masiva a sus derechos fundamentales. Ahora, haciendo una interpolación con la teoría rawlsiana sobre la justicia, se acude a los principios de la justicia (preceptos universalizables) que rigen la estructura básica de la sociedad. Mediante el principio de la diferencia, se permitirá la desigualdad (justa) en la redistribución de bienes primarios solo si con ello se favorece a las personas con discapacidad o a cualquier otro grupo en situación vulnerable. Es un gran paso, pero la sola asignación equitativa de estos bienes –como se hizo notar anteriormente– no es suficiente.

Frente a ello, el enfoque de capacidades de Sen sí ofrece una respuesta motivadora. Desde este frente, la finalidad de las políticas públicas no será otra que potenciar las capacidades humanas, lo cual permitirá mayores funcionamientos y mejor calidad de vida para las personas con discapacidad. La propuesta de Sen centra su interés en la vida humana, una vida plena, elegida por cada persona, sobre la base de razones que ellas mismas consideran valiosas; se trata, como lo señala Pineda (2019), de una nueva teoría de la justicia que trasciende los debates sobre la distribución de recursos. Extensivamente, la visión de políticas públicas derivada de la teoría de Sen acoge diversos principios internacionales de derechos humanos, como la accesibilidad, la adaptabilidad, la aceptabilidad, la interseccionalidad, el enfoque diferencial, la idea de ajustes razonables, entre otros.

CONCLUSIONES

La perspectiva excluyente de Aristóteles hacia las personas con discapacidad –a quienes atribuye una naturaleza bestial e incapacidad para el progreso moral– contradice su concepción de la justicia como virtud ética sustentada en el bien común. Esta inconsistencia podría superarse mediante una interpretación más adaptativa de la justicia, apoyada en el cultivo de la equidad, la sabiduría y la prudencia. Kant, por su parte, ubica la dignidad humana en un plano universal, pero no deja claro si en el caso de personas con alteraciones mentales graves que carecen de capacidad de discernimiento también se podría asumir que el fundamento de la dignidad humana sea la autonomía moral. No obstante, deja por sentado la obligación universal de tratarnos como fines en sí mismos: cumplir el deber de respeto por dignidad humana.

Rawls –con influencia kantiana– valora la racionalidad como requisito para la suscripción del contrato social, lo cual evidentemente excluiría a aquellos con capacidades de razonamiento limitadas. Sin embargo, del contrato nacerían dos principios de justicia para controlar que las instituciones de la estructura básica prioricen a los menos aventajados. Por otro lado, el enfoque de capacidades, en la versión sobre todo de Sen, destaca la importancia de potenciar las capacidades humanas en razón de las particularidades funcionales y los aspectos contextuales de las personas, para superar sus condiciones vulnerables e impulsarlas hacia una vida buena, valorada y deseada.

Entonces, las políticas públicas en materia de discapacidad se forjarían como acciones interinstitucionales que conducen a garantizar los derechos de las personas con discapacidad, ya reconocidos en instrumentos internacionales e internos. En todo esto, el enfoque de capacidades de Sen aportaría fundamento y estrategia para ampliar la gama de posibilidades que toda persona tendría para convertirse y ocuparse en lo que siempre deseó ser y hacer. Desde esa lógica, se hace extensivo el compromiso y los recursos suficientes para superar barreras sistémicas opresivas, siempre vigilantes de que las voces de las personas con discapacidad sean centrales en el proceso.

REFERENCIAS

- Aguado Díaz, A. (1995). *Historia de las deficiencias*. Escuela Libre Editorial/Fundación Once.
- Aoiz Monreal, J. (2022). Márgenes del carácter moral en Aristóteles: sueño y bestialidad. *Ideas y Valores*, 71(180), 35-57. <https://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v71n180.84401>
- Areces Gutiérrez, A. (2017). *La discapacidad en el cine* [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. Biblioteca Complutense. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/22059>

- Aristóteles. (1985). *Ética a Nicómaco* (P. Bonet, Trad.). Gredos.
- Aristóteles. (1988). *Política* (L. Inchausti, Trad.). Gredos.
- Aristóteles. (1992). *Investigación sobre los animales* (P. Bonet, Trad.). Gredos.
- Atienza, M. (2016). Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad. *Ius et Veritas*, 24(53), 262-266. <https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.015>
- Avellaneda Vásquez, J. (2022). Incidencia de la equidad aristotélica en la filosofía jurídica moderna. *Sapientia & Iustitia*, 5, 25-52. <https://doi.org/10.35626/sapientia.5.3.34>
- Avellaneda-Vásquez, J. (2024). Metodología de investigación en Derecho y Literatura para la educación jurídica y derechos humanos. *Justicia*, 29(45), 1-13. <https://doi.org/10.17081/just.29.45.7342>
- Bregaglio Lazarte, R. y Salmón Gárate, E. (2015). *Nueve conceptos para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Editorial PUCP.
- Brogna, P. (2023). Una noción triádica: condición, situación y posición de discapacidad. *Andamios. Revista de Investigación Social*, 20(52), 333-362. <https://doi.org/10.29092/uacm.v20i52.1019>
- Carmona Gallego, D. (2020). Autonomía e interdependencia. La ética del cuidado en la discapacidad. *Revista Humanidades*, 10(2), e41154. <https://doi.org/10.15517/h.v10i2.41154>
- Cecchini, S., Holz, R. y Soto de la Rosa, H. (2021). *Promoviendo la igualdad: el aporte de las políticas sociales en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal). <https://igualdad.cepal.org/es/personas-con-discapacidad/politicas-prioritarias-para-reducir-la-desigualdad-de-las-personas-con>
- Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014). Observación General N° 1 [Igual reconocimiento como persona ante la Ley]. <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd/general-comments>
- Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018). Observación General N° 7 [Sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención]. <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd/general-comments>
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). Organización de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Crego, J. (2021). Una interpretación equilibrada de la posición original de Rawls. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 55, 183-208. <https://doi.org/10.30827/acfs.v55i0.11272>
- Crenshaw, K. (1991). *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241-1299.
- Etxeberria Mauleon, X. (2012). La reflexión filosófica sobre la discapacidad. *Diálogo Filosófico*, 28(84), 4-34. <https://dialogofilosofico.com/index.php/dialogo/article/view/196>

- Figari, C. y Fernández Unsain, R. (2023). Re-presentaciones sociales de la discapacidad: entre modelos y personas. Debates y perspectivas en la dinámica de las interacciones sociales. *Revista Española de Discapacidad*, 11(2), 7-49. <https://www.cedid.es/redis/index.php/redis/article/view/952>
- García Mora, M. E., Schwartz Orellana, S. y Freire, G. N. (2021). *Inclusión de las personas con discapacidad en América Latina y el Caribe: Un camino hacia el desarrollo sostenible*. Banco Mundial. <http://documents.worldbank.org/curated/en/099015012012140135/P17538307bf8530ef0b-57005d4d17d157f6>
- Gruoso Vanegas, D. I. y Sandoval Moreno, L. M. (2021). Discapacidad: un asunto de justicia social. *Siglo Cero*, 52(4), 87-107. <https://doi.org/10.14201/scero202152487107>
- Heredia Ríos, E. A., Hurtada Maya, A. y Echeverri Herrera, J. A. (2021). La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y las teorías de la justicia: La participación política de las personas con discapacidad. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 51(134), 1-24. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v51n134.a01>
- Kant, I. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (P. Rosario Barboza, Trad.). Edición de Pedro M. Rosario Barbosa.
- Laura Huaman, W. F., García Pisconte, S. K. y Flores Rivera, A. R. (2023). Políticas públicas de discapacidad. Revisión bibliográfica de la realidad del sistema funcional normativo peruano. *Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores*, X, 1-18. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v2i10.3534>
- López Bastías, J. L. (2019). La conceptualización de la discapacidad a través de la historia: una mirada a través de la evolución normativa. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 69(273-2), 835-856. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.273-2.68632>
- López Moya, D. F. (2021). Las políticas públicas como garantía de los derechos fundamentales. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 44-60. <https://doi.org/10.51247/st.v4iS1.113>
- Michellini, J.D. (2010). Dignidad humana en Kant y Habermas. *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, 12(1), 41-49.
- 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>
- Nussbaum, M. (2007). *Fronteras de la justicia*. Paidós.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca.
- Pineda, S. (2020). Understanding Disability in Theory, Justice. En V. S. Pineda, *Building the Inclusive City* (pp. 23-45). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-030-32988-4_2
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia* (M. Dolores, Trad.). Fondo de Cultura Económica.

- Rawls, J. (2012). *La justicia como equidad: una reformulación*. Paidós.
- Rebolledo-Sanhueza, J. A. y Galaz-Valderrama, C. (2024). Activismo y discapacidad en Latinoamérica: Luchas por el reconocimiento. *Revista Estudios Feministas*, 32(1), e90769. <https://doi.org/10.1590/1806-9584-2024v32n190769>
- Seminario-Hurtado, N., Avellaneda-Vásquez, J., Bejarano-Cuadrao, V. A. y Alarcón-López, A. D. (2024). El uso de perros guía por personas con discapacidad visual en el Perú: un análisis jurídico y jurisprudencial. *Sapientia & Iustitia*, 9, 77-109. <https://doi.org/10.35626/sapientia.9.5.118>
- Seminario-Hurtado, N. y Avellaneda-Vásquez, J. (2024). Población penitenciaria con discapacidad en el sistema jurídico peruano. *Foro. Revista de Derecho*, 42, 75-96. <https://doi.org/10.32719/26312484.2024.42.5>
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Editorial Planeta.
- Sen, A. (2021). *La idea de justicia*. Taurus.
- Shakespeare, T. (2014). *Disability Rights and Wrongs Revisited* (2ª ed.). Routledge.
- Solsona Cisternas, D. y Flores Águila, M. (2020). Participación ciudadana de personas con discapacidad y políticas intersectoriales ofertadas por el Estado en la Región de Magalles, Chile. *Revista del CLAD: Reforma y Democracia*, 77, 187-214. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357566674007>
- Valencia, L. (2018). *Breve historia de las personas con discapacidad. De la opresión a la lucha por sus derechos*. Editorial Académica Española.
- Vargas-Murillo, A. R., Herrera-Pérez, E. I., Supo Hallasi, R. F., Cueva Quispe, C. A., & Pari-Bedoya, I. N. M. D. L. A. (2025). From a Medical to a Social Model: The Evolution of Disability Rights in the Peruvian Constitutional Court's Jurisprudence (2004-2024). *Laws*, 14(3), 31. <https://doi.org/10.3390/laws14030031>
- Velarde Lizama, V. (2011). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico. *Empresa y Humanismo*, XV(1), 115-136. <https://hdl.handle.net/10171/29153>
- Villadiego Coneo, L., Reyes Ortega, L. F. y Sierra Vanegas, Y. L. (2022). La Política Pública y La Discapacidad: Un análisis del Estado de las acciones y protección de los derechos de la Población discapacitada en el Municipio de San Estanislao de Kostka. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 325-342. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3977>
- Viveros Vigoya (2023). *Interseccionalidad. Giro decolonial y comunitario*. Clacso, TNI Transnational Institute.
- Widadsyah, M. (2023). Disability Identity: Perspective for Policy Formulation. *Indonesian Journal of Disability Studies*, 10(1), 35-49. <https://doi.org/10.21776/ub.ijds.2023.010.01.03>

**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.65.365.528>

**Estudio de la póliza de
cumplimiento como mecanismo
de protección de los derechos
del trabajo en esquemas de
tercerización e intermediación
en Colombia**

*Study of the Performance Bond Insurance Policy as a
Mechanism for the Protection of Labor Rights
in Outsourcing and Labor Intermediation Schemes
in Colombia*

L U I S A F E R N A N D A R O D R Í G U E Z R O D R Í G U E Z

Abogada. Doctora en Derecho. Especialista en Derecho Laboral y
Relaciones Industriales. Especialista en Seguridad Social. Docente e investigadora
de la Universidad Externado de Colombia.

luisaf.rodriguez@uexternado.edu.co

<https://orcid.org/0009-0004-3869-8560>

Resumen

Este artículo busca analizar si las pólizas de cumplimiento que amparan el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones son un mecanismo eficaz para la protección de los derechos de los trabajadores involucrados en esquemas de tercerización e intermediación. Para esto, se ha dividido en dos partes: en la primera se estudiarán las características del mecanismo del amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones de la póliza de cumplimiento; en la segunda se realizará un estudio de la jurisprudencia que sobre el tema ha desarrollado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

PALABRAS CLAVE

Póliza de seguro, amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones, tercerización laboral, intermediación laboral.

Abstract

This article seeks to analyze whether performance policies that cover the payment of salaries, social benefits, and compensation are an effective mechanism for protecting the rights of workers involved in outsourcing and intermediation schemes. To this end, the document is divided into two parts: the first examines the characteristics of the mechanism for the protection of salaries, benefits, and compensation within the compliance policy; the second, provides a study of the jurisprudence developed by the Labor Chamber of the Supreme Court of Justice of Colombia on this matter.

KEYWORDS

Insurance policy, protection of salaries, benefits and compensation, labor outsourcing.

INTRODUCCIÓN

Este artículo busca analizar el mecanismo de aseguramiento correspondiente a la póliza de cumplimiento con amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales y su impacto en la protección de los derechos de los trabajadores en los diferentes procesos de triangulación laboral (tercerización e intermediación).

Conforme a la base de datos de la Superintendencia Financiera de Colombia¹ (2024), en el país existen actualmente 24 compañías de seguros generales²; algunas de las cuales ofrecen pólizas en el ramo del cumplimiento que involucran diversas clases de pólizas y amparos. El que interesa para el propósito de esta investigación es el amparo de “Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones”.

En los procesos de tercerización e intermediación laboral existen, por lo menos, cuatro supuestos de contratación de esta póliza:

El primero es cuando una entidad del Estado es el contratante y, al estar sometido al régimen de contratación pública, está obligado legalmente a exigir de sus contratistas la garantía única de cumplimiento que incorpora el respectivo amparo. El Decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional señala la obligación de establecer la garantía de cumplimiento así:

Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado. La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano. (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.3.1.7.)

El segundo ocurre cuando en un escenario de tercerización en el sector privado se utilizan las figuras de contratista independiente y cooperativa de trabajo asociado, en el cual las contratantes beneficiarias prefieren establecer la constitución de esta póliza como una condición en el contrato civil o comercial que se suscriba a pesar de no existir normatividad que obligue a esto.

1 En adelante, Superintendencia Financiera.

2 Información con corte al 5 de septiembre de 2024.

El tercer supuesto se presenta cuando en el proceso de tercerización se elige a un sindicato para desarrollar la ejecución de una obra, prestación de un servicio o producir un bien por medio de un contrato sindical. Tanto en el sector privado como público es necesario que las partes (empresa beneficiaria y sindicato) del contrato establezcan una caución suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con el objeto contractual y las que amparen a los afiliados vinculados. El incumplimiento de la obligación de prestar caución da lugar a que las partes respondan de las obligaciones con su patrimonio (Decreto 1072, 2015, art. 2.2.2.1.23). En la práctica esta caución se garantiza mediante la adquisición de una póliza de cumplimiento con amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones.

Finalmente, en el cuarto supuesto observamos normas del derecho laboral que exigen la constitución de dicha póliza cuando se realiza la actividad de intermediación con empresas de servicios temporales (EST). En efecto, *desde hace varias décadas* (Ley 50, 1990, art. 83) la legislación colombiana incorporó la obligación de las EST de constituir una póliza de garantía a favor de sus trabajadores y su identificación en los contratos civiles, comerciales o administrativos que celebren con las usuarias (Decreto 1072, 2015, art. 2.2.6.5.11).

Por lo anterior, es frecuente que cuando se debaten judicialmente presuntos incumplimientos en el pago de derechos del trabajo en situaciones de tercerización e intermediación se involucre a las aseguradoras que expidieron las pólizas.

Así, entonces, surge la siguiente pregunta de investigación: ¿Las pólizas de cumplimiento que amparan el pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones son un mecanismo eficaz para la protección de los derechos de los trabajadores involucrados en esquemas de tercerización e intermediación?

Este artículo parte de la siguiente hipótesis: las pólizas de cumplimiento que amparan el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones en esquemas de tercerización son un mecanismo para proteger los intereses de las empresas beneficiarias, no de los trabajadores. Por regla general, los trabajadores recibirán el pago luego de la condena de su empleador, del beneficiario y de la aseguradora, teniendo que someterse al proceso judicial. En el caso de la intermediación ejercida por las EST, aunque son los trabajadores los beneficiarios de la póliza y esta puede siniestrarse también en proceso administrativo ante el Ministerio del Trabajo, en la práctica son muy pocos los casos en los que esta se hace efectiva.

La hipótesis planteada debe ser sometida a verificación o refutación; para lo cual se utilizó el tipo de investigación teórica y el método analítico en el desarrollo de este trabajo³.

Este documento ha sido organizado en dos partes. En la primera se identificarán los elementos fundamentales de la póliza de cumplimiento con amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales y se analizará la forma de utilización de este instrumento en las diferentes clases de relaciones laborales triangulares existentes en Colombia⁴; en la segunda se revisará el impacto en la protección de los derechos de los trabajadores presentando el estudio de las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de los últimos seis años que involucran aseguradoras en conflictos jurídicos del trabajo relacionados con tercerización e intermediación. A partir del análisis de la figura y su utilización, finalmente se presentarán las conclusiones de este estudio.

ELEMENTOS ESENCIALES Y CARACTERÍSTICAS DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO CON AMPARO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES

Se trata de una póliza del ramo del cumplimiento cuyo amparo consiste en proteger el patrimonio del asegurado frente a los perjuicios que se le causen por ser responsable solidaria o directamente del incumplimiento del tomador en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de trabajadores con los que se ejecutó la obra, la prestación de servicios o producción del bien a favor de la empresa beneficiaria.

3 Marcos Criado (2021) señala en su escrito *Investigación en el Mundo del Derecho para la Práctica Judicial sobre los tipos investigación jurídica*: “Teórica es la investigación que trata sobre objetos abstractos, producidos por la mente y, por tanto, que no se perciben sensorialmente, por lo que trabaja con materiales especulativos relacionados lógicamente entre sí con el objetivo de establecer el marco de sentido de los datos observables empíricamente” (p. 33). En relación con los métodos de investigación jurídica refiere: “Método analítico: El análisis es la técnica a través de la cual se descompone el objeto de estudio en los elementos y cualidades que lo forman para poder estudiarlos separadamente y reconstruir las relaciones de las partes con el todo, lo que permite integrar los elementos y reconstruir el objeto a través de un proceso de síntesis. Se trata de un método fundamental en las investigaciones jurídicas ya que a través de él se caracterizan las instituciones, normas, procedimientos y conceptos jurídicos” (p. 37).

4 En este documento se realizó un análisis de los modelos de las pólizas vigentes ofertadas por las aseguradoras en Colombia; así mismo, se realizó una entrevista semiestructurada a Fasecolda (Federación de Aseguradores de Colombia). Estas herramientas tienen un objetivo ilustrativo, sin que se pretenda utilizar una metodología empírica.

Elementos esenciales

Las partes⁵

Las partes que se pueden identificar en el contrato de seguro con el que se amparan derechos laborales como salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales en relaciones de triangulación son el tomador, la aseguradora, el asegurado y el beneficiario.

El *tomador* es el contratista independiente que se compromete al cumplimiento de unas obligaciones en razón a un contrato con una entidad pública o privada. La *aseguradora* es la entidad avalada por la Superintendencia Financiera para ofrecer esta póliza. La *asegurada* es la entidad o empresa pública o privada que funge como contratante y espera el cumplimiento del contratista. Es su patrimonio el que resulta en riesgo en el eventual caso de un incumplimiento del contratista en relación con las obligaciones laborales de los trabajadores que participen en la ejecución del contrato. Ahora bien, el beneficiario recibe la indemnización de la entidad aseguradora en el caso de que se produzca el hecho objeto del seguro. Para el caso que nos ocupa, la regla general es que sea la misma asegurada.

Las partes podrían cambiar cuando se trata de la póliza que se expide para amparar el cumplimiento de salarios, prestaciones e indemnizaciones de trabajadores en misión de una empresa de servicios temporales. El tomador sería la empresa de servicios temporales⁶; la *aseguradora* continuaría siendo la entidad avalada por la Superintendencia Financiera para ofrecer esta póliza; el *asegurado* sería la misma EST, pero los *beneficiarios* son los trabajadores en misión de la empresa. Así lo dispone la Ley 50 de 1990 (art. 83, n.º 5), que establece como una obligación de las EST para obtener autorización de funcionamiento:

Constituir una garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, en favor de los trabajadores de la respectiva empresa, en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo mensual vigente, para asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores, en caso de iliquidez de la empresa.

