

ESTUDIOS DE DERECHO GLOBAL



Romero Molina, Cesar Augusto

Estudios de derecho global / Cesar Augusto Romero Molina [y otros diez autores]. -- Bucaramanga (Colombia) : Universidad Santo Tomás, 2020.

161 páginas. -- (Colección Contribuciones de Investigación; 2).

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo

ISBN: 978-958-8477-82-4 (en línea)

Contenido: Los derechos fundamentales como límite a la libertad de configuración del legislador en materia tributaria en Colombia. -- Desafíos en las nuevas concepciones de familia: deber de alimentos a los hijos de crianza. -- Responsabilidad contractual por el hecho de un tercero en los contratos de telefonía móvil. -- Test de ponderación: Una revisión a los postulados de argumentación jurídica, Corte Constitucional colombiana. -- Matrimonio igualitario, perspectivas desde el derecho comparado y constitucional. -- La responsabilidad demostrada y los sistemas de gestión de datos personales.

1. Colombia – Legislación – Estudio de casos 2. Derecho – Investigaciones – Legislación 3. Procedimiento tributario. 4. Manutención (Derecho de familia) – Estudio de casos 5. Contratos públicos – Investigaciones – Estudio de casos 6. Argumentación jurídica. 7. Derecho constitucional I. Talavera Carrascal, Eduardo José II. Cortes Uribe, Viviana Andrea III. Pabón Mantilla, Ana Patricia IV. Leal Rico, Juan Pablo V. Torres Torres, Ana Yasmín VI. Moncada Flórez, Juan Pablo VII. Castro Pérez, Armando VIII. Gómez Suárez, Jorge Luis IX. Gómez Ustaris, Elber Enrique X. Beltrán Flórez, Roberto Pablo XI. Universidad Santo Tomás. Dirección de Investigación e Innovación XII. Serie XIII. Título.

340.007 SDD 23

CO-BuUST

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación CRAI, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga.

DIRECTIVOS

Universidad Santo Tomás
Seccional Bucaramanga

Fray Oscar Eduardo GUAYÁN PERDOMO, O.P.

Rector Seccional

Fray Mauricio GALEANO ROJAS, O.P.

Vicerrector Académico

Fray Rubén Darío LÓPEZ GARCÍA, O.P.

Vicerrector Administrativo y Financiero

ISBN: 978-958-8477-82-4 (en línea)

Edición

© Universidad Santo Tomás
Bucaramanga, Colombia 2020

Libro

Estudios de derecho global

Autores

Varios

Compilador

Dirección de Investigación e Innovación
Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga

Dirección de Investigación e Innovación

PhD Yudy Natalia Flórez Ordóñez

Directora

Hilda Luz González Cabanzo

Ingeniera de Soporte

Departamento de Publicaciones

C.P. Freddy Luis Guerrero Patarroyo

Director

Diseño y producción gráfica

Centro de Diseño e Imagen Institucional - CEDII

Dis. Graf. Olga Lucía Solano Avellaneda

Directora

C.S. María Amalia García Núñez

Corrección de Estilo

Dis. Graf. Jhon Fredy Hoyos Pino

Diseño y diagramación

© Derechos reservados

Universidad Santo Tomás

Seccional Bucaramanga, Colombia

Carrera 18 No. 9 - 27

PBX: (57-7) 698 5858

CONTENIDO

Prólogo	5
1. Los derechos fundamentales como límite a la libertad de configuración del legislador en materia tributaria en Colombia	9
<i>César Augusto Romero Molina, Eduardo José Talavera Carrascal</i>	
2. Desafíos en las nuevas concepciones de familia: deber de alimentos a los hijos de crianza	33
<i>Viviana Andrea Cortes Uribe, Ana Patricia Pabón Mantilla</i>	
3. Responsabilidad contractual por el hecho de un tercero en los contratos de telefonía móvil	61
<i>Juan Pablo Leal Rico, Ana Yasmín Torres Torres, Juan Pablo Moncada Flórez</i>	
4. Test de ponderación: Una revisión a los postulados de argumentación jurídica, Corte Constitucional colombiana	85
<i>Armando Castro Pérez, Jorge Luis Gómez Suárez, Juan Pablo Moncada Flórez</i>	
5. Matrimonio igualitario, perspectivas desde el derecho comparado y constitucional	111
<i>Viviana Andrea Cortes Uribe, Ana Yasmín Torres Torres, Jorge Luis Gómez Suárez, Elber Enrique Gómez Ustari, Roberto Pablo Beltrán Flórez</i>	
6. La responsabilidad demostrada y los sistemas de gestión de datos personales	137
<i>Juan Pablo Moncada Flórez, Ana Yasmín Torres Torres, Juan Pablo Leal Rico</i>	

