



# Criterio

## *Jurídico*

# Criterio

## *Jurídico*



Pontificia Universidad  
**JAVERIANA**  
Cali

VIGILADA MINEDUCACIÓN Res. 12220 de 2016



Pontificia Universidad  
**JAVERIANA**  
Cali

VIGILADA MINEDUCACIÓN Res. 12220 de 2016

**Rector**

Luis Felipe Gómez Restrepo, S.J.

**Vicerrectora Académica**

Ingrid Schuler García, Ph.D.

**Vicerrector del Medio Universitario**

Luis Alfonso Castellanos, S.J.

**Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales**

**Decana Académica**

Teresita Sevilla Peñuela, Ph.D.

**Director del Departamento de Ciencia Jurídica y Política**

Carlos Andrés Delvasto, Ph.D.

**Directora del Programa Académico de Derecho**

Carolina Conde Giraldo

**Par Académico Evaluador**

Jairo Vladimir Llano, Ph.D. en Derecho

**Asesor Editorial**

Sebastián Gutiérrez



Periodicidad: Anual

Correspondencia, suscripciones y solicitudes de canje:

Calle 18 No. 118-250, Vía Pance

Santiago de Cali, Valle del Cauca

Pontificia Universidad Javeriana

Teléfonos (57-2) 3218200 Ext. 8202, 8180 • Fax 555 2550

[criteriojuridico@javerianacali.edu.co](mailto:criteriojuridico@javerianacali.edu.co)

<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico>

Formato 17 x 24 cm

Sello Editorial Javeriano Cali

Coordinadora: Claudia Lorena González G.

Asistente editorial: Jennifer Ramírez Martínez

©Derechos Reservados

©Sello Editorial Javeriano

Corrección de estilo: Nathalia Herrera Rodríguez

Concepto gráfico: Edith Valencia F.

# ÍNDICE



- 5**    **Prólogo**
- 9**    **Tutela contra tutela, como garante del cumplimiento de una acción constitucional**  
Oslyn Mayerly Osorio Duarte
- 25**    **La Sentencia C-252/2019: Urbi ET Orbi**  
Nicolás Lozada
- 51**    **El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal. Alcance del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho vs. el control automático de legalidad. ¿Verdaderas garantías para los administrados y efectiva recuperación del patrimonio público?**  
Karen Andrea Pinto Guarguati
- 77**    **Protección penal al medio ambiente y una nueva propuesta ecocentrista**  
Santiago Loaiza González
- 91**    **Trasplante legal en materia de áreas naturales protegidas: conflictos socioambientales de comunidades étnicas y campesinas**  
Alejandra Ramírez López



# PRÓLOGO



La Pontificia Universidad Javeriana, con su sede central en Bogotá y seccional en Cali, ocupó en “The Impact Ranking 2023”, el primer lugar entre 24 instituciones de educación superior del país en la clasificación relacionada con el trabajado por alcanzar el cubrimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU. Los ODS mejor puntuados en el caso de la Universidad Javeriana son el ODS 16: Paz, justicia e instituciones fuertes, el ODS 6: Agua limpia y saneamiento y el ODS 3: Salud y bienestar y ODS 13: Acción por el clima.

En esta ocasión la revista Criterio Jurídico presenta a la comunidad académica, cinco artículos elaborados por profesores y estudiantes de derecho, que desde distintas áreas jurídicas y desde diferentes perspectivas de análisis, hacen referencia a los ODS. Así, los artículos temáticamente se agrupan en las áreas de derecho constitucional, administrativo, control jurisdiccional y derecho ambiental.

Los artículos que jurídicamente tratan el tema derecho ambiental, se abordan, de una parte, desde la necesidad técnica de un cambio de enfoque en materia penal para perseguir los delitos contra la naturaleza y el medio ambiente. De otra parte, desde la constante discusión de la conveniencia o no conveniencia de la adopción, por parte de los países periféricos, de la normativa proveniente de los centros de producción jurídica, que en general coinciden con los centros de poder económico, político y militar. No poca atención, además, se debe prestar a las diferencias culturales entre quienes habitan los países centros de poder y quienes habitan los países periféricos.

Para Loaiza, S., en Protección penal al medio ambiente y una nueva propuesta ecocentrista, se debe abandonar el enfoque antropocentrista

del *Ius Puniendi* para el castigo de los comportamientos violentos contra el medio ambiente. En su lugar, propone una legislación penal con un enfoque ecocentrista. Es decir, centrado en la naturaleza. En tal sentido, la legislación penal colombiana deberá tener en “consideración el valor inherente de los elementos naturales y que propenda por un pensamiento de una vida en comunidad de igualdad entre el ser humano y el medio ambiente”. Este cambio de paradigma penal para la defensa del medio ambiente, se constituiría en un modelo de justicia alternativa, en cuanto que busca, en primer lugar, reparar a la naturaleza.

Por su parte, el otro artículo que hace referencia al tema medioambiental, *Trasplante legal en materia de áreas naturales protegidas*. Conflictos socioambientales de comunidades étnicas y campesinas, Ramirez, A., somete a crítica el principio estadounidense en materia de conservación de zonas de reserva natural: “cosmovisión de naturaleza prístina e intocable”. Principio que conlleva, según la autora, a la incompatibilidad entre el componente medio ambiental y el componente humano. De ahí su pregunta de trabajo investigativo: ¿Es constitucionalmente apropiado para el contexto colombiano el trasplante legal derivado de la legislación estadounidense en materia de delimitación de conservación y áreas protegidas? El desarrollo del artículo como sus conclusiones son un intento académico a dar respuesta a la pregunta planteada.

Los artículos que jurídicamente tratan el tema constitucional, se ocupan de la acción constitucional de Tutela y de la institución *Urbi et Orbi*, en la Sentencia SC-252/2019. El primero, se ocupa de un tema de necesidad vital para los ciudadanos, como lo es el cumplimiento de las acciones constitucionales. El segundo, desde las miradas interna y externa, es un estudio de los efectos de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia que declaró la constitucionalidad condicionada de la ley aprobatoria del Tratado Bilateral de Inversiones, suscrito entre Francia y Colombia.

El cumplimiento de las de las decisiones judiciales de las acciones constitucionales, materia de estudio del semillero de investigación de la Corporación Universitaria Republicana, parte de una metodología

analítica-interpretativa del estudio de sentencias. Se ocupa del procedimiento de los jueces constitucionales para el cumplimiento del incidente de desacato. De esta manera, se preguntan si este incidente es el mecanismo idóneo para la ejecución de esta clase de sentencias. O, por el contrario, es la academia el escenario adecuado para debatir y proponer otro u otros mecanismos que hagan eficiente el resultado de las tutelas, como la implantación de un Código procesal Constitucional que contemple la funcionalidad del proceso para accionante-accionado y para los jueces.


El estudio de las consecuencias internas (urbi) y externas (orbi), es la preocupación investigativa de Lozada, N., en el presente artículo. Para el autor, los efectos de la Sentencia C-252 de 2019, que declaró la constitucionalidad condicionada de la ley aprobatoria del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Francia y Colombia, significan un cambio de precedente en relación con los tratados bilaterales de inversiones. Este estudio pretende, además, “reflexionar sobre la importancia que la sentencia podría representar en un nivel macro, esto es, en el Derecho Internacional de las inversiones”.

Por su lado, el artículo de Control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal, es abordado por Pinto. K., desde la pretensión de determinar el alcance de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho vs. el control automático de legalidad. Más específicamente, determinar cuál proceso resulta más apropiado para el aseguramiento de la recuperación del patrimonio público en Colombia sin la afectación de los derechos y garantías de los declarados responsables.

Queda abierta desde ya la invitación a los investigadores del derecho del país para que publiquen sus resultados de investigación, tanto, individuales, como, de grupos en el próximo número de la revista Criterio Jurídico. Las temáticas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU, son una fuente de inspiración investigativa con impacto práctico en la sociedad, el medio ambiente y en la construcción de políticas públicas.







# TUTELA CONTRA TUTELA, COMO GARANTE DEL CUMPLIMIENTO DE UNA ACCIÓN CONSTITUCIONAL

Oslyn Mayerly Osorio Duarte\*

[oslyngodsend@gmail.com](mailto:oslyngodsend@gmail.com)

Corporación Universitaria Republicana



---

\* Abogada especialista en Derecho Comercial de la *Corporación Universitaria Republicana*. Diplomado en Docencia Universitaria de la *Pontificia Universidad Javeriana*. Miembro Activo del Semillero Carlos Gaviria Díaz en representación de la Corporación Universitaria Republicana en Bogotá D.C. Colombia.

## Resumen

La naturaleza del artículo emana en la reflexión, concentrado en los resultados arrojados desde una metodología analítica e interpretativa de varias sentencias de la Corte Constitucional, frente al procedimiento que deben llevar los jueces constitucionales en el cumplimiento del incidente de desacato, argumento que vislumbra el objetivo principal de la investigación, determinando si el mecanismo idóneo para la ejecución, es una tutela contra esa providencia dictada y ejecutoriada por un juez de la República. Siendo, entonces, el incidente de desacato un mecanismo coercitivo y sancionador para ejecutar el fallo de tutela; donde de forma crítica se concluye, que dicho funcionario queda corto para controlar y velar ese derecho fundamental vulnerado, en la inmediatez de un procedimiento sumario, que desde la academia se propone la implantación de un Código Procesal Constitucional que contemple la funcionalidad del proceso tanto para accionante, accionado, como para jueces, en la claridad de los procedimientos dependientes de un órgano autónomo en la jurisdicción de resolver sólo conflictos tipificados en la Carta Política de 1991.

**Palabras claves:** incidente de desacato, tutela, juez constitucional, Carta Política de 1991, Código Procesal Constitucional.

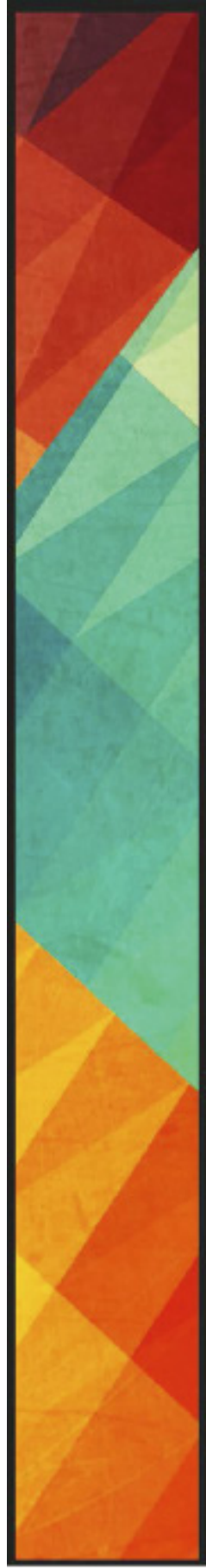
## Abstract

The nature of the article emanates in the reflection, concentrated in the results thrown from an analytical and interpretive methodology of several sentences of the Constitutional Court, in front of the procedure that the constitutional judges must carry out in the



fulfillment of the contempt incident, an argument that dazzles the objective. main part of the investigation, determining yes, the ideal mechanism for the execution, is a guardianship against that order dictated and enforced by a judge of the republic. Being then, the contempt incident a coercive and sanctioning mechanism to execute the guardianship ruling; where critically it is concluded that said official falls short to control and ensure that fundamental right violated, in the immediacy of a summary procedure, that from the academy the implementation of a Constitutional Procedural Code is proposed that contemplates the functionality of the process both for plaintiff, filed, as for judges, in the clarity of the procedures dependent on an autonomous body in the jurisdiction of resolving only conflicts typified in the Political Letter of 1991.

**Keywords:** incident of contempt, guardianship, Constitutional judge, Political Letter of 1991, Constitutional Procedural Code.



## 1. Introducción



El presente documento es realizado desde el Semillero de Investigación Carlos Gaviria Díaz de la Corporación Universitaria Republicana, donde dentro de esos espacios de crecimiento académico se involucran situaciones reales que puedan ser desarrolladas desde una óptica crítica y que genere cambios en el crecimiento de este derecho cambiante de la actualidad.

Dentro de la cotidianidad, muchos ciudadanos mayores de edad en Colombia, seguramente alguna vez, han presentado una tutela en diferentes áreas como la salud, debido proceso, seguridad social, mínimo vital, etc., porque han sentido vulnerados y amenazados sus derechos tipificados en la Constitución de 1991; y en concordancia, su expectativa dentro de la administración de justicia es que ese fallo de tutela, que fue decretado por un juez constitucional, se ejecute dentro de la inmediatez y el cumplimiento integral de la protección de los derechos fundamentales. Es por ello que, en este artículo, se ha querido hacer una profundización en esa ejecución que se debe presentar en el incidente de desacato, para que el accionante pueda realmente sentir satisfecho su derecho vulnerado.

## 2. ¿Qué es el incidente de desacato?

Es necesario mencionar la institución de la tutela para lograr hacer un análisis reflexivo sobre el incidente de desacato, parte esencial dentro de este artículo investigativo.

Definida, entonces, como una acción constitucional de carácter judicial, establecida por la Carta de 1991<sup>1</sup>, cuyo objetivo central es el de proteger de modo inmediato los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, siempre que no exista otro medio ordinario de defensa que resulte eficaz, salvo el caso de configuración del perjuicio irremediable, evento en cual, podrá operar dicha acción como mecanismo transitorio (Quinche, 2010).

Ruego que tiene dos partes: por un lado, se encuentra el accionante, el ciudadano que reclama el derecho, omisión, y/o la existencia de amenaza de violación o de vulneración, y, por otra parte: el accionado, que será la autoridad pública o un particular encargado de la prestación de un servicio o actividad pública, frente a la cual se encuentre en circunstancias de subordinación.

A la postre, dicha petición la puede ejercer cualquier ciudadano en todo momento y lugar, a cualquier autoridad, con características de preferencia y bajo un procedimiento sumario, es la certeza de disponer en un Estado de Derecho y Social, la legitimidad de garantizar derechos fundamentales, que serán amparados por un juez de la República en un tiempo perentorio.

Otros destacados doctrinantes han definido la acción de tutela de la siguiente manera: “acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, dirigida a facilitar el control judicial de los actos y omisiones de los órganos públicos o de los poderes privados que pudieran vulnerar los derechos fundamentales” (Cueto, 2012).

Ahora bien, ¿qué pasa si esa orden judicial no es cumplida? El accionante deberá solicitar que se realice el cumplimiento del fallo de tutela, es entonces cuando surge el incidente de desacato como un instrumento jurídico de carácter procesal (Valderrama, G., 2018).

---

1 Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

En concordancia, surge la temática génesis de este libelo, donde será menester señalar el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991<sup>2</sup> que definió al desacato como aquella sanción que se le impondría al accionado que incumpliere una orden emitida por autoridad judicial en el marco de una acción de tutela, ordenando el pago de una multa hasta por 20 salarios mínimos, además del arresto del infractor hasta por seis meses.

Estos correctivos serán impuestos por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico, quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.

Como se evidencia, en el [Decreto 2591 de 1991](#) no se estableció expresamente un término para que el juez se pronuncie frente al eventual desacato, quedando un vacío que, de acuerdo con el autor de la iniciativa, va en contra de las personas que han sido vulneradas en sus derechos fundamentales, generándose un tiempo indefinido para el cumplimiento del fallo de tutela o la orden judicial (Revista *Ámbito Jurídico*, 2016). Labor que se ha intentado por parte del Senado de la República en un proyecto de ley<sup>3</sup>, que precisaría el término con el que contaría el juez de tutela para resolver el incidente de desacato, el cual no podría superar los 10 días, contados a partir de la presentación del mismo; y que ha sido ratificado por la Corte Constitucional *Sentencia C-367 de 2014*<sup>4</sup>, sin embargo existen casos donde el juez puede exceder dicho término basados en la obligatoriedad de practicar pruebas, en un tiempo razonable teniendo en cuenta la inmediatez de la situación.

En resumen, la misma sentencia Constitucional, enuncia tres circunstancias en las cuales el juez de tutela podrá incumplir el término anteriormente señalado:

---

2 DECRETO LEY 2591 DE 1991 (1991, 19 de noviembre) Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Diario Oficial No. 40.165. *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2591\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html). Consultado 1 de mayo del 2022.

3 Senado de la República, Proyecto de ley 053/16S, Jul. 27/16

4 Sentencia C-367 de 2014 (2014, 11 de junio) Corte Constitucional (MAURICIO GONZÁLEZ CUERVOM.P) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-367-14.htm>. Consultado el 1 de mayo del 2022.

- a. Por necesidad de pruebas que aseguren el derecho de defensa de la persona contra la cual se promueve el incidente.
- b. Por una razón objetiva y razonable que justifique la demora en la práctica de pruebas.
- c. Cuando se trate de sentencias estructurales proferidas por la Corte Constitucional o aquellas para las cuales haya dispuesto un seguimiento a través de salas especiales, cuando de manera excepcional este tribunal se ocupe de hacer cumplir los fallos de tutela.

Dando continuidad a la tarea de fijar el tiempo para resolver el incidente de desacato, la Corte Constitucional publicó el texto definitivo de la sentencia que declaró exequible el inciso 1° del artículo 52 del [Decreto 2591 de 1991](#), y determinó que el incidente de desacato debe resolverse en el término de 10 días; sin embargo, dicha norma no fijó un plazo determinado ni determinable para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de tutela, lo que implica una omisión legislativa relativa (Ámbito Jurídico, 2014)<sup>5</sup>.

Es decir, que al escudriñar las sentencias planteadas no existe la taxatividad para resolver el trámite incidental de desacato como lo tipifica la inmediatez en la Carta Política en la protección de los derechos y el cumplimiento de los fallos, que deben ser no mayores a 10 días.

De otro modo, la *Sentencia T-606 del 2011* determinó el trámite de cumplimiento y el incidente de desacato son los medios idóneos y eficaces para hacer cumplir los fallos de tutela existiendo tres fases:

- i) Una vez dictado el fallo, debe cumplirse sin demora por parte del accionado.
- ii) Si ese fallo no es cumplido dentro de las 48 horas siguientes, el juez se debe dirigir al superior de aquella, para hacerlo cumplir y se inicie un proceso disciplinario.

---

5 Ámbito jurídico. 14 de agosto de 2014. *Esta es la sentencia que determinó que el incidente de desacato se debe resolver en 10 días*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administrativo-y-contratacion/esta-es-la-sentencia-que-determino-que-el-incidente>. Consultado 7 de mayo del 2022.



- iii) Pasadas las 48 horas siguientes y el fallo no ha sido cumplido, el juez ordenará abrir un proceso contra el superior que no hubiera procedido conforme a la decisión de tutela y adoptará directamente las medidas para su cumplimiento. (Subrayado fuera de texto).

Frente a esta última apreciación destacada, se hace evidente realizar una distinción en derecho sustancial versus derecho procesal en el incidente de desacato.

### 3. Derecho sustancial y derecho procesal

El derecho sustancial del incidente de desacato consagra en abstracto los derechos, mientras que el derecho formal o adjetivo establece la forma de la actividad jurisdiccional cuya finalidad es la realización de tales derechos; mientras que el derecho procesal tiene la función instrumental garante del cumplimiento del derecho Sustancial (*Sentencia No. C-029/95*).

Así las cosas, el incidente de desacato contiene el derecho sustancial en el Decreto 2591 de 1991 expuesto en líneas anteriores que, en resumen, es un instrumento del que dispone el juez constitucional para lograr la protección de derechos fundamentales cuya violación ha sido evidenciada a partir de una sentencia de tutela, con el objetivo principal de conseguir que el obligado obedezca la orden allí impuesta y no en la imposición de una sanción en sí misma.

La expresión derecho procesal constitucional tiene tres significaciones, que según varios autores la hacen diferente a las demás áreas del derecho y con una connotación distinta al repercutir e incidir en las decisiones de fondo que tome el juez de tutela, debido a la gran responsabilidad que tiene este servidor público para hacer congruente su decisión con la Constitución Política<sup>6</sup>.

---

6 "El proceso constitucional de tutela tiene su naturaleza jurídica de proceso, por cuanto está constituido por una serie de actos procesales que culminan en una sentencia". (Monroy, 2002, p. 150).

Las tres acepciones son: por una parte, se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico normal; una segunda se utiliza para significar las actuaciones procedimentales que realizan los órganos de justicia constitucional, particularmente las ejecutadas por las jurisdicciones especializadas (tribunales, cortes o salas constitucionales); y una tercera connotación se refiere a su carácter científico, es decir, a la disciplina que estudia de manera sistemática la jurisdicción, magistratura, órganos, garantías, procesos, principios y demás instituciones para la protección de la Constitución desde la ciencia del derecho (Ferrer MacGregor, 2010, p. 2).