5 El artículo 1037 del Código de Comercio señala quiénes son las partes en el contrato de seguro, así: “Son partes del contrato de seguro: 1) El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y 2) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos”.

6 En adelante, EST.

Una particularidad de esta póliza es que debe depositarse en el Ministerio del Trabajo y que la EST debe suscribir una sola póliza de seguro que ampare a todos los trabajadores en misión en caso de iliquidez; en cambio, cuando se trata de la póliza de contratistas independientes, usualmente suscriben una póliza por cada empresa beneficiaria a la cual prestan sus servicios.

El riesgo asegurado⁷

La empresa beneficiaria (asegurada) puede verse afectada por cuanto el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) extiende la responsabilidad solidaria sobre salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales cuando las actividades que se desarrollan por parte del contratista correspondan a labores normales del giro ordinario de la empresa o negocio.

Esta responsabilidad solidaria ha sido extendida cada vez más por la interpretación que le ha dado la Corte Suprema de Justicia en la última década. En efecto, ha consolidado una línea jurisprudencial sobre lo que se entiende por actividades normales en el contexto de la posible solidaridad de la beneficiaria. Así, para determinar si se trata de una actividad normal o ajena, se pueden establecer tres criterios usados: a) Actividades propias: aquellas que involucran directamente la ejecución del objeto social; b) Actividades necesarias: aquellas que, a pesar de no ser propias del negocio, son necesarias para el cumplimiento del objeto social; y c) Actividades conexas o complementarias: aquellas que, si bien no son propias ni necesarias, por decisión empresarial se han realizado de forma permanente y complementaria a su objeto social (Autora, 2024, p. 341).

Conforme a lo anterior, el riesgo que se asegura es el perjuicio que se cause a la empresa asegurada como consecuencia del incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de orden laboral por parte del contratista.

El manual de contratación estatal y cumplimiento de Fasecolda (2016), señala:

Es importante aclarar que la aseguradora está obligada a pagar la indemnización de estos perjuicios, en la medida que se afecte el patrimonio de la entidad asegurada, es decir, el amparo no se puede afectar para pagar las obligaciones laborales que ha incumplido el contratista si los empleados de este último no le cobran a la administración, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo. (p. 36)

⁷ El artículo 1054 del Código de Comercio señala: “Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

En el caso de la póliza que ampara a los trabajadores de las EST, el riesgo que se asegura es el perjuicio económico que se cause a estos por el incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones en caso de iliquidez de la empresa.

Ahora bien, en cuanto al valor asegurado, existe una norma en la contratación del sector público que señala que este debe ser como mínimo el 5 % del valor del contrato (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.3.1.13), pero este porcentaje podría ser mayor conforme lo requiera la contratante. Cuando el contrato asegurado es entre particulares, el contratante puede establecer el valor asegurado conforme a su propia evaluación de riesgos.

El siniestro

Conforme a la legislación colombiana, “se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado” (Código de Comercio, Decreto 410, 1971, art. 1072). Al ser una póliza de cumplimiento, el riesgo asegurado es el incumplimiento y, por tanto, la ocurrencia de este da lugar al siniestro. Ahora bien, la fecha en la que se entiende siniestrada la póliza resulta relevante para saber si la aseguradora debe o no responder. Esta se determina en forma diferente en el sector público que en el privado.

En el sector público existe norma expresa sobre la potestad de la entidad para expedir un acto administrativo en el cual declare la existencia del siniestro⁸ (Ley 1150, 2007, art. 7). Alrededor de esta norma se presentaron múltiples discusiones, especialmente en relación con la facultad intrínseca atribuida a las entidades públicas de declararlo, por cuanto en esta póliza el siniestro implica, a su vez, el incumplimiento⁹, y de este pueden derivarse otras consecuencias en materia contractual¹⁰ (Ordóñez, 2010).

8 Ley 1150 de 2007, art. 7: “(...) El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare. (...)”

9 Así lo señaló el profesor Andrés Ordóñez (2010): “Se advierte de inmediato la desarmonía de esas estipulaciones contractuales con la realidad de la evolución que venía manifestando, en la ley y la jurisprudencia, la concepción acerca del alcance de las facultades que la administración tiene para llevar a cabo actos administrativos unilaterales de naturaleza contractual, en los que se asuma una condición de preeminencia frente al particular y se hagan declaraciones atinentes al incumplimiento del mismo, se le impongan sanciones o de cualquier otra manera se hagan declaraciones que en un contrato entre particulares serían de privativa competencia de la autoridad jurisdiccional” (p. 139).

10 En efecto, el profesor Ordóñez (2010) señaló lo siguiente: “Es claro, en primer lugar, que el siniestro, si se trata de un seguro de cumplimiento, está constituido por el incumplimiento, pero en este caso, por la ya mencionada particular manera de actuación de las entidades públicas, se consideró necesario establecer

Sin embargo, para efectos del amparo que se estudia aquí, el siniestro, al igual que cuando se trata de contratistas independientes prestando servicios en el sector privado, surge con la condena ejecutoriada contra la empresa o entidad amparada. En efecto, tanto en el caso en que la beneficiaria sea una entidad pública o una empresa privada, se siniestrará la póliza cuando esta sea condenada en solidaridad. Esto quiere decir que cuando los trabajadores no reclaman los derechos incumplidos, realizan la reclamación solo contra el tercero (contratista, cooperativa o sindicato) sin vincular la solidaridad de la contratante beneficiaria, o habiéndolo hecho, resulta absuelta judicialmente, no existirá siniestro.

Teniendo en cuenta que existe un interés en este estudio en observar cómo se aplica en la realidad el mecanismo de la póliza de cumplimiento, en el amparo particular que nos atañe, se consideró relevante realizar una entrevista semiestructurada a Fasecolda. En esta se efectuaron varias preguntas en las que se encontró dificultad para entender la aplicación normativa y se consideró importante entender la visión del gremio. Así, entonces, se remitió la entrevista por escrito, la cual fue contestada de igual manera.

En este punto, Fasecolda señaló que el siniestro es el detrimento o perjuicio patrimonial percibido por el asegurado –beneficiario del seguro (contratante)– por el incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo del tomador (contratista) en relación con los trabajadores empleados para la ejecución del contrato, e indicó que:

(...) para que haya un detrimento patrimonial para el asegurado, se requiere que haya una declaración de solidaridad patronal entre los trabajadores del contratista y el contratante, y que este último deba asumir el pago de dichas obligaciones. En todo caso quienes suelen declarar esta relación laboral son los jueces de la república.

No obstante, a discrecionalidad de cada aseguradora si a bien lo tienen, pueden atender de manera directa las reclamaciones del asegurado a la aseguradora en virtud de incumplimientos que hayan evidenciado por parte de su contratista frente a sus trabajadores. Sin embargo, siempre es necesario demostrar la exclusividad de los servicios del trabajador para desempeñar labores destinadas únicamente a la ejecución del contrato garantizado. (Comunicación personal, 28 de junio de 2023)

En el caso de las pólizas que amparan el incumplimiento de las EST, el siniestro se constituye cuando esta incumple las obligaciones laborales por encontrarse en situación de iliquidez. Los

cuándo debe entenderse ocurrido, no el incumplimiento, sino el siniestro para los efectos de la póliza, sobre todo desde el momento en que se tenía ya bien decidido que esa póliza debería poder prestar mérito ejecutivo y que las entidades públicas deberían gozar de ciertas prerrogativas” (p. 139).

trabajadores en misión pueden solicitar la efectividad de la póliza presentando queja formal sobre la presunta iliquidez de la EST ante el Ministerio del Trabajo. El funcionario debe iniciar un estudio económico para determinar, en máximo 30 días, si el estado de iliquidez existe o no.

Si comprueba la iliquidez, podrá proceder a su declaración mediante acto administrativo y ordenar a la compañía de seguros el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, con base en las liquidaciones elaboradas por el inspector del trabajo del lugar donde se prestó el servicio (Decreto 4369, 2006, art. 18). De otra parte, sin necesidad de estudios económicos, la iliquidez se presume cuando se encuentra uno o más de los siguientes eventos (Decreto 1072, 2015, art. 2.2.6.5.18):

1. Cuando el funcionario competente del Ministerio del Trabajo compruebe que, por razones de iliquidez, la empresa ha incumplido en el pago de dos o más períodos consecutivos de salario.
2. Cuando exista mora en el pago de los aportes a la seguridad social por más de 45 días.
3. Cuando en más de 3 ocasiones en una anualidad exista mora en el pago de aportes a la seguridad social.
4. Cuando la EST entre en el proceso de acuerdo de reestructuración de obligaciones.
5. Cuando la EST se declare en estado de iliquidez.

En la práctica, es el Ministerio del Trabajo el que declara la iliquidez de la EST y ordena el pago, por lo cual, el siniestro termina declarándose mediante acto administrativo. No obstante, nada impediría a los trabajadores acudir directamente a la aseguradora para solicitar la efectividad de la póliza, al igual que iniciar un proceso ordinario laboral en el que se obtenga la condena de la EST y de la aseguradora.

En el marco de esta investigación se preguntó al Ministerio del Trabajo cuántos actos administrativos había expedido en 2021, 2022 y 2023 por iliquidez de empresas de servicios temporales en los que se hubiera ordenado el pago a la aseguradora; la entidad dio respuesta el 25 de enero de 2024 informando que, conforme al Sistema de Información de Inspección, Vigilancia y Control (SISINFO), solo se había emitido una sanción¹¹ (Ministerio del Trabajo, comunicación personal, 24 de enero de 2024). De esta información puede entenderse que el Ministerio del Trabajo no

11 Se presentó derecho de petición al Ministerio del Trabajo. La respuesta se allegó el día 25 de enero de 2024. En relación con otras cinco preguntas realizadas en el marco del tema de activación de estas pólizas, el ente gubernamental contestó mencionando que el sistema no reportaba información adicional.

está haciendo un uso efectivo de esta prerrogativa, o que su sistema de información no refleja la realidad de su utilización.

La prima

Es la contrapartida económica que se realiza como aporte para la protección del riesgo (Becerra, 2014, p.16). Conforme a nuestra legislación, el tomador debe realizar el pago de la prima que corresponde al precio por la cobertura del riesgo (Código de Comercio, Decreto 410, 1971, art. 1066). En la póliza de cumplimiento, la estimación del precio es integral, ya que el amparo que nos ocupa usualmente viene acompañado de otros.

La determinación del valor de la prima obedece principalmente a variables del mercado, tal como lo señaló la Superintendencia Financiera en el concepto n.º 2003026988-7 de 25 marzo de 2004, en el que precisa que la determinación de las tarifas debe responder a la libre competencia del mercado asegurador (Superintendencia Financiera de Colombia, 2004)¹². Así lo señaló también Fasecolda en respuesta a las preguntas formuladas para esta investigación:

(...) cada compañía aseguradora es autónoma e independiente en la determinación de sus políticas de suscripción, tarificación y estructuración de notas técnicas. A su vez, cada compañía de seguros establece metodologías de tarificación de acuerdo con diferentes variables, tales como las vistas en la normativa anteriormente citada, así como a la existencia de siniestros previos, la idoneidad de quien ejecutará la obligación que se garantiza a través de la póliza de cumplimiento, su solvencia financiera, su experiencia, su capacidad operativa y logística, el plazo de ejecución del contrato, el lugar de ejecución, el alcance y la complejidad de las obligaciones a realizar, el tipo de entidad con la cual se contrata (particular, estatal, empresa de servicios públicos, etc.), el valor asegurado, entre otras. (Comunicación personal, 28 de junio de 2023)

12 “(...) de conformidad con lo establecido por el numeral 1 del artículo 100 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la determinación de las tarifas responde al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros, siempre y cuando se cumplan los requisitos de orden técnico previstos en el numeral 3 del artículo 184 del mismo ordenamiento. El citado numeral 3 se señala, entre otros requisitos de carácter técnico, que deben cumplir las tarifas de seguros, los principios de equidad y suficiencia, cuyas definiciones se encuentran consignadas en los subnumerales 1.2.2.1 y 1.2.2.2, numeral 1.2, Capítulo Segundo del Título Sexto de la Circular Básica Jurídica 007 de 1996”. Concepto n.º 2003026988-7 de 25 de marzo de 2004 de la Superintendencia Financiera.

Características

Vigencia

En el caso de la póliza expedida por garantía única de cumplimiento en la contratación con el Estado, el amparo debe estar vigente por todo el plazo del contrato celebrado entre la beneficiaria y el contratista, y tres años más en razón al término de prescripción de los derechos laborales (Estrada, 2014, p. 417.)

Cuando se trata de pólizas expedidas en el marco de la contratación privada, no existe una norma que determine su vigencia, pero lo usual es que siga la misma regla anterior, esto es, que ampare la duración total del contrato y tres años más.

Ahora bien, en el caso de la póliza que ampara a los trabajadores de las EST, la vigencia está dada anualmente, entre enero y diciembre de cada año, y cada enero debe actualizarse (Decreto 4369, 2006, art. 17)¹³.

Suficiencia

El amparo debe ser suficiente para cubrir los posibles perjuicios causados en caso de un incumplimiento; de no serlo, en todo caso la beneficiaria responderá solidariamente. El monto del amparo en la contratación pública no puede ser inferior al 5 % del valor total del contrato. Por otro lado, en el marco de la contratación privada, los márgenes de suficiencia son acordados entre contratante y contratista. Finalmente, cuando se trata de la póliza expedida para EST, el monto amparado se establece conforme al número de trabajadores en misión¹⁴ (Decreto, 4369, 2006, art. 17). Cuando el número de trabajadores varíe, la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo puede ordenar el reajuste del monto de la póliza. De igual manera, el valor de cobertura de la póliza debe ajustarse todos los años con el cambio del salario mínimo.

13 Decreto 4369 de 2006, art. 17. Parágrafo 2°. La póliza de garantía deberá constituirse por un año. Se entiende por anualidad, el lapso comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de cada año. En consecuencia, la primera póliza de garantía debe actualizarse durante el mes de enero del año inmediatamente siguiente a la fecha de la resolución que autoriza su funcionamiento.

14 Hasta 150 trabajadores, 500 SMLMV; hasta 200 trabajadores, 600 SMLMV; hasta 250 trabajadores, 700 SMLMV; hasta 500 trabajadores, 1100 SMLMV; hasta 750 trabajadores, 1600 SSMLMV; hasta 1000 trabajadores, 2000 SMLMV.

Exclusiones

Por regla general, se incluyen las que corresponden a fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima en favor de las entidades estatales que son contratantes (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.3.2.3.). Cualquier otra exclusión incorporada no producirá efecto alguno. Contrario a lo anterior, cuando el contratante pertenece al sector particular se podrán incluir más exclusiones que las señaladas anteriormente.

Estudio de exclusiones en modelos de pólizas

Para entender cuáles son las exclusiones con mayor prevalencia en este amparo, se estudiaron treinta y dos modelos de pólizas de seguro. De estas, diecisiete corresponden a modelos de pólizas ofrecidas para contratistas del sector privado y quince a modelos de pólizas ofrecidas para contratistas del sector público. Estos modelos se obtuvieron accediendo al depósito público de pólizas de la página de la Superintendencia Financiera y corresponden a diecisiete compañías de seguro (Superintendencia Financiera de Colombia, 2024). El propósito de esta revisión fue determinar las exclusiones que se estaban incluyendo en las pólizas con amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.

De dicho análisis se pudo concluir que las exclusiones más recurrentes giran en torno a las prestaciones extralegales surgidas a partir de convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos, contratos sindicales y otros acuerdos extralegales. En efecto, cuando el artículo 34 del CST señala que la solidaridad será sobre salarios, prestaciones e indemnizaciones, no establece a qué tipo de prestaciones se refiere; por lo cual, en la interpretación más favorable para los trabajadores se involucran no solo las legales del Código, sino las extralegales e, incluso, las económicas y asistenciales derivadas del Sistema General de Seguridad Social. En ese sentido, conscientes de este riesgo, las aseguradoras han empezado a involucrar en sus pólizas esta exclusión. De las 11 pólizas que incorporan esta exclusión, 10 corresponden a pólizas ofrecidas al sector privado¹⁵ y 1 al sector público¹⁶.

La siguiente exclusión que se presenta con mayor frecuencia es la relacionada con sanciones derivadas del Sistema General de Seguridad Social y parafiscales. Esta exclusión se encontró

15 Modelos de pólizas de las aseguradoras Confianza, Zurich, SURA, Bolívar, Mapfre, Previsora, Estado, Liberty, Equidad y Mundial.

16 Modelo de póliza de la aseguradora Mapfre.

en 6 pólizas en el sector privado¹⁷ y 1 en el sector público¹⁸. De la misma forma que ocurre con las prestaciones extralegales, el incumplimiento de las cotizaciones o afiliaciones al Sistema de Seguridad Social tiene como consecuencia la responsabilidad del empleador de las prestaciones económicas y asistenciales que ampara el sistema; por ello, al ser condenado el empleador, en estas prestaciones se extiende dicha responsabilidad al contratante.

Estas prestaciones pueden ser muy cuantiosas por su naturaleza, razón por la cual las aseguradoras han empezado a incorporar exclusiones relacionadas con estas condenas. Ahora bien, resulta interesante observar cómo 2 de las pólizas incorporan una particularidad en el amparo estableciendo la condición de verificación del cumplimiento del contratista de las obligaciones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social¹⁹. Así, entonces, el contratante debe verificar ese cumplimiento, y la consecuencia de no hacerlo sería la no cobertura.

Dado que el artículo 34 del CST también incorpora la responsabilidad solidaria para “indemnizaciones”, sin establecer a cuál hace referencia, se ha interpretado que incluye la indemnización plena de perjuicios derivada de la culpa patronal en accidentes de trabajo y enfermedades laborales (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art. 216). Es conocido que los montos indemnizatorios de estos eventos no están tarifados, y por esto pueden corresponder a sumas muy altas, por lo cual, las aseguradoras han optado por empezar a establecer esta exclusión. En el ejercicio realizado se encontraron 4 pólizas del sector particular²⁰ y 2 del sector público que la consagran²¹.

En la misma línea de las indemnizaciones, 3 pólizas del sector privado incorporan como exclusión la indemnización moratoria (Código Sustantivo de Trabajo, 1950, art. 65) que resulta del incumplimiento de pago de salarios y prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato de trabajo²². Esta indemnización se liquida en forma sucesiva, se incrementa con el paso del tiempo, por lo que puede ser cuantiosa e impredecible, porque su condena depende de varios factores acotados normativa y jurisprudencialmente, razón por la cual es entendible el afán de las aseguradoras por excluirlas del amparo.

17 Modelos de pólizas de las aseguradoras AXA, SURA, Mapfre, Estado, Equidad y Mundial.

18 Modelo de póliza de la aseguradora Mapfre.

19 Modelos de pólizas de las aseguradoras Equidad y Confianza.

20 Modelos de pólizas de las aseguradoras Chubb, SURA, La Equidad y Previsora.

21 Modelos de pólizas de las aseguradoras Zurich y Previsora.

22 Modelos de pólizas de las aseguradoras Estado, Liberty, Equidad

Adicional a lo anterior, es importante señalar que se encontraron 2 pólizas que, a pesar de no incorporar las exclusiones de indemnización plena de perjuicios y la indemnización moratoria, realizan un ajuste a la cobertura, señalando claramente que solo cubrirán las indemnizaciones de las que trata el artículo 64 del CST, esto es, las indemnizaciones por despido sin justa causa, previamente tarifadas en la ley²³. De esta forma, se indica que no habrá cobertura de ninguna otra indemnización.

También es importante señalar que no todo se incorpora como exclusión, sino que se han adoptado algunas condiciones especiales en cuanto a la cobertura. Por ejemplo, como se mencionó con anterioridad, algunas aseguradoras han incluido: a) la verificación de aportes y afiliación al Sistema de Seguridad Social; b) limitaciones a la cobertura de indemnizaciones dejándola solo para la que corresponde al artículo 64 del CST; c) la no cobertura de las vacaciones.

En 15 pólizas aparece la precisión de que no cubren los derechos de los trabajadores de los subcontratistas²⁴. Esto es relevante, teniendo en cuenta que el artículo 34 del CST sostiene que la responsabilidad solidaria se extiende a las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún sin autorización de subcontratación (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art. 34, num. 2).

Así las cosas, en el evento de una condena por incumplimiento de pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones de trabajadores de subcontratistas, la aseguradora no se hará responsable, pero el contratante o beneficiario de la obra sí entrará a cubrir solidariamente ese incumplimiento.

