

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

DEL DISTRITO
JUDICIAL
ADMINISTRATIVO
DEL META

SEXTA
EDICIÓN



UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS
— VILLAVICENCIO —



SEXTA EDICIÓN

PUBLICACIÓN ANUAL

AUTORIDADES ACADÉMICAS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
SECCIONAL VILLAVICENCIO

Fray José Antonio Balaguera
Cepeda. O.P.
RECTOR

Fray Rodrigo García Jara. O.P.
VICERRECTOR ACADÉMICO

Fray Kimmeln Noarli Cardenal
Casas. O.P.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y
FINANCIERO

Fray Miguel Ignacio Cely -
Güezguán. O.P.
DECANO DE DIVISIÓN DE CIENCIAS
JURÍDICAS

Rodrigo Cortés Borrero
DECANO DE LA FACULTAD DE
DERECHO

Tomás Daniel Rodríguez Correa
COORDINADOR DE INVESTIGACIÓN
DE LA FACULTAD DE DERECHO

**TODOS LOS DERECHOS
RESERVADOS**

ISSN: 2539-3472

ISSN - L: 2954-5528 (En línea)

Impresión:

Universidad Santo Tomás, seccional
Villavicencio.

Campus Aguas Claras: Carrera 22 con
Calle 1a - Vía Puerto López

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Claudia Patricia Alonso Pérez
PRESIDENTA

Carlos Enrique Ardila Obando
VICEPRESIDENTE

Teresa Herrera Andrade
MAGISTRADA

Nohra Galeano Parra
MAGISTRADA

Héctor Enrique Rey Moreno
MAGISTRADO

Juan Darío Contreras Bautista
MAGISTRADO

COMITÉ EDITORIAL

Nohra Galeano Parra

Nilce Bonilla Escobar

Gustavo Russi Suárez

Carlos Enrique Ardila Obando

Clara Piedad Rodríguez Castillo

Luis Antonio Rodríguez Montaña

Gladys Teresa Herrera Monsalve

Yenssy Milena Flechas Manosalva

Stella Mercedes Castro Quevedo

Claudia Quitora Veloza

JUECES DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO, GRANADA Y SAN JOSÉ DEL GUAVIARE

VILLAVICENCIO

Carlos Humberto Huertas Bello
JUEZ PRIMERO ADMINISTRATIVO

Ligia del Carmen Ramírez Castaño
JUEZA SEGUNDA ADMINISTRATIVA

Nilce Bonilla Escobar
JUEZA TERCERA ADMINISTRATIVA

Edgardo Augusto Sánchez Leal
JUEZ CUARTO ADMINISTRATIVO

Yelitza Moreno Córdoba
JUEZA QUINTA ADMINISTRATIVA

Gustavo Adolfo Ariza Mahecha
JUEZ SEXTO ADMINISTRATIVO

Clara Piedad Rodríguez Castillo
JUEZA SÉPTIMA ADMINISTRATIVA

Ángela María Díaz-Granados
JUEZA OCTAVA ADMINISTRATIVA

Camilo Augusto Bayona Espejo
JUEZ NOVENO ADMINISTRATIVO

Carlos Fernando Mosquera Melo
JUEZ TRANSITORIO ADMINISTRATIVO

GRANADA

Juan Felipe Estupiñán González
JUEZ PRIMERO ADMINISTRATIVO

SAN JOSÉ DEL GUAVIARE

Edwin Ernesto Rodríguez Lozano
JUEZ PRIMERO ADMINISTRATIVO

Diego Andrés Barbón Roa
JUEZ SEGUNDO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO DEL DISTRITO JUDICIAL DEL META

Clara Piedad Rodríguez Castillo
Jueza Séptima Administrativa de Villavicencio.

Rodrigo Cortés Borrero
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, seccional Villavicencio.

Tomas Daniel Rodríguez Correa
Coordinador de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, seccional Villavicencio.

La Sexta Edición de la Revista de Derecho Público del Distrito Judicial del Meta se gestó desde una alianza interinstitucional entre la Universidad Santo Tomás, seccional Villavicencio, y la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Meta, en aras de lograr participación de autores que, desde distintas perspectivas, nos permitieran disfrutar de temáticas diversas como las que se propusieron a través de esta edición y a las cuales de manera general pasamos a presentar.

En su artículo ***¿El acto administrativo que publica resultados de prueba de conocimientos en desarrollo de una convocatoria pública es un acto de trámite o definitivo? Una crítica a la postura asumida por la corte constitucional en sentencia su-067 de 2022,*** el autor plantea que esta postura no garantiza algunos derechos fundamentales de los concursantes.

En materia de derecho ambiental, en el artículo denominado ***Una mirada normativo-sistémica al aprovechamiento del agua de dominio público en Colombia,*** el autor se enfoca en el agua, como recurso natural renovable, de dominio público, indispensable, cuya administración resulta crítica para cualquier Estado de Derecho, en donde es relevante y necesario mantener la paz social y, por ende, gestar una mayor trascendencia en el escenario de la ciencia jurídica en razón a disminuir la conflictividad social, cuyo objeto primordial, sea mantener la paz social.

En el ámbito de la administración pública, se propone un escrito titulado ***La filosofía del conocimiento científico y los convenios de la administración,*** enfocado en fundamentar filosóficamente la teoría general de los convenios de la administración, en donde el autor acude a ciertas corrientes del nominalismo y de la filosofía analítica, acogiendo posturas de autores como John Locke, Jhon Hospers, Ricardo Alberto Guibourg, Alejandro Ghigliani y Ricardo Víctor Guarinoni.

Al trascender en el plano de los derechos fundamentales, en el artículo denominado ***Restricciones del derecho a la pensión de sobrevivientes y a la sustitución pensional,*** el autor enfoca la reflexión académica, en la situación jurídica que se presenta cuando fallece el afiliado o el pensionado y comparece como beneficiaria la cónyuge y la compañera permanente a reclamar el derecho a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, dando a conocer un breve recuento histórico de carácter legislativo y analizando algunas decisiones judiciales a través de las cuales, con la interpretación de la ley, se han generado límites o restricciones para el acceso a derecho pensional.

A través del artículo denominado ***Evolución del principio inembargabilidad y sus excepciones, a la luz de la jurisprudencia de la***

Corte Constitucional, su autor pretende realizar un análisis crítico de la evolución del principio de inembargabilidad y sus excepciones a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ahora bien, traspasando el plano del derecho interno, presentamos escritos que superan estos límites, así, por ejemplo en la autoría colegiada titulada ***Análisis comparativo de los sistemas jurídicos- carcelarios de Colombia y El Salvador*** se exploran y analizan los sistemas jurídico-carcelarios de Colombia y El Salvador, destacando las diferencias significativas entre ambos países, contrarrestando la afrenta de nuestro Estado Colombiano con la crisis del sistema carcelario con los resultados positivos de El Salvador en su enfoque hacia la reclusión de personas privadas de la libertad.

A su vez, en el artículo llamado ***Derecho Constitucional Transnacional***, la autora aborda temas de relevancia como son la supremacía del derecho constitucional interno, la globalización del derecho y el control de convencionalidad que emergen en la necesidad de lograr una debida articulación entre el derecho interno de cada Estado y el control convencional.

Al ser un tema de interés por la temática abordada, en el título ***Riesgos Jurídicos de la Deuda Externa Colombiana***, el autor enfoca la investigación en los acreedores que tienen los estados, analiza los medios de resolución de disputas implicados con sus correspondientes leyes y foros, los instrumentos de deuda que tiene el Estado colombiano, así como en detalle los créditos bilaterales, multilaterales, los bonos, comerciales y aquellos causados por laudos arbitrales.

Finalmente, con los artículos ***Perspectivas y desafíos de la inteligencia artificial dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia*** y ***Desafíos del Estado con la implementación de la inteligencia artificial dentro del sistema judicial colombiano: Una apuesta hacia la garantía de los derechos humanos***, sus autoras coinciden en el poder y alcance de la Inteligencia Artificial -IA- para afianzar y fortalecer el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la gestión judicial y en la necesidad de su implementación a fin de lograr una justicia digital, que impulsada por la IA potencialice el acceso a la justicia, reduzca los costos y aumente la eficiencia del sistema judicial colombiano, en aras de mejorar el servicio de justicia en Colombia.

Por último, agradecemos a los integrantes de los Comités Editoriales asociados, a cada uno de los autores que presentaron sus aportes para esta sexta edición y a las demás personas que directa o indirectamente fueron partícipes en el logro de esta publicación.

ÍNDICE

1. El acto administrativo que publica resultados de prueba de conocimientos en desarrollo de una convocatoria pública es un acto de trámite o definitivo? Una crítica a la postura asumida por la corte constitucional en sentencia su-067 de 2022.	9
1.1. Resumen	10
1.2. Intruducción	11
1.3. Tesis a favor y tesis en contra	12
1.4. Referencias	15
2. UNA MIRADA NORMATIVO-SISTÉMICA AL APROVECHAMIENTO DEL AGUA DE DOMINIO PÚBLICO EN COLOMBIA	17
2.1. Resumen	18
2.2. Introducción	19
2.3. Marco Legal Básico	20
2.3.1. Marco legal sobre el dominio del agua en Colombia	21
2.3.2. Marco legal sobre los modos de uso	22
2.4. Aprovechamiento del agua de dominio público continental	22
2.5. Aspectos normativos mostrados de manera sistémica sobre el aprovechamiento del agua de dominio público	23
2.5.1. Autorización y trámite administrativo para el uso del agua	23
2.5.2. Concesiones dependiendo del caudal disponible	24
2.5.3. Control de caudal concedido	24
2.5.4. Prioridades de las asignaciones	25
2.5.5. Término de las concesiones	26
2.5.6. Prórroga del término de la concesión	26
2.5.7. Traspasos de las concesiones del agua	26
2.5.8 Concesión y reglamentación de las aguas de dominio público	26
2.6. Conclusiones	28
2.7. Referencias	29
2.8. Índice normativo y jurisprudencial	29
3. LA FILOSOFÍA DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y LOS CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN	31
3.1. Resumen	32
3.2. Introducción	33
3.3. La vision de Locke de las sustancias y sus nombres	34
3.4. Entre la semiótica y el nominalismo: Hospers, Guibourg y sus amigos	35
3.5. Hacia el nominalismo a través de las semántica	36
3.6. Libertad de la estipulación de uso común	38
3.7. Clases, concepto y clasificación	39
Significado: denotación y connotación	40
3.8. Los universales	41
3.9. Características definitorias y concomitantes	42
3.10. Vanguedad y ambigüedad	44
3.11. Definición	44
3.12. No solo palabras: también oraciones o enunciados, proposiciones y estados de cosas	47
3.13. Conclusiones	48
3.14. Referencias	49

4. RESTRICCIONES DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y A LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL	51
4.1. Resumen	52
4.2. Introducción	54
4.2.1. Descripción del problema	54
4.3. Recuento Histórico	54
4.4. Marco Jurisprudencial	57
4.5. Las inquietudes frente a la restricción del derecho a la pensión de sobrevivientes y a la sustitución pensional.	60
4.6. El caso concreto: Consecuencias para la cónyuge por pasar a nuevas nupcias o por iniciar nueva vida marital.....	61
4.7. Conclusiones	64
4.8. Referencias	65
5. DESAFÍOS DEL ESTADO CON LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO: UNA APUESTA HACIA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS	67
5.1. Resumen	68
5.2. Introducción	69
5.3. El sistema de administración de justicia y la inteligencia artificial.....	70
5.4. Riesgos de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales: el nuevo escenario de inobservancia de los derechos humanos.....	71
5.5. Límites a la inteligencia artificial en el sistema de justicia: nuevos desafíos del Estado colombiano	74
5.6. Referencias	76
6. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD Y SUS EXCEPCIONES, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	79
6.1. Resumen	80
6.2. Introducción	81
6.3. Excepciones al principio de inembargabilidad y su evolución jurisprudencial	82
6.4. Conclusión	90
6.5. Referencias	91
7. ANALISIS COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS- CARCELARIOS COLOMBIA Y EL SALVADOR	93
7.1. Resumen	94
7.2. COLOMBIA.....	95
7.2.1. LEY 35 de 1914	96
7.2.1.1. Tabla 1. Clasificación de los establecimientos de reclusión	96
7.2.2. LEY 65 de 1993 – Código Penitenciario y Carcelario	97
7.2.2.1. Tabla 2. Contenido de la ley 65 de 1993	97
7.2.3. LEY 415 de 1997 – Ley de alternatividad penal	100
7.2.3.1. Decreto Nacional 2636 de 2004	101
7.2.3.2. Decreto N° 4150 de 2011	101
7.2.3.3. Resolución N° 7302 de 2005. Expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)	102
7.3. EL SALVADOR	103
7.3.1 Decreto 1027 de 1997 - Ley Penitenciaria	103

7.3.1.1 Tabla 3. Contenido de la Ley penitenciaria de El Salvador	103
7.3.2. Decreto N°380 de 2016	111
7.3.3 Decreto N° 357 de 2022	111
7.3.4 Centro de Confinamiento del Terrorismo (CECOT)	111
7.4. Análisis comparativo	112
7.5. Referencias	113
8. DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL	
<i>Construcción de decisiones judiciales a partir de la relación entre tribunales nacionales y extranjeros.....</i>	<i>115</i>
8.1. Resumen	116
8.2. Perspectiva científica.....	117
8.3. ¿Por qué hablar de derecho procesal constitucional, convencional transnacional?	118
8.3.1 Estados Convencionalizados	119
8.4. ¿Por qué hablar de derecho procesal constitucional, convencional transnacional?.....	121
8.5. Conclusión	122
8.6. Referencias	123
9. RIESGOS JURÍDICOS DE LA DEUDA EXTERNA COLOMBIANA.....	125
9.1. Resumen	126
9.2. Introducción	127
9.2.1 Figura 1. Deuda Externa de Colombia.....	128
9.3. Riesgos Jurídicos Derivados de los Acreedores del Estado Colombiano	128
9.3.1. Instituciones Financieras Internacionales (Ifis)	128
9.3.2. Acreedores Bilaterales	129
9.3.3. Entidades Comerciales	129
9.3.4. Tenedores De Títulos Financieros	130
9.3.5. Laudos Arbitrales	130
9.4. Riesgos Jurídicos Derivados de la Ley Aplicable y Negociación de Deuda Pública.....	130
9.4.1. Riesgos Jurídicos Según la IFI Involucrada	131
9.4.2. Aspectos Jurídicos Relevantes en Caso de Acreedores Oficiales	131
9.4.3. Aspectos Jurídicos Relevantes para las Entidades Comerciales	132
9.4.4. Aspectos Jurídicos Relevantes de los Tenedores de Títulos Financieros	133
9.4.5. Aspectos Jurídicos Relevantes de los Laudos Arbitrales	133
9.5. Análisis de la Deuda Bruta del Gobierno Nacional Central	134
9.5.1. Figura 2. Resumen de deuda pública en Colombia. Fuente Ministerio de Hacienda y Crédito Público.....	134
9.5.2. Figura 3. Composición de deuda interna y externa. Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.....	135
9.5.3. Figura 4. Composición de deuda externa. Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público	136
9.5.4. Figura 5. Bonos listados en la Bolsa de Valores de Luxemburgo (Luxembourg Stock Exchange, 2024) . Elaboración propia.	137

9.5.5. Figura 6. Listado de procesos judiciales y arbitrales en contra del Estado colombiano por cortes y tribunales extranjeros. Elaboración propia.....	139
9.6. Conclusión	140
9.7. Bibliografía	141
10. PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA.....	143
10.1. Resumen	144
10.2. Introducción	146
10.3. Metodología	148
10.4. Antecedentes en Colombia	148
10.5. IA en la práctica legal	150
10.6. Gestión Pública e IA	152
10.7. Retos y Oportunidades	153
10.8. Conclusiones	154
10.9. Referencias	156



EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE PUBLICA RESULTADOS DE PRUEBA DE CONOCIMIENTOS EN DESARROLLO DE UNA CONVOCATORIA PÚBLICA ES UN ACTO DE TRÁMITE O DEFINITIVO? UNA CRÍTICA A LA POSTURA ASUMIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SENTENCIA SU-067 DE 2022.

Alberto Mario Ropain Escobar

EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE PUBLICA RESULTADOS DE PRUEBA DE CONOCIMIENTOS EN DESARROLLO DE UNA CONVOCATORIA PÚBLICA ES UN ACTO DE TRÁMITE O DEFINITIVO? UNA CRÍTICA A LA POSTURA ASUMIDA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SENTENCIA SU-067 DE 2022.

Resumen

Autor: Alberto Mario Ropain Escobar

Universidad del Norte. Abogado, especialista y magíster en Derecho Público.

En el presente artículo se realiza un análisis crítico a la sentencia SU-067 de 2022 proferida por la Corte Constitucional a través de la cual se determinó que el acto administrativo que publica los resultados de prueba de conocimientos en desarrollo de una convocatoria pública es un acto de trámite; en el que se plantea que dicha postura va en contravía de algunos derechos fundamentales de los concursantes. Por tanto,

de acuerdo al autor es necesario el replanteamiento de la misma y su vez, considera que se necesita con premura una sentencia de unificación al interior de la Sección Segunda del Consejo de Estado, por la diversidad de posturas que existen frente a ese tópico.

Palabras claves:

Acto administrativo, postura, derechos fundamentales, garantía, convocatoria pública.

Summary

In this article, a critical analysis is made of the judgment SU-067 of 2022 issued by the Constitutional Court through which it was determined that the administrative act that publishes the results of the knowledge test in the development of a public call is an act procedure; in which it is stated that said position goes against some fundamental rights of the contestants. Therefore, according to the author, it is necessary to

rethink it and, in turn, considers that a unification sentence is urgently needed within the Second Section of the Council of State, due to the diversity of positions that exist regarding this topic.

Keywords:

Administrative act, position, fundamental rights, guarantee, public announcement.

Introducción

Recientemente, la Corte Constitucional a través de sentencia de unificación SU-067 de 2022 adujo que, entre otros aspectos, los actos que publican los resultados de las pruebas practicadas en los concursos de mérito no son actos administrativos de carácter particular, que reconozcan derechos de carácter subjetivo; sino que son actos de trámite, que únicamente conceden la expectativa de continuar con las fases posteriores, mas no la de obtener la inclusión en el registro nacional de elegibles.

Esta conclusión a la que llegó la Corte nos resulta inquietante en punto de las garantías del derecho fundamental al debido proceso del concursante, que llama poderosamente la atención y que merece un análisis.

Para fundamentar su decisión, la Corte se basó tanto en las sentencias T-945 de 2009, T-588 de 2008 y SU-617 de 2013 de esa misma Corporación, como en las sentencias de la Subsección A de la Sección Segunda Rad: 2016-00294 y Sección Quinta

Rad: 2019-04731 del Consejo de Estado. Sin embargo, debe advertirse que esta postura no es del todo pacífica, por lo menos, al interior de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

En efecto, haciendo un breve análisis de algunas providencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado, observamos la existencia de varias decisiones que sostienen enfáticamente que “tratándose del acto de calificación que elimina a un aspirante y de la conformación de la lista de elegibles, como actos administrativos definitivos y particulares que son, pueden ser susceptibles de enjuiciamiento a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho”. (2022)

Por otro lado, existen posiciones que sostienen que “los actos expedidos durante el transcurrir de una convocatoria son actos de trámite, pues solo se considera definitivo el que contiene la lista de elegibles que ha de usarse para proveer los cargos que se sometieron a concurso”. (2019).

Aquí, un resumen de las providencias analizadas:

TESIS A FAVOR	TESIS EN CONTRA
1. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 2 de octubre de 2019. C. P. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicado: 20160079401.	1. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 15 de octubre de 2019. C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado: 20170144101.
2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 5 de noviembre de 2020. C. P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Radicado: 20120068001.	2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 1 de septiembre de 2014. C. P. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación: 20080118501.
3. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Auto del 3 de marzo de 2020. C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado: 20170131701.	3. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado: 20140239301.
4. Consejo De Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 8 de marzo de 2012. C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicado: 20100001100.	4. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 1 de junio de 2016. C. P. Gabriel Valbuena Hernández. Radicado: 20160029401.
5. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 3 de febrero de 2022. C. P. William Hernández Gómez. Radicado: 20140000400.	5. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de tutela del 3 de agosto de 2020. C. P. Luis Alberto Álvarez Parra. Radicado: 20190473100.

Nuestra postura está a favor de que se considere que dicho acto administrativo sea considerado como un verdadero acto definitivo por cuanto es un acto típicamente definitorio de una situación jurídica, en la medida en que al asignar un puntaje o establecer la ubicación de los convocados, para efectos de proveer un cargo en propiedad, otorga un estatus al participante y afecta su interés de acceder a la carrera administrativa, tal y como lo ha sostenido el Consejo de Estado. (2019)

Para arribar a esta conclusión, no solo hay que entender que el acto administrativo definitivo,

en los términos de la teoría del acto, desarrollada en gran parte por la doctrina, es aquél que pone término a un asunto o resuelve de fondo adoptando una decisión; sino que también hay que tener en cuenta que aunque los actos de trámite son aquellos que impulsan la actuación administrativa, en muchos casos, pese a que este tipo de actos forman parte de una secuencia o serie de actividades unidas y coherentes con un espectro de más amplio alcance tendiente a formar un todo como un acto, ciertamente pueden llegar a convertirse en definitivo porque tiene la capacidad de cerrar un ciclo autónomo de la actuación administrativa

claramente definido. (Herrera, 2012; Santofimio, 2017; 2012) No pude pasarse por alto que, aunque una convocatoria pública es un típico caso de una actuación administrativa, ésta no puede entenderse culminada única y exclusivamente con la expedición del acto administrativo a través del cual se conforma el registro de elegible, por cuanto existen participantes que en el desarrollo del proceso pueden llegar a ser descalificados, culminando para ellos, la actuación administrativa; por lo que resulta imposible concebir que esas decisiones de la Administración no puedan llegar a ser enjuiciadas judicialmente, porque directamente se estaría

cercenando los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso de los participantes.

Un argumento central de la tesis que respalda la postura que el acto administrativo que publica los resultados de la prueba de conocimientos de una convocatoria pública es un acto de trámite, que encontramos en las providencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado, tiene que ver con el hecho de que ese acto impulsa el desarrollo del concurso, limitándose únicamente a otorgar una calificación.

No obstante, lo anterior, si eso fuera así, es decir, si fuera realmente un acto de trámite, ciertamente, ese acto administrativo no debería tener espacio para la aplicación de los recursos dentro de lo que hoy se denomina el “procedimiento administrativo general”, como si lo tuvo el que publicó los resultados de la prueba de conocimientos, en el caso de la Convocatoria 27 del Consejo Superior de la Judicatura, que fue el objeto del pronunciamiento de la providencia que aquí se analiza.

Lo anterior, toda vez que la Ley 1437 de 2011 consagra con toda claridad que contra los actos de trámite no proceden recursos. Así lo establece:

Artículo 75. Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.

Pero de ser así, esto es, que el acto que publica los resultados de una prueba de conocimientos en desarrollo de un concurso público no fue objeto, siquiera, del recurso de reposición, entonces los participantes que puedan tener alguna objeción respecto a los resultados pueden ver vulnerado su derecho fundamental al debido proceso porque no solamente se les privaría de solicitar una rectificación a la Administración sino que, aún peor, se les negaría la posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa con el fin de enjuiciar dicho acto, en razón a que solamente son demandables los actos que terminen un proceso administrativo, esto es, los definitivos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, y excepcionalmente los actos de trámite, siempre que hagan imposible proseguir la actuación administrativa, pues éstos, son los que tienen trascendencia en el mundo jurídico. (2017)

Frente a ésta última afirmación, se observa cómo de forma paradójica el Consejo de Estado afirma que, al igual que los actos definitivos, los de trámite también son demandables, siempre que hagan imposible proseguir la actuación administrativa, y no conciba que el acto administrativo que publica los resultados de una prueba de conocimientos no aprobada por un concursante no le haga, a ese concursante, proseguir la actuación administrativa.

Otro de los argumentos de quienes sostienen la tesis de considerar como acto de trámite el que publica los resultados de la prueba

de conocimientos en el Consejo de Estado, es el relacionado con que si el concursante tiene alguna objeción frente a dicho acto administrativo debe demandar el acto administrativo de conformación del registro elegible de la respectiva convocatoria pública, por ser este último acto, el que culmina la actuación administrativa.

Al respecto, consideramos que dicha postura no resulta garantista frente a los derechos del concursante por tres razones lógicas: 1. El acto administrativo de conformación del registro elegible no creará, modificará o extinguirá una situación jurídica para el concursante que tiempo atrás fue descalificado en la prueba de conocimientos y, por tanto, no tendrá legitimación para demandar por no ser parte de la situación jurídica particular que está resolviendo ese acto administrativo. 2. Los argumentos que tendrá en cuenta el concursante para atacar o cuestionar la legalidad del acto (de trámite) que publicó los resultados de la prueba de conocimiento, no guardarán relación alguna frente a lo que está resolviendo el acto administrativo de conformación del registro de elegible. 3. No tiene sentido someter al concursante descalificado en una etapa de la convocatoria pública a esperar que se profiera el acto de conformación del registro de elegibles, cuando bien sabe que hasta la expedición de dicho acto pueden transcurrir hasta 2 o 3 años (en el mejor de los casos); porque eso atentaría con uno de los objetos fundamentales de la jurisdicción contencioso

administrativa: la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. (Constitución Política Colombiana, art. 103, 1991)

Esta diversidad de posturas en torno a la temática tratada que se observa al interior de la sección segunda del Consejo de Estado, incluso, dentro de la misma subsección A, conlleva a una inseguridad jurídica que directamente trasciende a la afectación del derecho fundamental al acceso a la administración del usuario e incluso al debido proceso.

Ahora, en un Estado Social de Derecho, estas posiciones jurídicas, a nuestro parecer, son violatorias de garantías constitucionales básicas del ciudadano que tiene acceso y contacto con la administración porque, éste, no encuentra, ni en el ordenamiento jurídico ni quien interpreta y aplica ese ordenamiento, un soporte o apoyo legal mediante el cual pueda protegerse de una presunta arbitrariedad de la administración. Proveer de esas garantías al ciudadano que se enfrenta a la administración, debe ser una máxima del Estado Social de Derecho.

Por eso, ante este tipo de circunstancias es donde puede llegar a ser relevante el juez constitucional, quien con su investidura puede solventar ese desequilibrio al que se enfrenta el concursante respecto de la entidad convocante, porque debe analizar

la presunta violación del derecho de acceso a la administración de justicia. Sin embargo, posiciones jurisprudenciales como las establecidas a través de la sentencia analizada en este artículo, proferidas por el máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional, serán más adelante, fundamentos para que jueces constitucionales no asuman el estudio de fondo de posibles acciones de tutelas cuando los medios de controles de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no son los medios idóneos para garantizar la protección y efectividad de los derechos de los concursantes; anulando de paso, a los concursantes, cualquier posibilidad jurídica de defender sus derechos.

Con todo esto, resulta claro concluir, que la postura jurisprudencial de unificación adoptada por la Corte Constitucional en sentencia SU-067 de 2022 reviste un grado de preocupación e incertidumbre, de tal magnitud, que puede, implícitamente, desincentivar el interés del ciudadano de acudir a concursar en las convocatorias realizadas por las distintas entidades del Estado, porque ante a una presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso o de acceso a la administración de justicia, no contará con los medios legales para protegerse.

Es por esto, que urge por parte de la Corte Constitucional un replanteamiento de esta posición, pero mejor aún, que, por parte del Consejo de Estado, particularmente, la Sección

Segunda, se fije una postura definitiva respecto de si el acto de calificación que elimina a un aspirante es de trámite o definitivo. Esto con el fin de evitar futuras discusiones jurídicas que nublen la transparencia que debe rodear cualquier convocatoria pública.

Lista de referencia

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. Ley 1437 de 2011. 18 de enero de 2011 (Colombia).

Consejo de Estado. Sentencia del 3 de febrero de 2022. C. P. William Hernández Gómez. Radicado: 20140000400.

Consejo de Estado. Sentencia del 15 de octubre de 2019. C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado: 20170144101.

Consejo de Estado. Sentencia del 2 de octubre de 2019. C. P. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicado: 20160079401.

Consejo de Estado. Sentencia del 8 de marzo de 2012. C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicado: 20100001100.

Consejo de Estado. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado: 20140239301.

Herrera Robles, A. (3 Ed Rev). (2012). Aspectos Generales del Derecho Administrativo Colombiano. Barranquilla: Editorial Universidad del Norte.

República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, D. C., Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.

Santofimio Gamboa, J. O. (Ed). (2017). Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



UNA MIRADA NORMATIVO-SISTÉMICA AL APROVECHAMIENTO DEL AGUA DE DOMINIO PÚBLICO EN COLOMBIA

Álvaro Hernando Cardona González

UNA MIRADA NORMATIVO-SISTÉMICA AL APROVECHAMIENTO DEL AGUA DE DOMINIO PÚBLICO EN COLOMBIA

Resumen

Autor: Alvaro Hernando Cardona González

Magister en Derecho de los Recursos Naturales. Procurador Judicial Ambiental y Agrario del Huila. Docente e investigador adscrito al Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia

Acrónimos

CNRRNN

Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente

DUR

Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible

Sumario

Introducción. I. Marco legal básico. 1. Marco legal sobre el dominio del agua en Colombia. 2. Marco legal sobre los modos de uso. II. Aprovechamiento del agua de dominio público continental. III. Aspectos normativos mostrados de manera sistémica sobre aprovechamiento del agua de dominio público. IV. Concesión y reglamentación de las aguas de dominio público. Conclusiones.

Por regla general en Colombia, el agua como recurso natural renovable es de dominio público. Dado que este es el recurso natural junto al aire más abundante, su administración es crítica para cualquier Estado de Derecho, cuyo objeto primordial, por tanto, es el de mantener la paz social.

Deben ser los usos del agua y sus vicisitudes, del mayor interés para la ciencia jurídica, por las implicaciones que tiene en el nivel de conflictividad social.

Abstract

As a general rule in Colombia, water as a renewable natural resource is in the public domain. Given that this is the most abundant natural resource next to the most abundant air, its administration is critical for any rule of law, whose primary objective, therefore, is to maintain social peace.

They must be the uses of water and its vicissitudes, of the greatest interest for legal science, because of the implications it has on the level of social conflict.

Palabras clave

Agua
Derecho ambiental
Desarrollo sostenible
Dominio público
Medio ambiente

Keywords

Water
Environmental law
Sustainable development
Public domain
Environment

Introducción

Una vez expedida la Constitución Política de Colombia en el año 1991, y posteriormente, en 1993, la Ley 99 por la cual se creó al Ministerio rector de la gestión ambiental, se reorganizaron las autoridades ambientales, se replanteó la institucionalidad encargada de la investigación e información ambiental y reguló adecuadamente a la licencia ambiental, la academia produjo innumerables investigaciones sobre el uso del agua de dominio público en Colombia. No obstante, poco se ha escrito sobre cómo actualmente se puede aprovechar el agua de propiedad de la Nación y cómo la normatividad regula el comportamiento social para evitar o solucionar los conflictos que se suscitan con ocasión a eso.

Es que fue el constituyente colombiano de 1991 el que se anticipó a la preocupación mundial manifestada en Río de Janeiro en 1992, para garantizar un modelo sostenible de desarrollo, incluyendo en la Constitución Política una serie de principios, derechos y deberes, inmersos dentro de la noción del Estado Social de Derecho. Lo que, a la vez que busca alcanzar los fines estatales descritos en el artículo 2, permiten al hombre vivir dentro de un medio natural apto y desarrollar su existir en condiciones dignas (Corte Constitucional, 2001).

El jerarca de la Iglesia Católica, en referencia a la masificación de la información por redes sociales ha manifestado: “El cúmulo

abrumador de información que nos inunda no significa más sabiduría” (Francisco I, 2020). Por lo tanto, desmitificar muchas afirmaciones alrededor del agua y brindar elementos de unificación de criterios frente a las vicisitudes jurídicas que se presentan en relación con su uso, debe ser trabajo constante de la doctrina jurídica. Así, es propósito de este artículo no solo describir la normatividad vigente sobre aprovechamientos o usos del agua de dominio público, especialmente la continental o no marítima, sino sistematizarla bajo los diversos tópicos de interés para los beneficiarios de las concesiones y para quienes tienen el deber de prevenir y resolver los conflictos entre ellos. Porque, aunque la legislación republicana sobre aguas inicia con el Código Civil, aún se presentan dudas en su interpretación y se hallan vacíos ante situaciones particulares imprevistas.

Esperamos que esta sea además una guía de consulta para jueces y magistrados que resolviendo conflictos sometidos a su arbitraje, necesiten elementos de comprensión cuando del uso del agua natural se trate. Y es que, finalmente, como ha sido nuestro propósito ineludible desde hace algún tiempo, esperamos que esta mirada al conjunto normativo vigente sobre aprovechamientos del agua de dominio público en Colombia contribuya especialmente a la prevención de los conflictos. Pues estas materias tienen para la cientificidad del

Derecho y su primer objeto, que es la prevención del conflicto social, una alta contribución. Recordamos a Thomas Hobbes, en especial sus descripciones sobre el ser humano en el primer libro que compone su obra *El Leviatán*, cuando afirmó que normalmente cuando todos los que necesitan del recurso hídrico andan tras lo mismo, es decir, satisfacer cada uno sus necesidades, eso propicia el desencadenamiento del conflicto en la sociedad (Ámbito Jurídico, 2012, p. 21). También se ratifica lo que sostiene Carnelutti (2002, p. 8) cuando dice que “el derecho nace para que muera la guerra”, y cuando agrega, “A este fin no puede hacer más que ponerle una mordaza. El duelo es una guerra aprisionada”. Y es que desde el principio de la doctrina jurídica-ambiental una vez fue sancionada la Ley 99 de 1993, se aceptó que “los objetivos del derecho ambiental internacional son fundamentalmente preventivos”, porque la reacción y la sanción posterior es particularmente ineficaz (Patiño Posse, 1999, p. 60).

I. Marco legal básico

Como se informó en la introducción de este artículo, las primeras disposiciones jurídicas sobre el agua y su uso se introdujeron en el Código Civil. Por ejemplo, el art. 720, dice respecto del aluvión: “(...) El suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas, forman parte de la ribera o del cauce, y no accede mientras tanto a las heredades contiguas”. También sirve de ejemplo el art. 725 cuando sobre la accesión, dice: “Si un río se divide en dos brazos, que no vuelven después a juntarse, las partes del anterior cauce que el agua dejare descubiertas, accederán a las heredades contiguas, ...”. Y así, existen muchas disposiciones que, sobre todo, con el mayor sentido común, legislan sobre el uso del agua.

Y es que es necesario mencionar al Código Civil, puesto que muchas de sus disposiciones sobre agua natural están vigentes; ya sea porque no han sido derogadas de manera expresa por legislación posterior o porque disposiciones posteriores, no las contradicen; y tal vez por esa lógica con que fueron adoptadas en su origen, permanecen inalterables. Claro, el mayor avance del conocimiento puede hacer necesarias algunas revisiones normativas. Por ejemplo, salvo lo que tiene que prescribe sobre el dominio, la descripción del art. 677 del Código Civil, cuando dice que se exceptúan del dominio público el agua que hace parte de “vertientes que nacen y mueren

dentro de una misma heredad”, aspecto inaplicable ya que hoy está demostrado que las aguas no nacen espontáneamente y nunca “mueren”. Por lo tanto, salvo lo advertido, la mayor cantidad de disposiciones del Código Civil que se refieren al agua, como recurso natural y sobre su uso, hacen parte del marco de la legislación vigente.

Además de las normas acabadas de citar, constituyen el marco sobre el agua y su uso las que están en el Decreto Ley 2811 de 1974, por el cual se adoptó el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente-CNRRNN, algunas leyes (la Ley 99 de 1993 por ejemplo en lo que se refiere a la licencia ambiental, ya que esta se exige para ciertos proyectos que usan el agua, pero también porque la licencia ambiental implica todas las autorizaciones para uso de recursos naturales renovables y define las competencias administrativas; o la Ley 1333 de 2009, sobre régimen sancionatorio, para reprochar los ilícitos aprovechamientos del recurso hídrico), el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible-DUR (contenido en el decreto 1076 de 2015) que desarrolla, entre otras cosas, todos los modos para el uso del agua de dominio público y, algunos decretos con fuerza de Ley, como los 3570, 3572 y 3573 todos del año 2011 también sobre competencias administrativas en relación con el uso del agua.

1. Marco legal sobre el dominio del agua en Colombia

Desde el principio de los tiempos se advirtió que los usos del agua traen más temprano que tarde conflictos. No se puede dejar de advertir que la razón de la alta preocupación sobre cómo asegurar los usos equitativos y racionales del agua:

Es por el evidente hecho de que el agua es un recurso básico tanto para el bienestar como para el desarrollo de una comunidad. Al igual que sucede a escala mundial, la preocupación por asegurarse un suministro suficiente y apto de agua, es paralelo al desarrollo de una conciencia y de la experiencia de la finitud y escasez de este recurso tan vital para la humanidad (Cirone, 2013, pp. 70-71)

Exceptúense las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños.”

Esta disposición se anticipó, y mucho, a nuestra Constitución Política. Por un lado, porque ésta, en los artículos 63, 101 y 102, incluye como bienes de la Nación tanto al agua continental como marina (que se halle dentro del territorio soberano). Y por otro, porque con el artículo 58 se garantizan los derechos adquiridos “con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”, regla que ya contemplaba incluso el CNRRNN (Art. 80), como su original reglamentario 1541 de 1978 (Art. 4 y 6).

Por lo anterior, parece consonante que el Art. 2.2.3.2.2.4. del DUR exprese que “el dominio que ejerce la Nación sobre las aguas de uso público no implica su usufructo como bienes fiscales”, y que por tanto al Estado le “incumbe el control o supervigilancia sobre el uso y goce” que otorga a los ciudadanos; que el Art. 2.2.3.2.1.2. del DUR, prevea que “la preservación y manejo de las aguas son de utilidad pública e interés social”; y que el Art. 2.2.3.2.2.7. del DUR declare como objeto ilícito la enajenación de las aguas de uso público y, menos, su comercialización, pues sobre el agua no pueden constituirse derechos, independientes del predio para cuyo beneficio se deriven.

¿Fue este el motivo para concebir desde el principio la regla general de que el agua, en cualquier de sus estados, pertenezca a todos los ciudadanos y sea entonces administrada por el Estado? Tal vez.

Como afirmamos en el Capítulo anterior, ya se legislaba ampliamente sobre el agua desde el Código Civil. Incluso se hizo respecto del dominio, descrito de manera acertada con el art. 677, cuando contempló que “Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios.

De manera concreta, actualmente las normas que hace referencia al dominio del agua en cualquiera de sus estados son, el Art. 2.2.3.2.2.1. del DUR, que ratifica las dos categorías de agua, las de dominio público y las de dominio privado. Esa disposición al final expresa que “Para efectos de interpretación, cuando se hable de aguas, sin otra calificación, se deberá entender las de uso público” con lo cual también ratifica la regla general de que el agua natural es de dominio público o que pertenece a la Nación. Por ejemplo, si en cualquier momento se inquiriere sobre el uso del agua lluvia o meteórica, tendremos que aplicar esta regla general.

2. Marco legal sobre los modos de uso

¹Artículos, desde el 2.2.3.2.1.1. al 2.2.3.2.27.8., contados en la versión del Decreto Único Reglamentario 1076 disponible en pdf, a enero del año 2016. Debe tenerse en cuenta pues, que el DUR en estas materias, y a la fecha de este escrito, ha sido modificado por los decretos reglamentarios 2245 de 2017, 703 y 1990 de 2018, y 465 de 2020.

Puede afirmarse sin mayor preámbulo, que todas las reglas sobre el uso del agua natural de dominio público continental y sus vicisitudes, se hallan hoy compendiadas en el DUR. Son 221¹ artículos dedicados al dominio y modos de uso. Por supuesto son más las disposiciones que tienen relación con el agua, pero estas son las principales sobre los aspectos de interés para este documento. El Art. 2.2.3.2.1.2. del DUR es enfático sobre esto al decir que “En el manejo y uso del recurso de agua, tanto la administración como los usuarios, sean éstos de aguas públicas o privadas, cumplirán los principios generales y las reglas establecidas por el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente...”

Es necesario destacar que dentro de ese rango normativo se mencionan los cuatro modos tradicionales para hacer uso del agua: por ministerio de la ley, por concesión, por asociación y el permiso (Art. 2.2.3.2.5.1. del DUR). Y, además, en un rango ubicado entre el permiso y la asociación, se halla la reglamentación del uso del agua, que tradicionalmente se ha visto como un reparto de concesiones, pero es alejado de esa realidad en virtud de que es un instrumento de intervención estatal al punto de que termina siendo la única manera que de oficio se adelante un procedimiento administrativo ambiental para definir el derecho de uso de un recurso natural renovable.

II. Aprovechamiento del agua de dominio público continental

En el siguiente capítulo, y como resultado del propósito de este artículo, describiremos los resultados de echar una mirada normativo-sistémica al aprovechamiento del agua de dominio público en Colombia. La pretensión es informar, de manera sucinta, las más importantes vicisitudes que se presentan cuando se hace uso del agua del dominio estatal bajo autorización administrativa del Estado. O sea que no trataremos sobre los usos por ministerio de la ley, ya que, como su nombre lo deja ver, es una manera legalmente aceptada de usar el agua sin necesidad de adelantar una actuación administrativa previa (Artículos 2.2.3.2.6.1 y 2.2.3.2.6.2 del DUR). Y también es necesario precisar que no nos referiremos a usos de playas, cauces o lechos, sino únicamente al uso del fluido, del agua, como recurso natural renovable vital.