Empero, al derecho procesal y a juicio de la discente, no existe la claridad frente al procedimiento y términos para salvaguardar el cumplimiento y ejecución de la realización de tales derechos, si bien, es cierto que el juez constitucional debe hacer cumplir integralmente la orden judicial de protección de derechos fundamentales no tiene garantías procesales para surtir la eficacia para tramitar la culminación del derecho vulnerado. Colorario que plantea el siguiente interrogante de investigación:

### **¿Es la tutela, la garante del cumplimiento de un incidente de desacato?**

El juez constitucional profiere el fallo de tutela y a su vez prescribe un término para su cumplimiento, que por regla general son 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela a la entidad accionada; dicho término, en muchos casos se vuelve ilusorio porque las entidades pueden presentar inconvenientes para darle total cumplimiento al fallo emanado por el juez (Cueto, 2012).

Siendo entonces el paso siguiente para el accionante, la solicitud ante el mismo juez constitucional del incidente de desacato, para darle efectividad a su decisión judicial; sin embargo, si dicho mecanismo tampoco es cumplido por el accionado, el peticionario no contará con más recursos o mecanismos legales para poder requerir la restitución del derecho vulnerado.

De la hermenéutica del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 se concluye, que contra la decisión del incidente de desacato no procede ningún recurso, siendo obligatorio en cambio el grado jurisdiccional de consulta, solamente en el caso en que se haya resuelto sancionar a quien ha incumplido la orden de tutela.

En tal sentido, ¿qué procedimiento debe seguir un ciudadano que mediante una tutela se le protege un derecho y el accionado no ejecutó la orden judicial, ni tampoco lo hizo en el incidente de desacato?

El juez constitucional mediante el desacato sancionará al accionado mediante multa y arresto, pero ¿realmente el servidor público, cuenta con el tiempo y disposición para llevar un control de la ejecución de los incidentes de desacatos interpuestos? Según el periódico el Tiempo, de cada diez tutelas cuatro no se cumplen, basados en las estadística del Consejo Superior de la Judicatura, que menciona que en 200.000 tutelas concedidas en el año 2021, en 93.490 se iniciaron el incidente de desacato, y si se revisa la estadística para los años anteriores se resume que estas cifras van en aumento, como lo ratificó la misma fuente, que en el 2018 hubo desacatos en el 45 % de las tutelas radicadas; en 2017 la cifra fue de 37 %, y en 2016, la tasa fue de 45 %. (Ortiz, 2022).

Por ejemplo, si se realiza una segmentación de dichos derechos para el año 2019, de cada 100 tutelas falladas por salud, en 60 hubo que acudir a desacatos, siendo este el derecho más desobedecido; en segundo lugar, estuvo el mínimo vital, con 47 %; le siguió el derecho a seguridad social, con 45 %; a la vida, con 32 %; el quinto lugar lo tuvo el derecho a la igualdad, que presentó desacatos en el 28 % de los casos (Ortiz, 2020).

De dichas cifras se evidencia, que las entidades prestan inobservancias a las decisiones judiciales en relación a la restitución de los derechos vulnerados.

Dicho en palabras del exmagistrado de la Corte Constitucional Alfredo Beltrán Sierra, “si se ha llegado a tan alto número de acciones de tutelas no

cumplidas, es que hay una especie de contumacia contra las decisiones de los jueces”; añadió, que esto muestra, que a los ciudadanos les toca insistir más, para que se les cumplan sus derechos (Ortiz, 2020).

Entonces, ¿Es la tutela, la garante del cumplimiento de un incidente de desacato? En el incidente de desacato no procede ningún recurso, es una decisión que se encuentra ejecutoriada, es decir que la acción de tutela es improcedente si se interpone antes de finalizado el trámite, incluido el grado jurisdiccional de consulta.

Empero, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (*Sentencia SU 034/2018*) ha reconocido que las decisiones adoptadas por los jueces de la República, así sea de forma excepcional, también pueden dar lugar a la vulneración de garantías constitucionales. Por lo tanto, si bien en nuestro ordenamiento jurídico ocupan un lugar muy importante los principios de cosa juzgada, seguridad jurídica y autonomía judicial, la preponderancia que ostentan los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho habilita su protección en todo contexto, aunque solo en circunstancias extraordinarias la acción de tutela se torna procedente para enervar lo resuelto en una providencia judicial, que a partir de la sentencia C-590 de 2005 estableció los requisitos generales y causales específicas de procedencia de este mecanismo residual de defensa de los derechos en tales casos (*Sentencia C-590 de 2005*).

Igualmente, en la mencionada sentencia se determinaron ciertos escenarios especiales en los que, al advertirse que una decisión judicial adolece de ciertos defectos, se hace oportuna la intervención del juez constitucional en salvaguarda de los derechos fundamentales. Tales defectos han sido denominados por la jurisprudencia como causales específicas de procedencia, o requisitos materiales.

Aunado a ello, en la *Sentencia T-286/2018*, tipifica la procedencia excepcional cuando concurren determinados elementos que requieren la actuación inmediata del juez constitucional para revertir o detener situaciones fraudulentas y graves (*Sentencia T-286/18*).

Agotado este doble cotejo, el juez constitucional conseguirá precisar si el pronunciamiento judicial acusado quebranta los derechos consagrados en la Constitución y, de ser así, le corresponderá despojarlo de la coraza que le otorgan los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica (*Sentencia SU 034/2018*).

No obstante, dentro de esta investigación de criterio reflexivo, se observa que el juez constitucional no verá enmarcadas las causales en las que adolece la decisión judicial que no ha sido cumplido en su totalidad, porque no cuenta con los mecanismos para despojar de las deficiencias estructurales de coerción para que los accionados ejecuten el desacato; premisa que plantea una propuesta al interrogante planteado:

## 4. Propuesta

Como se estudió en líneas anteriores muchos expertos, desde jueces hasta exmagistrados y doctrinantes han hablado sobre el tema central de estudio, proponiendo soluciones para dar cumplimiento a los incidentes de desacatos, sin embargo, es importante subrayar que con las nuevas modificaciones procesales, verbi gracia el Decreto 806 del 2020<sup>7</sup>, frente a las notificaciones del accionado han ayudado al aceleramiento de la administración de justicia, no obstante, los accionantes cuentan con requisitos tediosos y sin claridad a la espera de una ejecución de un derecho vulnerado que requiere de una inmediatez en la solución del conflicto.

Siendo estos espacios, desde la academia, donde se debe hacer una transformación jurídica de conceptos y de instituciones que no solo protejan derechos sino que ejecuten los mismos. Que sean estos escenarios donde se puede hacer un llamado a quienes están facultados para transformar las leyes, a respetar y salvaguardar desde la celeridad

---

<sup>7</sup> Esta disposición tan importante que abrió paso a la utilización de medios virtuales para adelantar los procesos judiciales, está próxima a expirar pues su vigencia se estableció por un término de dos (2) años, los cuales vencen el próximo 4 de junio de 2022.

en los procesos donde se vean vulnerados derechos tipificados en la Carta Política de 1991.

Por ello, el planteamiento es realizar un procedimiento taxativo, claro, sumario y respetuoso a la ponderación del amparo Constitucional mediante los jueces constitucionales dependientes de la Corte Constitucional con facultades que ejerzan su jurisdicción solo para resolver conflictos constitucionales por medio de un proceso tipificado en un Código Procesal Constitucional Colombiano y con efectos permanentes de protección, veeduría y cumplimiento de la vulneración de dichos derechos.

## 5. Conclusiones

El postulado que le dio vida a la acción de tutela en la Constitución Política de 1991 para el amparo de los derechos fundamentales y lo consagró textualmente en el artículo 86, es la protección inmediata, sin embargo, en el óbice del objetivo principal de esta investigación, analizada desde la existencia del mecanismo idóneo para la ejecución del incidente de desacato, mediante una tutela contra esa providencia dictada y ejecutoriada por un juez, se denota que la finalidad del estudio se logró en responder, Si ¿es la tutela la garante del cumplimiento de un incidente de desacato?. Entendiendo, que para los jueces de la República se encuentran muy distantes de poder realizar la protección del derecho vulnerado, dado que no cuenta con un procedimiento claro y expedito para garantizarle al accionante que el accionado dará cumplimiento a una sentencia judicial.

Para la escribiente, no existe seguridad jurídica para el ciudadano de a pie, frente a los términos para resolver el incidente, de igual forma al restablecimiento del derecho que se debe trabajar mancomunadamente con funcionarios que solo se encontrarán destinados para resolver conflictos en la protección de derechos fundamentales y bajo un procedimiento expedito en ojos de un garante Constitucional.

## 6. Referencias

Esta es la sentencia que determinó que el incidente de desacato debe resolverse en 10 días (2014, agosto 14). Ámbito jurídico.

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administrativo-y-contratacion/esta-es-la-sentencia-quedaetermino-que-el-incidente>.

Cueto, J. (2012). La inejecución de la sanción de arresto y multa dentro de un incidente de desacato por el incumplimiento al fallo de tutela. *Jurídicas CUC*, 8 (1), 173 – 194. Recuperado de: <file:///Users/macbookpro/Downloads/admin,+7.pdf>. Consultado el 30 de abril del 2022.

DECRETO LEY 2591 DE 1991 (1991, 19 de noviembre) Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Diario Oficial No. 40.165. *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2591\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html).

Ferrer, E. (2010). *Acción de tutela y derecho procesal constitucional*. Bogotá: Doctrina y Ley

Ortiz, M. (2022, 25 de abril) *En 2021 se iniciaron 93.490 incidentes de desacato frente a más de 200.000 tutelas*. Revista EL TIEMPO. <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/cumplimiento-de-tutelas-en-colombia-en-el-41-se-presenta-desacato-667391>.

Ortiz, M. (2020, 06 de junio) *No solo es grave la desobediencia a jueces, sino la vulneración de derechos, dicen expertos*. <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/fallos-de-tutela-no-se-estan-cumpliendo-en-2019-crecieron-los-desacatos-503898>.

Quinche, M. F. (2010). *Vías de hecho-acción de tutela contra Providencia Judiciales*. (6ª. ed.). Bogotá: Doctrina y Ley.

Este sería el término legal para resolver el incidente de desacato. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/congreso/constitucional-y-derechos-humanos/este-seria-el-termino-legal-para-resolver-el>.

Proyecto de ley 053/16S, Jul. 27/16. Senado de la República.

Sentencia C-367 de 2014 ( 2014, 11 de junio) Corte Constitucional (MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-367-14.htm>. Consultado el 1 de mayo del 2022.

- Sentencia T-606 del 2011. (2011, 11 de agosto). Corte Constitucional (HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO M.P) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-606-11.htm>. Consultado 30 de abril 2022.
- Sentencia No. C-029/95. (1995, 2 de febrero). Corte Constitucional (Jorge Arango Mejía M.P). Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-029-95.htm>. Consultado 01 de mayo del 2022
- Sentencia T-171 de 2009, T-652 de 2010, T-421 de 2003 y T-368 de 2005.
- Sentencia SU 034/2018. (2018, 3 de mayo). Corte Constitucional. (Alberto Rojas Ríos M.P.) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU034-18.htm#ftn17>. Consultado 21 de mayo del 2022.
- Sentencia C-590 de 2005. (2005, 8 de junio). Corte Constitucional. (Jaime Córdoba Triviño M.P.) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-590-05.htm>. Consultado 21 de mayo del 2022.
- Sentencia T-286/18. (2018, 23 de julio). Corte Constitucional. (JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS M.P.) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-286-18.htm>. Consultado 21 de mayo del 2022.
- Sentencia SU 034/2018. (2018, 3 de mayo). Corte Constitucional. (Alberto Rojas Ríos M.P.) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU034-18.htm#ftn17>. Consultado 21 de mayo del 2022.
- Valderrama. G. (2018). El incidente de desacato como garantía de los derechos fundamentales. Blog Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/1629#:~:text=El%20incidente%20de%20desacato%20es,cumplimiento%20del%20fallo%20de%20tutela>. Consultado 7 de mayo del 2022.







# LA SENTENCIA C-252/2019: URBI ET ORBI

Nicolás Lozada

[lozada@rincon-cuellar.com](mailto:lozada@rincon-cuellar.com)



## Resumen

El presente artículo desarrolla, desde las ópticas interna e internacional (*urbi et orbi*), los variados efectos de la reciente Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-252 de 2019, que declaró la constitucionalidad condicionada de la ley aprobatoria del Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Francia y Colombia. El artículo concluye que se trata de una sentencia icónica que puede iluminar el desarrollo de futuros tratados de inversión (no exclusivamente el acuerdo con Francia), de la jurisprudencia (no sólo de la propia Corte Constitucional, sino de otros tribunales constitucionales y de inversión), y de la política comercial y de inversiones en Colombia y el mundo.

**Palabras clave:** Corte Constitucional, arbitraje de inversiones, BIT, constitucionalidad, tribunal de arbitraje, controversia.

## Abstract

The present article elaborates, from both the internal and the international perspectives (*urbi et orbi*), the wide-ranging effects of recent Decision C-252/19 of the Colombian Constitutional Court, which upheld upon certain conditions the terms of the Bilateral Investment Agreement between Colombia and France. The article concludes that this iconic judicial decision may enlighten the future development of international investment agreements (not exclusively the one concluded with France), jurisprudence (not only the Constitutional Court's own, but also that of other constitutional and investment tribunals) and trade and investment policy in Colombia and the rest of the world.



## Introducción

El pronunciamiento de la Corte Constitucional en la *Sentencia C-252 de 2019* marca cambios sustanciales en la forma de llevar a cabo el control de constitucionalidad de los acuerdos suscritos por el gobierno colombiano.

De un lado, la *Sentencia C-252 de 2019*, ha representado un interés especial por ser la primera de su clase<sup>1</sup> que hace un análisis de fondo frente a la compatibilidad de los acuerdos internacionales y la Constitución Nacional. Las decisiones que la antecedieron, a pesar de versar sobre temas similares, no habían realizado un análisis profundo sobre los tratados internacionales, sino, que se limitaban a hacer un examen preliminar bastante superficial.

En este caso, la Corte se anticipa a los efectos que podría tener la ratificación del Tratado Bilateral de Inversión entre Colombia y Francia (en adelante, TBI) en el ámbito de las controversias internacionales de inversión. Su pronunciamiento se deriva, entonces, de un análisis precavido de lo que sería la internacionalización de las relaciones políticas, económicas y sociales de Colombia sobre la base de la conveniencia nacional.

De otro lado, cabe resaltar que fue la primera vez que la Corte Constitucional convoca a una audiencia pública en el marco de la

---

<sup>1</sup> La Corte Constitucional ya había realizado análisis de constitucionalidad de acuerdos internacionales, véase por ejemplo la C-750 de 2008 que se encarga del análisis del acuerdo de promoción comercial entre Colombia y los Estados Unidos de América y de su ley aprobatoria. Otro ejemplo y este en materia de inversión, lo constituye la C-286 de 2015, la cual revisó la constitucionalidad de la ley aprobatoria del acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversión.)

ratificación de un TBI, con el objeto de discutir las cláusulas que negoció el gobierno colombiano en conjunto con el gobierno de la República de Colombia. La audiencia se llevó a cabo en diciembre del 2018.

En la mencionada audiencia, se debatieron las consideraciones de aquellos que participaron en el proceso de negociación del TBI o que tuvieron interés en el mismo, así como las consideraciones de expertos en la materia. Estos tuvieron oportunidad de presentar sus argumentos y de solicitar a la Corte que declarara la exequibilidad o inexecutable del Tratado.

La *Sentencia C-252 de 2019* amerita un análisis de los efectos e implicaciones que este control de constitucionalidad podría tener para el país (urbi) y los efectos que podría tener para el mundo (orbi). En ese sentido, analizaremos el cambio de precedente que esta sentencia implica en el proceso de ratificación de Tratados Bilaterales en Colombia, pero más allá de eso, trataremos de superar el debate constitucional colombiano, para reflexionar sobre la importancia que la sentencia podría representar en un nivel macro, esto es, en el Derecho Internacional de las Inversiones.

## El proceso de ratificación de tratados en Colombia

En 2014, Colombia suscribió un tratado con la República Francesa *para el fomento y protección recíprocos de inversiones*<sup>2</sup>. Este se presentó como un mecanismo necesario para fomentar la innovación y el crecimiento económico del país.

A través de la Ley 1840 de 2017, el Congreso aprobó el Tratado y, como último paso para su ratificación, fue sometido al llamado control previo de la Corte Constitucional.

---

<sup>2</sup> (esta es la expresión empleada por el Congreso de la República para referirse al Tratado Bilateral de Inversiones en la Ley 1840 de 2017).

La justificación de que la Corte intervenga en la ratificación de un tratado internacional, como mecanismo previo a su ratificación, viene dada por el hecho de que la Constitución Nacional es *norma de normas* (C.P., 1991, art. 4) y en caso de que alguna otra norma le sea contraria, se entiende que se aplicarán las disposiciones constitucionales (C.P., 1991, art. 4). Esta interpretación ya ha sido ratificada por la jurisprudencia constitucional, que en numerosas ocasiones ha indicado:

La supremacía normativa de la Constitución, tiene como su principal garantía la existencia del control de constitucionalidad (...) todos los poderes públicos deben velar porque la producción del derecho se ajuste a las reglas formales y contenidos materiales del orden constitucional (...) Así, los actos del gobierno (...) se hallan dominados por el principio de supremacía de la Constitución y sujetos a diversos tipos de exámenes de constitucionalidad de los mismos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-415, 2012).

En ese sentido, si bien, es al Congreso de la República a quien le corresponde aprobar o improbar los tratados que el Estado colombiano celebre con otros gobiernos (C.P., 1991, art. 150, num. 16), realmente es a la Corte Constitucional a quien le corresponde la *guarda de la integridad y supremacía de la Constitución* (C.P., 1991, art. 241).

De lo anterior se deriva que, es a la Corte Constitucional a quien, en el presente caso le corresponde hacer un juicio de valoración respecto de la concordancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia con las disposiciones que emanan de la Constitución Nacional (C.P., 1991, art. 241, num. 10). La Carta Política indica que sólo cuando la Corte haya declarado que el tratado es constitucional, es cuando el gobierno podrá efectuar el respectivo canje de notas.

Esta facultad de la Corte Constitucional se ha manifestado en diversas sentencias de constitucionalidad, como en la C-286 de 2015 que hizo la revisión formal de constitucionalidad de la Ley 1720 de 2014, que aprobó el acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la *liberalización*,

*moción y protección de la inversión* (Ley 1720, 2014). Otro ejemplo de lo anterior, está en el control de constitucionalidad de la sentencia C-309 de 2007 frente a la Ley 1069 de 2006, que aprobó el acuerdo entre la República de Colombia y España.

En Sentencias mencionadas, la Corte Constitucional se encarga de efectuar un análisis sobre la forma en que se tramitó la aprobación del acuerdo en el Congreso de la República y el análisis de su contenido sustancial a la luz de la Constitución Nacional. Finalmente, decidió declarar la exequibilidad de estos acuerdos y sus Leyes aprobatorias.

Adicional a lo anterior, el control de constitucionalidad de la Corte no sólo resulta importante para resguardar la supremacía de la Constitución Nacional, sino que también se puede convertir en una forma de proteger los intereses del Estado colombiano de los efectos que, eventualmente, podría tener el acuerdo comercial, sobre todo en el marco de las controversias internacionales que se derivan de la aplicación de los tratados.

Esta protección no ha estado exenta de críticas, pues hay quienes opinan que se podría generar un desbordamiento de las funciones de la Corte Constitucional contenidas en el artículo 241 de la Constitución Nacional y, en ese sentido, desconocer la función única del presidente de dirigir las relaciones internacionales (C.P., 1991, art. 189, núm. 2).

En ese sentido, el control de constitucionalidad es un mecanismo importante para salvaguardar la primacía de la Constitución y lograr una protección efectiva sobre los intereses del país de cara a las relaciones internacionales. Por ello, el análisis debe ser cuidadoso y concienzudo.

## Una mirada rápida a la Sentencia C-252/19

Esta decisión no sólo se ocupó de examinar la compatibilidad del TBI entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones, y la

Carta Política, sino que también realizó un análisis del alcance de las cláusulas de protección a la inversión que estaba incluidas en el acuerdo.

Es importante anotar que, no todo el control de constitucionalidad que efectúa la Corte es en sí mismo un cambio de precedente, el cambio de precedente se genera exclusivamente sobre algunos puntos, como se muestra en la siguiente tabla:

NO IMPLICA UN CAMBIO DE PRECEDENTE	IMPLICA UN CAMBIO DE PRECEDENTE
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Definiciones y ámbito de aplicación (artículos 1 y 2 del TBI)</li> <li>• Fomento y admisión de inversiones (artículo 3 del TBI)</li> <li>• Compensación por pérdidas artículo 7 del TBI)</li> <li>• Libre transferencia (Artículo 8 del TBI)</li> <li>• Diversidad cultural y lingüística (artículo 9 del TBI)</li> <li>• Responsabilidad social y corporativa (artículo 10 del TBI)</li> <li>• Transparencia (artículo 12 del TBI)</li> <li>• Garantías y subordinación (artículo 13 del TBI)</li> <li>• Excepción de seguridad (artículo 14 del TBI)</li> <li>• Arreglo de diferencias (artículo 15 del TBI)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Trato justo y equitativo (artículo 4 del TBI)</li> <li>• Trato nacional y trato nación más favorecida (artículo 5 del TBI)</li> <li>• Expropiación (artículo 6 del TBI)</li> </ul>

**Fuente:** Elaboración propia

Así, como consecuencia de un análisis y estudio ponderado que quedó plasmado en una sobresaliente sentencia, la Corte condicionó la exequibilidad de algunas de las cláusulas contenidas en el TBI, a saber: trato justo y equitativo, trato nacional, trato Nación más favorecida y expropiación.