En 16 pólizas se señala que no se cubrirán las condenas derivadas de reclamaciones realizadas por personas vinculadas con formas jurídicas diferentes del contrato de trabajo. De esto se puede colegir que se refiere a reclamaciones de trabajadores independientes (contratos de prestación de servicios) o mediante otra figura distinta del contrato de trabajo²⁵.

Por otra parte, 2 aseguradoras incluyeron la restricción de cobertura indicando que no sería responsable de reclamaciones de terceros ajenos al contrato²⁶.

23 Modelos de pólizas de las aseguradoras AXXA y Berkley.

24 Modelos de pólizas de las aseguradoras AXXA, Confianza, SURA, Bolívar, Mapfre, Previsora, Estado, Berkley, Equidad, Liberty, Segurexpo, Mundial, Berkley, Previsora y Mapfre.

25 Modelos de pólizas de las aseguradoras AXXA, Confianza, Zurich, SURA, Previsora, Mapfre, Berkley, Estado, Liberty, Equidad, Bolívar, Segurexpo, Mundial, Berkley, Previsora y Mapfre.

26 Modelos de pólizas de las aseguradoras Chubb y Zurich.

En 2 pólizas se establece una delimitación en el tiempo señalando que su cobertura no se extenderá a derechos anteriores o posteriores a la ejecución del contrato que están amparando²⁷. Esto tiene razonabilidad, teniendo en cuenta que los trabajadores del contratista independiente pueden tener relaciones laborales más largas que el tiempo de cobertura, por lo cual, determinar que la garantía es sobre aquellos derechos correspondientes al tiempo del contrato permite aclarar que todo lo que se genere antes o después del contrato no es susceptible de amparo con el mismo instrumento.

Por otra parte, 5 pólizas disponen el agotamiento progresivo en la medida en que realicen los pagos hasta llegar al valor máximo de cobertura; esto desde la lógica de que el monto a cubrir pudiera resultar insuficiente para el pago de las condenas cuando se involucran reclamaciones de un número plural de trabajadores²⁸.

En relación con la posibilidad de llegar a acuerdos extrajudiciales vía conciliación con los trabajadores sin necesidad de esperar a la condena, tan solo 2 pólizas la consagran²⁹.

Finalmente, solo 2 pólizas del sector privado³⁰ y 9 del sector público³¹ no incorporan exclusiones ni particularidades.

En general, se pudo determinar que los productos que se ofrecen en Colombia para amparar contratos con entidades públicas tienen menos exclusiones, no tienen ninguna y tienen menos restricciones en su cobertura en comparación con sus homólogas del sector privado.

Es importante señalar que en los procesos judiciales en los que se declara la existencia de una simple intermediación (Código Sustantivo de Trabajo, 1950, art. 35), y, en consecuencia, que el beneficiario en realidad es verdadero empleador, las aseguradoras pueden excluir la cobertura.

Así lo señaló Fasecolda:

En el caso indicado, consideramos que el amparo no estaría llamado a operar en el sentido en que el asegurado/beneficiario sería el responsable del pago de las obligaciones laborales y no el

27 Modelos de pólizas de las aseguradoras Mundial y Mapfre.

28 Modelos de pólizas de las aseguradoras Previsora, Liberty, Berkley, SURA y Previsora.

29 Modelos de pólizas de las aseguradoras Mundial y Mapfre.

30 Modelos de pólizas de las aseguradoras Solidaria y Nacional.

31 Modelos de pólizas de las aseguradoras Nacional, Confianza, Mundial, Bolivar, Estado, Segurexpo, Co-face, Equidad y Solidaria.

tomador de la póliza, por consiguiente, en el caso descrito no se está ante un perjuicio para el beneficiario derivado de la conducta del contratista, sino que se estaría ante el incumplimiento de una obligación que es atribuible al beneficiario, lo cual podría considerarse como una exclusión de cobertura, pues se trataría de un eximente de responsabilidad, la cual podría catalogarse como culpa exclusiva de la víctima. Así las cosas, estimamos que la cobertura del amparo no se extiende a los casos en los que se demuestra que el contratista es un simple intermediario y el incumplimiento no es imputable al tomador del seguro. (Comunicación personal, 28 de junio de 2023)

Cumplimiento directo de las obligaciones del contratista y cesión del contrato

El cumplimiento directo de las obligaciones del contratista implica que la aseguradora asuma la posición del tomador para ejecutar las obligaciones incumplidas. Teniendo en cuenta que esta póliza contiene varios amparos, Fasecolda explica que en la práctica esto no ha tenido ninguna aplicación, dado que las aseguradoras “(..) no suelen asumir la posición contractual en caso de incumplimientos, pues su objeto social no es ejecutar contratos de obra o asumir la ejecución de obligaciones que hacen parte de otro tipo de objetos sociales, diferentes al de asegurar riesgos” (Comunicación personal, 28 de junio de 2023).

En el caso de la póliza expedida para amparar a los trabajadores en misión de EST, se puede realizar el pago directo a los trabajadores con la orden del Ministerio del Trabajo acreditada en la resolución que declara la iliquidez, igual que con la condena del juez laboral; pero esto no hace que las compañías de seguro asuman el rol de empleador, sino que es la expresión elemental del cumplimiento del contrato de seguro.

Después de analizar cómo opera en la actualidad la póliza de cumplimiento y su amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones, situándola en el contexto jurídico de la tercerización e intermediación laboral en Colombia, resulta necesario estudiar el tratamiento que la Corte Suprema de Justicia le ha otorgado a este mecanismo, para entender si en casos concretos, el instrumento puede proteger derechos del trabajo. Así, entonces, se abordará a continuación el análisis de los pronunciamientos de la Sala Laboral en la materia en estudio.

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO EN ESQUEMAS DE TRIANGULACIÓN

La jurisdicción ordinaria laboral conoce de los llamamientos en garantía (Código General del Proceso, 2012, art. 64) que realizan las empresas beneficiarias de los contratos que son amparados en su cumplimiento por las aseguradoras. Durante el proceso ordinario laboral, usualmente

se discute el incumplimiento en el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones por parte del empleador y la eventual solidaridad de la empresa beneficiaria. Cuando el proceso culmina con la condena del empleador (contratista) y de la beneficiaria como solidariamente responsable, se declararía el siniestro en la misma, y, en consecuencia, el juez tiene que resolver también sobre la responsabilidad de la aseguradora.

En este aparte se presenta el análisis jurisprudencial de los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los que se convocó a aseguradoras en procesos que involucraban esquemas de triangulación. Para elegir estas sentencias se tomó un rango temporal de enero de 2018 a junio de 2024. Se utilizó el buscador de la rama judicial, limitando la búsqueda a la Sala Laboral con la palabra clave “aseguradora”. El interés de aplicar esta forma de búsqueda fue encontrar todas las sentencias proferidas que involucraran aseguradoras, para luego entrar a realizar la depuración, con el fin de dejar solo aquellas que se presentaran en casos de tercerización o intermediación laboral. Allí se identificaron treinta y tres sentencias y dos autos³².

De estas se eliminaron once sentencias por las siguientes razones: cuatro estaban relacionadas con el seguro previsional en asuntos de la seguridad social³³; una en las que la aseguradora fungía como empleador³⁴; una en la que no existía situación de tercerización o intermediación, sino una reclamación directa de contrato realidad³⁵; dos sentencias de responsabilidad médica³⁶; una en la que no se probaron los extremos temporales de la relación laboral y, por ende, no hubo pronunciamiento sobre el llamamiento en garantía³⁷ y dos adicionales en las que no se logró demostrar la existencia de las obligaciones laborales pretendidas, por lo cual no se discutió sobre la garantía de las pólizas³⁸.

32 SL 652 de 2018; SL 5251 de 2018; SL 3188 de 2019; SL 3593 de 2019; SL 3127 de 2020; SL 3713 de 2020; SL 227 de 2021; SL 462 de 2021; SL 1491 de 2021; SL 2330 de 2021; SL 2665 de 2021; SL 3219 de 2021; SL 3439 de 2021; SL 5358 de 2021; SL 125 de 2022; SL 497 de 2022; SL 575 de 2022; SL 1639 de 2022; SL 3356 de 2022; SL 3748 de 2022; SL 1462 de 2023; AL 2413 de 2023; SL 154 de 2024; SL 198 de 2024; SL 260 de 2024; SL 279 de 2024; SL 508 de 2024; SL 1183 de 2024; SL 1337 de 2024; SL 1395 de 2024; SL 1405 de 2024; SL 1433 de 2024; SL 1584 de 2024; SL 1629 de 2024; AL 1982 de 2024.

33 SL 5251 de 2018; SL 3593 de 2019; SL 3713 de 2020, 1395 de 2024.

34 SL 3127 de 2020.

35 SL 1491 de 2021.

36 SL 2330 de 2021; SL 3219 de 2021.

37 SL 508 de 2024.

38 SL 575 de 2022; SL 1629 de 2024.

Así, entonces, el estudio se concentró en las veintidós sentencias restantes. Para su análisis se utilizó el criterio sistemático; a partir del cual se extrajeron las principales discusiones y reglas en torno al tema que nos ocupa y que se presentan a continuación.

Del llamamiento en garantía

En relación con el llamamiento en garantía, la Corte ha tratado diversos aspectos. Frente a la legitimación en la causa por activa, la Sentencia SL 3748 de 2022 señala que tanto el asegurado como el beneficiario pueden convocar a la aseguradora en el marco del seguro de cumplimiento. Ahora bien, estas dos calidades pueden o no coincidir en la misma persona, pero en todo caso, si no coinciden, las dos tienen la posibilidad jurídica de realizar el llamamiento en garantía. Un ejemplo de esto sería un evento en el que se consagre como beneficiarios a los trabajadores, caso en el cual, tanto la asegurada (empresa beneficiaria) como los beneficiarios (trabajadores) podrían activar el instrumento procesal.

De otro lado, la misma sentencia advierte que el juez no puede oficiosamente vincular a la aseguradora como llamado en garantía. En efecto, señaló:

Entendida la finalidad procesal del llamamiento en garantía, le asiste razón al Tribunal en cuanto sostiene que este es «*un acto que depende exclusivamente de las partes y en ningún caso le corresponde al Juez*» no solo porque así se desprende del artículo 64 del CGP, sino porque dentro de los deberes que el ordenamiento procesal impone al juez y que contempla en su artículo 42 *Ibíd.*, establece en el numeral «5. *Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia*». (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL 3748 de 2022)

En relación con los criterios para obtener una condena de la aseguradora llamada en garantía, la Sentencia SL 652 de 2018 estableció los siguientes: I) legitimación por activa, o sea, la prueba de la relación que habilita el llamado; II) la ocurrencia del siniestro, que implica que: a) se declare la existencia de las obligaciones laborales incumplidas por el empleador; b) se declare como responsable directo al empleador, contratista independiente, es decir, que se den todos los elementos necesarios para que se condene como responsable del incumplimiento de las obligaciones que se derivan de su calidad de empleador; y c) se condene a la asegurada como responsable solidariamente en virtud del artículo 34 del CST, por encontrarse como beneficiaria de la prestación del servicio del trabajador, en actividades que no sean extrañas a las normales de su empresa o negocio.

De la existencia del siniestro

Como se explicó en las características de la póliza, es necesario que se concrete el riesgo y que haya siniestro para que se pueda condenar a las aseguradoras que hayan amparado al contratista. Así, entonces, no hay siniestro cuando los trabajadores no logran probar las obligaciones laborales que se les adeudan, o cuando el asegurado no es condenado como responsable solidario. Dan cuenta de esto las sentencias SL 3748 de 2022; SL 1629 de 2024; SL 508 de 2024; SL 1433 de 2024.

Por otro lado, la jurisprudencia también ha señalado que no existe siniestro cuando la condena se establece por simple intermediación. El amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones de la póliza de cumplimiento se enmarca en el perjuicio que tiene la asegurada beneficiaria por el incumplimiento del contratista; pero cuando aquella es la verdadera empleadora, el amparo no existe, y, por tanto, no se puede concretar el siniestro. Las sentencias SL 462 de 2021; SL 125 de 2022; SL 260 de 2024; SL 1405 de 2024; SL 1433 de 2024 abordaron casos de simple intermediación, los cuales fueron decididos siguiendo esta regla.

En otros casos, la Sala Laboral realizó un análisis juicioso de la presunción del artículo 24 del CST para llegar a la conclusión de la existencia de simple intermediación, y, en consecuencia, la absolución de las aseguradoras. Lo anterior se puede observar en las sentencias SL 1639 de 2022; SL 125 de 2022; SL 260 de 2024. En estos casos, en los que se probó la subordinación de las “contratantes”, se declaró simple intermediación, por ende, no se configuró el siniestro. De igual manera, en las sentencias SL 260 de 2024 y SL 1433 de 2024 se estudió la figura del artículo 34 del CST y el grado de independencia técnica, administrativa y financiera de la empresa contratista para concluir la existencia de intermediación.

Ahora bien, a pesar de que esta es la regla general, se advierte que en la Sentencia SL 1639 de 2022 se condena a una empresa del sector salud como verdadera empleadora, solidariamente a una cooperativa en calidad de simple intermediario y se condena como llamado en garantía a la aseguradora que había expedido una póliza de responsabilidad civil “por los conceptos asegurados y por el límite de cobertura de los mismos”. Esta condena resulta particular, dado que lo reclamado obedece a derechos laborales como primas, cesantías, intereses, vacaciones, y, por ende, pareciera que escapa al amparo de la póliza de responsabilidad civil. La sentencia no contiene una argumentación suficiente que desarrolle un estudio sobre el amparo de esta póliza y la razón por la que se considera que el incumplimiento de los pagos señalados siniestros la misma.

De la prescripción

La Sala Laboral ha dado diversos tratamientos a la prescripción como excepción que puede presentar la aseguradora. En Sentencia SL 3188 de 2019 aplicó el término prescriptivo de tres años utilizando el mismo de los derechos laborales, mientras que en Sentencia SL 3356 de 2022 se utilizó el término de prescripción ordinaria de dos años del contrato de seguro. Es importante que la Sala Laboral unifique su jurisprudencia en esta materia para generar seguridad jurídica frente a un aspecto tan importante que impacta a todas las partes involucradas en procesos en los que se convoque aseguradoras en resolución de conflictos jurídicos de tercerización e intermediación.

De la culpa patronal

Este supuesto fáctico se presenta con frecuencia en las sentencias estudiadas; por ejemplo, de las 24 sentencias analizadas, en 8 se trató el tema de la culpa patronal³⁹. Resulta interesante advertir que no todas las pólizas de seguro que han dado lugar a estas sentencias han sido de cumplimiento. Como se observó con anterioridad, las aseguradoras están empezando a excluir la indemnización plena de perjuicios derivada del artículo 216 del CST. Así, entonces, frente a esta exclusión, una forma alternativa de amparar este riesgo es con la póliza de responsabilidad civil.

Debido a esta realidad, la Corte Suprema de Justicia se ha enfrentado a resolver el problema de si el riesgo de indemnización plena de perjuicios originada en culpa patronal debe ser amparado con póliza de cumplimiento o con póliza de responsabilidad civil. Se puede observar que la Sala Laboral tiene sentencias en uno y otro sentido.

En sentencias SL 652 de 2018; SL 227 de 2021; SL 1337 de 2024; SL 1584 de 2024 condenó a las aseguradoras por indemnización plena de perjuicios derivada de culpa patronal en pólizas de cumplimiento.

En Sentencia SL 1462 de 2023 se presentaban dos pólizas de seguro: una de responsabilidad civil y otra de cumplimiento con amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones. En este caso, en el que fallecieron 5 trabajadores de una subcontratista, la Sala Laboral indicó que no era la póliza de responsabilidad civil la que debería afectarse, dado que el accidente derivaba del incumplimiento de normas laborales como aquellas relacionadas con obligaciones de seguridad y salud en el trabajo. Así, entonces, determinó que sería la póliza de cumplimiento la que tendría que analizarse para determinar si procedía la condena a la llamada en garantía.

39 SL 652 de 2018; SL 227 de 2021; SL 2665 de 2021; SL 3439 de 2021; SL 1462 de 2023; SL 1337 de 2024; SL 1584 de 2024; SL 279 de 2024.

En cambio, en Sentencia SL 2665 de 2021, en la que se amparó a la beneficiaria con póliza de cumplimiento y con póliza de responsabilidad civil, se condenó a la aseguradora por la indemnización plena de perjuicios con cargo a la póliza de responsabilidad civil, que incluía amparo por culpa patronal.

De otra parte, la misma corporación no condenó a la aseguradora en la Sentencia SL 279 de 2024 por tener póliza de cumplimiento y al considerar que el esquema asegurativo debería ser el de responsabilidad civil. En esta última, aludiendo a pronunciamientos anteriores (SL 1223 y 3043 de 2023) que no obedecen al caso que se estaba estudiando, por cuanto en los casos de las sentencias referenciadas no se incluyó el amparo de indemnizaciones de ninguna clase, siendo esa la razón de la absolución. Ahora bien, en esta Sentencia SL 279 de 2024, la Sala aseguró:

Ello conduce a afirmar, como lo puso de presente la censora, que la fuente de la que se pretende derivar la responsabilidad de la llamada en garantía, por la indemnización plena de perjuicios a la que se condenó solidariamente a Ecopetrol SA, es un seguro de cumplimiento, y en aquel no se incluyó dentro de sus amparos la culpa patronal, pues en el que se relacionó como «*el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones*», solo se aludió a las indemnizaciones en términos generales.

La reflexión es relevante tanto desde el punto de vista del derecho del trabajo como del derecho de los seguros. Isaza Posse (2019, pp. 232-237) señala que el amparo de responsabilidad civil patronal puede resultar inexistente si la cobertura se otorga en lo que excede a las sumas cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social por ello aconseja la incorporación específica en el amparo de la indemnización plena de perjuicios. De la misma manera, Barroilhet Acevedo y Carvallo Pardo (2023, p. 280) establecen que la forma apropiada de amparar el riesgo de indemnizaciones de accidentes de trabajo que exceden a las prestaciones de los sistemas de seguridad social sería mediante una cláusula adicional de responsabilidad patronal.

Se observa, entonces, la apremiante necesidad de unificación de la jurisprudencia en este punto dado, que sentencias de años cercanos expresan un análisis completamente contrario frente a la procedencia o no de condenas cuando la indemnización por culpa patronal deriva de póliza de cumplimiento.

De las exclusiones

En la medida en que las aseguradoras han empezado a incorporar exclusiones en sus pólizas o han restringido el amparo, se han visto más sentencias que las absuelven teniendo en cuenta estas particularidades.

Por ejemplo, en la Sentencia SL 497 de 2022 se estableció que la póliza de cumplimiento incorporó el amparo de indemnizaciones laborales, restringiéndolo solamente a la indemnización por despido sin justa causa, por lo cual, la condena excluyó las indemnizaciones moratorias y por no consignación de las cesantías.

En la Sentencia SL 1462 de 2023 se analizaron dos pólizas: la de responsabilidad civil y la de cumplimiento; en la primera se descartó la responsabilidad por considerar que esta no amparaba el riesgo concretado y porque contenía una exclusión de los perjuicios derivados de la aplicación del artículo 216 del C.S.T. En relación con la segunda, se analizó que se había excluido el amparo de subcontratistas, se restringió el amparo a indemnización del artículo 64 del CST y excluyó perjuicios morales, indirectos, futuros, consecuenciales y subjetivos. Adicionalmente, en cuanto a los contratistas, condicionó el amparo a la diligencia del contratante en la revisión del cumplimiento de las obligaciones de la seguridad social. Por tales razones, absolvió a la aseguradora.

En Sentencia SL 154 de 2024 se condenó a la aseguradora al pago de la reliquidación de acreencias laborales, pero no a indemnizaciones dado, que se consagró la exclusión de todas las indemnizaciones diferentes a las del artículo 64 del CST. En el mismo sentido, la Sentencia SL 227 de 2021 absolvió a la aseguradora porque la póliza contempló que el amparo solamente se dispensaba sobre la indemnización derivada del artículo 64 del CST, lo que excluía indirectamente la indemnización plena de perjuicios.

La Sentencia SL 5358 de 2021 presenta un caso en el que la aseguradora ampara salarios y prestaciones sociales, no haciendo ninguna alusión a indemnizaciones, por lo cual, resulta absuelta. En cambio, en la Sentencia SL 198 de 2024, a pesar de que la póliza estableció que el amparo era por salarios y prestaciones sociales, incorporó una explicación de este en la que señaló: “(...) se precave contra el riesgo de incumplimiento en el pago de obligaciones de carácter laboral (...)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 2024); con base en la utilización de estas palabras, la Sala Laboral indicó que se incluyeron las indemnizaciones y condena a la aseguradora.