Debe mencionarse que de conformidad con el Art. 2.2.3.2.9.9. del DUR, cuando la autoridad ambiental que conozca

de la solicitud de concesión, la otorgue, debe expedir una resolución que contenga al menos los siguientes aspectos: a) El nombre de la persona (natural o jurídica) beneficiada; b) El nombre y localización de los predios (en caso de aprovechamientos rurales), actividad industrial o comercial que se beneficiarán con la concesión (cuando no se provean de acueductos), descripción y ubicación de los lugares de uso y retorno del agua; c) denominación y ubicación de la fuente hídrica; d) La cantidad de agua que se otorga, uso que se va a dar, modo y, si es del caso, oportunidad en que se usará; e) Término por el cual se otorga la concesión y las condiciones para

su prórroga; f) Obras que debe construir el concesionario, tanto para el aprovechamiento del agua y restitución de los sobrantes, como para su tratamiento y defensa, con indicación de los estudios, diseños y documentos que debe presentar y el plazo que tiene para ello; g) Obligaciones al uso de las aguas y a la preservación ambiental, para prevenir el deterioro del recurso hídrico y de los demás recursos relacionados; h) Garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones; i) Contraprestaciones pecuniarias; j) Régimen de transferencia a la autoridad ambiental competente, al término de la concesión, de las obras afectadas al uso de las aguas, incluyendo las que deba construir

el concesionario, y obligaciones y garantías sobre su mantenimiento y reversión oportuna, y; k) Causales para iniciar procesos sancionatorios y para la eventual declaratoria de caducidad de la concesión. Todas estas ratifican y demuestran el carácter demanial del agua en Colombia.

Advertencia aparte, merece la metodología, que consiste en hacer un análisis de las normas contenidas en el DUR, ya relacionadas de manera general, puestas ahora de manera sistémica para mostrar y facilitar la comprensión de las principales vicisitudes sobre uso del agua, a quien lo requiera incluidos los operadores jurídicos ajenos a la especialidad ambiental.

III. Aspectos normativos mostrados de manera sistémica sobre aprovechamiento del agua de dominio público.

Son muchos los aspectos o particularidades que surgen del uso del agua natural. Y si tomamos el compendio normativo del DUR, es útil sistematizar las reglas sobre esta agua, para prevenir sobre todo los conflictos, facilitando la claridad para los ciudadanos cuando demandan el uso o aprovechamiento.

Autorización y trámite administrativo para el uso del agua:

Debe tenerse en cuenta en tratándose de uso de los recursos naturales renovables que una cosa es la denominación del trámite o procedimiento para alcanzar la autorización estatal para usarlo, y otra, la denominación de dicha autorización. Siempre coinciden. Pero son diferentes. Y aunque parece obvio, tenerlo claro tiene una finalidad: iniciar el trámite o procedimiento administrativo no

trae consigo automáticamente la autorización. Entonces tenemos que es usual que para el uso del agua se usen los términos permiso, reglamentación, asociación y concesión, en cada caso esa denominación comprende a la autorización y al procedimiento que se debe adelantar para obtenerlo: se adelanta un trámite de permiso, que culminará con un acto administrativo que otorga o

niega dicho permiso o, se adelanta un procedimiento para obtener concesión, que culminará con un acto administrativo que otorga o niega dicha autorización.

Por lo anteriormente precisado es que hallamos la prescripción normativa de que toda persona natural o jurídica, pública o privada, requiere concesión de la autoridad ambiental competente para hacer

uso de las aguas públicas o sus cauces, salvo en los casos previstos para los usos por ministerio de la ley (Art. 2.2.3.2.5.3 del DUR). Eso quiere decir que usos tales como: el abastecimiento doméstico en los casos que requiera derivación; el riego y la silvicultura; el abastecimiento de abrevaderos cuando se requiera derivación; el uso industrial; la generación hidroeléctrica, térmica o nuclear de electricidad; la acuicultura y pesca; la recreación y los deportes; y otros usos similares (Art. 2.2.3.2.7.1 del DUR), requieren concesión previa. Lo cierto es que las concesiones son individuales. Aunque hay que

advertir que se ha previsto que cuando una misma derivación vaya a beneficiar predios de distintos dueños, la solicitud de concesión deberá formularse por todos los interesados (Art. 2.2.3.2.9.12. del DUR). Incluso el Art. 2.2.3.2.9.13. del DUR hace presumir una comunidad entre los distintos beneficiarios, con el objeto de tomar el agua de la fuente de origen repartirla entre los usuarios y conservar y mejorar el acueducto, siempre y cuando los interesados no hayan celebrado otra convención relativa al mismo fin.

Dado el doble carácter del agua de pertenecer a la Nación y ser fundamental para la vida, se puede negar el otorgamiento de concesión, únicamente por causa de utilidad pública o interés social lo cual se hará mediante providencia debidamente fundamentada y sujeta a la posibilidad de ser impugnado dicha decisión (Art. 2.2.3.2.8.3 del DUR).

Concesiones dependen del caudal disponible:

Las concesiones de agua, se sujetan a la disponibilidad del recurso, “por tanto, el Estado no es responsable cuando por causas naturales no pueda garantizar el caudal concedido”. Por esto mismo, y por la naturaleza del recurso, “la precedencia cronológica en las concesiones no otorga prioridad y en casos de escasez todas serán abastecidas a prorrata o por turnos” (Art. 2.2.3.2.7.2 del DUR). Por ejemplo, si una corriente hídrica arroja en el monitoreo, un caudal promedio de 1 metro cúbico de agua, y se otorgan varias concesiones hasta dejar únicamente el caudal ecológico y luego, por causa del fenómeno de El Niño, los promedios bajan, la autoridad concedente no será ni podrá ser responsable de dicho fenómeno e imposibilidad de hacer uso de los caudales concesionados.

Control de caudal concedido:

Las obras hidráulicas es una cuestión vital en materia de uso del agua. Por esto se ha dispuesto que “las obras de captación de aguas deberán estar provistas de los elementos de control necesarios que permitan conocer en cualquier momento la cantidad de agua derivada por la bocatoma” (Art. 2.2.3.2.8.5. del DUR). Para que se pueda hacer uso de una concesión de aguas se requiere que todas las obras hidráulicas (no solo las de captación, sino las de conducción, aprovechamiento, retorno, cosecha de sobrantes o escorrentías, si son del caso, etc) ordenadas en la resolución que otorga la concesión, hayan sido construidas por el titular de la concesión y aprobadas por la autoridad ambiental competente (Art. 2.2.3.2.9.11. del DUR).

Para hacer uso de una concesión se requiere primero la asignación de caudal y la autorización de uso, luego la aprobación de los diseños y cálculos, y posteriormente de las obras construidas. Por ese se ordena que “aprobados los planos y memorias técnicas por la autoridad ambiental competente los concesionarios deberán construir las obras dentro del término que se fije; una vez construidas las someterá a estudio para su aprobación” (Art. 2.2.3.2.19.16. del DUR). Específicamente el DUR precisa: las obras, trabajos o instalaciones para uso del agua de dominio público, requieren dos aprobaciones: “a) La de los planos, incluidos los diseños finales de ingeniería, memorias técnicas y descriptivas, especificaciones técnicas y plan de operación; aprobación que debe solicitarse y obtenerse antes de empezar la construcción de las obras, trabajos e instalaciones. Y, b) La de las obras, trabajos o instalaciones una vez terminada su construcción y antes de comenzar su uso, y sin cuya aprobación éste no podrá ser iniciado” (Art. 2.2.3.2.19.5. del DUR).

Según lo acabado de mencionar, es lógico que se regle que “toda concesión implica para el beneficiario, como condición esencial para su subsistencia, la inalterabilidad de las condiciones impuestas en la respectiva resolución” (Art. 2.2.3.2.8.6. del DUR). Así que cuando haya necesidad de efectuar una modificación en las condiciones iniciales de la concesión, se deba solicitar previamente la autorización justificando dicha reforma.

Prioridades en las asignaciones:

En relación con las prioridades para las asignaciones entre los diversos usuarios del recurso hídrico natural, las reglas son claras: el uso doméstico tendrá prioridad sobre los demás, los usos colectivos sobre los individuales y los de los habitantes de una región sobre los de fuera de ella (Art. 2.2.3.2.7.8. del DUR). Esta regla general se especifica luego con la del Art. 2.2.3.2.7.6. del DUR, cuando expresa que para otorgar concesiones de aguas, se tendrá en cuenta el siguiente orden: a) Utilización para el consumo humano, colectivo o comunitario, sea urbano o rural; b) Utilización para necesidades domésticas individuales; c) Usos agropecuarios comunitarios; d) Usos agropecuarios individuales; e) Generación de energía hidroeléctrica; f) Usos industriales o manufactureros; g) Usos mineros; h) Usos recreativos comunitarios e; i) Usos recreativos individuales.

No obstante, estas reglas, que demarcan las competencias de las autoridades, se podrá variar el orden de prelaciones ya descrito, atendiendo a las necesidades económico - sociales de la región, y de acuerdo con los siguientes factores: a) El régimen de lluvia, temperatura y evaporación; b) La demanda de agua presente y proyectada en los sectores que conforman la región; c) Los planes de desarrollo económico y social aprobados por la autoridad competente; d) La preservación del ambiente, y; e) La necesidad de mantener reservas suficientes del recurso hídrico (Art. 2.2.3.2.7.7. del DUR).

Término de las concesiones:

Las concesiones se otorgarán por un término no mayor de 10 años, salvo las destinadas o por 50 años cuando estén destinadas a a) la prestación de servicios públicos o, b) la construcción de obras de interés público o social. El término además tendrá en cuenta la naturaleza y duración de la actividad, para la que se otorga, “de tal suerte que su utilización resulte económicamente rentable y socialmente benéfica” (Arts. 2.2.3.2.7.4 y 2.2.3.2.7.4 del DUR).

Prórroga del término de la concesión:

Las concesiones se podrán prorrogar únicamente si la solicitud se radica dentro del último año del período para el cual se hayan otorgado inicialmente. Y, como ya lo mencionamos, estas solicitudes, sólo se pueden negar por razones de conveniencia pública (Arts. 2.2.3.2.8.4 y 2.2.3.2.7.5 del DUR).

Traspasos de las concesiones de agua:

En caso de que se produzca la tradición del predio beneficiario con una concesión, el nuevo propietario, poseedor o tenedor, deberá solicitar su traspaso dentro de los 60 días siguientes, de tal manera que en la solicitud debe relacionar y anexar los documentos que lo acrediten como tal y los demás que se le exijan (Art. 2.2.3.2.8.8. del DUR).

Se puede traspasar, total o parcialmente, la concesión, conservando o modificando las condiciones originales; en todo caso sólo procederá con autorización previa de la autoridad ambiental competente quien, como se ha insistido, sólo podrá negarla por causas de utilidad pública o interés social, mediante providencia motivada (Artículos 2.2.3.2.8.7. y 2.2.3.2.8.9. del DUR)

IV. Concesión y reglamentación de las aguas de dominio público

Normalmente mediante la concesión de agua, se autoriza a una persona natural o jurídica para hacer uso del agua por parte de la autoridad ambiental. El trámite de la concesión inicia siempre por solicitud del interesado y el acto administrativo que la otorga sólo lo afecta a él. En cambio, la reglamentación de las aguas de una corriente o depósito hídrico, es un trámite que se adelanta por solicitud de parte (que puede estar constituida incluso por varias personas naturales o jurídicas) o de oficio; y el acto administrativo que reglamenta esa fuente hídrica incluye a todos los solicitantes, los otros usuarios actuales de la fuente e incluso abre la posibilidad para que los potenciales usuarios sean contemplados allí.

La reglamentación del uso de las aguas, como denomina a esta figura el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente y luego reproduce el Decreto Único Reglamentario

del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, lo realizará la autoridad ambiental competente con el fin de obtener una mejor distribución de las aguas de cada corriente o derivación, cuando lo estime conveniente, de oficio o a petición de parte, para lo cual adelantará un estudio preliminar con el fin de determinar su conveniencia, teniendo en cuenta el reparto actual, las necesidades de los predios que las utilizan y las de aquellos que puedan aprovecharlas (Artículos 2.2.3.2.13.1. y 2.2.3.2.13.2. del DUR). El hecho de que sólo esté prevista la reglamentación de aguas de dominio público, indica el objeto que ya señalamos de servir como mecanismo para resolver y prevenir los conflictos.

Ya habíamos manifestado que, desde nuestra óptica (Cardona González, 25 de marzo de 2020a), nos parece que estas reglas devienen directamente del Art. 894 del Código Civil vigente y que empezó a regir en Colombia desde 1873, cuando dispone que “El uso de las aguas que corren por entre dos heredades corresponde en común a los dos ribeños, con las mismas limitaciones, y será reglado, en caso de disputa, por la autoridad competente...” Y partimos del argumento de que la reglamentación de los usos de las aguas se originó como forma de resolver las disputas entre los ribeños o usuarios aguas arriba de las fuentes. Tal posición en lo que luego dispuso, por una parte, el artículo 9 de la Ley 113 de 1928 que expresaba que “En virtud del derecho que asiste al Gobierno Nacional como supremo administrador de los bienes de uso

público, procederá a reglamentar en beneficio de los demás predios que lo necesiten, la distribución y aprovechamiento de las aguas de uso público que derivadas de sus corrientes o depósitos naturales corran por acequias o canales contruidos en predios ribeños y cuyo sobrante no sea restituido a dichas corrientes o depósitos dentro de los límites de tales predios, ...” y por otra, en las primeras decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia en relación con la manera como se resuelven las disputas por el recurso hídrico especialmente entre ribeños. Efectivamente investigando estos aspectos hemos hallado (Cardona González, 25 de marzo de 2020b), una primera decisión de la Corte Suprema en la que manifestó: “Naturalmente en el conflicto de intereses con respecto al empleo de las aguas, el público debe ser preferido al individual (subrayado nuestro). Por encima de la disposición de orden general que reglamenta el aprovechamiento de las fuentes de uso común, existe la disposición especial de orden público, que limita el uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella, cuando éstas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, caso en el cual prima el interés colectivo” (Corte Suprema de Justicia, 1946a: 39). Y luego otra, cuando refiriéndose concretamente a la Reglamentación de Aguas la Corte sentenció: “De aquí deriva el concepto de que, si en esas condiciones ese permiso no es necesario, la reglamentación no es de la incumbencia de la Administración, y agrega que ésta no está facultada para decidir sobre

una cuestión estrictamente civil como es el derecho de riberanía consagrado en los artículos 892, 893 y 894 del C. Civil, derecho que no tiene otro límite que el de los demás ribeños, y que tal es precisamente el caso, pues aquí se controvierte sobre el mejor derecho, problema que va implicado en el de la reglamentación” (Corte Suprema de Justicia, 1946b: 422).

¿Puede reglamentarse una corriente o depósito de aguas, cuando ya se han otorgado concesiones y estas aún no han vencido? Por supuesto. Las concesiones otorgadas no serán obstáculo para que con posterioridad, la autoridad ambiental reglamente de manera general la distribución de una corriente o derivación (Art. 2.2.3.2.8.2. del DUR). Y por esto mismo, la reglamentación afecta los aprovechamientos existentes amparados por concesiones, es de aplicación inmediata e implica concesiones (asignaciones) para los beneficiarios quienes quedan obligados ahora a cumplir las condiciones impuestas en la reglamentación y a las causales de caducidad (Art. 2.2.3.2.13.8. del DUR).

Conclusiones

² *Al respecto puede leerse el artículo “Registro y censo de usuarios del recurso hídrico en Colombia”, en Derecho de Aguas, t. X., marzo de 2023, pp. 75-97. Universidad Externado de Colombia.*

Prácticamente desde 1978, cuando se expidió el Decreto 1541, reglamentario del Decreto Ley 2811 de 1974, tenemos en Colombia un marco regulatorio sin modificaciones en materia de usos del agua natural.

¿Están desuetas las reglas jurídicas sobre el uso del agua? Ciertamente no. Lo que ha fracasado es el modelo de administración por parte del Estado. Sin duda afirmamos que especialmente se han descuidado los deberes ciudadanos, y se ha impuesto una ausencia de valor institucional para aplicar con rigor las reglas. En el primer caso, por ejemplo, se descuidó la obligación de registrar los derechos de uso², e imponer plazos improrrogables para el registro y legalización de nuevos usos. En el segundo, no hacer excepciones a la hora de adelantar acciones para imponer sanciones cuando los usos se hacen sin previo trámite de las autorizaciones y obtener concesión; hoy con el uso de las herramientas tecnológicas es muchísimo más fácil detectar usos ilegales del agua. Y este último caso, también se manifiesta en la flexibilidad para proteger las zonas de recarga hídrica y páramos nacionales.

No obstante, estas conclusiones, sería deseable que lo más pronto posible se abordaran las modificaciones normativas necesarias para unificar los procedimientos o ritos para resolver las solicitudes de concesiones con las de otras autorizaciones que tengan por objeto resolver las necesidades para obtener el derecho al uso de los recursos naturales renovables. Tendencia incluso nacional, como ha ocurrido en el Derecho Agrario con el Decreto Ley 902 de 2017 (Cardona González, 2019, p. 304). Y estudiar la conveniencia de unificar o discriminar las reglas sobre concesiones respecto de reglamentaciones de agua de dominio público, sea para mantener el régimen actual donde cada asignación de caudal se rige por lo que se establece para las concesiones o, por el contrario, y con el ánimo de estimular las reglamentaciones de corrientes y depósitos de agua, e incluso la de vertimientos, se establezca un régimen autónomo e independiente (Cardona, 2011).

No dudamos en concluir también que, al producirse normas jurídicas ambientales, las sociedades nunca deben perder de vista el papel que juegan: asegurarse de brindar el aclimatación social. Las reglas de comportamiento, al fin y al cabo, limitaciones al libre albedrío individual, deben resolver pacíficamente la incompatibilidad entre pobreza y sostenibilidad; por lo que deben advertir y evitar la posible politización de las causas ambientales, e imponer que las decisiones de los operadores jurídicos se basen exclusivamente en datos confiables y públicos.

Lista de referencia

Ámbito Jurídico. (2012). “Leviatán de Thomas Hobbes”, Sección: Obras del pensamiento jurídico, 23 de julio al 5 de agosto de 2012

Cardona González, A. H. (2011). La reglamentación de aguas superficiales de dominio público como modo de adquisición del derecho a su uso en Colombia. (Tesis de grado). Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.

Cardona González, A. H. (25 de marzo de 2020). El origen de la Reglamentación de Aguas como resolución de conflictos entre particulares, en Blog Departamento de Derecho del Medio Ambiente. Recuperado de <https://medioambiente.uexternado.edu.co/el-origen-de-la-reglamentacion-de-aguas-como-resolucion-de-conflictos-entre-particulares/#:~:text=En%20nuestro%20parecer%20esas%20reglas%20son%20los%20antecedentes,riberanos%20o%20usuarios%20aguas%20arriba%20de%20las%20corrientes>.

Cardona González, A. H. & Lastra Mier, R. (2023). “Registro y censo de usuarios del recurso hídrico en Colombia”. En AA.VV. Derecho de aguas, t. X, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carnelutti, F. (2002). Cómo se hace un proceso, Bogotá: Editorial Temis SA.

Cirone, M. (2013). “Una introducción a los aspectos más destacables del marco jurídico e institucional sobre la gestión del agua en España”. En Revista Derecho y Ciencias Sociales. Octubre 2013. N°9 (La problemática del agua en el mundo actual) pp. 69-89. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

Francisco I. (2020). Carta encíclica, Fratelli tutti. Iglesia Católica. Octubre 3 de 2020.

Patiño Posse, M. (1999). Derecho Ambiental Colombiano. Bogotá: Legis Editores SA.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-671 de junio 28 de 2001. M. P.: Jaime Araujo Rentería

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 26 de febrero de 1946, Gaceta Judicial LX, No. 2029-2030-2031, enero-marzo, Sala de Casación Civil, M. P: Manuel José Vargas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 7 de noviembre de 1946, Gaceta Judicial LXI, No.2038-2039, septiembre-octubre, Sala de Casación Civil, M. P: Ricardo Hinestrosa Daza

ÍNDICE NORMATIVO

Código Civil

Decreto 1381 de 1940

Decreto 1382 de 1942

Decreto Ley 2811 de 1974. Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

Decreto 1541 de 1978. Por el cual se reglamenta el Decreto 2811 de 1974

Constitución Política de Colombia

Ley 99 de 1993. Por la cual se crea al Sina y el Ministerio de Ambiente.

Decreto 1076 de 2015. Único reglamentario del sector ambiente y desarrollo sostenible.



LA FILOSOFÍA DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y LOS CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Augusto Ramón Chávez Marín

LA FILOSOFÍA DEL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO Y LOS CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Autor: Augusto Ramón Chávez Marín

Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas, abogado de la Universidad Santo Tomás, doctorando en Derecho con diplomatura en Teoría del Derecho y de la Argumentación Jurídica de la Universidad Austral de Buenos Aires. Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Especializado en Filosofía del Derecho y teoría jurídica en la Universidad Libre, así como en Derecho Administrativo en la Universidad Santo Tomás. Autor de *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*, 4ª ed., Temis, 2020 y *Lecturas de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Universidad Santo Tomás, 2008.

Resumen

Este trabajo se propone fundamentar filosóficamente la teoría general de los convenios de la administración, planteada por el autor en diversas publicaciones, especialmente en el libro *Los Convenios de la Administración: Entre la gestión pública y la actividad contractual* (Bogotá, Temis, 4ª ed., 2020). Para tal fin se acude a ciertas corrientes del nominalismo y de la filosofía analítica, así como a las exposiciones de autores como John Locke, Jhon Hospers, Ricardo Alberto Guibourg, Alejandro Ghigliani y Ricardo Víctor Guarinoni, en las cuales se explica la manera como el ser humano identifica las cosas y las nombra.

Sumario

1. Introducción. 2. La visión de Locke sobre las sustancias y sus nombres. 3. Entre la semiótica y el nominalismo: Hospers, Guibourg y sus amigos. 4. Hacia el nominalismo a través de la semántica. 5. Libertad de estipulación y regla de uso común. 6. Clases, concepto y clasificación. 7. Significado: denotación y connotación. 8. Los universales. 9. Características definitorias y concomitantes. 10. Vaguedad y ambigüedad. 11. Definición. 12. No solo palabras: también oraciones o enunciados, proposiciones y estados de cosas. 13. Conclusión.

Introducción

Me propongo explorar una visión conceptual que permita iluminar y explicar la Teoría General de los Convenios de la Administración (en adelante TGCA) que he venido planteando especialmente en el libro *Los Convenios de la Administración: entre la gestión pública y la actividad contractual* (Chávez Marín, 2020). Esa visión obra en una serie de materiales, de textos, de elementos relacionados, en general, con aquella parte de la filosofía que estudia el conocimiento y la manera como identificamos o distinguimos las cosas, no solo en punto al proceso que nos permite hacerlo sino a los resultados que se obtienen en su realización. Es decir, estaremos en el campo de la filosofía del conocimiento, en particular, en la división que corresponde a la teoría del conocimiento o gnoseología, pero también y más especialmente en la ciencia que estudia el conocimiento científico o epistemología¹; a veces también, aunque tangencialmente, en el espacio propio de la denominada filosofía real, y específicamente en el de la metafísica general o de la ontología². A partir de allí, revisaré de modo exploratorio, es decir, sin la pretensión de agotar, sino más bien de recoger instrumentos, de acceder a miradas, de hallar herramientas, cómo es posible identificar algunas cosas o seres u objetos cuya existencia se puede discernir, predicar y precisar en el universo de la teoría de los contratos administrativos, con el ánimo de construir y proponer una TGCA.

En efecto, una serie de incertidumbres se presentan en relación con los diferentes aspectos de la figura jurídica del convenio de la administración, en tanto en el derecho colombiano en particular, pero también en el derecho comparado, ella no está definida claramente como categoría general y su clasificación es igualmente una construcción que apenas hasta ahora se viene abordando por la jurisprudencia y la doctrina. De modo pues que frente a ese ser, a esa cosa, a ese objeto, que es el convenio de la administración, hay mucho por conocer, por identificar, por definir, por clasificar. Considero que esta tarea de conocimiento y delimitación de ese objeto de la ciencia del derecho, puede tener sustento en la filosofía³, y a su andadura pudieran acudir numerosos enfoques, pues aceptamos igualmente que puede plantearse una subalternación o subordinación formal entre el derecho⁴ y la filosofía, fenómeno que se identifica como una verdadera fundamentación, y que según Sanginetti, 1994 (p. 191) “se produce cuando una ciencia de rango inferior recibe conocimientos de otra más alta, que da a conocer más plenamente su objeto material”. Para los efectos anteriores acudiré a la exposición de algunos pensadores como John Locke, Jhon Hospers y Ricardo Guibourg, que vienen muy bien para iluminar la discusión sobre los convenios de la administración.

Así es como este texto girará en torno a esos dos ejes: dichas visiones filosóficas y la TGCA, en la búsqueda de la aplicación de las primeras a la segunda. Para facilitar el desarrollo metódico, la aplicación al trabajo jurídico de las visiones filosóficas que se vayan reseñando se presentará con una letra de tamaño inferior.

¹ No estaremos pues en el campo de la parte de la filosofía que se identifica como lógica, en tanto se define como la “ciencia del modo de conocer, que estudia también a las demás ciencias” (Sanginetti, 1994, p. 184).

² Para Guibourg, Ghigliani y Guarinoni (1986, p. 44) “Se llama comúnmente ontología a la parte de la filosofía que estudia el ser, los entes, las esencias, o, como dice un lógico moderno, lo que hay.”

³ Según Sanginetti (1994, p. 191): “En la práctica, las ciencias humanas nunca se han desarrollado al margen de toda filosofía.”

⁴ Entiendo que una cosa es la ciencia y otra el objeto de la ciencia. En los estudios jurídicos se suele utilizar indistintamente la palabra derecho para referirse tanto a la ciencia que recae sobre el derecho positivo, como a este, e incluso al derecho subjetivo, pero no puede perderse de vista tal distinción. En el curso del presente trabajo me refiero a la ciencia del derecho simplemente con la palabra derecho (con minúscula). Cuando queramos hablar del derecho positivo, es decir, del derecho objetivo, usaremos la palabra escrita con mayúscula inicial, o sea, Derecho.

La visión de Locke sobre las sustancias y sus nombres

Por medio de los sentidos llegan a la mente del hombre un gran número de **ideas** simples que siempre van unidas y bajo la presunción de pertenecer a una sola cosa se las designa por un solo nombre. La **palabra** utilizada para tal **nombre** se adecua a la aprehensión común, facilita el camino para la expresión de esa idea, que en realidad no es una idea simple sino una complicación de ideas unidas. Así, el hombre no se imagina de qué forma esas ideas simples subsisten por sí mismas y supone entonces que lo hacen en un substratum que se denomina *sustancia*.

Las ideas simples, que son **cualidades o accidentes**, como por ejemplo el peso o el color, no subsisten sin la sustancia que es –tal como significa la palabra– lo que está debajo o soporta, es decir, que la sustancia es el soporte de las cualidades o accidentes, pero en todo caso ella como tal, en sí misma, es desconocida. Y no obstante esa oscuridad, cuando el hombre se refiere a cualquier **clase de sustancia** entiende que es una cosa con ciertas cualidades, pues se ha forjado las ideas de **clases particulares de sustancias**, como lo explica Locke en su clásico Ensayo sobre el entendimiento humano (1956, p. 430). Así, por ejemplo: vemos la tiza y lo que vemos es el color blanco, su corta extensión, la materia arenosa, su forma, etc., o sea, las cualidades o accidentes, las ideas simples, pero no vemos la tiza, la sustancia o la idea compleja de tiza, solo tal color, extensión, peso, forma, etc., y al ver esa combinación de accidentes entendemos que se trata de una tiza, de esa clase de sustancia.

Siguiendo en ese mismo hilo de pensamiento, Locke avanza hacia el **nominalismo** al expresar que los **nombres comunes de las sustancias**, al igual que los otros términos generales, significan clases y estas son signos de ideas complejas. En esas clases, en esos nombres que las denominan, a su vez concuerdan o pueden concordar varias **sustancias particulares**, y así quedan comprendidas en esa **concepción común**, de manera que son significadas por ese mismo nombre. Y para Locke (1956, p. 430) las clases, o géneros y especies de las cosas, no dependen de la naturaleza real de las cosas sino del “tipo de colecciones de ideas que han formado los hombres, y no de la *naturaleza real de las cosas*”, es decir, de las ideas complejas, de la identificación nominal de las sustancias, de las concepciones comunes, de los nombres comunes.

En relación con la **esencia** de las cosas, precisa Locke que ella se relaciona con las clases, y que lo esencial en los seres particulares o individuos depende de ellas; la mente del hombre refiere siempre lo esencial a alguna clase o especie de cosas -significada por algún nombre general-, y es de acuerdo con la idea abstracta de la clase a la que pertenece el individuo que se descubre que algo le es esencial. Así por ejemplo, indica Locke (1956, p. 432), que “(...) si ese ser particular ha de quedar incluido dentro de la clase hombre, y ha de ostentar el nombre

de hombre, entonces la razón le es esencial, suponiendo que la razón sea una parte de la idea compleja significada por el nombre de hombre; así como es esencial a esa cosa sobre la que escribo el contener palabras, si le doy el nombre de tratado y la clasifico dentro de esa especie.”

De tal manera que lo esencial estando referido a las ideas abstractas y a sus nombres, hace que una cosa particular que tenga esas cualidades que identifican (también con un nombre) lo esencial, pueda ser **clasificada** dentro de esa especie y ser llamada por el nombre que la representa.

De acuerdo con lo expuesto, Locke señala que son los hombres quienes hacen las clases de las cosas y de igual forma las esencias nominales que se les relacionan, forjando las ideas abstractas correspondientes. Sin embargo, reconoce que la naturaleza hace individuos que coinciden entre sí en muchas cualidades sensibles, y probablemente también en su estructura y constitución interna, no obstante lo cual (1956, p. 454)

“no es esta esencia real la que distingue las cosas en especies; es el hombre, quien, motivado por las cualidades que encuentra unidas y en las cuales frecuentemente advierte que varios individuos convienen, ordena las cosas en clases por medio de nombres, para la comodidad de tener signos comprensivos bajo los cuales los individuos quedan ordenados como bajo estandartes, según su conformidad con tal o cual idea abstracta; de modo que uno sea del regimiento azul; otro, del regimiento de lo rojo; que este sea un hombre; aquél sea un simio. Y en esto, creo yo, consiste todo el asunto de géneros y especies.”

Respecto del tema contractual mencionado inicialmente, las anteriores aproximaciones a los conceptos de esencia, clases, nombres y clasificación, son de mucho interés y desbrozan el camino hacia mayores precisiones en los autores que en seguida se invocan.

Entre la semiótica y el nominalismo: Hospers, Guibourg y sus amigos

Una visión contemporánea de los anteriores problemas se expone en los textos de Jhon Hospers⁵, quien en otros escenarios se caracterizó por propugnar las tesis del libertarismo, cuyas semillas se atribuyen precisamente a los escritos de filosofía política de Locke. Fue profesor de filosofía de la Universidad estatal de California y entre sus numerosos trabajos se

halla su Introducción al análisis filosófico (1969). En este, Hospers se refiere a una serie de aspectos que nos interesan y que también estudian los profesores de filosofía del derecho de la Universidad de Buenos Aires, Ricardo Alberto Guibourg, Alejandro Ghigliani y Ricardo Víctor Guarinoni en el libro Introducción al conocimiento científico (1986).

Conviene recordar que los temas que se tratarán en seguida, se abordan en los primeros apartados del libro de Guibourg, Ghigliani y Guarinoni en el contexto de su exposición sobre el lenguaje de la ciencia, en el marco del interés propio de esa obra que corresponde al del estudio del conocimiento científico. Vale decir que, en todo caso, en tanto se

refiere al conocimiento científico, ese libro examina algunos de los más nucleares problemas de la epistemología y de paso se pronuncia sobre algunos elementos de la ontología.⁶ Entiendo que, entre la ontología, la gnoseología y la epistemología existe un puente o una relación difícil de desconocer o soslayar por la última, y más aún que la semiótica también se relaciona con ellas, como se verá en el curso de las próximas líneas.

En efecto, bien al principio de su trabajo al avanzar un poco en el extenso primer capítulo⁷ titulado El lenguaje, precisan dichos autores (1986, p. 23) que “Examinaremos pues, básicamente, los temas que estudia la lingüística”. Esa precisión se hace una vez han estudiado las clases de lenguaje (punto 1.1), que incluyen el lenguaje natural y el artificial (técnico y formal), y cuando pasan a examinar propiamente la semiótica (punto 1.2) con sus divisiones en sintaxis, semántica y pragmática.

Dentro de la lingüística (punto 1.2.1) se refieren a los temas de la lengua y el habla, a los niveles de lenguaje, específicamente en los niveles del lenguaje normativo (lenguaje objeto, metalenguaje prescriptivo y metalenguaje descriptivo). Al abordar la primera parte de la semiótica que es la sintaxis (punto 1.3) reflexionan sobre los tres elementos del lenguaje, cuales son, un conjunto de signos primarios, un grupo de reglas de formación y uno de reglas de derivación. Pasan a la semántica (punto 1.4), en donde hacen relación a la fuente

del significado, identificación y significado, concepto y clasificación, denotación y designación, los universales, las características definitorias, la vaguedad, la ambigüedad, la definición (ostensiva, verbal, denotativa, intencional, informativa y estipulativa), las oraciones, proposiciones y estados de cosas. Finalmente, llegan a la pragmática (punto 1.5) y allí analizan, entre otros temas, para qué sirve el lenguaje y cómo se lo usa, explicando sus funciones (descriptiva, directiva, expresiva, operativa y los usos mixtos), los efectos emotivos del lenguaje, la definición persuasiva y la función ideológica del lenguaje.

De modo que los aspectos a los que me referiré en seguida, se ubican en la parte relativa a la semántica (punto 1.4), lo cual no obsta para hacer algunas mínimas anotaciones en puntos muy específicos sobre los temas anteriores a ellos y que fueron tocados en el libro, con el ánimo además de demarcar el campo de la discusión que se aborda por ese texto en los apartes que me interesan.

La semiótica corresponde a la teoría general de los signos, en cuyo ámbito se inscriben los conocimientos genéricos sobre el lenguaje. Esa disciplina estudia los elementos representativos en el proceso de comunicación y según referencia a Ferdinand de Saussure (1857-1913), padre de la actual lingüística, se trataría de “una ciencia que estudie la vida de los signos en el seno de la vida social” (Guibourg et al., 1986, p. 23).

Por la vía de las reglas de

derivación de la sintaxis surge la lógica como ciencia que se incluye dentro del campo de la sintaxis, de forma que se presentan la sintaxis descriptiva o lingüística (especial o general) y la sintaxis pura o lógica, siendo esta última más próxima a la filosofía que a la lingüística (Guibourg et al., 1986).

El lenguaje de la ciencia del derecho como del Derecho positivo –objeto de la misma– es un lenguaje técnico, y así es también el que se utiliza por la TGCA.

El régimen jurídico colombiano así como el del derecho comparado en materia de convenios celebrados por la Administración pública corresponde a un lenguaje objeto, es decir, a un lenguaje normativo de primer nivel, mientras que la doctrina que sobre ellos se levanta es metalenguaje ordinariamente descriptivo, pero puede adoptar según sea el caso carácter prescriptivo, en tanto se halle dirigido a llamar la atención sobre el deber de cumplimiento de las normas correspondientes tal cual son o bien en el sentido de requerir el uso de atribuciones normativas de los órganos competentes del Estado a efectos de regular de manera determinada las figuras pertinentes.

⁵ Nació y murió en Estados Unidos, entre 1918 y 2011.

⁶ La introducción del libro de Guibourg, Ghigliani y Guarinoni reconoce que esa obra se inserta en el campo de la epistemología y que hace filosofía dentro de la corriente de la denominada filosofía analítica.

⁷ El libro se divide en tres capítulos: Lenguaje, Conocimiento y Ciencia.

Hacia el nominalismo a través de la semántica

Ahora bien, en el curso del orden descrito, llegados a la definición de semántica, Guibourg y sus amigos (1986, p. 33) indican que, como parte de la semiótica, “es el estudio de los signos en relación con los objetos designados, o, por decirlo de un modo más claro, es el estudio del significado”. Y de manera semejante a la sintaxis, la semántica se clasifica en semántica descriptiva o lingüística (especial o general) y la semántica pura o filosófica. La primera es una disciplina empírica que narra la evolución histórica de los lenguajes naturales, mientras la segunda se dedica a resolver preguntas como las siguientes:

¿[a] qué realidad nos referimos cuando hablamos de un significado?
¿existen significados naturales, que puedan aprehenderse mediante alguna clase de observación de la realidad? La asignación de significados a las palabras, ¿está relacionada con alguna estructura de la realidad o depende exclusivamente de nuestra voluntad? ¿Qué condiciones, además de las meramente sintácticas, debe reunir una palabra o una frase para ser significativa? (Guibourg et al., 1986, p. 33)

Después de plantear estos interrogantes como propios del campo de la semántica pura o filosófica, señalan dichos autores que ella “trata de construir y analizar algún sistema de reglas semánticas que sirvan para cualquier lenguaje, ya sea históricamente existente o producto de nuestra imaginación”, e igualmente cómo “examina las bases teóricas sobre las que pueda asentarse cualquier análisis semántico particular, y resulta de fundamental importancia a la hora de razonar sobre las interpretaciones posibles de una expresión lingüística (algo que los abogados hacen durante buena parte de su vida)” (Guibourg et al., 1986, p. 33) y a la cual ese libro se dedica en los siguientes apartes. Valga entonces remarcar: los aspectos que tocaremos en seguida se inscriben en la semántica pura o filosófica, y así, en el campo de la filosofía.

Al respecto es necesario señalar preliminarmente, que los convenios son una realidad normativa y práctica, en tanto están previstos por el derecho positivo y se usan o se presentan en la práctica administrativa, y adicionalmente a esa palabra –convenio– habrá que darle significado y el lenguaje al que esa figura corresponde constituye un producto histórico, aunque es a la vez un lenguaje técnico, y los abogados debemos razonar sobre el alcance de esa expresión y de otra serie de expresiones que se le aproximan, que más adelante se mencionarán.

Libertad de estipulación y regla de uso común

Continúa Guibourg y sus colegas, como si conversaran con Locke de los temas arriba ilustrados y desarrollaran o coincidieran conceptualmente con Hospers, de la siguiente forma: no hay que confundir la realidad física con la lingüística, pues los nombres (que pertenecen a esta) no enseñan nada sobre las cosas en sí mismas sino sobre las costumbres lingüísticas de cierto grupo o pueblo. El ser humano nombra las cosas, les asigna, les inventa o les cambia de nombre, de modo que no existen nombres verdaderos de las cosas; en síntesis, hay al respecto libertad de estipulación, la cual se enfrenta a la regla de uso común, consistente en el significado común de las palabras en nuestro medio lingüístico. El nombre estipulativo dificulta la comunicación y hace necesaria su difusión en la comunidad para su mejor uso, mientras que la regla de uso común facilita la comunicación.

Es así como la relación entre palabra y cosa es artificial, resultado de la decisión individual o social, no vinculada necesariamente a las características observables de la cosa misma, sino modificable por la voluntad del hombre. Y cuando se inventan nombres o se aceptan los ya inventados se trazan límites en la realidad, como si ella fuera cortada idealmente en trozos, “y al asignar cada nombre constituimos (es decir, identificamos, individualizamos, delimitamos) el trozo que, según hemos decidido, corresponderá a ese nombre” (Guibourg et al., 1986, p. 37); procedimiento que pasa inadvertido porque el lenguaje que usamos ha sido elaborado anónimamente a través de una larga tradición.

En relación con estos aspectos, entrando un poco más en materia, se puede señalar que en el lenguaje jurídico colombiano, específicamente en el derecho de la contratación estatal o administrativa, no se ha identificado claramente el alcance del contrato estatal o administrativo en relación con los acuerdos de voluntades celebrados entre las administraciones públicas y entre estas y particulares para ciertos objetos. En efecto, tanto en el estatuto general de contratación de la administración pública contenido en la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones (que identificaré en adelante como estatuto contractual) como en el derecho de la organización administrativa, establecido especialmente en la Ley 489 de 1998, se prevé una gran variedad de negocios jurídicos contractuales entre dichos sujetos, cuyos nombres y conceptos no aparecen claramente identificados. No obstante lo anterior, se los suele tratar bien por el derecho positivo, como por la jurisprudencia o por la doctrina, como meros contratos estatales.

Me propongo entonces afirmar que si bien esos negocios se incluyeron por el Legislador, de una parte, en la categoría general de los contratos estatales, dándoles, por lo tanto, ese nombre genérico, y de otro lado, de modo poco claro se prevén en el referido derecho de la organización administrativa algunos convenios específicos con tal nombre (convenios), el primero (contratos estatales) no es un nombre ni verdadero ni necesario para ellos, mientras que el segundo (convenios) es un nombre que siendo apropiado requiere

ser dotado de significado. En ejercicio de cierta libertad de estipulación, es posible considerar unas y otras figuras como convenios y propugnar por un cambio en la cultura jurídica correspondiente. Este cambio, si bien se podría enfrentar inicialmente a la regla de uso común en la materia (la que adopta oscuramente el legislador colombiano), lo hace al amparo de una teoría que lleva el vocabulario a un uso más adecuado que el de la palabra y el concepto de contrato. Ese uso que se propondrá de la palabra convenio, se planteará con sustento en una teoría general que observe tales figuras desde una perspectiva material y no puramente formal. De modo que es posible, a la luz de la TGCA, identificar, individualizar, delimitar, un trozo de la realidad jurídica integrado por un conjunto de ciertos acuerdos de voluntades, que reúnen determinadas características formales y sustanciales, que se pueden llamar o nombrar con la palabra convenio y corresponder al concepto que ella implica.

Clases, concepto y clasificación

Entre los nombres asignados a las cosas se distinguen los nombres propios y los que corresponden a las **palabras de clase** o sustantivos comunes. Estos permiten agrupar, llevando a cabo el acto intelectual llamado **clasificación**, los infinitos individuos en conjuntos o clases y exigir determinadas condiciones para su pertenencia; planteamiento expuesto en forma semejante también por Locke. De este modo, además de crear o aceptar la palabra de clase, se crea o acepta el **concepto** al que la misma se refiere, el cual según Guibourg et al. (1986, p. 39) “agrupa idealmente una multitud de objetos, reales o imaginarios, pasados, presentes o futuros (...) siempre que respondan a ciertos requisitos implícitos en el propio concepto.”