# 1. Trato justo y equitativo

La cláusula trato justo y equitativo estatuida en el artículo 4 (1) del TBI Colombia-Francia et al. (2014), establece:

Cada una de las Partes Contratantes deberá otorgar un trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio. Para mayor certeza, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, incluye, inter alia.

Este trato es consistente con los principios de previsibilidad y la consideración de las expectativas legítimas de los inversionistas.

La determinación de que se ha infringido otra disposición del presente acuerdo, o de otro acuerdo internacional, no implicará que se haya infringido este estándar.

*Se entiende que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo no incluye una cláusula de estabilización jurídica ni impide a una parte contratante adaptar su legislación de conformidad con los términos de este párrafo.*

Al respecto, la Corte Constitucional evidenció que no existe una definición unívoca de trato justo y equitativo en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, y que buena parte de la discusión global actual sobre el derecho internacional de inversiones está relacionada con el alcance de esta cláusula (Corte Constitucional de Colombia, **Sentencia C-252**, Apartes 191 y 192, 2019). Visto lo anterior, y considerando, entre otras, que en las decisiones en las que se declara la responsabilidad del Estado, los tribunales lo hacen con base en la violación de las cláusulas de trato justo y equitativo, y expropiación indirecta. La Corte estableció tres condicionamientos (Corte Constitucional de Colombia, **Sentencia C-252**, Aparte 215, 2019):

- (i) La expresión “*de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio*” es exequible a condición de que las partes Contratantes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia.
- (ii) La expresión “*inter alia*” es exequible bajo el entendido de que esta deberá interpretarse “de manera restrictiva, en un sentido analógico y no aditivo de obligaciones internacionales” (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 215, 2019). Esto implica que, la responsabilidad internacional del Estado colombiano no se puede comprometer de forma ilimitada (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 208, 2019).
- (iii) La expresión “*expectativas legítimas*” es exequible a condición de que las Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven “de actos específicos y reiterados llevado a cabo por la Parte Contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos o inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión” (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 215, 2019).

## 2. Trato Nacional y trato Nación más favorecida

El artículo 5 (1) del TBI Colombia-Francia et al. (2014), contiene la cláusula de Trato Nacional, la cual establece:

cada Parte Contratante le aplicará en su territorio a los Inversionistas de la otra Parte Contratante, respecto de sus inversiones y

actividades relacionadas con sus Inversiones un **trato** no menos favorable que el concedido en **situaciones similares** a sus Inversionistas o el trato concedido a los Inversionistas de la Nación más favorecida y si este último es más favorable [subrayado fuera del texto original].

Sobre esta disposición, la Corte constató que la expresión “*situaciones similares*”, prevista en la cláusula de Trato Nacional, no ha sido aplicada de manera uniforme por los tribunales de arbitraje (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 246, 2019), pues en algunos casos la expresión abarca solamente comparadores idénticos, mientras que, en otros, pese a la existencia de comparadores idénticos se recurre a comparadores cercanos.

De este modo, siendo incierto el “*patrón de comparación*” entre dichas situaciones para la aplicación de las cláusulas Trato Nacional o Nación más favorecida, se presenta una situación que amenaza la seguridad jurídica. En consecuencia, la Corte decidió declarar exequible la expresión “situaciones similares” a condición de que las partes definan su contenido, de forma que resulte compatible con el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia. Esta interpretación ha sido objeto de cuestionamientos, pues se ha señalado que la Corte Constitucional no tuvo en consideración que existen diversos tratados que pueden llenar de contenido estas cláusulas, como la Convención de Viena sobre interpretación de Tratados de 1969. Al contrario, la Corte se basó en las interpretaciones de los Tribunales Arbitrales en distintos laudos. No obstante, es importante tener en cuenta que, si bien existen instrumentos importantes para la interpretación de los tratados, lo ideal es que sean las partes quienes deben llenar de contenido las cláusulas que suscriben. Adicionalmente, se podría considerar que realmente son los laudos arbitrales los que reflejan la situación en que se encuentran las controversias internacionales de inversión en la actualidad y si estas demuestran un riesgo para Colombia, en el sentido de que Colombia ha sido uno de los países que más demandas de inversión recibió durante el año 2018, es válido que la Corte se pronuncie con base a la información disponible de distintos laudos arbitrales para efectuar ese análisis.

Por otra parte, la Corte consideró que la cláusula Nación favorecida en los términos establecidos en el TBI tiene inevitables efectos acumulativos o “cascada”, respecto de todas las obligaciones sustanciales contenidas en cualquier otro tratado suscrito por Colombia, lo cual, compromete y hace ineficaz la competencia del presidente de la República relativa a dirigir las relaciones internacionales y negociar los tratados (C.P., 1991, art. 189, num. 2), pues a la postre, todas las obligaciones sustanciales resultan aplicables al inversionista francés, sin importar si estos contenidos fueron o no pactados en el TBI Colombia-Francia (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 251, 2019). Además, consideró que esta cláusula es incompatible con el carácter bilateral del TBI, pues cualquier ventaja que Colombia concediera a inversionistas de un tercer Estado les serían extensibles y aplicables a los inversionistas franceses y ello tendría como consecuencia que el presidente renuncie a la posibilidad de conceder beneficios o ventajas particulares a inversionistas de otros Estados.

En consecuencia, la Corte decidió declarar exequible la expresión “trato”, bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del TBI y de modo que el presidente de la República conserve materialmente su competencia de dirección de las relaciones internacionales y de celebración de tratados.

Por último, el numeral 3 del ya referido artículo 5 del TBI establece lo que la Corte considera una excepción al Trato Nacional, según el cual, la obligación adquirida en virtud de esta cláusula “no impedirá que el Estado adopte o mantenga medidas destinadas a garantizar el orden público en caso de amenazas serias contra los intereses fundamentales del Estado, siempre que se sean (i) no arbitrarias, (ii) justificadas, (iii) necesarias y (iv) proporcionales” (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 229, 2019).

La Corte determinó que la expresión “*necesarias y proporcionales*”, incluida en la cláusula, admite en el marco de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de inversiones, al menos una lectura contraria a la Constitución Política. La lectura a la que se refiere supone que la

libertad de configuración y la autonomía regulatoria de las autoridades para efectos de garantizar el orden público es en extremo restringida, en la medida que para tal fin el Estado solo podrá adoptar las medidas que sean indispensables, estándar que en consideración de la Corte es plausible a efectos de evaluar las restricciones a derechos fundamentales, pero incompatible con el margen de configuración en materia económica, el cual la jurisprudencia constitucional ha reconocido históricamente como amplio (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 248, 2019).

Adicionalmente, con el objetivo de garantizar el referido margen y la autonomía regulatoria el Estado, la Corte estimó que era necesario salvaguardar la competencia de la que gozan las autoridades públicas para adoptar las medidas *razonables y apropiadas* que garanticen el orden público. Lectura esta que ha sido adoptada por algunos laudos arbitrales y que si respeta la Constitución Nacional.

Por lo anterior, la expresión “*necesarias y proporcionales*” es declarada exequible, “bajo el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del Acuerdo para la Promoción y Protección de inversiones (...) de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de garantizar el orden público”

### 3. Expropiación

Por último, la Corte se refirió a la cláusula de expropiación e indemnización establecida en el artículo 6 del TBI Colombia-Francia, normativa que prohibía, excepto por utilidad pública o interés social, la expropiación, nacionalización o cualquier otra medida similar (expropiación indirecta) contra las inversiones realizadas por los franceses.

Reglamentaba, asimismo, que para determinar si una medida o una serie de medidas de una Parte Contratante constituía una expropiación indirecta, se debía realizar un análisis caso a caso, considerando entre otros factores, (a) el grado de interferencia en el derecho de propiedad de

la medida; (b) el impacto económico de la medida y; (c) las consecuencias de la medida en las *expectativas legítimas* del inversionista. Del mismo modo, establecía que las medidas adoptadas por una parte contratante que son diseñadas para proteger objetivos legítimos de política pública no constituyen expropiación indirecta cuando sean *necesarias y proporcionales* a la luz de estos objetivos, y cuando se apliquen de tal forma que respondan efectivamente a los objetivos de política pública para los que fueron diseñadas (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 257, 2019).

Frente a esta cláusula, la Corte, teniendo nuevamente en consideración que la expresión “*expectativas legítimas*” plantea problemas de indeterminación y dispar aplicación en los tribunales de arbitraje internacional (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 280, 2019),<sup>3</sup> declaró que este artículo del TBI sería exequible bajo la condición de que las:

Partes Contratantes definan qué debe entenderse por expectativas legítimas, teniendo en cuenta que solo habrá lugar a estas siempre que se deriven de actos específicos y reiterados llevados a cabo por la parte contratante que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 212, 2019).

Por último, y reiterando lo que ya se había dicho frente a la expresión “*necesarias y proporcionales*” incluida en la cláusula Trato Nación más favorecida, la Corte declaró exequible condicionalmente la locución siempre que se interprete en el contexto del preámbulo del TBI, de modo que “respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de proteger los objetivos legítimos de política pública” (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 282, 2019).

<sup>3</sup> Como ya se explicó en el punto 1 relativo al Trato Nacional.

De la lectura de los condicionamientos que hace el juez constitucional con respecto a la exequibilidad del TBI en cuestión, surge la preocupación de si se han desbordado o no las facultades que la Carta Política le confiere a la Corte Constitucional en su artículo 241. Pues bien, ya en la parte introductoria del presente artículo se anunciaba que el fundamento de la intervención de la Corte Constitucional radica en garantizar la supremacía de la Constitución Nacional.

La garantía de la supremacía de la Constitución implica, entonces comparación entre el articulado del respectivo tratado y las mismas disposiciones de la Carta Política, lo que implica un análisis que no puede ser, bajo ningún punto de vista, superficial. Ahora bien, es imprescindible preguntarse si el análisis de las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional podría consistir en el ejercicio de anticipar los efectos que el TBI tendría en el marco de la resolución de controversias internacionales de inversión.

Para responder a dicho interrogante, basta tener en consideración que una de las garantías que ofrece la Carta Política a los colombianos en el marco de las relaciones internacionales es como lo menciona el artículo 226 de la Constitución Política de Colombia (1991): “la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.”

El mandato constitucional es claro desde cualquier punto de vista: se debe resguardar la conveniencia nacional. En ese sentido, si existe la posibilidad de que las cláusulas de un TBI puedan ir en contra de la conveniencia nacional y, en esa línea, en contravía de la Constitución Nacional, qué otra autoridad sino la Corte Constitucional estaría facultada para resguardar los intereses del Estado.

Ya explicó la Corte con la suficiencia requerida, los efectos que podría tener la suscripción de cláusulas ambiguas en un TBI. En esa línea, la Corte indicó la situación de las controversias internacionales en las que el estado colombiano se ha visto involucrado:

Por su parte, a nivel doméstico, según el informe oficial aportado por el MinCIT en el presente asunto

*a la fecha existen 20 controversias internacionales de inversión en contra de Colombia, de las cuales 9 se encuentran en un periodo de arreglo directo y en 11 se ha dado inicio a un proceso arbitral con el objeto de dirimir las controversias*

Tras presentar la información de cada asunto, el MinCIT advirtió que todas estas controversias tienen como fundamento los AI ratificados por Colombia y que “el monto aproximado de las pretensiones de las controversias que se encuentran en etapa de arreglo directo es de USD\$ 4.000 millones (Corte Constitucional de Colombia, **Sentencia C-252**, 2019).

Esa salvaguarda de los intereses del estado colombiano, cobra mayor relevancia si se tiene en consideración el amplio número de controversias internacionales que le representa la inversión a Colombia y que comprometen un porcentaje importante de su presupuesto nacional (Ley 1940, 2018, art. 86). Ahora bien, resulta claro que el juez constitucional no declaró la inexecutable del Tratado, sólo condicionó su aprobación a un ejercicio que implica llenar las cláusulas pactadas de un contenido claro, facultad que le corresponderá al presidente de la República como director de las relaciones internacionales del Estado.

El riesgo de invadir las funciones del presidente de la República al efectuar un análisis de conveniencia, fue advertido por uno de los magistrados en la forma de aclaración y salvamento de voto. No obstante, la conveniencia y salvaguarda de los intereses del Estado colombiano podría llegar a verse como una de las formas en que se manifiesta la función conferida a la Corte en el mencionado artículo 241.

Es tan claro que la Corte se mantuvo en el marco del cumplimiento de sus funciones que con su decisión logrará evitar que, las cláusulas del TBI que sean ambiguas, puedan llegar a interpretarse de forma contraria a la Constitución Nacional por parte de los Tribunales Arbitrales en los que se desenvuelva una eventual controversia en materia de inversiones.



## Efectos URBI ET ORBI de la Sentencia C-252/19

La trascendencia de la descrita decisión es innegable, pues se trata de un análisis de constitucionalidad profundo, que se efectuó sobre las bases y en el marco de las funciones que la Carta Política le confiere al juez constitucional. Además, tiene efectos importantes de cara al ámbito interno (urbi) y de cara al ámbito internacional (orbi).

### **A. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones**

#### **I. Efecto de cara al ámbito internacional (ORBI)**

Una primera y quizá obvia consecuencia que puede identificarse a nivel internacional es la que se refiere a las implicaciones de la decisión frente al TBI Colombia-Francia. En primer lugar, la Corte ordenó la adopción de una declaración interpretativa en el marco del TBI respecto de los condicionamientos señalados en sus consideraciones (descritos en el punto inmediatamente anterior). Resulta importante anotar que, si bien la parte resolutive de la sentencia declara la exequibilidad condicionada en el sentido explicado previamente, el condicionamiento que realiza la Corte es distinto de cualquier otro, pues se trata de la suscripción de notas interpretativas. Estas notas interpretativas no tienen otro efecto distinto al de llenar de contenido las cláusulas, ya sea para especificar o aclarar el sentido de una expresión. Ello no implica una renegociación, modificación o enmienda de las cláusulas del Tratado, por lo que no ameritan un nuevo análisis de constitucionalidad, a menos que incluyeran aspectos sustantivos no contenidos en el Tratado. (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 70, 2019).

No obstante, pese al importante análisis efectuado por la Corte, también es de resaltar que la suscripción de las notas interpretativas de las

cláusulas que componen el TBI puede llegar a ofrecer algunos retos. Todos ellos, para el Gobierno de la República de Colombia.

De un lado, y habida cuenta de que la aprobación del acuerdo por parte de la Corte Constitucional es requisito sine qua non para ratificar el Tratado Internacional, no puede haber ratificación de este hasta tanto no se suscriban las notas interpretativas, como es claro tratándose de un acuerdo bilateral, no depende únicamente del estado colombiano, sino también de la disposición de Francia para hacerlo.

Por otra, es importante resaltar que la Corte Constitucional determinó que no volvería a efectuar un control de constitucionalidad sobre el asunto, por lo que podría suceder que, en la suscripción de las notas, se dieran declaraciones interpretativas distintas al alcance otorgado por la decisión. Esta situación generaría una suerte de incertidumbre, pues sino existiría un nuevo control sobre las posibles renegociaciones entre Colombia y Francia y, en ese sentido, no habría certeza de si realmente se ha acatado lo resuelto en la sentencia.

## **B. Futuros acuerdos de inversión**

Con respecto a los futuros acuerdos de inversión, es importante tener claro que todas las consideraciones realizadas en la *Sentencia C-252 de 2019*, deberán ser incorporadas en el nuevo Acuerdo Modelo de Inversión, así como en los futuros acuerdos que el gobierno de la República de Colombia pretenda celebrar. Uno de los asuntos que podría inquietar al lector de la sentencia es qué sucederá con futuros acuerdos de inversión. Esta inquietud puede plantearse desde dos perspectivas: (i) qué ocurre con las funciones del presidente de la República a partir de esta decisión (urbi), y (ii) qué ocurre con los TBI o acuerdos internacionales que hayan sido celebrados antes de la sentencia (orbi).

### **I. Efecto de cara al ámbito interno (URBI)**

Frente a la primera cuestión, hay quienes se preguntan si la mencionada decisión constituye un límite a la facultad del presidente de la República de

dirigir las relaciones internacionales y suscribir tratados internacionales, la respuesta es naturalmente sí. Ello por cuanto la Corte Constitucional es la autoridad suprema frente a la garantía de la supremacía de Constitución y, en esa medida, se espera que se respeten las consideraciones y las órdenes adoptadas en la parte resolutive de la decisión al momento de suscribir futuros TBI o acuerdos internacionales.

## **II. Efecto de cara al ámbito internacional (ORBI)**

Frente al segundo punto, relativo a qué sucederá con los acuerdos internacionales celebrados con anterioridad a la sentencia, la Corte determinó que no iban a verse afectados por lo establecido en la jurisprudencia, pues ya habían sido declarados exequibles y, por tanto, sería un contrasentido modificarlos en contravía del principio de seguridad jurídica.

Este punto constituye otro de los grandes aciertos emitidos por el máximo órgano constitucional en la *Sentencia C-252* de 2019.

## **C. Jurisprudencia**

Lo primero que se debe resaltar es la relevancia que le confiere la Corte Constitucional a la claridad de las cláusulas contenidas en el TBI. Dicha preocupación no es solo plausible, sino que es necesaria, pues claridad en las obligaciones adquiridas por la República de Colombia significa prevención y reducción de litigios en contra de Colombia, en materia de inversiones.

### **I. Efecto de cara al ámbito internacional (ORBI)**

Desde el punto de vista de la jurisprudencia arbitral, es importante considerar los efectos que la *Sentencia C-252* de 2019 podría llegar a tener sobre las decisiones de Tribunales Constitucionales de otros países, que han venido efectuando análisis de constitucionalidad sobre Tratados de Libre Inversión en la misma línea que en Colombia.

Se podría observar, por ejemplo, el caso de Ecuador, que en virtud de la nueva Constitución que adoptó en 2008, decidió empezar a declarar la inconstitucionalidad de varios de los Tratados Bilaterales de Inversión que se encontraba en proceso de ratificar (Revista Latinoamericana de Derecho Internacional, 2020). Es posible, entonces, que la **Sentencia C-252** se convierta en un ejemplo para estos Tribunales Constitucionales.

Más allá de que existan Tribunales Constitucionales que puedan apoyarse en la interpretación constitucional de esta sentencia, también se podría pensar en la existencia de un referente para Tribunales Internacionales de Arbitraje con respecto a las decisiones que adopten en los casos en que la República de Colombia se vea involucrada. Estos Tribunales podrían llegar a tener en cuenta el análisis efectuado por el juez constitucional respecto de las decisiones adoptadas en otras controversias internacionales, en materia de inversión. Incluso, el análisis efectuado por la Corte podría emplearse como un argumento de los asesores de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado,<sup>4</sup> una vez envueltos en alguna controversia relativa a inversiones, pues lo que establece la Corte no es otra cosa tomar a la Constitución Nacional como una norma suprema, conforme a la cual, se deben interpretar todos los instrumentos internacionales.

No obstante, si bien el análisis efectuado por la Corte puede ser un parámetro o un lineamiento de interpretación frente a la jurisprudencia arbitral, hay que dejar claro que los Tribunales de arbitraje, se rigen por instrumentos distintos a la legislación interna de cada país, por ejemplo, en algunos casos es aplicable el reglamento del CIADI.

En ese sentido, los Tribunales Internacionales de Arbitraje no se encuentran obligados a seguir las disposiciones contenidas en el derecho interno colombiano para resolver los conflictos que se susciten

---

4 La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es una Unidad Administrativa Especial que se encuentra adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho del Estado Colombiano. Su misión es liderar la defensa jurídica del Estado para proteger la institucionalidad y los recursos públicos y entre sus objetivos destacan: reducir el impacto económico de la actividad litigiosa, promover la disminución de nuevos procesos en contra del Estado y disminuir el número de procesos existentes.

en el marco de las inversiones, estos Tribunales pueden, sencillamente, remitirse a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y fallar sin tener en consideración lo que haya establecido el órgano constitucional colombiano.