Como ya se observó en lo relacionado con la culpa patronal, la Sentencia SL 279 de 2024 estableció que la indemnización derivada de culpa patronal debía ampararse con póliza de responsabilidad civil y con una inclusión específica de cobertura de la indemnización plena de perjuicios del artículo 216 del CST. En este proceso se presenta posteriormente el auto AL 2413 de 2023, en el que se negó la petición de la coaseguradora que no había recurrido en casación la condena, por cuanto quería beneficiarse de la absolución de la aseguradora que sí lo había hecho. En Sentencia SL 3188 de 2019 la Corte condena a la aseguradora, por cuanto consideró que la póliza no contenía ninguna exclusión relacionada con prestaciones extralegales derivadas de convención

colectiva, y, por lo tanto, no podía alegar la remisión a la exclusión de indemnizaciones para trasladarla a lo derivado de prestaciones sociales.

En la Sentencia SL 2665 de 2021 se involucraban dos pólizas: en la de cumplimiento se excluía todo tipo de indemnizaciones incluida la derivada de la culpa patronal, y en la segunda se excluyó la cobertura de “enfermedades profesionales, endémicas o epidémicas o accidentes de trabajo que hubieran sido provocados deliberadamente o por culpa grave del trabajador”.

En este mismo tema llama la atención la Sentencia SL 1337 de 2024. Se trataba de una póliza de cumplimiento que incorporaba la exclusión de los perjuicios derivados del daño moral y el lucro cesante. Por esa vía, la aseguradora trató de no asumir la indemnización plena de perjuicios, sin embargo, al no recurrir la sentencia frente a la condena de los perjuicios por el daño de vida en relación, esta condena se mantuvo incólume.

Límite del valor asegurado

Esta es una excepción recurrente que se predica en las contestaciones de las aseguradoras que casi siempre resulta probada. En sentencias como la SL 3188 de 2019, los aseguradores han asumido su indemnización hasta un monto determinado, y si hay un excedente, debe ser asumido por los responsables solidarios.

Pensiones de sobrevivientes e invalidez

Se encontraron dos casos en los cuales se condena solidariamente a contratante y contratista al pago de la pensión de invalidez y sobrevivientes producto de un accidente de trabajo ante el incumplimiento de las obligaciones de la seguridad social.

Las aseguradoras insistían en que estas pensiones no hacían parte del amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones, sin embargo, la Corte condenó a las entidades por considerar que:

se está ante la condena al reconocimiento de una prestación especial, que por expresa disposición legal debe asumir directamente el empleador y sus obligados solidarios, motivo por el cual, contrario a lo sostenido por la aseguradora impugnante, tal emolumento si forma parte de la cobertura de la póliza suscrita. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL 652 de 2018)

De igual manera, en la Sentencia SL 3439 de 2021, la Sala Laboral señala que la pensión de sobrevivientes derivada de accidente de trabajo por incumplimiento de los deberes del sistema de riesgos laborales se puede adecuar a una “indemnización”, por lo que termina declarando la solidaridad sobre esta condena.

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia ha abordado en su Sala Laboral diversos temas relacionados con el amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones mediante la póliza de cumplimiento en esquemas de tercerización, que, en estos casos concretos, nos permiten entender la real eficacia de este instrumento para la protección de los derechos del trabajo.

CONCLUSIONES

Del análisis jurídico realizado sobre los modelos de pólizas de cumplimiento con amparo de salarios, prestaciones e indemnizaciones que se utilizan actualmente en Colombia y de los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, puede concluirse que, si bien este ha sido un instrumento que en principio busca proteger el patrimonio de las beneficiarias, resulta ser un respaldo importante en el pago de las obligaciones a favor de los trabajadores que, ante su presencia, tienen un margen más amplio de responsables, lo cual deriva en una mayor posibilidad de ver realizado el cumplimiento de sus derechos laborales.

No obstante, también se pudo observar cómo las aseguradoras cada vez van incorporando un mayor número de exclusiones, las cuales obedecen seguramente a las condenas más cuantiosas y frecuentes de la jurisdicción laboral. Lo anterior resta eficacia al instrumento en la protección de los derechos de los trabajadores, quienes verán reducidas las posibilidades de concretar el pago de las condenas.

Adicionalmente, se evidenció que la discusión sobre el tipo de póliza con la que se debe amparar la indemnización plena de perjuicios genera inseguridad jurídica para todos los involucrados. De un lado, tanto el beneficiario como el trabajador creen tener un respaldo con la póliza de cumplimiento, pero están ante la posibilidad de que el juez laboral descarte este mecanismo de amparo en eventos de culpa patronal. De otro lado, la aseguradora no tendrá tampoco certeza de la magnitud de la implicación de la póliza de cumplimiento. En este escenario es imperioso que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia unifique su jurisprudencia estudiando de manera más profunda a los dos instrumentos en discusión para ofrecer claridad a todos los involucrados.

Teniendo en cuenta que el mercado del aseguramiento obedece a las leyes de oferta y demanda, a las necesidades de este y a la voluntad de las partes del contrato de seguro, no se considera viable la creación de una obligación legal de constitución de pólizas de seguro para los procesos particulares de tercerización.

REFERENCIAS

Autora (2024).

Barroilhet Acevedo, C. y Carvallo Pardo, M. (2023). *Derechos de Seguros. Selección de coberturas de seguros generales* (p. 279). Tirant lo Blanch.

Becerra, R. (2014). *Nociones fundamentales de la teoría general y regímenes particulares del contrato de seguro*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Congreso de la República de Colombia. (1990, 28 de diciembre). Ley de reforma al Código Sustantivo del Trabajo. [Ley 50 de 1990]. DO: 39.618.

Congreso de la República de Colombia. (2007, 16 de julio). Ley de medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691.

Congreso de la República de Colombia. (2012, 12 de julio). Ley por la que se expide el Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2018, 6 de marzo). Sentencia SL 652-2018, Radicación n.º 52918. [M. P.: C. Guarín].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2019, 14 de agosto). Sentencia SL 3188-2019, Radicación n.º 47169. [M. P.: J. Godoy].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 2 de febrero). Sentencia SL 227-2021, Radicación n.º 71763. [M. P.: M. Beltrán].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 10 de febrero). Sentencia SL 462-2021, Radicación n.º 81104. [M. P.: C. Dueñas].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 16 de junio). Sentencia SL 2665-2021, Rad. n.º 81071. [M. P.: D. Caguasango].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 8 de junio). Sentencia SL 3219-2021, Radicación n.º 74747. [M. P.: A. Muñoz].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 4 de agosto). Sentencia SL 3439-2021, Rad. n.º 67660. [M. P.: D. Dix Ponnefz].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2021, 11 de diciembre). Sentencia SL 5358-2021, Radicación n.º 84125. [M. P.: J. Godoy].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2022, 26 de enero). Sentencia SL 125-2022, Rad. n.º 83376. [M. P.: J. Prada].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2022, 22 de febrero). Sentencia SL 497-2022, Rad. n.º 81473. [M. P.: D. Caguasango].

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2022, 11 de mayo). Sentencia SL 1639-2022, Radicación n.º 85577. [M.P.: G. Botero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2022, 16 de agosto). Sentencia SL 3356-2022, Radicación n.º 91692. [M. P.: G. Rodríguez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2022, 2 de noviembre). Sentencia SL 3748-2022, Radicación n.º 90574. [M. P.: J. Godoy].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2023, 21 de junio). Sentencia SL 1462-2023, Rad. n.º 68397. [M. P.: D. Caguasango,].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2023, 12 de septiembre). Auto AL 2413-2023, Radicación n.º 93439. [M. P.: O. Restrepo].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2024,14 de febrero). Sentencia SL 154-2024, Radicación n.º 98447. [M. P.: J. Godoy].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2024, 29 de enero). Sentencia SL 198-2024, Radicación n.º 96864. [M. P.: C. Guarín].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral a. (2024, 5 de febrero). Sentencia SL 260-2024, Radicación n.º 94938. [M. P.: C. Durán].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2024,13 de febrero). Sentencia SL 279-2024, Radicación n.º 96349. [M. P.: O. Restrepo].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2024,14 de mayo). Sentencia SL 1183-2024, Radicación n.º 96884. [M. P.: M. Rodelo].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2024, 28 de mayo). Sentencia SL 1337-2024, Radicación n.º 95904. [M. P.: M. Rodelo].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2024, 5 de junio). Sentencia SL 1405-2024, Radicación n.º 98271. [M. P.: M. Rodelo].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2024, 28 de mayo). Sentencia SL 1433-2024, Rad. n.º 98626. [M.P.: J. Rodríguez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2024, 27 de mayo). Sentencia SL 1584-2024, Radicación n.º 98959. [M. P.: S. Brito].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2024, 15 de mayo). Sentencia SL 1629-2024, Radicación n.º 83279. [M. P.: L. Herrera].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (2024, 9 de abril). Auto AL 1982-2024, Radicación n.º 96349. [M. P.: O. Restrepo].
- Criado, M. (2021). Investigación en el Mundo del Derecho para la Práctica Judicial. En *Manual de Metodología de Investigación Jurídica para la Práctica Judicial en la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"*.

- Estrada, L. F. (2016). El seguro de cumplimiento de contratos estatales. En F. Palacios Sánchez. *Seguros temas esenciales* (pp. 395-454). Ecoe Ediciones.
- Federación de Aseguradores Colombianos (Fasecol). (2016). *Manual de Contratación Estatal y Seguro de Cumplimiento*. Chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgclclefindmkaj/https://www.fasecol-da.com/cms/wp-content/uploads/2019/09/manual-contratacion-cumplimiento-2016.pdf
- Isaza Posse, M. C. (2019). El amparo de Rc patronal bajo las pólizas de seguro de responsabilidad Civil. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 28(50), 229-238.
- Ordóñez, A. O. (2010). Efectividad de la garantía única de cumplimiento de contratos estatales, constituida a través de póliza de seguro de cumplimiento. *Revista de Derecho Privado*, 19, 135-178.
- Presidencia de la República de Colombia. (2015, 26 de mayo). Decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. [Decreto 1082 de 2015]. DO: 49.523.
- Presidencia de la República de Colombia. (2015, 26 de mayo). Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo. [Decreto 1072 de 2015]. DO: 49.523.
- Presidencia de la República de Colombia. (2006, 4 de diciembre). Ley por la que se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales. [Decreto 4369 de 2006]. DO: 46.472.
- Presidencia de la República de Colombia. (1950, 20 de diciembre). Ley de modificación del Código Sustantivo del Trabajo. [Decreto Ley 3743 de 1950]. DO: 27.504.
- Presidencia de la República de Colombia. (1971, 27 de marzo). Ley por la que se expide el Código de Comercio. [Decreto Ley 410 de 1971]. DO: 33.339.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2004). Concepto No. 2003026988-7.
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2024). Depósito público de pólizas. <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/10090607/industrias-supervisadasindustria-aseguradoraconsulte-las-condiciones-generales-de-su-poliza-de-seguro-10090607/>
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2024). Lista de entidades. <https://www.superfinanciera.gov.co/publicaciones/10114907/lista-de-entidades/>



**Revista *de*
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.65.657.951>

Desafíos y riesgos de la interferencia del derecho internacional en definición del concepto de violencia sexual en Colombia

*Challenges and Risks of the Interference of
International Law in the Definition of the
Concept of Sexual Violence in Colombia*

CARLOS ALBERTO JIMÉNEZ CABARCAS

Abogado y especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte. Magister en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia.

Profesor de la Universidad Libre Seccional Barranquilla.

carlosa.jimenezc@unilibre.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-7301-4265>

Resumen

El objetivo principal de este artículo es identificar las implicaciones que surgen en el ordenamiento jurídico colombiano con la incorporación de conceptos provenientes de sistemas jurídicos internacionales, especialmente los de la Corte Penal Internacional, en relación con los delitos sexuales violentos. Esta incorporación genera dudas sobre su adecuación y adaptación al contexto local, dada la existencia de notables diferencias entre los parámetros que guían la administración de justicia penal a nivel nacional e internacional. Para abordar esta cuestión, se empleó una metodología basada en un análisis detallado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. El enfoque se centra en las decisiones que definen el concepto de violencia en relación con los delitos que afectan los bienes jurídicos vinculados a la sexualidad. A través de este enfoque se busca comprender cómo estas interpretaciones jurídicas internacionales impactan y modifican el panorama penal colombiano, particularmente en la categorización de ciertos actos sexuales como violentos, lo que podría alterar la proporcionalidad de las penas y la naturaleza de las sanciones impuestas.

PALABRAS CLAVE

Violencia sexual, abuso sexual, acto sexual, acceso carnal, consentimiento, proporcionalidad.

Abstract

The main objective of this article is to identify the implications that arise in the Colombian legal system from the incorporation of concepts from international legal systems, especially those of the International Criminal Court, in relation to violent sexual crimes. This incorporation raises questions about their adequacy and adaptation to the local context, given the existence of notable differences between the parameters that guide the administration of criminal justice at the national and international levels. To address this issue, a methodology based on a detailed analysis of the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of Colombia was used. The focus is on decisions that define the concept of violence in relation to crimes affecting legal rights linked to sexuality. Through this approach, the study seeks to understand how these international legal interpretations impact and modify the Colombian criminal landscape, particularly in the categorization of certain sexual acts as violent, which could alter the proportionality of sentences and the nature of the sanctions imposed.

KEYWORDS

Sexual violence, sexual abuse, sexual act, carnal access, consent, proportionality.

INTRODUCCIÓN

Este artículo examina la tensión existente en el ordenamiento jurídico colombiano entre las afectaciones a los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexuales, ya sea por actos de violencia o por conductas de abuso. En este contexto, el marco legal busca salvaguardar estos bienes jurídicos ante conductas que lesionan profundamente.

Para lograr este fin, se analizará cómo la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en ausencia de una definición legislativa, estableció el concepto de violencia en el ámbito de los delitos sexuales, y cómo este concepto fue posteriormente redefinido por el legislador, incorporando elementos del derecho penal internacional. Asimismo, se examinarán las implicaciones del nuevo enfoque de violencia sexual en relación con la estructura del ordenamiento jurídico interno y la protección penal de las garantías sexuales de los individuos.

Por último, se propone una crítica a la decisión del legislador de adoptar conceptos de ordenamientos externos, sin considerar las profundas implicaciones que esto tiene para la justicia penal colombiana, sobre todo cuando la integración de estos conceptos internacionales ocurre sin una evaluación detallada de la manera en que tales nociones encajan o divergen del sistema colombiano, en el que la administración de justicia y los principios fundamentales, como la proporcionalidad en la sanción de los delitos, difieren notablemente de los aplicados por la Corte Penal Internacional.

DEFINICIÓN TRADICIONAL DE VIOLENCIA SEXUAL

Desde la expedición del actual Código Penal (Ley 599 de 2000), y en consonancia con la tradición establecida en el Código Penal de 1980 (Decreto Ley 100), se consolidó una distinción clara en torno a las modalidades de afectación a los bienes jurídicos vinculados a la sexualidad. Esta diferenciación responde a la necesidad de separar los atentados sexuales violentos de aquellos considerados abusivos, bajo el entendimiento de que cada categoría implica una gravedad distinta a la esfera sexual de las personas.

Los delitos sexuales, tanto en su modalidad violenta como abusiva, están contenidos en el Título IV del Libro Segundo del Código Penal, titulado “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”¹. En este esquema, los delitos de carácter violento se regulan en el Capítulo Pri-

1 Se consolidan los bienes jurídicos tutelados bajo la denominación de “Libertad, Integridad y Formación Sexuales”, superando así los conceptos de “Pudor Sexual” y de “Libertad y Dignidad Sexuales” establecidos en el Decreto Ley 100 de 1980 y su modificación por la Ley 360 de 1997, respectivamente (Torres, 2010, p. 472).

mero, mientras que los delitos de tipo abusivo se encuentran en el Capítulo Segundo. Los delitos sexuales de carácter violento se reducen en tres: “Acceso Carnal Violento”, “Acto Sexual Violento” y “Acceso Carnal o Acto Sexual en Persona Puesta en Incapacidad de Resistir”, regulados en los artículos 205, 206 y 207, respectivamente. En los dos primeros, el concepto de violencia se configura como una circunstancia de modo esencial en la descripción del tipo penal.

Tanto el artículo 205 como el 206 del Código Penal incluyen las expresiones “mediante violencia”, lo que resalta la importancia del concepto de violencia en la tipificación de estos delitos. Sin dicha inclusión, el tipo penal establecería penas (nada despreciables) para quienes “realicen acceso carnal con otra persona” o “realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal”.

Considerando que los “actos sexuales” son comportamientos que abarcan tanto un componente subjetivo como uno objetivo. El contenido subjetivo se encuentra relacionado con que los actos se hacen con una especial intención, con unos exclusivos propósitos, como lo son causar excitación o satisfacer la lujuria, los deseos sexuales, la apetencia sexual o impulsos libidinosos del sujeto agente².

Por otro lado, la fase objetiva del acto sexual se manifiesta de múltiples maneras, a través de los sentidos del gusto y del tacto, así como mediante los roces corporales que implican una cercanía sensible entre las partes íntimas de las personas. En este contexto, el “acceso carnal” representa la forma de acto sexual que involucra la interacción más profunda e íntima en la esfera genital de las personas. Este concepto, conforme al artículo 212 del Código Penal colombiano, abarca la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal con cualquier otra parte del cuerpo o con un objeto³. La Corte Suprema de Justicia ha aclarado que, en los casos de acceso carnal por vía vaginal, no se requiere una penetración completa; basta con superar la región vulvar, entendida como el área delimitada por los labios mayores, para configurarlo⁴. Es decir que, para constatar la materialización de este comportamiento, resulta

2 Ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 6 de marzo de 2024 (Rad. 58876); del 24 de octubre de 2016 (Rad. 47640); del 4 de mayo de 2009 (Rad. 31717); y auto interlocutorio del 16 de marzo de 2022 (Rad. 58.231).

3 El Código Penal del 2000 establece una definición expresa del acceso carnal, lo que representa un avance importante al eliminar de forma contundente las numerosas controversias doctrinarias y jurisprudenciales que habían surgido en torno a este concepto hasta ese momento, de acuerdo a la Exposición de motivos al proyecto de ley por el cual se expide el Código Penal, publicado en la *Gaceta del Congreso* N.º 189 de 1998.

4 Ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 6 de marzo de 2024 (Rad. 62211); 22 de marzo de 2017 (Rad. 44441); 25 de enero de 2017 (Rad. 41948).

un total desacierto exigir prueba de circunstancias como la ruptura del himen o la penetración completa (Saray, 2024, p. 561).

Dentro de los otros comportamientos que configuran lo que se entiende como “acto sexual”, no solo se contempla la manipulación genital (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 24 de marzo de 2021), también se incluyen otras formas de contacto, como los tocamientos en las partes íntimas, los besos en la boca (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de mayo de 2012), así como los roces de distintas partes del cuerpo, como los glúteos o las piernas. Asimismo, la Sala de Casación Penal ha establecido que el acto sexual violento puede tener lugar sin necesidad de contacto físico entre el agresor y la víctima. Esto incluye situaciones en las que, mediante violencia psicológica, el agresor obliga a la víctima a desnudarse para masturbarse (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 24 de octubre de 2019) o le fuerza a presenciar su propia masturbación (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de febrero de 2025)⁵.

Todos estos actos tienen en común que pueden provocar excitación sexual o ser un paso previo hacia ella, reflejando así la diversidad de manifestaciones que pueden constituir un acto sexual, siempre y cuando revistan aptitud o idoneidad según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana para alcanzar esta finalidad⁶.

A la luz de lo expuesto, se hace evidente que sancionar únicamente los actos sexuales, incluyendo el acceso carnal, resulta irrazonable. Estos tocamientos son formas naturales a través de las cuales los seres humanos manifiestan intimidad, afecto y conexión, además de ser elementos esenciales para la reproducción de la especie. En el contexto de un delito sexual, como la violación, lo que realmente otorga relevancia jurídica a estos actos es la existencia del componente de violencia. Lo verdaderamente relevante en la configuración de un delito sexual como la violación es la presencia del componente de violencia, que es lo que otorga a estos actos significancia jurídica.