La palabra *contrato* es una palabra clase que involucra determinado concepto y también lo son las palabras o expresiones -compuestas de palabras- *contrato administrativo*, *contrato estatal* o *contrato de la administración*. Igualmente, *convenio* es una palabra de clase, así como las que integran la expresión *convenio de la administración*. Se trata, pues, de adelantar una investigación en la que se precisen los conceptos correspondientes a cada una de dichas palabras y expresiones, estableciendo las condiciones para su pertenencia. Se parte de la hipótesis según la cual no solo tales palabras y expresiones son diferentes –lo cual parece tautológico– sino que también implican relaciones de semejanza y pertenencia parcial, así como conceptos diferentes según se aplique un punto de vista o criterio formal o sustancial. Y en el proceso de clasificación se establecerá frente a dichos convenios la pertenencia de una serie de figuras que se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico colombiano y que pertenecen a esa categoría.

Guibourg y sus amigos (1986, p. 39) afirman en relación con el importante tema de la correspondencia de las palabras con la realidad, que “las clasificaciones, del mismo modo que la identificación de entes individuales, no son cosas que están en la naturaleza (...) y que, en consecuencia, puedan conocerse mediante un adecuado estudio del universo. La clasificación es un hecho cultural y, en ocasiones, meramente individual.”

Por lo anterior, extremando las consecuencias de su discurso, expresan

que no hay clasificaciones verdaderas ni falsas, de la misma manera que no existen nombres verdaderos ni falsos para cada objeto. Algo distinto es la aceptación, difusión o utilidad de la clasificación. Ellas pueden versar sobre una misma cosa y hacerse desde distintas perspectivas, sin coincidir, y también pueden ser inútiles generando controversias ficticias.

La clasificación que se propone en la TGCA sobre estas figuras no tiene por supuesto la pretensión de agotar la discusión en este campo, parte de un vacío conceptual, no solo a nivel normativo, sino jurisprudencial y doctrinario. Se expondrá como una postura prudente, pero necesaria y útil, que aunque no tiene pretensiones absolutas de veracidad y acepta que pueden exponerse otras clasificaciones válidas, se plantea con el fin de avanzar modestamente en la ciencia del derecho administrativo.

Significado: denotación y connotación

Retomando la relación palabra-realidad, los autores que se sigo recuerdan que aunque ordinariamente las palabras o nombres delimitan la realidad, a veces también hay algunas que no se refieren a ella, no obstante lo cual unas y otras tienen un significado, significan algo, que debe ser un ente de cierta naturaleza, por lo cual la filosofía ha identificado dos clases de seres: los que existen y los que subsisten, esto es, los que están en la realidad y los que no forman parte de la realidad pero hipotéticamente podrían llegar a existir. Uno es, pues, el plano del lenguaje y otro el de la realidad, que no se deben confundir. Sobre este punto, se recuerda en el libro de Guibourg et al. la contribución del alemán Gottlob Frege (1848-1925), para quien el significado tiene dos formas o componentes: la denotación o extensión y la designación, intensión (con s, no con c) o connotación.

La denotación es el conjunto de todos los objetos o entidades que caben en una palabra. Por su parte, la designación, intensión o connotación, corresponde a las razones, más o menos uniformes, por las que se incluye un objeto en una clase o se excluye de ella, lo cual, además, forma el criterio de uso de la palabra de clase, “y tal criterio es la piedra de toque del concepto” (Guibourg et al., 1986, p. 33), siendo así determinante y demostrativo del mismo. Vale decir que hay palabras que tienen designación, y por lo tanto significado, como los nombres de ciertos seres imaginarios, pero no tienen denotación, y otras, que no tienen designación, pero sí denotación, como los nombres propios.

Como ya se indicó la TGCA se asienta en la realidad jurídica colombiana, pero es una creación del hombre, y las palabras que le sirven de base para la identificación de sus elementos ya existen. Sin embargo, se trata de proponer en el marco de esa teoría, cierto significado para ellas, de forma que se delimite e identifique de mejor manera la realidad contractual o convencional correspondiente. Dicha teoría se refiere a objetos existentes no a seres subsistentes, y aunque actúa fuertemente en el plano lingüístico, tiene la pretensión de identificar con una mejor luz un segmento de la realidad, para que su significado sea más claro y se diferencie de mejor forma de los

objetos que le son próximos. Vale indicar, agregando: tanto el convenio de la administración, que corresponde a una categoría general, o mejor, al género, como las dos grandes especies en que se divide, que son el convenio celebrado entre administraciones públicas y el convenio celebrado por la administración pública con los particulares, tienen designación y también denotación. La tarea que debe proponerse la investigación es casualmente establecer esos dos componentes: precisar el significado, el núcleo del concepto, el criterio de uso de la palabra de clase que es el convenio, el concepto mismo de las mencionadas especies de figuras y de sus más notables manifestaciones específicas, así como el alcance de la extensión o denotación o seres -acuerdos de carácter convencional de una y otra especie- que caben en cada concepto. En fin, se trata de adelantar una compleja tarea de clasificación, con todo lo que ella implica.

Los universales

Ahora los autores retoman un importante tema para la filosofía, que habían recordado poco antes a pie de página, a propósito de los seres que existen y los que subsisten, y de la conveniencia (lingüística y ontológica) de no multiplicar innecesariamente las entidades: la denominada disputa de los universales⁸. En el marco de tal debate, la teoría nominalista (a propósito de cuya mención Guibourg y sus amigos se confiesan adeptos), atribuida al sacerdote franciscano medieval Guillermo de Occam (siglo XIV), afirma según ellos que “las especies, los géneros y —en general— los universales no son realidades anteriores a las cosas, como sostenía el platonismo, ni realidades integradas a las cosas, a la manera del aristotelismo, sino simples nombres con los que se designa a conjuntos de cosas” (Guibourg et al., 1986, p. 41).

⁸ En este tema me limitaré a la ilustración que sobre el mismo se hace en el libro de Guibourg et al., 1986.

Las clases no solamente están constituidas por palabras que denotan cosas, pues el sistema de clasificaciones del lenguaje es muy complejo, de forma que sustantivos comunes, adjetivos, verbos y adverbios, pueden pensarse como nombres de clases. Lo que ha ocurrido es que la tesis esencialista ha marcado la estructura del lenguaje, de manera que como lo advierten Guibourg et al. (1986, p. 44) su centro es el sustantivo, “o mejor dicho, la tesis esencialista nació de llevar al terreno ontológico las observaciones acerca de la estructura del lenguaje”, y así se cree ingenuamente que la realidad corresponde a la misma estructura del lenguaje.

Hay clases de un mayor nivel de abstracción como las referidas a los criterios de clasificación (como por ejemplo blancura, frente a los objetos blancos), pero esa abstracción “no puede hacernos perder de vista la realidad de la que proviene y en la que se sustenta: si alguien nos pregunta dónde está la vida, solo podremos mostrarle individuos vivos, del mismo modo que la blancura está en las cosas blancas (...)” (Guibourg et al., 1986, p. 45). Vale decir, que una palabra abstracta como “blancura” no tiene una denotación tan fácilmente determinable como “pájaro”, pues pueden verse pájaros, pero no se ve la blancura, solamente las cosas blancas. Para los autores que sigo la blancura es

un concepto abstracto que se refiere mediatamente a la clase de los objetos blancos, y su denotación se encuentra distribuida entre todos los objetos pertenecientes a esta clase. Lo cual se considera así al margen de la discusión sobre denotaciones ideales y realidades supraempíricas, estudiadas por la metafísica, cuya concepción se remonta a la filosofía de Platón.

La expresión convenio, es una palabra de clase que corresponde a un género, referido a una realidad jurídica determinada. Claro que un convenio puede celebrarse entre particulares, pero el que me interesa (propio del ámbito del Derecho Administrativo) es aquel en el que participa por lo menos una persona jurídica pública o una entidad estatal, en cuyo caso se trata de un convenio de la administración pública. Este es el género que dividimos en convenio interadministrativo y convenio administrativo, según el otro sujeto contractual sea también de naturaleza pública o privada. Esas expresiones se refieren, en el caso de las dos especies, a sustantivos (convenio) calificados por adjetivos (interadministrativo o administrativo) y, en el del género, a dos sustantivos integrados en un objeto (convenio y administración pública), aunque también podría decirse que la expresión “de la administración pública” o simplemente “de la administración”, actúa como adverbio que califica al sustantivo “convenio”, así como “pública” adjetiva a la administración. Sea como fuere, si se asume al respecto una visión nominalista, podemos decir que estas palabras de clase son simples nombres con los que se designa un conjunto de cosas; nombres con los que el derecho positivo, que es una creación humana, o bien la jurisprudencia o la doctrina, han denominado esos objetos del universo jurídico; nombres –buena parte de ellos en las subespecies correspondientes– que en mis estudios ya publicados me he permitido nominar, bautizar, instituyendo o estipulando esas identidades, cuando quiera que esas figuras jurídicas reúnen ciertas características que he identificado en la realidad jurídica y en la práctica administrativa. Siendo así no son realidades anteriores a las cosas, que vivan previamente en el cielo de las ideas, como sostendría el platonismo, ni realidades integradas a las cosas en la visión aristotélica, sin perjuicio de no perder de vista, como dirían Guibourg, Ghigliani y Guarinoni, la realidad normativa y la práctica administrativa de la que provienen y en la que se sustentan tales objetos.

Características definitorias y concomitantes

Retomando el mencionado criterio de uso, se indica que este corresponde a las características definitorias de la palabra de clase, y no a otras, las cuales deben llenarse por un objeto para ser clasificado dentro de tal clase. Las otras características, que pueden ser infinitas, son irrelevantes para tal clasificación, concomitantes o accidentales respecto de ese nombre en particular. Hospers

(1969) hace esa misma división de las características y puntualiza que si sabemos lo que designa una palabra, tenemos conocimiento de las condiciones de su aplicabilidad, es decir, que sabemos las condiciones en las que podemos aplicar la palabra a una cosa particular del universo y también en qué condiciones no lo podemos hacer.

Esta visión se distingue de la tesis esencialista, de raigambre aristotélica, en cuyo marco se podría decir que la característica definitoria es lo que “hace que una cosa sea una cosa y no otra”, es decir, la esencia por oposición a sus accidentes. Por supuesto, Guibourg y sus colegas rechazan esta perspectiva filosófica (que por lo demás se ilustra ampliamente en la mirada escolástica de Rafael

Gómez Pérez en su Introducción a la metafísica [Aristóteles y Santo Tomás de Aquino] (1978), considerando que tales esencias no son realidades cognoscibles, sino que corresponden a simples decisiones clasificatorias del hombre. Al respecto más adelante señalan Guibourg et al (1986, p. 54). desde su visión nominalista, que “por esencia entendemos el conjunto de las características definitorias de un concepto (...)”. En consecuencia, no hay tampoco clasificaciones verdaderas que respondan a esencias reales. Dicho en sus palabras (1986, p. 47):

(...) las características definitorias no son las que hacen que algo sea una cosa y no otra, sino las que, de hallarse presentes en un objeto, nos mueven a llamarlo con cierto nombre según la clasificación que hemos escogido o aceptado. Y las concomitantes no son las que pueden estar o no estar presentes en un objeto (todo objeto tiene infinitas características concomitantes), sino aquellas que nosotros no tomamos en cuenta para la clasificación de un objeto.

En ese contexto, se señala por los autores, una característica no es definitoria por sí misma, en forma absoluta o abstracta, sino en relación con cierto nombre, y luego a través de la introspección, en la medida en que las clasificaciones están dentro del hombre y no dentro del objeto mismo⁹.

La tarea de delimitación de las figuras contrato administrativo y convenio de la administración, así como de las dos grandes especies que hemos mencionado, pero también de las subespecies correspondientes, consiste, entre otras cosas, en establecer las características definitorias de cada una de ellas, presentando las razones por las cuales esas características se tiene en cuenta, atendiendo el sentido o interés de la clasificación. En esa tarea se dejarán de lado, si es del caso expresamente, las características que se consideren por las mismas razones irrelevantes, concomitantes o accidentales para tal clasificación. Es así como este enfoque de las características definitorias sirve mucho en el proceso de identificación y distinción progresiva que realizo frente al conjunto de las figuras contractuales y convencionales. Vale decir, que de aceptarse la postura que lo anterior implica, habrá de considerarse que no hay una esencia o un elemento esencial que determine si un acuerdo de voluntades representa o corresponde a un convenio de la administración, sino más bien, que esa figura lo sea en un caso determinado dependerá de que goce de la característica que nosotros le hayamos asignado o estipulado al conjunto integrado de palabras convenio-de-la-administración, así como a las demás palabras y expresiones que se estudien en la TGCA y, por lo tanto, a su significado. En ese orden de ideas, con ese esquema de análisis y de clasificación, se debe revisar la pertenencia a una de las especies mencionadas (convenio interadministrativo y convenio administrativo) de la tipología de las figuras convencionales que son objeto de estudio en el marco de dicha teoría.

⁹ Para saber si una característica es o no definitoria Hospers (Introducción al conocimiento filosófico, 1969) ha propuesto como prueba un test que pregunta si se aplicaría la palabra a la cosa si la misma careciera de esa característica, señalando que si la respuesta es negativa, la característica es definitoria, mientras que si es positiva, es simplemente concomitante.

Vaguedad y ambigüedad

En relación con el criterio de uso, con las características definitorias, con las dificultades de clasificación de un objeto en el campo propio de determinada palabra de clase, se hace mención a la vaguedad y ambigüedad de las palabras. La vaguedad es la falta de precisión en el significado o designación de una palabra, y por lo cual hay casos en los que su aplicabilidad es dudosa; mientras que la ambigüedad o polisemia es la condición de una palabra que tiene más de un significado. La ambigüedad de una palabra tiende a multiplicar su vaguedad, por cuanto en cada una de sus distintas acepciones puede ser también vaga. Y esas dos características complican la relación entre nombre y cosa, pero el contexto lingüístico y fáctico en que se usa una palabra conduce a interpretarla certeramente en la acepción que el hablante quiso darle.

En el campo de la ciencia, dado que el lenguaje es su herramienta, y en algunos casos (como en el derecho) además integra su objeto, puede constituir una dificultad la vaguedad y ambigüedad de las palabras para lograr el grado de precisión de su conocimiento especializado, por lo cual es necesario introducir vocablos o expresiones semánticamente agudos. En tal sentido, como lo exponen Guibourg et al. (1985, p. 53), “Las palabras que usemos pueden ser totalmente nuevas, o bien algunas de las antiguas convenientemente afiladas. Tanto la introducción de un

nuevo vocablo como el afilado de uno ya conocido, requieren un procedimiento intelectual de la mayor importancia: la definición.”¹⁰

Antes de pasar al importante tema de la definición, es necesario señalar que en el ejercicio de precisión conceptual que se realiza en la TGCA, me veo en la necesidad de marcar las coordenadas semánticas de las expresiones que acojo para identificar las distintas figuras jurídicas objeto de exploración, lo cual implica el esfuerzo de reducción de la vaguedad o ambigüedad de las palabras de las que me sirvo para tales fines. Y en ese contexto debo acudir a expresiones para las cuales propongo la asignación de una nueva significación o frente a las que planteo que se entiendan solo de determinada manera, es decir, con uno solo de los distintos significados que podrían tener. Allí, podría sobrar señalarlo, debo examinar (haciendo un esfuerzo de precisión de significado) si son vagas o ambiguas tanto en su sentido natural o jurídico (desde el derecho positivo y de la dogmática), por ejemplo, palabras como contrato, convenio, administración, acuerdo, concierto, convencional, contractual, fin, causa, interés, persona, entidad, órgano, parte, público, estatal, privado, interorgánico, interadministrativo, colaboración, cooperación, coordinación y apoyo.

Definición

Desde una perspectiva nominalista, la definición de una palabra, lo cual es indicar su significado, se compone de dos partes: definiendum o palabra a definir y definiens o enunciación del significado.

¹⁰ Entiendo que los autores se refieren al afilado de un vocablo, como el significado que se le asigna en el contexto de la ciencia.

Hay definiciones nominales, que son las que definen un nombre o una palabra, y reales, que son las que definen una cosa. Definir una cosa es una idea relacionada con el concepto de esencia o naturaleza. Por esencia, como atrás se indicó, puede entenderse desde una visión nominalista, el conjunto de características definitorias de un concepto, por lo que definir la cosa es definir el nombre de la cosa; pero también, desde una perspectiva ontológica o metafísica, puede entenderse por esencia una realidad intrínseca de la cosa. Guibourg por supuesto remarca que la definición lo es de palabras, o de símbolos en general, pues las cosas se observan, no se definen.

Hay definiciones ostensivas y verbales, denotativas e intensionales, informativas y estipulativas, así como definiciones persuasivas¹¹.

Verbal, porque comunica el significado de una palabra a través de otras palabras; ostensiva, porque define mostrando ejemplos, acudiendo a su función explicativa.

Denotativa o extensional, la que tiene en cuenta el factor relativo a la denotación o extensión del significado, por lo cual es aquella que enuncia la denotación o extensión de una palabra; la definición intensional (con s) o por designación, tiene en cuenta el factor relativo a la designación o intención del significado, y por lo tanto enuncia las características definitorias de una palabra.

Sobre la relación que se presenta entre las anteriores clases de definiciones, así como sobre su alcance, los autores hacen varias precisiones, entre ellas: una definición ostensiva es siempre extensional, pero no viceversa; la extensión de un concepto puede estar formada por clases, de donde no serán necesarias siempre las enumeraciones individuales, como ocurre con la definición que puede darse de semiótica, según la cual es el estudio que comprende la sintaxis, la semántica y la pragmática. Vale indicar que la definición extensional, por contraste con la intensional, enumera los objetos que forman la denotación de la palabra, sin señalar las características comunes que hacen agrupar esos objetos bajo la denominación de la palabra definida.

La definición intensional, que se manifiesta de manera especial a través de la forma clásica que puntualiza el significado a través de la determinación del género próximo y la diferencia específica (definitio fit per genus proximum et differentiam specificam), es generalmente el paradigma o modo para definir una palabra. Sobre tal tipo de definición, refiriéndose además a la determinación de los criterios de uso que ella implica en relación con el significado de una palabra, el libro que seguimos de Guibourg et al. (1985, p. 60) señala cómo “De este modo el significado queda abierto hacia el futuro y hacia lo desconocido en general: gracias a tales criterios, frente a cada objeto que encontremos sabremos ejercer por nuestra cuenta la decisión clasificatoria e incluirlo

¹¹ Dejo de lado la definición persuasiva o retórica, que interesa especialmente al campo de la retórica, y que busca cambiar el significado de las palabras para interesarse por su contenido emotivo, como lo recuerdan Guibourg et al. (1985, pp. 76-77).

o no incluirlo en la denotación de la palabra de que se trate.”

Se indicó que hay definiciones informativas, también llamadas descriptivas o lexicográficas: se denominan así porque informan sobre un hecho objetivo, esto es, la costumbre lingüística de cierta comunidad; porque describen el hecho sobre el que informan; y porque integran los léxicos o diccionarios. Son susceptibles de tener un valor de verdad, de ser falsas o verdaderas. Mientras que las definiciones estipulativas no pretenden proporcionar información alguna, sino establecer o estipular el significado de cierta palabra en determinado contexto. La vaguedad y ambigüedad del lenguaje puede evitarse mediante la definición, cuando resultan inconvenientes para garantizar la precisión de un estudio de la realidad, y precisamente es la definición estipulativa la que permite a la ciencia incorporar nuevos términos científicos o precisar los límites de los ya conocidos. La decisión estipulativa busca ser aceptada por la comunidad, de modo que con el tiempo puede ocurrir que esas definiciones se tornen en informativas.

Uno de los momentos culminantes de la investigación, ha de ser el de llegar a unas definiciones adecuadas de las figuras jurídicas que constituyen el objeto de la TGCA. Y obviamente que el entendimiento de lo que es una definición, de su alcance y de sus distintas clases, resulta muy importante para adelantar esa labor. Puedo decir que voy a utilizar un instrumento metodológico que es la definición y que, por supuesto, es de suma importancia conocer su técnica.

Ahora bien, como ya se ha dicho, el derecho que es el objeto de nuestra ciencia, se compone de palabras, y por lo mismo, las palabras que corresponden a las figuras jurídicas contractuales y convencionales previstas por el derecho constitucional y administrativo, que es el objeto de investigación, también se integran de palabras. A su vez, también la ciencia que aquí se construye en la TGCA, que se levante sobre ese objeto a través de este esfuerzo investigativo, se integra de palabras, de lenguaje, aunque ciertamente de un metalenguaje. Por ello, la TGCA trabaja sobre palabras y con palabras, y así, se definen palabras o nombres, las que corresponden a dichas figuras, es decir, de tal forma se presentan definiciones nominales, tratando de establecer el conjunto de características definitorias de los conceptos que he mencionado.

Obviamente, en muchos aspectos, para el adelantamiento del trabajo se tienen que recordar o identificar o se tienen como base definiciones informativas, descriptivas o lexicográficas, sometiéndonos al rigor de la verdad, en cuanto las mismas correspondan a previas determinaciones del ordenamiento jurídico; pero un esfuerzo mayor y central en ese trabajo, es la construcción de definiciones estipulativas sobre una serie de figuras jurídicas de naturaleza convencional (naturaleza que se asigna según los significados que allí se determinen, no según esencias de cosas), cuyo significado o características definitorias no se encuentran determinadas y delimitadas por el derecho positivo, por la jurisprudencia emanada de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Colombia y por la dogmática jurídica en Colombia. Con sustento en definiciones estipulativas busco casualmente

reducir la vaguedad y ambigüedad del lenguaje utilizado frecuentemente por la ley y por la jurisprudencia en relación con los convenios de la administración, y puedo instituir una nueva terminología con la pretensión de organizar el conocimiento en esta área del derecho administrativo.

En tanto me propongo hacer una labor sustancial en este campo de la ciencia jurídica, que preste un servicio de certeza a la comunidad jurídica en torno a estas materias, siendo estipulativas las definiciones que pretendo aportar, también son fundamentalmente de tipo intensional o por designación. Se trata, pues, de proponer definiciones que delimiten o precisen el alcance conceptual de las figuras, enunciando, como antes se dijo, las características definitorias de las palabras correspondientes, después de una fuerte labor de exploración de su alcance en el ordenamiento jurídico.

En desarrollo de esa exploración sobre el significado y la definición intensional, me debo servir del esquema de la definición clásica, teniendo el cuidado de determinar frente a cada caso el género próximo y la diferencia específica, estableciendo así modelos o recipientes abiertos y en los cuales puedan caber objetos futuros, en tanto llenen los requisitos o características ya definidas que permitan afirmar su pertenencia a esa denotación. Por ejemplo, es preciso establecer si, aplicando un punto de vista meramente formal, el convenio pertenece al género contrato estatal o administrativo, pero si aplicando un punto de vista sustancial es una figura distinta del aquel y, de ser así, qué lo diferencia. Una vez establecido que podemos hablar de un género que es el convenio de la administración y determinadas sus características definitorias, esto es, su concepto, pero también por ese camino llegados a una definición por designación sobre el mismo, debo avanzar hacia el establecimiento de sus manifestaciones específicas, de sus dos grandes clases o especies, y en cada una de ellas he adelantado la labor de partir de ese género próximo (convenio de la administración) para determinar las diferencias específicas de la nueva figura. Del mismo modo, definida así la clase del convenio interadministrativo, he tenido que enfrentar una tarea semejante al estudiar las diferentes expresiones de esta última clase, como el convenio de delegación de funciones, el convenio de desempeño, el convenio de organización, etc. Lo propio frente a la clase del convenio administrativo, al examinar sus diferentes manifestaciones en el universo del derecho administrativo colombiano, como, por ejemplo, el convenio de interés público, el convenio de colaboración, el convenio de ciencia y tecnología, etc.

Lo anterior no descarta la procedencia de acudir a definiciones de carácter denotativo o extensional, pero ello seguramente ocurra después de haber alcanzado definiciones intensionales. Por ejemplo, avizoro una definición extensional: mi estudio versa sobre los convenios de la administración, los cuales se dividen en dos grandes especies aplicando un criterio subjetivo u orgánico, especies que contienen todas las posibilidades de su presentación, que son (i) el convenio interadministrativo, celebrado entre administraciones públicas, personas jurídicas públicas o entidades estatales y (ii) el convenio administrativo, suscrito entre una administración pública o persona jurídica pública o entidad estatal con una persona de naturaleza privada; y dada esa precisión, se puede señalar a título de definición denotativa, que el convenio de la administración es aquella figura jurídica que comprende los convenios interadministrativos y los convenios administrativos.

No solo palabras: también oraciones o enunciados, proposiciones y estados de cosas

Los autores que seguimos cierran el estudio de la semántica, señalando que la relación entre lenguaje y realidad no se presenta simplemente entre palabras y cosas, sino que las primeras se usan ordinariamente no en forma aislada sino combinadas en secuencias significativas. El uso de cada palabra cargada de significado, en conjunción con otras de determinada forma, genera un significado conjunto de la sumatoria, es decir, de la oración o enunciado. Este significado es lo que el hablante quiere decir con la oración, lo cual depende también de los usos del lenguaje, dentro de los cuales se destaca su función descriptiva o informativa, a la que acude el lenguaje científico¹². La oración descriptiva corresponde a la mayoría de las oraciones usadas en la vida cotidiana y, en efecto, describen estados de cosas.

Como ya se ha dicho, dos palabras de clase que tienen el mismo significado tienen también el mismo concepto, de modo semejante se dice que dos oraciones que describen un mismo estado de cosas expresan una misma proposición. Por lo tanto, como precisan Guibourg, Ghigliani y Guarinoni (1985, p. 65) la proposición es el significado de la oración abstraído de las palabras concretas precisamente utilizadas para indicarlo.

Finalmente, en relación con la aplicación al tema jurídico mencionado, me permito observar que en la TGCA ciertamente estudio palabras, pero también, y por supuesto, oraciones o enunciados, esto es, secuencias significativas, como por ejemplo la de convenio-de-la-administración. Acudo al uso descriptivo o informativo del lenguaje, y utilizo en el curso de mi trabajo con mucha frecuencia proposiciones jurídicas. No sobra apuntar que, si bien lo anterior ocurre con el metalenguaje, el lenguaje objeto de la presente labor técnica, esto es, el derecho, está hecho de oraciones o enunciados, de las cuales se abstraen frecuentemente proposiciones.

Conclusión

Como se acaba de observar, las propuestas del nominalismo y de la filosofía analítica expuestas por los autores mencionados en este trabajo prestan un interesante servicio a la ciencia del derecho y, específicamente, suministran herramientas para el desarrollo de la TGCA. Ello es así en punto a los temas que he abordado en este excurso, con la consciencia de las posibilidades de su aplicación a dicha teoría.

He visto cómo entre Locke, Hospers y Guibourg, Ghigliani y Guarinoni se presenta una línea común de pensamiento en torno a la manera como el ser humano identifica las cosas y las nombra, que los tres últimos desarrollan pedagógicamente, facilitando su comprensión e inscribiéndola en el marco del conocimiento científico.

Ciertamente, puedo señalar para concluir, que tanto el Derecho como objeto, como las ciencias del derecho en sus distintas manifestaciones, en particular la dogmática jurídica, están compuestas de lenguaje, son

¹² *Estamos ya en las fronteras entre la semántica y la pragmática. El examen de los usos del lenguaje corresponde a la segunda disciplina, que el libro de Guibourg et al. comienza en el apartado 1.5 (p. 65), indicando cómo su campo de interés es más amplio que el mero análisis del discurso, pues “es la parte de la semiótica que trata del origen de los signos, de sus usos y de los efectos que ellos producen en la conducta dentro de la cual aparecen.”*

lenguaje; de donde es claro en relación especialmente con el primero y la última, la importancia de conocer cómo funciona y cuáles el alcance de esa materia de la que están hechos. Resulta sin duda muy interesante entender, cómo es el lenguaje de los principios y reglas jurídicos que integran el derecho positivo, pero también y especialmente, como opera el lenguaje de las ciencias, y en particular el de la dogmática. Esa comprensión, esa luz, se proyecta en nuestro caso frente al trozo de la realidad jurídica en cuyo estudio me he concentrado, y como quedó expuesto, allí tiene una especial aplicación transversal la mirada nominalista y analítica de los temas en aspectos relacionados, entre otros, con la determinación del nombre de las figuras contractuales o convencionales, la identificación de las clases de los convenios de la administración y de los criterios de clasificación, la precisión del significado de los términos y expresiones, el establecimiento y elaboración de las características definitorias de los negocios correspondientes -con la reducción simultánea de la vaguedad y ambigüedad de los conceptos-, en fin, la construcción de definiciones en cada caso y el avance en un proceso de clasificación de los elementos propios de este campo del conocimiento jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Chávez Marín, A.R. (2020), Los Convenios de la Administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. (4ª ed.) Bogotá: Temis.

Gambra Ciudad, R. (1965). Historia sencilla de la filosofía. (3ª ed.). Madrid: Ediciones Rialp.

Gómez Pérez, R. (1978). Introducción a la metafísica (Aristóteles y Santo Tomás de Aquino). Madrid: Ediciones RIALP.

Guibourg, R., Ghigliani, A. y Guarinoni, R. (1986). Introducción al conocimiento científico. Buenos Aires: Eudeba.

Hospers, J. (1969). Introducción al análisis filosófico. Buenos Aires: Machi.

Locke, J. (1956). Ensayo sobre el entendimiento humano, trad. Edmundo O'Gorman. México: Fondo de Cultura Económica.

Maza de Gil, B. (1980). Diccionario técnico de biblioteconomía. (4a ed.). México: Trillas.

Sanginetti, J. J. (1994). Lógica. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra.



RESTRICCIONES DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y A LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Uriel González Manrique

RESTRICCIONES DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES Y A LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Resumen

Autor: Mg Uriel González Manrique

Abogado. Universidad Santo Tomás. Magister en derecho del trabajo con énfasis en derecho del trabajo. Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho procesal, en derecho laboral y seguridad social, en derecho administrativo. Docente Universidad Santo Tomás-Seccional Villavicencio. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal-Capítulo Villavicencio-Meta. Uriel González Manrique|- ;E-mail: urielgonzalez@ustavillavicencio.edu.co ; urielgm7@gmail.com.

El derecho a la seguridad social comprende el reconocimiento de unas prestaciones económicas, establecidas para cubrir las diferentes contingencias. Entre estas, se encuentra la pensión de sobrevivientes, entendida “como aquel derecho pensional que se causa por la muerte del pensionado por invalidez o por vejez y por muerte del afiliado activo. Antes de la ley 100 de 1993 la pensión de sobrevivientes por la muerte del pensionado por invalidez o por vejez se denominaba sustitución pensional” (AA.VV., 2012, p. 144).

El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003, establece los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes y para nuestro estudio tendremos en cuenta la diferencia entre pensión de sobrevivientes y sustitución pensional, en ese sentido la Corte Constitucional, sostuvo que “... pueden presentarse dos hipótesis, la primera consistente en lo que se ha denominado como sustitución o subrogación pensional, caso en el que la misma ya está sufragada en tanto que el causante es pensionado; y la segunda referente a la pensión de sobrevivientes, evento en el que su financiamiento es menos riguroso ya que el afiliado fallecido no consolidó derecho pensional alguno.” (Sentencia C-066-2016, 2016, pág. 22)

en la situación jurídica que se presenta cuando fallece el afiliado o el pensionado y comparece como beneficiaria la cónyuge y la compañera permanente a reclamar el derecho a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional¹. Se dará a conocer un breve recuento histórico de carácter legislativo y se analizarán algunas decisiones judiciales a través de las cuales con la interpretación de la ley se han generado límites o restricciones para el acceso a derecho pensional.

Las restricciones de la ley y su interpretación se han venido presentando tanto para beneficiaria cónyuge, como para la compañera permanente², razón por la cual al finalizar se reflejará que el derecho pensional con todo y sus dificultades para obtenerlo, se vislumbran situaciones mediante las cuales una vez adquirido el derecho pensional, la normatividad establece la posibilidad de suspender el pago de la pensión en el evento que la beneficiaria llegare a contraer nuevas nupcias.

Este trabajo mostrará desde la perspectiva del análisis jurisprudencial los efectos de las decisiones judiciales cuando se realiza una interpretación restrictiva de la normatividad y sus implicaciones frente a la protección de derechos fundamentales.

Esta reflexión académica, se enfoca

Palabras claves:

Pensión de sobrevivientes, sustitución pensional, nuevas nupcias, suspensión del derecho pensional, restablecimiento de la pensión, interpretación restrictiva, inaplicación de la ley, derechos fundamentales.

¹ *Para el caso de beneficiarios de los miembros de la fuerza pública, se expresa sustitución de la asignación de retiro.*

² *Utilizaré las expresiones “cónyuge” y “compañera permanente” para referirme tanto a hombres como a mujeres. Respeto plenamente el uso del lenguaje incluyente, que aconsejaría decir “el cónyuge o la cónyuge” y “el compañero o la compañera permanente”. Pero considero que el texto legal objeto de control ya es gramaticalmente complejo, de manera que preferiré la economía argumentativa, aclarando desde ya que las normas a las que se hará referencia deben aplicarse igualitariamente entre hombres y mujeres. (Sentencia C-336, 2014): Salvamento de voto de la Doctora María Victoria Calle Lombana. Precisión que considero necesario incluir a título personal como autor de este trabajo.*

Introducción

Descripción del problema

La pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, se otorga a la cónyuge o a la compañera permanente que acreditó en su momento el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley y como lo expresa la Corte Constitucional:

El propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes es la de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. Concretamente, la pensión busca que “ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento”. Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte, “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria.” (Sentencia C-1176, 2001, p. 1)

En razón a la normatividad establecida para reglamentar la pérdida del derecho pensional, surge la pregunta problema:

¿Es imperativo aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando la ley es restrictiva del derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución pensional?

Para resolver la cuestión planteada es necesario un breve recuento histórico, tanto en el desarrollo legislativo y jurisprudencial para contextualizar si las decisiones adoptadas en su momento debieron ser objeto de una diferente interpretación, que garantizara el derecho de la beneficiarias conforme a la finalidad de la pensión de sobrevivientes.

Recuento Histórico.

Es preciso identificar algunas de las normas expedidas antes y después de la Constitución Política de 1991, con el fin de establecer su conformidad con el nuevo orden constitucional, dado que la condición del ser humano entraba a conformar un papel trascendental en el estado social de derecho.

Al respecto, en el recuento histórico, tendré como referencia algunos de los apartes citados por el suscrito en monografía³, para ello tenemos que, en un primer momento histórico la doctrina refiere que, de acuerdo con las mismas necesidades sociales y políticas, se consagraron distintas

leyes para la época, que servían para reconocer pensiones a las viudas de los presidentes de la República, y eventualmente a sus hijas solteras. Igual fue el caso para las viudas de los magistrados de la Corte Suprema, y de los tribunales superiores, siempre que estos hubiesen servido en la rama

por más de veinte años. (Ley 29, 1912; Ley 102, 1927; Martínez, 2009, p. 34)

Como un antecedente importante de esta etapa, podríamos concluir que la característica de que los primeros reconocimientos de los beneficios de la seguridad social se concretaron y se reconocieron principalmente a los cargos oficiales.

Durante la segunda etapa de organización del sistema, los esfuerzos se enfocaron en equilibrar la normativa existente para los trabajadores tanto públicos como del sector privado, así:

“En primer lugar, esta es la época del establecimiento formal de una legislación general y relativamente uniforme para las relaciones laborales (Decreto 2350, 1944; Ley 6, 1945), tanto para los trabajadores del sector público como del sector privado. Dentro de dicha legislación se establecen igualmente los beneficios de seguridad social como prestaciones sociales a cargo del empleador, separando también el sistema prestacional de los sectores público y privado. (Arenas, 2018, p. 64)

Más específicamente, de acuerdo con la evolución de la pensión de sobrevivientes, surgieron leyes interesantes que reconocían la pensión vitalicia para las viudas y viudos inválidos (Sentencia C-458, 2015)⁴; o en favor de la concubina,

que en ausencia de la viuda demostrará vida marital en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la muerte del trabajador. (Martínez, 2009, p. 35)

Posteriormente con la Ley 64 de 1947 se reconoció el pago de la pensión de que era beneficiario el maestro pensionado fallecido en favor de las esposas en estado de viudez, hijos e hijas menores, solteras o viudas, padres o hermanas solteras sin recursos para su subsistencia. (p. 35)

Para el caso de los empleados públicos y trabajadores oficiales, con la Ley 171 de 1961, se estableció que fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por su invalidez, que dependieron económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del art. 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes. (p. 35)

De esa forma, y durante esta etapa, mediante el artículo 21 del Decreto 3041 (1966), se hace por primera vez mención de la pensión en favor del cónyuge sobreviviente, así:

“La pensión a favor del cónyuge sobreviviente será igual a un cincuenta por ciento (50%) y la de cada huérfano con derecho igual a un veinte por ciento (20%) de la pensión de invalidez o de vejez, que tenía asignada el causante, o de lo que le habría

³ *La convivencia como requisito para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional. Monografía de grado. Universidad Externado de Colombia. Gonzalez Manrique, Uriel (2024)*

⁴ *Mediante esta sentencia la Corte Constitucional declaró exequibles los términos “inválido” e “invalidez”, contenidos en las leyes 100 de 1993, 797 y 860 de 2003, por ser “expresiones que hacen parte de cuerpos normativos que pretenden hacer definiciones para atribuir consecuencias relacionadas con la seguridad social”.*

correspondido a la fecha del fallecimiento excluidos los aumentos dispuesto[s] en el artículo 16 del presente reglamento. Cuando se trate de huérfanos de padre y madre, la cuantía de la pensión se elevará hasta el treinta por ciento (30%) para cada uno". (Decreto 3041, 1966)

En el desarrollo de la pensión de sobrevivientes, se mantuvo el reconocimiento a los beneficiarios, de empleado público o trabajador oficial fallecido por el término de dos años. Donde el primer lugar de los beneficiarios, lo ocupaba el cónyuge sobreviviente.

Otro de los avances importantes, hace referencia a que mediante el Decreto 3135 de 1968, el Decreto reglamentario 1848 de 1969, el Decreto 434 de 1971 y la Ley 10 de 1972 se reconoció el derecho a la sustitución pensional, el cual fue extendido hasta cinco años, y para quienes ya se encontraban disfrutándolo pudieron prolongarlo hasta completar el tiempo faltante. (Martínez, 2009, p. 36).

Más adelante, por medio de la Ley 33 de 1973 y el Decreto Reglamentario 690 de 1974, se le otorgó a la viuda del trabajador particular pensionado o con derecho por jubilación, invalidez y vejez, o del trabajador del sector público oficial o semioficial, la pensión vitalicia siempre que se hubiese demostrado que se había mantenido la convivencia hasta el deceso y sin que se hubiesen vuelto a contraer nuevas nupcias (Sentencia C-309, 1996)⁵.

Nuevamente para las personas a quienes ya se les había concedido el derecho, se les prorrogó de forma vitalicia para la viuda, y a los hijos, hasta que cumplieran la mayoría de edad, cesará su situación de invalidez, o hasta los veintitrés años si eran estudiantes. (Martínez, 2009)

Es en esta normativa que tendremos algunas consideraciones, respecto a la condición fijada para mantener la pensión de carácter vitalicia.

Posteriormente, la Ley 12 de 1975 extendió el derecho a la sustitución de la pensión de jubilación, a la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y a sus hijos menores o inválidos. A su vez, la Ley 113 de 1985 extendió la prerrogativa al compañero permanente de la mujer fallecida, precisando que la sustitución procede tanto en el evento en que el trabajador se encontrare pensionado en el momento de su muerte, como cuando hubiere adquirido el derecho a la pensión. Luego, la Ley 71 de 1988, reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, extiende tales previsiones en forma vitalicia al cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado. (Martínez, 2009)

En esta etapa también se surtieron importantes discusiones respecto del derecho de igualdad y las inconsistencias en las normas, de acuerdo con el beneficiario, por ejemplo, de la pensión vitalicia de

la viuda, situación que, en aras de reconocer el derecho a la igualdad, no solo se le reconocería a la viuda, sino también al viudo. (Martínez, 2009)

A partir de la Ley 44 de 1980, el pensionado podía determinar de forma expresa quién resultaría beneficiado, para que al momento de la sustitución la misma se realizara de forma expedita, aunque provisional, mientras se decidía su traspaso de forma definitiva. Dicha norma modificada por la Ley 1204 de 2008, en aras de simplificar el trámite de sustituciones pensionales. (Martínez, 2009)

En este desarrollo legislativo se evidencia el interés de regular la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, como un derecho en favor de un grupo de beneficiarios, vemos que no se determina un trato igualitario a los beneficiarios (as), de esta manera identificamos que a partir de la Ley 12 de 1975, la compañera permanente tiene derecho a que se le sustituya la pensión que viniera disfrutando su compañero o a la cual hubiere adquirido el derecho, porque antes de esa fecha el derecho se establecía de manera restrictiva en favor de la cónyuge y así se entendía en las decisiones judiciales.

⁵ Esta sentencia declaró inexecutable las expresiones "o cuando la viuda contraiga nuevas nupcias o haga vida marital" contenidas en el artículo 2 de la Ley 33 de 1973; "o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital" del artículo 2 de la Ley 12 de 1975; y "por pasar a nuevas nupcias o por iniciar nueva vida marital" del artículo 2 de la Ley 126 de 1985. Igualmente se puede consultar (Sentencia SU-213, 2023)

Marco jurisprudencial.

En un primer referente jurisprudencial del Consejo de Estado, Sentencia con número de radicado 14634, (Sentencia Rad. 14634, 1998) tenemos que lo que prevalecía, era un criterio formal -vínculo matrimonial- que otorgaba una prelación a la cónyuge frente a la compañera permanente en relación con el derecho a la pensión de sobrevivientes. En su momento, no se consideró que cónyuge y compañera permanente estaban en un mismo escenario de igualdad, ya que la sola condición de la convivencia con el pensionado al momento del fallecimiento no era suficiente para derivar el derecho previsto en la Ley 100 de 1993. Se evidenciaba que cónyuge y compañera permanente no podían ser beneficiarios de la pensión al mismo tiempo. Esta última, a pesar de tener convivencia con el pensionado fallecido, solo podría acceder al derecho pensional a falta de cónyuge.

Esto, en razón a lo regulado en el Decreto Reglamentario 1889 de 1994⁶, el cual creaba una situación de prevalencia para la cónyuge y de desigualdad para la compañera permanente, la cual únicamente podía acceder a la pensión de sobrevivientes a falta de cónyuge.