De cualquier forma, el pronunciamiento de la Corte se ha convertido en un fenómeno importante, que no ha sido ignorado por la comunidad internacional, de hecho, hay en varios medios internacionales publicaciones relacionadas con la misma (Suárez Ricaurte, 2019); (Prieto, 2019). Muestra de ello son, por ejemplo, la publicación del *International Institute for Sustainable Development* donde se exponen los argumentos del juez constitucional y se explican algunos de sus efectos en el marco de las controversias de inversiones. De ahí que sea dable esperar que, en el futuro, los Tribunales Constitucionales y Arbitrales se refieran a la sentencia colombiana.

## **D. Inversionistas extranjeros**

### **I. Efecto de cara al ámbito internacional (ORBI)**

Algunos cuestionamientos importantes que se plantean una vez analizada la sentencia, es si la limitación de las cláusulas podría desincentivar la inversión extranjera, o, por el contrario, dota de seguridad jurídica el sistema de inversión extranjera.

Frente al primer cuestionamiento, es necesario anotar que nunca se ha demostrado que los tratados de inversión tengan una relación directa con la tasa de inversión extranjera, por lo que no puede concluirse que la decisión de la Corte desincentiva de manera automática a los inversionistas, incluso si se hablara de los inversionistas franceses.

Lo anterior se explica si se tiene en consideración que, desde su creación en 1991, a la Corte Constitucional siempre se le ha conferido la misma función y, contrario a desincentivar la inversión, se ha demostrado un aumento importante de la misma a lo largo de los últimos años. Muestra

de ello, son los reconocimientos efectuados por algunas entidades en el ámbito internacional, como periódicos con énfasis en negocios y economía como *The Financial Times* y que clasifican a Colombia como un destino de inversión sólido (PROCOLOMBIA, 2018).

Muestra de lo anterior, también es la continua suscripción de Tratados Bilaterales de Inversión y su posterior control constitucional, como en el caso del TBI Colombia-Japón y Colombia-España.

No obstante, es claro que la decisión ha captado el interés de la comunidad internacional, y probablemente, generará que los interesados se pronuncien a favor y en contra de la misma, tal y como lo hicieron en la audiencia pública el embajador de Francia en Colombia, y el presidente de la Cámara colombo-francesa de Comercio (Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-252*, Aparte 11, 2019).

Ahora bien, con respecto a si las limitaciones de las cláusulas dotan de seguridad jurídica el sistema de inversión extranjera, puede decirse que estas ayudan de manera considerable a tal fin. Ello, pues si bien va de suyo en la resolución de controversias internacionales de inversión que sean los árbitros quienes doten de contenido algunas de las cláusulas establecidas por los países contratantes, es indudable que las cláusulas condicionadas por la sentencia no tienen una unívoca y clara definición y aplicación, por lo que es en muchos casos hasta el laudo final donde se define si el respectivo país incurre o no en responsabilidad.

## **E. Política comercial colombiana**

### **I. Efecto de cara al ámbito interno (URBI)**

En línea con todo lo anterior, surge la pregunta de si la referida sentencia trae implicaciones también en materia de política comercial en Colombia. Es importante tener en consideración que el análisis de la Corte en la *Sentencia C-252 de 2019* no se centra en establecer indicaciones respecto de cómo el ejecutivo debe fomentar una política comercial

en Colombia, pues es claro que no debe ser ese el objeto de una sentencia de constitucionalidad. En ese sentido, sería erróneo afirmar que la mencionada sentencia exige efectuar un cambio en la forma en la que ha venido diseñando la política comercial colombiana. No obstante, sí resulta claro que la política comercial en Colombia tiene una alta incidencia en las controversias internacionales de inversión de los últimos años, pues, estas controversias atienten, eminentemente, a la forma en que Colombia ha planteado la aplicación o la regulación de tratados bilaterales y acuerdos de inversión.

Se debe tener en consideración que en la actualidad el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ha contemplado la posibilidad de revisar el *Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones* que es el instrumento guía que se utiliza el gobierno de Colombia para negociar los Tratados Bilaterales de Inversión (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2017).

Esta revisión debería tener como objeto la mejora de la situación de Colombia en el marco de las controversias internacionales de inversión, por ello es importante que el Ministerio tenga en consideración los nuevos cambios introducidos en la *Sentencia C-252 de 2019* en materia de trato justo y equitativo, trato nacional, trato nación más favorecida y en materia de expropiación.

## Conclusiones

La conclusión que deriva del presente artículo se puede resumir en un aforismo que se le atribuye al historiador romano Salustio: *“Todos los que deliberan sobre asuntos dudosos deben estar exentos de todo sentimiento de odio, amistad, ira y misericordia.”*

De todos los argumentos expuestos en el presente artículo, es dable concluir que la mencionada sentencia marca un hito fundamental en materia de inversión, pues a través de ella es que la Corte Constitucional

empieza a ocupar un papel más activo e importante en la forma en que se está moldeando el derecho internacional de las inversiones.

Se trata un aporte doctrinal que además de ser innovador e interesante, es muy ponderado, ni radical, ni extremista, y que, además, tuvo en cuenta varios puntos de vista, haciéndola una pieza de obligatoria lectura para quien esté interesado en el arbitraje de inversiones. Sumado a ello y como quedó suficientemente expuesto en el presente artículo, el análisis de la Corte Constitucional tendrá efectos diversos no solo en el ámbito interno colombiano sino también en el marco internacional de las inversiones (*urbi et orbi*).

## Referencias

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (s. f.). *Información General de la Agencia*. <https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/quienessomos/Paginas/informacion-general-agencia.aspx>
- Ámbito Jurídico. (2019). Conozca el laudo del Ciadi que acabó la disputa entre Colombia y la multinacional suiza Glencore. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/conozca-el-laudo-del-ciadi-que-acabo>
- Cámara de Comercio de Bogotá (2020). APPRI entre Colombia y Francia, Sentencia C 252 de 2019. *Revista Arbitrio*.
- Castilla, J. (2018). *Tratado de cooperación con Francia, en la mira de la Corte Constitucional*. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/tratado-de-cooperacion-con-francia-en-la-mira-de-la-corte-constitucional-2792496>
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 4 [Título I]. (2.<sup>a</sup> ed.). Legis.
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 150 [Título VI]. (2.<sup>a</sup> ed.). Legis.
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 189 [Título VII]. (2.<sup>a</sup> ed.). Legis.
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 226 [Título VII]. (2.<sup>a</sup> ed.). Legis.




- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). Artículo 241 [Título VIII]. (2.<sup>a</sup> ed.). Legis.
- Congreso de la República de Colombia. (31 de julio de 2006). Ley del Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones. [Ley 1069 de 2006]. DO: 46.346
- Congreso de la República de Colombia. (25 de junio de 2014). Ley del Acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversión. [Ley 1720 de 2014]. DO: 49.193
- Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2017). Ley del Acuerdo entre la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones. [Ley 1840 de 2017]. DO: 50.292
- Congreso de la República de Colombia. (28 de diciembre de 2018). Ley del presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal de enero al 31 de diciembre de 2019. [Ley 1940 de 2018]. DO: 50.920
- Embajada de Francia en Colombia. (2019). Firma del acuerdo de protección recíproca de las inversiones Francia - Colombia. <https://co.ambafrance.org/Firma-del-acuerdo-de-protección>
- Medina, H. M. (2019). *Declaraciones interpretativas en tratados de inversión*. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/hector-mauricio-medina-531081/declaraciones-interpretativas-en-tratados-de-inversion-2916646>
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (s.f.). *Consulta pública BIT modelo colombiano*. <https://www.mincit.gov.co/temas-interes/consulta-publica-bit-modelo-colombiano>
- Prieto, G. (2019). *The Colombian Constitutional Court Judgment C-252/19: A new frontier for reform in international investment law*. *EJIL: Talk!*. <https://www.ejiltalk.org/the-colombian-constitutional-court-judgment-c-252-19-a-new-frontier-for-reform-in-international-investment-law/#more-17376&EXT=pdf>
- PROCOLOMBIA. (2018). Colombia se destaca como destino de inversión extranjera en la región. <https://www.inviertaencolombia.com.co/noticias/1174-colombia-se-destaca-como-destino-de-inversion-extranjera-en-la-region.html>
- Sentencia C-252 de 2019. (2019, 6 de junio). Corte Constitucional de Colombia. (M.P: Bernal Pulido, C.). <https://www.iisd.org/itn/>

[es/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/](https://www.corteconstitucional.gov.co/decisiones/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/)

- Sentencia C-415 de 2012. (2012, 6 de junio). Corte Constitucional de Colombia. (M.P: González Cuervo, M.).
- Sentencia C-286 de 2015. (2015, 13 de mayo). Corte Constitucional de Colombia. (M.P: Guerrero Pérez, G.).
- Sentencia C-309 de 2007. (2007, 3 de mayo). Corte Constitucional de Colombia. (M.P: Monroy Cabra, G.).
- Sentencia C-750 de 2008. (2008, 24 de julio). Corte Constitucional de Colombia. (M.P: Vargas Hernández, I.).
- Titi, C. (2020). Control constitucional y derecho internacional de inversiones a través de cuatro sentencias constitucionales en Colombia, Ecuador, y la Unión Europea. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*.
- Transnational Institute (2020). Colombia ante una explosión de demandas de inversores extranjeros. *Sistema de Solución de Disputas Inversor-Estado (ISDS)*. <http://isds-americalatina.org>





El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal. Alcance del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho vs. el control automático de legalidad.  
¿Verdaderas garantías para los administrados y efectiva recuperación del patrimonio público?

Karen Andrea Pinto Guarguati

[karenpintog@outlook.com](mailto:karenpintog@outlook.com)



## Resumen

El presente artículo pretende determinar el alcance de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho vs. el control automático de legalidad, teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos normativos y jurisprudenciales con ocasión a los fallos de responsabilidad fiscal, analizando las dos situaciones junto con sus implicaciones jurídicas. Se presentan resultados soportados en pronunciamientos de la jurisdicción contenciosa administrativa y de las contralorías territoriales.

**Palabras clave:** debido proceso, responsabilidad fiscal, patrimonio público, daño patrimonial, constitucionalidad, convencionalidad.

## Abstract

This article aims to determine the scope of the means of control of nullity and restoration of the right vs. the automatic control of legality, taking into account the latest normative and jurisprudential pronouncements on the occasion of fiscal responsibility rulings. Analyzing the two situations together with their legal implications, presenting results supported in pronouncements of the contentious-administrative jurisdiction and the territorial comptrollers.

**Keywords:** due to the process, fiscal responsibility, public heritage, property damage, constitutionality, conventionality.



## Introducción

La Constitución Política de 1991 regula en los artículos 113, 117, 119, y a partir del título XI, las disposiciones concernientes a las entidades u organismos de control, con competencia para conocer los asuntos con relación a la vigilancia, seguimiento y buena administración de los recursos públicos en Colombia; es decir, quienes tienen las facultades para ejercer el control fiscal en nuestro país; como la Contraloría General de la República y contralorías territoriales (artículo 267). En ese sentido, centraré la atención en el tratamiento ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de los fallos de responsabilidad fiscal, teniendo en cuenta lo regulado en el Acto Legislativo 04 de 2019, el Decreto 403 de 2020, la Ley 1437 de 2011 y la Ley 2080 de 2021, lo anterior, a efectos de determinar la problemática de que proceso resulta más apropiado a efectos de asegurar la recuperación del patrimonio público en Colombia sin afectar los derechos y garantías de los declarados responsables. Determinando si en efecto el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho resulta más garantista, y a la vez asegura la protección y recuperación del patrimonio público.

## Acto Legislativo 04 de 2019

Mediante dicho acto se reforma el régimen del control fiscal en Colombia, modificando los artículos 267, 268, 271, 272 y 274 de la Constitución Política, estableciendo entre otros, que el control judicial de los fallos de responsabilidad tendrá fases y términos procesales exclusivos y concretos, plasmando que el trámite no podrá ser superior a un año, lo anterior a efectos de garantizar la pronta recuperación del patrimonio público. En este también se establece la facultad que tiene la Contraloría

General de la República para ejercer un control, inclusive, concomitante y preventivo, a efectos de evitar posibles afectaciones económicas al Estado.

Al presidente de la República se le concedió en dicho momento facultades extraordinarias por el término de 6 meses para dictar decretos con fuerza de ley, a efectos de regular el desarrollo del Acto Legislativo 04 de 2019.

## Decreto Ley 403 de 2020

Decreto que fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al presidente de la República, para la adecuada ejecución y desarrollo del Acto Legislativo 04 de 2019, a efectos de asegurar el fortalecimiento del control fiscal. A partir del título XV dispone adicionar el artículo 148A a la Ley 1437 de 2011 estableciendo el artículo 152 lo siguiente:

ARTÍCULO. 148A. Control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal. El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal tendrá trámite preferencial respecto de las demás acciones y procesos que conozca la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con excepción de las acciones de tutela, populares preventivas, de grupo, de cumplimiento, del recurso de habeas corpus, del medio de control de nulidad electoral, y del proceso de pérdida de investidura. En todo caso el trámite del control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal, incluida la primera y segunda instancia, no podrá ser superior a un (1) año. Parágrafo. La rama judicial a través de su órgano competente adoptará las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo. Parágrafo transitorio. Lo dispuesto en el presente artículo aplicará a las demandas que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia de este Decreto Ley. Las demandas que estén en curso antes de la vigencia del presente Decreto Ley, continuarán tramitándose conforme al régimen jurídico anterior. (Pública, Decreto 403, 2020).

A renglón seguido en el artículo 153 dispone modificar el artículo 125 de la Ley 1474 de 2011 así:

ARTÍCULO 125. Control de legalidad. Cuando los órganos de control fiscal adviertan por cualquier medio el quebrantamiento del principio de legalidad, podrán interponer las acciones constitucionales y legales pertinentes ante las autoridades administrativas y judiciales competentes y, en ejercicio de estas acciones, solicitar las medidas cautelares necesarias para evitar la consumación de un daño al patrimonio público, quienes le darán atención prioritaria a estas solicitudes (Pública, Decreto 403, 2020)

De este modo, quedó establecido el carácter especial y el tratamiento preferencial que tienen el control judicial de los fallos de responsabilidad fiscal, atendiendo a la urgencia y necesidad de asegurar la reparación del daño causado, el cual implica una afectación generalmente monetaria, la cual influye en el correcto funcionamiento del Estado. En ese sentido, adquiere gran importancia el ejercicio del control fiscal, en el cual es necesario indagar, adelantar y justificar no solo en el procedimiento, sino que este también sea objeto de conocimiento por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a efectos de que brinde garantías en doble vía, esto es, que en efecto se garantice la recuperación del patrimonio del estado sin vulnerar los derechos y garantías fundamentales de los que han sido declarados fiscalmente responsables. Finalmente, el operador judicial es quien tiene el conocimiento del ordenamiento jurídico de manera integral, que le permite determinar si el proceso cuenta con plenas garantías para ambas partes.

Referente al Control Fiscal, María Teresa Zuluaga Botero (2017) en su trabajo final como requisito parcial para optar por el título de magister en Derecho denominado “Proceso de Responsabilidad hoy en Colombia: falencias estructurales para el estado social y democrático de derecho” cita:

En este sentido, Mazo Giraldo considera, que el Control Fiscal debe ir, más allá de verificar, que no se haya realizado desvío de los recursos públicos hacia los patrimonios individuales o si hubo



o no malgasto de los mismos, pues, es necesario que éste permita constatar que se haya realizado una distribución equitativa de los recursos públicos entre regiones y entre grupos sociales. Por tanto, este principio está ligado a la política. Si las decisiones sobre cómo se distribuyen los recursos del Estado y sobre qué sectores deben destinarse mayores esfuerzos fiscales, son decisiones políticas; y si las autoridades de Control Fiscal deben valorar estas decisiones y, partiendo de ellas, evaluar la gestión y los resultados, fuerza es concluir que el nuevo concepto Control Fiscal involucra un componente de política, que no puede confundirse con la política partidista.

Por su parte, Ángela Andrea Villací Castrillón y Fabio Fernando Arroyave Vivas en su tesis de grado para optar por el título de magister en gobierno y políticas públicas denominado “Funcionalidades del Control Fiscal en Colombia” manifiestan que “El control fiscal, fiscaliza la adecuada utilización y gestión eficiente de los recursos públicos, es una medida de lucha frente a posibles hechos de corrupción, de ahí la importancia de evaluar su funcionalidad” (2017).

Teniendo en cuenta lo dispuesto por la presidencia mediante el Decreto Ley 403 de 2020, se expide en enero 25 de 2021 la Ley 2080, la cual modifica y adiciona disposiciones normativas a la Ley 1437 de 2011. Para tal efecto nos detendremos a exponer cuál era el tratamiento judicial de los fallos de responsabilidad fiscal con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley que reforma el CPACA.

## **Ley 1437 de 2011 vs Ley 2080 de 2021**

La Ley 1437 de 2011, Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 137 plasma sobre el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho lo siguiente:

ARTÍCULO 138. “Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado

en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.” (Ley 1437 de 2011)

Asimismo, podrá argüir la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel (Ley 1437 de 2011).

En ese sentido, con anterioridad a la expedición y entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021, el control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal se realizaba por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior, teniendo en cuenta que los fallos que declaraban tal responsabilidad se consideraban que creaban una situación jurídica adversa, contraria, opuesta y desfavorable, de la cual se podía solicitar que quedara sin validez en el mundo jurídico, fundando pruebas y argumentos que permitiesen incluso el restablecimiento de los derechos vulnerados, si así debidamente se lograba sustentar, como también ordenar cesar el trámite de cobro coactivo ente otros. Este tipo de procesos tenían etapas procesales que le permitían al interesado ejercer de manera plena su derecho de defensa, puesto que contaban con mecanismos propios para tal fin, podían perfectamente desde la presentación de la demanda exponer sus argumentos, solicitar la suspensión de un acto administrativo, aportar, solicitar y controvertir pruebas, recurrir decisiones dentro del proceso y demás garantías establecidas en la normativa administrativa.

## Con relación al mencionado medio de control (nulidad y restablecimiento del derecho) se evidencian los siguientes pronunciamientos judiciales:

Tribunal Administrativo del Cauca, expediente 19001333300420120013 601, (Fajardo, 23 01 2015) por medio del cual:

Declara la Nulidad de los actos Proferidos por la Contraloría del Cauca dentro del proceso de responsabilidad fiscal, por configurarse la falsa motivación del acto que los sancionó y por otro lado a título de restablecimiento del derecho se ordenó que la entidad demandada se abstuviera de la ejecución impuesta a Walberto Sinisterra Segura, Amparo Mercy García Sinisterra y Mauro Tomás García Sinisterra. Además, si han realizado pago, éste sea devuelto indexado.

Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, cuyo magistrado ponente es Alberto Yepes Barreiro, con radicado No. 76001-23-31-009- 2007-00152-01, (Consejo de Estado, 01 03 2018) demandado Municipio de Santiago de Cali, Contraloría General de dicho territorio, por la cual “declara la nulidad parcial en lo que atañe a la responsabilidad fiscal de Julián Sepúlveda García y no a los demás responsables fiscales, lo anterior, surtido de un análisis particular de las circunstancias de dicha persona”.

Otro ejemplo es el caso de Gustavo Francisco Petro Urrego contra la Contraloría Distrital de Bogotá, el cual incluso llegó a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien mediante pronunciamiento del 06 de febrero de 2019 especificó:

(...) a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce control judicial sobre los actos administrativos que puedan afectar derechos de los particulares. Esto incluye tanto fallos de responsabilidad fiscal

expedidos por la Contraloría General de la República en contra de funcionarios públicos, como actos de juzgamiento disciplinario de la Procuraduría General de la Nación. El Estado anotó que la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce un control judicial pleno e integral sobre los actos administrativos, que abarca la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad de los mismos (Humanos, 2019).

## En lo que respecta al control automático de legalidad se especifica:

El artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, especifica:

Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código. Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la autoridad judicial indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se efectuare el envío, la autoridad judicial competente aprehenderá de oficio su conocimiento” (Ley 1437 de 2011).

Se precisa que el control automático de legalidad guarda su carácter de ser:

- Un proceso judicial (lo cual quiere decir que por dicha naturaleza este tiene la vocación de terminar con sentencia).
- Es automático e inmediato (una vez se expide, este debe ser remitido, enviado para su control so pena de conocimiento oficioso).
- Es autónomo e independiente aunque aún no se haya demandado su constitucionalidad ante la Corte, se puede conocer, estudiar y decidir sobre su legalidad.

- Es integral, puesto que supone un examen exhaustivo de su legalidad, incluyendo competencia, factores determinantes como la motivación y el fin mismo del acto.

Se señalan las anteriores características a efectos de que no se confunda el control automático con ocasión a estados de anormalidad (decretos legislativos y sus derivados) con el control inmediato de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal, toda vez que los primeros tienen una naturaleza de carácter transitoria con ocasión a la situación que dio origen al estado de excepción (guerra exterior, conmoción interior, emergencia económica, social, ecológica), no obstante los segundos guardan una vocación de ser permanentes, es decir con un carácter estable, esto significa que el legislador con este nuevo control modifica la manera en la cual se conocerán dichos casos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el trámite procedimental de estos.