A pesar de la relevancia que tiene la violencia como elemento fundamental en los tipos penales de Acceso Carnal Violento y Acto Sexual Violento, el Código Penal, al momento de su promulgación, no proporcionó una definición que estableciera con claridad qué debe entenderse por

5 Esta postura difiere de la perspectiva de un sector de la doctrina, que argumenta que los actos de contenido sexual sin contacto corporal directo con la víctima quedan fuera del alcance de la redacción del tipo penal, dado que este exige que la acción se realice “en otra persona”. Esta interpretación se fundamenta en el principio de legalidad (Cancio, 2000, p. 75).

6 Ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 8 de mayo de 2024 (Rad. 60954); 12 de agosto de 2020 (Rad. 52024); 17 de abril de 2024 (Rad. 62482).

violencia. Esta omisión es especialmente significativa, considerando que uno de los principios rectores del Código Penal, consagrado en el artículo 10, establece que “la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”. Ante esta situación, fue la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la que asumió la tarea de llenar este vacío, dotando de contenido al concepto de violencia en el contexto de los artículos 205 y 206, referentes al Acceso Carnal Violento y al Acto Sexual Violento, respectivamente.

En este sentido, se conceptualizó la violencia como la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica –intimidación o amenaza– que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta. Así, el comportamiento sexual se entiende como consecuencia de una fuerza previa o concomitante, en el entendido de que sin esta no es posible el atentado (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de octubre de 2006).

Sin embargo, esta concepción de la violencia conducía a los operadores judiciales a interpretar que la víctima debía llevar a cabo acciones defensivas para intentar impedir la consumación del acto por parte del agresor, como forma de demostrar su negativa a la realización del acto sexual. Esta perspectiva daba lugar a la insostenible conclusión de que, para que la víctima de una agresión sexual pudiera exigir justicia penal por parte del Estado, debía comportarse de cierta manera. En efecto, si se consideraba que la violencia se limitaba al uso de la fuerza (ya sea física o psicológica) por parte del agresor para vencer la resistencia de la víctima, en los casos en que la víctima no reacciona defensivamente, se podría argumentar que no hay resistencia que superar, lo que implicaría la exclusión de la connotación violenta del acto sexual del que fue objeto.

En virtud de lo anterior, en la Sentencia radicada con el número 43880 del 6 de mayo de 2015, la Corte Suprema de Justicia dispuso que los jueces deben fundamentar sus decisiones en máximas de la experiencia, tal como lo es el hecho de que “(...) ante un ataque violento no siempre se reacciona mediante actos materiales de defensa, pues ello también puede ocasionar en la víctima un estado de conmoción síquica que enerva cualquier respuesta de esa índole (...)” (subrayado fuera de texto) (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 6 de mayo de 2015).

En este sentido, en la Sentencia con radicado 34514 del 9 de septiembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia precisó que, cuando se sostiene que la violencia en el Acceso Carnal (o Acto Sexual) Violento consiste en cualquier comportamiento que sea suficiente para vencer la resistencia que una persona en circunstancias similares a las de la víctima podría presentar, jamás se establecieron deberes de acción para el sujeto pasivo. En cambio, se subraya la necesidad de valorar la idoneidad del acto perpetrado, considerando las circunstancias particulares del caso, lo que implica tener en cuenta todas las contingencias, incluidas la inactividad, el pánico y la

total subordinación en el contexto de las agresiones sexuales. La Corte afirma con particular vehemencia que resulta absurdo concebir que, en todos los casos imputados bajo el artículo 205 del Código Penal, la víctima esté obligada a actuar de cierta manera para inferir que la acción del autor fue violenta.

EL ABORDAJE DEL CONCEPTO DE VIOLENCIA EN LA LEY 1719 DE 2014

Ante la necesidad de brindar mayor protección a las mujeres y niñas de atentados a sus derechos sexuales, sobre todo en el contexto del conflicto armado⁷, 23 parlamentarios (11 del Partido Político Polo Democrático Alternativo, 8 del Partido Verde, 2 del Partido Liberal, 1 del Partido Político Movimiento Independiente de Renovación Absoluta –MIRA– y 1 del Partido Político Alianza Social Independiente -ASI) presentan al Congreso de la República el Proyecto de Ley N.º 037/2012 de la Cámara, buscando no solo modernizar la legislación nacional, sino también armonizarla con los estándares internacionales del derecho de los derechos humanos y el derecho penal internacional, en respuesta a la creciente problemática de la violencia sexual. Esta iniciativa representa un esfuerzo por alinear el marco jurídico colombiano con las mejores prácticas globales, reconociendo la gravedad de los delitos sexuales y su impacto en la dignidad humana.

El proyecto de ley presentado a la Cámara de Representantes incluyó una definición del concepto de violencia aplicable a los delitos sexuales violentos del Código Penal colombiano. Esta definición amplía la noción de violencia para que no se limite únicamente al empleo de la fuerza, sino que también considere otras formas de coerción y abuso. Proponiendo ante el legislativo la siguiente definición de lo que debería ser entendido como Violencia en este contexto:

Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores que constituyen violencia sexual, se entenderá por violencia, el uso de la fuerza, o la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, la utilización de entornos de coacción que impidan a la víctima dar su libre consentimiento. (Congreso de la República de Colombia, 2012, p. 6)

⁷ De acuerdo con el informe “Memorias de Guerra y Género: víctimas, combatientes y resistentes”, del Grupo de Memoria Histórica, muchos actos sexuales y violaciones cometidos contra mujeres y niñas por actores del conflicto armado se perpetran sin recurrir a la fuerza física. En numerosos casos, las mujeres, inmersas en un contexto de coacción y atemorizadas ante situaciones como una toma militar, pierden su capacidad de tomar decisiones de manera libre. Así, son sometidas a violaciones sin que exista una agresión física visible ni resistencia, pero este es, sin duda, un acto violento contra ellas, ya que carece de consentimiento. Su voluntad queda eclipsada por el temor, el abuso de poder y las amenazas, todo ello en el marco de una guerra que no les pertenece y que las involucra de manera indignante en los aspectos más íntimos de su ser.

Conforme a la intención de los autores del proyecto de ley, esta definición se alinea fielmente con la perspectiva de la Corte Penal Internacional (CPI) en relación con el concepto de *violación como crimen de lesa humanidad*, tal como se detalla en el documento *Elementos de los Crímenes*, el cual se cita a continuación:

Artículo 7 1) g)-1

Crimen de lesa humanidad de violación

Elementos

1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.
2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.
3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo. (Corte Penal Internacional, 2002, p. 233) [subrayado fuera de texto].

En nota al pie, del numeral segundo transcrito en precedencia, la CPI aclara que se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. Es decir, para la CPI, los delitos sexuales que se cometen sin el consentimiento libre y pleno de la víctima, aunque no medie el uso explícito de la fuerza, constituyen igualmente actos violentos. De este modo, los delitos sexuales abusivos son equiparados a aquellos que se cometen mediante la fuerza o la coacción, eliminando la distinción entre ambas categorías.

Esta visión concuerda con la de los autores del proyecto de ley, quienes sostienen que la violencia puede manifestarse a través de diversas formas, tales como la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica, actos de intimidación o amenaza, coacciones, chantajes, así como el error o el engaño. Esta perspectiva se fundamenta en el documento *titulado Estudio de la juris-*

prudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas, elaborado por la organización feminista Corporación Humanas.

Finalmente, en 2014, el Congreso de la República expide la Ley 1719, en la que, entre otras medidas, brinda una definición legal del concepto de violencia, en los siguientes términos:

Artículo 212A. Violencia. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento. (Congreso de la República de Colombia, 2014).

Dentro de las diferencias más significativas entre el texto presentado al Congreso y el que finalmente fue promulgado destaca la redacción de la parte final del texto normativo. En la versión inicial se consideraba como generador de violencia «la utilización de entornos de coacción que impidan a la víctima dar su libre consentimiento»; sin embargo, el texto que finalmente se incorporó al Código Penal establece a partir de este dos causales diferenciadas que generan violencia: por un lado, se menciona “la utilización de entornos de coacción” y, por otro, se incluyen “circunstancias similares que impidan a la víctima otorgar su libre consentimiento”.

Esta modificación que se surtió tiene importantes implicaciones en la práctica jurídica, toda vez que pasa de concebir un escenario denominado “entornos de coacción” a añadirle otro supuesto, como lo es “circunstancias similares”, lo que es catalogado por la doctrina como una muy censurable redacción en atención a su amplitud (Saray y Peláez, 2022, p. 568). Resultando claro que, efectivamente, esta definición es mucho más flexible, ya que se considerará como violento cualquier situación en la que se vea impedida la víctima a dar su libre consentimiento, aunque estos escenarios escapen a los taxativamente establecidos con anterioridad.

Esta definición de violencia, traída al ordenamiento jurídico colombiano de la mano de la Ley 1719 de 2014, ha sido desarrollada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con el fin de abordar casos en los que se impute a una persona la comisión de un delito sexual violento en Colombia a partir de la entrada en vigencia de la referida ley⁸. De esta manera, el

⁸ Toda vez que, ante hechos perpetrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1719 de 2014, la Corte Suprema de Justicia aplica la definición de desarrollo jurisprudencial, en la que es violencia la fuerza, el consorteñimiento, la presión física o psíquica –intimidación o amenaza– que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta. Ejemplo de esto es la Sentencia de radicado 62211 del 6 de marzo de 2024, en la que se juzgan hechos ocurridos entre 2004 y 2006.

consentimiento de la víctima adquiere un papel relevante en la valoración de si un acto de naturaleza sexual es considerado violento o no.

En particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia con radicado 52897 del 1 de julio de 2020, sostiene de manera concluyente que la concreción de un acto sexual en contra de una voluntad clara de rechazo de la víctima constituye un acto violento. Esto se fundamenta en la premisa de que la voluntad, la capacidad de autodeterminación sexual y la disposición sobre el cuerpo y el erotismo son expresiones de la dignidad humana que el legislador busca proteger, calificando como violentos aquellos comportamientos sexuales que ignoren el consentimiento de la víctima.

En esa providencia, la Corte Suprema de Justicia reconoce una clara diferencia entre la manera en que se entendía la violencia antes de la expedición de la Ley 1719 de 2014 y el enfoque que se establece posteriormente, así:

(...) el artículo 212A al Código Penal, supuso un viraje en la comprensión del delito sexual violento. Mientras antes estaba asociado a la existencia de una relación causal instrumental entre la violencia y el evento sexual, ahora su dimensión normativa está referida a la consumación de intercambios sexuales sin la aquiescencia real (voluntaria y libre de constreñimiento alguno) de la persona ofendida. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 1 de julio de 2020) [subrayado fuera de texto].

Esto significa que el delito sexual violento no solo implica la violencia física o moral, sino que también se centra en la ausencia de un consentimiento claro y voluntario de la persona afectada. Por lo tanto, la nueva perspectiva normativa enfatiza que cualquier intercambio sexual que se realice sin el consentimiento libre y consciente de la víctima es suficiente para tipificarlo como un delito sexual violento.

Además, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, un contacto sexual se considera violento cuando existe una relación de asimetría entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, definida por los roles sociales que desempeñan, y se presenta una ausencia de consentimiento de una de las partes involucradas. Esta asimetría crea una desigualdad considerable y un completo desequilibrio de fuerzas, lo que permite que quien se encuentra en una posición de superioridad, dominio o autoridad abuse de esta ventaja para llevar a cabo el acto sexual.

En el ámbito de las relaciones sociales, este principio se puede observar en diversas dinámicas. Por ejemplo, en la relación médico-paciente, en la que este último, ante la necesidad y urgencia de encontrar alivio a su afección, se deja llevar y acata las instrucciones del médico, quien aprovecha tal situación para lograr un acto sexual (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 8 de mayo de 2024). Así mismo, en el ámbito educativo, la relación entre profesor y estudiante puede

llevar a situaciones en las que el profesor, al ejercer su autoridad, pueda orientar al estudiante a participar en un contacto sexual, desdibujando el consentimiento genuino, a través de la manipulación o ejerciendo presión psicológica o emocional.

Del mismo modo, en la relación entre empleador y empleado, la posición de poder del empleador puede generar una presión indebida sobre el empleado, creando un ambiente en el que este último sienta que su posición laboral o su futuro profesional depende de su disposición a someterse a demandas sexuales. Estas situaciones evidencian cómo los roles sociales pueden influir en la dinámica de poder y consentimiento, subrayando la importancia de reconocer que el acto sexual en tales contextos no puede considerarse consensuado debido a la inequidad inherente en la relación y a la ausencia del consentimiento libre y voluntario.

Estas situaciones se enmarcan dentro de la noción de “abuso de poder”, tal como se establece en el artículo 212A del Código Penal. Este concepto, como se mencionó anteriormente, forma parte de los supuestos que, según la CPI, transforman un acto sexual en violación.

TENSIÓN ENTRE EL ARTÍCULO 212A Y LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

Se pone de manifiesto que la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia en relación con el artículo 212A del Código Penal lleva a considerar como violentos aquellos comportamientos sexuales que se llevan a cabo aprovechando desequilibrios de poder o abusando de una posición dominante, fundamentándose en la ausencia o disminución del consentimiento del sujeto pasivo. Esta visión está profundamente relacionada con la manera en que, de forma tradicional, se han concebido en Colombia los actos sexuales abusivos.

En Colombia, la separación entre los atentados contra la integridad sexual cometidos mediante violencia y aquellos realizados sin violencia, pero con abuso, se establece con el Decreto Ley 100 de 1980. Esta norma abandona la disposición del Código Penal de 1936, en cuyo Capítulo «De la Violencia Carnal» se sancionaba en el mismo artículo 317 tanto el acceso carnal violento (físico o moral) y sin consentimiento como el acceso carnal con un menor de 14 años. En este último caso, la pena se incrementaba si, entre otros factores, el agente ocupaba una posición de autoridad sobre la víctima o generaba en ella una disposición de confianza.

A estos casos, en los que la víctima era menor de 14 años, se les atribuía un consentimiento que, aunque formalmente presente, no tenía validez efectiva y se interpretaba como un acto de «violencia carnal impropia» o «presunta» (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de septiembre de 2000). Esto significa que, debido a la inmadurez inherente del sujeto pasivo, las autoridades judiciales asumían que cualquier supuesto consentimiento era producto de una situa-

ción de violencia implícita. En este sentido, la falta de capacidad plena para autodeterminarse en el ámbito sexual llevaba a los jueces a considerar que el acto se había realizado bajo un contexto de violencia presunta, con la pretensión de proteger la libertad y el honor sexual de los menores.

Con la entrada en vigor del Código Penal de 1980, el acceso carnal abusivo con menor de 14 años pasó de ser una de las modalidades del acceso carnal violento, para convertirse en un delito autónomo, con penas significativamente inferiores a las del atentado sexual violento. Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 26 de septiembre de 2000, Rad. 13466, bajo ponencia del Dr. Fernando Arboleda Ripoll:

En esta nueva clasificación, el acceso carnal consentido con menor de 14 años, que en el Código Penal de 1936, como ya se dijo, hacía parte del título de la violencia carnal, fue reubicado en el de los actos sexuales abusivos, pues se estimó, con razón, que ontológica ni jurídicamente podía sostenerse que el acto fuese violento, y que en la realización de esta conducta lo que realmente se presenta es un aprovechamiento abusivo por parte del sujeto agente de la condición de inmadurez de la víctima, derivada de su minoridad. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de septiembre de 2000) [subrayado fuera de texto].

Como se puede apreciar, la Corte Suprema de Justicia afirma que es insostenible calificar un acto sexual como violento cuando se lleva a cabo mediante el aprovechamiento abusivo de la inmadurez del sujeto pasivo. Esta posición implica un reconocimiento de que la vulnerabilidad inherente a la falta de madurez no puede ser utilizada como justificación para categorizar el acto en cuestión como violento.

En reiterada jurisprudencia ha destacado la Corte Suprema de Justicia que la diferencia fundamental entre los delitos sexuales violentos y los abusivos radica en que los primeros se realizan gracias al elemento típico de la violencia, mientras que en los segundos concurre un consentimiento viciado del sujeto pasivo de la conducta⁹.

En la actual codificación, los artículos 208 y 209 del Código Penal tipifican penalmente cualquier acto sexual que involucre a un menor de 14 años. Si el acto sexual implica acceso carnal, se aplicará el artículo 208; en cambio, si se trata de una forma diferente de acto sexual que no incluye acceso carnal, se aplicará el artículo 209. Este último artículo no solo sanciona el tocamiento directo del menor de 14 años, sino que también penaliza los realizados en su presencia, así como la inducción del menor a participar en prácticas sexuales.

9 Ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 7 de junio de 2023 (Rad. 56244); 5 de marzo de 2014 (Rad. 41778); 20 de octubre de 2010 (Rad. 33022).

La Corte Suprema de Justicia ha abordado de manera clara y consistente la cuestión de si toda relación sexual que involucra a una persona menor de 14 años debe considerarse como una afectación a los bienes jurídicos del sujeto pasivo. Su jurisprudencia reiterada establece que se presume que los menores de 14 años carecen de la capacidad para tomar decisiones y actuar libremente en el ámbito de la sexualidad. Esto obedece a la convicción de que carecen de la madurez necesaria para afrontar las implicaciones que un acto sexual podría tener en su desarrollo personal, dado el bajo nivel de madurez que presentan en sus dimensiones intelectual, volitiva y afectiva (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 26 de septiembre de 2000).

Esta presunción es de carácter absoluto, es decir, *iure et de iure* (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de mayo de 2009), y va encaminada a que no sea necesario probar que el comportamiento típico, consistente en realizar con dolo acceso carnal o acto sexual diverso a este, en persona menor de 14 años, afecta los bienes jurídicos sexuales del menor. Asimismo, no solo se omite la necesidad de probar su antijuridicidad material, sino que, además, se prohíbe cualquier controversia probatoria en relación con este asunto.

Con el propósito de salvaguardar el interés superior del niño y asegurar la especial protección que merece, dicha presunción no se restringe únicamente al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208 del Código Penal), sino que también se extiende a todos los comportamientos contemplados en el artículo 209, referentes a los actos sexuales diversos del acceso carnal con o en presencia de persona menor de 14 años, así como inducirla a realizar prácticas sexuales, tal como lo ha señalado de forma explícita la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos¹⁰.

En consecuencia, para las autoridades judiciales, el consentimiento de la víctima, basado en su desarrollo mental particularmente avanzado (ya sea en lo intelectual, volitivo o afectivo), su experiencia sexual previa, o cualquier otra circunstancia, se considera irrelevante. Por lo tanto, se presume que en cualquier caso que implique una relación sexual con un menor de 14 años, dicho menor habrá sufrido una afectación a sus bienes jurídicos. Siendo vehemente la Corte Suprema de Justicia al sostener que la presunción jamás admitirá prueba en contrario, ni estará sujeta a valoraciones relacionadas con el comportamiento del menor (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 7 de junio de 2023).

Bajo esta óptica, los delitos sexuales abusivos se configuran incluso cuando el menor de 14 años otorgue su consentimiento para la relación sexual, dado que este consentimiento carece de va-

10 Ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 20 de octubre de 2010 (Rad. 33022); 24 de octubre de 2019 (Rad. 47234); 7 de junio de 2023 (Rad. 55559).

lidez jurídica. Porque, aunque se reconozca que el menor ha dado su consentimiento, este no es suficiente para desvirtuar la naturaleza antijurídica del comportamiento al que se ve sometido. Por esta razón, la causal de ausencia de responsabilidad penal, contemplada en el artículo 32, numeral 2 del Código Penal, que se refiere al consentimiento válidamente otorgado por el titular del bien jurídico en situaciones en las que se puede disponer de este, resulta inoperante en tales circunstancias.

Esto es reafirmado por la doctrina, en la que se reconoce que:

(...) existen, por supuesto, hipótesis en las que el consentimiento no tiene ninguna relevancia, como el emitido por el menor de 14 años en los actos sexuales abusivos (artículos 208 y 209 en su actual redacción), pues el legislador presume que está en incapacidad de hacerlo. (Velásquez, 2017, p. 406)

De esta afirmación se desprende que, en la interpretación del citado jurista, el menor carece de capacidad para emitir un consentimiento válido en tales circunstancias.

Como se ha expuesto anteriormente, los artículos relacionados con la violación se encuentran en el Capítulo I del Título IV del Libro II del Código Penal, mientras que los referidos a los Actos Sexuales Abusivos están en el Capítulo II del mismo título. Históricamente, estos delitos han presentado marcadas diferencias en cuanto a su punibilidad. En el momento de la promulgación inicial del Código Penal, el delito de Acceso Carnal Violento era castigado con penas de prisión que variaban entre 8 y 15 años. En contraste, el Acceso Carnal Abusivo se sancionaba con penas considerablemente inferiores, que oscilaban entre 4 y 8 años, es decir, casi la mitad de las impuestas por el acceso carnal violento.