De tal manera que aun bajo los preceptos de la nueva Constitución Política de 1991, en especial la concepción de familia, en esta decisión el Consejo de Estado (Sentencia Rad. 14634, 1998) optó por el criterio de interpretación restrictivo y ello en razón que, en el entendimiento lógico de la ley, el principal beneficiario de la pensión era el cónyuge. La pregunta que surge es, relacionada con nuestro estudio, ¿sí en realidad el fallador no estaba obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, de esa normativa que iba en contra del nuevo concepto de familia?

Por otra parte, en el año 2005 el Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Tarsicio Cáceres Toro (Sentencia Rad. 24860, 2005), resolvió un asunto en el que se debatía la interpretación del estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares comprendido en el Decreto ley No 1211 del 8 de junio de 1990 que, en su artículo 195, determinaba el derecho de los beneficiarios a percibir la asignación de retiro o pensión para el caso de muerte de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares. Al analizar la aplicación de la norma, concluyó que su parágrafo (Decreto Ley 1211, 1990)⁷ regulaba la pérdida del derecho, mismo que fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 134 de octubre 31 de 1991.⁸

Por tanto, ante una separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del oficial o suboficial no se hiciera vida en común con él, se perdería el derecho a la sustitución de la asignación de retiro.

Así, no fue de recibo para el Consejo de Estado ninguna de las expresiones de afecto o trato que pudieran existir después de la formalización de la separación de cuerpos, tampoco mereció estudio el apoyo que hubiera

⁶ Los decretos 1295 de 1994 y 1889 del mismo año, prescriben en sus artículos 49 y 7° lo relativo a la sustitución pensional. Se transcribe lo preceptuado por el artículo 7° de este último decreto, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 7°. Cónyuge o compañera permanente como beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Para los efectos de los literales a) de los artículos 47 y 74 de la ley 100 de 1993 y 49 del decreto 1295 del mismo año, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, en primer término, el cónyuge. A falta de éste, el compañero o compañera permanente. (Se entiende que falta el cónyuge y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes, en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Muerte real o presunta del cónyuge
- b) Nulidad del matrimonio
- c) Divorcio del matrimonio
- d) Separación legal de cuerpos
- e) Cuando la pareja lleve cinco o más años de separación de hecho”.

*Inciso segundo entre paréntesis declarado nulo con sentencia radicado 14634 Consejo de Estado 8 de octubre de 1998.

⁷ Art. 195. Muerte en goce de asignación de retiro o pensión. A la muerte de un oficial o suboficial de las Fuerzas Militares en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el tesoro público o por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía disfrutando el causante, distribuida en el orden y proporción establecida en este estatuto. PARÁGRAFO.- El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la pensión de que trata este artículo, cuando exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del oficial o suboficial no hiciere vida en común con él, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados. (Este parágrafo fue modificado por la Ley 447 de 1998, pero que no se aplica al caso porque no estaba vigente al deceso del Oficial).

⁸ Encontrándose vigente la nueva Carta, pero antes de que empezara a cumplir con sus funciones la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, Corporación a la que le correspondía estudiar la constitucionalidad de las leyes, se pronunció respecto de varios preceptos del Decreto 1211/90, entre otros, el parágrafo del Art. 195, relacionado con la sustitución pensional en las Fuerzas Militares.

⁹ b) ...En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo...

¹⁰ Este decreto en sus artículos 131 y 132 establece: ARTÍCULO 132. ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, se pagarán según el siguiente orden preferencial: a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley. b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos. [...]

Posteriormente se reconoce normativamente el derecho a la sustitución pensional a la compañera permanente. En este sentido puede verse el artículo 110 del Decreto 1029 de 1994, por el cual se expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que, en lo pertinente, dice: "Art. 110 Definiciones. Para los efectos legales de este estatuto se entiende por: Familia. Es la constituida por el cónyuge o compañero permanente del miembro del nivel ejecutivo, lo mismo que por sus hijos menores de veintiún (21) años, los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años y los hijos inválidos absolutos, siempre y cuando unos y otros dependan económicamente del miembro del nivel ejecutivo. [...] (resaltado fuera de texto)

dado la cónyuge en la construcción del derecho pensional. Por tanto, en este caso, se deja de lado la prelación a la cónyuge por no cumplir los requisitos y, en su lugar, se le otorga el derecho a la compañera permanente, quien sí demostró la convivencia y además porque el vínculo constitutivo de la familia matrimonio o unión de hecho es indiferente para el reconocimiento de este derecho. En este caso, el requisito de convivencia termina siendo uno de los elementos diferenciadores para la negación o reconocimiento del derecho a la sustitución pensional (asignación de retiro).

En esta decisión, si bien el Consejo de Estado en su interpretación exegética de la ley, considera que la cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes ante la separación legal y definitiva de cuerpos con ello se abre paso al derecho de la compañera permanente.

En el año 2007, el Consejo de Estado (Sentencia Rad. 01453 (2410), 2007) profirió una sentencia por medio de la cual orientó la postura jurisprudencial para que, en caso de acreditarse la convivencia simultánea del causante con la o el cónyuge y con él o la compañera permanente, esta última también tuviera derecho a ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, dado que la interpretación exegética del artículo 13 literal b) inciso 3º de La ley 797 de 2003, solo otorgaba tal derecho al cónyuge.

En el caso analizado, acuden respectivamente la cónyuge supérstite y la compañera permanente a reclamar la sustitución pensional. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda y planteó la tesis del derecho preferente que le asiste a la cónyuge supérstite, quien debe sustituir al causante de acuerdo con el artículo 132 del Decreto 1213 de 1990. Esto, a pesar de que con las pruebas testimoniales se estableció que también mantenía relaciones extramatrimoniales, desconociendo de esta manera la convivencia de la compañera permanente y el fallecido.

El Consejo de Estado estableció que la normatividad que rige el asunto en debate era, en principio, el Decreto 1213 (1990)¹⁰, por tratarse de un régimen especial, exceptuado de la Ley 100 de 1993, y, con ello, la legitimación para sustituir la asignación de retiro radicaba en el cónyuge supérstite, como lo definió el Tribunal, pero fijó el criterio orientador que se debe tener en cuenta, así:

“No obstante, la aplicación e interpretación de dicha normatividad debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales. Esta orientación ya había sido expresada por la Sala, en sentencia del 28 de agosto de 2003, con ponencia del suscrito Magistrado, al definir la sustitución pensional de una asignación de retiro en el régimen prestacional de la policía, con la siguiente

argumentación:

La sustitución de la asignación de retiro en el régimen prestacional de la Policía Nacional. Si bien el artículo 132 del Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, no incluía a la compañera permanente entre los beneficiarios de la sustitución en la asignación de retiro, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho, introdujo un cambio significativo en la forma como debedarse aplicación al artículo 132. Este cambio consiste en que debe reconocerse a la compañera permanente el derecho a la sustitución pensional. Los artículos 13 y 42 de la Constitución Política permiten afirmar la legitimidad de la compañera permanente para reclamar su derecho a la sustitución pensional. Ella goza de los mismos derechos prestacionales que le corresponden a la cónyuge supérstite, posición que fue afirmada por los desarrollos normativos ulteriores en materia de régimen de personal de la Policía Nacional". (Sentencia Rad. 01453 (2410), 2007)

Con todo, es preciso señalar que después de esta orientación jurisprudencial planteada por el Consejo de Estado, la Corte

Constitucional expidió la Sentencia C-1035 del 2008, que, al estudiar la constitucionalidad del artículo 13 literal b) inciso 3 de la Ley 797 de 2003, la declaró exequible de manera condicional en el entendido que tratándose de convivencia simultánea, además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Y, también, mediante la Sentencia T-551 de 2010, se estableció que la forma indicada para solucionar los conflictos en caso de convivencia simultánea del causante con el cónyuge y compañera(o) permanente era conceder en partes iguales la pensión de sobrevivientes y, no mucho tiempo después del fallo del Consejo de Estado del 20 septiembre de 2007, el Congreso de la República expidió la ley 1204 del 4 de julio de 2008, que modificó algunos artículos de la Ley 44 de 1980, por medio de la cual se expiden normas para simplificar el trámite de sustituciones pensionales, y fijó pautas para determinar la titularidad del derecho en caso de controversia, así:

“Artículo 6°. Definición del derecho a sustitución pensional en caso de controversia. En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera: Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente,

y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto”. (Ley 1204, 2008)

Conforme a lo expuesto, la decisión del Consejo de Estado (Sentencia Rad. 01453 (2410), 2007) en la interpretación garantista y en aplicación de los principios de justicia y equidad, marcó el inicio de una evolución jurisprudencial que reconoce el principio de igualdad, así como la prohibición de discriminar en razón al origen familiar, cuando se pretende reconocer una pensión de sobrevivientes.

Con esta decisión del Consejo de Estado que resolvió conforme “criterio de justicia y equidad” se abrió la puerta jurídica para el desarrollo legal y jurisprudencial en la solución de conflictos en caso de convivencia simultánea entre cónyuge y compañera o compañero permanente conforme a la naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes.

Las inquietudes frente a la restricción del derecho a la pensión de sobrevivientes y a la sustitución pensional.

Con estos referentes jurisprudenciales, se presenta un escenario general de la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, como una evidencia de los criterios de interpretación en cada momento cronológico, en el cual nos llevan a plantear sobre la realidad de la concepción en la finalidad de la pensión de sobrevivientes, dado que el objeto del trabajo implica determinar ¿sí los criterios restrictivos señalados por el legislador para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional o en las casos estudiados de sustitución de asignación de retiro, debieron ser objeto de un análisis diferente que garantizara el derecho de las beneficiarias?.

En el juicio de ponderación, la balanza determina, por un lado, que el juez esta sometido a la ley, conforme el artículo 230 de la Constitución Política: Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Pero, por otro lado, las beneficiarias que reclaman el derecho pensional también defienden su condición de ser sujetos de especial protección, por razón que la mayoría son mujeres y de avanzada edad, al respecto tenemos la sentencia T-516 de 2023, de la Corte Constitucional, en la cual evidenciamos:

“En cuanto al acceso a pensiones, la Secretaría Distrital de la Mujer señaló en su intervención que, si bien dentro del Régimen de Prima Media hay más mujeres que hombres con un reconocimiento pensional, ello no es porque coticen más, sino porque, al no tener ingresos y recursos propios, dependen de otros para subsistir y, por ende, suelen ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes. La entidad señaló que, para el 2021, el 48.1% del grupo pensional por vejez eran mujeres mientras que en el de sobrevivientes su participación llegó al 87.3%”.
(p. 24)

Es en este momento que surge un nuevo interrogante y tiene que ver con los cuestionamientos que se hacen a la pensión de sobrevivientes y a la sustitución pensional, provocando la negativa a conceder el derecho y que, de manera general, serían:

Se argumenta que las viudas (os) en ocasiones no requieren del ingreso de la pensión de sobrevivientes porque ya cuentan con recursos propios para su subsistencia.

O se menciona que las viudas (os) en ocasiones ya han formalizado nuevos vínculos que le garantizan una estabilidad económica.

Con estos planteamientos en contra, que tienen que ver con la vigencia de

la dependencia económica y aunados a la inclusión de la sostenibilidad financiera en las decisiones judiciales, cada vez es mas restrictivo el derecho a la pensión de sobrevivientes y a la sustitución pensional, sin embargo en defensa de la seguridad social y de los derechos fundamentales surgen nuevas posturas jurisprudenciales, que plantean un derecho protector de naturaleza real y material, son sentencias hito en el tema y que merecen su estudio dada la obligatoriedad de los jueces del respeto al precedente jurisprudencial.

En nuestro recuento histórico se mencionaron algunos casos, en que varias normas restringen el derecho pensional, pero llama la atención aquella en que el legislador dispone la facultad de suspender el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución pensional, por razón de que la beneficiaria contraiga nuevas nupcias.

Nuestro estudio permitirá mostrar en que se soporta la reciente postura jurisprudencial para determinar el restablecimiento del derecho pensional que ha sido suspendido por contraer nuevas nupcias y resolver el interrogante, ¿si estas decisiones pueden servir de fuente de derecho para las otras decisiones judiciales ya dadas, en que existió restricción al derecho pensional?

El caso concreto: Consecuencias para la cónyuge por pasar a nuevas nupcias o por iniciar nueva vida marital.

En un caso de tutela, (Radicado STC1421-2021) mediante el cual la accionante cuestiona las sentencias emitidas en proceso ordinario laboral que instauró frente a Colpensiones, y a través del cual pretendía la «reanudación» del pago de la pensión de sobrevivientes de su difunto cónyuge, refiere que la entidad demandada suspendió el derecho pensional, tras haber contraído nuevas nupcias.

Al decidir la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal Constitucional, da cuenta de algunas disposiciones normativas que traen como consecuencia la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional por haber contraído la cónyuge beneficiaria nuevas nupcias.

Al respecto, menciona la Corte Suprema de Justicia;

(...)

la norma imperante al momento de celebrarse el segundo matrimonio de la querellante, ocurrido el 23 de febrero de 1975, era el artículo 2 de la Ley 12 de esa misma anualidad, el cual establecía que el señalado beneficio económico se extinguía cuando el cónyuge supérstite se casaba de nuevo.

Si bien adujo la Colegiatura accionada que la citada norma se había declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-309 de 1996, enfatizó que tal determinación moduló los efectos de su aplicación en el tiempo, estableciendo que la misma se aplicaba respecto a “(...)

las viudas que con posterioridad al siete de julio de 1991, hubieren contraído nuevas nupcias o hecho vida marital y, por este motivo, perdido el derecho a la que en la actualidad se denomina pensión de sobrevivientes (...).” (Radicado STC1421-2021)

Con la sentencia C-309 de 1996, se establecía la protección constitucional a las personas que celebraron vínculo matrimonial después de la vigencia de la nueva Carta política, sin embargo, al modular los efectos de la sentencia “(...) no significaba que la Corte Constitucional [negara] la posibilidad de inferir atribuciones de carácter fundamental en cabeza de las mujeres que hubieren contraído nuevas nupcias con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 (...)”¹¹.

En su análisis la Corte Suprema de Justicia, recogió lo anotado en dos sentencias de constitucionalidad, emitidas con posterioridad al fallo C-309 de 1996, y refiere sobre la prohibición de aplicar retroactivamente dicha decisión para viudas casadas antes de 1991, al respecto señaló:

“En la primera de ellas, esto es, en la sentencia C-464 de 2004¹², se dijo que la anotada modulación no podía contrariar el “(...) principio pro-homine y a la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres (sic) (...)”, pues ello implicaba dejar desprotegidas a las mujeres restantes, es decir, a aquellas “(...) que contrajeron nuevas nupcias con anterioridad a 1991 (...)”.

En la segunda, vale decir, en el fallo C-1126 de 2004, en cuyo asunto se analizó la exequibilidad del artículo 34 del Decreto 611 de 1977¹³, por impedirle “(...) el acceso a la pensión de sobrevivientes de las compañeras permanentes (...)”, se anotó:

“(...) En consecuencia, los compañeros y compañeras permanentes de empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional pensionados o con derecho a pensión, que con posterioridad al 7 de julio de 1991 y el 23 de diciembre de 1993, hayan tenido derecho a solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y no lo hubieren obtenido porque el artículo 34 del Decreto 611 de 1977 o el artículo 49 del Decreto 2701 de 1988 los excluía, podrán, en virtud de esta providencia, y a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales vulnerados, solicitar que les sea reconocida dicha pensión, en caso de reunir las demás condiciones de ley (...)” (se resalta) (Radicado STC1421-2021).

Dado el carácter imperativo de las normas que contemplaban la extinción del derecho a la pensión de sobrevivientes para la viuda que llegare a contraer nuevas nupcias, en las decisiones de las demandas de constitucionalidad, se abrió la posibilidad de buscar el restablecimiento

¹¹ Sentencia T-693 de 2009

¹² En dicha providencia, la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad contra, entre otros, el artículo 156 del Decreto Ley 612 de 1977, el cual establecía: “(...) Art. 156. Extinción de pensiones. A partir de la vigencia del presente Decreto, las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas

Militares en servicio activo, o en goce de asignación de retiro o pensión militar, se extinguirán para la viuda si contrae nuevas nupcias y para los hijos pro muerte, emancipación, matrimonio, profesión religiosa, independencia económica o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo las hijas célibes, los hijos inválidos absolutos y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años, cuando hayan dependido económicamente del Oficial o Suboficial. La extinción se irá decretando a partir de la fecha del hecho que la motive y por la cuota parte correspondiente. La porción de la madre acrecerá con la de los hijos y la de éstos con la de la madre. En los demás casos no habrá derecho a acrecimiento (...)” (Se resalta la parte demandada).

¹³ “(...) Artículo 34. Decreto 611 de 1977-Transmisibilidad de pensión. Al fallecimiento de un empleado público o trabajador oficial pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, su cónyuge en forma vitalicia y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez que dependieren económicamente del causante, tendrá derecho a percibir la respectiva pensión en la siguiente proporción: a) La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad para los hijos por partes iguales. b) A falta de cónyuge, la pensión se dividirá entre los hijos por partes iguales. c) A falta de hijos menores, la pensión corresponderá en su totalidad al cónyuge sobreviviente. Parágrafo: 1º Este derecho lo pierde el cónyuge sobreviviente cuando por su culpa no vive unido al otro en el momento de su fallecimiento, o cuando contraiga nuevas nupcias o haga vida marital, y los hijos por llegar a la mayoría de edad y cesar la incapacidad. (...)” (se destaca los preceptos demandados).

¹⁴ Allí se declaró la inexequibilidad de las expresiones “para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital” de los artículos 188 (parcial) del Decreto 1211 de 1990, 174 (parcial) del Decreto 1212 de 1990, 131 (parcial) del Decreto 1213 de 1990 y 125 (parcial) del Decreto 1214 de 1990, los cuales extinguían la asignación de retiro para consortes supérstites por fallecimiento de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión militar.

de los derechos vulnerados.

Igualmente, en su análisis la Corte Suprema de Justicia (Radicado STC1421-2021, 2021) resalta lo expresado en la sentencia C-182 de 1997¹⁴, dado que se viola el derecho a la igualdad, respecto de los beneficiarios que optan por mantenerse en estado de viudez, frente a los que deciden contraer nuevas nupcias. Se considera que quienes están cobijados por los Decretos enjuiciados tienen una desventaja frente a los cobijados por la ley 100 de 1993, la cual no contempla la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes.

Como soporte para amparar los derechos fundamentales invocados, la Corte Suprema de Justicia, sustenta su decisión, así:

“La Corte Constitucional ha sostenido que la pensión otorgada a la cónyuge o compañera permanente es de “carácter vitalicio” y en tal virtud, esta prestación no se puede extinguir porque la viuda contraiga nuevas nupcias o haga nueva vida marital. De manera reiterada esta Corte ha protegido los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los beneficiarios de pensiones de sobrevivientes que han optado, en ejercicio de su libertad, rehacer su vida marital, con independencia de la fecha en que lo hicieran. De manera que, no es de recibo para esta Sala de Revisión la interpretación otorgada por autoridades como la ahora demandada, de las sentencias de la Corte para suspender el pago de aquellas pensiones de sobrevivientes que ya habían sido

reconocidas con anterioridad a la decisión de contraer nuevas nupcias o de iniciar nuevamente vida marital (...)”. (Radicado STC1421-2021)

Con ello se deja sin valor y efecto el fallo que resolvió el recurso extraordinario de casación planteado en el proceso ordinario laboral, el cual pretendía la «reanudación» del pago de la pensión de sobrevivientes de su difunto cónyuge, derecho pensional que le había sido suspendido tras haber contraído nuevas nupcias, ordenando emitir nueva sentencia, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo.

La Corte Constitucional, en relación con el tema objeto de estudio, señalo:

En conclusión, en todos los casos en los que las administradoras de pensiones y los jueces de instancia -ordinarios o constitucionales- constatan que a las/los cónyuges y compañeras/os permanentes supérstites beneficiarias/os del derecho a la pensión de sobrevivientes, legalmente causado y percibido, se les hubiere suspendido el pago de las mesadas por haber contraído segundas nupcias o hecho nueva vida marital antes del 7 de julio de 1991, con base en normas preconstitucionales, están obligadas a aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de: i) ordenar el restablecimiento del derecho a la sustitución pensional y, en consecuencia, la reanudación inmediata del pago de las mesadas en adelante, así como ii) determinar el momento a

partir del cual se reconoce el pago del retroactivo pensional. Para este último propósito, deben observar los criterios de imprescriptibilidad del derecho a solicitar la pensión de sobrevivientes y de prescripción trienal que rige para esta clase de prestaciones económicas y que afecta las mesadas causadas, a partir del momento de la primera reclamación de reactivación de pago de las mesadas formulada ante las administradoras de pensiones que suspende el término de prescripción, sin que sobrepase la fecha de notificación de la sentencia que haya declarado la inconstitucionalidad de las expresiones contenidas en las normas que sirvieron de sustento para la pérdida del derecho pensional. (Sentencia SU-213, 2023)

El radicado STC1421-2021 de Corte Suprema de Justicia, como Tribunal Constitucional y la Sentencia SU-213, 2023 de la Corte Constitucional, constituyen decisiones judiciales, que conforman un criterio uniforme y determinan el precedente obligatorio cuando se trata del restablecimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución pensional o a la sustitución de la asignación de retiro, cuando hubiere sido suspendido por haber contraído la beneficiaria nuevas nupcias, ello en aplicación restrictiva de la ley.

Esto implica en referencia analógica, que las posibles beneficiarias a quienes, en aplicación restrictiva de la ley, por otras causas, en su momento se les negó el derecho pensional,

CONCLUSIONES

en criterio personal, también estarían facultadas para intentar en la actualidad el reconocimiento del derecho pensional y ello por razones fundamentales:

El derecho a la seguridad social es irrenunciable y con ello la pensión de sobrevivientes tiene la naturaleza de imprescriptible.

El mandato de prevalencia del postulado constitucional debe garantizar el respeto a los derechos fundamentales y la ley no puede menoscabar esos derechos. Con ello se da respuesta a la pregunta problema, en el sentido que los postulados de la Constitución de 1991, desde su entrada en vigor, determinaron un respeto a los derechos fundamentales y por ello, los falladores habían podido y hoy están obligados a inaplicar en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad las normas que resulten abiertamente contrarias a la Constitución Política, como ejemplo tenemos otro avance de la Corte Constitucional, al expresar que la estabilidad financiera del sistema pensional no es un fin en sí mismo y que está subordinado a la garantía de los derechos fundamentales. (Sentencia SU-063, 2023)

En el breve recuento jurisprudencial, encontramos que en las decisiones del Consejo de Estado sí bien es cierto se evidencia un desarrollo jurisprudencial dejando las posturas formales, también se mantienen diferencias de tratamiento al otorgar el reconocimiento pensional entre la cónyuge y la compañera permanente, pero por otro lado se encuentra una sentencia hito con radicado 01453 (2410) del 20 de septiembre de 2007 donde se fijaron criterios orientadores en relación con la sustitución pensional que después sirvieron de fundamento para el estudio de Constitucionalidad dado en la sentencia C-1035 del 22 de octubre de 2008 y como también sirvió de soporte para la expedición de ley 1204 del 4 de julio de 2008.

En el caso de normas que debieron ser inaplicadas, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, es imperativo resaltar la Sentencia SU-213 de 2023, mediante la cual la Corte Constitucional, consideró: “una oportunidad única y trascendental para terminar con la distinción injustificada de trato puesta en evidencia y, por fin, garantizar condiciones de equidad y justicia a las mujeres en el disfrute de sus derechos pensionales”.

Cuando se mencionan los criterios de interpretación para la solución de los casos, es necesario identificar si la aplicación de la norma conlleva situaciones de desigualdad frente al reconocimiento o negativa del derecho, caso en el cual el principio pro homine, la solidaridad y el derecho a la igualdad, deben

prevalecer para evitar cualquier situación de discriminación.

Con las decisiones STC1421-2021 de Corte Suprema de Justicia, como Tribunal Constitucional y la Sentencia SU-213, 2023 de la Corte Constitucional, se determinó la violación de los derechos fundamentales para la cónyuge, en estos casos se vulneraron los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, esto, con ocasión de suspender la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, por el hecho de haber contraído nuevas nupcias.

Debe recordarse que, tal y como quedó definido en la Sentencia C-309 de 1996, las expresiones legales que establecían cláusulas resolutorias del derecho a la pensión de sobrevivientes por haber contraído nuevas nupcias se tornaron abiertamente incompatibles con los postulados de la Constitución de 1991 por lo que, desde su entrada en vigor, habían podido inaplicarse en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad”. (Sentencia SU-213, 2023, p. 58)

De esta manera se restablece el derecho a la pensión de sobrevivientes de las viudas que obtuvieron el reconocimiento del beneficio y, posteriormente, se les suspendió en razón a que contrajeron nupcias o iniciaron vida marital, precepto legal expedido, bajo un criterio discriminatorio, que implicaba la vulneración de los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.

REFERENCIAS

Con esta decisión, la Corte Constitucional, proscribió toda discriminación entre sujetos que están en igualdad de condiciones y, por tanto, deben recibir un trato idéntico según la Carta.

Dadas las diferentes interpretaciones de naturaleza restrictiva evidenciadas, es indispensable poner de presente lo señalado por la Corte Constitucional, en la Sentencia T-516 de 2023, respecto de la seguridad Social, la cual:

“Es, además, un derecho que está contemplado en diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Así, por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos de la persona, artículo 9, señala que toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la pérdida del sustento de la familia, de la vejez y de la incapacidad que le imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de su subsistencia”. (p. 23)

AA.VV. (2012). Progresividad en Asuntos de Seguridad Social y Laborales: Aproximación a la Doctrina y la Jurisprudencia Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Arenas, G. (2018). Derecho Colombiano de la Seguridad Social. Bogotá: Legis.

Colombia. Congreso de la República. (1912). Ley 29. Que modifica disposiciones vigentes sobre pensiones del Tesoro Público.

Colombia. Congreso de la República. (1927). Ley 102. Sobre aumento y reconocimiento de pensiones.

Colombia. Congreso de la República. (1945). Ley 6. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo.

Colombia. Congreso de la República. (4 de julio de 2008). Ley 1204. Por la cual se modifican algunos artículos de la Ley 44 de 1980 y se impone una sanción por su incumplimiento. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31244>

Colombia. Consejo de Estado. (8 de octubre de 1998). Sentencia Rad. 14634. Sección Segunda [C.P.: Javier Díaz Bueno]. Obtenido de <https://vlex.com.co/vid/52597940>

Colombia. Consejo de Estado. (27 de julio de 2000). Sentencia Rad. 16957. Sección Segunda [C.P.: Tarsicio Cáceres Toro]. Obtenido de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Colombia. Consejo de Estado. (7 de julio de 2005). Sentencia Rad. 24860. Sección Segunda [C.P.: Tarsicio Cáceres Toro]. Obtenido de <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Colombia. Consejo de Estado. (20 de septiembre de 2007). Sentencia Rad. 01453 (2410). Sección Segunda [C.P.: Jesús María Lemus Bustamante]. Obtenido de [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/33/LEGADO%20LEMOS/76001-23-31-000-1999-01453-01\(2410-04\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/33/LEGADO%20LEMOS/76001-23-31-000-1999-01453-01(2410-04).pdf)

Colombia. Consejo de Estado. (30 de julio de 2009). Sentencia Rad. 68001-23-15-000-2001- 02594-01(0638-08). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B” [C.P.: Gerardo Arenas Monsalve].

Colombia. Consejo de Estado. (22 de abril de 2010). Sentencia Exp. 1955-2007. [C.P.: Gerardo Arenas Monsalve].

Colombia. Consejo de Estado. (3 de mayo de 2012). Sentencia Rad. 25000-23-25-000-2008-00877-01(1676-11). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. [C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez].

Colombia. Consejo de Estado. (24 de octubre de 2012). Sentencia Rad. 25000-23-25-000-2010-00860-01 (2475-11). Sección Segunda. Subsección A.

Colombia. Consejo de Estado. (9 de noviembre de 2017). Sentencia No. Interno 0286-2015. Sección Segunda. Subsección A.

Colombia. Consejo de Estado. (26 de abril de 2018). Sentencia Rad. 00295. Sección Segunda [C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas]. Obtenido de [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2022/providencias/169_17001-23-31-000-2010-00295-01\(2564-14\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/libros/2022/providencias/169_17001-23-31-000-2010-00295-01(2564-14).pdf)

Colombia. Consejo de Estado. (2020, febrero 20). Sentencia Rad. 02535. Sección Segunda [C.P.: Gabriel Valbuena Hernández]. Retrieved from <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=167206>

Colombia. Consejo de Estado. (18 de febrero de 2021). Sentencia Rad. 00165. Sección Segunda [C.P.: William Hernández Gómez]. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=164986>

Colombia. Corte Constitucional. (23 de Diciembre de 1993). Sentencia T-190. [M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-190-93.htm#:~:text=T%2D190%2D93%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20derecho%20a%20sustituir%20a,las%20cargas%20materiales%20y%20espirituales>

Colombia. Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-309. [M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1996/C-309-96.htm#:~:text=La%20mujer%20tiene%20iguales%20derechos,ejercicio%20leg%C3%ADtimo%20de%20su%20libertad>

Colombia. Corte Constitucional. (2001, noviembre 8). Sentencia C-1176. [M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra]. Retrieved from <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1176-01.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D1176%2F01&text=El%20prop%C3%B3sito%20perseguido%20por%20la,econ%C3%B3micas%20derivadas%20de%20su%20muerte>

Colombia. Corte Constitucional. (2014, junio 4). Sentencia C-336. [M.P.: Mauricio González Cuervo]. Retrieved from <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-336-14.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (2015). Sentencia C-458. [M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-458-15.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (17 de febrero de 2016). Sentencia C-066-2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

Colombia. Corte Constitucional. (2022, mayo 26). Sentencia T-184. [M.P.: Alejandro Linares Cantillo]. Retrieved from <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-184-22.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (9 de marzo de 2023). Sentencia SU-063. [M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo]. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/SU063-23.htm>

Colombia. Corte Constitucional. (2023, junio 8). Sentencia SU-213. [M.P.: Juan Carlos Cortés González]. Colombia. Corte Constitucional. (2023, Noviembre 28). Sentencia T-516. [M.P.: Natalia Ángel Cabo]. Retrieved from <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/T-516-23.htm>

Colombia. Presidencia de la República. (1944). Decreto 2350.

Colombia. Presidencia de la República. (1966). Decreto 3041.

Colombia. Presidencia de la República. (1990). Decreto 1213.

Colombia. Presidencia de la República. (8 de junio de 1990). Decreto Ley 1211. Obtenido de [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=171655#:~:text=Los%20Oficiales%20y%20Suboficiales%20de%20las%20Fuerzas%20Militares%20que%20presten,25%25\)%20del%20sueldo%20b%C3%A1sico](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=171655#:~:text=Los%20Oficiales%20y%20Suboficiales%20de%20las%20Fuerzas%20Militares%20que%20presten,25%25)%20del%20sueldo%20b%C3%A1sico)

Colombia. Presidencia de la República. (2004). Decreto 4433.

Corte Suprema de Justicia. (18 de febrero de 2021). Radicado STC1421-2021. M.P. Álvaro Fernando García restrepo. Colombia.

López, E. (2011). Seguridad Social. Teoría Crítica, t. II. Medellín: Universidad de Medellín.

Martínez, J. (2009). La pensión de Sobrevivientes. Bogotá: Temis S.A.



DESAFÍOS DEL ESTADO CON LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO: UNA APUESTA HACIA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lizeth Daniela Estupiñan Quesada

DESAFÍOS DEL ESTADO CON LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DENTRO DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO: UNA APUESTA HACIA LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Autor: Lizeth Daniela Estupiñan Quesada .

Colombia. Abogada, especialista en derecho administrativo y magister en Defensa de los Derechos Humanos y el DIH ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales de la Universidad Santo Tomás. Docente investigadora y líder curricular de la Facultad de Derecho en la Universidad Santo Tomás seccional Villavicencio. Miembro del semillero de sociología jurídica y grupo de investigación: Doctor Angélico Iuris Et Realitas. Coautora del libro “Liderazgo y educación: una guía con enfoque de género”; y “Derecho para jóvenes”

Resumen

La Inteligencia Artificial (IA) cada vez más se ha expandido en ámbitos relevantes para el ser humano a nivel global. El sistema judicial colombiano no escapa de dicha realidad, viéndose permeado por la implementación de programas que responden a esa manifestación de tecnología emergente. No obstante, correlativamente ello implica que el Estado ponga en marcha su maquinaria institucional para responder a unos desafíos relevantes, so pena de incurrir en la violación de derechos fundamentales.

Palabras claves:

Derechos humanos; Estado Colombiano; Inteligencia Artificial; sistema judicial.

Abstract

Artificial Intelligence (AI) has increasingly expanded in areas relevant to human beings globally. Colombian judicial system does not escape this reality, being permeated by the implementation of programs that respond to this manifestation of emerging technology. However, correlatively, this implies that the State must set in motion its institutional machinery to respond to relevant challenges, under penalty of incurring in the violation of fundamental rights.

Key Words

Human Rights; Colombian State; Artificial Intelligence; judicial system.

Introducción

Las tecnologías emergentes permean rápidamente los sistemas de justicia en el mundo por el exponencial crecimiento de los avances tecnológicos, como lo es por excelencia la inteligencia artificial. Dentro de sus múltiples definiciones, la IA es entendida como “la automatización de actividades que asociamos con el pensamiento humano, actividades como la toma de decisiones, la resolución de problemas, el aprendizaje.” Belman, 1798; citado por Estevez E; Linares S & Fillottrani P, 2023, p. 20).

El uso de la IA en los sistemas judiciales está siendo explorado por las judicaturas, los servicios de fiscalía y otros órganos judiciales específicos a nivel mundial. Por ejemplo, en el ámbito de la justicia penal, muchos sistemas judiciales del mundo entero ya utilizan sistemas de IA para brindar asistencia en investigación y automatizar los procesos de toma de decisiones. Al considerar los rápidos avances en este campo, los desafíos y oportunidades relacionados con el aprovechamiento de la IA en los sistemas judiciales y sus implicaciones para los derechos humanos y el estado de derecho deben formar parte de las discusiones entre las partes interesadas del ecosistema judicial. (Unesco, 2022, p.1)

Colombia no es ajena al actual contexto tecnológico y debido a ello, la inteligencia artificial está presente en el sistema de administración de justicia. De allí que la automatización de procesos con la simulación de la capacidad humana genere grandes beneficios en materia de administración de justicia. La eficiencia en el sistema, reducción de tiempos, mitigación de costos y organización de la información, sólo son algunas bondades que trae consigo la IA en la justicia. No obstante, considerando los riesgos que se han identificado con el uso de la IA, los desafíos son proporcionales a los beneficios que conlleva el uso de la inteligencia artificial en el sistema de justicia. Por lo que la respuesta del Estado colombiano debe ser emplear su institucionalidad pública para evitar la vulneración de derechos humanos.

El sistema de administración de justicia y la inteligencia artificial

La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional. (Ley 270 de 1996, art. 1).

La Corte Constitucional, en virtud del mandato conferido por esa Carta Política es guardiana de la Constitución. De allí que presente congestión en sus despachos¹ por el número elevado de tutelas que debe seleccionar y analizar en sede de revisión. En respuesta a esto, la inteligencia artificial Prometea, sistematiza información para agilizar la escogencia de tutelas con base en un conjunto de algoritmos que le permite priorizar casos y escogerlos en tiempos reducidos.

Prometea es, por tanto, la plataforma diseñada para mejorar los procesos y tiempos de respuesta en la justicia, la cual se presenta como un modelo colaborativo de construcción que, aun cuando incorpora software, no implica apartar al humano de las tareas sino aprovecharlo para que concentre sus esfuerzos en cuestiones más complejas. (Gutiérrez, A. y Flórez, I, 2020, p.59).

En materia penal, la Fiscalía General de la Nación implementó la inteligencia artificial Prisma (Perfil de Riesgo de Reincidencia para la Solicitud de Medidas de Aseguramiento). (Fernández y Sarmiento, 2020) indican que “esta herramienta funciona mediante un modelo de aprendizaje supervisado, en el cual se predice la probabilidad de reincidencia, dadas las características del individuo, del último evento criminal y de los antecedentes criminales de cada uno”. “En ese sentido, esta herramienta sirve de apoyo a los jueces al momento de determinar una medida preventiva de forma más objetiva”. (López et al., I, 2023, p.5)

Por otro lado, existen proyectos en transición hacia la inteligencia artificial por medio del denominado Sistema Integrado Único de Gestión Judicial- Core (SIUGJ), en procura de “organizar, disponer y analizar la información consolidada en bodegas de datos de expedientes electrónicos y otras fuentes de información de la Rama Judicial, que permitan generar conocimiento para la toma de decisiones” (Consejo Superior de la Judicatura, s.a, p. 4).

En ese contexto, la inteligencia artificial está llamada a ser empleada cada vez más en los sistemas judiciales gracias a sus beneficios en la administración de justicia. No obstante, es menester considerar que la implementación de la inteligencia artificial trae consigo desafíos importantes que deben ser asumidos por el Estado.

¹ Un reporte actualizado por la Corte Constitucional muestra que en el año 2022 se han radicado más de 230.000 tutelas, un alto número para haber completado solo seis meses del año, y lo cual implica una carga administrativa para la revisión de los casos y su respectiva clasificación. (López et al., 2023, p. 6)

Riesgos de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales: el nuevo escenario de inobservancia de los derechos humanos

Es acelerado el proceso de implementación de las tecnologías emergentes. Pero ¿ese ritmo vertiginoso es correlativo a las medidas estatales adoptadas para un uso adecuado compatible con los derechos humanos? El empleo de la inteligencia artificial en el sistema de administración de justicia debe responder al respeto y protección de los derechos humanos. Así, es menester reconocer que existen riesgos que de materializarse constituirían una violación a los mismos.

A medida que avanza el uso de las tecnologías de IA, los sistemas judiciales se involucran en cuestiones legales relacionadas con las implicaciones de la IA con respecto a los derechos humanos, la vigilancia y la responsabilidad, entre otros. Además, los sistemas judiciales también utilizan sistemas de IA para los procesos de toma de decisiones judiciales que han planteado preocupaciones sobre la equidad, la rendición de cuentas y la transparencia en la toma de decisiones de parte de sistemas automatizados o habilitados mediante la IA. (Unesco, 2022, p.1).

Ante el crecimiento exponencial del mundo digital, se encuentra el desconocimiento y la falta de capacidad de reacción estatal para prever las consecuencias jurídicas en perjuicio de los derechos humanos con el uso de la IA. Esto aunado con los procesos de despersonalización en el que incluso se afianza la desigualdad y la transgresión al principio de no discriminación por medio de las tecnologías emergentes. Por ejemplo, Amazon usó un algoritmo de contratación sexista, al tener en cuenta exclusivamente candidaturas de hombres en el momento de seleccionar los candidatos que aspiraban a puestos técnicos, científicos de datos, entre otros, excluyendo todos los currículums de mujeres. (Miranda, 2021, p. 54)

Otro de los casos que tuvieron repercusión a nivel mundial lo protagonizó la red social Facebook, quien también se vio envuelta en una importante polémica al usar un algoritmo que ofrecía un acceso desigualitario a los anuncios de vivienda y empleo, lo que provocó que Estados Unidos interpusiera una demanda por permitir que la red social dirigiera sus anuncios en función de la raza, género y religión, algo que atentaba completamente contra los derechos humanos. Este ejemplo nos sirve para traer a colación las palabras de Tristan HARRIS, quien fue diseñador ético de la empresa Google, y que llegó a afirmar en abril de 2017 en una conferencia TED que las redes sociales “están secuestrando nuestras mentes y nuestro tiempo. (Ibídem).

Paralelamente, en el ámbito de la administración de justicia, las decisiones judiciales adoptadas por medio de una función algorítmica podrían tender a mitigar la autonomía a los jueces, y con ello la capacidad de aplicar de acuerdo con su experticia jurídica la sana crítica y la discrecionalidad judicial en el importante ejercicio del poder público de impartir justicia. Esto eventualmente incrementa la inobservancia del derecho a la protección y garantías judiciales contemplados en los artículos 8, 9, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

“En un informe reciente, la Relatora Especial (2020) sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia, y formas conexas de intolerancia destacó cómo esta dinámica se ha materializado en la realidad, revelando problemas estructurales de discriminación racial en distintas prácticas normalizadas en muchos Estados del mundo. Verbigracia de lo anterior, el derecho al trabajo se ha visto afectado en países de América del Norte y Europa en donde se han utilizado algoritmos para seleccionar a candidatos a partir de los datos de otros trabajadores considerados “competentes”, pero que constituían de por sí una muestra sesgada y excluyente de determinados grupos raciales. De igual manera, en países como Argentina y Colombia se ha recurrido a la inteligencia artificial para acelerar la adopción de sentencias en casos de poca complejidad; sin embargo, la forma en que se diseñan las herramientas necesarias para tal fin no permite medir con precisión el impacto que estas generan en ciertas minorías, lo que incrementa el riesgo de que se refuercen disparidades raciales en los sistemas de justicia”.

Lo anterior, promueve un nuevo escenario de transgresión a los derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos DUDH (1948) en el artículo primero y doce; y por otro lado la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 11, refieren que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en consonancia con ello, nadie debe ser objeto de injerencias en su vida privada y familiar. De manera que emplear la inteligencia artificial sin los condicionamientos ni criterios de confidencialidad para la reserva de la información, sería contrario a la protección de la dignidad humana y la intimidad.

Por otro lado, el artículo segundo de la DUDH señala que “toda persona tiene los derechos y libertades sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Paralelamente, la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 1 indica la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención sin discriminación alguna.

Estos derechos humanos podrían ser quebrantados considerando que con “algunos algoritmos ciertos conjuntos de datos (decisiones anteriores, imágenes faciales o bases de datos de video, etc.) podrían contener datos sesgados que sería factible su uso con aplicaciones para fines penales o de seguridad pública, lo que conduce a decisiones sesgadas”. (Unesco, 2022, p.1). Adicional a ello, inevitablemente de manera directa o indirecta en la IA está impresa una marca socio política, cultural y económica de sus creadores, diseñadores y programadores pertenecientes a sistemas judiciales distintos usualmente provenientes de potencias tecnológicas; lo que implicaría un mayor riesgo en el ejercicio autónomo judicial en contexto.