## Control automático de legalidad de los fallos de Responsabilidad Fiscal

La Ley 2080 de 2021, introdujo modificaciones sustanciales y procesales así pues en el artículo 23 y 45 adicionó el control automático de legalidad para los fallos con responsabilidad fiscal estableciendo:

Artículo 23 el cual adicional el artículo 136 A a la Ley 1437 de 2011:

Los fallos con responsabilidad fiscal tendrán control automático e integral de legalidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ejercido por salas especiales conformadas por el Consejo de Estado cuando sean expedidos por la Contraloría General de la República o la Auditoría General de la República, o por los Tribunales Administrativos cuando emanen de las contralorías territoriales.

Para el efecto, el fallo con responsabilidad fiscal y el antecedente administrativo que lo contiene, serán remitidos en su integridad a la

secretaría del respectivo despacho judicial para su reparto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firmeza del acto definitivo.” (Ley 1437 de 2011).

En lo que respecta al aspecto procesal el artículo 45 de la ley 2080 de 2021, adicional el artículo 185A a la Ley 1437 de 2011 así:

Recibido el fallo con responsabilidad fiscal y el respectivo expediente administrativo, se surtirá lo siguiente:

1. Mediante auto no susceptible de recurso, el magistrado ponente admitirá el trámite correspondiente, en el que dispondrá que se fije en la secretaría un aviso sobre la existencia del proceso por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo, así mismo en el auto admisorio se correrá traslado al Ministerio Público para que rinda concepto dentro del mismo término; se ordenará la publicación de un aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; así como la notificación al buzón de correo electrónico dispuesto para el efecto, a quien según el acto materia de control, hubiere sido declarado responsable fiscal o tercero civilmente responsable y al órgano de control fiscal correspondiente.
2. Cuando lo considere necesario para adoptar decisión, podrá decretar las pruebas que estime conducentes, las cuales se practicarán en el término de diez (10) días. Vencido el término de traslado o el periodo probatorio cuando a ello hubiere lugar, el magistrado ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de entrada al despacho para sentencia.
3. La sala de decisión proferirá sentencia dentro de los veinte (20) días siguientes al registro del proyecto de fallo, que incluirá, entre otros, el control de legalidad sobre la inhabilidad derivada de la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales la cual se entenderá suspendida hasta el momento en que sea proferida

la sentencia respectiva. Sí encontrare que se configuró alguna de las causales de nulidad previstas por el artículo 137, así lo declarará y adoptará las demás decisiones que en derecho correspondan. La sentencia proferida en ejercicio del control automático se notificará personalmente a la Contraloría, a quien hubiere sido declarado responsable fiscal o tercero civilmente responsable, y al Ministerio Público, al buzón de correo electrónico dispuesto para el efecto; y por anotación en el estado, a los demás intervinientes y será susceptible de recurso de apelación que será decidido por salas especiales conformadas por la corporación competente, en caso de que el fallo de primera instancia sea proferido por el Consejo de Estado la apelación será resuelta por una sala especial diferente a aquella que tomó la decisión. La sentencia ejecutoriada en ejercicio del control automático tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes y se notificará en la forma dispuesta en el presente numeral. (Ley 1437 de 2011)

Frente a dicha adición se han presentado debates en lo concerniente a establecer si con la nueva disposición normativa se garantiza plenamente los derechos de aquellas personas que han sido declaradas responsables a través de un fallo de responsabilidad fiscal.

Con ocasión a lo anterior, es decir, en lo que respecta concretamente al control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal, existen pronunciamientos judiciales de parte del Consejo de Estado en el siguiente sentido:

Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Providencia judicial del 05 de marzo de 2021, radicado No. 11001-03-15-000-2020-01293-00, Consejero Ponente Guillermo Sánchez Luque:

El control inmediato de legalidad comprende el análisis de la existencia de una relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto sujeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Asimismo, el

control implica confrontar el acto con las normas superiores que le sirven de fundamento, es decir, los mandatos constitucionales que regulan los estados de excepción (arts. 212 a 215), la LEEE, el decreto de declaratoria del estado de excepción y el decreto legislativo que desarrolla (Consejo de Estado S. d., 05 03 2021).

Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Sala Especial de Decisión No. 7 Providencia del 28 de abril de 2021, radicado No. 11001-03-15-000-2021-01175-00, Consejero Ponente Martín Bermúdez Muñoz.

En dicho pronunciamiento el consejero afirma que las adiciones efectuadas a través de la Ley 2080 de 2021, desconocen preceptos constitucionales en el siguiente sentido:

A juicio del Despacho las dos disposiciones anteriores desconocen la función constitucional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a la que le corresponde juzgar los actos de la administración, restablecer los derechos de los particulares y disponer la reparación de los perjuicios que se les causen con tales actos. El ejercicio de dicha función comporta el deber de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y el derecho fundamental al debido proceso, que implica el derecho de acudir ante el juez (determinado en la ley) para que éste que resuelva sus pretensiones conforme con lo previsto en las normas legales. Solo de este modo puede considerarse que nos encontramos en un Estado de derecho en el cual los ciudadanos, tengan el mismo tratamiento ante la ley, puedan demandar los actos de la administración, y cuenten con la garantía de un juez imparcial que resuelva sus pretensiones en condiciones de igualdad. (“...”)

El control inmediato de legalidad sobre el acto administrativo particular que contiene el fallo de responsabilidad fiscal No. 08 del 18 de diciembre de 2020, en el cual se declara responsables a las personas anteriormente mencionadas desconoce el derecho de los afectados con la decisión a impugnar la citada decisión mediante la acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. (“...”)

El control inmediato de legalidad también priva a las personas afectadas con el fallo remitido de la posibilidad de



solicitar el restablecimiento de sus derechos o reclamar el pago de los perjuicios que tal decisión les hubiere podido causar, los cuales podrían reclamar en ejercicio de la acción procedente contra los actos particulares, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho. El procedimiento regulado en artículo 45 de la Ley 2080 no garantiza el acceso a la administración de justicia de los afectados con el acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal, lo que genera una violación al derecho a la igualdad, frente a la posibilidad que tienen todas las personas de impugnar los actos que le afecten. Las normas cuya aplicación se excepciona en la presente providencia le dan a los afectados con el fallo remitido para control automático de legalidad, que de acuerdo con la ley son los titulares de la acción de nulidad y restablecimiento para defender sus derechos, el tratamiento de interviniente en un procedimiento de naturaleza pública (Consejo de Estado S. P., 28 04 2021).

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Consejo de Estado.  
Providencia del 09 de junio de 2021 radicado No. 11001-03-15-000-2021-01175-01(A), Consejero Ponente William Hernández Gómez.

Respecto de la solicitud de unificación de jurisprudencia:

En el marco del control automático de legalidad sobre el fallo con responsabilidad fiscal n.º 8 del 18 de diciembre de 2020, expedido por la Contraloría Delegada para la Responsabilidad Fiscal, Intervención Judicial y Cobro Coactivo, el consejero de Estado Martín Bermúdez Muñoz de la Sala Especial de Decisión n.º 7, mediante auto del 28 de abril de 2021, resolvió no avocar conocimiento del asunto, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021. 10. Dicha decisión fue recurrida en reposición, y subsidiariamente en súplica, por la Contraloría General de la República, entidad que, además de exponer argumentos para que sea revocada la providencia impugnada, solicitó que el tema sea resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en virtud de lo consagrado en el artículo 271 del CPACA, debido a la importancia jurídica que reviste la definición de los alcances constitucionales

de este nuevo medio de control. 11. El consejero de Estado Martín Bermúdez Muñoz resolvió el recurso de reposición confirmando la providencia impugnada y determinó remitir el expediente a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para que estudie la posibilidad de avocar conocimiento del asunto en virtud de la norma antes mencionada. (“...”) En cuya parte Resolutiva numeral tercero resuelve: Avocar conocimiento del asunto para emitir auto de unificación acerca de la aplicación de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 sobre el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal (Consejo de Estado S. P., 09 06 2021).

Providencia de Unificación Jurisprudencial AIJ-01-2021 del 29 de junio de 2021, del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente William Hernández Gómez.

Por medio del cual inaplican las normas objeto del presente estudio indicando:

confirmó la decisión de inaplicar los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, que introdujeron el medio de control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por ser incompatibles con la Constitución y con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Inicialmente, la Sala Plena señaló que la regulación del mencionado control automático de legalidad viola el artículo 29 de la Constitución sobre el debido proceso y el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto de las garantías judiciales que deben ser otorgadas a todas las personas, toda vez que, a quienes fueron declarados responsables fiscalmente, no se les permite presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra en este trámite de control automático. Del mismo modo, sostuvo que el nuevo medio de control es incompatible con los artículos 229 y 90 de la Constitución y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho de acceso a la administración de justicia, a la reparación integral del daño y a la tutela judicial efectiva. Lo anterior porque en la medida en que, a quien es

declarado fiscalmente responsable, no se le da la oportunidad de formular pretensiones tales como el restablecimiento de aquellos derechos que le hayan sido vulnerados por la eventual ilegalidad del acto administrativo con responsabilidad fiscal y la indemnización de los perjuicios causados con este. En igual sentido, la Sala Plena consideró que las normas sobre el control automático de legalidad violan el artículo 238 de la Constitución sobre la facultad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos y los artículos 13 de la Carta y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el principio de igualdad. Finalmente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo indicó que este medio de control no cumple en sentido estricto los parámetros de convencionalidad previstos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 8 de julio de 2020 (caso Petro Urrego vs Colombia). (Consejo de Estado S. P., Control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal, s.f.)

Para entender el control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal y la vulneración a las disposiciones constitucionales y convencionales se expondrá a continuación los argumentos objetos del presente debate:

## **Respecto del debido proceso: artículo 29 de la Constitución Política:**

Se presenta una infracción al derecho al debido proceso ya que no le permite al sancionado fiscalmente solicitar la nulidad y el restablecimiento de sus derechos u otro mecanismo o medio de control, puesto que de manera exclusiva solo se realiza un control de legalidad del acto administrativo que lo declara responsable fiscalmente. En ese sentido, le impide solicitar la indemnización de perjuicios, puesto que no se contempla. De otro lado, impide el ejercicio efectivo del derecho de contradicción, el cual hace parte o integra el derecho de defensa, incluido este en el debido proceso, puesto que si bien existe una etapa procesal

para la práctica de pruebas por el término de 10 días (potestativo, discrecional o facultativo), no se encuentra de manera expresa que exista la posibilidad de controvertir tal decisión, no se tiene el derecho de réplica en dicho sentido, así como tampoco se tiene el derecho presentar los recursos correspondientes cuando se niegue la practica o decreto de las mismas. Se precisa que responsabilidad fiscal no es un asunto cuyo análisis sea de puro derecho, sino todo lo contrario, se requiere un análisis completo y exhaustivo con elementos probatorios que permitan dilucidar si en efecto la decisión que se adoptó fue la correcta o no.

El concepto de Ministerio Público tampoco no avala que el declarado responsable pueda ejecutar su derecho de contradicción, lo anterior debido a que quien conoce de las situaciones de época, modo y lugar, así como las pruebas, es directamente el sancionado. Aunque exista una etapa procesal para que cualquier ciudadano pueda intervenir en la legalidad del acto, ello no asegura que se ejerza la defensa de un caso del cual no tiene comprensión, por cuanto no participó en las etapas procesales propias de este.

## **Respecto del concepto de derogatoria:**

Si bien, no se contempla como una derogatoria expresa respecto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho u otro medio de control (de los fallos de responsabilidad fiscal), si se configura una derogatoria tácita entendida esta por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 11001-03-06-000-2008-00080-00 (1928) del 20 de noviembre de 2008, cuyo Consejero ponente fue Gustavo Aponte Santos:

En la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento el precepto legal, desde el momento en que así lo disponga el legislador. Por su parte, la derogación tácita supone un cambio de legislación, una incompatibilidad de lo regulado en la nueva ley frente a la que antes regía. Para determinar su ocurrencia, se

hace necesaria la interpretación de ambas leyes, lo cual permite establecer si la ley anterior es insubsistente total o parcialmente (Consejo de Estado S. d., 20 11 2008).

En ese sentido, se incurre en una derogatoria tácita al contemplar de manera específica, particular y concreta un medio de control o figura jurídica, determinado y exclusivo para los fallos de responsabilidad fiscal, la cual es erróneamente el control automático de legalidad. Generando, en ese sentido, una incongruencia que degenera en la no aplicación de otros medios de control ya que para el tema en particular se contemplan de manera clara y específica el control inmediato de legalidad, asimismo crea etapas procesales especiales, particulares y concretas para este nuevo control. Dejando sin vigencia el procedimiento anterior.

Si bien las normas gozan del carácter de la presunción de constitucionalidad, estas admiten prueba en contrario y se pueden refutar.

## **Respecto de otras precisiones constitucionales y convencionales:**

El control automático de legalidad obliga a los sancionados fiscalmente a soportar una decisión judicial que no pueden controvertir, en dicho sentido imponen una carga que no les corresponde aguantar. Ello traduciría en el desequilibrio de los sancionados fiscalmente frente las cargas públicas. Motivo por el cual, el Estado puede ser forzado a reparar los daños que ocasione a sus administrados por ello, el legislador en este caso previó una figura o control específico determinado, concretó para los fallos de responsabilidad fiscal cual es el control automático de legalidad, situación que se traduce en que mediante dicho mecanismo el declarado responsable no pueda acceder a otras acciones tales como la nulidad y restablecimiento del derecho, en ese sentido no puede acceder a la admiración de justicia para hacer valer sus intereses mediante otro mecanismo, le impone injustamente la obligación de conformarse con un fallo que únicamente se limita a establecer si un acto fue legal o no,

imponiéndole que se conforme con un procedimiento que no le garantiza sus derechos fundamentales.

En concordancia con lo expuesto también se encuentra el artículo 8 y 25 de la CADH en correlación con el artículo 93 de la Constitución el cual establece que hacen parte del bloque constitucionalidad aquellos tratados o convenios ratificados por Colombia que reconozcan los derechos humanos, siendo objeto de control interno. El Estado debe garantizar que dichas disposiciones se respeten y garanticen. Se establece en dicho artículo que el deber de los Estados parte, es decir, la obligación del Estado colombiano de respetar y garantizar los derechos tales como el Derecho de las garantías judiciales. En ese sentido, toda persona tiene derecho a ser oída conforme las debidas garantías por un juez o tribunal competente, asimismo, tiene derecho a que se le conceda el tiempo y los medios necesarios para ejercer su derecho de defensa, el derecho de interrogar, el derecho de solicitar peritos, el derecho de recurrir un fallo ante juez o tribunal superior, entre otros. Asuntos que no se garantizan con la nueva disposición normativa.

El legislador, con la inclusión de la figura del control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal, efectúa todo lo contrario a lo dispuesto en las directrices internacionales, puesto que con dicho mecanismo no respeta el derecho de la persona sancionada fiscalmente de ser escuchada ya que no le permite ejercer su derecho de defensa dejando al arbitrio y discrecionalidad del operador judicial el practicar o no pruebas. No existe una etapa procesal que le permita exponer o recurrir tan siquiera la solicitud del decreto o práctica de pruebas, así mismo le obliga a someterse a un fallo que no se analiza de manera integral, puesto que su análisis solo se centra en la legalidad de un acto.

En ese sentido, tampoco se garantiza la protección judicial. Para el caso en concreto, los artículos 23 y 45 limita el ejercicio de garantías judiciales a los ciudadanos.

El control automático de los fallos de responsabilidad fiscal cierra la posibilidad de acceder a los administrados la posibilidad de demandar a través de otros medios de control judiciales, con miras a que se les

atienda en un proceso con las plenas garantías y las razones por las cuales consideran que un fallo o acto no es ajustado a derecho.

El control automático de legalidad va en contra de la naturaleza misma de los fallos de responsabilidad fiscal, no se puede limitar de manera exclusiva al simple análisis de legalidad puesto que ello sería desconocer otro tipo de derechos fundamentales y garantías constitucionales.

Se señala que la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene la facultad de suspender de manera provisional, de acuerdo con lo establecido en la ley, los sucesos administrativos que sean susceptibles de oposición vía judicial, sin embargo, las normas citadas impiden el ejercicio de dicha medida por limitar el acceso al sancionado al juicio automático de legalidad.

Para concluir, no resulta correcto que una decisión en sede de control automático de legalidad tenga efectos erga omnes, puesto que los fallos de responsabilidad fiscal afectan de manera concreta y particular a un ciudadano o personas determinables, no a la colectividad.

## **Pronunciamientos de la Corte Constitucional**

El día 16 de marzo de 2022, la honorable Corte Constitucional a través de sus redes sociales, mediante comunicado expuso que mediante las sentencias C-090 y C-091 de 2022, que había declarado inconstitucionales con efectos hacia el pasado, el control automático e integral de los fallos de responsabilidad fiscal por quebrantar el derecho al acceso a la administración de justicia en condiciones de equivalencia, allí mismo manifestó que el presidente de la República extralimitó la competencia legislativa conferida por el Congreso, al establecer normas para el desarrollo e implementación del acto legislativo cuatro de dos mil diecinueve y con este el reforzamiento del control fiscal en Colombia.

## Resultados

Se Consultó a algunas Contralorías Departamentales y Municipales a efectos de determinar el tratamiento jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal con ocasión al control automático de legalidad, entidades que emitieron pronunciamiento del siguiente modo:

### 1. **Contraloría de Caldas:**

Indica que no se han proferido fallos con responsabilidad fiscal. Motivo por el cual, no se han remitido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

### 2. **Contraloría de Guainía:**

Indica que no se han enviado fallos de responsabilidad fiscal a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Arguye que la Contraloría Departamental de Guainía acogió el procedimiento cuya finalidad es garantizar el acceso a la administración de justicia y el derecho al debido proceso, dando cumplimiento a la Ley 2080 de 2021, según lo estipulado en el artículo 23 y 45. Por lo cual adoptó mediante la Resolución No. 086 del 03 de junio de 2021, un nuevo trámite dentro del proceso administrativo sancionatorio fiscal en la contraloría de su territorio.

### 3. **Contraloría de la Guajira:**

Indica que se han ventilado 04 expedientes con responsabilidad fiscal ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a efectos de que surta el control automático. En ninguno de los casos se avocó conocimiento.

En observaciones indica: no avocar conocimiento y no darle trámite ante la jurisdicción contenciosa, la entidad no puede solicitar la inserción en el boletín de responsables fiscales, lo que impide que en muchos casos los implicados de manera pronta decidan pagar el fallo impuesto, ya que no existe ninguna posibilidad para seguir contratando y ejerciendo funciones públicas.



**4. Contraloría de Sincelejo:**

No ha enviado ningún fallo con responsabilidad fiscal a conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo.

**5. Contraloría de Dosquebradas:**

Indica que en el último año no se han emitido fallos con responsabilidad fiscal.

**6. Contraloría de Girón:**

Indica que no se han proferido fallos con responsabilidad fiscal, motivo por el cual, no se han remitido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

**7. Contraloría de Pereira:**

Indica que durante la vigencia 2021, ningún fallo con responsabilidad fiscal ha sido objeto de control automático de legalidad. Arguye que con anterioridad al auto de unificación del Consejo de Estado los fallos con responsabilidad fiscal proferidos, surtieron el grado de consulta.

**8. Contraloría de Villavicencio:**

Indica que se han remitido 03 expedientes al Tribunal Contencioso Administrativo del Meta. Frente a estos la Jurisdicción decidió no avocar conocimiento.

**9. Contraloría de Yumbo:**

Indica que se han remitido 02 expedientes con responsabilidad fiscal, ante el cual el Tribunal Administrativo del Valle decidió no avocar conocimiento. Arguye que una vez ejecutoriado el fallo con responsabilidad fiscal, se realiza la remisión al Tribunal, cuando este se recibe se remiten los oficios pertinentes para la fijación en el boletín de responsables fiscales, Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y se traslada el título ejecutivo a la jurisdicción coactiva.

**10. Contraloría de Itagüí:**

Indica que no se ha proferido ningún fallo con responsabilidad fiscal ejecutoriado.

En ese sentido, si bien algunas Contralorías no han emitido fallos con responsabilidad fiscal, aquellas que lo han hecho han enviado lo pertinente a la Jurisdicción, quienes se han acogido a no avocar conocimiento siguiendo el lineamiento del Consejo de Estado, no obstante, llama la atención de la creación del nuevo trámite de parte del ente territorial lo cual puede dar lugar a inseguridad jurídica que pueda afectar el patrimonio público, asimismo otra entidad manifestó que no le ha sido posible la inclusión en el boletín de responsables fiscales por lo cual, las personas no pagan a tiempo los fallos impuestos. Así las cosas, con la expedición de dicha normatividad han sido más las dificultades jurídicas y operativas que reales soluciones a la problemática de referencia.