Del mismo modo, el acto sexual violento conllevaba una pena de 3 a 6 años, mientras que el acto sexual abusivo, que tenía una pena de 3 a 5 años. Con posterioridad, la Ley 890 de 2004 elevó las penas para todos los tipos penales del Código Penal, manteniendo la diferencia de penas entre los delitos cometidos con violencia y aquellos calificados como abusivos. Así, los actos sexuales violentos siguieron siendo sancionados con penas más severas, en reconocimiento de la mayor gravedad y trascendencia que implican en comparación con los delitos considerados abusivos (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 7 de junio de 2023).

Sin embargo, con la promulgación de la Ley 1236 de 2008, el legislador tomó la decisión de equiparar las penas correspondientes a los delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo, fijándolas en un rango de 12 a 20 años de prisión. Esta disposición se aplica igualmente al delito violento (perteneciente al Capítulo I del Título IV del Libro II del Código Penal) de Acceso Carnal en Persona Puesta en Incapacidad de Resistir (artículo 207), así como al delito abusivo (perte-

reciente al Capítulo II del Título IV del Libro II del Código Penal) de Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir (artículo 210).

Si bien en la actualidad tanto el acceso carnal abusivo con menor de 14 años como el acceso carnal violento conllevan penas equivalentes, que oscilan entre 12 y 20 años de prisión, es fundamental destacar que ambos delitos poseen significados y niveles de lesividad distintos. Esto se debe a que, de acuerdo a la Corte Suprema de Justicia, la valoración de la gravedad de cada conducta no puede limitarse únicamente a la cuantía de la pena privativa de libertad establecida por el legislador (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 7 de junio de 2023).

En lo que concierne a la punibilidad de los actos sexuales distintos al acceso carnal, las diferencias entre aquellos perpetrados con violencia y los cometidos mediante abuso no son significativas. Así, mientras que el primero conlleva una pena de prisión de 8 a 16 años, el segundo contempla sanciones que varían entre 9 y 13 años.

DIFERENCIAS ENTRE EL ENFOQUE COLOMBIANO Y EL DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El legislativo colombiano, en su intento por fortalecer la protección de los menores de edad, ha recurrido a la vía penal con el propósito de que el aumento de penas disuada la comisión de actos lesivos contra los bienes jurídicos de los más jóvenes. En este contexto, ha decidido incrementar sustancialmente las sanciones previstas, entre otros, en los artículos 208 y 209 del Código Penal.

La equiparación de los delitos sexuales abusivos con los delitos violentos por parte del legislador responde a una necesidad de endurecer las penas y castigar con mayor rigor los atentados contra los menores de edad. Esta decisión refleja una tendencia hacia el populismo punitivo, en la que se prioriza la aplicación de sanciones severas como una forma de disuasión general. Desde la expedición de la norma penal se busca intimidar a la población y transmitir un mensaje claro de que tales conductas no serán toleradas (prevención general negativa). Sin embargo, este enfoque puede llevar a una simplificación de la complejidad de los delitos sexuales, diluyendo las diferencias significativas en la gravedad y el impacto de los actos, y potencialmente menoscabando los principios de proporcionalidad y justicia que deben guiar el sistema penal.

Esta tendencia se intensificó notablemente con la promulgación de la Ley 1236 de 2008, que estableció penas equivalentes para la mayoría de los delitos sexuales violentos y abusivos, en un esfuerzo por ofrecer una respuesta más contundente ante estos crímenes. No obstante, fue con la Ley 1719 de 2014 que se consolidó esta homologación de manera definitiva, al fusionar conceptos que, por su naturaleza y gravedad, son inherentemente disímiles, como lo son la violencia y el abuso.

Cuando el artículo 212A dispone que se considerará violento cualquier acto en el que concurran “circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento”, abre la posibilidad de que comportamientos antes catalogados como abusivos (tales como el acto sexual distinto al acceso carnal o el acceso carnal abusivo con menor de 14 años) se castiguen como violentos. Esto se debe a que cuentan con el elemento fundamental del novedoso concepto de violencia: “la imposibilidad de que la víctima consienta”. De esta forma, no consentirá el sujeto pasivo, ya que en virtud de su minoría de edad no tiene la capacidad para dar su consentimiento, situación sobre la que cae una presunción *iure et de iure*.

Esto se debe, al hecho de que se considera violento un acto sexual, desde una dimensión normativa, cuando la consumación de un intercambio sexual se da sin la aquiescencia real (voluntaria y libre de constreñimiento alguno) de la persona ofendida (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 1 de julio de 2020). Claro es que un menor de edad no podrá dar una aquiescencia real y voluntaria, porque se presume (sin que admita prueba en contrario) que sus capacidades intelectivas, volitivas y afectivas no han madurado lo suficiente.

Por otro lado, la afirmación de que cualquier acto sexual, en el que el consentimiento se vea afectado por alguna circunstancia, se considere automáticamente violento resulta problemática. En este contexto, el engaño es una de esas circunstancias que puede invalidar el consentimiento, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SP4235-2020. En esta decisión se establece que:

(...) si bien el programa penal de los delitos sexuales supone la presunción de que el consentimiento no tiene incidencia en los casos de acceso y actos sexuales abusivos con menor de 14 años, (artículos 208 y 209 del Código Penal), esa misma reflexión no procede en los casos en los que el mayor de 14 años y menor de 18 presta su consentimiento, por la libertad sexual que se le reconoce en esa materia al menor entre esas edades, siempre que no se pretenda su explotación, o la conducta sea producto de la violencia, el abuso o el engaño. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 4 de noviembre de 2020) [subrayado fuera de texto].

Del análisis de la cita jurisprudencial anterior se concluye que el consentimiento relacionado con las prácticas sexuales de adolescentes mayores de 14 años, pero menores de 18, es considerado válido, dado que se les reconoce el derecho a la libertad sexual. Sin embargo, este consentimiento pierde su validez si está viciado por circunstancias como el engaño, entre otras.

De este razonamiento resulta correcto concluir que, conforme al ordenamiento jurídico colombiano, el acceso carnal que se lleva a cabo mediante el engaño debe ser considerado una modalidad de acceso carnal violento. Esto se debe a que el engaño vicia el consentimiento de la

persona involucrada, y viciado el consentimiento, el acto sexual practicado entra en la categoría de la violencia, de acuerdo al artículo 212A del Código Penal colombiano.

Este fenómeno se manifiesta en la resurrección de figuras jurídicas que habían quedado obsoletas, como el *estupro*, consistente en obtener un acceso carnal mediante engaño con una persona mayor de 14 pero menor de 18 años. El cual estuvo penalizado en el Código Penal de 1936¹¹, así como en el Código Penal de 1980¹², pero que no se encuentra contemplado en el actual Código Penal. Según la Exposición de Motivos de la Ley 599 de 2000, esta omisión responde a un reconocimiento de las condiciones socioculturales y al nivel de madurez que se atribuye a las personas mayores de 14 años, en contraste con aquellas menores de esa edad.

La penalización del estupro bajo la categoría de violación no solo desconoce la evolución del Estado colombiano hacia un efectivo reconocimiento de la libertad sexual en los menores de 18 años, pero mayores de 14, sino que también infringe el principio de proporcionalidad. Esta equiparación de penas entre los actos sexuales violentos y aquellos obtenidos mediante engaño es preocupante, toda vez que, incluso en el Código Penal de 1980, el estupro contemplaba penas significativamente inferiores: de 1 a 5 años de prisión por acceso y de 0.5 a 2 años de prisión por acto sexual diverso, en comparación con las penas previstas para la violación, que eran de 2 a 8 años de prisión por acceso y de 1 a 3 años por acto sexual diverso.

Resulta claro que calificar de “violento” cualquier acto sexual en el que el consentimiento esté condicionado por el engaño puede llevar a interpretaciones que desafíen las dinámicas de la vida en sociedad. Bajo esta perspectiva, resulta viable entonces criminalizar todas las relaciones sexuales que, aunque consentidas, este consentimiento haya sufrido una disminución por cuenta de algún tipo de engaño. Lo que implica, por ejemplo, que resulte reprochable a título de Acceso Carnal Violento el intercambio sexual obtenido a través de un consentimiento nublado por un engaño, como pudiera ser el consistente en el retiro clandestino de un condón (“stealththing”), o como el ocultamiento de información sobre el estado civil, la clase social o creencias religiosas de una de las partes de la práctica sexual (García, 2024, p. 41); situaciones que, pese a involucrar

11 “Artículo 320. El que obtenga el acceso carnal a una mujer mayor de catorce años, empleando al efecto maniobras engañosas, o supercherías de cualquier género, o seduciéndola mediante promesa formal de matrimonio, está sujeto a la pena de uno a seis años de prisión. A la misma pena está sujeto el que tenga acceso carnal con una persona que padezca de alienación mental o que se halle en estado de inconsciencia”.

12 “Artículo 301. Acceso carnal mediante engaño. El que mediante engaño obtenga acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

Artículo 302. Acto sexual mediante engaño. El que mediante engaño realice en una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, acto sexual diverso del acceso carnal, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años”.

ocultamiento o deshonestidad, no presentan el mismo nivel de lesividad que una violación en el sentido tradicional.

La ampliación del concepto de violencia con la Ley 1719 de 2014, tal como se muestra en su exposición de motivos, busca alinear la normatividad colombiana con los estándares del derecho penal internacional. En este sentido, como para la Corte Penal Internacional el crimen de lesa humanidad de violación incluye el acceso carnal contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento, el Congreso de la República de Colombia dispuso adoptar esta definición para su ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, la aplicación de este concepto en la legislación colombiana fue más amplio que la concepción de violencia propuesta por la Corte Penal Internacional, lo que genera un conflicto con los principios del ordenamiento jurídico penal colombiano. Esta expansión, al incluir una gama más amplia de conductas como actos violentos, desafía la proporcionalidad de las penas y la adecuada clasificación de los delitos, contraviniendo la necesidad de que las sanciones sean coherentes con la gravedad del crimen cometido.

No obstante, esto no implica que para la Corte Penal Internacional todos los comportamientos sexuales, independientemente del tipo de violencia que los acompañe, sean penados con igual intensidad. Es decir, la CPI no reprochará con igual fuerza los accesos carnales obtenidos mediante violencia física que los logrados por violencia psicológica, o por amenazas, o por intimidación, por coerción, por abuso de poder o a través de aprovechamiento de contextos opresivos.

Esto se debe a que los magistrados de la Corte Penal Internacional gozan de una mayor flexibilidad a la hora de imponer penas, sin estar sujetos a un catálogo fijo de sanciones como ocurre en Colombia, donde cada delito tiene un mínimo y un máximo preestablecidos, toda vez que el Estatuto de Roma carece de una dosimetría penal al no asignar una pena a cada crimen (Rodríguez, 2000, p. 21). La CPI, en cambio, dispone de una amplia discrecionalidad en cuanto al monto de la pena a imponer, permitiéndole adaptar la sentencia según la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado, conforme al artículo 78 del Estatuto de Roma. Así, puede imponer reclusión por un período determinado que no exceda de 30 años, o reclusión a perpetuidad en los casos más graves, y en ciertos supuestos, imponer además multas y el decomiso de bienes que procedan directa o indirectamente del crimen, como lo dicta el artículo 77 del Estatuto de Roma.

Teniendo en cuenta que uno de los elementos clave que la Corte Penal Internacional debe evaluar al imponer una pena es la gravedad del crimen, y dado que los actos sexuales realizados mediante violencia física, por ejemplo, son más graves que aquellos cometidos mediante abuso,

esta instancia internacional dictará responsabilidad penal a través de sanciones notablemente diferenciadas en cada caso particular. Esto se basa en la distinta lesividad de ambos tipos de conductas, a pesar de que ambos sean calificados como violación.

En vista de lo expuesto, se hace patente que la Corte Penal Internacional opera bajo un esquema jurídico que respeta la proporcionalidad entre la gravedad del crimen y la pena a imponer. Sin embargo, en el contexto colombiano, especialmente en lo que respecta a los atentados sexuales violentos, esto no se cumple. La adopción de conceptos jurídicos foráneos, sin la debida adaptación, ha permitido que una variedad de comportamientos sean tratados como violaciones a la libertad, integridad y formación sexuales, cuando no necesariamente deberían ser considerados como tales.

A pesar de que la intención subyacente de la Ley 1719 de 2014 era la de armonizar la normatividad nacional con los principios del derecho penal internacional, lo que en última instancia ocurrió fue un distanciamiento. Si bien el propósito inicial era integrar las categorías y conceptos internacionales, el proceso legislativo terminó por adoptar una interpretación amplia y poco precisa de esos principios, que, lejos de alinearse con los estándares internacionales, resultó en una distorsión de las normas. Esto generó un desfase entre las políticas nacionales y las reconocidas a nivel internacional, especialmente en lo que se refiere a la proporcionalidad que deben guardar las penas con la gravedad del acto que se censura.

En últimas, categorizando cualquier atentado a la libertad, integridad y formación sexuales como violento, se erosiona la eficacia del sistema penal, en función de su disuasión, como magistralmente lo resalta Cesare Beccaria (2015) cuando expresa: “Si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja” (p. 27).

CONCLUSIONES

Aunque el legislador colombiano ha mostrado interés en encontrar formas más justas, eficientes y efectivas para enfrentar la criminalidad sexual que tanto daño causa a la sociedad, y especialmente a sujetos de especial protección constitucional como los infantes, adolescentes y mujeres, su enfoque de adoptar conceptos del derecho internacional sin un análisis riguroso plantea desafíos significativos; toda vez que la integración de estos conceptos internacionales requiere una evaluación profunda de las diferencias entre las estructuras jurídicas colombiana e internacional para evitar distorsiones en la aplicación de la ley.

Un riesgo notable es la posibilidad de que conductas de distinta gravedad sean tratadas de manera idéntica. Al clasificar ciertos delitos de abuso en el mismo nivel que los delitos sexuales violentos, se corre el riesgo de imponer penas desproporcionadas, ajenas a la realidad del daño causado. Esta falta de distinción entre tipos de delitos no solo debilita el principio de proporcionalidad, sino que también puede provocar injusticias al aplicar sanciones severas a comportamientos que, aunque reprochables, no alcanzan la gravedad de los actos violentos.

Aún más preocupante es el potencial de penalizar nuevamente conductas despenalizadas en Colombia, como el estupro, o incluso categorizar como delitos violentos actos sexuales que en realidad no deberían considerarse delitos, como aquellos realizados mediante engaños que realmente no afectan los bienes jurídicos. Esta adopción irreflexiva no solo puede deteriorar el equilibrio del sistema penal colombiano, sino también socavar la eficacia de las garantías que protege.

En este punto resulta crucial que los jueces de la República, al aplicar las normas que penalizan la violencia sexual, lo hagan con un estricto respeto por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, como lo ordena el artículo tercero del Código Penal. Esta práctica es fundamental para prevenir un uso desmedido del poder punitivo. Permitir que se apliquen normativas internacionales en el marco jurídico colombiano sin una valoración adecuada de las diferencias entre las estructuras legales locales e internacionales puede llevar a la criminalización de conductas que no merecen un reproche estatal tan severo como el que se reserva a las violaciones a la libertad, la integridad y la formación sexuales.

Por lo tanto, es recomendable la creación de directrices específicas que orienten a los jueces y magistrados sobre cómo interpretar y aplicar las normativas internacionales dentro del contexto colombiano, garantizando una valoración adecuada de las diferencias entre las distintas estructuras legales. Adicionalmente, es esencial implementar programas de capacitación y sensibilización para que los operadores de justicia sean respetuosos del orden constitucional, que en el caso colombiano se basa en el respeto absoluto a la dignidad humana¹³. Esto asegurará que se evite la criminalización de conductas irrelevantes al derecho penal, impidiendo que se condenen a personas por comportamientos que no lesionen ni pongan efectivamente en peligro la libertad, integridad y formación sexuales.

Es importante resaltar que solo ante atentados graves a estos bienes jurídicos se justifica la imposición de una pena. En el contexto colombiano, la declaratoria de responsabilidad penal por delitos sexuales conlleva implicaciones significativas, no solo por la severidad de las penas

13 Bien jurídico reconocido por la Corte Constitucional como absoluto en el ordenamiento jurídico penal colombiano en Sentencia C-348 de 2024.

impuestas (que llevan a la suspensión, restricción y limitación de ciertos derechos), sino también por el considerable reproche social que enfrenta el condenado. Esta reacción social puede ser devastadora y acentúa el impacto de la sanción penal. Por ello, es fundamental que, al abordar estos temas, los operadores judiciales actúen en estricto respeto a los criterios más restrictivos del derecho penal, como lo menciona Zaffaroni (2007):

No se trata de alucinar un legislador histórico que haya partido del bien jurídico para construir la norma y llegar al tipo, pero debe agotarse el esfuerzo científico para que haya un juez racional que, partiendo del tipo deduzca la norma para llegar al bien y, de este modo, precisar el ámbito prohibido, para excluir de éste lo que implique una irracionalidad intolerable (lo que aparezca abarcado literalmente en la fórmula legal, pero sin lesionar la norma afectando el bien jurídico). (p. 345)

En conclusión, las graves implicaciones que conlleva condenar a una persona por un delito sexual exigen a los operadores judiciales realizar una aplicación meticulosa y rigurosa del derecho penal. Este enfoque es crucial para evitar la posibilidad de condenar a inocentes y garantizar que el empleo del poder punitivo se limite a aquellos casos en los que resulte lo menos irracional posible.

REFERENCIAS

- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/20199>
- Cancio Meliá, M. (2000). Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano. *Derecho Penal y Criminología*, 21(70), pp. 65-93.
- Congreso de la República de Colombia (1936). Ley 95, *sobre Código Penal*.
- Congreso de la República de Colombia (1998). Proyecto de Ley por el cual se expide el Código Penal. Gaceta del Congreso No. 189.
- Congreso de la República de Colombia (2000). Ley 599, *por la cual se expide el Código Penal*.
- Congreso de la República de Colombia (2004). Ley 890, *por la cual se modifica y adiciona el Código Penal*.
- Congreso de la República de Colombia (2008). Ley 1236, *por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual*.
- Congreso República de Colombia (2012). Proyecto de Ley N.º 037, *por el cual modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión al conflicto armado, y se dictan otras disposiciones*. Gaceta del Congreso N.º 473.

Congreso de la República de Colombia (2014). Ley 1719, *por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones.*

Corte Penal Internacional [CPI]. (2002). *Elementos de los Crímenes*. Nueva York. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elementos-de-los-Crimenes.pdf>

Corte Suprema de Justicia. Auto Interlocutorio del 16 de marzo de 2022, M. P.: Gerson Chaverra Castro. Radicado 58.231.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de septiembre de 2000, M. P.: Fernando Arboleda Ripoll. Radicado 13.466.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de octubre de 2006, M. P.: Álvaro Pérez Pinzón. Radicado 25.743.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de mayo de 2009, M. P.: Augusto Ibáñez Guzmán. Radicado 31.717.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de mayo de 2009, M. P.: Yesid Ramírez Bástidas. Radicado 31.830.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de octubre de 2010, M. P.: Julio Socha Salamanca. Radicado 33.022.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de mayo de 2012, M. P.: Luis Salazar Otero. Radicado 34.661.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de marzo de 2014, M. P.: Eugenio Fernández Carlier. Radicado 41.778.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de mayo de 2015, M. P.: María González Muñoz. Radicado 43.880.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de septiembre de 2015, M. P.: Eugenio Fernández Carlier. Radicado 34.514.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de octubre de 2016, M. P.: Fernando Castro Caballero. Radicado 47.640.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de enero de 2017, M. P.: Eyder Patiño Cabrera. Radicado 41.948.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de marzo de 2017, M. P.: José Barceló Camacho. Radicado 44.441.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de octubre de 2019, M. P.: Eugenio Fernández Carlier. Radicado 47.234.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de julio de 2020, M. P.: José Acuña Vizcaya. Radicado 52.897.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de agosto de 2020, M. P.: Patricia Salazar Cuellar. Radicado 52.024.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de noviembre de 2020, M. P.: Luis Hernández Barbosa. Radicado 51.626.