Por su parte, el artículo once consagra el principio de inocencia y para desvirtuarse debe tenerse en cuenta las garantías judiciales dentro de un juicio justo. Al respecto, es menester considerar los hallazgos en la usanza de la IA en materia penal en Estados Unidos con la inteligencia artificial COMPAS la cual estaba codificada con un acentuado sesgo racial respecto a las personas afrodescendientes; demostrándose así que la IA presentaba en lo concerniente a reincidencia criminal, falsos negativos con las personas de tez blanca y falsos positivos con las personas afrodescendientes². (Gutiérrez, A. y Flórez, I, 2020, p.5).

Así entonces los Estados deben prever todas las posibles situaciones que se puedan presentar en los sistemas de administración de justicia. Correlativamente, ello implica enfrentar desafíos institucionales para no incurrir en la transgresión de derechos humanos. Así entonces, la velocidad de intervención debe ser directamente proporcional a la implementación de los programas inteligentes. Sólo así el sistema judicial estará preparado y un paso más adelante a la implementación de la IA en el marco del estado social de derecho, contrario sensu, podría faltar a sus obligaciones con la inobservancia de disposiciones constitucionales e internacionales.

Es así como los Estados deben responder legislativa y administrativamente frente al uso vertiginoso de la IA en procura de la no vulneración de la dignidad humana. Como se expondrá a continuación, dentro de los desafíos que tienen los Estados se encuentra, identificar y hacer frente a esos nuevos retos que se presentan con la incorporación de la IA en el marco de la administración de justicia. Lo anterior, para no incurrir en la violación de derechos humanos tales como la intimidación, las garantías judiciales, la igualdad y el derecho de no discriminación.

² *El uso de la IA en los procesos de toma de decisiones en el sector público requiere de una reflexión exhaustiva en términos de ética y, más ampliamente, de gobernanza. Las tecnologías de IA pueden incrementar las posibilidades de discriminación, los sesgos negativos y pueden perjudicar desproporcionadamente a comunidades marginadas. Por este motivo, debe evitarse que los conjuntos de datos utilizados por los algoritmos de los sistemas de IA —durante las fases de entrenamiento, pruebas y funcionamiento— contengan sesgos involuntarios,*

Límites a la inteligencia artificial en el sistema de justicia: nuevos desafíos del Estado colombiano

El Estado colombiano está constituido bajo la fórmula social y democrática de derecho. Esta premisa no es menor, pues enmarca los fines esenciales del Estado a la luz de la Carta Política. En ese orden de ideas, la administración de justicia debe estar a la vanguardia de los nuevos cambios tecnológicos que se incorporan; enfrentando con ello nuevos retos que traen consigo la necesidad de diseñar e implementar mecanismos, lineamientos, políticas públicas, regulación y capacitación a los servidores públicos y usuarios de la administración de justicia. Aunado a ello, la presencia de profesionales y técnicos expertos que respondan a las fallas que eventualmente pueda presentar la inteligencia artificial, por referir sólo algunas tareas.

En consecuencia, resulta indispensable la usanza de la IA mediante la supervisión y manejo adecuado por parte de los funcionarios públicos; sin concebir la idea de desentenderse de la responsabilidad en los procesos en los que la IA es una ayuda importante. A ello se suma la importancia de que los programas tengan una alta seguridad para la protección y privacidad de los datos personales; así como seguimiento constante a los resultados emitidos por la IA. Todo esto, dentro de criterios transparentes, valores democráticos, éticos y socioculturales. Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre IA de la Comisión Europea han identificado algunos requisitos mínimos que toda IA debe tener para que puedan tener un grado de confianza aceptable: “i) intervención y supervisión humana; ii) robustez y seguridad; iii) privacidad y gobernanza/gestión de datos; iv) transparencia y explicabilidad; v) diversidad, no discriminación y equidad; vi) bienestar social y medioambiental; y vii) responsabilidad y rendición de cuentas”.

De cumplirse dichos criterios, el Estado tendría elementos importantes para el cumplimiento del deciseisavo Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) denominado paz, justicia e instituciones públicas. Así mismo, sería compatible con los Principios de Bangalore (2019) sobre la conducta judicial enmarcados en los valores de independencia, imparcialidad, integridad, corrección, igualdad, competencia, diligencia³.

El estudio sobre el uso estratégico de datos e inteligencia artificial (IA) en el sector público para generar valor social y económico, realizado por la CAF bajo la Dirección de Innovación Digital del Estado (DIDE) de la Vice Presidencia de Conocimiento, permitió identificar una serie de buenas prácticas y lecciones aprendidas que deben ser tenidas en cuenta a la hora de diseñar, desarrollar o implementar soluciones de IA en el sector público: 1) tener claros que los objetivos deben estar orientados a que las tecnologías sean inclusivas, 2) que, de manera previa al diseño o desarrollo del sistema

inexactitudes o errores, por estar incompletos o por modelos gobernanza deficientes. Para ello, es esencial que en la etapa de gobernanza de datos se garantice el cumplimiento de los criterios cuantitativos y cualitativos, así como la integridad de los datos. (Cervini, 2021, p.1)

³ *Al respecto, el Consejo de Europa y la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia emitió en el 2018, emitieron la Carta Europea Ética para el uso de la IA en el ambiente y el sistema judicial. Allí se determina como principios fundamentales: (i) el respeto a los derechos fundamentales; (ii) no discriminación; (iii) calidad y seguridad; transparencia, imparcialidad y justicia; (iv) principio de todo bajo control.*

de IA, exista un diagnóstico de la organización en cuestión, 3) que los trabajadores desarrollen nuevas competencias y capacidades digitales específicas y desaprendan técnicas, formatos y enfoques usados bajo el paradigma anterior, 4) que el sistema sea diseñado pensando en el usuario, en formato intuitivo y amigable, en un lenguaje claro y comprensible al alcance de todos, 5) que el control humano esté presente durante todo el ciclo de vida del sistema y, finalmente, que recetas o fórmulas de otros países con realidades, culturas, economías y ecosistemas diferentes, solo podrían generar un efecto contrario al deseado. (Cervini, 2021, p.1)

Por todo lo anteriormente expuesto, la inteligencia artificial puede contribuir a que los sistemas judiciales sean eficaces y eficientes. No obstante, su empleo debe estar la regulación de la IA en la administración de justicia tiene que estar a la vanguardia del acelerado proceso de implementación de la IA. Con ello, responder a los principios y recomendaciones por parte de Organismos expertos para no tener el efecto contrario en el deber ser de un sistema de justicia. Es así como el Estado colombiano debe asumir grandes desafíos en la implementación de la IA compatible con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos respondiendo a criterios transparentes, éticos y seguros.

REFERENCIAS

Cárdenas E & Martínez V. (2021). Un estudio sobre la posibilidad de aplicar la inteligencia artificial en las decisiones judiciales. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, Cundinamarca, Colombia. Recuperado de: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/vZDXYYPPrwsgJDWQf97QG/>

Cervini E. (2021). ¿Podrá la inteligencia artificial mejorar la administración de la justicia? Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe. Recuperado de:

<https://www.caf.com/es/conocimiento/visiones/2021/08/podra-la-inteligencia-artificial-mejorar-la-administracion-de-la-justicia/>

Congreso de la República. Ley 270 de 1996. Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial No. 52.465 - 23 de julio de 2023. 4 de agosto de 2023. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html

Consejo Superior de la Judicatura.. Proyectos de transición. Rama judicial. República de Colombia. Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/87416582/87476805/Proyectos+Transicion.pdf/5eac44a7-3474-4897-89d2-942185009797>

Council of Europe & European Commission for the Efficiency of Justice (2018). European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment. Recuperado de: <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment>

Estevez E; Linares S & Fillottrani P. (2023). Prometea: transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial. Washington D.C. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/viewer/PROMETEA-Transformando-la-administracion-de-justicia-con-herramientas-de-inteligencia-artificial.pdf>

Fernández García, M. D. M., & Sarmiento Arango, A. (2020). La aplicación de la inteligencia artificial en el derecho penal: consecuencias éticas y jurídicas frente a la medida de aseguramiento. Bogotá D.C. Recuperado de: <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/49210>

Gutiérrez, A. y Flórez, I. (2020). Inteligencia Artificial (IA) Aplicada en el Sistema Judicial en Colombia. Revista Derecho y Realidad, 18, (35), 53- 80. Recuperado: https://www.google.com/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0CDgQw7AJahcKEwjowMXGzuKAAxUAAAAAHQAAAAAQAw&url=https%3A%2F%2Frevistas.uptc.edu.co%2Findex.php%2Fderecho_realidad%2Farticle%2Fdownload%2F9638%2F9852%2F42898&psig=AOvVaw3NnDAmpLR-9lhZi-IMCPF7&ust=1692324598465838&opi=89978449

[3A%2F%2Frevistas.uptc.edu.co%2Findex.php%2Fderecho_realidad%2Farticle%2Fdownload%2F9638%2F9852%2F42898&psig=AOvVaw3NnDAmpLR-9lhZi-IMCPF7&ust=1692324598465838&opi=89978449](https://www.google.com/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0CDgQw7AJahcKEwjog46Grz-KAAxUAAAAAHQAAAAAQAw&url=https%3A%2F%2Fwww2.icesi.edu.co%2Frevistas%2Findex.php%2Frlv%2Farticle%2Fdownload%2F5655%2F4665&psi_g=AOvVaw2P99DEFTXancMBi4HliS_Y&ust=1692324809399648&opi=89978449)

López J; Becerra V; Guzmán M; Ladazuri J (2023). Inteligencia artificial en la justicia colombiana: ¿la solución a la congestión judicial?. Universidad de Icesi. Revista Lecciones Vitales. Cali, Colombia. Recuperado de: https://www.google.com/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=0CDgQw7AJahcKEwjog46Grz-KAAxUAAAAAHQAAAAAQAw&url=https%3A%2F%2Fwww2.icesi.edu.co%2Frevistas%2Findex.php%2Frlv%2Farticle%2Fdownload%2F5655%2F4665&psi_g=AOvVaw2P99DEFTXancMBi4HliS_Y&ust=1692324809399648&opi=89978449

Miranda R. (2021). Inteligencia artificial y derechos humanos. Una solución a los conflictos éticos y morales a través de una regulación normativa futura. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Recuperado de: <https://app-vlex-com.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/-search/jurisdiction::CO,US,BO,BR/IA+DERECHOS+HUMANOS+DERECHOS+HUMANOS+AND+IA+AND+DISCRIMINACION/vid/884236612>

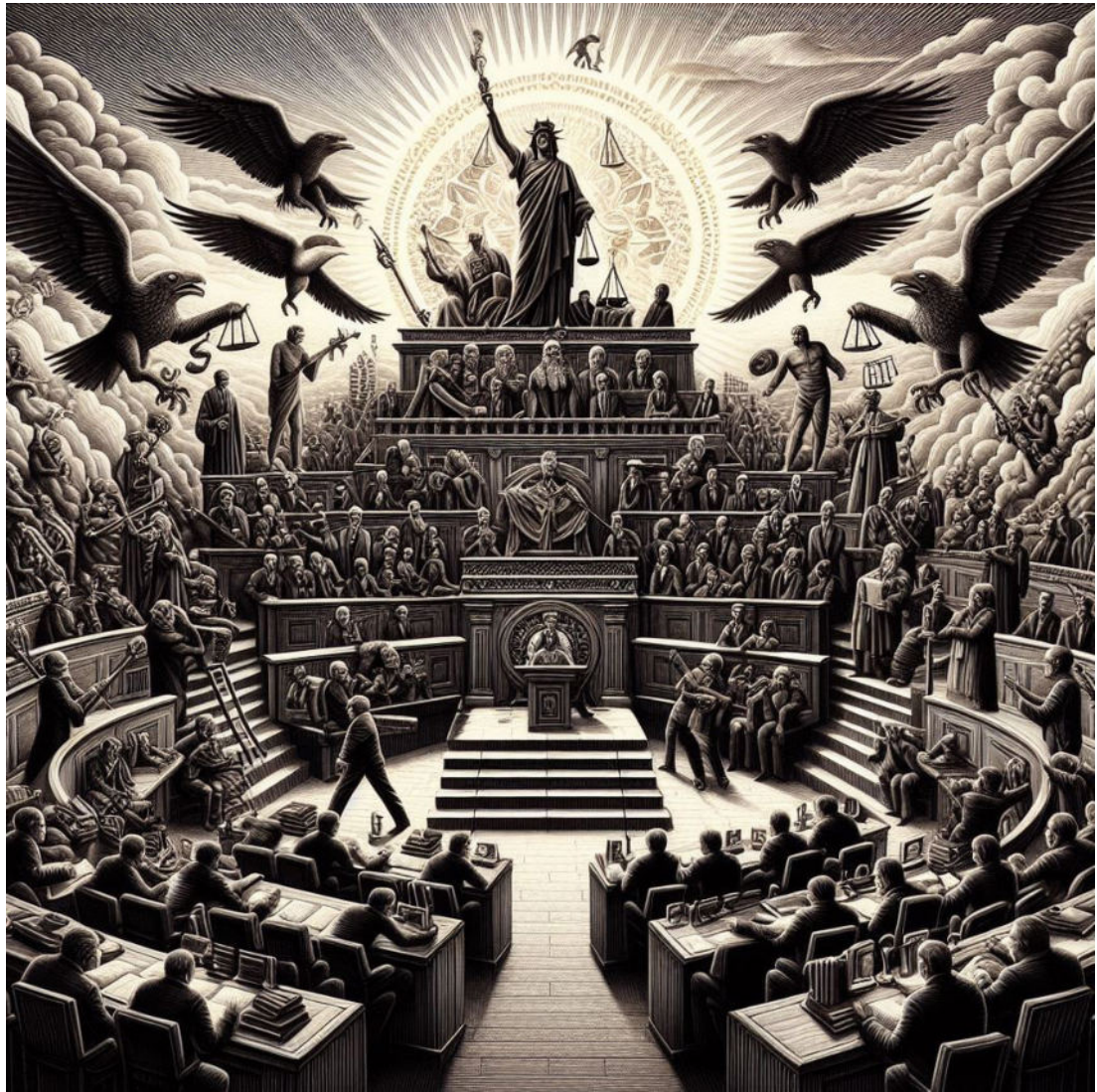
Naciones Unidas (2019). Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Viena. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf

Naciones Unidas (2023). Objetivos de Desarrollo Sostenible. Recuperado de: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

Naciones Unidas (2020). Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. A/HRC/44/57. 18 de junio de 2020. Recuperado de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/inteligencia-artificial-y-derechos-humanos-una-nueva-lucha-contra-la-discriminacion-racial/>

Reyes V. (2020). Inteligencia artificial y derechos humanos: una nueva lucha contra la discriminación racial. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Recuperado de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/inteligencia-artificial-y-derechos-humanos-una-nueva-lucha-contra-la-discriminacion-racial/>

Unesco. (2022). La IA y el Estado de derecho: Fortalecimiento de capacidades para los sistemas judiciales. Recuperado de: https://www.unesco.org/es/artificial-intelligence/rule-law/mooc-judges?TSPD_101_R0=080713870fab2000ab6f1c2920326d47b91122575ad8b67323c92cd9830c27075368c8cac33e9f6908290f9cc21430007b76c71a964190a43f3ef7e753d70b8ee6fa156fab854f0103afc77e162029babcee39667dd909e0e46cc564e19fe3e1



EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD Y SUS EXCEPCIONES, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo

EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD Y SUS EXCEPCIONES, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Autor: Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo

Abogado, Doctor en Derecho y profesor de la Universidad Externado de Colombia, Nuestra Señora del Rosario, Santo Tomás, Libre y Militar en posgrados y maestrías en materias disciplinarias y contratación estatal. Actualmente se desempeña como magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Resumen

Por medio del presente escrito, se pretende realizar un análisis crítico de la evolución del principio de inembargabilidad y sus excepciones a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Palabras claves:

Inembargabilidad, evolución, jurisprudencia, requisitos.

Abstract

The purpose of this document is to carry out a critical analysis of the evolution of the non-seizability principle and its exceptions in light of the jurisprudence of the Constitutional Court.

Key Words

Non-seizability, evolution, jurisprudence, requirements.

Introducción

El sustento jurídico del principio de inembargabilidad tiene como génesis el artículo 63 constitucional. Esta norma consagró expresamente que “los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables” (Const., 1991, art. 63).

La aplicación de esta máxima, tiene como finalidad, por una parte, el cumplimiento de los fines del Estado y, por otra, eliminar los riesgos que puedan existir frente a bienes que gozan de una protección especial.

A partir de lo anterior, la Corte Constitucional definió la inembargabilidad como “una garantía necesaria para salvaguardar el presupuesto del Estado, especialmente, los valores dirigidos a cubrir las necesidades esenciales de la población”¹ (Corte Constitucional, Sentencia C-546, 1992). En consonancia con lo expuesto, el máximo órgano en materia constitucional sostuvo que el objetivo de este principio es “asegurar la adecuada provisión, administración y manejo de los fondos necesarios para la protección de los derechos fundamentales y en general para el cumplimiento de los fines del Estado” (Corte Constitucional, Sentencia C-546, 1992).

De ahí que, no existe duda de que por regla general los recursos públicos son inembargables; sin embargo, este principio no debe ser entendido como absoluto, sino que por el contrario “debe conciliarse con los demás valores, principios y derechos reconocidos en la Carta Política” (Corte Constitucional, Sentencia C-1154, 2008).

Así las cosas, con la finalidad de concertar esa cláusula con los principios establecidos en la Constitución, como lo son “el reconocimiento de la dignidad humana, el principio de efectividad de los derechos, el principio de seguridad jurídica, el derecho a la propiedad, el acceso a la justicia y la necesidad de asegurar la vigencia de un orden justo, entre otros” (Corte Constitucional, Sentencia C-1154, 2008), la jurisprudencia de la Corte Constitucional fijó unas reglas de excepción², estas son: (i) la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas; (ii) el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias y, (iii) los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible.

En consecuencia, el presente escrito tiene por finalidad analizar cada una de las excepciones al principio de inembargabilidad, con especial énfasis en la evolución jurisprudencial que han tenido con el paso de los años.

¹ Véase también: Corte Constitucional. Sentencias C-013, C-017, C-107, C-337, C-555 de 1993, C-103 y C-263 de 1994, C-354 y C-402 de 1997, T-531 de 1999, C-427 de 2002, T-539 de 2002, C-793 de 2002, C-566, C-871 y C-1064 de 2003, C-192 de 2005, C-1154 de 2008, C-539 de 2010, C-543 de 2013 y C-313 de 2014, entre otras.

² Ver entre otros, Corte Constitucional C-546 de 1992, C-103 de 1994, C-354 de 1997, C-793 de 2002 y C-1154 de 2008.

Excepciones al principio de inembargabilidad y su evolución jurisprudencial

La Corte Constitucional a través de la sentencia C-546 de 1992, dio sus primeros pasos encaminados a construir un régimen consolidado de excepciones al principio de inembargabilidad. A partir de esta providencia, por medio de la cual se declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 16 de la Ley 38 de 1989, se creó la primera excepción que tiene que ver con la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.

Al respecto, resulta oportuno precisar que, esta excepción tuvo lugar porque la Corte Constitucional advirtió la confrontación de dos (2) valores: el primero de ellos, la adecuada protección que las normas debían brindar a los recursos que propendían por el cumplimiento de los fines del Estado y, el segundo hacía alusión a la trasgresión de los derechos de los ciudadanos que aspiraban al pago de acreencias laborales. Al zanjar esta controversia, la máxima guardiana de la Constitución prefirió el derecho de los trabajadores en procura del pago de las obligaciones laborales que se les adeudaban. Con fundamento en lo expuesto, surgió esta primera limitación al principio de inembargabilidad con base en la siguiente argumentación:

5.2.2. La Excepción: La Embargabilidad en el caso de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado, que han surgido de relaciones laborales y cuyo pago no se ha obtenido por la vía administrativa o judicial.

[...] En este orden de ideas, el derecho al trabajo, por su especial protección en la Carta y por su carácter de valor fundante del Estado social de derecho, merece una especial protección respecto de la inembargabilidad del presupuesto.

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

Colofón de lo expuesto, resulta acertado indicar que la primera excepción al principio de inembargabilidad “apunta a la realización efectiva de derechos laborales reconocidos en sentencia judicial o en

actos administrativos que así lo dispongan en forma inequívoca” (Corte Constitucional, Sentencia C-546, 1992).

³ Tesis reiterada en Sentencias Constitucionales C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002 y C-192 de 2005, entre otras.

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-555 de 1993 ratificó la posición fijada en la sentencia C-546 de 1992; empero, aprovechó la oportunidad para aclarar que los pagos de los créditos judiciales debían acogerse a las normas presupuestales. Al respecto indicó:

8. La diferencia de trato que se objeta refleja la sustancial disparidad de hipótesis y regímenes aplicables respectivamente a la entidad pública deudora y a la persona privada deudora. No obstante, la consecuencia jurídica distinta que se sigue en el caso de la entidad pública deudora y que consiste en diferir temporalmente la ejecutabilidad de sus obligaciones, no es desproporcionada y guarda simetría con la anotada disimilitud, lo que abona su razonabilidad. El término de dieciocho meses es indispensable para adelantar las operaciones de elaboración, presentación, aprobación y ejecución del presupuesto dentro de cuya vigencia fiscal ha de producirse el pago del crédito judicial. Comparte esta Corte el criterio del Procurador General de la Nación: "En concepto de este Despacho, el término de 18 meses que trae el artículo 177 del Decreto 01 de 1984 para exigir el pago coactivamente de las condenas de la Nación y de las entidades descentralizadas, aparece como razonable, teniendo en cuenta que los presupuestos se elaboran con no menos de seis meses de antelación para la vigencia fiscal que corresponde al año inmediatamente siguiente, lo cual en total equivale a 18 meses (Corte Constitucional, Sentencia C-555 de 1993).

Respecto a la segunda excepción que tiene que ver con el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias, la Corte Constitucional en sentencia C-354 de 1997³, declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 19 del Decreto 111 de 1996, en los siguientes términos:

En conclusión, la Corte estima que los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos (Corte Constitucional, Sentencia C-354, 1997).

Ahora bien, frente a la tercera excepción—casos en que existieran títulos emanados del Estado que reconocieran una obligación clara, expresa y exigible - mediante sentencia C-103 de 1994 se declaró la constitucionalidad condicionada de varias normas del Código de Procedimiento Civil relacionadas con la ejecución judicial adelantada en contra de las entidades de derecho público, y la inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación. En relación con este tópico, la Corte Constitucional sostuvo:

Quando se trata de un acto administrativo definitivo que preste mérito ejecutivo, esto es, que reconozca una obligación expresa, clara y exigible, obligación que surja exclusivamente del mismo acto, será procedente la ejecución después de los diez y ocho (18) meses, con sujeción a las normas procesales correspondientes. Pero, expresamente, se aclara que la obligación debe resultar del título mismo, sin que sea posible completar el acto administrativo con interpretaciones legales que no surjan del mismo (Corte Constitucional, Sentencia C-103, 1994).

Posteriormente, con el objetivo de brindar un poco más de claridad frente a esta excepción, la Corte Constitucional por medio de sentencia C-354 de 1997, concretó que la regla fijada sería igual a la aplicada en el caso de obligaciones que provienen de un fallo judicial,

en los siguientes términos:

Sin embargo, debe advertir la Corte que cuando se trate de títulos que consten en un acto administrativo, éstos necesariamente deben contener una obligación clara, expresa y actualmente exigible que emane del mismo título, según se desprende de la aludida sentencia C-103 y que en el evento de que se produzca un acto administrativo en forma manifiestamente fraudulenta, es posible su revocación por la administración, como se expresó en la sentencia T-639/96 (Corte Constitucional, Sentencia C-354, 1997).

Así las cosas, al compás de las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional, resulta acertado afirmar que son tres (3) las excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos públicos del Presupuesto General de la Nación. Sin embargo, a partir del Decreto 28 de 2008 “se efectuó un giro jurisprudencial en relación con la posibilidad de embargar recursos del Sistema General de Participaciones” (Corte Constitucional, Sentencia T-873, 2012). Veamos:

El Acto Legislativo n.º 1 de 2001⁴ -Ley 715 de 2001- sustituyó la participación de las entidades territoriales de los Ingresos Corrientes de la Nación, el Situado Fiscal y las transferencias complementarias previstas en la

Constitución Política de 1991, para en su lugar crear el Sistema General de Participaciones.

Frente a este tópico, la Corte Constitucional determinó por medio de sentencia C-793 de 2002 que, aun cuando los recursos del Sistema General de Participaciones gozaban de una protección reforzada, lo cierto es que el principio establecido en el artículo 18 de la Ley 715 de 2001 no debía ser considerado como absoluto, toda vez que debía ponderarse con otros derechos reconocidos en la Carta Magna⁵. Al respecto, la Máxima Autoridad en materia constitucional anotó:

Ahora bien, considera la Corte que las excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos a que alude el artículo 18 de la Ley 715 sólo proceden frente a obligaciones que tengan como fuente las actividades señaladas en el artículo 15 de la Ley 715. El legislador ha dispuesto, en ejercicio de su libertad de configuración en materia económica, que los recursos del Sistema General de Participaciones para el sector educación se apliquen sólo a tales actividades. Por lo tanto, el pago de obligaciones provenientes de otros servicios, sectores o actividades a cargo de las entidades territoriales no podrá efectuarse con cargo a los recursos del sector educación. De lo contrario

se afectaría indebidamente la configuración constitucional del derecho a las participaciones establecido en el artículo 287 numeral 4 y regulado por los artículos 356 y 357 de la Carta, que privilegian al servicio de salud y los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, sobre otros servicios y funciones a cargo del Estado⁶ (Corte Constitucional, Sentencia C-793, 2002).

Con base en el anterior derrotero jurisprudencial resulta acertado sostener que Corte Constitucional respaldó las excepciones planteadas a los recursos del Sistema General de Participaciones a través de su declaratoria de constitucionalidad condicionada a que las obligaciones estuvieran consignadas en sentencias judiciales o en títulos ejecutivos, que no solo tuvieran una obligación clara, expresa y actualmente exigible, sino que además guardaran relación directa con las actividades específicas a las cuales están destinados los recursos del SGP.

Posteriormente, a partir del año 2008, el concepto de inembargabilidad de los recursos del SGP tuvo un cambio significativo, debido a que solo de manera excepcional se permitió el decreto de medidas cautelares sobre dichas cuentas. En esta oportunidad, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1154 de 2008 reflexionó:

A juicio de la Corte, la prohibición de embargo de recursos del SGP (i) está amparada por el artículo 63 de la Carta Política, que autoriza al Legislador para determinar qué bienes y recursos públicos son inembargables. Así mismo, (ii) está dirigida a garantizar la destinación social y la inversión efectiva en los servicios de educación, salud, saneamiento básico y agua potable, de acuerdo con la exigencia prevista en los artículos 356 y 357 de la Constitución y la reforma introducida en el Acto Legislativo No. 4 de 2007. Además, (iii) es coherente con el mandato que el Constituyente dio al Gobierno Nacional para definir una estrategia de monitoreo, seguimiento y control al gasto ejecutado con recursos del SGP, con miras a garantizar las metas de continuidad, calidad y cobertura definidas en la ley. Desde esta perspectiva, es claro que la cláusula de inembargabilidad de los recursos del SGP persigue fines constitucionalmente legítimos, compatibles con la naturaleza y destino social de esos recursos.

[...] [E]n el nuevo esquema previsto a partir del Acto Legislativo No. 4 de 2007, las reformas adoptadas se traducen en una mayor rigidez constitucional en lo referente al destino

⁴ La Ley 715 de 2001 desarrolló el artículo 357 de la C.P., y estableció en el artículo 91 que, con respecto a los recursos del Sistema General de Participaciones, no es posible realizar embargos, titularización u otra clase de disposición financiera. Por su parte, el artículo 18 dispone que estos dineros no conformarán unidad de caja con las demás rentas y recursos de la entidad territorial y que los recursos del sector educativo, no podrán ser objeto de embargo, pignoración, titularización o de cualquier otra clase de disposición financiera.

⁵ En la misma línea, la sentencia C-566 de 2003 declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 91 de la Ley 715 de 2001, en la que se resolvió que si bien los recursos del SGP no harían unidad de caja con los demás recursos del presupuesto y serían inembargables, la corte aceptó el embargo excepcional para garantizar las obligaciones derivadas de las actividades relacionadas con la destinación de recursos del -SGP-.

⁶ Tesis reiterada en las sentencias C-566 de 2003, C-192 de 2005, T-1194 de 2005, y C-539 de 2010.

⁷ “Artículo 21. Inembargabilidad. Los recursos del Sistema General de Participaciones son inembargables. Para evitar situaciones derivadas de decisiones judiciales que afecten la continuidad, cobertura y calidad de los servicios financiados con cargo a estos recursos, las medidas cautelares que adopten las autoridades judiciales relacionadas con obligaciones laborales, se harán efectivas sobre ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial. Para cumplir con la decisión judicial, la entidad territorial presupuestará el monto del recurso a comprometer y cancelará el respectivo crédito judicial en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes.

Las decisiones de la autoridad judicial que contravengan lo dispuesto en el presente decreto, no producirán efecto alguno, y darán lugar a causal de destitución del cargo conforme a las normas legales correspondientes” (Decreto 28, 2008, Art. 21).

social de los recursos del SGP, que implica examinar desde una óptica diferente el principio de inembargabilidad y las reglas de excepción. En este sentido, la regla general debe seguir siendo la inembargabilidad de recursos del presupuesto, para permitir sólo excepcionalmente la adopción de medidas cautelares (Corte Constitucional, Sentencia C-1154, 2008).

⁸ Solo si se verificaba que para asegurar la cancelación de dichos créditos resultaban insuficientes los ingresos corrientes de libre destinación

En el mismo pronunciamiento, la alta corporación declaró la exequibilidad condicionada del artículo 21 del Decreto 28 del 2008⁷, así:

No obstante, si bien la norma es respetuosa del ordenamiento Superior en tanto autoriza la adopción excepcional de medidas cautelares (y por ello será declarará exequible), la Sala considera necesario condicionar su alcance para excluir interpretaciones incompatibles con la Carta Política en aquellos eventos en los cuales estos recursos no sean suficientes para hacer efectivas las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia judicial (Corte Constitucional, Sentencia C-1154, 2008).

A partir de lo expuesto, se condicionó la viabilidad de las medidas cautelares a los recursos de libre destinación y, excepcionalmente⁸, sobre los recursos de destinación específica del SGP, con el objetivo de garantizar las obligaciones laborales que constaran en providencias judiciales.

Teniendo en cuenta que, de manera pacífica y reiterada se aceptó por muchos años que los tres (3) límites al principio constitucional de inembargabilidad recaían sobre los recursos públicos del Presupuesto General de la Nación y, a partir del año 2008 se extendieron a los recursos del Sistema General de Participaciones, la Corte Constitucional se encargó de consolidar el precedente de la siguiente manera:

La Corte Constitucional ha sostenido con claridad que las normas que establecen la inembargabilidad de bienes públicos deben interpretarse en armonía con los principios constitucionales y derechos fundamentales de las personas, como la dignidad humana, la seguridad jurídica, la propiedad y el acceso a la administración de justicia. Sobre el punto, recuerda las excepciones al principio de inembargabilidad, así:

- (i) La primera excepción está referida a las obligaciones de naturaleza laboral y a la obligación que tiene el Estado de garantizar el derecho al trabajo en condiciones justas y dignas.
- (ii) La segunda excepción está relacionada con la obligación del Estado de garantizar la seguridad jurídica, respetando y

pagando lo establecido en las sentencias judiciales dentro de los términos previstos en cada caso concreto por el ordenamiento jurídico como también permitiendo la efectividad de las acciones ejecutivas promovidas en su contra. Esta excepción depende principalmente de la posibilidad de decretar medidas cautelares de embargo de bienes públicos si previamente se ha intentado su cumplimiento dentro del término pactado para satisfacer la obligación sin obtener un resultado positivo.

(iii) La tercera excepción se encuentra relacionada con los títulos ejecutivos en los cuales el Estado es deudor de una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

(iv) Además, indica, la Corte Constitucional ha establecido que incluso las excepciones relacionadas son aplicables a los recursos del Sistema General de Participaciones “...siempre y cuando las obligaciones reclamadas tuvieran como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados los recursos del SGP (educación, salud, agua potable y saneamiento básico) (Corte Constitucional, Sentencia C-443, 2013).

Por otra parte, en punto a la inembargabilidad de los recursos de la salud, el máximo órgano en materia constitucional, al realizar el control previo sobre el proyecto de la Ley Estatutaria 1751 de 2014, anotó:

Ahora bien, en lo concerniente a la inembargabilidad de los recursos de la salud y a la destinación específica de los mismos, es de advertir que, tal como lo ha sostenido la Corte en varias de sus providencias, “la inembargabilidad busca ante todo proteger los dineros del Estado -en este caso los de las entidades descentralizadas del orden departamental- para asegurar en esa forma que se apliquen a los fines de beneficio general que les corresponden, haciendo realidad el postulado de prevalencia del interés común plasmado en el artículo 1º de la Carta”.

Para la Sala, la prescripción que blindó frente al embargo a los recursos de la salud, no tiene reparos, pues, entiende la Corte que ella se aviene con el destino social de dichos caudales y contribuye a realizar las metas de protección del derecho fundamental. Con todo, encuentra la Corporación que la regla que estipula la inembargabilidad, eventualmente puede chocar con otros mandatos, por ello, tienen lugar las excepciones al momento de definirse en concreto la procedencia o improcedencia de la medida cautelar.

⁹ (Corte Constitucional, Sentencia C-867, 2001).

¹⁰ (Corte Constitucional, Sentencia C-1489, 2000).

¹¹ (Corte Constitucional, Sentencia C-1040, 2003). Ver también Corte Constitucional, Sentencias C-824 de 2004 y C-262 de 2013.

En este último sentido, advierte el Tribunal Constitucional que la aplicación del enunciado deberá estar en consonancia con lo que ha sentado y vaya definiendo la jurisprudencia, pues, la Corte se ha pronunciado respecto de la inembargabilidad de los dineros públicos, entre ellos algunos destinados a la salud, muestra de esto es la sentencia C-1154 de 2008 (...) (Corte Constitucional, Sentencia C-313, 2014).

En tal sentido, para que proceda una medida cautelar frente a los recursos públicos destinados a la salud, necesariamente se debe cumplir con los siguientes: (i) la existencia de obligaciones de índole laboral; (ii) reconocidas mediante fallo judicial; y (iii) siempre que la medida cautelar sobre los recursos de libre de destinación no sean suficiente para cumplir con la obligación (Corte Constitucional, Sentencia C-1154, 2008).

En armonía con el precedente citado en líneas anteriores, la Corte Constitucional tomó postura respecto a las excepciones a las medidas cautelares sobre los recursos de salud que provienen del SGP. Particularmente, en relación con las medidas cautelares sobre las cuentas maestras del ADRES sostuvo que “respecto de los recursos provenientes de las cotizaciones al SGSSS recaudados por las EPS, la jurisprudencia constitucional no ha introducido excepción alguna a su inembargabilidad” (Corte Constitucional, Sentencia T-053, 2022).

Al compás de lo anterior, esta providencia estudió la posibilidad de embargar las cuentas maestras de recaudo que las EPS registran en las entidades financieras a nombre de la ADRES con el propósito de garantizar el pago de obligaciones derivadas de la atención médica brindada por las IPS a los pacientes de las EPS. Al respecto se indicó:

Llegado este punto, para la Sala es necesario relieves que, si bien esta Corporación ha dicho que “los recursos del sistema de salud, cuyo fin es el pago de la atención médica, deben llegar a su destinación final, lo cual quiere decir que los dineros con los que las E.P.S. y las A.R.S. deben cancelar a las I.P.S. los servicios de salud prestados a sus afiliados, no pueden ser usados para un fin diferente”, también es cierto que esta Corte ha reconocido que la destinación específica de los recursos del SGSSS no alude solamente al acto médico.

En efecto, este Tribunal ha señalado enfáticamente que “es claro que por prestación del servicio de salud o de seguridad social en salud no puede entenderse únicamente la realización del acto médico sino también la ejecución de todos otros aquellos aspectos de prevención, administración de recursos, divulgación y promoción, entre otros, que hacen posible y eficiente la acción directa de los profesionales de la salud”

Con esa misma orientación, la jurisprudencia constitucional tiene dicho que los denominados gastos administrativos u operativos de las EPS están comprendidos dentro de la destinación específica de los recursos del sistema de salud, toda vez que “sin estructuras administrativas que sustenten los servicios médicos, éstos no podrían ser llevado a cabo (Corte Constitucional, Sentencia C-824, 2004).

Conforme al anterior derrotero jurisprudencial, explicó la Corte Constitucional que aun cuando las cotizaciones pueden ser utilizadas para el pago de servicios médicos que prestan las IPS, esos recursos no pueden ser objeto de embargo con la finalidad de garantizar obligaciones de pago de tales servicios a cargo de las EPS.

Con el objetivo de brindar mayor precisión frente a lo decidido, el alto tribunal constitucional, determinó cuáles eran los límites para el decreto de medidas cautelares sobre las cuentas del ADRES, en los siguientes términos:

Se comprobó que el dislate del funcionario consistió en desatender las pautas fijadas por este Tribunal para exceptuar la inembargabilidad de los recursos del SGSSS. Primero, porque alteró las condiciones definidas en la actual jurisprudencia constitucional respecto de cuándo se pueden someter a embargo los recursos de la salud del sistema general de participaciones. Y, segundo, porque realizó una incorrecta interpretación del alcance del principio de inembargabilidad y sus excepciones, que le llevó a imponer extensivamente medidas cautelares a recursos de cotizaciones depositados en una cuenta maestra de recaudo, pese a que el decreto de cautelas judiciales sobre dichos rubros jamás ha sido reconocido por esta Corporación y las excepciones la inembargabilidad exigen una interpretación estricta y restrictiva, puesto que implican la extraordinaria posibilidad de superponer otros principios y derechos por sobre el interés público de preservar los recursos específicamente destinados a garantizar la salud (Corte Constitucional, Sentencia C-824, 2004).

Conforme a lo anterior, aclaró la Guardiana de la Constitución que los recursos económicos que hacen parte de las cuentas ADRES provienen del SGP y de las cotizaciones de los afiliados al SGSSS. Así mismo, precisó que el recaudo de estos dineros le corresponde a las empresas prestadores de servicios de salud, y que no pueden confundirse con aquellos que son girados para la prestación del servicio y que, por su naturaleza, pueden ser embargables.

Así las cosas, aun cuando en virtud del precedente constitucional citado en líneas anteriores, no existe duda en relación con la procedencia de medidas cautelares sobre los recursos del Sistema

General de Participaciones, lo cierto es que la Corte Constitucional solo definió las reglas de la viabilidad de cautelas sobre las cuentas maestras que provienen del SGP hasta la sentencia T-053 de 2022, las cuales pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud y, al ser administradas por el ADRES, no forman parte del patrimonio de las EPS.

Hecho el recuento anterior, es válido sostener que la Corte Constitucional ha construido por más de treinta (30) años un precedente sólido, claro y pacífico sobre el principio de inembargabilidad y sus límites. Esto, ha sido el resultado de comprender que el mandato constitucional de inembargabilidad de los recursos públicos no es absoluto y, de ponderar esta cláusula y los derechos fundamentales de quienes puedan ver afectados sus intereses con las decisiones sobre las solicitudes para el decreto de medidas cautelares.

Conclusión

2.1. El principio de inembargabilidad tiene un sustento constitucional que se encuentra consagrado en el artículo 63 de la Carta Magna.

2.2. El principio de inembargabilidad no es absoluto.

2.3. La Corte Constitucional ha determinado el alcance del principio de inembargabilidad al armonizarlo con los derechos constitucionales de quienes puedan ver afectados sus intereses con las decisiones sobre las solicitudes para el decreto de medidas cautelares.

2.4. Las excepciones al principio de inembargabilidad son tres (3): la necesidad de satisfacer créditos y obligaciones de origen laboral, el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos allí reconocidos y, la ejecución de una obligación clara, expresa y exigible contenida en un título emanado del Estado.

2.5. Los límites al principio de inembargabilidad son aplicables a los recursos del SGP siempre que las obligaciones guarden relación con las actividades tomadas como fuente de la actividad aplicada - educación, salud, agua potable y saneamiento básico-.

2.6. La Corte Constitucional ha definido criterios sobre la admisibilidad de cautelas sobre las cuentas maestras que provienen del Sistema General de Participaciones, y de manera particular, frente a la procedencia de estas sobre las cuentas maestras ADRES, en la sentencia T-053 de 2022.

Referencias Bibliográficas

Jurisprudencia

Corte Constitucional (1.º de octubre de 1992) Sentencia C-546. [MP] Ciro Angarita Barón - Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (2 de diciembre de 1993) Sentencia C-555. [MP] Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (19 de agosto de 1993) Sentencia C-337. [MP] Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional (10 de marzo de 1994) Sentencia C-103. [MP] Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional (2 de junio de 1994) Sentencia C-263. [MP] José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional (4 de agosto de 1997) Sentencia C-354. [MP] Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional (28 de agosto de 1997) Sentencia C-402. [MP] Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (26 de julio de 1999) Sentencia T-531. [MP] Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional (2 de noviembre de 2000) Sentencia C-1489. [MP] Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (15 de agosto de 2001) Sentencia C-867. [MP] Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (24 de septiembre de 2002) Sentencia C-793. [MP] Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional (29 de mayo de 2002) Sentencia C-427. [MP] Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (18 de julio de 2002) Sentencia T-539. [MP] Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (11 de noviembre de 2003) Sentencia C-1064. [MP] Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (15 de julio de 2003) Sentencia C-566. [MP] Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional (31 de agosto de 2004) Sentencia C-824. [MP] Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional (3 de marzo de 2005) Sentencia C-192. [MP] Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (26 de noviembre de 2008) Sentencia C-1154. [MP] Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (30 de junio de 2010) Sentencia C-539. [MP] Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional (8 de mayo de 2013) Sentencia C-262 de 2013. [MP] Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional (21 de agosto de 2013) Sentencia C-543. [MP] Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional (29 de mayo de 2014) Sentencia C-313. [MP] Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional (18 de febrero de 2022) Sentencia T-053 de 2022. [MP] Alberto Rojas Ríos.



ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS- CARCELARIOS COLOMBIA Y EL SALVADOR

Camila Andrea Ortiz Méndez
Rodrigo Cortés Borrero
Gustavo Alemán Pardo

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS- CARCELARIOS COLOMBIA Y EL SALVADOR

Autores:

Camila Andrea Ortiz Méndez

Rodrigo Cortés Borrero

Gustavo Alemán Pardo

Resumen

En este artículo, exploraremos y analizaremos los sistemas jurídico-carcelarios de Colombia y El Salvador, destacando las diferencias significativas entre ambos países. Mientras que Colombia enfrenta una crisis en su sistema penitenciario, El Salvador ha logrado resultados positivos en su enfoque hacia la reclusión de personas privadas de libertad.

En El Salvador, el presidente Nayib Bukele ha implementado una política de “mano dura”, que ha llevado a la construcción de una mega cárcel para albergar a 40,000 individuos. Sin embargo, esta decisión ha sido objeto de críticas por parte de organismos internacionales de derechos humanos, que señalan que el sistema carcelario impone restricciones autoritarias y no respeta adecuadamente los derechos fundamentales de los detenidos. (Arellano, 2023)¹.

Por otro lado, en Colombia, la situación es preocupante. A pesar de las leyes y las órdenes de la Corte Constitucional para construir centros de reclusión en ciudades y municipios, la falta de recursos ha dificultado la implementación de soluciones efectivas. Actualmente, existen alrededor de 23,000 personas detenidas en Unidades de Reacción Inmediata (URI) y estaciones de Policía, donde las condiciones de hacinamiento y falta de atención a los derechos humanos son alarmantes (Arellano, 2023). Los internos viven en espacios reducidos, sin acceso adecuado a servicios básicos como salud, educación y recreación.

En resumen, mientras El Salvador ha optado por una política de mano dura y la construcción de una mega cárcel, Colombia enfrenta desafíos históricos y sistemáticos en su estructura penitenciaria.

Se requiere una estrategia a corto, mediano y largo plazo para modernizar las cárceles y garantizar un sistema sancionatorio que respete los derechos humanos de los internos, por lo anterior es menester realizar un análisis desde lo normativo que permita dar luces a lograr comprender cual sería el modelo más adecuado para Colombia.

Iniciaremos con el análisis normativo de Colombia, frente al Sistema Penitenciario y Carcelario.

COLOMBIA

Como estado social de derecho, Colombia, tiene dentro de sus fines esenciales servir a la comunidad y garantizar el pleno cumplimiento de los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, por tanto, es deber de las autoridades de la República, proteger a todas las personas residentes de Colombia, en su dignidad humana, vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades.

En este sentido, en concordancia con el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 6 de la Carta, los particulares y servidores públicos que vayan en contravía a los deberes y derechos consagrados en la constitución y la ley, deben someterse a las consecuencias jurídicas que de su actuar se derivan las cuales pueden ser sanciones, contravenciones y/o penas, que incluso pueden llegar a limitar derechos como la libertad. En el caso en concreto que, por la magnitud del delito, sea necesario privar o limitar la libertad ésta se realiza con la finalidad de prevenir que la persona vuelva a cometer delitos, y que terceros realicen esas mismas conductas, resocializar e integrar al individuo, logrando que la persona se reintegre en la sociedad (SENTENCIA T 286 DE 2011).

Ahora bien, independientemente que el individuo esté privado de su libertad, el Estado debe cumplir con sus fines y salvaguardar sus derechos fundamentales, es por ello que, se hace necesario el desarrollo de una normatividad en la que se regule el cumplimiento de las medidas de aseguramiento dentro de un marco jurídico, que garantice sus derechos humanos consagrados en el ordenamiento.

LEY 35 de 1914

Hace referencia a los establecimientos de castigo, los cuales están a cargo de la Nación tal como se expresa en el código fiscal, estos establecimientos se clasifican de la siguiente forma:

Tabla 1. Clasificación de los establecimientos de reclusión

Casas de presidio y reclusión	Casas de prisión	Casas de corrección
Para las penas impuestas por el poder judicial o para detener a los sumariados	Se cumplen las penas de prisión o arresto impuesto por el Poder Judicial y donde se tiene en prisión preventiva a los procesados con arreglo al código de procedimiento judicial.	Se cumplen las penas de prisión o arresto impuesto por el Poder Judicial y donde se tiene en prisión preventiva a los procesados con arreglo al Código de Procedimiento Judicial. Esta dispuesta para los menores de edad.

A partir de esta ley también se crea la Dirección General de Prisiones que asumiría las funciones de fiscalizar los reglamentos carcelarios y penitenciarios existentes, disponiendo el mejoramiento de la estructura física y asignando funciones, deberes y responsabilidades al personal penitenciario, tanto al administrativo como al de custodia y vigilancia. En este sentido, Se trata del primer paso para configurar una estructura del sistema penitenciario (INPEC, 2014).

LEY 65 de 1993 – Código Penitenciario y Carcelario

Actualmente el sistema carcelario y penitenciario en Colombia se encuentra regido por la Ley 65 de 1993, la cual regula el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad y de las medidas de seguridad, poniendo en funcionamiento el Código Penitenciario y carcelario, así como, establece las funciones del juez de ejecución de penas y se crea la carrera penitenciaria para el personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

En este sentido, el Código Penitenciario establece los principios y derechos de los cuales gozan las personas que se encuentran privadas de su libertad, sin hacer distinción de clase, raza, sexo; buscando que se cumpla el respeto a la dignidad humana, la igualdad y la legalidad. Así mismo, deja proscritas ciertas penas, tales como, la pena de muerte, y prohíbe las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. También establece que nadie será sometido a desaparición forzada, torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Art 6, Ley 65, 2005).

Su principal función es la “Resocialización” del infractor de la ley penal, esto, tal como se cita en el artículo 10. De la Ley 63 de 1993, “... mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”.

La presente ley esta desglosada en 16 títulos, los cuales han presentado diferentes modificaciones en algunos de sus artículos a través de la Ley 1709 de 2014. A continuación, se expone en la siguiente tabla el contenido de la ley.

Tabla 2. Contenido de la ley 65 de 1993

TITULO	CONTENIDO
I. Contenido y Principios Rectores	Define los lineamientos generales por los cuales se regula el código, tales como la legalidad, igualdad, penas y medidas de seguridad, respeto a la dignidad, motivos de privación de la libertad y demás, las cuales comprenden los artículos del 1 al 13.
II. Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario Cárceles departamentales y Municipales	El sistema se regirá por las disposiciones contenidos en el código y por las demás normas que lo adicionen y complementen. Es encabezado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, que tiene como entidades adscritas al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec), los cuales cuentan con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

III. Autoridades Penitenciarias y Carcelarias	Ministerio de Justicia y del Derecho, es el encargado de formular, adoptar, coordinar y ejecutar la política pública en materia de ordenamiento jurídico, defensa y seguridad jurídica, acceso a la justicia formal, lucha contra la criminalidad, asuntos carcelarios y penitenciarios, promoción de la cultura de la legalidad, la concordia y el respeto a los derechos, por tanto, al ministerio le corresponde gestionar la política pública y articular a las entidades que hacen parte del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario.
IV. Administración de personal penitenciario y carcelario	Para ejercer las funciones de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria, es necesario haber aprobado los cursos de formación y capacitación dictados por la Escuela Penitenciaria Nacional. Los guardias deben dar cumplimientos a los deberes especiales de comportamiento y conducta, así mismo, se establece el empleo de la fuerza y el uso de las armas, en el estricto caso necesario.
V. Juez de ejecución de penas y medidas	El juez garantiza la legalidad de la ejecución de las sanciones penales, deberá hacer seguimiento al cumplimiento de la sanción.
VI. Régimen Penitenciario y carcelario	El INPEC expedirá el reglamento general para los establecimientos de reclusión. Se define que los internos serán clasificados y separados atendiendo a su sexo, edad, naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y condiciones físicas y mentales. Las celdas y dormitorios deben permanecer en estado de limpieza y aireación, estarán amoblados con lo estrictamente necesario. Por su parte, la limpieza estará cargo de los internos y se organizará por turnos. Es deber del INPEC proveer alimentación para los internos y proveer de los elementos de sanidad, recreación, vestuario y trabajo para los internos. Se permite el expendio de artículos de primera necesidad, los cuales se manejarán por cuenta de la administración de cada centro de reclusión.
VII. Trabajo	El trabajo es obligatorio para los condenados, esto como medio terapéutico para la resocialización. Se organizarán atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes. El juez de ejecución de penas concederá la redención de pena de trabajo a los condenados, se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo y no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo.
VIII. Educación y Enseñanza	En las penitenciarias habrán centros educativos para el desarrollo de programas de educación permanente, el cual va desde la alfabetización hasta programas de instrucción superior.

IX. Servicio de Sanidad	Cada establecimiento organizará un servicio de sanidad para velar por la salud de los internos examinarlos a su ingreso y cuando se decreta su libertad, además se adelantará campañas de prevención e higiene. Los servicios se prestarán directamente con el personal de planta o mediante contratos que se celebren con entidades públicas o privadas.
X. Comunicaciones y visitas	Los reclusos gozan de libertad de información de carácter nacional e internacional, salvo por amenaza de alternación del orden, también tienen derecho a la comunicación con sus familiares, el director del centro es el encargado de establecer el horario y las modalidades para la comunicación con familiares. Las visitas deben ser autorizadas por los fiscales y jueces competentes. La visita íntima será regulada por el reglamento general, según los principios de higiene, seguridad y moral.
XI. Reglamento disciplinario para internos	El INPEC expedirá el reglamento disciplinario al cual deben sujetarse los internos. Las sanciones serán impuestas por el respectivo concejo de disciplina, este concejo se conforma en cada centro de reclusión, debe hacer parte el personero municipal o un delegado. Este reglamento establece las medidas internas para el manejo de sanciones, decomisos, aislamiento, reincidencia y estímulos por buena conducta, entre otros.
XII. Evasión	En caso de presentarse la evasión de un interno de un establecimiento de reclusión o en remisión o en permiso, el director del mismo, debe proceder de inmediato a través del personal de su dependencia, a realizar pesquisas e iniciar su respectiva investigación administrativa.
XIII. Tratamiento penitenciario	Su objetivo es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad. Este tratamiento, debe realizarse conforme a la dignidad humana y las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. El condenado que en el tratamiento penitenciario no goce de libertad condicional y quien haya descontado las cuatro quintas partes de la pena efectiva, se le podrá conceder la libertad preparatoria para trabajar en fábricas o empresas siempre y cuando colaboren con las normas de control establecidas.

XIV. Atención social, Penitenciaria y carcelaria	El INPEC tiene como deber adelantar programas de servicio social en todos los establecimientos de reclusión, el servicio social penitenciario y carcelario prestara atención especial a los menores que se encuentren en los centros de reclusión y a su vez las reclusiones de mujeres deberán tener guardería.
XV. Servicio pospenitenciario	Corresponde a la integración del liberado a la familia y a la sociedad, las casas pospenado podrán ser organizadas por fundaciones mediante contratos celebrados por la dirección del INPEC y los liberados podrán solicitar o ser enviados a la casa del pospenado de su localidad, siempre y cuando haya presentado buena conducta. Cumplida la pena, los antecedentes criminales no podrán ser factor de discriminación social o legal y no deben figurar en los certificados de conducta que se expidan
XVI. Disposiciones varias	Reúne el manejo de ciertas disposiciones asociadas al manejo de los centros de reclusión, tales como los contratos por concesión, adquisición de elementos, cooperación de colportes para el fomento del deporte y la recreación, los estados de emergencia y demás.

Finalmente, es importante resaltar que, corresponde a los departamentos, municipios y áreas metropolitanas, la creación, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas que requieran de privación de la libertad, por orden de autoridad; por tanto, debe incluir dentro de los presupuestos municipales y departamentales, las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles, y todo lo que conlleva su funcionamiento y mantenimiento de planta física y personal de trabajo.

Así mismo, debe garantizar el cumplimiento de los derechos para una gestión inclusiva promoviendo programas que permitan la prevención de la reincidencia y la inclusión social (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2020).

LEY 415 de 1997 – Ley de alternatividad penal

Por la cual se consagran normas de alternatividad en la legislación penal y penitenciaria y se dictan otras disposiciones tendientes a descongestionar los establecimientos carcelarios del país con la cual se buscaba aliviar la crisis carcelaria, entorno a la reducción de la tasa de hacinamiento, a través de la liberación de la regulación de la libertad condicional.

El juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor a 3 años, cuando haya cumplido las tres quintas partes (3/5) de la condena, siempre que haya mostrado buena conducta en el establecimiento carcelario (Ley 415, 1997).

Por su parte, en cuanto a los permisos de salida el Director Regional del INPEC podrá conceder permisos de salida sin vigilancia durante 15 días continuos y sin que exceda los sesenta días al año, al condenado que le sea negada el beneficio de libertad condicional, siempre y cuando cumpla con requisitos tales como: haber presentado buena conducta, la cual debe quedar expresa en el certificado que expida el concejo de disciplina, haber cumplido al menos las cuatro quintas partes (4/5) de la condena; no tener orden de captura vigente y no registrar fugas.

Decreto Nacional 2636 de 2004

Por la cual se desarrolla el Acto Legislativo número 03 de 2002, en el cual se modifican los artículos 8 de la Ley 65 de 1993, que hace relación a la LEGALIZACIÓN DE LA CAPTURA Y DE LA DETENCIÓN. En la que se expresa que: “Nadie podrá permanecer privado de la libertad sin que se legalice su captura o su detención preventiva, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal. En todo caso procederá la garantía del Habeas Corpus” (Dc. 2636, 2004).

Cabe resaltar que respecto al artículo 7° de las visitas de inspección y garantías, es correspondencia de la defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y los Personeros Municipales y Distritales, constatar a través de visitas mensuales a los establecimientos de reclusión, el estado general de los mismos y especialmente el cumplimiento de los derechos humanos, atención y tratamiento de los internos, así como, el manejo de fenómenos de desaparición, trato cruel, inhumano o degradante.

Finalmente, si como resultado de la disposición dictada por el juez competente, se establece la ejecución de prisión domiciliaria, se definirán las medidas, de las cuales se encargará quien sea designado por el Director del INPEC, las cuales incluyen: visitas aleatorias de control a la residencia, uso de medios de comunicación, testimonio de vecinos y allegados, así como labores de inteligencia, es de importancia reconocer que el condenado podrá realizar labores encaminadas a la integración social en coordinación con el establecimiento de reclusión bajo los términos establecidos por la presente ley. En caso de incumplir con las obligaciones se dará inmediato aviso al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para efectos de su revocatoria (Dc 2636, 2004).

Decreto N° 4150 de 2011

Establece que, a fin de dar cumplimiento a lo estipulado en la Constitución Política, en función del respeto a la dignidad humana y el ejercicio de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad en los establecimientos de reclusión, es necesario contar con una entidad especializada en la gestión y operación para el suministro de los bienes y la prestación de los servicios requeridos para garantizar el bienestar de la población privada de la libertad.

Desvinculando estas funciones del INPEC y dando paso a la creación de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (SPC), y así mismo, brindar la infraestructura y el apoyo logístico y administrativo, requeridos para el adecuado funcionamiento de los servicios penitenciarios y carcelarios (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2020).

Resolución N° 7302 de 2005. Expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)

Conforme a lo establecido por la Ley, es correspondencia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) que, para la ejecución de la pena preventiva de la libertad impuesta a través de la sentencia condenatoria, se deben diseñar lineamientos que conlleven a la prevención especial, reinserción y protección del condenado, por tanto, se expide a Resolución N° 7302 de 2005, la cual revoca las Resoluciones 4105 de 1997 y N° 5964 de 1998, en la que se expiden las pautas para la atención integral y el tratamiento Penitenciario.

El desarrollo de este tratamiento penitenciario debe apuntar a la resocialización del infractor de la ley, a través de un “conjunto de mecanismos de construcción grupal e individual, tendientes a influir en la condición de las personas, mediante el aprovechamiento del tiempo de condena como oportunidades, para que puedan construir y llevar a cabo su propio proyecto de vida, de manera tal que logren competencias para integrarse a la comunidad como seres creativos, productivos, autogestionarios, una vez recuperen su libertad” (INPEC, 2005).

El tratamiento penitenciario se define por 5 fases las cuales pueden ejecutarse en un mismo establecimiento de reclusión, las cuales son:

Fase 1. observación, diagnóstico y clasificación: busca lograr que el interno se ubique en el nuevo espacio intramural, debe elaborar una propuesta de proyecto de vida y se analiza la propuesta por parte del concejo de Evaluación y Tratamiento.

Fase 2. De alta seguridad: el interno ingresa a programas educativos y laborales en un periodo cerrado.

Fase 3. De mediana seguridad: el interno accede a programas educativos y laborales en un espacio semiabierto.

Fase 4. De mínima seguridad: el interno accede a programas educativos y laborales en un espacio de medidas de restricción mínimas.

Fase 5. De Confianza: procede cuando la libertad condicional ha sido negada por la autoridad judicial, se orienta al desarrollo de actividades que permitan evidenciar el impacto realizado en las fases.

De este modo es posible lograr la resocialización del privado de la libertad a la sociedad y su familia.

EL SALVADOR

En el 2019 producto de las elecciones presidenciales se otorgó la presidencia a Nayib Bukele, un joven político de 37 años de edad, conocido por su gran desempeño como alcalde de San Salvador, con su llegada puso en marcha un plan de control territorial, destinado a recuperar los espacios controlados por los pandilleros de la mara salva salvatrucha (MS- 13) y Barrio 18, entre otros, y de este modo cortar sus fuentes de financiación. El mandatario electo incrementó la presencia de las fuerzas de seguridad y militar, así como los traslados de presos, con el fin de cortar las comunicaciones de los penales hacia el exterior y de este modo impedir que los pandilleros pudieran seguir liderando las actividades criminales desde la cárcel, de este modo dismantelar la organización que se ha tejido al interior de los centros de reclusión.

En el 2022 el presidente Bukele en medio del decreto de estado de excepción, inauguró el Centro de Confinamiento del Terrorismo (CECOT), el cual está destinado a la reclusión de los pandilleros que azotan al país, sin embargo, conforme han recibido detenidos aumentan los testimonios de vulneración de los derechos humanos (Amnistía Internacional, 2024), yendo en contravía a lo dispuesto en la Ley penitenciaria, la cual se supone es la base para el establecimiento de los centros de detención.

Decreto 1027 de 1997 - Ley Penitenciaria

Es obligación del Estado organizar los centros penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formarles hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos, en este sentido se establece la presente ley que regule la ejecución de las penas y medidas de seguridad previstas en el cogido penal; a continuación, se expone en la ley en la siguiente tabla.

Tabla 3. Contenido de la Ley penitenciaria de El Salvador

Titulo	Capitulo	Contenido
I.Principios fundamentales	I. Finalidad de la ejecución	regula la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad previstas en el Código Penal y las penas contempladas en las demás leyes especiales, así mismo la aplicación de la detención provisional.

	II. Legalidad y control judicial	Ningún interno podrá ser obligado a realizar una actividad penitenciaria, a omitir el ejercicio de un derecho, o a cumplir una medida disciplinaria, si esta restricción no ha sido prevista en aquellos. Toda pena se ejecutará bajo el estricto control del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, el cual debe controlar su debido cumplimiento.
	III. Derechos y obligaciones de los internos	Las medidas disciplinarias no contendrán más restricciones que las necesarias para conservar en armonía, la seguridad y la vida interna del centro. Los derechos se definen a partir de los establecidos en la Constitución de la República. El establecimiento debe contar con las instalaciones sanitarias y medicas mínimas, para garantizar la preservación de su vida, salud e integridad física, régimen alimenticio, respeto de su dignidad, entre otros. Se definen los deberes y prohibiciones de los internos. Las visitas deben ser registradas por el interno, en el horario establecido por la dirección de centros penales.
	IV. Participación de la comunidad, de los patronatos y asociaciones civiles de asistencia a internos y liberados	La Comunidad podrá participar en la asistencia social a los internos y liberados, por medio de patronatos o asociaciones civiles, cuya personalidad jurídica le corresponderá otorgarla al Ministerio del Interior.

II. Organismos de aplicación de la ley	I. Organismos administrativos	En cabeza de los organismos se encuentra la Dirección General de los centros penales, la cual depende del Ministerio del Interior y tiene a su cargo la política penitenciaria, así como el funcionamiento y control administrativo de los centros penitenciarios. Así mismo, se encuentran: el consejo criminológico Nacional, los Consejos criminológicos regionales, los Equipos técnicos criminológicos y la escuela penitenciaria.
	II. Organismos judiciales de aplicación	Son organismos, las cámaras de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, los jueces de vigilancia penitenciaria y de ejecución de la pena, el departamento de prueba y libertad asistida, los cuales vigilan y garantizan el estricto cumplimiento de las normas de ejecución de la pena y medias de seguridad.
	III. Ministerio público	La Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, actuarán en los incidentes que se susciten durante la aplicación de la detención provisional, de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, de conformidad a lo que establezcan sus respectivas leyes, esta Ley y demás disposiciones legales vigentes.

III. Procedimientos de actuación ante los jueces de vigilancia penitenciaria y ejecución de la pena	I.Disposiciones generales	Las penas se ejecutarán al quedar firmes las sentencias, inmediatamente, el tribunal que declare firme la sentencia, ordenará las comunicaciones que correspondan. El condenado que reune los requisitos previstos en el Código Penal, podrá solicitar al Juez que se le otorgue la libertad condicional.
	II. De la ejecución de las penas no privativas de libertad	El control del cumplimiento de las penas que no impliquen privación de libertad estará a cargo del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, a través del Departamento de Prueba y Libertad Asistida como su organismo colaborador.
IV. Centros Penitenciarios	I.Disposiciones generales	Estos centros se clasifican en centros de admisión, centros preventivos, centros de cumplimiento de penas y centros especiales. Podrán funcionar en un mismo conjunto arquitectónico, siempre que se instalen con la debida separación. Los Centros penitenciarios deberán contar con especificaciones como, dormitorios individuales o colectivos; enfermerías, clínicas médicas y psicológicas; instalaciones deportivas y recreativas, espacios adecuados, para recibir visitas; instalaciones sanitarias adecuadas; escuela, biblioteca y salas de estudio talleres y lugares de trabajo adecuados a las modalidades de cada establecimiento; habitaciones para la visita íntima; comedores adecuados y, cualquiera otra que sea necesaria.

	II. Centros de admisión	Son establecimientos destinados para los internos que ingresan al sistema penitenciario, conforme se realiza su observación y diagnóstico inicial. El Consejo Criminológico Regional deberá decidir en un plazo máximo de treinta días la ubicación del interno en el régimen y en el Centro Penitenciario que corresponda, de acuerdo a los resultados de la observación y diagnóstico.
	III. Centros preventivos	Son exclusivamente a la retención y custodia de detenidos provisionalmente por orden judicial. La Dirección General de Centros Penales establecerá, por lo menos, un establecimiento de este tipo por región, tanto para mujeres como para hombres, siempre totalmente separados de los penados, a fin de facilitar la administración de justicia y mantener a los internos cerca de su medio social y familiar.
	IV. Centros de cumplimiento de penas	Estarán destinados a los internos que se encuentran en el período de la ejecución de la pena. Los adultos hasta veintiún años de edad serán alojados en Centros distintos a los destinados para adultos mayores de esa edad o, en todo caso, en secciones especiales. En casos excepcionales, el Consejo Criminológico Regional podrá destinar a los Centros, Secciones para adultos internos que, habiendo cumplido esta edad, no hayan alcanzado los veinticinco años. Se clasifican según su nivel de peligrosidad (alta, media, mínima). Los tipos de centros son, ordinarios, abiertos, de detención menor y de seguridad.

	V. Centros especiales	Estarán destinados para la atención y tratamiento de la salud física y mental de los internos. Mientras el sistema penitenciario no cuente con estos Centros especiales, el Ministerio de Justicia a través de la Dirección de Centros Penales podrá solicitar la colaboración del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, y del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.
V. Personal Penitenciario	I. Disposiciones generales	El ingreso de un imputado o condenado en cualquiera de los Centros penitenciarios, se hará previa entrega al Director del Centro, o quien haga sus veces, de la correspondiente orden escrita emanada de autoridad judicial competente.
	II. Fases del régimen penitenciario	La ejecución de la pena de prisión se realizará a través de las siguientes fases: 1) Fase de adaptación: en la cual se adaptan los internos a las condiciones de vida en el centro de detención. 2) Fase ordinaria: se establecen horarios de trabajo, recreación y descanso 3) Fase de confianza: consiste en la flexibilización de la disciplina y la concesión de mayores facultades al condenado 4) Fase de semilibertad: Cumplidas las dos cuartas partes de la pena, o seis meses antes de la fecha en que el interno se pueda beneficiar con la libertad condicional, el Consejo Criminológico Regional podrá otorgar a aquél el beneficio de la semilibertad.

	III. Trabajo penitenciario	No deberá ser de carácter aflictivo. Se procurará, en todo lo que sea posible, la identificación de las características del trabajo penitenciario con el trabajo en libertad. Su finalidad es mantener o aumentar la formación, creación o conservación de los hábitos laborales del interno y favorecer sus posibilidades al momento de regresar a la vida en libertad.
	IV. De la Educación	En cada centro penitenciario habrá una escuela en la que se impartirá educación básica a los internos. Se desarrollarán los Planes de estudio oficiales a fin de que, al obtener su libertad, los internos puedan continuarlos.
	V. de la salud	Los centros penitenciarios deben contar con servicio de medicina general, odontológicos, psicológicos, y psiquiátricos, con suficiente dotación de profesionales, equipo y los medicamentos necesarios. En los centros de mujeres, se contará con atención ginecológica y pediatría para los niños.

VII. Tratamiento penitenciario	Unico. Disposiciones generales	El tratamiento penitenciario está formado por todas aquellas actividades terapéuticas asistenciales encaminadas a la reinserción social de los condenados, incluyendo la atención postpenitenciaria.
VIII. Disciplina	I. medidas disciplinarias	se impondrán de forma tal que no afecten la salud y la dignidad del interno. Se prohíben las medidas disciplinarias corporales como el encierro en celda oscura, así como cualquiera otra de naturaleza cruel, inhumana o degradante.
	II. Procedimiento de aplicación de sanciones	En el caso de faltas medias o graves, será la junta Disciplinaria del organismo encargado de imponer las medidas correspondientes, sustituirlas por otra menor o suspender su aplicación. La Junta Disciplinaria estará integrada por el Director del Centro y dos miembros del equipo técnico o del Consejo Criminológico.
IX. Disposiciones transitorias y vigencia	Único	Todo el personal técnico del Departamento de Criminología pasará a formar parte del Consejo Criminológico Nacional o de los Consejos Criminológicos Regionales según lo que disponga la Dirección General de Centros Penales.

La normativa penitenciaria salvadoreña se enmarca en el Decreto 1027 de 1997 la cual ha reformado con el paso del tiempo ciertos artículos, con el fin de hacer frente a la realidad que viven las cárceles, por tanto, se hace necesario introducir reformas a la ley penitenciarias a fin de asegurar el mandato constitucional de la reintegración en la ejecución de la pena y adecuado funcionamiento del sistema penitenciario, en beneficio de los privados de la libertad.

Decreto N°380 de 2016

Por el cual se establecen reformas a la Ley Penitenciaria a fin de asegurar el mandato constitucional de la reintegración en la ejecución de la pena y el adecuado funcionamiento del sistema penitenciario en beneficio de los privados de la libertad.

Define que los centros de cumplimiento de penas se clasificaran en:

- a) Nivel uno o alta peligrosidad
- b) Nivel dos o mediana peligrosidad
- c) Nivel tres o mínima peligrosidad

Por su parte, los privados de la libertad se clasificarán dentro de estos tres niveles y para los centros de detención menor serán destinados a los internos clasificados en el nivel tres, los cuales podrán gozar de permisos especiales y realizar actividades laborales.

Decreto N° 357 de 2022

La ley especial para la planificación, diseño, construcción y mantenimiento de centros penitenciarios que sean necesarios conforme se incremente la población privada de la libertad por el régimen de excepción.

En esta norma establece que estos Centros Penitenciarios deberán cumplir con los requisitos conforme la Ley Penitenciaria, por tanto, “al momento de realizar la planificación el Ministerio de Obras Públicas y Transporte en coordinación de la Dirección General de Centros Penales serán responsables de verificar lo anterior previo a la contratación o ejecución de las obras que tengan como finalidad dar cumplimiento al objeto de la presente ley” (Decreto N° 357, 2022).

Centro de Confinamiento del Terrorismo (CECOT)

Corresponde a una megaestructura carcelaria alberga a terroristas pandilleros capturados por las fuerzas del orden, tiene una extensión de 236 manzanas, se encuentra completamente aislado de cualquier zona urbana y se construyó en el departamento de San Vicente.

El CECOT cuenta con las siguientes áreas: pabellones para confinamiento de los reos, casa para perros guardianes, edificios de custodios, control de acceso con escáner de cuerpo completo, escáner paquetero y arco metálico, fábrica para 64 talleres (pintura, pupitres, textilería, entre otros) administración, almacén de armas y equipos de seguridad (Ministerio de Justicia y Seguridad Pública , 2023)

La prisión cuenta con celdas formadas por tres pareces de cemento de 7.4 X 12.3 metros y barrotes, en su interior cuenta con planchones de metal con camarotes de cuatro pisos, donde duermen los presos sin colchón

o almohadas, además cuenta con un pequeño fregadero y dos inodoros para su aseo personal, sin ningún tipo de privacidad esta planeada para albergar alrededor de 40.000 reos (Pérez, 2023).

600 son los soldados y 250 los policías que vigilan día y noche el centro, al interior la seguridad está a cargo de guardias de la Dirección General de Centros Penales.

Dentro de las medidas cuestionadas se destacan, el encierro de los presos las 24 horas del día, prohibición de visitas y el cese de los programas educativos y recreativos (Pastor Gómez, 2020). Esta política restrictiva, aunque se ha mantenido en completa reserva, se integra con medidas de prevención de la violencia, lo que ha dado resultados muy prometedores ya que el gobierno reporta que ha descendido en un 60% la tasa de homicidios, lo cual ha generado un gran respaldo popular (Amnistía Internacional, 2024).

ANÁLISIS COMPARATIVO

Las realidades de estos dos países latinoamericanos no están alejadas la una de la otra, ya que, si bien, las políticas carcelarias establecidas contemplan parámetros de gran similitud, en la cual se designan los establecimientos carcelarios, parámetros de control y vigilancia, protección de derechos y desarrollo de actividades para su reintegración a la sociedad, se quedan cortos en su implementación, esto sumado al aumento del hacinamiento en las cárceles lo cual impide un correcto desarrollo de las funciones previamente establecidas.

Desde el 2012, en Colombia la tasa de encarcelamiento ha oscilado entre los 230 a 250 privados de la libertad por cada 100 mil habitantes, para el 2020 se registra una población carcelaria de alrededor de 103.000 personas privadas de la libertad en establecimientos de reclusión nacional, alrededor de

76.700 están condenados y 26.500 aproximadamente se encuentran reclusos en calidad de imputados (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2020).

Por su parte, El Salvador en el marco de su estado de excepción cuenta con una población carcelaria de 105.000 reclusos, la capacidad total del sistema penitenciario se estimaba en un poco más de 27.000 reclusos a finales del 2020, sin embargo, gracias a la construcción de una cárcel con capacidad e 5000 privados de la libertad y la mega cárcel que puede albergar hasta 40.000 presos, se sugiere que la capacidad del CECOT este cerca a los 20.000 (Papadovassilakis, 2023). Pese a estos nuevos espacios se siguen presentando graves problemas de hacinamiento ya que varios recintos operan al doble de su capacidad.

Colombia pese a que no cuenta

con un centro de reclusión masivo, basta con los centenares de cárceles y Unidades de Reacción Inmediata (URI) que reúnen una gran cantidad de personas que pese a tener una sentencia condenatoria, no han sido trasladadas puesto que no se cuenta con capacidad en los establecimientos de reclusión, por lo tanto, no se les está cumpliendo con el respeto de sus derechos humanos, y el cumplimiento del objetivo de la privación de la libertad, que responde a la resocialización de la persona para que una vez cumpla su condena pueda tener un proyecto de vida, tal como se enuncia del gobierno del presidente Bukele.

Sumado al hacinamiento, las deficiencias en el aparato judicial, que conllevan a que se retrasen los procesos y juicios condenatorios, contribuyen al deterioro del sistema carcelario, en el caso de Colombia. Por su parte, en El Salvador, las ONG's como

Human Rights Watch aseguran que a partir del estado de excepción se han llevado a cabo cientos de operativos indiscriminados que llevan a la detención de personas sin conexión con actividades ilícitas de las pandillas, así como, la violación de garantías del debido proceso imposibilitando una adecuada defensa en los procesos penales en su contra (Human Rights Watch, 2022)

Para el caso de Colombia, además de requerir inversión que permita la creación de más centros penitenciarios, se debe garantizar un acceso efectivo a la justicia, un estricto control de los protocolos de seguridad para dar cumplimiento a la protección de los derechos humanos, que se promuevan los programas lúdicos, recreativos y se implementen los modelos de atención pospenitenciaria establecidos a fin de obtener la resocialización del privado de la libertad.

Respecto a El Salvador, es fundamental revisar los protocolos implementados en las cárceles y principalmente en el Centro de Confinamiento del Terrorismo, para salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos y el debido proceso de los imputados, evitando que personas inocentes terminen en estos centros de reclusión. Tanto Colombia como el Salvador, cuentan con un marco penitenciario similar, el cual busca que se le brinde apoyo al recluso para que conforme va cumpliendo su condena pueda formarse para que una vez terminado pueda servir de nuevo a la sociedad, pero tal como se expresó previamente, son incontables las faltas que cumplen a la normativa.

REFERENCIAS

- Amnistía Internacional.* (2024). *El Salvador: La institucionalización de la violación de derechos humanos tras dos años del régimen de excepción.*
- Decreto N° 357.* (2022). *Ley especial para la construcción de centros penitenciarios. El Salvador.*
- Human Rights Watch.* (Diciembre de 2022). *Human Rights Watch. Obtenido de El Salvador: Abusos generalizados durante el régimen de excepción:* <https://www.hrw.org/es/news/2022/12/07/el-salvador-abusos-generalizados-durante-el-regimen-de-excepcion>
- INPEC.* (2014). *Reseña Histórica de la Antigua Dirección de Prisiones 1914 - 2014. CIEN AÑOS DE CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA CARCELARIO Y PENITENCIARIO EN COLOMBIA.*
- Ministerio de Justicia y del Derecho.* (2020). *Las entidades territoriales y el mandato Constitucional frente al Sistema Penitenciario y Carcelario Colombiano.*
- Ministerio de Justicia y Seguridad Pública .* (31 de Enero de 2023). *Presidente Nayib Bukele presenta el Centro de Confinamiento del Terrorismo . Obtenido de <https://www.seguridad.gob.sv/presidente-nayib-bukele-presenta-el-centro-de-confinamiento-del-terrorismo/>*
- Ley 65.* (1993). *Código Nacional Penitenciario y Carcelario. Colombia.*
- Papadovassilakis, A.* (2023). *Insight Crime. Obtenido de Mantener las cárceles a raya: <https://insightcrime.org/es/investigaciones/mantener-carceles-rama/#:~:text=La%20poblaci%C3%B3n%20carcelaria%20total%20supera,reclusos%20a%20finales%20de%202020>*
- Pastor Gómez, M. L.* (2020). *La influencia política de las maras en El Salvador. Instituto Español de Estudios Estratégicos.*
- Pérez, V.* (2023). *Blog de Derecho Penal y Criminología. Obtenido de Una mirada a la "cárcel de Bukele" desde la teoría de la pena: <https://blogpenal.uexternado.edu.co/una-mirada-a-la-carcel-de-bukele-desde-la-teoria-de-la-pena/>*
- Rodríguez Moreno, M. A., Gómez Silva, D., & Bolívar Torres, E.* (2021). *Sistema penitenciario en Colombia, derechos humanos y resocialización de la mujer en la cárcel de El Buen Pastor. Derecho y Realidad, 143-159.*



**DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL
CONSTRUCCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES A PARTIR DE LA
RELACIÓN ENTRE TRIBUNALES NACIONALES Y EXTRANJEROS**

Sonia Patricia Cortés Zambrano

DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL

CONSTRUCCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES A PARTIR DE LA RELACIÓN ENTRE TRIBUNALES NACIONALES Y EXTRANJEROS

Autor: Sonia Patricia Cortés Zambrano

Abogada Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Parlamentario de las Universidades Externado de Colombia y Autónoma de Madrid España, Magister en Derecho Público de la Universidad de Konstanz Alemania, Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Docente Investigadora, Conjuez para la Magistratura del Tribunal Administrativo del Meta, Profesora asociada al Instituto Colombo-Alemán para la paz CAPAZ, grupo PAX RURALIS, Decana de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás Villavicencio (2014-2022), Directora del Consultorio Jurídico y del Centro de conciliación de la Universidad Santo Tomás Villavicencio.

Resumen

El derecho procesal constitucional ha cobrado gran relevancia para ciencia jurídica contemporánea, influenciando de manera notable a la teoría general del derecho procesal e impactando la teoría de separación de poderes, a partir de las decisiones judiciales constitucionales que crean derechos con las sentencias normativas. Por otra parte, aparece un sistema de justicia internacional, que proclama nuevos principios, asegura garantías para todos y para los Estado que se vinculan a partir de la ratificación de tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, surge una nueva obligación de respeto y cumplimiento, que no deriva propiamente de legislación interna, ni de acuerdos entre Estados, ni de cooperación internacional. En consecuencia, estamos frente a una renovación de los estándares procesales, que pueden ser vistos como una alteración al principio de supremacía de la Constitución.

Palabras claves:

Derecho procesal transnacional, sistema interamericano de derechos humanos, control de convencionalidad, justicia constitucional, bloque de constitucionalidad.

Abstract

Constitutional procedural law has gained great relevance for contemporary legal science, notably influencing the general theory of procedural law and impacting the theory of separation of powers, based on constitutional judicial decisions that create rights with normative sentences. On the other hand, an international justice system appears, which proclaims new principles, ensures guarantees for everyone and for the States that are bound by the ratification of international treaties that deal with human rights, a new obligation of respect and compliance arises, which does not properly derive from domestic legislation, nor from agreements between States nor from international cooperation. Consequently, we are facing a renewal of procedural standards, which can be seen as an alteration to the principle of supremacy of the Constitution.

Key Words

Transnational procedural law, inter-American human rights system, conventionality control, constitutional justice, constitutionality

Perspectiva científica

Ante la evolución normativa del Ius Comune, y la relevancia que ha cobrado el discurso de los derechos humanos y su protección, vale la pena presentar la idea del nacimiento de una ciencia jurídica independiente: el control de convencionalidad, que trae consigo, una construcción progresiva de una justicia convencional transnacional y un derecho constitucional transnacional, cuya asistencia judicial tutelar, tiene cobertura para los Estados vinculados por convenio o tratado, bajo un procedimiento distinto al que cada Estado tiene.

La ciencia jurídica establece dos criterios de valoración del derecho constitucional transnacional (García & Morales, 2011) ; el primero, el criterio formal en el que aparece el derecho internacional de los derechos humanos y segundo el criterio material, que lo constituye la forma como se garantiza un modelo de cumplimiento y ejecución cuando los Estados incumplan el compromiso pactado una vez se han adherido a éste sistema de justicia.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, señala que los pueblos y las naciones deben esforzarse por un ideal común, que se orienta a que los derechos individuales y colectivos, sean de naturaleza civil, política, económico, social, y cultural esenciales, tengan un sistema de tutela, protección, respeto y promoción asistencial, en caso de ser desconocidos o vulnerados (Asamblea Naciones Unidas, 1948).

Cuando el Estado se vincula a través de la ratificación de tratados internacionales en materia de derechos humanos, los Estados se comprometen a asumir obligaciones y deberes en virtud al derecho internacional, a adoptar leyes y medidas internas compatibles con el derecho constitucional transnacional convencional, a diseñar mecanismos y procedimientos eficaces que garanticen esta normatividad, en el plano nacional y regional. El poder vinculante del derecho constitucional convencional, somete a los Estados firmantes, a abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos fundamentales, los derechos humanos o de limitarlos y el compromiso de protección, se orienta a imponer medidas que eviten los abusos contra individuos o grupos.

Lo que es verdaderamente interesante para la ciencia jurídica, es la dimensión que ha adquirido la interpretación jurídica, la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico a la luz de los preceptos constitucionales y del bloque de constitucionalidad¹ , sometidas incluso al deber de conocimiento de las sentencias y fallos dados en el marco de la administración de justicia constitucional convencional transnacional, como lo son las decisiones por ejemplo de, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-067 de 2003 definió el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”

La Corte identifica como bloque de constitucionalidad a todos aquellos tratados ratificados por Colombia, que versen sobre derechos humanos y que se encuentren debidamente ratificados por Colombia. Por tanto, estas normas son de rango constitucional y sus disposiciones cumplen la finalidad de: regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; de orientar las funciones del operador jurídico, y la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas. (Bobbio, 2002)

² “El juez conoce el derecho”, le permite a un juez determinar el derecho aplicable a una controversia sin consideración a las normas citadas por las partes.

El derecho procesal transnacional, funge como ciencia al servicio de la doctrina, la jurisprudencia y el ejercicio académico pedagógico del derecho, a través de la cual se sustenta, explican y advierten las razones y las posibilidades para su aplicación, en virtud del principio pro homine, que es en sí mismo fundamento y justificación para la promoción y tutela efectiva de los derechos humanos.

Es así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, irrumpe obligatoria y vinculante en el ordenamiento jurídico interno de los Estados. Así y en virtud al principio iura novit curia², aplicando disposiciones pertinentes a una causa, así no hayan sido invocadas expresamente por las partes.

¿Por qué hablar de derecho procesal constitucional, convencional transnacional?