## Conclusiones

Una vez concluido el presente estudio y teniendo en cuenta los resultados de este, se determinó, que si bien, el Estado colombiano debe asegurar que no se generen afectaciones al patrimonio público y en el evento de que estas sucedan se tomen medidas rápidas que permitan la recuperación de este. Ello no puede degenerar que se expidan normas que sean abiertamente inconstitucionales, ni que vayan en contravía de las disposiciones convencionales, puesto que ello conllevaría a que más adelante se enfrente a demandas nacionales e internacionales de las cuales no pueda sustentar una defensa correcta y se vea obligado a indemnizar los perjuicios de una situación que el mismo creó. En ese sentido, se deben ofrecer unas garantías en ambas vías, esto quiere decir que se garantice la efectiva recuperación del patrimonio público, garantizando a su vez que se respeten los derechos fundamentales del administrado y de las personas que han sido declarados responsables fiscalmente. De esta manera, se confirma la hipótesis planteada frente al alcance de la nulidad y restablecimiento del derecho vs el control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal, se precisa que el primero ofrece unas garantías en las cuales se exponen las circunstancias de tiempo, modo y lugar, es decir, tanto los fundamentos fácticos y jurídicos respecto de una contienda que versa sobre si la decisión que adoptó la Contraloría fue correcta o no, con

plenas garantías procesales, para ambas partes, si bien, en el proceso de nulidad no se establece unas etapas específicas y únicas para los fallos de responsabilidad fiscal, si surte las etapas propias y naturales de un proceso de carácter administrativo, en el cual se garantiza el derecho a ser oído, el saneamiento del proceso, la decisión de excepciones previas, la fijación del litigio, el derecho de aportar de recurrir pruebas, presentar alegatos de conclusión, el derecho a obtener un fallo y recurrir este.

Pese a que uno de los fines para efectuar la modificación e inclusión del control automático de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal, fue el hecho de que este iba a implicar ahorro de tiempo, disminuyendo fases procesales y ordenando que la decisión se adoptara rápidamente, dicho afán no puede traducir en responsabilidad del estado que conlleve incluso a que su mismo patrimonio se vea afectado.

Asimismo, teniendo en cuenta los pronunciamientos de las Contralorías departamentales y municipales descritas en los resultados, la mayoría de ellas se ha acogido al auto de Unificación del Consejo de Estado, algunos no han tenido casos con responsabilidad fiscal por ende no han remitido documentación en ese sentido a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, otros han emitido dichos fallos, no obstante el Tribunal del territorio decide no avocar conocimiento con ocasión a la directriz del CE. Asimismo, exponen que dicha medida no ayuda ni beneficia o mejora la situación en el evento de que los declarados responsables paguen de manera pronta el fallo impuesto.

No obstante, llama la atención el pronunciamiento de una Contraloría territorial frente al cual manifiesta que mediante Resolución No. 086 del 03 de junio de 2021, decidió o adoptó un nuevo trámite dentro del proceso administrativo sancionatorio en su territorio.

La anterior situación conllevaría a que no se manejen disposiciones jurídicas ni procedimentales uniformes lo cual degeneraría en inseguridad jurídica, situación que tampoco asegura la efectiva recuperación del patrimonio público ni del respecto de los derechos y garantías fundamentales de los perjudicados.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, queda claro que el nuevo procedimiento fue expedido de manera inconstitucional, confirmado ello por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, si bien nuestro ordenamiento jurídico actualmente cuenta con medios de control que, si garantizan la recuperación del patrimonio público y el respeto de las garantías fundamentales, se debe ser cuidadoso al expedir normas que pueden llegar a afectar tanto a la administración como a los administrados. Debiéndose reforzar las políticas de vigilancia, control y buen manejo de los recursos de un modo más estricto y certero.

## Referencias

- Villací, A. (2017). *Funcionalidad del Control Fiscal en Colombia*. (U. Nacional, Ed.) Obtenido de [https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/675/JI\\_A-spa-2017-Funcionalidad\\_del\\_control\\_fisc\\_al\\_en\\_Colombia.pdf?sequence=1](https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/675/JI_A-spa-2017-Funcionalidad_del_control_fisc_al_en_Colombia.pdf?sequence=1)
- Consejo de Estado, S. d. (01 03 2018). *Nulidad y restablecimiento del derecho fallo de segunda instancia*. Bogotá. Obtenido de <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/tables5/F76001233100020070015201%20AYB.pdf>
- Consejo de Estado, S. d. (05 03 2021). *Control inmediato de legalidad*. Bogotá. Obtenido de [https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2021/05/RetiC\\_esantias.pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2021/05/RetiC_esantias.pdf)
- Consejo de Estado, S. d. (19 06 2020). *nulidad y restablecimiento del derecho de fallos con responsabilidad fiscal*. Bogotá. Obtenido de [https://www.d1tribunaladministrativodelmagdalena.com/image/s/Jurisprudencia/Whatsapp\\_20\\_20/RESPONSABILIDAD\\_FISCAL.pdf](https://www.d1tribunaladministrativodelmagdalena.com/image/s/Jurisprudencia/Whatsapp_20_20/RESPONSABILIDAD_FISCAL.pdf)
- Consejo de Estado, S. d. (20 11 2008). *Derogatoria tácita y expresa. Vigilancia de la gestión fiscal*. Obtenido de [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/P\\_DF/11001-03-06-000-2008-00080-00\(1928\)-09.pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/P_DF/11001-03-06-000-2008-00080-00(1928)-09.pdf)
- Consejo de estado, S. P. (05 03 2012). *Hufo Fernando Bastidas Barcenás*. Bogotá. Obtenido de [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/10\\_0/AC/11001-03-15-000-2010-00369-00\(CA\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/10_0/AC/11001-03-15-000-2010-00369-00(CA).pdf)

- Consejo de Estado, S. P. (09 06 2021). *Control automático de legalidad*. Bogotá. Obtenido de <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/244/11001-03-15-000-2021-01175-01.pdf>
- Consejo de Estado, S. P. (28 04 2021). *Control Automático de legalidad*. Bogotá. Obtenido de [https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2021/04/1266\\_110010315000202101175001autoqueseabs20210429145640.pdf](https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2021/04/1266_110010315000202101175001autoqueseabs20210429145640.pdf)
- Consejo de Estado, S. P. (s.f.). *Control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal*. Obtenido de <https://www.consejodeestado.gov.co/news/sala-plena-contenciosa-confirmacion-aplicacion-de-las-normas-que-regulan-el-control-automatico-de-legalidad-de-los-fallos-con-responsabilidad-fiscal/>
- Fajardo, T. (2015). *Nulidad y restablecimiento del derecho de fallo con responsabilidad fiscal*. Obtenido de [file:///C:/Users/karen\\_000/Downloads/19001333300420120013601.pdf](file:///C:/Users/karen_000/Downloads/19001333300420120013601.pdf).
- Humanos, C. I. (2019). *Solicitud de medidas provisionales, caso Petro vs Colombia*. Obtenido de [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/petrourengo\\_se\\_01.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/petrourengo_se_01.pdf)
- Pública, D. A. (2020). Decreto 403. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110374>
- Pública, D. A. (s.f.). Ley 1437 de 2011. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>
- Pública, D. A. (s.f.). Ley 1437 de 2011. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>
- Zuluaga, M. (2017). *Proceso de Responsabilidad Fiscal hoy en Colombia: Falencias estructurales para el estado social y democrática de derecho*. Obtenido de <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/59188/PROCESO%20DE%20RESPONSABILIDAD%20FISCAL%20EN%20COLOMBIA%20FALENCIAS%20ESTRUCTURALES%20%20PARA%20EL%20ESTADO%20SOCIAL%20Y%20DEMOCRATICO%20DE%20DERECHO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>



# PROTECCIÓN PENAL AL MEDIO AMBIENTE Y UNA NUEVA PROPUESTA ECOCENTRISTA

Santiago Loaiza González

[santiagoloaiza003@javerianacali.edu.co](mailto:santiagoloaiza003@javerianacali.edu.co)



## Resumen

La situación del cambio climático y el daño generado a animales, plantas, cuerpos de agua y ecosistemas está siendo cada vez más grave, el ser humano ha generado gran parte de este daño, por lo que tiene la obligación de proteger y reparar de una manera más estricta la naturaleza. En Colombia, desde la legislación penal hay un vacío en las técnicas que permitan una restauración de los efectos provenientes de la comisión de delitos contra la naturaleza y el medio ambiente. Para esto se propone un modelo de justicia alternativo con una perspectiva ecocentrista que tenga en consideración el valor inherente de los elementos naturales y que propenda por un pensamiento de una vida en comunidad de igualdad entre el ser humano y el medio ambiente.

**Palabras clave:** ecocentrismo, flora, fauna, medio ambiente, ecosistemas, justicia restaurativa, ius puniendi, Constitución ecológica, no-humanos, victimología verde, valor intrínseco, antropocentrismo.

## Abstract

The situation of climate change and the harm generated to animals, plants, waterbodies, and ecosystems is getting more serious, the human being has made much of the damage, because of this, it is their obligation to protect and repair the nature in a stricter way. In Colombia, from the criminal legislation there's a regulatory vacuum in the techniques that allow a restoration of the effects coming from the commission of crimes against the nature and the environment. In respect thereof, it is proposed an alternative justice model with an ecocentric perspective that considers the inherent value of the natural elements and promote a thought of a community life of equality between the human and the environment.

**Keywords:** ecocentrism, flora, fauna, environment, ecosystems, restorative justice, ius puniendi, ecologic constitution, non-human, green victimology, intrinsic value, anthropocentrism.



# 1. Introducción

En el mundo en el que se desarrolla nuestro contexto actual, uno de los planteamientos inquietantes más grandes de esta generación es el futuro del medio ambiente, todo por el gran malestar que está sufriendo el planeta Tierra. Sin duda, cualquier persona puede notar el gran cambio que está sufriendo el ambiente por causa del ser humano, la Tierra muere a manos de quienes la habitan, debido a los problemas que surgen del cambio climático, con la emisión de gases contaminantes a la atmósfera; de la amenaza de extinción de varias especies, por el tráfico de especies exóticas en peligro de extinción; y por la explotación indiscriminada de los recursos naturales. Se dice brindar una protección al medio ambiente, protección que resulta ineficaz y poco visible, pues aún hay una visión egoísta que no permite reconocer la naturaleza con la suma importancia que merece. En particular, el derecho penal tiene la facultad de invocar el *ius puniendi* del Estado para poder castigar a los comportamientos que sean lo suficientemente violentos para dañar lo protegido, pero es ahí donde el derecho debería revestirse de una postura ecocentrista agregándole al “concepto de derecho” un pensar que promueva la creación de un modelo de principios con base en los valores propios de la naturaleza, dejando de lado al ya gastado antropocentrismo.

Este artículo busca llevar la concepción de la protección del ambiente dentro del derecho penal colombiano a una postura más ecocentrista, que permita darle una protección más efectiva a la naturaleza por el valor propio que esta tiene, cambiando el paradigma del esquema punitivo frente a las lesiones al medio ambiente, haciendo especial hincapié en la separación de la visión antropocentrista que el derecho penal colombiano tiene desde tres enfoques: el medio ambiente y naturaleza como



conglomerado de vida; el ámbito penal de la protección del ambiente; y la justicia que repare a la naturaleza.

## 2. El medio ambiente y naturaleza como conglomerado de vida con valores propios

El medio ambiente es usualmente tomado como un anexo o una herramienta para el desarrollo del ser humano, de ahí que múltiples legislaciones de diferentes países opten por utilizar sus leyes para proteger este recurso que consideran importante para el ser humano, pero ¿Sería entonces suficiente arraigarse a la idea de que el medio ambiente y la naturaleza deben ser protegidos por el beneficio que sus elementos le generan al humano? Ese es específicamente el planteamiento que la corriente filosófica del ecocentrismo pretende poner en tela de juicio, puesto que, como mencionan Ten Have y Patrão Neves (2021), dentro de esta concepción no solo se exalta el valor intrínseco de las formas de vida que viven en la naturaleza, sino que se extiende a sus hábitats, al ecosistema y al planeta Tierra mismo (p. 449). Por valor intrínseco se apunta a que algo tiene valor en sí mismo o por sí mismo, por lo que puede considerarse como un fin en sí mismo y, por ende, tener el derecho de ser él mismo. (Williams, 2013 como se citó en White, 2018b).

El aspecto clave del ecocentrismo es que le da el trato a la fauna, la flora, los cuerpos de agua, y los ecosistemas como conjunto de organismos vivos, como posibles titulares de derechos (Schlosberg, 2007 referenciado por White 2018) porque considera que son individuos que forman parte de una comunidad más amplia, donde cada sujeto depende del bienestar del planeta, es así que la Tierra debe ser tomada como punto de referencia donde todos los individuos que habitan en ella sin distinción de especie tengan los mismos derechos y por ende la misma protección (Berry, 1999; Cullinan, 2004; Halsey y White, 1998; Williams, 2013. Como se citaron en White 2018a). Lo anteriormente dicho, no se encuentra alejado de la doctrina jurídica colombiana,

puesto que en varias ocasiones la Corte Constitucional, por ejemplo, se ha pronunciado en la necesidad de reconocer a la naturaleza y al medio ambiente como sujetos de derecho, donde se resaltan las sentencias C-666/10, C-032/19, SU-016/20 y la reciente polémica C-148/22, jurisprudencia constitucional que aterriza lo consagrado en la Constitución en los artículos 8° y 95 a la realidad del medio ambiente y la naturaleza, que obligan al Estado y a los ciudadanos a velar por el cuidado de los componentes naturales de la Nación. Por ejemplo, se ha reconocido dentro de la línea jurisprudencial la importancia de tratar al medio ambiente, la naturaleza y sus elementos, más específicamente a los animales, como seres sintientes que no tienen la misma manera de actuar que un humano para proteger sus derechos, y es entonces que el no tener la misma calidad que un humano no puede ser limitante para poder brindar la protección a los valores intrínsecos de la naturaleza.

Relacionado a esto, señala Singer (2018) que los animales perciben el dolor, pero los humanos no lo podemos saber porque el dolor es algo que ocurre al interior del ser que lo experimenta. Sabemos que otra persona puede sentir dolor porque inferimos que responderá de manera similar a estímulos negativos; no sería entonces descabellado concluir por mera inferencia que otros individuos ajenos a la especie humana, pero que tienen sistemas nerviosos igualmente complejos y formados, también sientan y respondan ante eso que los humanos llaman “dolor”. Las plantas, aunque no tienen desarrollados complejos sistemas nerviosos como los animales, sí son capaces de percibir los estímulos negativos, a ataques y activar respuestas que les permitan sobrevivir (Hamilton y McBrayer 2020). ¿Por qué entonces se debe proteger al medio ambiente y a la naturaleza por lo que es? Porque como antes se ha mencionado, todos somos miembros de una comunidad, humanos, animales, plantas, cuerpos de agua, entre otros. Todos dependemos del bienestar del planeta Tierra, puesto que en él nos relacionamos. Pero los humanos hemos fallado en reconocer esta comunidad de la que somos parte, hemos puesto por encima nuestros fines sin importar cuando daño estos generan a las demás especies y organismos, somos los que más daño hemos hecho al planeta, desde pequeñas acciones hasta acciones que generan un impacto gigante en la estabilidad de la

Tierra, hemos talado árboles indiscriminadamente, hemos contaminado los cuerpos de agua a tal punto que la vida que antes prosperaba en ellos se ha visto reducida. Esto no significa que las acciones necesarias para la subsistencia del ser humano sean prohibidas, como abastecerse de alimento a partir de animales.

La concepción de la naturaleza debe dejar de ser antropocentrista, el medio ambiente y sus elementos no son herramientas para el desarrollo del ser humano, no hay razón para jerarquizar la naturaleza y poner al humano como dueño y señor de la naturaleza porque ella misma se gobierna, así como Alan Weisman (2008) ilustra a lo largo de su libro “El mundo sin nosotros”, si de repente la humanidad desapareciera la naturaleza tomaría el lugar que le pertenecía antes de que los humanos edificaran ciudades, los animales vagarían libres por los restos de la civilización que dejó el desaparecimiento de la raza humana, no habría quien controle, no habría quien los utilice como “instrumento”. Un ejemplo de esto fue lo que se vivió durante la pandemia por COVID-19, que obligó a toda la población mundial a confinarse, abandonando las calles, aquí los animales empezaron a andar libres por las ciudades en la tranquila ausencia de la especie humana. La idea de que la naturaleza y sus componentes son medios únicamente para los intereses de los humanos debe ser desechada, en un mundo ecocentrista, no hay intereses priorizados, los intereses humanos deben subordinarse a la protección de la vida y la sostenibilidad de los ecosistemas en nombre del conjunto ecológico (Ten Have y Patrão Neves 2021), aquí solo cabe la idea de armonía entre la naturaleza y los humanos.

### **3. Análisis de la protección ambiental en el derecho penal colombiano**

El derecho en todas sus ramas ha trabajado temas referentes a las interacciones que tienen los individuos con el entorno natural que los rodea (Borrillo, 2011). En el caso de Colombia podemos observar este tema en: el derecho administrativo sancionatorio en materia ambiental; el derecho

internacional público en los pactos y convenios de protección ambiental firmados multilateralmente; el derecho constitucional en la consagración de la denominada “Constitución ecológica” (Sentencia C-048 de 2018 Corte Constitucional); y el derecho penal, en la consagración de una gama de delitos que protegen al bien jurídico del medio ambiente y los recursos naturales.

El derecho penal tiene la misma función general de cualquier otra rama del derecho, es un conjunto de normas necesarias para el correcto funcionamiento de las relaciones entre individuos de la sociedad, normas que son derivadas de la sociedad misma especialmente para mantener la estabilidad y propender por la realización de un ideal de justicia. Delimita la conducta humana y especifica la consecuencia del actuar de cada individuo (Hinestroza 2007). Pero en un aspecto más especial, el derecho penal contiene funciones muy diversas y debatidas por los doctrinantes de esta rama, donde la posición que puede resultar más visible es la que enmarca al derecho penal como el que tiene la función descargar ius puniendi del Estado a las lesiones más graves de un bien jurídico, esto según Muñoz Conde (2015) es la función protectora del derecho penal. Frente a esta función hay que definir lo que se entiende como bien jurídico, concepto que no es compatible con la posición ecocentrista de la protección del medio ambiente puesto que Roxin (2009) señala que:

Se precisa garantizar por medio del instrumento penal a los ciudadanos una sociedad pacífica, libre y socialmente segura, no únicamente garantizando las condiciones individuales de cada persona (la protección de la vida, de la integridad física, la libertad) sino también la condición de las instituciones que adecúa para estos fines (la administración de justicia, la administración pública) (pp. 17-18).

Todo lo mencionado anteriormente para Roxin es lo que denomina bien jurídico, aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social (Marx, citado en Muñoz Conde). Es por eso por lo que, en un análisis detallado a la protección del medio ambiente dada por el derecho penal, se encuentra

que el eje central de esta no es el valor propio que tiene la naturaleza y el medio ambiente, es la afectación que se pueda generar al ser humano, sin importar si dicha afectación es inmediata o tardía. Aun así, el Código Penal colombiano actual introduce un aspecto biocentrista a los tipos penales que consagra para la guardia de la naturaleza, pero esta viene siendo un aspecto subsidiario a la protección del medio ambiente.

En el derecho penal colombiano, los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales se encuentran consagrados en el título XI del Código Penal que se desprenden de las disposiciones consagradas en diversos artículos de la Constitución, pretendiendo proteger a los elementos naturales de Colombia por ser esenciales para la vida en comunidad. Aquí se presenta la identificación de dos bienes jurídicos: el medio ambiente y los recursos naturales. El medio ambiente es definido por la Corte Constitucional como “un derecho constitucional **fundamental para el hombre** y que el Estado, con la participación de la comunidad, es el llamado a velar por su conservación y debida protección, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación” (Sentencia C-431/2000). Y los recursos naturales, la misma corporación los define como “aquellos elementos de la naturaleza y del medio ambiente, esto es, no producidos directamente por los seres humanos, que son utilizados en distintos procesos productivos” procesos entendidos en el sentido de explotación (Sentencia C-221/1997). Como se aprecia en estas dos providencias, la interpretación que estos dos elementos tiene para la doctrina jurídica colombiana es que son herramientas y elementos de beneficio para el humano, por tanto se puede llegar a la conclusión que los delitos consagrados en el Código Penal en lo concerniente al medio ambiente y los recursos naturales, brindan una protección indirecta al daño que pueda sufrir el ser humano en consecuencia del deterioro de estos bienes jurídicos afectados (pues como se mencionó antes, los bienes jurídicos son lo que permite el desarrollo de la persona) y no como tal al medio ambiente por las consecuencias que le fueron generadas a causa de las relaciones abusivas que los seres humanos han tenido con este.