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 24 de marzo de 2021, M. P.: Gerson Chaverra Castro. Radicado 54.547.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de junio de 2023, M. P.: Fabio Ospitia Garzón. Radicado 56.244.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de junio de 2023, M. P.: Fernando Bolaños Palacios. Radicado 55.559.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de marzo de 2024, M. P.: Jorge Díaz Soto. Radicado 58.876.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de marzo de 2024, M. P.: Fernando Bolaños Palacios. Radicado 62.211.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 17 de abril de 2024, M. P.: Gerson Chaverra Castro. Radicado 62.482.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de mayo de 2024, M. P.: Gerson Chaverra Castro. Radicado 60.954.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de febrero de 2025, M. P.: Fernando Bolaños Palacios. Radicado 63.609.
- García, M. F. (2024). Delitos sexuales y nuevas formas de criminalización. Stealthing: el consentimiento sexual a debate. *Derecho Penal y Criminología*, 45(119), 29-50. doi <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n119.03>.
- Organización de las Naciones Unidas (1998). Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Presidencia de la República (1980). Decreto Ley 100, *por el cual se expide el nuevo Código Penal*.
- Rodríguez, J. L. (2000). Los principios generales de derecho penal y la responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. *Derecho Penal y Criminología*, 21(69), 13-36.
- Torres Tópaga, W. (2019). *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. Volumen II. Universidad Externado de Colombia.
- Saray Botero, N. y Peláez Mejía, J. (2022). *Los hechos jurídicamente relevantes*. Leyer.
- Saray Botero, N. (2024). *Dosificación Judicial de la Pena* (4ª ed.). Leyer.
- Velásquez Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. Primera edición. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Zaffaroni, E. R. (2007). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediar.

Defense of Subjects of Special Protection from Theoretical Perspectives of Dialogical Scope*

Defensa de los sujetos de especial protección desde perspectivas teóricas de alcance dialógico

PATRICIA RAQUEL MORRIS BOLAÑO

Specialist in Administrative Law at Universidad Libre in Barranquilla. Master's degree in Administrative Law from Universidad Libre in Bogotá. Doctor of Law from Universidad del Norte. Professor at the Universidad Libre in Barranquilla.

patricia.morris@unilibre.edu.co

<https://orcid.org/0000-0003-1575-5628>

OONA ISABEL HERNÁNDEZ PALMA

Master of Law from Universidad del Norte. Doctoral candidate from Santo Tomás University in Bogota. Professor at the Universidad Libre in Barranquilla.

Oonai.hernandezp@unilibre.edu.co

<https://orcid.org/0000-0003-2153-2711>

* Article resulting from research developed within the “Social determinants of Maternal and Child Health (MCH)”, financed by Universidad Libre de Colombia.

Abstract

The aim of this article is to analyze, from dialogic theoretical perspectives, analytical tools for concretizing the scope of protection afforded to subjects of special constitutional protection. To this end, the research was conducted using a qualitative approach, based on a literature review and adopting an explanatory study design. In this sense, the examination of various theoretical proposals, such as dialogic constitutionalism as articulated by Gargarella, Alexy's procedural theory of legal argumentation, the fundamental right to good administration, and governance theory, made it possible to identify reflections and relevant conceptual elements for constructing pathways toward equality for individuals and collectives that have been systematically excluded and/or are in situations of manifest vulnerability. This objective is of vital importance for the Constitutional State, given that, according to research findings, the category of "subjects of special constitutional protection," developed by the Colombian Constitutional Court, faces significant challenges stemming from the absence of a clear definition of the scope of the rights applicable to each typology, in light of their distinct contexts of rights-violations.

PALABRAS CLAVE

Subjects of special constitutional protection, dialogic constitutionalism, procedural theory of legal argumentation, governance, fundamental right to good administration.

Resumen

El objetivo de este artículo es analizar, desde visiones teóricas de alcance dialógico, herramientas para la concreción del ámbito de protección de sujetos de especial protección constitucional. Para su logro, la investigación fue desarrollada a partir de un enfoque cualitativo, mediante revisión bibliográfica y asumiendo un tipo de estudio explicativo. En este sentido, el examen de diversas propuestas, tales como el constitucionalismo dialógico, planteado por Gargarella, la teoría procedimental de argumentación jurídica de Alexy, el derecho fundamental a la buena administración y la teoría de la gobernanza, posibilitó identificar reflexiones y elementos conceptuales pertinentes para construir la senda de igualdad de personas y colectivos sistemáticamente excluidos y/o en situación de debilidad manifiesta; propósito vital para el Estado constitucional, ya que con fundamento en resultados de investigación, la categoría "sujetos de especial protección constitucional", creada por la Corte Constitucional de Colombia, enfrenta dificultades relacionadas con la ausencia de una clara definición sobre el alcance de los derechos que conciernen a cada tipología de acuerdo con sus distintas realidades de vulneración.

KEYWORDS

Sujetos de especial protección constitucional, constitucionalismo dialógico, teoría procedimental de argumentación jurídica, gobernanza, derecho fundamental a la buena administración.

INTRODUCCIÓN

Undoubtedly, the legitimacy of the Constitutional and Democratic State governed by the rule of law depends on the materialization of fundamental rights, which, from a philosophical–political perspective, are grounded in “the values of equality, democracy, peace, and the protection of the weakest” (Ferrajoli, 2008, p. 46). In this sense, they constitute the essential core of contemporary legal systems and, at the same time, require the State to pursue social justice, that is, the attainment of dignified conditions of coexistence.

In line with the above, contemporary constitutionalism demands that States construct equality through actions that enable historically discriminated individuals and groups to overcome the conditions of marginalization to which they have been subjected. Nevertheless, this objective remains a major challenge—an unfulfilled promise—not only for the Colombian State but also for Latin American States more broadly, a situation that contradicts the constitutional, democratic, and social nature that defines them.

Specifically, in this regard, Clérico and Aldao (2014) argue:

Latin America and the Caribbean are territories marked by profound social and political–economic inequalities, understood both in terms of distribution and lack of recognition. These inequalities persist despite the greater or lesser efforts that have been undertaken through public policies to address the most extreme forms of inequality (p. 220).

For his part, Uprimny (2011), based on an analysis of the constitutional transformations that have taken place in the Latin American region, states: “Most of the new constitutional texts explicitly promote social equality and the overcoming of poverty; however, with a few exceptions, the results in this field have generally been very poor” (p. 133).

However, one cannot overlook the significant contribution that the Colombian Constitutional Court has made at the national level by delineating, through its case law, the foundations aimed at overcoming the inequality faced by various sectors of the population. A clear manifestation of this progress is the creation of the legal category of “subjects of special constitutional protection,” through which the Court has configured a very broad framework of inclusion encompassing a wide variety of systematically segregated individuals and social groups.

Nevertheless, with regard to this legal status, doctrinal concern has arisen for several reasons: (i) the lack of clarity concerning the content of the protection afforded to each typology; (ii) the absence of an organized, articulated, and suitable legal regime for the plurality of individuals and population sectors holding this status; and (iii) the lack of precision regarding both the spe-

cific realities they face and the regulatory measures or responses they demand in justice (Peláez, 2015). Consequently, the concern surrounding the difficulties faced by subjects of special constitutional protection is justified, as these shortcomings directly affect the effectiveness of their rights and, subsequently, hinder the realization of material equality, a superior value in the current constitutional order.

Research Question and Hypothesis

Given the reality just described, the research sought to investigate: how is it possible to concretize the scope of protection for subjects of special constitutional protection from theoretical dialogic tendency perspectives?

In response, the working hypothesis posits that several dialogically oriented approaches –namely, Roberto Gargarella’s theory of constitutional justice, Robert Alexy’s procedural theory of legal argumentation, the fundamental right to good administration, and good governance, and governance theory– converge in defending democratic deliberation, understood as an open conversation between public authorities and citizens. This deliberative framework constitutes an appropriate and legitimate methodology, within contemporary constitutionalism, both to define the scope of rights of historically segregated individuals and groups and to agree upon public policies capable of making those rights effective.

Accordingly, the objective of this article is to analyze guidelines for concretizing the scope of protection of subjects of special constitutional protection from dialogical theoretical insights. To this end, the article first addresses the scope of the category “subjects of special constitutional protection” and the legal difficulties it faces; second, it examines theoretical proposals that promote interaction between the State and civil society in decision-making processes grounded in democratic deliberation; and finally, it offers a brief synthesis of these approaches, focusing on both their objectives –namely, the effectiveness of rights– and the means proposed to achieve them, which translate into decisive tools of citizen participation for constructing pathways toward equality for systematically excluded or manifestly vulnerable individuals and groups.

METHODOLOGY

This research is legal in nature and was conducted under a qualitative paradigm through a review of specialized literature authored by scholars in public law, political philosophy, and the philosophy of law. It also follows an explanatory research design, insofar as it links dialogically oriented theoretical perspectives with the legal category of subjects of special constitutional

protection. In this regard, Hernández Sampieri (1998) defines explanatory studies as those that seek to answer why a relationship exists between two or more variables.

Consequently, the theoretical approaches analyzed provide guidelines that make it possible to concretize both the scope and the materialization of the rights of historically marginalized groups. The methods of analysis and synthesis were also employed. To this end, the categories or constructs under examination were disaggregated. First, the legal configuration of subjects of special constitutional protection was analyzed in terms of its elements, scope, derivation from the systematic and teleological interpretation of the Political Constitution, and the difficulties it faces. Second, several theoretical approaches that converge in defending democratic deliberation or citizen participation in decision-making processes affecting them were examined.

Regarding this methodological approach, Vanegas et al. (2010) argue:

The purpose of analysis is to arrive at knowledge of the parts as elements of a complex whole, in order to identify the connections between them and the laws governing the development of that whole. Synthesis, in turn, is the unity that forms an integral whole of parts, properties, and relationships delimited by analysis (p. 56).

RESULTS

Subjects of Special Constitutional Protection

The category of subjects of special constitutional protection refers to a legal status assigned to individuals or communities that have been historically discriminated against and are therefore disadvantaged in relation to the general population. This legal construction is grounded in the social nature of the Colombian State and derives from a systematic and teleological interpretation of the Political Constitution, revealing that such status flows from the axiological content of the constitutional order and from several of its provisions.

Thus, the Preamble of the Constitution establishes that the current constitutional order pursues, among other purposes, “ensuring life, peaceful coexistence, work, justice, equality, knowledge, freedom, and peace,” and is grounded, in particular, in the principle of equality, together with the values of coexistence, justice, and peace. Consistent with this scope, Article 1 of the same constitutional framework provides that Colombia is a Social State governed by the rule of law; Article 2 assigns it the fulfillment of essential purposes, including promoting general prosperity, ensuring the effectiveness of principles, rights, and duties, and guaranteeing peaceful coexistence within the framework of a just order; and, finally, Article 13 enshrines the guarantee of equality with a broad scope. As Quinche (2012) explains, this guarantee is structured around

three fundamental components: (i) the prohibition of all forms of discrimination; (ii) the State's commitment to adopting measures or affirmative actions in favor of sectors of society that have been historically excluded; and (iii) the special imperative to protect individuals in situations of manifest vulnerability.

In this context, it has been the Constitutional Court, through its jurisprudence, has conferred upon individuals and population groups the status of subjects of special constitutional protection, progressively expanding the complex framework encompassed by this legal category. This expansion has reached a point at which its systematization is warranted, particularly insofar as such organization facilitates the effective realization of their rights.

To illustrate, the following table presents an illustrative, though not exhaustive, list of individuals and collectives recognized by the aforementioned judicial body as subjects of special constitutional protection.

Table 1. Types of Subjects of Special Protection

Subjects of Special Constitutional Protection (SSCP).	Constitutional Court Rulings Related to Their Recognition and Protection	Scope
Children and adolescents	T029/2014	Reiterates the recognition of children and adolescents as subjects of special constitutional protection and their safeguarding in accordance with the principles of the best interest of the child and comprehensive protection in health matters.
Women	SU070/2013 SU075/2018	Recognizes the right to enhanced job stability for women during pregnancy and breastfeeding.
	T064/2023	Establishes the duty of judges and magistrates to administer justice from a gender perspective.
	T202/2024 T149/2024	Protects the right to non-discrimination of pregnant women in pre-contractual labor contexts.
	T199/2025	Grants constitutional protection to a woman with an intellectual disability, emphasizing a gender-sensitive and intersectional approach.

Continúa...

Persons with disabilities	T287/2013	Strengthens the recognition of persons with disabilities as subjects of special constitutional protection.
	C741/2015	Declares certain legal provisions constitutional under specific conditions, despite their discriminatory effects on parents with disabilities in adoption proceedings.
	T135/2024 T199/2025	Emphasizes the State's duty to remove barriers that limit or hinder the exercise of rights by persons with disabilities.
	T295/2024	Protects the right to a survivor's pension for a person affected by a mental disability.
	T178/2024	Orders healthcare providers to implement educational activities aimed at preventing mental health disorders.
Older adults	T377/2024	Reiterates enhanced protection of the right to health for older adults.
	T327/2024	Grants in-home caregiver assistance to elderly persons.
Indigenous peoples	T713/2017 T372/2021 C054/2023	Recognizes Indigenous peoples as subjects of special constitutional protection based on their ethnic and cultural diversity.
Afro-descendant communities	C295/2019 T276/2022	Recognizes ethnic diversity and emphasizes the fundamental right to prior consultation, which the State must guarantee before adopting legislative or administrative measures affecting their territories. They also order the proper characterization of this population group for the purposes of updating official registries or censuses.

Continúa...

Victims of the armed conflict	C781/2012	Requires expedited procedures and minimal requirements concerning victims' rights to comprehensive reparation, truth, justice, and land restitution.
	T083/2017 T059/2022 T022/2023	Reiterates the recognition of victims of the armed conflict as subjects of special constitutional protection, emphasizing the right of forcibly displaced persons to receive compensation due to their lack of minimum resources for subsistence.
Homeless persons	T043/2015 C062/2021	Emphasizes the State's commitment to ensuring a dignified life for this population sector through affirmative actions.
Persons deprived of liberty	SU122/2022	Reaffirms the existence of an unconstitutional state of affairs, assigning concrete obligations to public authorities to address the prison crisis.
	T107/2022	Reiterates the right to dignified treatment of persons held in correctional facilities.
	T386/2024 T216/2024	Reaffirms the rights to food, healthcare, and access to public services for persons deprived of liberty.
	T089/2024	Imposes on governmental entities the duty to guarantee adequate and safe conditions in temporary detention centers.
Kidnapped persons	T400/2003	Requires employers to continue paying salaries and social benefits to the families of kidnapped persons.
	T389/2024	Orders the Unit for the Comprehensive Assistance and Reparation of Victims (UARIV) to include kidnapped persons in the Unified Registry of Victims (RUV), regardless of the nature of the kidnapping.

Continúa...

People living in poverty	T207/2013	Protects the dignity of older adults living in extreme poverty.
	C110/2017	Prohibits the segregation of persons lacking sufficient economic resources to live with dignity.
	T122/2021	Protects the right to health from a comprehensive perspective, recognizing food, transportation, and lodging for patients and one companion.
	T312/2021	Confirms the importance of safeguarding the vital minimum of vulnerable population groups in the context of the COVID-19 public health emergency.
	T159/2023	Guarantees the vital minimum of persons living in poverty.

Source: Own elaboration.

Now, given the diversity of typologies subsumed under the category of subjects of special constitutional protection (SSCP), Peláez Grisales (2015) classifies them according to the following criteria: (i) physical condition; (ii) psychological impairment; (iii) victims of violence; (iv) groups traditionally discriminated against on the basis of sex; (v) belonging to an ethnic group; (vi) nationality; (vii) legal status; and (viii) circumstances of poverty, economic dependence, inferiority, exclusion, subordination, or territorial marginalization.

Challenges Faced by Subjects of Special Constitutional Protection

Subjects of special constitutional protection face multiple challenges. From this perspective, the first difficulty lies in the fact that, although the Colombian Constitutional Court has assigned this status to them –thus laying, through its jurisprudence, the foundations for promoting the transition of these population sectors from situations of marginalization (legal, social, cultural, economic, political, among others, in relation to the general population) to contexts of real or material equality– it is also true, as Peláez (2015) observes, that the extensive list and diversity of typologies of individuals and collectives subsumed under this category render this an extremely complex issue.

The second identified problem concerns the lack of clarity within the Colombian legal system regarding the specific content of protection, the essential core, or the minimum threshold of enforceability corresponding to each human group holding the status of subject of special cons-

titutional protection. This situation is evident both in the sphere of lawmaking and in those of interpretation and application. Indeed, according to Peláez (2015), the provisions and decisions issued by the branches of public power in Colombia with respect to these subjects reveal significant deficiencies. On the one hand, the legislative branch has yet to establish an intelligible, coherent, articulated, and suitable legal framework for the wide range of individuals and collectives that hold this status—one that would allow for the precise identification of the particular contexts of their specific problems and of the regulatory measures or responses that justice demands. On the other hand, the executive branch, when adopting decisions aimed at implementing public policies, faces serious obstacles reflected in the absence of organized, rational, and uniform regulatory development across the national territory, of a binding nature, that effectively integrates the contributions of these population sectors. Finally, the judiciary has also contributed to this difficulty, insofar as its rulings concerning the special safeguarding of these subjects display fragmentation, confusion, saturation, and the use of highly technical and unclear language, among other shortcomings.

Undoubtedly, the context described calls into question the legitimacy of the Colombian Constitutional, Democratic, and Social State governed by the rule of law, as it hinders the guarantee of one of its fundamental pillars: material equality in rights. Consequently, it becomes imperative to engage more deeply with the realities of each marginalized collective in order to adopt decisions capable of transforming their circumstances. Within this framework, the approaches addressed below prove particularly appropriate for the construction of the proposed argument, as they offer suitable parameters of rationality to guide an intelligent and effective dialogue between the State and the vast and diverse segments of the citizenry that remain excluded.

Theoretical Perspectives with a Dialogical Basis in Defense of Subjects of Special Constitutional Protection

In line with the foregoing, this section presents several theoretical approaches that converge in promoting interaction between the State and civil society as an appropriate methodology for defining the scope of the rights of subjects of special constitutional protection and for formulating administrative-level public policies aimed at making those rights effective.

Theory of Constitutional Justice by Roberto Gargarella

The theory of constitutional justice –also referred to as “dialogic constitutionalism”– as developed by Gargarella (2019), advocates a judicially promoted procedure according to which essential constitutional issues must be resolved through an open and ongoing conversation involving

both branches of public power and the citizenry. This deliberative perspective provides broad spaces for the participation of civil society on an equal footing.

In this regard, Niembro (2021) explains that Gargarella's democratic project assigns judges the role of protecting rights or claims, while the formulation of public policies necessary to materialize those demands falls to the political branches, with the participation of affected individuals and groups and under judicial supervision. In other words, "the idea is to collectively find a solution to structural problems" (Gargarella, 2019, p. 4).

It is worth emphasizing that Gargarella's research (2021) is grounded in questions of particular relevance for the Constitutional State:

Which demands, needs, expectations, and urgencies should constitutionalism recognize and seek to address as defining features of our time? Can we finally begin to confront –at last through constitutional means– the long-standing drama of inequality in which we have been entrenched? (p. 35).

This inquiry is rooted in the understanding that "constitutionalism was born characterized –and must continue to be distinguished– by a decidedly egalitarian imprint" (Gargarella & Bergallo, 2011, p. 11). From this perspective, the theory of justice seeks to give concrete expression to the mission assigned to constitutionalism, namely, the achievement of profound social transformations. In Colombia and throughout Latin America, this purpose necessarily entails confronting the deeply entrenched political, social, and economic inequalities that the region has historically endured. Under these circumstances, the justiciability of social rights –which translates into the creation of dignified conditions of coexistence– becomes both decisive and imperative. Its realization requires activist constitutional judges and courts; that is, their role cannot be confined, as Niembro (2021) notes, "to guaranteeing social rights alone, but must simultaneously support the development of an active citizenry, an indispensable requirement for egalitarian constitutionalism" (p. 174).

In light of the foregoing, Professor Gargarella's constitutional proposal is essentially focused on the construction of equality in Latin American societies through the creation of opportunities and improved living conditions to which all individuals and collectives may have access without distinction, particularly those that have been historically segregated. This objective is fully aligned with the purpose of the present research.

Undoubtedly, his approach calls for the transformation of classical constitutionalism –characterized by the presence of a system detached from the problems faced by the citizenry– into dialogic constitutionalism. The latter is instead marked by the strong protagonism of citizens in the

adoption of political and legal decisions, within the framework of a permanent and horizontal dialogue both within civil society and between civil society and the State.

From the argument advanced by the aforementioned author, it is possible to identify guidelines that would significantly contribute to specifying the content or scope of protection afforded to subjects of special constitutional protection and, consequently, to enabling the transformations that justice demands for these groups. These guidelines are set out in the following table.