PRÓLOGO

Con el propósito de divulgar resultados de investigación correspondientes a convocatorias internas de nuestra Universidad, en la rama del derecho, la Unidad de Investigaciones de la Seccional Bucaramanga ha seleccionado seis productos, que tienen en común perspectivas del derecho global, tan de moda hoy en nuestra orbe, abarcando instituciones como derechos humanos, tributos, nuevas concepciones de familia, responsabilidad contractual, argumentación jurídica, matrimonio igualitario y gestión de datos personales.

Sin lugar a dudas, es un reconocimiento que brinda la Universidad a sus investigadores, partiendo del postulado esbozado por nuestro rector Fr. Oscar Guayán Perdomo, O.P., en su posesión, cuando expresó la necesidad de impulsar la investigación, a partir de tres pilares fundamentales: la determinación conjunta de liderar procesos de transformación positivos que trasciendan a la sociedad, a través de alianzas estratégicas con el sector público y el productivo, proponiendo “..una universidad más involucrada y comprometida socialmente, procurando el bienestar, la promoción y la felicidad de todos”; la adaptabilidad, como capacidad de respuesta a lo que clama la sociedad, lo que nos obliga a ser creativos en los procesos de investigación que se exporten de las bibliotecas de la Universidad a quienes reclaman soluciones, “porque la educación debe asumir un papel de liderazgo en la búsqueda de mayores oportunidades y la cualificación de una sociedad más educada, más ética y solidaria”; cultura de la responsabilidad, en la que educamos para ser parte de la solución,

redescubriendo nuevos roles y nuevas oportunidades, “generando investigaciones, desarrollos e innovaciones de gran impacto y utilidad”.

El lector, entonces, encontrará en este libro capítulos de investigación socio jurídica de actualidad global, correspondientes a nuevos desarrollos en el interior de la sociedad y que sin duda alguna despertarán interés por seguir profundizándolos. Así, en primer lugar, se aborda el tema de tributos y derechos humanos: “Los derechos fundamentales como límite a la libertad de configuración del legislador en materia tributaria en Colombia”, en el que los autores destacan la necesidad de plasmar límites al poder de imposición de los Estados, en especial en el desarrollo del principio de equidad tributaria, para no lesionar la capacidad de pago de los contribuyentes. Concluyen su trabajo con la evidencia de la intervención del juez constitucional declarando inexecutable algunas normas tributarias, así como la procedencia de la acción de tutela para lograr la exoneración del pago de ciertos impuestos y el cese de procedimientos tributarios sancionatorios, donde se acreditó la violación a derechos fundamentales, consolidando el principio constitucional de vida digna como bien jurídicamente protegido.

El segundo capítulo: “Desafíos en las nuevas concepciones de familia: deber de alimentos a los hijos de crianza”, se ocupan sus gestores de indagar sobre los criterios desde el enfoque de derechos de prestación de alimentos a los hijos de crianza en Colombia, ahondando en conceptos antropológicos para abarcar el moderno concepto de familia, a partir de los nuevos desarrollos sociales e interpretaciones jurídicas de las altas Cortes, fundadas las mismas en los principios, reglas y valores que alimentan la Constitución Política de Colombia, resaltando el principio de solidaridad consagrado en su artículo primero, como eje de la vida digna, ratificando el activismo judicial del juez constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales.

A reglón seguido se desarrolla el tema “Responsabilidad contractual por el hecho de un tercero en las relaciones jurídicas de distribución frente al servicio de telefonía móvil”, resaltan los autores la obligación del Estado social de derecho colombiano de garantizar la eficacia normativa,

entre ellos los de la telefonía móvil, mediante la regulación contractual, concluyendo que se categorizan como de distribución. Es una manera de mostrar cómo el Estado colombiano garantiza también el derecho de los consumidores.

Continuando con el texto “Test de ponderación: una revisión a los postulados de argumentación jurídica, Corte Constitucional colombiana”, en el cual los investigadores hacen un recuento de la jurisprudencia constitucional sobre el test de ponderación en los conflictos de derechos fundamentales, y analizan con profundidad conceptos de reconocidos juristas como Robert Alexy, y así dar respuesta al interrogante de si son coincidentes los planteamientos de autoridad cómo órgano de cierre utilizados por la Corte Constitucional de nuestro país frente a los postulados esbozados por el precitado tratadista.