Es entonces, que se llega a la idea de que el derecho penal colombiano frente a la naturaleza y el medio ambiente tiene una concepción predominantemente antropocentrista que no penaliza las conductas contra la flora, la fauna, los ecosistemas o contra los cuerpos de agua por el hecho de que sean lesivas a la importancia intrínseca que tienen estos, sino porque esas lesiones indirectamente también lesionan al ser humano, por ejemplo: la contaminación de un río del cual los humanos se abastecen para tener el servicio público de acueducto, aquí la pena a imponer será la dispuesta en el artículo 334 del Código Penal, privación de la libertad a quien realizare el daño y multa económica mas no se contempla algún componente que permita la reparación del daño causado, donde el sujeto propio infractor participe activamente para mitigar los efectos que generó. Se hace, pues, necesario reestructurar el sistema penal en este aspecto para que permita una protección efectiva reconociendo cada uno de los organismos dentro de los ecosistemas como entidades independientes que requieren de una especial protección y conservación, todo esto para lograr el resguardo y la reparación de la dignidad del medio ambiente y de la naturaleza (Prada 2012). De lo contrario, las herramientas dispuestas por el derecho penal no estarían siendo efectivas y sumado con la lentitud procesal en el sistema judicial colombiano llevarían a una protección deficiente al medio ambiente y a la naturaleza.

## 4. Justicia que repare

Siguiendo el orden de ideas y teniendo en cuenta la visible carencia que tiene la normatividad penal en materia del medio ambiente, se hace imperante el estructurar una propuesta que permita una protección y reparación integral a la naturaleza desde la óptica ecocentrista. Una justicia que solo imponga un castigo al infractor se vuelve carente de efectividad en el aspecto de la restauración del daño provocado. Se necesita, entonces, un sistema de justicia transformado, que permita la restitución de la estabilidad de la naturaleza y la prevención de consecuencias mayores para el ambiente. Todo esto con el fin de poder

mitigar el deterioro que las acciones humanas han generado, y que ahora amenazan fuertemente con acabar el planeta.

Cuando se habla de la idea de “Justicia que repare” se hace referencia a un modelo de justicia que ha venido tomando fuerza en los últimos años por ser alternativo al clásico derecho penal, la justicia restaurativa. Este modelo de justicia es una nueva manera de replantear la justicia penal la cual se enfoca en reparar el daño causado a las víctimas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes (McCold y Wachtel, 2003). La Justicia Restaurativa devuelve el lugar que le corresponde a la víctima en la gestión del conflicto. Las víctimas toman un papel más significativo en el proceso restaurativo donde el objetivo principal es que sean reparadas, contrario al que llevaban en el proceso penal donde se encontraba relegada a un segundo plano y cuyo objetivo principal es que se castigue al ofensor (De Asís, 2007). Propone, entonces, el modelo restaurativo, un desprendimiento de la automática acción castigadora a quién cometiere una infracción y enfoca más su campo de acción a que dicha persona participe activamente en la restauración de las víctimas y comunidades que afectó. El modelo de justicia restaurativa es utilizado en una amplia gama de situaciones, por ejemplo, en Colombia aparece en el Código de Procedimiento Penal como mecanismo alternativo para la solución de conflictos. También en el ámbito de la justicia penal juvenil con el Código de Infancia y Adolescencia en el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Y por último, es el modelo de justicia que aparece inmerso en los procesos de Justicia Transicional donde maneja la responsabilidad de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado con la guerrilla de las FARC, procesos en los cuales es indispensable la articulación con la Justicia Restaurativa (Britto, 2021) puesto que, tanto la Justicia Transicional como la Justicia Restaurativa se encargan de lograr una participación activa en la reparación del daño, solamente que en esferas distintas, una en los contextos políticos y colectivos, y la otra en los contextos individuales (Aponte y Ocampo, 2021).

La razón por la cual se debería implementar la Justicia restaurativa en los referentes a crímenes contra el medio ambiente es porque desde un

enfoque filosófico, esta se ajusta más al pensamiento ecocéntrico (Biffi, 2020). El interrogante que podría surgir respecto a la justicia restaurativa es el cómo podría ser un medio efectivo para la protección del medio ambiente y como sería su trato frente a sujetos no-humanos. Como antes se mencionó la justicia restaurativa en los aspectos que ha sido implementada tiene más un campo de acción en los delitos que comete una persona frente a otra, donde la persona que delinque es involucrada en la reparación de su víctima. Aquí se identifican las partes del conflicto y se motiva para que levanten su voz con el fin de que se dé una solución restauradora. En el caso del medio ambiente y la naturaleza, la fauna, la flora, los cuerpos de agua y los ecosistemas no tienen una voz por sí mismo, lo que dejaría, entonces, en duda como se podría llevar a la participación de estos en el proceso restaurativo como víctimas.

Es, entonces, que para este tipo de situaciones se debe tener en cuenta la “victimología verde” donde en la identificación de las víctimas haya, como señala White (2008) “un mayor reconocimiento legal y social de los intereses no humanos”. Dichos intereses necesitan de representantes que tomen el lugar de la víctima como un sustituto, donde tengan en cuenta la naturaleza heterogénea del “daño ambiental”, puesto que no todo daño es en el mismo grado; y “las víctimas ambientales”, por lo que no todas las víctimas responden de la misma manera (Hall 2013). En casos de victimización no humana, el representante debe tener la capacidad de aportar una perspectiva ecocéntrica en lugar de antropocéntrica al proceso restaurativo (Aertsen, 2018). Por ejemplo, en una situación donde cierto actor destruya y tale áreas de bosque natural es muy claro que se puede identificar quien comete la acción y se puede incluir en el proceso restaurativo, pero por el lado de quien recibe la acción, de quien recibe el daño, el bosque, se nos vuelve difícil el incluirlo en el proceso. Aquí es donde se hace necesaria la representación de la víctima, que respalde esos valores intrínsecos de especial protección. Con el actor identificado y el bosque representado, el proceso puede surtir, ambos trabajando para lograr que el daño cometido sea restaurado, verbigracia, llevando a que el ofensor participe activamente en campañas de reforestación y de concientización, imponiéndole el trabajar de la mano del representante de la víctima para reestablecer lo dañado.



Si bien es cierto, que el definir quién sería el idóneo representante del medio ambiente y la naturaleza es complejo, en el paradigma que se intenta enfocar, el representante de estos sujetos que no se consideran con voz debería ser el Estado, puesto que, por ejemplo, en el caso de Colombia, el Estado tiene la obligación de cuidar todo lo contenido en su territorio, desde velar por el bienestar de sus ciudadanos hasta el velar por el bienestar de animales, plantas, ecosistemas entre otros. Además, la vigilancia y participación directa del Estado como sustituto de la víctima, permitiría que se cumpla con lo consagrado en los postulados Constitucionales. Por un lado, ofreciendo a todos sus habitantes una posibilidad de convivir en un medio ambiente sano y, por el otro, protegiendo la naturaleza de su territorio por su importancia. Es así como, en este modelo de justicia restaurativa enfocada al medio ambiente, los infractores se enfrentarían a representantes de las entidades no-humanas por parte del Estado, propendiendo por una conversación donde ambos lleguen al punto donde el daño causado sea mitigado y reparado.

## 5. Conclusión

Para finalizar, se recalca lo necesario que es entender que la naturaleza y el medio ambiente tienen una suma importancia que emana desde su propio ser, y que tal importancia conduce a que se reconozca que tienen al menos el derecho de existir dignamente, para eso la protección que se les tiene que brindar debe ser concreta. Dicha protección debe ser congruente con los efectos generados por la actividad humana abusiva y la permanente visión antropocéntrica que sitúa al hombre como centro de todo. Por tanto, se apunta a un modelo de justicia restaurativa encaminado a resolver situaciones que involucren a víctimas no-humanas puesto que la justicia ordinaria es débil en implementar una reparación del daño generado, que no solo mitigue los efectos generados, sino que también prevenga unas consecuencias mayores. Se hace indispensable que el Estado reconozca su obligación como máximo salvaguarda de los intereses de las víctimas que no pueden representarse por sí mismas siendo interviniente en los procesos restaurativos donde tome el lugar de

estas. Es necesario que la realidad del sistema judicial de Colombia se transforme para lograr avanzar en materia ambiental y de justicia.

## 6. Referencias

- Aertsen, I. (2018). Restorative justice for victims of corporate violence. En G. Forti, C. Mazzucato, A. Visconti, & S. Giavazzi (Eds.), *Victims and corporations. Legal challenges and empirical findings* (p. 249). Wolters Kluwer.
- Aponte, D. (2021). Retejiendo la confianza en escenarios de la justicia transicional. Reflexiones desde Reparación moral, de Margaret Walker. En M. Ocampo (Ed.), *En Justicia restaurativa en contextos de transición. Colombia, 15 años de implementación*. (1.a ed., p. 137). Editorial Bonaventuriana.
- Biffi, E. & European Forum for Restorative Justice. (2020). *Informe sobre Justicia Restaurativa y Justicia Medioambiental*. [https://www.euforumrj.org/sites/default/files/2021-04/EFRJ\\_Thematic\\_Brief\\_Restorative\\_Environmental\\_Justice\\_ES.pdf](https://www.euforumrj.org/sites/default/files/2021-04/EFRJ_Thematic_Brief_Restorative_Environmental_Justice_ES.pdf)
- Borrillo, D. (2011). Delitos ecológicos y derecho represivo del medio ambiente: refl exiones sobre el derecho penal ambiental en la Unión Europea. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 3(1), 1–14. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2011.31.01>
- Britto, D. (2021). Justicia restaurativa en el SRPJ en Colombia. Balance de una década. En *Justicia restaurativa en contextos de transición. Colombia, 15 años de implementación*. (1). 39–58. Editorial Bonaventuriana.
- Cerrillo, A. (2020, 24 marzo). La fauna recoloniza la ciudad ante el confinamiento por el coronavirus. *La Vanguardia*. Recuperado 13 de mayo de 2022, de <https://www.lavanguardia.com/natural/20200324/4874402309/animales-ciudades-confinamiento-imagenes-curiosas.html>
- de Asís, J. J. (2021). ¿Tiene cabida la justicia restaurativa en casos de maltrato animal? En *Economía, Empresa y Justicia. Nuevos retos para el futuro*. (1).174–197. Dykinson S.L.

- Hall, M. (2013). Environmental harm and environmental victims. *International Review of Victimology*, 20(1), 139. <https://doi.org/10.1177/0269758013508682>
- Hamilton, A., & McBrayer, J. (2020). Do Plants Feel Pain? *Disputatio*, 12 (56), 71–98. <https://doi.org/10.2478/disp-2020-0003>
- Have, T. H., & Neves, P. M. D. C. (2021). *Dictionary of Global Bioethics* (English Edition) (1st ed. 2021 ed.). Springer. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-54161-3\\_220](https://doi.org/10.1007/978-3-030-54161-3_220)
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes. Tomo I: Tercera Edición*. Univ Externado Colombia.
- McCold, P., Wachtel, T., & International Institute for Restorative Practices. (2003). *En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*. XIII Congreso Mundial sobre Criminología, Rio de Janeiro, Brasil. <http://desa1.cejamericas.org:8080/handle/2015/1949>
- Muñoz, F. (2001). *Introducción al derecho penal* (2.a ed.). B de F.
- Muñoz, F. (2015). *Derecho Penal Parte General* (9.a ed.). Editorial Tirant Lo Blanch.
- Prada, Á. M. (2012). Antropocentrismo Jurídico: Perspectivas desde la filosofía del derecho ambiental. *Criterio Libre Jurídico*, 9 (1). Recuperado 18 de mayo de 2022, de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/740>
- Roxin, C. (2009). *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal* (A. L. Callegari & N. J. Giacomolli, Trads.; 2.a ed.). Livraria do Advogado Editora.
- Singer, P. (2018). *Liberación animal: El clásico definitivo del movimiento animalista*. TAURUS.
- Weisman, A. (2008). *World Without Us*. Picador Paper.
- White, R. (2018a). Ecocentrism and criminal justice. *Theoretical Criminology*, 22 (3), 342–362. <https://doi.org/10.1177/1362480618787178>
- White, R. (2018b). Green victimology and non-human victims. *International Review of Victimology*, 24 (2). Recuperado 9 de mayo de 2022, de <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0269758017745615>



# TRASPLANTE LEGAL EN MATERIA DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS:

conflictos socioambientales de  
comunidades étnicas y campesinas

Alejandra Ramírez López

[ramirez.a.lopez@gmail.com](mailto:ramirez.a.lopez@gmail.com)

Universidad Icesi\*



---

\* Abogada y politóloga de la Universidad Icesi. Especialista en Derecho del medio ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como asesora legal ambiental del sector industrial en la firma de derecho ambiental Manglar Abogados S.A.S., en Cali, Colombia.

## Resumen

El trasplante legal en materia de protección medioambiental de Estados Unidos al contexto colombiano demuestra que los elementos sociales y culturales, son un condicionante importante en países receptores pluriétnicos y con protección constitucional. El presente artículo explora a partir de la comparación en los marcos jurídicos de los dos países, las dificultades para el caso colombiano, en donde se concluye que es urgente una visión de adaptabilidad real y efectiva del trasplante que abandone las concepciones de cosmovisión de naturaleza prístina e intocable y acepte la coproducción del ser humano en los espacios del medioambiente, a través de visiones en concordancia con la preservación y la sustentabilidad.

**Palabras clave:** trasplante legal, áreas naturales protegidas, conflictos socioambientales

## Abstract

The legal transplant of environmental protection legislation from the United States to the Colombian context shows that social and cultural elements are an important conditioning factor in multi-ethnic recipient countries with constitutional protection. This article explores the difficulties for the Colombian case based on the comparison of the legal frameworks of the two countries, where it is concluded that a vision of real and effective adaptability of the transplant is urgent, abandoning the worldview conceptions of pristine and untouchable nature and accepting the co-production of the human beings in the environmental spaces, through visions in accordance with preservation and sustainability.



# 1. Introducción

Los trasplantes legales han sido objeto de discusión recurrente en el campo del derecho comparado, donde se ha indagado acerca de los costos, beneficios, aciertos y desaciertos que estos conllevan<sup>1</sup>. Así, teniendo en cuenta que el ámbito jurídico acapara todas las formas de construcción en sociedad, los temas relacionados con los trasplantes legales son diversos, desde aristas legales, económicas, políticas, sociales, culturales y medioambientales.

Esta última categoría recobra importancia en las dinámicas recientes que han proclamado como objetivo universal la protección de la naturaleza y disminución de su degradación, lo cual implica un compromiso tanto de esta como las próximas generaciones. Aunado a lo anterior, las políticas de conservación se han convertido en uno de los temas más importantes de las agendas gubernamentales, lo cual ha propiciado que las naciones tomen medidas encaminadas a dicho horizonte, generando herramientas legales que determinen los lineamientos de preservación de ecosistemas claves.

Dentro de las disposiciones legales creadas en respuesta a esta creciente necesidad, se encuentra la delimitación de áreas protegidas como un esfuerzo de protección de ecosistemas puntuales, claves por su función y composición de flora y fauna (PNN, s.f.). Empero, estas disposiciones conllevan elementos que responden a una cosmovisión de incompatibilidad del medio ambiente con la interacción humana, derivada de la concepción estadounidense que fomentó la dicotomía entre ambos elementos y que dio como resultado una visión imperante hasta

---

1 Se podría referenciar autores como Wolan, Michaels, Gasopa & Ginsburg, Siems.

ahora presente en la normatividad de las reservas naturales y parques nacionales de Estados Unidos, que se propagó en diversos lugares del globo a través de los trasplantes legales realizados en la materia.

Lo anterior trae consigo problemáticas puntuales en aquellos contextos donde la dicotomía expuesta no responde necesariamente a las realidades sociales y culturales de los países receptores del trasplante, tales como Colombia. Para el caso en concreto, el trasplante de dichos lineamientos ha conllevado a dificultades expresas en la aplicación y efectividad de la legislación correspondiente a los Parques Nacionales Naturales, debido a la existencia de grupos poblacionales de campesinos, indígenas y afrocolombianos que han mantenido durante años relaciones simbióticas entre los elementos medioambientales que los rodean y sus formas de vida y cosmovisiones divergentes.

Por tanto, los crecientes conflictos socioambientales a lo largo del territorio colombiano derivados de esta dinámica llevan a cuestionar la idoneidad del trasplante legal en materia de conservación y delimitación de áreas protegidas en nuestro contexto. Así las cosas, el presente artículo establecerá una pregunta funcional que regirá la investigación, para dar paso al criterio de comparación, seguido del contexto de la legislación en esta materia para los casos estadounidenses y colombianos, en aras de encontrar la trayectoria del trasplante, finalizando con la evaluación del caso colombiano que dará respuesta al interrogante planteado y llevará a culminar con la exposición de conclusiones pertinentes.

## **Pregunta de investigación**

Siguiendo el orden establecido, es plausible formular la siguiente pregunta funcional que dirigirá la discusión: ¿Es constitucionalmente apropiado para el contexto colombiano el trasplante legal derivado de la legislación estadounidense en materia de delimitación de conservación y áreas protegidas?

## **Criterio de comparación**

Es primordial esclarecer que el trabajo de investigación que se propone no parte de la comparación estricta que permita establecer parámetros replicables para el caso puntual colombiano. Por el contrario, intenta realizar un análisis acerca del proceso de trasplante legal y las consecuencias en dicho contexto, por lo cual el criterio de comparación responde a la trayectoria del trasplante.

## **Trayectoria del trasplante**

En aras de comprender la trayectoria, es necesario diferenciar los contextos y marcos legales de cada uno de los casos seleccionados.

## **2. Contexto y marco legal estadounidense**

Para entender los primeros rasgos de la creación de áreas protegidas, es necesario partir del contexto propiciado en 1836, cuando el escritor estadounidense Ralph Waldo Emerson en su libro "El Espíritu de la Naturaleza" delimita por primera vez la concepción de naturaleza intocable y prístina, donde el ser humano es concebido como un visitante, más no coproductor<sup>2</sup> del paisaje. Así, este precepto ha sido materializado y replicado a través de la declaración de áreas protegidas promovida en gran parte del globo. Como hitos de la conservación natural y la declaración de dichas áreas, se encuentra Yellowstone, como el primer Parque Nacional creado por la Ley 1 de marzo de 1872 de los Estados Unidos, dispuesto por su Congreso para el disfrute y beneficio de sus ciudadanos (National Park Service, 2000).

Ahora bien, aunque es reconocido como un paso relevante para la conservación, la determinación de este espacio, hasta el momento,

---

2 Entendido desde los lineamientos de la ecología política de Robbins (2012) en donde estipula que el ser humano constituye una dinámica simbiótica con la naturaleza y crea espacios comunes de protección y colaboración.



trae consigo diversos cuestionamientos acerca de su configuración, en especial con respecto a los usos y los asentamientos previos en la zona.

De acuerdo con los planteamientos sostenidos por el geólogo Ferdinand Vanderveer Hayden, quien tuvo un papel importante ante el Congreso estadounidense en 1871 para la aprobación de la ley que creó el Parque de Yellowstone, y quien realizó la exploración en esta área, se determinó que las tierras en estudio no podían usarse para agricultura y que la población nativa preexistente era escasa, de forma estacional y factible de reubicación (Dilsaver y Wyckoff, 2005). Sin embargo, existen posicionamientos que contradicen las aseveraciones expuestas, en donde se determina que los sistemas de parques nacionales estadounidenses bajo los paradigmas de lo “salvaje” y la idealización del paisaje prístino, si bien configuraron importantes esfuerzos para la conservación, contribuyeron a la desposesión de tierras de nativos americanos y reforzaron la desigualdad estructural e histórica que han sufrido (Spence, 1999).

Empero, se debe reconocer que este primer ejercicio de conservación promovió la creación de instituciones medioambientales tales como el Servicio de Parques Nacionales estadounidense a través de la Ley Orgánica del 25 de agosto de 1916, conformando “el primer organismo del mundo para proteger los espacios naturales” (González, 2016). De igual forma, determinó la unificación administrativa al dar potestad a un solo ente de la regulación y promoción de uso de áreas federales tanto de parques nacionales, monumentos y reservas (National Park Service, 2000).

El anterior mandato creó una dualidad de promoción y regulación de las áreas designadas en contraposición con la conservación de los escenarios históricos y naturales de la vida “salvaje”, lo que se tradujo en la impartición tanto del mandato de recreación a través de la promoción del uso y disfrute de las áreas, como la obligación de conservación, restringiendo usos y conductas determinadas. Lo anterior, ha derivado en la creación de conflictos en la administración y efectiva cohesión de estos dos lineamientos (Antolini, 2009).