Por un lado, el derecho procesal transnacional está dotado de herramientas o acciones judiciales propias para dirimir conflictos entre Estado o de Estados con particulares, esta administración de justicia no se origina en acuerdos de colaboración, sino en adhesiones voluntarias de las naciones a un sistema regional, continental o internacional, cuyas decisiones son adoptadas para el caso concreto, pero que sin duda, ofrecen interpretaciones jurídicas conformes al bloque de constitucionalidad (Hitters, 2006) y esta jurisprudencia está llamada a unificar criterios de tal manera que configuren para los Estados una especie de Lex Universalis.

El derecho procesal transnacional o supranacional, es el rango otorgado al derecho internacional de los derechos humanos (Alcalá & Castillo, 1975), que no son otra cosa que los mecanismos que pueden instaurarse para la defensa de los derechos humanos, fuera del ámbito local y cabe señalar que, toda la construcción teórica del proceso transnacional convencional, tiene sus bases, con plena identidad, en el derecho procesal constitucional.

Sin duda la ciencia normativa ha sido influenciada por la globalización sistémica, pluralista y multifacética, forzándola a acudir a nuevos estándares de interpretación del derecho (Aragón, 2019). Esta realidad obliga a que los Estados se integren en ella para poder garantizar estándares de eficacia normativa.

La Constitución es derecho y existe una jurisdicción para velar por su carácter normativo, es decir su obligatorio cumplimiento. La justicia constitucional es la aplicación jurisdiccional de la constitución.

Por otra parte, es necesario señalar que el activismo judicial, es tal vez, el principal defecto, que la justicia constitucional ha producido y por activismo debe entenderse la laxitud interpretativa de los textos jurídicos y la suplantación por el órgano jurisdiccional de las competencias de otros poderes del Estado (Cortés, 2016), lo cual demanda del propio Estado, la protección del principio de equilibrio de poderes y de democracia constitucional (Cortés, 2023), y en realidad ello no significa otra cosa que, la constitución como única norma, que asegura la soberanía del pueblo, y que impide que el poder del Estado, vulnere los derechos de libertad e igualdad de los ciudadanos.

La interpretación constitucional, es una tarea de gran relevancia y muy delicada, ya que exige un grado relevante de prudencia, pues no le compete al intérprete,

cerrar lo que el constituyente dejó abierto, más aún, si tenemos en cuenta la universalización en materia de derechos humanos, que ha traído consigo la implantación de órganos jurisdiccionales transnacionales, como el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos,, que exige una nueva mirada en perspectiva transnacional y convencional de la justicia constitucional.

Se ha dado paso al derecho constitucional común que obliga al diálogo permanente entre jurisdicciones constitucionales de los Estados vinculados a las normas convencionales internacionales que versan sobre derechos humanos y entre esas jurisdicciones y los órganos internacionales de garantía.

Estados Convencionalizados

El Neoconstitucionalismo nos presenta un Estado constitucional convencionalizado, que no es otra cosa que un Estado condicionado al Bloque de Constitucionalidad. Es un Estado que orienta sus fines esenciales, no solo a lo preceptuado por el orden jurídico constitucional interno y los postulados del Estado de Derecho, sino que se encuentra sujeto al cumplimiento de pactos, tratados y convenciones en materia de derechos humanos, y que condiciona la validez de su ordenamiento jurídico a su correspondencia con éstos.

Es por ello que, la jurisdicción constitucional transnacional debe considerarse de carácter convencional. El Control de convencionalidad es un instrumento

jurídico, que ha transformado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Corte Constitucional, debido al control normativo, que implica éste tipo de control, cuando la vulneración de los DDHH tiene como causa una norma o disposición jurídica del ordenamiento jurídico interno del Estado.

En Colombia una de las transformaciones más significativas que trajo consigo la Constitución de 1991, fue la internacionalización del Estado, sustentado en las transformaciones políticas y económicas globales que obligan a la relación e integración con otras naciones a través de los tratados y las convenciones internacionales.

³ Sentencia C-225 de 1995, C-578 de 1995, C-135 de 1996, T- 477 de 1995.

Dentro de las cláusulas constitucionales que dieron paso a la internacionalización están, el preámbulo de la constitución que contiene además los fines esenciales del Estado constitucional, que impulsa las relaciones de integración de la comunidad latinoamericana, el artículo 9, que estipula que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los principios de derecho internacional adoptados por Colombia, y reitera la integración latinoamericana y del caribe como parte de la política de Estado, el artículo 53 establece que hacen parte de la legislación interna los convenios internacionales ratificados por Colombia, el artículo 93 que estipula que tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia y que versen sobre derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción, prevalecen en el orden jurídico interno y que derechos y deberes consagrados en el texto constitucional serán interpretados de conformidad con dichos tratados y finalmente el artículo 94 que adopta el reconocimiento de derechos innominados, el 214 que regula los estados de excepción, que además establece controles judiciales y garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales.

El Estado entonces se transforma en orden a los cambios políticos, económicos, comercial, financiero dando espacio como consecuencia a procesos de integración jurídica. Por otro lado, la Corte Constitucional³, quien

vela por el cumplimiento de la Constitución, establece de manera insistente que, la incorporación de normas y principios al bloque de constitucionalidad no es discrecional por parte del operador jurídico y de ello se concluye que la referencia de los tratados internacionales de derechos humanos, no tiene como función analizar la constitucionalidad de una ley, si no valorar una situación, fáctica específica y decidir un caso constitucional particular. (Uprimny, 2014)

Lo anterior sirve como punto de partida para realizar una aproximación conceptual al control de convencionalidad, que si bien ha sido ejercido desde el mismo momento en que surgió el sistema interamericano de derechos humanos, se entendió como control al ordenamiento interno y a las normas desarrolladas por Corte Interamericana de Derechos Humanos, consiste en la verificación que debe hacerse para que las normas, acciones u omisiones de los Estados miembros no vulneren la Convención interamericana de derechos humanos.

Se cierra el concepto como “aquel que se encamina a asegurar la vigencia del pacto de San José de Costa Rica (...) así como de los demás tratados internacionales que conforman el sistema americano (bloque de constitucionalidad), bien sea por órganos internacionales (control de convencionalidad en sentido estricto) o internos (control de convencionalidad difuso) (...)” (Ramelli, 2012).

Como efectos del control de

convencionalidad se tienen: Hermenéutico: alcance interpretativo de la convención americana de derechos humanos, en torno a la comprensión de sus cláusulas, principios, reglas, valores y mandatos, y como resultado se decanta la doctrina y el precedente convencional. Sancionador: es un alcance coercitivo ligado a la potestad de condenar y sancionar a quien viole la convención. Prospectivo: obedece a un alcance de generación y cumplimiento de orden u órdenes futuras; el control puede ir mucho más allá del hecho de interpretar y sancionar, generando órdenes futuras de acción, tal y como pasa en las decisiones emanadas de la Corte Constitucional al fallar situaciones de “Estado de cosas inconstitucional” (Cortés, 2012), y Armonizador: se constituye en un alcance integrador de la convención con las Constituciones y Ordenamientos internos de los Estados miembros del Sistema interamericano; es decir, una armonización normativa al ejecutar de manera concomitante el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

La convención americana de derechos humanos no se trata de un conjunto de principios o buenas intenciones, contrario sensu se erige como una norma de rango constitucional (vía bloque de constitucionalidad), respecto de la cual los países pertenecientes al sistema interamericano, deben respetar, acatar y aplicar en su integridad y, en caso de que sus disposiciones, sean conculcadas, ya sea por la producción normativa y/o la acción u omisión de las

autoridades de los Estados, se habilita la existencia de un control de convencionalidad para restablecer el statu quo, interpretar, sancionar y/o impartir ordenes de obligatorio cumplimiento.

Diálogo entre jurisdicciones nacionales e internacionales. La nueva tendencia de las decisiones judiciales

La evolución del derecho constitucional transnacional, ha traído consigo, diversas técnicas normativas, unas de declaración, otras interpretativas e incluso de constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos creando un espacio común.

Cabe anotar, que el hecho de que un tribunal cite a otro en sus decisiones judiciales, no constituye per se un dialogo entre jurisdicciones, el dialogo ocurre verdaderamente cuando se toma el fallo analizándolo detalladamente se interpreta, se explica y se aplica su significado y alcance en la propia decisión de fondo del caso concreto. La confrontación del tribunal, con sus propios precedentes y la argumentación que suscita la adopción de la decisión citada, produce el verdadero diálogo jurisprudencial.

¿Cómo se entiende la obligatoriedad de los fallos de la Corte interamericana de derechos humanos?, esta institución judicial se encarga de fallar, cuestiones relacionadas con la inspección de si los países han violado o no las convenciones sujetas a

su competencia, no se ocupa de cuestiones domésticas de los Estados y mucho menos es un órgano de apelaciones.

En cuanto a los efectos Erga omnes, podríamos preguntarnos si ¿son los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos doctrina legal? Las decisiones emanadas de este alto tribunal supra nacional, tienen aplicación obligatoria no solo para los delitos de lesa humanidad, sino para todos los casos similares, volviéndose un precedente con fuerza vinculante, para cualquiera de los países firmantes o signatarios, y para todas las ramas de poder público (Ackerman, 2007).

Éstas decisiones judiciales son una imprescindible fuente de interpretación, y por eso tienen fuerza de doctrina legal. Sin embargo, es importante destacar la importancia de que los jueces locales, eviten que el pleito llegue a instancias internacionales y prevenga con ello la consecuente responsabilidad del Estado, ya que la intervención de éste tribunal es subsidiaria.

Entonces, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se impone con un margen de flexibilidad suficiente, para que los Estados apliquen su doctrina con libertad interpretativa y aplicativa, sustentada, en el principio de proporcionalidad o razonabilidad y son estos argumentos de razonabilidad y ponderación los que forman parte del diálogo interjurisdiccional entre la CIDH y los máximos tribunales de cada país.

Conclusión

Evidentemente en éste mundo globalizado, en el que también transitan los tribunales internacionales y los nacionales, se conforma de forma evolutiva una red jurídica de interpretación, de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales y el derecho interno de cada Estado, generando una nueva escuela de pensamiento jurídico adscrita al realismo jurídico internacional, que no es otra cosa que un positivismo jurídico que atiende a la realidad constitucional convencional vigente.

La construcción exitosa de esta red jurídica, en términos de validez, justicia y eficacia, criterios que nos permiten valorarla y ponderarla, depende del diálogo y razonamiento responsable de cada decisión.

Se destaca un papel preponderante en el ejercicio de la argumentación jurídica, de cada decisión judicial, no solo teniendo en cuenta que de ella depende la legitimidad misma de la decisión, sino porque cada tribunal tiene una responsabilidad propia, local y mundial, de hacer sus aportes a la construcción de un derecho judicial universal, al que todos los Estados democráticos aspiran.

El diálogo interjurisdiccional sigue evolucionando, con dificultades propias de desencuentros entre decisiones de orden nacional con la internacional, pero sin duda, el diálogo, es un nuevo paradigma en constante construcción, perfeccionándose a partir de del ejercicio del control de constitucionalidad y de convencionalidad, sin descartar su sometimiento a riesgos de carácter político e ideológico, propio de los sistemas democráticos.

Referencias

- Alcalá Z, & Castillo N. (1975). La Protección procesal internacional de los derechos humanos. Edi. Civitas. Madrid.
- Aragón M. (2019). El futuro de la Justicia Constitucional. En: Anuario Iberoamericano de justicia constitucional. No 23. Pag. 11-41. Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales. España.
- Ackerman B (2007). La nueva división de poderes. Fondo de cultura económica.
- Bobbio N. (2002). Teoría general del derecho. 2ª edición. Ed. Temis. Bogotá Colombia.
- Cortes Zambrano, S. P. (2016). La dimensión Jurídica del Estado de Cosas Inconstitucional en el caso de las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia. Diálogos De Saberes, (45), 89–106. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.45.1083>
- Cortes Zambrano, S. P. (2023). Balance of powers in Latin American presidentialism Government Congress relations. En: Göttingen Handbook on Latin American Public Law and Criminal Justice, Ed. Nomos. Alemania
- Cortés S. (2012). Poder discrecional de la Corte Constitucional, en el estado de cosas inconstitucional. En Revistas Universidad Santo Tomás. En: https://www.google.com/search?q=About+https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/download/859/1140&tbm=ilp&sa=X&ved=2ahUKewietL_qgeOEaxX-jLAFHTBwDGgQv5AHegQIABAC
- García R, & Morales S. (2011). La reforma constitucional sobre derechos humanos Ed. Porrúa y UNAM. México.
- Hiters J. (2006). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ediar. Buenos Aires
- Ramelli A. (2012). Relaciones entre los controles de convencionalidad y de constitucionalidad en Tomo III, Vol. 3, Bogotá.
- Uprimny R. (2014). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En Revista IUS INKARRI
- En: <https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarri/article/view/4145>



RIESGOS JURÍDICOS DE LA DEUDA EXTERNA COLOMBIANA

Tomas Daniel Rodriguez Correa

RIESGOS JURÍDICOS DE LA DEUDA EXTERNA COLOMBIANA

Autor: *Tomas Daniel Rodríguez Correa*

*Profesor tiempo completo Universidad
Santo Tomás seccional Villavicencio,
LLM Derecho y Economía,
tomasrodriguez@ustavillavicencio.edu.
co*

Resumen

El artículo estudia los riesgos jurídicos que enfrenta el Estado colombiano en su deuda externa. Para ello la investigación se enfoca en los acreedores que tienen los estados, y luego analiza los medios de resolución de disputas implicados con sus correspondientes leyes y foros. Posteriormente, se analizan los instrumentos de deuda que tiene el estado colombiano. Se examinan en detalle los créditos bilaterales, multilaterales, los bonos, comerciales y aquellos causados por laudos arbitrales.

¹ Imagen tomada del Banco de República. Las cifras se presentan a diciembre de 2023. Las cifras como porcentaje de PIB están sujetas a revisión. Corresponden al acumulado de los últimos 4 trimestres del PIB en dólares corrientes Elaborado por el Banco de la República con base en la información del DANE sobre el PIB en pesos sin desestacionalizar. Preparado por Subgerencia de Política Monetaria e información económica, Sección Sector Externo. Fecha: marzo de 2024.

Introducción

Latinoamérica se ha caracterizado por ser una región con problemas financieros no solo con respecto al manejo de su deuda interna, sino además por el trato de la deuda externa. Así, entre los años ochenta y noventa, la región experimentó una crisis financiera siendo los principales deudores México, Venezuela, Argentina, Brasil y Chile. De hecho, esta crisis llevó a que los años ochenta fueran conocidos como “la década perdida de América Latina”, principalmente, por la ausencia de crecimiento económico en tal periodo (Buchheit & Gulati, 2021, pp. 46–47).

Posteriormente, en ocasión a la pandemia del COVID-19, Argentina y Ecuador se vieron obligados a reestructurar su deuda externa, lo que generó controversias contractuales entre estos Estados deudores y sus acreedores, que llegaron inclusive a cortes judiciales del Estado de Nueva York en los Estados Unidos (Clark & Lyratzakis, 2021; De La Cruz & Lagos, 2021). Adicionalmente, México ha venido experimentando fuertes presiones financieras por el sobreendeudamiento de la petrolera estatal PEMEX, mientras que Venezuela se encuentra en moratoria de varios de sus instrumentos de deuda pública.

En los últimos años la deuda pública colombiana ha venido creciendo, ocasionado dificultades para el cumplimiento de la regla fiscal. Al analizar en detalle la deuda pública externa colombiana las cifras muestran que esta ha presentado un crecimiento constante desde el 2005 hasta el 2023. Este aumento en la deuda externa, que en muchos casos se da para cubrir el desbalance fiscal, ha llevado a que al año 2023 el monto de la deuda externa ascendiera hasta casi el 30% del Producto Interno Bruto del país. Además, un aumento en el servicio de deuda ha implicado reducciones en el gasto público e incremento en impuestos que se ven reflejados en cargas tributarias que deben soportar los ciudadanos en el país.

Figura 1. Deuda Externa de Colombia¹.

Desde una perspectiva jurídica, la deuda externa colombiana debe analizar los diferentes valores, instrumentos financieros o contratos que representa la deuda externa colombiana para garantizar la seguridad con seguridad jurídica en relación con la finanzas nacionales. Así, es posible ver que en el caso de la deuda externa, tanto la ley aplicable a estos instrumentos como la jurisdicción que se encarga de dirimir controversias ocasionadas por el no pago de la deuda -default- se escapa del derecho colombiano.



De hecho, las controversias jurídicas ocasionadas por incumplimiento en el pago de la deuda externa y la reestructuraciones (sistema de quiebras o de liquidación judicial del estado) no ha sido regulado por el derecho colombiano o internacional, motivo por el cual círculos académicos lo han denominado un área emergente de la ciencia jurídica. Debido a la complejidad del asunto en cuestión, no es extraño que la Comisión Internacional de Derecho Internacional de las Naciones Unidas haya calificado el manejo de la deuda soberana como uno de los temas jurídicos más complejos del derecho (Study Group, 2016, p. 2)

En este orden de ideas, este artículo pretende: en primer lugar, identificar los acreedores del Estado colombiano; en segundo lugar, identificar algunos aspectos jurídicos relevantes con cada uno de los acreedores; finalmente, analizar el Estado actual de la deuda colombiana y finalmente brindar algunas reflexiones acerca de este análisis.

Riesgos Jurídicos Derivados de los Acreedores del Estado Colombiano

Instituciones Financieras Internacionales (Ifis)

Dentro de los tipos de créditos que adquiere el Estado colombiano están aquellos con IFIs. A su vez los créditos debidos a las IFIs se pueden subclasificar en cuatro categorías: en primer lugar, los créditos provenientes de IFIs creadas a partir de Bretton Woods, esto es el Fondo Monetario Internacional(FMI) y el Banco Internacional de

¹ Imagen tomada del Banco de República. Las cifras se presentan a diciembre de 2023. Las cifras como porcentaje de PIB están sujetas a revisión. Corresponden al acumulado de los últimos 4 trimestres del PIB en dólares corrientes Elaborado por el Banco de la República con base en la información del DANE sobre el PIB en pesos sin desestacionalizar. Preparado por Subgerencia de Política Monetaria e información económica, Sección Sector Externo. Fecha: marzo de 2024.

Reconstrucción y Fomento (BIRF)(Abbas et al., 2019, p. 331); segundo, los créditos provenientes de bancos multilaterales de desarrollo (BMD), como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID); tercero, los créditos entregados por BMD de menor envergadura financiera como el Banco de Desarrollo del América Latina y del Caribe; por último, la cuarta categoría comprende IFIs que se especializan en asistencia financiera a países en vía de desarrollo que están experimentando problemas macroeconómicos, como por ejemplo el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) .

En general los créditos de los IFIs se caracterizan por ser ofrecidos en condiciones financieras más favorables para sus miembros que aquellas que ofrecen los acreedores netamente comerciales. Esto se traduce en tasas más bajas de interés, y priorización del desembolso para el financiamiento de proyectos de desarrollo económico y social en el país. Además, en algunos casos los servicios crediticios van acompañados por asesorías técnicas especializadas para un adecuado y sostenible uso de los recursos financieros.

Acreeedores Bilaterales

Dentro de esta categoría están los créditos bilaterales entre el Estado colombiano y otros Estados soberanos o uniones regionales. Los Estados acreedores generalmente corresponden a un país miembro del G20, y con frecuencia son créditos que se han otorgado para financiar exportaciones o para ejecutar proyectos de desarrollo (Abbas et al., 2019, p. 331). Esta modalidad de créditos puede tener un componente geopolítico relevante para los países (Cash, 2022, pp. 12–18; Mustapha &

Olivares-Caminal, 2020, p. 11). Por ejemplo, en América del Sur la República Bolivariana de Venezuela ha recibido financiamiento de Rusia y China (Buchheit & Gulati, 2017, p. 3), quienes han sido una alternativa de financiamiento ante las tensiones de Venezuela con los Estados Unidos. Este último, de hecho, ha impuesto varias sanciones comerciales y financieras a la república sudamericana (Ribando Seelke, 2023, pp. 1–3).

Entidades Comerciales

En tercer lugar, se encuentran los créditos otorgados por bancos comerciales, proveedores, contratistas e inclusive personas naturales (Abbas et al., 2019, p. 332). Estas acreencias se caracterizan por su vocación comercial, lo que implica una

clara expectativa de retorno del capital y de los intereses pactados. Las condiciones de estos créditos usualmente reflejan las condiciones financieras del mercado de capitales respecto al plazo y la tasa de interés determinada.

Tenedores De Títulos Financieros

La cuarta categoría es la deuda soberana representada en títulos financieros susceptibles de ser transados en el mercado de capitales, que en algunos casos son adquiridos por fondos de inversión, compañías de seguros, fondos de pensiones, fondos de alto riesgos. Dentro del último fondo, se encuentra la categoría de Fondos Buitre, los cuales se caracterizan por comprar bonos en descuento, para luego demandar al Estado con estrategias agresivas de negociación y litigio (Abbas et al., 2019, p. 332).

Laudos Arbitrales

Finalmente, el aumento de inversión extranjera directa y el correlativo incremento de arbitraje de inversión ha aumentado la probabilidad de que los Estados en general, y en particular el Estado colombiano pueda ser demandado ante tribunales internacionales, ampliando el número de posibles condenas pecuniarias del que pueda ser objeto. La obligación de pagar al inversionista afectado se ordena en laudos arbitrales después de que se pruebe la violación de obligaciones derivadas del derecho internacional o de los contratos celebrados. En el caso de los arbitrajes en derecho de las inversiones ante el CIADI, se ha destacado que el pago de la condena en el laudo es una condición para que el Estado pueda volver a ser receptor de inversión internacional y además para que el Banco Mundial autorice asistencia financiera al Estado condenado (Waibel, 2011, paras. 9648–9650). Adicionalmente, la misma Agencia para la Defensa Jurídica del Estado colombiano ha señalado la importancia macroeconómica de pagar los laudos emitidos por tribunales de inversión que han condenado a Colombia. (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2023, p. 35)

Riesgos Jurídicos Derivados de la Ley Aplicable y Negociación de Deuda Pública

La ley y el foro que se aplican en caso de surgir una controversia, relativa al incumplimiento o restructuración, entre el Estado deudor y cualquiera de los acreedores antes mencionados implican un abanico de escenarios jurídicos que se pueden activar para el Estado colombiano. A continuación, se abordan los riesgos jurídicos para cada caso.

Riesgos Jurídicos Según la IFI Involucrada

Los organismos internacionales tienen sus propios acuerdos de constitución (AC) en los cuales se pudo o no regular el manejo en caso de incumplimiento o restructuración de una acreencia debida a estos (Raffer, 2009, pp. 4–15). Por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional (FMI) posee un Mecanismo de Entendimiento que no contiene mención expresa respecto al incumplimiento por no pago o restructuración, por el contrario el FMI atiende estos escenarios bajo el parámetro de caso por caso y a través de mecanismos de asistencia técnica, asistencia financiera, supervisión, y bajo el principio de condicionalidad; el Acuerdo Constitutivo (AC) del BIRF en el artículo 4, sección 4, mencionó la flexibilidad en las condiciones para el pago cuando existan riesgos en el cumplimiento; el BID provee en la sección 3, artículo 7 de su AC que en caso de riesgo de default podrá adoptar las acciones encaminadas a modificar las condiciones del crédito, según lo estime necesario. Finalmente, el FLAR en su convenio constitutivo estipuló el manejo financiero para el caso de créditos en mora.

Los bancos tienen personalidad jurídica para iniciar procedimientos judiciales y administrativos, lo que les confiere capacidad jurídica para entablar acciones judiciales contra sus deudores. Las acciones legales que instalen los IFIs se rigen, en general, por las reglas estipuladas en los acuerdos constitutivos, los reglamentos de los bancos, o los contratos celebrados. Por último, los Estados soberanos se obligan con los bancos multilaterales mediante la aceptación y ratificación del respectivo AC.

Aspectos Jurídicos Relevantes en Caso de Acreedores Oficiales

Históricamente, los créditos bilaterales se han negociado directamente entre los Estados involucrados. Dichas negociaciones suelen tener lugar en el Club de París, un organismo informal con sede en París que no posee estatus de organismo internacional. Este Club está conformado, en parte, por países miembros del G7, que a su vez se encargan de presidir las negociaciones de reestructuración entre el Estado deudor y los Estados acreedores. Al año 2022 habían realizado alrededor de 478 negociaciones restructuración de deuda bilateral por un monto de US 614 billones y bajo diferentes estructuras de concesiones predefinidas; además, el Club ha adoptado por práctica la negociación de la restructuración de créditos una vez el país deudor ha recibido un paquete de asistencia financiera del FMI. Adicionalmente, el Club se rige por los principios de solidaridad, consenso, información compartida, análisis del caso concreto, condicionalidad, y trato comparado (no menos favorable)(Paris Club, 2024).

Aunque eventualmente los casos relativos a disputas entre Estados pueden ser llevados ante la Corte Internacional de Justicia, Colombia no ha tenido casos relacionados con deuda externa ante este órgano. No obstante, la Corte en el año 1957 conoció el caso de los “Prestamos de Noruega” entre la República de Francia contra la República de Noruega. Este litigio se relacionó con el cambio de las condiciones inicialmente pactadas para el pago de unos títulos de deuda pública que habían comprado inversionistas franceses al Estado noruego. Aunque en este caso la Corte negó tener jurisdicción sobre el asunto, el Juez Lauterpacht, en su opinión separada, manifestó que la legislación monetaria nacional podría ser contraria al Derecho Internacional, y por lo tanto a las obligaciones internacionales del Estado deudor (ICJ - Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht, 1957, pp. 37–43)

Aspectos Jurídicos Relevantes para las Entidades Comerciales

Posteriormente se encuentran las entidades comerciales cuya regulación aplicable puede variar dependiendo de la forma de solucionar las disputas, es decir litigio, arbitramento o negociación. Los términos del préstamo entre el Estado colombiano y una entidad comercial generalmente están regulados por la ley de los principales centros financieros del mundo (Nueva York o Londres), o por reglas específicas, como por ejemplo reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Por otro lado, el foro puede ser un juez extranjero, o un tribunal de arbitramento.

Adicionalmente, en la medida que el Estado colombiano ha celebrado tratados bilaterales y multilaterales en materia de inversión, en teoría es posible que los inversionistas de deuda pública colombiana pudieran demandar al Estado ante un tribunal arbitral (como el CIADI) en caso de un impago de deuda que pueda constituir una violación del tratado. En la práctica, dos Estados soberanos, Argentina y Grecia, han sido llevados ante el CIADI por el incumplimiento en el pago de sus bonos soberanos.

Por último, las negociaciones entre el Estado deudor y los bancos comerciales fueron llevadas a cabo en el Club de Londres, el cual era un club informal que reunía los intereses de los bancos comerciales. Este organismo, aunque sin un estatus formal en el derecho internacional, realizó la primera restructuración de deuda soberana debida a bancos comerciales en el año de 1976 en el caso de Zaire (Brown & Bulman, 2006, p. 2). Posteriormente, durante la crisis de deuda de los años 80's en América Latina, el “Plan Brady” permitió que la deuda comercial debida a los bancos en EE.UU. se capitalizara en bonos, los cuales comenzaron a circular en el mercado de capitales. Esta diseminación de bonos soberanos transformó el panorama mundial de la deuda de los Estados en América Latina, al pasar de deudas entre Estados y bancos a bonos entre Estados y bonistas.

Aspectos Jurídicos Relevantes de los Tenedores de Títulos Financieros

En relación con los tenedores de bonos, cuyos títulos son transados en el mercado internacional, la ley aplicable está sujeta a leyes extranjeras. Los títulos se rigen por la ley estipulada en el prospecto financiero. Esta ley generalmente corresponde a la legislación de importantes centros financieros (como mencionó anteriormente Nueva York o Londres). Adicionalmente, las disputas entre bonistas y Estados soberanos también han llegado hasta el CIADI, aunque ninguna ha llegado al estudio de los méritos del caso.

Una importante particularidad de las demandas presentadas por bonistas es la implementación de comités de acreedores para facilitar los procedimientos cuando el número de bonistas es plural y en la práctica inmanejable. Por ejemplo, en el caso *Abaclat y otros contra La República Argentina* el número de bonistas que demandaron al Estado era de 60.000 (Caso CIADI no. ARB/07/5, 2011, p. 296) ya que debido a la desmaterialización de los bonos y la posibilidad de ser transados en el mercado secundario se dan las condiciones para la dispersión de bonos en el mercado de capitales (Bamford, 2015, paras. 6.56-6.71). El caso argentino llevó a desarrollar la teoría de las *mass claims* en el CIADI (Heiskanen, 2016, paras. 613–625). Por otro lado, para manejar este fenómeno durante las negociaciones de restructuración se desarrollaron modelos de Comités de Acreedores (Manuelides, 2018, pp. 1–20).

Aspectos Jurídicos Relevantes de los Laudos Arbitrales

Finalmente, las acreencias representadas en laudos arbitrales a cargo de Colombia generan cuestiones legales en diferentes frentes. Primero, en caso de que el Estado colombiano asumiera una posición de no reconocimiento del laudo, los acreedores pueden acudir a la figura de protección diplomática para que el gobierno de su nacionalidad medie con el Estado colombiano instándolo a pagar la suma determinada en el laudo. Por otro lado, los acreedores también pueden buscar el reconocimiento y ejecución del laudo en el territorio de un Estado distinto al condenado, mediante la convención de Nueva York de 1958 (Waibel, 2011, para. 4679). Ahora bien, si el arbitraje de inversión se llevó a cabo bajo reglas del CIADI, el artículo 54 de esta convención estipula la obligación de cualquier Estado miembro de reconocer y ejecutar el laudo dentro de su territorio.

Análisis de la Deuda Bruta del Gobierno Nacional Central

La siguiente tabla muestra el resumen de la deuda interna y externa, y su porcentaje con respecto al % del PIB proyectado del 2023:

Figura 2. Resumen de deuda pública en Colombia. Fuente Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Resumen de deuda en COP y USD					
Saldo	Interna (1)		Externa		Total
					100%
COP millones	558.650.607	64,6%	306.707.696	35,4%	865.358.303
USD millones	146.165		80.247		226.412
% PIB proyectado 2023	34,8%		19,1%		53,9%

Una mirada general al resumen de la deuda en Colombia muestra que en total la deuda pública colombiana para el año 2023 ascendía al 53.9% del PIB, siendo 64,6% correspondiente a deuda interna, y 35,4% para deuda externa. El monto de la deuda soberana externa asciende aproximadamente a 80247 millones de dólares, valor que en la práctica fluctúa según la tasa de cambio aplicable para la fecha de corte del estudio.

Figura 3. Composición de deuda interna y externa. Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Fuentes	COP millones	USD millones	
TES Corto y Largo Plazo	497.367.498	130.131	57,5%
Bonos Externos	148.298.291	38.801	17,1%
BID	42.979.768	11.245	5,0%
BIRF	59.194.558	15.488	6,8%
CAF	12.284.721	3.214	1,4%
Pagarés de Tesorería	49.658.294	12.993	5,7%
Otros Deuda Interna (3)²	11.624.816	3.042	1,3%
Otros Deuda Externa (4)³	43.950.358	11.499	5,1%

² (3) Correspondientes a pagarés del FONPET (FOME), Bonos de Paz, Bonos de Seguridad, Bonos Educativos de Universidades y Cuentas Inactivas.

³ (4) Incluye pagarés del FAE (FOME), créditos contratados con Bancos Comerciales, Gobiernos, Banca de Fomento, Proveedores entre otros.

Figura 4. Composición de deuda externa. Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Composición por fuentes de financiamiento		
Fuente	Saldo de deuda	%
Bonos	38.801	48%
BID	11.245	14%
BIRF	15.488	19%
CAF	3.214	4%
AFD	1.508	2%
KFW	1.250	2%
Otros (4) ⁴	8.742	11%
	80.247	100%

La composición de la deuda externa colombiana está representada principalmente en tres grandes grupos, bonos, IFIs como el Banco Mundial (Banco Internacional para la Reconstrucción y el Fomento) y el FMI, y bancos regionales de desarrollo. Primero, en el caso de la deuda representada en bonos, estos representan el 48% de la deuda externa, y un 17,1 de la deuda total; segundo, la deuda con el Banco Mundial y el FMI representan aproximadamente entre el 14 y el 24% de la deuda externa, y entre el 6,8 y el 11,9% de la deuda total; y finalmente la deuda con el BID, el CAF, el AFD, y el KFW corresponden aproximadamente al 22% de la deuda externa y entre el 6,4% y el 11,5% del total de la deuda. En este orden de ideas, los bonistas representan los principales acreedores extranjeros colombiano, seguidos por la deuda con el FMI y el BM, y finalmente por la deuda con otros bancos regionales de desarrollo.

Los anteriores datos asociados con la deuda externa colombiana muestran que cuantitativamente los riesgos jurídicos asociados con los bonistas son los más altos de todos los instrumentos deuda externa. Estos bonos están listados en la Bolsa de Valores de Luxemburgo en 24 valores (a 9 de marzo de 2024). De los 24 valores listados allí, 22 contienen cláusulas de la ley de Nueva York como ley aplicable al contrato, y los restantes dos no tienen prospectos financieros públicos para verificar los términos legales de los contratos.

⁴ (4) - Incluye LCF del FMI, pagarés del FAE(FOME), créditos contratados con Bancos Comerciales, Gobiernos, Banca de Fomento, Proveedores entre otros.

Figura 5. Bonos listados en la Bolsa de Valores de Luxemburgo (Luxembourg Stock Exchange, 2024) . Elaboración propia.

CODIGO ISIN	Capital (En Dolares Americanos)	Vencimiento (DD/MM/AA)	Ley aplicable
US195325AL92	\$250.000.000,00	15/02/2027	Nueva York
US195325DR36	\$1.542.968.000,00	30/01/2030	Nueva York
US195325DT91	\$1.500.000.000,00	15/05/2051	Nueva York
US195325DQ52	\$1.800.000.000,00	15/05/2049	Nueva York
US195325DP79	\$2.000.000.000,00	15/03/2029	Nueva York
US195325DL65	\$2.400.000.000,00	25/04/2027	Nueva York
XS1385239006	\$1.350.000.000,00	22/03/2026	Nueva York
US195325CX13	\$1.500.000.000,00	28/01/2026	Nueva York
US195325CU73	\$4.500.000.000,00	15/06/2045	Nueva York
US195325BR53	\$2.500.000.000,00	26/02/2044	Nueva York
US195325BM66	\$2.500.000.000,00	18/01/2041	Nueva York
XS0306322065	\$495.416.563,70 ⁵	28/06/2027	Nueva York
US195325BK01	\$1.818.400.000,00	18/09/2037	Nueva York
US195325BD67	\$1.000.000.000,00	21/05/2024	Nueva York
US195325BB02	\$635.000.000,00	28/01/2033	Nueva York
US195325AQ89	\$22.285.000,00	9/03/2028	No hay acceso a los prospectos
US195325DS19	\$2.539.952.000,00	15/04/2031	Nueva York
US195325DX04	\$1.300.000.000,00	15/02/2061	No hay acceso a los prospectos
US195325DZ51	\$2.000.000.000,00	22/04/2032	Nueva York
US195325EA91	\$1.000.000.000,00	22/02/2042	Nueva York
US195325EF88	\$1.624.241.000,00	20/04/2033	Nueva York
US195325EG61	\$2.200.000.000,00	2/02/2034	Nueva York
US195325EL56	\$1.250.000.000,00	14/11/2035	Nueva York
US195325EM30	\$1.250.000.000,00	14/11/2053	Nueva York

⁵ El valor original del bono listado fue en pesos colombianos por un valor de COP1924515000000. A este valor se convirtió en dólares a la tasa de cambio publicada el 18 de marzo de 2024 (3884,64) por el Banco de la Republica.

Los contratos mediante los cuales el Estado colombiano emite deuda representada en bonos en el exterior contienen una renuncia expresa a su inmunidad soberana ante los tribunales del Estado de Nueva York en los EE. UU. En la práctica este tipo de cláusulas ocasiona que Colombia renuncia voluntariamente a su soberanía, y acepta acudir en calidad de parte ante un juez en el Estado de Nueva York en caso de una disputa relativa al incumplimiento de la obligación. Dentro de los prospectos de la figura 5, la República de Colombia, ha consentido expresamente la renuncia a su inmunidad soberana.

Los bonos que circulan en el mercado financiero ocasionan problemas de asimetría de la información. En la medida que los bonos pueden ser tranzados en la bolsa de valores de Luxemburgo, es difícil identificar quienes son los tenedores de dichos títulos, por lo que en la práctica es difícil conocer quienes ostentan un derecho de compensación sobre los bonos colombianos. Por lo anterior, el Estado colombiano puede llegar a tener dificultades en negociaciones antes de una posible restructuración con bonistas.

Las disputas en Nueva York incrementan la incertidumbre jurídica para el Estado colombiano. Primero, el problema jurídico será resuelto exclusivamente bajo la normatividad neoyorquina, lo que ocasiona que cualquier argumento en materia de derecho constitucional, público o privado colombiano carezca de fundamentación jurídica por el principio de territorialidad de

las leyes. Segundo, los tribunales neoyorquinos se caracterizan por su familiaridad y cercanía con los mercados de capitales, por lo que una decisión judicial seguramente favorecerá cualquier estipulación contractual, por encima de cuestiones de orden público o interés nacional de un extranjero. Tercero, el Estado colombiano será tratado como un particular en Nueva York, perdiendo el poder de negociación que los Estados tienen cuando actúan como países soberanos en el derecho internacional público.

Por lo que respecta a la deuda con organismos multilaterales de crédito, los riesgos jurídicos que enfrenta el Estado colombiano son más reducidos, aunque siguen siendo relevantes para la estabilidad jurídica del país. Colombia ha firmado y ratificado acuerdos de creación o adhesión del BID, El BM el FMI y la CAF, por lo que la negociación de estas deudas depende de no solo cuestiones financieras, si no del relacionamiento político que el Estado colombiano tenga con estas entidades. No obstante, posibles dificultades en el cumplimiento de estas acreencias implicarían problemas en la participación de Colombia en el comercio y en la arquitectura financiera internacional, como por ejemplo en los programas de desarrollo que ofrecen los bancos, o en la coordinación monetaria y las diferentes herramientas que ofrece el FMI. Por lo anterior, aunque se tienen un poco más flexibilidad en las negociaciones de deuda con las organizaciones multilaterales, los riesgos en el incumplimiento

pueden ocasionar dificultades para integrarse al comercio mundial.

Los montos de deuda externa debidos a entidades comerciales y los causados por tribunales internacionales, en la actualidad representan un riesgo limitado. Según la información registrada, la deuda externa debida a bancos comerciales no supera el 11% del total de la deuda externa. Además, por el lado de los laudos y sentencias judiciales en contra del Estado colombiano, el CIADI tiene un total 14 casos, mientras que en la Corte Permanente de Justicia hay un caso en curso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos tres casos. Las cuantías de las pretensiones en los casos que en la actualidad cursan en contra del Estado colombiano son difíciles de determinar debido a que los procesos generalmente están sujetos a cláusulas de confidencialidad.

Figura 6. Listado de procesos judiciales y arbitrales en contra del Estado colombiano por cortes y tribunales extranjeros. Elaboración propia.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativo a Inversiones (ICSID, 3 C.E.)			
Caso	Demandante	Demandado	Estado
ARB/24/3	InfraRed Infrastructure RAM GP Limited, InfraRed Infrastructure RAM LP and InfraRed Infrastructure RAM, S.L.	República de Colombia	Pendiente
ARB/23/50	Glencore International A.G. & others	República de Colombia	Pendiente
ARB/23/1	Canal Extensia, S.A.U.	República de Colombia	Pendiente
ARB/22/11	CB&I UK Limited	República de Colombia	Pendiente
ARB/21/30	Glencore International A.G.	República de Colombia	Pendiente
ARB/20/9	South32 SA Investments Limited	República de Colombia	Pendiente
ARB/20/7	Vercara, LLC (formerly Security Services, LLC, formerly Neustar, Inc.)	República de Colombia	Pendiente
ARB/19/34	Amec Foster Wheeler USA Corporation, Process Consultants, Inc., and Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc.	República de Colombia	Pendiente
ARB/19/22	Glencore International A.G., C. I. Prodeco S.A., and Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A.	República de Colombia	Pendiente
ARB/19/6	Angel Samuel Seda and others	República de Colombia	Pendiente
ARB/18/23	Aris Mining Corporation (formerly known as GCM Mining Corp. and Gran Colombia Gold Corp.)	República de Colombia	Pendiente
ARB/18/13	Galway Gold Inc.	República de Colombia	Pendiente
ARB/18/3	Telefónica, S.A.	República de Colombia	Pendiente
ARB/16/41	Eco Oro Minerals Corp.	República de Colombia	Pendiente
Corte Permanente de Arbitraje(Corte Permanente de Arbitraje, 2024)			
2023-37	Sea Search-Armada, LLC (USA)	República de Colombia	Pendiente
Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2024)			
-	Ubaté y Bogotá	República de Colombia	Pendiente
-	Arboleda Gómez	República de Colombia	Pendiente
-	Pueblos Indigenas Uwa y sus miembros	República de Colombia	Pendiente

Conclusión

La deuda externa se puede clasificar en deuda externa bilateral, multilateral, comercial, representada en bonos, y la causada por laudos y sentencias de tribunales internacionales. Se evidencia que tanto el tipo de acreedor y su correlativa acreencia son reguladas en contextos jurídicos diferentes, y por lo tanto los riesgos jurídicos de cada instrumento son diferentes. En el caso de la República de Colombia la mayoría de los riesgos jurídicos están representados en la deuda representada en bonos, debido a que acumulan alrededor del 18% del total de la deuda colombiana, seguidos por la deuda con entidades multilaterales, y en una menor proporción la deuda con entidades comerciales. Adicionalmente, la deuda representada en laudos arbitrales no está discriminada explícitamente, sin embargo, existen varios procesos en curso en contra del Estado. Los riesgos jurídicos se pueden ver representados principalmente en la renuncia del principio de soberanía estatal, mediante el cual el Estado puede ser llevado a una corte en Nueva York ante un escenario hipotético de litigiosidad de la deuda representada en bonos.