Table 2. Guidelines Derived from the Theory of Constitutional Justice That Foster the Determination of Protection Frameworks for Subjects of Special Constitutional Protection

Guidelines	Purpose	Effects
Guarantee of equal participation	To generate the conditions that enable individuals to take part in public deliberation and to influence decisions that concern them.	Construction of a participatory democracy. Promotion of real equality and social justice. Strengthening of transparency and accountability in public administration.
Deliberation	To promote open spaces for dialogue among citizens and between citizens and the State, in order to: Understand, assess, and specify the reality of rights violations affecting subjects of special constitutional protection; Construct the proposals that justice demands.	Optimization of the quality of political and legal decisions, insofar as the consideration of diverse perspectives and arguments enhances their legitimacy and allows for a more accurate identification of community needs. Greater civic engagement.
Inclusion	To ensure the right to expression (to be heard) for individuals and collectives, especially those that have been historically marginalized.	Creation of fairer and more equitable social and institutional environments.

Source: Own elaboration.

Procedural Theory of Robert Alexy's Legal Argumentation

Within the spectrum of dialogically oriented approaches, particular attention should also be given to the procedural theory of legal argumentation developed by the renowned German legal

philosopher and jurist Robert Alexy. In this work, Alexy (2008) articulates a new non-positivist conception of the Constitutional State, emphasizing the relationship between law and morality, as well as the understanding of law as discourse. To this end, he previously undertook an exhaustive examination of contributions from various thinkers associated with the analytical philosophy of language –such as Wittgenstein– as well as theories of practical deliberation, the concept of truth grounded in Habermasian consensus, and the theory of argumentation from the rhetorical tradition advanced by Perelman (Feteris, 2007).

Alexy grounds this model of legal argumentation on three fundamental axes. The first is what he terms the “claim to correctness”, which not only equates law with the value of justice, but establishes justice as the primary foundation of legal norms and judicial decisions. The second is the “special case thesis”, according to which legal reasoning in adjudication is necessarily constrained by law, precedent, and legal dogmatics or juridical science. Finally, the third axis is that of “practical reason”, from which Alexy structures a procedural framework composed of a system of rules that guide the rationality of discourse and the justification of legal decisions (Atienza, 2001).

With regard to this final thematic core, and in light of the objective of the research, it is appropriate to emphasize the set of rules formulated by the author on the basis of Habermas (2010), which reflect the highest requirements for ensuring the rationality of discourse:

(2.1) Anyone who is capable of speaking may participate in the discourse; (2.2) everyone may question any assertion; (2.2) (a) everyone may introduce assertions into the discourse; (2.2) (b) everyone may express their attitudes, desires, and needs; (2.3) no speaker may be prevented from exercising these rights through any form of internal or external coercion (Feteris, 2007, p. 154).

These guidelines seek to democratize participation in the adoption of legal decisions, and their scope is particularly useful for ensuring the rationality of deliberation in interactional settings involving both the State and the citizenry. Moreover, their application would make it possible to achieve a better understanding of the realities faced by human groups subsumed under the legal category of subjects of special constitutional protection and, at the same time, to delineate –on the basis of consensus– solutions to their legitimate claims.

In this sense, Alexy, in an interview conducted by Atienza (2001), confirms the aforementioned purpose when he states:

In some works, such as Theory of Discourse, I have sought to show that the mutual recognition of participants in discourse as free and equal has a constitutive character for argumentation, and that on this basis rights can be justified (p. 685).

All things considered, the thesis of democratic deliberation advanced in this article –within which the perspectives discussed thus far are situated– is further strengthened by approaches and trends in contemporary public law that promote the development of innovative systems of governance. Within these frameworks, collectives seek to become genuine participants in State action. In this vein, governance theory and the fundamental right to good administration stand out as concepts that deconstruct the traditional criteria of verticality historically applied by governmental authorities in the adoption and implementation of legal and political decisions. This shift responds to the collapse of projects and programs established by States without the participation of the affected sectors.

Governance Theory

Before addressing the scope of governance theory, it is necessary to clarify the meaning of the term governance. According to Boussaguet, Jacquot, and Ravinet (2016), it refers to “a field of research concerned with forms of coordination, orientation, and steering of sectors, groups, and society beyond the classic organs of government” (p. 318). Furthermore, “the very notion of governance emerges in response to the diagnosis of governments’ inability to adequately respond to the problems submitted to them and to adapt to new forms of social, economic, and political organization” (Boussaguet et al., 2016, p. 318).

With regard to the theory itself, although it initially focused on the directive activity of state authorities and their attempt to establish socioeconomic organizations and strategies based on the paradigm of hierarchical control exercised by State power over social groups (Mayntz, 1987), today –according to Cerrillo (2005)– it represents an innovative and distinct way of governing. This approach is founded on dialogue among a multiplicity of actors under conditions of reciprocity and guided by the pursuit of a balance between the exercise of political power and civil society. In other words, its essential core lies in the active intervention of society in government, seeking to ensure the participation of all organizations and sectors that comprise it.

In fact, this new orientation is the result of an evolutionary process of what has been termed the “modern theory of political governance,” which emerged after the Second World War, at a time when states sought to steer the social and economic development of societies. In this regard, Mayntz (1987) notes that the earliest approach within this theory focused on the adoption and implementation of public policies, applying a vertical criterion (top-down) in the planning process. However, subsequent analysis of its implementation revealed the failure of such programs, **caused not only by shortcomings in their design or defects in their execution, but fundamentally by the exclusion of the participation of the affected sectors in their formulation and construction.** It was precisely this realization that prompted the expansion of the initial model

—previously focused exclusively on governmental power— through the incorporation of policy beneficiaries.

That being said, it is important to emphasize that the broad approach of governance makes it possible to optimize governability—a relatively recent concept whose origins, according to Prats (2003), can be traced to the work of Crozier, Huntington, and Watanuki (1975). Indeed, these authors highlighted the need to address the imbalance between growing social demands and the economic and functional difficulties experienced by the public sector during the 1970s, a concern whose scope would later expand when the concept of governability was applied to strengthen democracies undergoing processes of transformation.

In this sense, Donell (1979) and Przeworski (1988), as cited by Prats (2003), argued that governability is achievable in states that prevent autocracy while simultaneously expanding individuals' rights and opportunities. From this perspective, governability is oriented toward the implementation of policies capable of addressing social needs.

Accordingly, governance and governability are interdependent concepts. Governance, grounded in horizontal relationships —that is, in interaction between State institutions and civil society— creates the conditions necessary to ensure optimal governability (Cerrillo, 2005). Under this understanding, governance emerges as a means or pathway for achieving the objectives chosen by the actors or collectives involved; consequently, the state of governability ultimately depends on the level of governance development within a given society.

In any event, the relationship between the aforementioned concepts may vary depending on the conception of governance adopted by each state. According to Peters (2003), for example, the State continues to be the predominant actor in the definition of public policies; whereas Rhodes (2005) outlines a conception of governance under which the State has lost its full capacity to govern and, like Kooiman (2005) and Kickert (1993), conceives governance from a co-management perspective resulting from dialogue among diverse social actors. Finally, Scharpf (1993) emphasizes the idea of governance in the form of networks, aimed at fostering preparatory arenas for decision-making; however, he also underscores that such inter-organizational arrangements may prove ineffective if they are used merely as formal mechanisms limited to coordination rather than genuine consensus-building.

On the basis of the foregoing, it may be argued that the current perspective of governance theory offers key elements for achieving a more effective public administration, capable of promoting genuine transformations of social environments and improving the quality of life of individuals and collectives. This can be accomplished through the adoption of public policies built on

consensus among the State, civil society, and the private sector. Within this purpose is situated the fundamental right to good administration, a guarantee that has gained increasing prominence in contemporary constitutional discourse and whose scope aligns with the theoretical approaches addressed above.

Fundamental Right to Good Administration and Good Governance

At the global level, there is broad consensus regarding the relevance of the concept of good administration, defined as a “novel, guarantee-based right of the latest generation” (Carrillo, 2010, p. 1152). This concept embodies a three-dimensional approach, as it operates simultaneously as a principle, a duty, and a fundamental right. As a principle, good administration constitutes a guiding mandate for public administration; as a duty, it entails a commitment on the part of this branch of public power to create dignified conditions of coexistence within society, enabling its members –particularly sectors of the population that have been historically discriminated against or marginalized– to move from abstract scenarios of freedom and formal equality, characteristic of the Liberal State, to contexts of the real and effective realization of their rights. This understanding is consistent with the philosophy of the Constitutional, Democratic, and Social State governed by the rule of law. From this same orientation derives the final dimension of good administration as a fundamental right, grounded in human dignity, from which the elements that constitute this right emerge and converge in the definition of a new conception of citizenship: active, dialogical, proactive, and deeply engaged in public affairs.

Indeed, the idea of good administration has always existed, insofar as the administrative branch has, at least theoretically, pursued the safeguarding of the common good. Nevertheless, in the twenty-first century, when conceived as a right, good administration acquires renewed scope in light of the imperative to strengthen democracy within states by enhancing social participation, accountability, and the protection of individual rights in a globalized and interdependent context (Valencia & Wunder, 2018).

The resignification of the right to good administration responds to the philosophy of the Constitutional State, which requires understanding the transition “from a society that viewed the State as an entity to which the individual must serve, to one in which the State is conceived as being at the service of the human person” (Rodríguez, 1994, p. 103). In this new scenario, the value of dignity emerges as the moral seed of the principles and rights that structure the constitutional order, a notion historically equated with the core content of Kant’s categorical imperative: “Act in such a way that you treat humanity, whether in your own person or in that of another, always as an end and never merely as a means” (Kant, 1999, p. 189).

Notably, it was the Charter of Fundamental Rights of the European Union, proclaimed on December 7, 2000, that for the first time elevated the right to good administration to the status of a fundamental right, specifically in Article 41. This provision, with an illustrative scope, sets out a series of guarantees in favor of all persons. The first refers to the impartial, fair, and timely handling of matters by EU institutions and encompasses respect for the rights to be heard and to defense, access to information contained in administrative files, and the duty of authorities to provide reasons for their decisions. The second concerns the right of individuals to obtain compensation for damages caused by EU institutions or their agents. Finally, the third relates to the right of persons to communicate with the institutions of the Union in any of the languages recognized by the Treaties and to receive a response in the same language (European Union, 2000).

This right subsequently transcended European boundaries and extended to Latin America through the *Ibero-American Charter of the Rights and Duties of Citizens in Relation to Public Administration*, an instrument that defines its scope on the basis of its essential purpose: optimizing individuals' quality of life. From this perspective, good public administration entails a correlative duty on the part of the State to ensure the effective realization of individuals' rights through the implementation of expeditious administrative procedures grounded in the principles of impartiality, material equality, and justice (Latin American Center for Public Administration and Development, 2013).

In order to achieve the stated objectives, the Charter emphasizes the leading role that citizens and society must assume in the adoption and monitoring of decisions issued by Public Administration, as well as in overseeing its functioning. For this reason, Dumont (2002) rightly warns that "the administered person would no longer be merely a passive subject or a user, but rather a citizen who, as such, holds a series of rights vis-à-vis the administration" (p. 103).

The foregoing is consistent with the challenges currently faced by contemporary constitutionalism:

"The revolution of equality" and "the revolution of dignity." "Together, they have given rise to an anthropology that places at its center the self-determination of individuals, the construction of individual and collective identities, and new ways of understanding social relations" (Rodotá, 2014, p. 21).

The analysis of the theoretical proposals examined made it possible to contrast them and to identify significant convergences in their respective perspectives, both with regard to the ends they pursue and the means proposed to achieve them. Indeed, as concerns their objectives, dialogic constitutionalism, Alexy's theory of legal argumentation, governance theory, and the fundamental right to good administration essentially seek to guarantee the effective realization of fundamental rights, overcome structural problems, and advance the construction of material

equality—purposes upon which the legitimacy of Constitutional States ultimately depends. As for the means to attain these objectives, the aforementioned theories advocate conversation among equals, that is, between the State and civil society, as a methodology that makes it possible to construct the argumentative foundations of rights and, likewise, to reach consensus on and monitor public policies with a view to their materialization.

CONCLUSIONS

The legitimacy of the constitutional State depends on the effective realization of rights. This purpose, in turn, requires the State to chart a path toward material equality for individuals and groups that have been historically excluded, by fostering dignified conditions of coexistence. In the national context, this mandate remains an unfulfilled promise, despite the efforts of the Colombian Constitutional Court, which through its jurisprudence has laid important foundations aimed at transforming the reality of marginalization experienced by individuals and groups within society.

To this end, the aforementioned judicial body created the category of “subjects of special constitutional protection,” within which it has progressively included a wide range of typologies, based on multiple criteria, as noted by Peláez (2015): (i) physical condition; (ii) psychological impairment; (iii) victims of violence; (iv) groups traditionally discriminated against on the basis of sex; (v) membership in an ethnic group; (vi) nationality; (vii) legal status; and (viii) circumstances of poverty, economic dependence, inferiority, exclusion, subordination, or territorial marginalization, among others.

However, research findings reveal that this legal configuration faces significant difficulties. On the one hand, there is a lack of clarity regarding the specific legal content that should correspond to each individual or collective included within this category; on the other, there is an absence of an organized and articulated legal regime capable of providing precision as to the regulatory measures or responses that, in terms of justice, these sectors of Colombian society demand.

In this sense, the present study demonstrates that the theoretical constructs examined—dialogic constitutional justice theory, the procedural theory of legal argumentation, governance theory, and the fundamental right to good administration—converge in defending the thesis of democratic deliberation, or open conversation, between public authorities and the citizenry. The scope of this approach is reflected in concrete guidelines for defining the essential core of the rights of historically segregated individuals and groups, as well as for reaching consensus on public policies that ensure their effective realization.

Finally, the analysis of the approaches examined revealed the existence of a necessary interconnection between the notion of an active, dialogic, proactive, and oversight-oriented citizenship –engaged in public management processes– and the concepts of human dignity, social justice, and material equality. This interrelation, in turn, projects societies oriented toward the promotion of collective well-being.

REFERENCES

- Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (2001). Entrevista a Robert Alexy. Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10227/1/doxa24_27.pdf
- Boussaguet, L., Jacquot, S. & Ravinet, P. (2016). *Diccionario de políticas públicas*. [Traducido al español de Ana Carolina González y otros]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carrillo, J. (2010). Buena administración. ¿Un principio, un mandato o un derecho subjetivo? En: *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).
- Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (2013).
- Cerrillo I Martínez, A. (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Recuperado de <https://hacerperu.pe/wp-content/uploads/2023/05/Cerrillo-2005.pdf>
- Clérico, L., & Aldao, M. (2014). De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano. *H. Fix-Fierro y M. Morales-Antoniazzi, Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32351.pdf>
- Crozier, M. J., Huntington, S. P., & Watanuki, J. (1975). *The crisis of democracy: Report on the governability of democracies to the trilateral commission*.
- Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. [Traducido al español de Alberto Supelano]. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios constitucionales*, 6(1), 337-343.

- Gargarella, R. & Bergallo, P. (2011). Presentación. En Gargarella, R. (Coord.). *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria* (p. 11-17). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Gargarella, R. (2019). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales: qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran—por fin—al diálogo ciudadano*. Siglo XXI Editores.
- Habermas, J. (2010). *Teoría de la acción comunicativa*. [Traducido al español de Manuel Jiménez Redondo]. Madrid: Editorial Trotta
- Hernández Sampieri, R. (1998). *Metodología de la investigación*. 2da. Edición México: McGraw-Hill.
- Kant, I. (1999). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Ariel.
- Kickert, W. J. M. (1993). Complexity, governance and dynamics: conceptual explorations of public network management. En J. Kooiman (ed.), *Modern governance. New government-society interactions*, London: Sage.
- Kooiman, J. (2005). Gobernar en gobernanza. *La gobernanza hoy*, 10, 57-82.
- Mayntz, R. (1987). Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme: Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma. In *Jahrbuch zur Staats-und Verwaltungswissenschaft: Band 1* (pp. 89-110). Nomos Verlagsgesellschaft.
- Niembro Ortega, R. (2021). Dos lecturas de la teoría de la justicia constitucional de Roberto Gargarella. *Revista Derecho del Estado*, (49), 159-178. <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.09>
- Peláez Grisales, H. (2015). Una mirada al problema del derecho de los sujetos y grupos desaventajados de especial protección en Colombia y la apuesta por una necesaria fundamentación teórica desde las teorías contemporáneas de la justicia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 17(1), 125-168. [Doi:dx.doi.org/10.12804/esj17.01.2014.04M](https://doi.org/10.12804/esj17.01.2014.04M)
- Peters, G., & Pierre, J. (2005). ¿Gobernanza sin gobierno? Replanteándose la administración pública. *La gobernanza hoy*, 10, 123-144.
- Prats, J. O. (2003). El concepto y el análisis de la gobernabilidad. *Revista instituciones y desarrollo*, 14(15), 239-269.
- Quinche, M. (2012). *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Temis.
- Rodotá, S. (2014). *El derecho a tener derechos*. [Traducido al español de José Manuel Revuelta]. Madrid: Editorial Trotta.
- Rodríguez, J. T. (1997). Estado social de derecho e impartición de justicia en Colombia. *Rev. Derecho del Estado*, 1, 103.
- Rhodes, R. A. W. (2005). La nueva gobernanza: gobernar sin gobierno. *La gobernanza hoy*, 10, 99-122.

Scharpf, F. W. (1993): "Games in hierarchies and networks: Introduction». en F. W. Scharpf (ed.), Games in hierarchies and networks. Analytical and empirical approaches to the study of governance institutions. Frankfurt am Main-Boulder. Colorado: Campus Verlag-Westview Press.

Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. *El Derecho en América Latina*, 109-138.

Vanegas, G. Torres, Ballén, R., Daza, A., V., Cadena, W., Matías, Gómez, B., S., Bocanegra, H., Peña, W. y Galeano, J. (2010). Guía para la elaboración de proyectos de investigación en derecho. Universidad Libre, Centro de investigaciones sociojurídicas.

Valencia Tello, D. & Wunder Hachem, D. (2018). La buena administración pública en el siglo XXI: Análisis del caso colombiano. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte 15 (33), pp. 101-130.

Case law

Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de febrero de 2013). Sentencia SU 070. [M.P. Alexei Julio Estrada].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (15 de abril de 2013). Sentencia T 207. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (20 de mayo de 2013). Sentencia T 287. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (27 de enero de 2014). Sentencia T 029. [M.P. Jorge Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (4 de febrero de 2015). Sentencia T 043. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2 de diciembre de 2015). Sentencia C 741. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (13 de febrero de 2017). Sentencia T 083. [M.P. Alejandro Linares Cantillo].

Corte Constitucional, Sala Plena. (22 de febrero de 2017) Sentencia C 110. [M.P. Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (7 de diciembre de 2017). Sentencia T 713. [M.P. Antonio José Lizarrazo Ocampo].

Corte Constitucional, Sala Plena. (24 de julio de 2018). Sentencia SU 075. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2 de junio de 2019). Sentencia C 295. [M.P. Diana Fajardo Rivera].

Corte Constitucional, Sala Plena. (17 de marzo de 2021). Sentencia C 062. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (3 de mayo de 2021). Sentencia T 121. [M.P. Diana Fajardo Rivera].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (15 de septiembre de 2021). Sentencia T 312. [M.P. Alejandro Linares Cantillo].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (27 de octubre de 2021). Sentencia T 372. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].

- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (21 de febrero de 2022). Sentencia T 059. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (23 de marzo de 2022). Sentencia T 107. [José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (31 de marzo de 2022). Sentencia SU 122. [M.P. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger & José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (1º de agosto de 2022). Sentencia T 276. [M.P. Diana Fajardo Rivera].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (16 de enero de 2023). Sentencia T 022. [M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (8 de marzo de 2023). Sentencia C 054. [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (13 de marzo de 2023). Sentencia T 064. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (16 de mayo de 2023). Sentencia T 159. [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (21 de marzo de 2024). Sentencia T 089. [M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (24 de abril de 2024). Sentencia T 135. [M.P. José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (3 de mayo de 2024). Sentencia T 149. [M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (16 de mayo de 2024). Sentencia T 178. [M.P. Juan Carlos Cortés González].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (4 de junio de 2024). Sentencia T 202. [M.P. Diana Fajardo Rivera].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (11 de junio de 2024). Sentencia T 216. [M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (8 de agosto de 2024). Sentencia T 327. [M.P. Juan Carlos Cortés González].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (10 de septiembre de 2024). Sentencia T 377. [M.P. Diana Fajardo Rivera].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (12 de septiembre de 2024). Sentencia T 386. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión. (18 de septiembre de 2024). Sentencia T 389. [M.P. Antonio José Lizarazo].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (19 de diciembre de 2024). Sentencia T295. [M.P. Diana Fajardo Rivera].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (23 de mayo de 2025). Sentencia T 199. [Diana Fajardo Rivera].