A pesar de las dificultades delineadas, el Servicio de Parques Nacionales sigue siendo percibido como la representación tanto del patrimonio cultural e histórico de los Estados Unidos, así como un ejercicio democrático, que con la política denominada Environmental Policy Act de 1969 se materializó la importancia de la deliberación entre los ciudadanos con intereses diversos, en la conservación y delimitación de las áreas protegidas, en especial, la participación acerca de los procesos de planeación, administración y desarrollo (Dilsaver, 2009).

Cabe resaltar que, además de delinear los parámetros administrativos, a través de los años la legislación correspondiente y mencionada, ha establecido también las restricciones a los usos del territorio. Como lo establece Dilsaver y Wyckoff (2005), con la creación de los límites surgieron, también, preguntas tales como: ¿qué actividades podrían y no tener lugar dentro del parque?, o, ¿con qué facilidad se podrían desplazar las fronteras del parque para cumplir las demandas cambiantes? Dichos interrogantes fueron resueltos bajo la potestad y jurisdicción de cada uno de los parques que se encuentran traslapados bajo las figuras complejas de administración de los estados federales, pero dentro de las cuales se derivaron algunas restricciones recurrentes tales como la prohibición de caza y pesca indiscriminada, la restricción de determinados vehículos, el paso restringido a ciertas horas y algunas tarifas de entrada, pero en especial, se enfatiza y generaliza en todos los parques, la prohibición expresa del asentamiento de poblaciones humanas dentro de las áreas delimitadas, en aras de los principios de protección, conservación y disfrute de la naturaleza (Denis, 1999).

Así, a través de los años los instrumentos jurídicos estadounidenses en materia de conservación y gestión administrativa de las zonas declaradas se han fortalecido, creando un amplio marco de acción legal que ha brindado modelos acerca del funcionamiento del sistema integrado de parques, manejo de monumentos nacionales, solución de conflictos en jurisdicciones traslapadas entre los estados federales y estrategias para las amenazas crecientes en los ecosistemas (Pillsbury, 1934, Antolini, 2009).

De esta forma, las pautas delineadas por parte de la legislación de este país han sido exponencialmente influyentes en la delimitación de áreas protegidas en gran parte del mundo, donde la conservación de los recursos de los parques se ha contrapuesto a la promoción de asentamientos humanos en dichas zonas, modelo replicado en las casi 400 áreas de parques nacionales que actualmente posee Estados Unidos (Antolini, 2009).

Como lo menciona Rojas (2014) “(...) la creación del parque Yellowstone en Estados Unidos en 1872, [ocasionó] el desplazamiento de los indígenas norteamericanos shoshone, crow y pies negros que lo habitaban. Por ello, conservar con las comunidades parte del cuestionamiento a este modelo.”

### 3. Contexto colombiano

Por su parte, de acuerdo con los marcos normativos proporcionados por PNN (s.f.), las primeras aproximaciones de la legislación colombiana hacia la protección de áreas naturales, influenciadas por el modelo imperativo estadounidense, se establecen en el Decreto 272 de 1920 en donde se delimitan y diferencian por primera vez los bosques de la producción agrícola para explotación, en aras de establecer las medidas de restricción (Villegas, 1977).

Sin embargo, es solo hasta el año 1940 por medio del Decreto 1383 en donde se establece la primera zona forestal protectora, en donde se restringe la tala y quema de bosques delimitados (ibid.). Lo anterior se complementó a raíz de la Ley 2 de 1959 en donde se adopta por primera vez la figura de Parque Nacional Natural (PNN), la cual instituye como restricciones principales aspectos como:

Quedará prohibida la adjudicación de baldíos, las ventas de tierras, la caza, la pesca y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o a aquellas que el Gobierno Nacional

considere convenientes para la conservación o embellecimiento de la zona. (Congreso de Colombia, art. 13 Ley 2, 1959)

Las restricciones impuestas reflejan la tradición del país exportador de derecho en materia de legislación de áreas protegidas, las cuales son tomadas en una escala prácticamente idéntica respecto al uso y usufructo del territorio.

De igual forma, como lo establece Gutiérrez (2016), en el año 1968 se crea el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables (INDERENA), quien por medio del Acuerdo 42 de 1971 crea el Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN), determinado por medio del Decreto 622 de 1977, en donde se estipula específicamente las restricciones de la alteración de las condiciones de la naturaleza del lugar y la conservación de perpetuidad, concepciones que tienen trasfondo en la visión prístina generada en el país norteamericano.

Cabe resaltar que, a pesar de que esta última herramienta mencionada fuese institucionalizada previamente a la reforma constitucional del año 1991, que anticipó el reconocimiento de la nación multicultural y que conllevó al reconocimiento de derechos a poblaciones étnicas, se prevé en el artículo 7° del Decreto, la compatibilidad de la declaración de un Parque Nacional Natural con la constitución de una reserva indígena, determinando un primer rasgo en la legislación de adaptabilidad de cosmovisiones divergentes con la conservación y preservación ambiental. Este rasgo permite ver la transformación y variabilidad del trasplante en este aspecto, pero no satisface enteramente las necesidades de las comunidades étnicas por las restricciones que se han establecido en el territorio en relación con actividades esenciales para su supervivencia.

Posterior a las reformas instituidas por la Constitución Política, el Estado colombiano a través del reconocimiento de la nación como multicultural y pluriétnica, otorga mayor reconocimiento y participación a las comunidades indígenas y afrocolombianas en los planes de protección ambiental, en especial a través del Ministerio de Medio Ambiente quien desde entonces tiene a su cargo la gestión y conservación medioambiental en concordancia con lo designado por la Ley 99 de 1993.

Por otra parte, el Estado mediante la Ley 165 de 1994 aprueba el *Convenio de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica*, en cumplimiento de los compromisos adquiridos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. Este Convenio tiene especial relevancia al instituir como obligación la conservación de la diversidad biológica y la elaboración de estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica; establecer un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica; elaborar directrices para la selección, establecimiento y ordenación de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para la conservación in situ de la biodiversidad (ONU, 1992).

Sucesivo a esta regulación, se expide la Ley 300 de 1996 con el fin de controlar el turismo dentro de los Parques Nacionales, entre las obligaciones específicas se encuentra consultar previamente a las comunidades para autorizar que se hagan actividades turísticas dentro de los parques nacionales y para determinar el tipo de turismo y las zonas en que se realizará, lo cual implica una tercera variación del trasplante. De igual manera se intensificaron los mecanismos sancionatorios en estas zonas a través de la tipificación extensiva de los delitos ambientales en la Ley 491 de 1999.

Mediante la Decisión VII/28 aprobada en el 2004, en la Séptima Conferencia de las Partes (COP7) del Convenio sobre la Diversidad Biológica, se adoptó el Programa de Trabajo sobre de Áreas Protegidas (PTAP) con el objeto de establecer y mantener sistemas nacionales de áreas protegidas que cumplan con los atributos (completo, eficazmente manejados y ecológicamente representativo) que contribuyan al logro de los objetivos del Convenio.

A raíz de lo anterior, por medio del Decreto 2372 del 1 de julio de 2010, el cual fue compilado por el Decreto Único Reglamentario de Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible No. 1076 del 2015, en el que se reglamentan diversos elementos para el Sistema Nacional de Áreas

Protegidas y adicionalmente mediante el CONPES 3680 del mismo año, se consolida el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP). En este contexto, Parques Nacionales Naturales de Colombia además de administrar el Sistema de Parques Nacionales Naturales es la entidad encargada de la Coordinación del Sistema Nacional de Áreas Protegidas SINAP.

## 4. Evaluación del caso colombiano

Como se ha expuesto hasta el momento, la trayectoria del trasplante del régimen de áreas protegidas de Estados Unidos hacia el caso colombiano, ha sufrido algunas variaciones propias del contexto, que, si bien son relevantes, no han logrado traspasar más allá de las concepciones de naturaleza arraigadas a esta tradición, lo cual genera un problema amplio de adaptabilidad del trasplante en la legislación colombiana y que no corresponde con las necesidades propias que exige el panorama nacional.

Lo anterior, se ve reflejado en las tensiones inherentes al cambio constitucional. Como se puede entablar, la reforma constitucional del año 1991 trajo consigo importantes avances en materia de reconocimiento de derechos, los cuales, a raíz de dimensiones o aristas políticas, económicas, sociales y culturales, encuentran una coexistencia no pacífica dentro de la Constitución. Dentro de estas coexistencias no pacíficas o colisiones para el caso en concreto de delimitación de áreas protegidas, se puede encontrar choques derivados de los niveles de protección que otorgan los derechos colectivos, así como los derechos de las comunidades y del medioambiente.

Para el caso específico, citando investigaciones como las de Díaz (2008) y Gutiérrez (2016), se configuran conflictos socioambientales:

cuando las políticas se ejecutan dando prioridad a la visión conservacionista de la naturaleza, repercutiendo localmente en regiones que han sido tradicionalmente apropiadas y habitadas

por comunidades (...), al encontrarse por lo menos dos visiones distintas de naturaleza en un mismo territorio y por ello es importante construir una visión integral de los procesos de conservación, que responda a un enfoque sociopolítico y cultural, y que incluya múltiples dimensiones y relaciones de análisis (p.18).

Por tanto, se generan tensiones entre las restricciones que impone la legislación en materia de conservación y protección, con las necesidades de las comunidades que las habitan, ya que:

si bien dentro de las áreas protegidas se reconoce la existencia de propiedad privada, el derecho subsiste, pero los atributos del uso y usufructo del inmueble se encuentran limitados en virtud de la función ecológica de la propiedad y la primacía del interés general de conservar las áreas de especial interés ecológico (Díaz, 2008, p. 56).

Dichas prohibiciones cuentan con una justificación legal establecida desde la Ley 2 de 1959, en donde en concordancia con el Decreto 622 de 1977, hoy compilado en el Decreto 1076 de 2015, ha determinado el catálogo de prohibiciones de las conductas que pueden traer como consecuencia una alteración al medio ambiente, tales como los vertimientos, actividades agropecuarias, excavaciones, caza, pesca, introducción de semillas, tala, entre otras.

Lo anterior, implica que, si bien existen derechos de las comunidades de establecer parámetros de propiedad privada o particular, las prohibiciones a la pesca, la caza u actividades ganaderas, agrícolas o industriales, coaccionan el desarrollo normal de la subsistencia de las poblaciones asentadas en áreas protegidas. Inclusive, la situación se torna más gravosa en los casos de las poblaciones campesinas, quienes, relegadas por su no consolidación como de sujetos especiales de derecho, como lo son los grupos afrocolombianos e indígenas, no han tenido cabida en las transformaciones que se han realizado a la legislación en esta materia y, por lo tanto, se ha considerado que al “mant[ener] la economía familiar a través de sistemas productivos tradicionales que dependen

directamente del uso de la biodiversidad que se encuentra en su entorno campesino, su acción se convierte en ilegal” (Gutiérrez, 2016, p.17).

Así, los intentos de adaptabilidad que han sido mencionados anteriormente no han logrado subsanar los vacíos establecidos por el trasplante que desconoce el bagaje cultural de las prácticas ancestrales y equilibrio de la economía familiar. Tal y como lo determina Nolan (2011), al desconocer que las leyes e instituciones legales y políticas no son autónomas, no siempre es deseable transferirlas directamente de un país a otro.

De esta forma, la discusión constitucional tiene especial relevancia en el caso, al determinar la colisión de derechos de las comunidades étnicas, instituida principalmente en los artículos 7 y 8 de la Constitución Política, que establece el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, así como la obligación estatal de la protección a las riquezas culturales; en contraposición con aquellos derechos colectivos y relacionados con el medio ambiente y la conservación, estipulados en artículos 78 y siguientes de la carta magna del año 1991, reflejados a través de instrumentos legales amplios y encontrados en el bloque de constitucionalidad a partir de la integración de distintos tratados internacionales.

Sin embargo, esta contraposición no tendría fundamento si se partiera de una cosmovisión que no percibe la presencia humana netamente nociva, herencia de la tradición estadounidense, y concibiera desde elementos de las cosmovisiones diferenciadas posturas como la ecología política que plantea la coproducción de los ambientes naturales, en donde tanto la naturaleza como la sociedad son indivisibles y pueden configurar relaciones complejas simbióticas y necesarias para la conservación (Robbins, 2012).

Reconociendo lo anterior, es plausible entender que las comunidades tienen formas establecidas e institucionalizadas que complejizan el entendimiento de las políticas de conservación, ya que a partir de miradas simplistas como la producida por el país exportador, se generan conflictos



y generación de efectos contrarios en donde el Estado interviniendo con visiones reduccionistas y monolíticas en pro de la categoría naturaleza aislada del contacto social, deja a un lado actores, cosmovisiones y conocimientos (Robbins, 2012).

En este punto, se difiere, entonces, de lo planteado por autores como Garoupa y Ginsburg (2012) que establecen los beneficios inherentes del trasplante legal sin importar de dónde proviene, para coincidir con lo expuesto por Siems (2014), que promulga la necesidad de precisar trasplantes legales que respondan a las situaciones concretas de cada país y determinar que las condiciones socioculturales, políticas y económicas son factores relevantes para el resultado de estos.

Siguiendo los planteamientos de Henao (2018),

(...) es indudable que la problemática en Parques Nacionales, presenta una dificultad para el Estado, pues si bien es cierto se requiere la conservación de la riqueza natural y cultural y el mantenimiento de la oferta de bienes y servicios ecosistémicos que brindan los Parques, también se requiere el respeto por los derechos de aquellas comunidades que han habitado este territorio y que en ningún momento han obtenido por parte del Estado alternativas que permitan dar solución a sus problemáticas, máxime cuando muchas de estas comunidades cuentan con una protección especial (...) (p. 35)

Una propuesta entonces, con base en los aportes de Hirschl (2014) sobre la interdisciplinariedad necesaria en los estudios comparativos y en el derecho constitucional comparado, es la necesidad de discusiones pluralistas metodológicamente que contribuyan a la adaptabilidad de los trasplantes en razón a los contextos determinados. Herramientas como la ecología política, el acompañamiento etnográfico, entre otros, podrán determinar acertadamente políticas públicas que repercutan en una cosmovisión compartida entre los habitantes de zonas designadas como áreas protegidas.

## 5. Conclusiones

Retomando los planteamientos expuestos en la evaluación del caso colombiano, es claro que el trasplante realizado no es apropiado para las realidades contextuales del país, que deben considerar aspectos culturales y sociales propios y que determinan ciertamente los parámetros por los cuales se debe regir un aspecto puntual de la configuración social.

Si bien es cierto, que la búsqueda por la protección del medioambiente y su conservación es un fin deseable, los contextos deben guiar el establecimiento de políticas y marcos legales que lo condicionen. En este caso, la configuración de áreas protegidas en Estados Unidos se diferencia sustancialmente de las realidades vividas en el país, por las garantías y espacios propios que la Constitución instituye acerca de las comunidades étnicas.

Por tanto, es necesaria una adaptabilidad real y efectiva del trasplante que abandone las concepciones de cosmovisión de naturaleza prístina e intocable y acepte la coproducción del ser humano en los espacios del medioambiente, en especial cuando son derivados de lógicas no imperativas de desarrollo económico, sino de visiones en concordancia con la preservación y la sustentabilidad como lo son las comunidades, tanto indígenas y afrocolombianas como campesinas.

De esta forma, es plausible concluir que el trasplante legal adoptado de la legislación estadounidense en materia de áreas protegidas no es apropiada para el caso colombiano desde los planteamientos constitucionales que condicionan el orden jurídico del país, en la medida en que este aflora conflictos de colisión de derechos que se ven reflejados en la utilización de los territorios ocupados por comunidades étnicas y campesinas, derivando a la vez, en choques de derechos presentes en la constitución. Al adaptar efectivamente el trasplante legal al contexto colombiano, como bien lo expresa CECOIN (2008):

no existe o no debiera existir contradicción entre la existencia de Parques Nacionales Naturales (PNN) (y en general áreas

protegidas) superpuestos sobre territorios indígenas [o de comunidades étnicas]. Tanto por razones ambientales y criterios de conservación, como por el reconocimiento de los saberes ancestrales indígenas como herramientas de control y protección inmejorables de áreas estratégicas, o por la aceptación de que ambas figuras son beneficiosas, e incluso por la suposición de que unos y otros son figuras de conservación (p. 6)

## 6. Referencias

- Antolini, D. E. (2009). National Park Law in the U.S: Conservation, Conflict, and Centennial Values. *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, 33.
- Centro de Cooperación al Indígena (2008). ¿Son compatibles los territorios indígenas y los Parques Nacionales? Aproximaciones jurídicas. Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo y Derechos Étnicos.
- Ley 2 de 1959. (1959). Sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables. Congreso de Colombia.
- Dennis, J. G. (1999) National Park Service Management Policies for the National Park System. *The National Park Service's Management Policy in the 21<sup>st</sup> Century*, 16 (3).
- Díaz, M. (2008) Conflicto de ocupación en áreas protegidas. Conservación versus derechos de comunidades. *Opinión Jurídica. Medellín: Universidad de Medellín*, 7 (14), pp. 53-69
- Dilsaver, L. (2009). Research Perspectives on National Parks. *Geographical Review*, 99(2), 268-278. Tomado de: <http://nebulosa.icesi.edu.co:2124/stable/40377384> [Ultima fecha de acceso: 19 de septiembre de 2018]
- Dilsaver, L., & Wyckoff, W. (2005). The Political Geography of National Parks. *Pacific Historical Review*, 74 (2), 237-266.
- Garoupa, N. y Ginsburg, T. (2012) Economic analysis and comparative Law. Forthcoming in Cambridge Companion to Comparative Law. The Cambridge Companion to Comparative Law.
- González, J. A. (2016). EE. UU. celebra los cien años de sus primeros parques nacionales, los primeros y más numerosos.

- Revista 20 Minutos*. Tomado de: <https://www.20minutos.es/noticia/2815591/0/parques-naturales-eeuu-centenario/> [Última fecha de acceso: 1 de septiembre de 2018]
- Gutiérrez, C. (2016). *Conflictos socioambientales derivados de la declaración del Parque Nacional Natural Chingaza en zonas de producción campesina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Henao, A. J. (2018). *El mínimo vital y la vivienda digna como límite al manejo de las áreas del sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia*. Colección Ambiente y Desarrollo Sostenible 15. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Hirschl, R. (2014). *Comparative Matters, The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press.
- National Park System (2010). America's National Park System: The Critical Documents. Tomado de: [https://www.nps.gov/parkhistory/online\\_books/anps/anps\\_1c.htm](https://www.nps.gov/parkhistory/online_books/anps/anps_1c.htm). [Última fecha de acceso: 19 de septiembre de 2018]
- Nolan, J. L. (2011). The international problem-solving court movement: a comparative perspective. *Monash University Law Review*, 37 (1).
- Organización de las Naciones Unidas ONU (1992) Convenio sobre la diversidad biológica.
- Pillsbury, W. H. (1934). Law applicable to National Parks and Other Federal Reservations within a State. *California Law Review*, 22.
- Parques Nacionales Naturales de Colombia (PNN) (s.f.) Por qué el Sistema Nacional de Áreas Protegidas es un sistema. Tomado de: <http://www.parquesnacionales.gov.co/portal/es/sistema-nacional-de-areas-protegidas-sinap/porque-el-sistema-nacional-de-areas-protegidas-es-un-sistema/> [Última fecha de acceso: 19 de septiembre de 2018]
- Parques Nacionales Naturales de Colombia (PNN) (s.f.) Políticas y Marco Normativo. Tomado de: <http://www.parquesnacionales.gov.co/portal/es/sistema-nacional-de-areas-protegidas-sinap/politicas-y-marco-normativo/> [Última fecha de acceso: 19 de septiembre de 2018]
- Spence, M. D. (1999). *Dispossessing the wilderness. Indian removal and the making of the National Parks*. New York: Oxford University Press.

- Robbins, P. (2012). *Political Ecology: A Critical Introduction. Critical Introductions to Geography*. Segunda Edición. Blackwell Publishing Ltd.
- Rojas, Y. (2014) La historia de las áreas protegidas en Colombia, sus firmas de gobierno y las alternativas para la gobernanza. *Revista Sociedad y Economía*, 27, pp. 155-176
- Villegas, C. (1977) *Legislación forestal en los países que forman parte del programa IICA-Tropicos*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura – IICA.

## ÍNDICE

Tutela contra tutela, como garante del cumplimiento de una acción constitucional .....	9
Oslyn Mayerly Osorio Duarte	
La Sentencia C-252/2019: Urbi Et Orbi .....	25
Nicolás Lozada	
El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal. Alcance del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho vs. el control automático de legalidad. ¿Verdaderas garantías para los administrados y efectiva recuperación del patrimonio público? .....	51
Karen Andrea Pinto Guarguati	
Protección penal al medio ambiente y una nueva propuesta ecocentrista	77
Santiago Loaiza González	
Trasplante legal en materia de áreas naturales protegidas: conflictos socioambientales de comunidades étnicas y campesinas .....	91
Alejandra Ramírez López	



Pontificia Universidad  
**JAVERIANA**  
Cali