Bibliografía

- Abbas, S. A., Pienkowski, A., & Rogoff, K. S. (2019). *Sovereign debt : a guide for economists and practitioners* (S. A. Abbas, A. Pienkowski, & K. S. Rogoff, Eds.). OUP Oxford.
- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2023). informes_gestion_2023_290123.
- Bamford, C. (2015). *Principles of international financial law* (Second). Oxford University Press.
- Brown, R. P. C., & Bulman, T. J. (2006). The evolving roles of the clubs in the management of international debt. *International Journal of Social Economics*, 3(1), 11–32. <https://doi.org/10.1108/03068290610636415>
- Buchheit, L. C., & Gulati, M. (2017). How to restructure Venezuelan debt. Available at: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3758
- Buchheit, L. C., & Gulati, M. (2021). Avoiding a lost decade—sovereign debt workouts in the post-Covid era. *Capital Markets Law Journal*, 16(1), 45–55. <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmaa028>
- Cash, D. (2022). *Sovereign Debt Sustainability*. In *Sovereign Debt Sustainability*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003261223>
- Caso CIADI No. ARB/07/5 (2011).
- Clark, I., & Lyratzakis, D. (2021). Towards a more robust sovereign debt restructuring architecture: innovations from Ecuador and Argentina. *Capital Markets Law Journal*, 16(1), 31–44. <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmaa032>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2024, March). Registro de casos. https://www.corteidh.or.cr/casos_en_tramite.cfm
- Corte Permanente de Arbitraje. (2024, March). Casos. <https://pca-cpa.org/es/cases/>
- De La Cruz, A., & Lagos, I. (2021). CACs at work: What next? Lessons from the Argentine and Ecuadorian 2020 debt restructurings. *Capital Markets Law Journal*, 16(2), 226–248. <https://doi.org/10.1093/cmlj/kmab006>
- Heiskanen, V. (2016). Chapter 44 - And other: mass claims in ICSID arbitration - Abaclat and others v. Argentina, ICSID case no. ARB/07/5. In M. Kinnear, G. R. Fischer, L. F. Torres, M. U. Bidegain, & J. M. Almeida (Eds.), *Building International Investment Law - The First 50 Years of ICSID*: Kluwer Law International.
- ICJ - Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht (1957).
- ICSID. (3 C.E.). Data base. 2024. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>
- Luxembourg Stock Exchange. (2024, March). LuxSE. Colombia. <https://www.luxse.com/issuer/Colombia/28590>
- Manuelides, Y. (2018). Debtor creditor engagement in sovereign restructurings. SSRN, 12(2), 224–238.
- Mustapha, S., & Olivares-Caminal, R. (2020). Improving transparency of lending to sovereign governments. Odi, July, 1–24. https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/bitstream/handle/123456789/66071/Olivares-Caminal_Improving_transparency_of_lending_to_sovereign_governments_2020_Published.pdf?sequence=2
- Paris Club. (2024). Paris Club. <https://clubdeparis.org/en>
- Raffer, K. (2009). Preferred or Not Preferred : Thoughts on Priority Structures of Creditors - paper prepared for discussions at the 2nd meeting of the ILA Sovereign Insolvency Study Group. In Legal department of the International Monetary Fund (Issue October).
- Ribando Seelke, C. (2023). Venezuela: Overview of U.S. Sanctions. <https://crsreports.congress.gov>
- Study Group. (2016). *Sovereign Bankruptcy Study Group*.
- Waibel, M. (2011). Sovereign defaults before international courts and tribunals. *Sovereign Defaults Before International Courts and Tribunals*, 1–371. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511974922>



PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

Yenssy Milena Flechas

PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

Resumen

Autor: Yenssy Milena Flechas

Abogada. Especialista en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho Informático y de las Nuevas Tecnologías. Especialista en Docencia Universitaria. Especialista en Administración de Justicia. Magister en Derecho- Línea de Investigación en Derecho de Tic's, e-evidence y Protección de Datos Personales. Jueza Segunda Administrativa de Zipaquirá en propiedad.

La jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia no ha permanecido indiferente ante la revolución digital que caracteriza al mundo en la tercera década del siglo XXI. La Inteligencia Artificial -a partir de ahora IA- ha adquirido un papel fundamental como herramienta de transformación en diversos ámbitos de la sociedad, incluyendo el ámbito judicial colombiano. A pesar de una baja alfabetización tecnológica en la comunidad jurídica, una persistente resistencia al cambio y las limitaciones en materia de infraestructura, la IA representa una importante oportunidad para mejorar los índices de congestión judicial y mejorar la eficiencia, transparencia y calidad de los procedimientos judiciales.

La IA tiene el potencial de transformar la forma en que las personas acceden a la justicia. Dentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el Consejo de Estado ha liderado iniciativas para fortalecer el uso de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones (TIC) en la gestión de los procesos judiciales. A través de la justicia digital, se logrará una mayor cobertura y calidad en el ejercicio del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

La justicia digital, impulsada por la IA, tiene el potencial de democratizar el acceso a la justicia, reducir los costos y aumentar la eficiencia del sistema judicial colombiano. Es una herramienta poderosa que debe ser utilizada para mejorar la calidad de la justicia en el país.

Palabras Clave

Administración de Justicia, Inteligencia Artificial, Derecho Administrativo, Modernización judicial, Gestión pública, Justicia digital, Automatización de tareas, Alfabetización tecnológica, SAMAI

Abstract

Administrative Litigation Jurisdiction in Colombia has not remained indifferent to the digital revolution that characterizes the world in the third decade of the 21st century. Artificial Intelligence - hereinafter AI - has acquired a fundamental role as a transformation tool in various areas of society, including the Colombian judicial system. Despite low technological literacy in the legal community, persistent resistance to change, and limitations in infrastructure, AI represents a significant opportunity to improve the rates of judicial congestion and to enhance the efficiency, transparency, and quality of judicial procedures.

AI has the potential to transform the way how people access justice. Inside the contentious administrative jurisdiction, the Council of State has led initiatives to strengthen the use of Information and Telecommunications Technologies to manage judicial procedures. Through digital justice, it will be achieved higher coverage and quality in the exercise of the fundamental right of accessing justice administration.

Digital justice, powered by AI, has the potential to democratize access to justice, reduce costs, and increase the efficiency of the Colombian judicial system. It is a powerful tool that must be used to improve the quality of justice in the country.

Keywords

Administration of Justice, Artificial Intelligence, Administrative Law, Judicial Modernization Public, Administration Digital Justice, Task Automation, Technological Literacy, SAMAI

Introducción

El uso de nuevas tecnologías, especialmente de la Inteligencia Artificial, en la Justicia colombiana en la era digital actual, crea un panorama dinámico y complejo. La IA, definida como un conjunto de herramientas tecnológicas que imitan la capacidad cognitiva humana (BARRIOS, 2023), ofrece una amplia gama de oportunidades y desafíos para la administración de justicia. Este artículo busca analizar las posibilidades de la IA en el ámbito legal colombiano, revisando sus conceptos básicos, estado actual y potencialidades dentro de los procedimientos judiciales. Específicamente, se espera que este análisis contribuya a una comprensión crítica de las oportunidades y desafíos que la IA presenta para el futuro de la jurisdicción contencioso-administrativa en la actualidad, impulsando la discusión y el debate sobre su desarrollo.

Como se desarrollará más adelante, la optimización de los procedimientos judiciales es la principal ventaja de la IA. Esta tecnología tiene la capacidad de analizar una gran cantidad de información (como textos legales, leyes, contratos, jurisprudencia, entre otros) para fines de investigación y apoyo, lo que permite identificar patrones y reducir los tiempos de tramitación de los procesos (UNESCO, 2023). Esto se logra a través de programas que utilizan análisis de texto y procesamiento del lenguaje natural, también conocido como procesamiento del lenguaje natural (SAGGION, 2010).

También veremos cómo la IA es una herramienta clave para encontrar soluciones a la congestión judicial. Según MARTINEZ (2012), la aplicación de la IA proporciona una base sólida para la creación de tácticas para abordar este problema importante en el sistema legal. Una de las técnicas prometedoras es la Minería de Datos, que ofrece un enfoque sistemático y efectivo para analizar grandes cantidades de datos legales. Los actores del sistema judicial pueden identificar patrones y tendencias relevantes en la jurisprudencia a través de esta técnica, que también puede proporcionar información útil para evaluar la viabilidad de casos y facilitar la toma de decisiones estratégicas (RIQUELME, 2006).

Los programas informáticos conocidos como sistemas expertos utilizan reglas y conocimientos legales específicos para apoyar la redacción de documentos legales. Estos sistemas tienen la capacidad de realizar análisis predictivos y ofrecer sugerencias basadas en casos anteriores y jurisprudencia relevante, lo que agiliza el proceso de investigación y permite a los abogados y jueces tomar decisiones más razonables, un ejemplo lo presenta PINOCHET (2003) respecto al uso de sistemas informáticos expertos en la toma de decisiones.

Otro concepto interesante a tener en cuenta es el de Big Data, entendida como un conjunto de datos masivos y complejos que pueden ser analizados para extraer información y patrones usando la IA. Esta tecnología puede

extraer patrones e información adicional de estos datos, lo que permite su análisis. Esto tiene una serie de ventajas para la justicia, como lo mencionó SEGURA (2023). Podría predecirse el éxito o el fracaso de una demanda utilizando información histórica, lo que ayudaría a los jueces a tomar decisiones más acertadas. Además, podría automatizar tareas repetitivas como revisar documentos legales o buscar jurisprudencia, lo que permitiría a los jueces dedicar más tiempo a casos complejos.

En todo el mundo, existen casos exitosos en los que la inteligencia artificial se emplea para mejorar la efectividad y la eficiencia en la toma de decisiones judiciales. Argentina, particularmente en la provincia de Río Negro, es un ejemplo notable, donde su Tribunal Superior de Justicia declaró en septiembre de 2023 que se emitieron casi seis mil fallos gracias a un sistema de IA. Este sistema se usa en procesos estandarizados y repetitivos, reemplazando la revisión formal de antecedentes y dejando al juez la responsabilidad de fundamentar sus decisiones (INFOBAE, 2023).

Canadá también ha realizado avances e inversiones significativas para mejorar su sistema judicial. El gobierno de Ontario lo utiliza para prever la delincuencia en áreas específicas, mientras que el gobierno federal lo emplea para detectar fraudes en los sistemas de justicia civil y criminal. En 2019, el gobierno canadiense emitió una Directiva sobre la toma de decisiones

automatizada (GOBIERNO DE CANADÁ, 2023), con el objetivo de armonizar la implementación de estas tecnologías en las decisiones administrativas, manteniendo los principios de equidad procesal, transparencia, rendición de cuentas y legalidad.

Otros casos recientes incluyen Estados Unidos, donde el sistema de justicia penal de Florida utilizó el algoritmo COMPAS, un algoritmo de IA, para determinar si los acusados deben ser liberados bajo fianza o encarcelados antes del juicio, como lo detalla AVELLA, 2022. El sistema de justicia civil de Shanghái en China utiliza la IA para resolver casos de pequeñas reclamaciones de manera rápida y eficiente, sin intervención humana. Por su parte, el sistema de justicia penal de Estonia utiliza la IA para analizar datos de antecedentes penales, lo que ayuda a identificar a los delincuentes con mayor probabilidad de reincidir (CARDENAS, 2021).

La Unión Europea ha desarrollado la Carta Ética Europea sobre el uso de la IA en los sistemas judiciales y su entorno. Este documento establece un marco ético para el uso de la IA en los tribunales y su contexto, con el objetivo principal de garantizar que la tecnología se utilice de manera equitativa, clara y no discriminatoria (SEGURA, 2023).

En el año 2020, el Gobierno brasileño emitió la Resolución 332 del Conselho Nacional de Justiça, un hito que establece estándares de ética, transparencia y buen

gobierno para la producción y uso de IA en el ámbito del Poder Judicial. Esta resolución define principios éticos, mecanismos de transparencia y promueve el buen gobierno para asegurar prácticas justas, transparentes y responsables en el uso de la IA. La implementación de la Resolución 332 garantiza un uso justo, transparente y responsable de la IA en beneficio tanto del sistema judicial como de la sociedad, marcando un progreso significativo en la regulación del ámbito judicial en Brasil (SEGURA, 2023).

Como es evidente, la implementación de la Inteligencia Artificial en el ámbito judicial está generando una transformación significativa en la gestión de casos y la toma de decisiones, lo que conlleva a una mejora notable en el trámite de los procesos judiciales a nivel global.

Metodología

La metodología empleada para esta reflexión se basó en un enfoque analítico y crítico. Se llevó a cabo una revisión exhaustiva de la literatura existente sobre el impacto de la IA en la administración de justicia, con el propósito de identificar las oportunidades y desafíos específicos que esta intersección plantea dentro de nuestra jurisdicción. Se realizaron análisis detallados de casos de aplicación de la IA en el ámbito legal colombiano e internacional, examinando cómo esta tecnología puede optimizar los procedimientos judiciales y mejorar la eficiencia en la resolución de casos.

Estos hallazgos se derivan tanto de la experiencia práctica en la jurisdicción contencioso-administrativa como de una investigación exhaustiva sobre las diversas herramientas de Inteligencia Artificial aplicadas en el ámbito legal colombiano. A través de esta combinación de experiencia práctica y análisis investigativo, se logró obtener una visión integral de cómo la IA está siendo implementada y percibida en el sistema judicial del país. Se identificaron tanto sus beneficios potenciales como los desafíos que deben abordarse para una adopción efectiva y ética de esta tecnología en la administración de justicia.

Antecedentes en Colombia

Dos herramientas de IA han sido implementadas por la Corte Constitucional de Colombia: Prometea y Pretoria. Estas aplicaciones, basadas en una plataforma desarrollada en Argentina, tienen la capacidad de procesar cientos de sentencias en cuestión de segundos, seleccionando los casos más pertinentes y organizándolos según criterios prioritarios.

Esta tecnología ha contribuido significativamente a la gestión de las tutelas por parte de la Corte, permitiendo tiempos de respuesta más cortos y garantizando un acceso más equitativo a la justicia. Prometea y Pretoria ejemplifican el potencial de la IA para mejorar el sistema judicial y representan un avance importante en la modernización de la Corte (UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, 2022).

En el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico, Caquetá, se implementó la iniciativa ArIA, marcando un avance significativo en la modernización y eficiencia del sistema judicial colombiano. ArIA demostró el potencial de la IA para la administración de justicia, al automatizar tareas y servir como asistente virtual para la atención de usuarios. Es importante destacar que, aunque este sistema se suspendió en 2021 para dar paso a nuevas tecnologías, sigue siendo un referente importante. La evolución se alinea con la idea de un „Juzgado Digital“ y con la búsqueda de una justicia más flexible y efectiva. El valor de ArIA como herramienta innovadora para la transformación del sistema judicial colombiano no se ve afectado por los obstáculos que presenta, como la capacitación del personal y la

adaptación a las necesidades del juzgado (UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, 2022).

En Colombia, el Consejo de Estado ha tomado la iniciativa de incorporar la IA en sus procesos. Las Secciones Primera y Quinta iniciaron dos proyectos piloto de IA en 2021 para mejorar la gestión de casos relacionados con marcas y patentes y nulidad electoral (ÁMBITO JURÍDICO, 2023).

Además, se ha creado „Mi Relatoría“, un proyecto colaborativo con la Universidad Santo Tomás que busca mejorar el sistema de información judicial mediante el uso de machine learning y estadística computacional. Esta herramienta tiene como objetivo ayudar a la ciudadanía y a la jurisdicción al facilitar el acceso a la información y acelerar los procesos.

La capacidad de “Mi Relatoría” se destaca por su capacidad para automatizar la titulación de providencias, lo que significa que puede generar títulos y resúmenes precisos de las sentencias del Consejo de Estado. Esta herramienta no solo ayuda a la comunidad jurídica a encontrar información, sino que también facilita el trabajo de los jueces administrativos al brindarles instrucciones claras para tomar decisiones.

Las medidas tomadas por el Consejo de Estado en relación con la IA son un paso significativo hacia la modernización del sistema judicial en Colombia. Estas tecnologías mejoran la transparencia y el

acceso a la justicia, consolidando a esta Corporación como líder en la adopción de soluciones innovadoras de gestión pública.

De hecho, la implementación de SAMAI que ha sido liderada por el Consejo de Estado, está marcando un hito en la administración de justicia del país. SAMAI es un sistema integral para la gestión de procesos judiciales, abarcando desde la divulgación de información a la ciudadanía hasta la ejecución de cada procedimiento judicial, incluyendo la firma digital de las providencias y las notificaciones, como lo detalla MEJÍA & RESTREPO, 2023.

SAMAI aborda todos los aspectos de la ejecución de los procedimientos judiciales, como las notificaciones y la firma digital de las providencias, así como la consulta y descarga de expedientes electrónicos. Además, se está trabajando en la implementación de ventanillas virtuales de atención para mejorar la accesibilidad y eficiencia de la justicia.

El Despacho 01 del Tribunal Administrativo del Magdalena, dirigido por la Magistrada Victoria Quiñonez, ha sido pionero en la implementación de tecnologías de la información y comunicación (TIC) en la administración judicial. Este despacho realizó con éxito la primera audiencia judicial completa del país en el metaverso el 15 de febrero de 2023, con la aprobación de ambas partes y del Ministerio Público (VALENCIA, 2022).

Entre los beneficios de estas actividades se destaca la

promoción de la participación global en la administración de justicia, superando las barreras geográficas. Sin embargo, persisten preocupaciones como la exclusión digital y la falta de interacción humana.

El sistema permite la implementación de medidas adicionales de cifrado y autenticación en cuanto a la seguridad cibernética para salvaguardar la información y proteger la privacidad de los involucrados.

En el contexto colombiano, ya se han registrado casos donde la IA ha respaldado la toma de decisiones judiciales. Por ejemplo, un juez laboral en Cartagena incorporó en una providencia la metodología respaldada por ChatGPT en el análisis de miles de sentencias relacionadas con la protección en salud de las personas con autismo. Este uso marca un avance significativo en la utilización de la IA en el sistema judicial colombiano, al convertirse en una herramienta que permite a los jueces tomar decisiones más informadas y equitativas, además de contribuir a la reducción de costos y a la agilización del proceso judicial. Es importante destacar que la IA no reemplaza a los jueces, quienes mantienen la responsabilidad de evaluar los resultados proporcionados y tomar la decisión final. Este caso ejemplifica cómo la IA tiene el potencial de mejorar el sistema judicial al hacerlo más eficiente, justo y accesible (GUTIÉRREZ, 2022).

La decisión del juez de Cartagena ha sido objeto de críticas. Sin embargo, es importante tener en cuenta que este funcionario, desde un punto de vista formal, llevó a cabo un análisis completo de las sentencias más relevantes sobre el tema para fundamentar su decisión de manera más sólida. Esta puede ser la mejor manera de usar estas herramientas. La incorporación de la metodología de investigación en la providencia judicial se destaca positivamente.

El ámbito judicial está experimentando un aumento en el uso de la IA, con proyectos que examinan su capacidad para desempeñar funciones como relatoría, análisis histórico y predicción de decisiones judiciales. Aunque en algunas naciones este último tema es objeto de discusión. El desarrollo de un software de „juez inteligente“ para calcular el peso probatorio de las pruebas que se encuentra desarrollando la Universidad de Medellín es un ejemplo del progreso de la IA en esta área. Aunque la IA tiene mucho potencial para cambiar el sistema judicial, debe evaluarse cuidadosamente para garantizar la equidad y la justicia (ALVAREZ, 2022).

Se está realizando un importante esfuerzo de concientización tecnológica en los Juzgados Administrativos de Bogotá para mejorar la eficiencia en el ámbito judicial. Se están llevando a cabo proyectos piloto para automatizar la redacción de sentencias judiciales mediante el uso de la tecnología Chat GPT 4.0. Los proyectos tienen como objetivo principal generar una demanda que motive al Consejo Superior de la Judicatura a adquirir un sistema de inteligencia artificial propio de la Rama Judicial. El sistema se alimentaría de las bases de datos de las Relatorías de todas las jurisdicciones, lo que permitiría una mayor agilidad y eficacia en la gestión de casos judiciales.

La Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Universidad de los Andes lideran un programa de capacitación en inteligencia artificial sin precedentes para más de 1200 servidores judiciales en 2024. El objetivo de este curso es mejorar las competencias digitales de los servidores judiciales mediante la aplicación ética y responsable de la IA en la gestión judicial. Se espera que esta iniciativa ayude a establecer una justicia más moderna y efectiva que beneficie a toda la sociedad (UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, 2024).

IA en la práctica legal

Los abogados del siglo XXI deben prepararse y adoptar estas nuevas tecnologías para mantenerse competitivos y eficientes en un entorno legal en constante cambio.

En efecto, las herramientas basadas en IA han cambiado la práctica legal tradicional porque brindan a los profesionales del derecho una serie de ventajas que cambian la forma en que realizan sus tareas. Estas

herramientas son fáciles de usar, desarrolladas y accesibles para todos, lo que las hace más populares y fortalece a la comunidad legal. Muchas de ellas son gratuitas y de acceso libre, y no se necesita mucho esfuerzo para aprender a utilizarlas (ALARCON, 2020). Las herramientas de IA optimizan procesos que antes eran lentos y costosos y mejoran el acceso a datos relevantes al igual que facilitan la redacción de documentos legales mediante la utilización de contenidos y formatos predefinidos por el usuario, así como la corrección de errores y ambigüedades en dichos documentos.

La evolución de estas herramientas es notable. Mientras que gigantes de la tecnología como Netflix, Twitter e Instagram tardaron años en alcanzar un millón de suscriptores, ChatGPT logró la misma cantidad en tan solo cinco días (EL MUNDO, 2023). Este rápido crecimiento resalta la velocidad y accesibilidad de estas herramientas.

Para aprovechar al máximo estas oportunidades, es fundamental contar con alfabetización tecnológica. Afortunadamente, existen recursos gratuitos como los MOOCs (cursos en línea masivos y abiertos) en todas las áreas del conocimiento, y motores de búsqueda académicos que facilitan el aprendizaje. Además, repositorios académicos y portales educativos ofrecen información valiosa para aquellos que deseen familiarizarse con estas herramientas y maximizar su utilidad en el ámbito legal.

Además de explorar estas posibilidades de capacitación abiertas, una buena práctica es realizar aprendizaje autónomo en temas relacionados con nuevas tecnologías. Un tema básico en IA, es la ingeniería de prompt. Esto se relaciona con las habilidades para dar instrucciones efectivas a la IA en nuestro beneficio, o, en otras palabras, aprender a formular las preguntas adecuadas.

La IA tiene muchas aplicaciones en el campo legal, incluida la capacidad de prever resultados futuros y brindar asistencia inicial a través de chatbots. Además, ayuda en la creación automática de documentos legales convencionales y juega un papel importante en la detección de tendencias que pueden atraer a posibles clientes. Estos avances mejoran el sistema judicial y todas las disciplinas del derecho, lo que mejora la toma de decisiones y la eficacia de la práctica legal.

Es importante mencionar el término „Legal Tech“, que se refiere al uso de la tecnología para mejorar la práctica legal. Esto incluye el uso de software, aplicaciones, dispositivos móviles y otras tecnologías para automatizar tareas, aumentar la eficacia y la eficiencia, y proporcionar información y análisis. Una de las principales tecnologías que están impulsando el desarrollo de la tecnología legal son los mecanismos de IA. Este enfoque innovador del derecho representa el futuro de la profesión legal y destaca la idea de que los abogados no desaparecerán, sino que se especializarán en el uso y aplicación de estas

nuevas herramientas tecnológicas (CARDENAS, 2022).

Esta nueva visión de las nuevas tecnologías lo que pretende es rediseñar los modelos de negocio, y para nuestro caso, busca que el ejercicio del derecho se optimice y se transforme hacia los requerimientos de la sociedad digital actual. Estos procesos son más eficientes, rápidos, baratos y atractivos. En muchos sectores de la sociedad, la tecnología hoy en día es la principal ventaja competitiva, y el derecho obviamente se encuentra entre ellos.

Las oficinas de abogados tradicionales están evolucionando hacia las Legal Tech. Estas empresas legales utilizan la tecnología para brindar servicios legales de manera más eficiente, fácil y económica que las oficinas de abogados tradicionales. Lo anterior usando tecnologías con IA, como el blockchain y el aprendizaje automático, que les permiten automatizar tareas, proporcionar información y análisis predictivo y agilizar la conexión entre clientes y abogados. Así, se reducen los costos legales, se aumenta la accesibilidad a la justicia y se mejora la eficiencia de los servicios prestados. Hoy en día, esta modalidad de negocio está revolucionando el sector legal al ofrecer una opción más sofisticada y eficiente a los servicios legales convencionales.

ChatGPT puede ser el primer paso en el uso cotidiano de la IA, con opciones desde la creación y organización de texto, traducción a cualquier idioma e incluso

respecto de la escritura de varios tipos de contenido creativo sencillo. Sin embargo, el usuario debe tener en cuenta que ChatGPT es solo uno de los modelos de lenguaje desarrollados por la empresa OpenAI, y que ha evolucionado a GPT-3, GPT-3.5 y GPT-4. El uso completo de las funcionalidades de ChatGPT requiere una suscripción paga. Otras opciones similares son Perplexity AI, Jasper Chat, YouChat o Socratic.

Una alternativa eficiente fue Bard, hoy Gemini, que fue desarrollado por Google, o también Bing Chat, que se usa desde el explorador de Bing. También son funcionales las extensiones de Google Chrome ChatGPT for Google, OpenAI Translator o Grammarly. Y para el uso diario, las aplicaciones para WhatsApp LuzIA o Truora Chat GpT.

Para la revisión de documentos PDF, que permiten la generación de resúmenes, chats sobre el contenido del mismo, o la revisión gramatical y ortográfica, algunas de las herramientas más utilizadas son Humata, PDF AI, Adobe Acrobat Pro, Paperpile, Grammarly, Hemingway Editor y ProWritingAid.

Además, existen alternativas avanzadas en desarrollo, como LaMDA o Jasper (anteriormente conocido como Jarvis), que son modelos de lenguaje objetivo y creativo de Google AI, respectivamente. LaMDA se destaca por su capacidad para generar texto basado en hechos, mientras que Jasper sobresale en la creación de contenido imaginativo. Por su parte, Microsoft está desarrollando Copilot, una herramienta que tiene como objetivo desempeñar el papel de asistente virtual en las funciones de Office 365. Copilot cuenta con funciones de edición y generación de texto avanzadas, además de ofrecer respuestas informativas a preguntas con la ayuda de la IA.

Ahora bien, a pesar de que muchas personas asocian la IA con ChatGPT, es importante destacar que en el ámbito legal existen numerosas herramientas que incorporan esta tecnología y resultan de gran utilidad para la práctica jurídica. La mayoría de estas herramientas ofrecen opciones gratuitas, aunque con ciertas limitaciones.

Algunos ejemplos de estas utilidades son: Wardiam: proporciona asesoría legal empleando la IA; Google Scholar: brinda acceso a una amplia variedad de artículos, libros y otros recursos jurídicos; CaseTracking: permite a los abogados gestionar sus casos, realizar seguimiento de plazos y administrar las relaciones con sus clientes.

En los Estados Unidos, herramientas notables como Lexpredict, ROSS Intelligence (la cual ya está fuera de producción desde el 2021 por un conflicto con Thomson Reuters), Lex Machina y LegalSifter gozan de una sólida reputación en este escenario.

Gestión Pública e IA

La integración de la Inteligencia Artificial (IA) en la gestión pública puede aumentar la eficiencia de los procesos y la gestión de recursos. Aunque la IA no debe ser el tema principal de las tareas legales y administrativas, su función como herramienta adicional es fundamental para liberar tiempo tanto para los servidores públicos como para los ciudadanos. El desarrollo de aplicaciones y herramientas de IA mejora los procesos gubernamentales al garantizar principios como la eficiencia económica, la publicidad, la transparencia y el acceso a la información. (DELGADO, 2021)

Desde la perspectiva del ciudadano, la IA facilita la interacción con el Estado al brindar asesoramiento legal básico y automatizar procesos como la presentación de Peticiones, Quejas y Reclamos (PQRs). El uso de asistentes virtuales y chatbots mejora el servicio al cliente y la atención ciudadana, al tiempo que optimiza los recursos físicos, financieros y humanos, reduciendo la probabilidad de que los conflictos lleguen a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La capacidad de la IA para realizar un análisis de datos rápido y completo es esencial para la toma de decisiones. La IA puede prever los efectos económicos y sociales de diferentes políticas en situaciones que involucran regulaciones industriales o gestión de recursos naturales, lo que ayuda a una toma de decisiones más sólida y transparente.

Por ejemplo, como lo indica SÁNCHEZ (2022), la IA puede ayudar en el ámbito de la salud a diagnosticar enfermedades con mayor precisión, personalizar el tratamiento para cada paciente, optimizar la gestión de registros médicos y crear nuevos medicamentos. El transporte público puede utilizar la IA para predecir la demanda de pasajeros, optimizar la frecuencia de los servicios y mejorar la planificación de rutas. La IA puede detectar necesidades especiales y personalizar el aprendizaje para cada estudiante en la educación. Además, puede usarse en la contratación estatal para agilizar los procesos, reducir la burocracia y garantizar la transparencia en la selección de proveedores. Como puede verse, la IA tiene la capacidad de transformar la forma en que se brindan los servicios públicos, mejorándolos en términos de eficiencia, facilidad de acceso y calidad para todos.

En relación con la transparencia de la gestión pública, la automatización de la gestión de registros y documentos, junto con la capacidad de búsqueda y análisis de datos, contribuye a mejorar el acceso de los ciudadanos y profesionales del derecho a la información gubernamental. Al optimizar los procesos administrativos, desde la asignación de presupuestos hasta la planificación de proyectos, la IA ayuda a prevenir el derroche de recursos y asegura un uso responsable y eficiente de los fondos públicos.

Retos y Oportunidades

En Colombia, la combinación de la IA y el Derecho Administrativo presenta importantes desafíos y oportunidades. Es fundamental comprender que la inteligencia artificial no es una solución instantánea a todos los problemas de la justicia. En cambio, es una herramienta valiosa que puede mejorar significativamente la eficiencia, eficacia, calidad y accesibilidad del sistema judicial.

La infraestructura tecnológica es uno de los principales desafíos que se enfrentan. Todavía existen máquinas con especificaciones insuficientes y limitaciones en la conectividad a Internet, tanto en áreas urbanas como rurales, a pesar de los avances en IA. Esta disparidad tecnológica destaca la brecha digital que debe resolverse para garantizar que la IA beneficie a todos, especialmente a aquellos con recursos limitados.

Además, existen más desafíos relacionados con implicaciones éticas y legales, especialmente en lo que concierne a la protección de la privacidad y la seguridad de la información. Estos temas deben ser abordados mediante una normativa clara que garantice su supervisión y regulación adecuadas.

Es fundamental comprender que la aplicación efectiva de la IA en el derecho administrativo requiere un enfoque cuidadoso e investigación continua. Aunque la IA puede ayudar en la resolución de casos complejos y la agilización de procesos, su éxito depende de una comprensión profunda de sus aplicaciones y limitaciones.

La IA tiene el potencial de lograr una transformación efectiva del Derecho Administrativo en Colombia. Sin embargo, este cambio debe ir de la mano con inversiones en infraestructura tecnológica y esfuerzos para garantizar un acceso equitativo. Para avanzar hacia un sistema de justicia más eficiente y accesible, la investigación y la capacitación son esenciales. Se requiere un esfuerzo considerable para superar la resistencia al cambio que puede surgir con la implementación de una justicia digital.

La Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, en colaboración con la Universidad de los Andes, ha desarrollado un programa de capacitación sin precedentes en inteligencia artificial para más de 1200 servidores judiciales en el año 2024. Este curso busca brindar las herramientas y conocimientos necesarios para la aplicación ética y responsable de la IA en la gestión judicial, con el objetivo de fortalecer las competencias digitales de los servidores judiciales y mejorar la eficiencia y transparencia de la justicia en Colombia. Se espera que esta iniciativa contribuya a la consolidación de una justicia más moderna y eficiente en beneficio de toda la sociedad.

Conclusiones

El impacto de la inteligencia artificial (IA) está ganando relevancia en diversos ámbitos en la actualidad, incluidos los sistemas judiciales. Aunque su adopción en el país aún es limitada, es muy probable que en los próximos años se convierta en una herramienta indispensable para la gestión de la justicia. Por ende, resulta vital considerar detenidamente los desafíos y riesgos asociados con esta tecnología.

La IA tiene el potencial de mejorar la eficiencia y la eficacia del sistema judicial al automatizar tareas repetitivas y permitir que los jueces se concentren en decisiones más complejas. Asimismo, puede beneficiar a los ciudadanos al acortar los tiempos de resolución de casos. Sin embargo, su integración también plantea importantes preocupaciones éticas. Por ello, este proceso requiere no solo capacitación en aspectos tecnológicos, sino también un uso responsable que considere criterios como la necesidad, la utilidad, la verificación de fuentes y la protección de garantías fundamentales.

Es esencial abordar los desafíos relacionados con la protección de la privacidad y la seguridad de la información, estableciendo una normativa clara para su supervisión y regulación adecuadas. Otro reto importante consiste en evitar la discriminación, ya que los sistemas de IA pueden estar sesgados debido a que se alimentan de datos humanos, lo que puede conducir a resultados injustos. Por ello, se deben implementar medidas para prevenir el uso de la IA en temas sensibles que puedan generar discriminación, como por ejemplo en la selección de candidatos a un empleo.

Por tanto, el desarrollo de sistemas de IA debe ser transparente y comprensible, permitiendo que tanto los servidores judiciales como los ciudadanos entiendan claramente cómo se toman las decisiones judiciales. Se deben establecer normas y protocolos que regulen su uso, asegurando que sea responsable y ético. La capacidad analítica y la interpretación ética del derecho seguirán siendo responsabilidades humanas fundamentales.

Así, si bien la administración de justicia tiene un gran potencial para beneficiarse de la IA, es muy importante ser conscientes de los desafíos y riesgos asociados para garantizar su uso efectivo. La alfabetización tecnológica, junto con políticas que fomenten la igualdad, la inclusión y la protección de la salud mental de los usuarios, son aspectos fundamentales en este proceso. Para lograr una transformación efectiva del procedimiento judicial, se necesita invertir en infraestructura tecnológica y promover un acceso equitativo a la justicia. La capacitación y la investigación son pilares fundamentales para superar la resistencia al cambio y consolidar una justicia más moderna y eficiente en beneficio de la sociedad colombiana.

La implementación efectiva de la Inteligencia Artificial (IA) en la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia es de suma importancia debido a las particularidades de este ámbito legal y su importante papel en la protección de los intereses relacionados con los conflictos con el Estado. Adoptar un enfoque meticuloso y llevar a cabo investigaciones continuas es fundamental para aprovechar al máximo el potencial de la IA en la resolución de conflictos legales dentro de este contexto específico. La IA ofrece la oportunidad de agilizar la gestión de casos complejos, disminuyendo plazos de resolución y contribuyendo a la calidad de las decisiones judiciales.

Para garantizar su uso ético y efectivo dentro de esta jurisdicción, es imprescindible comprender a fondo tanto las posibilidades como las limitaciones de esta tecnología. La capacitación especializada y la actualización constante en las aplicaciones de la IA en el ámbito judicial y su aplicación específica dentro del Derecho Administrativo, son esenciales para asegurar que su implementación sea exitosa para la administración de justicia.

Bibliografía

- Alarcón Peña, Andrea & Villalba - Cuéllar, Juan Carlos & Mongua, Javier. (2020). La IA y su impacto en la enseñanza y el ejercicio del derecho. *Prolegómenos Derechos y Valores*, XXII (44), 7-10 <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/4353>
- Álvarez Restrepo, D. (2022). Asistir al juez con IA, una innovación para la justicia. *Apropia*, (6), 8-10. Recuperado a partir de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/apropia/article/view/4414>
- Ámbito Jurídico. (2023, 14 de noviembre). La implementación de IA en el Consejo de Estado. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/tic/la-implementacion-de-inteligencia-artificial-en-el-consejo-de-estado>
- Avella, M. del P. R., Sanabria-Moyano, J. E., & Dinas-Hurtado, K. (2022). Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 8(1), 275–310. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.615>
- Barrios, Iván. (2023). IA y redacción científica: aspectos éticos en el uso de las nuevas tecnologías. *Medicina clínica y social*, 7(2), 46-47. Epub August 00, 2023. <https://doi.org/10.52379/mcs.v7i2.278>
- Cárdenas E.R., Molano V.M. (2021) Un estudio sobre la posibilidad de aplicar la IA en las decisiones judiciales *Revista Direito GV*, 17 (1), art. no. e2101, recuperado el 2 de marzo de 2024 en <https://doi.org/10.1590/2317-6172202101>
- Cárdenas, Erick & Molano, Valeria. (2022). Contratos inteligentes y automatización como desarrollos aplicados del legaltech en Colombia. *Revista Direito GV*. 18. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202211>
- Consejo de Estado. (2023, 2 de junio). IA y Administración de Justicia. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=Vdn0SdSBjk8>
- Consejo de Estado. (s. f.). Buscador de jurisprudencia. <https://www.consejodeestado.gov.co/buscador-de-jurisprudencia2/index.htm>
- Corvalán, J. G., (2018). IA: retos, desafíos y oportunidades - Prometea: la primera IA de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigações Constitucionais*, 5(1), 295-316. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55334>
- Delgado Saldívar, Daniel. (2021). Inteligencia Artificial, gestión pública y síndrome de la rana hervida. *Biolex*, 13, e218. Epub 21 de febrero de 2022. <https://doi.org/10.36796/biolex.v13i12%20ene-jun.218>
- El Mundo. (2023, 24 de febrero). El inesperado milagro de ChatGPT: crece más rápido que TikTok y cuenta ya con cientos de millones de usuarios. Recuperado de <https://www.elmundo.es/tecnologia/2023/02/24/63f8edfd6c8392358b459b.html>
- Gobierno de Canadá. (2023). Directive on Automated Decision-Making. Treasury Board of Canada Secretariat: <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>
- Gutiérrez-Cely, J. D. (2022). La IA como medio de prueba: análisis de su admisibilidad en el proceso civil colombiano (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana). <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/65686/LA%20IA%20COMO%20MEDIO%20DE%20PRUEBA%20VF.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- Idealex.press. (2023, 1 de agosto). Pretoria y Prometea unen esfuerzos en el desarrollo de IA. Idealex.press. <https://idealex.press/pretoria-y-prometea-unen-esfuerzos-en-el-desarrollo-de-inteligencia-artificial/>
- Infobae. (2023, 2 de octubre). La justicia de Río Negro dictó seis mil fallos con IA. Infobae: <https://www.infobae.com/judiciales/2023/10/02/la-justicia-de-rio-negro-dicto-seis-mil-fallos-con-inteligencia-artificial/>
- Jalón Arias, Edmundo, Ponce Ruiz, Dionisio, Arandia, Juan Carlos, & Arrias Añez, Julio César. (2021). Las limitaciones de la aplicación de la IA al derecho y el futuro de la educación jurídica. *Conrado*, 17(83), 439-450. Epub 10 de diciembre de 2021. Recuperado en 20 de mayo de 2023, de: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-86442021000600439&lng=es&tlng=es
- López, B. (2017). Introducción a la IA. Instituto Tecnológico de Nuevo Laredo. México. Recuperado el 19 de febrero de 2020 en: <http://itnuevolaredo.edu.mx/takeyas/Articulos/Inteligencia%20Artificial/ARTICULO%20Introduccion%20a%20la%20Inteligencia%20Artificial.pdf>
- Martínez Bahena, G.C. (2012). La IA y su aplicación al campo del derecho. *Alegatos*, (82), 827-846. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf>
- Mejía Azuero, Jean Carlo, & Restrepo Ramírez, Alexander. (2023). Transición digital en la formación y práctica judicial: beneficios y desafíos. *Revista de Derecho*, (60), 90-108. Epub February 13, 2024. <https://doi.org/10.14482/dere.60.001.416>
- Pinochet Olave, Ruperto. (2003). Los sistemas informáticos expertos de toma de decisiones y la voluntad como elemento de validez del negocio jurídico. *Ius et Praxis*, 9(2), 161-184. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000200005>
- Riquelme, J. C., Ruiz, R., & Gilbert, K. (2006). Minería de Datos: Conceptos y Tendencias. *IA. Revista Iberoamericana de IA*, 10(29), 11-18. [fecha de Consulta 2 de Marzo de 2024]. ISSN: 1137-3601. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=92502902>
- Saggion, Horacio. (2010). Procesamiento de Lenguaje Natural para el Análisis de Lenguaje Subjetivo. *Subjetividad y procesos cognitivos*, 14(2), 247-259. Recuperado en 01 de marzo de 2024, de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-73102010000200019&lng=es&tlng=es
- Sánchez Acevedo, Marco Emilio. (2022). La IA en el sector público y su límite respecto de los derechos fundamentales. *Estudios constitucionales*, 20(2), 257-284. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002022000200257>
- Sánchez Acevedo, Marco Emilio. (2022). La inteligencia artificial en el sector público y su límite respecto de los derechos fundamentales. *Estudios constitucionales*, 20(2), 257-284. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002022000200257>
- Segura, Romina Estefania. (2023). IA y administración de justicia: desafíos derivados del contexto latinoamericano. *Revista de Bioética y Derecho*, (58), 45-72. Epub 25 de septiembre de 2023. <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2023.58.40601>
- UNESCO. (2023, 14 de noviembre). La IA y el Estado de Derecho: Curso online masivo y abierto (MOOC) para operadores judiciales. [Página web]. <https://www.unesco.org/es/artificial-intelligence/rule-law/mooc-judges>
- Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. (2018). La IA y el futuro del derecho: análisis de algunos desafíos y oportunidades. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/2c698c48-5e8e-4dc5-a63a-d29b978c35a5/content>
- Universidad de los Andes. (2024, 8 de febrero). Lanzamiento oficial del curso de inteligencia artificial para la administración de justicia. [Gobierno Uniandes]. <https://gobierno.uniandes.edu.co/es/noticia/lanzamiento-oficial-del-curso-de-inteligencia-artificial-para-la-administraci%C3%B3n-de-justicia>
- Valencia, D. A. (2022). La era de las máquinas: la toma de decisiones en la jurisdicción contenciosa administrativa [tesis de maestría, Universidad Pontificia Bolivariana]. <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/10684/La%20era%20de%20las%20m%C3%A1quinas%20la%20toma%20de%20decisiones%20en%20la%20jurisdicci%C3%B3n%20contenciosa%20administrativa.pdf?sequence=1>



UNIVERSIDAD
SANTO TOMÁS
— VILLAVICENCIO —