Luego se encuentra el capítulo correspondiente a “Matrimonio igualitario perspectivas desde el derecho comparado y constitucional, en el que se expone el concepto de la institución jurídica de la familia en el plano de la globalización, sus diversas consideraciones en otras jurisdicciones como un acertado referente del derecho extranjero, en los cuales se ha protegido el derecho de parejas del mismo sexo a formar una familia. Amén de lo anterior hacen una inmersión en el neoconstitucionalismo como corriente jurídica de amplio impacto en el tema analizado, arrojando como resultado estándares de protección a todas las formas de familia, destacando el valor de la jurisprudencia constitucional colombiana para consolidar la institución analizada.

Finaliza la obra con el artículo “La responsabilidad demostrada y los sistemas de gestión de datos personales”, partiendo de su concepción como una institución jurídica novedosa en el interior del ordenamiento jurídico colombiano, cubriendo su noción, los sujetos, la autorregulación que los cobija, los criterios orientadores para su correcto ejercicio, todo ello a partir del análisis de los conceptos propios de la responsabilidad civil.

Se puede observar, como dijo en su momento Fr. Mauricio Cortes G, O.P., decano de la División de Ciencias Jurídicas y Políticas, que, siguiendo la tradición de universidad católica, ligada con la transparencia y la búsqueda de la verdad proveniente de nuestro Aquinate, no hay temas vedados para su estudio y la investigación en nuestra alma mater. El índice multitemático de este libro corresponde con el compromiso institucional a los requerimientos sociales y sin lugar a duda enriquece el mundo de la literatura sociojurídica.

Se cierra así, un conjunto de trabajos relativos a la actualidad jurídica, desde una perspectiva global, que no solo reconoce la importancia de nuestra Constitución Política, sino que reivindica a la Universidad con su compromiso social: una institución incluyente. Por ello al terminar este exordio debe destacarse el trabajo de los grupos de investigación pertenecientes a nuestra Facultad de Derecho, la importancia de la publicación de obras colectivas tan bien ponderadas en la evaluación científica universitaria, porque reúnen la creatividad y productividad propios del interés científico.

Cesar Augusto Romero Molina
Líder del grupo de Investigación
Estado, Derecho y Políticas Públicas

1. Los derechos fundamentales como límite a la libertad de configuración del legislador en materia tributaria en Colombia

César Augusto Romero Molina, 

*Facultad de Derecho,
grupo de Investigación Estado, Derecho y Políticas Públicas,
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: cesar.romero@ustabuca.edu.co ORCID:*

Eduardo José Talavera Carrascal, 

*Facultad de Derecho,
grupo de Investigación Estado, Derecho y Políticas Públicas,
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: eduardo.talavera@ustabuca.edu.co ORCID:*

Introducción

Los derechos fundamentales en el ámbito de la tributación han revestido gran importancia dentro de la doctrina y la jurisprudencia a nivel mundial. Colombia no ha sido ajena a esta tendencia que propende por una argumentación basada en el enfoque de estos derechos en cabeza de los contribuyentes a lo largo del ejercicio estatal del poder impositivo. En este sentido, fue posible identificar que la potestad tributaria del Estado como máxima expresión de la soberanía fiscal, encuentra una serie de límites que permiten modular los efectos de la tributación para que esta, en todo caso, no observe arbitrariedades que afecten al contribuyente como sujeto –pasivo– de la imposición de gravámenes tendientes a la financiación de los gastos públicos.

Es posible, en este sentido, demarcar los límites a la libertad de configuración del legislador en materia tributaria a partir de un enfoque jurisprudencial-constitucional, los cuales se sintetizan en procedimientos

legislativos y/o de trámite, la compatibilidad, los principios, la autonomía tributaria de las entidades territoriales y los derechos fundamentales. Estos últimos con un desarrollo creciente durante los últimos años a nivel mundial. Sin embargo, en Colombia, el enfoque de derechos humanos en el campo de la fiscalidad prescribe una serie de derechos fundamentales a favor de los contribuyentes que hasta el momento no goza de certeza en razón a su carácter mayoritariamente innominado y con escaso desarrollo legal y jurisprudencial, aún doctrinal.

En este orden de ideas, este trabajo desarrolló un catálogo de derechos fundamentales como un límite a la potestad estatal tributaria a través de la reconstrucción dogmática, teórica y jurisprudencial de los conceptos y límites aplicables en Colombia, así como de cada uno de los derechos que tienen una implicación directa en el ámbito de la fiscalidad a favor de los contribuyentes, donde fue posible destacar los derechos al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso, al secreto fiscal y a una buena administración, con los cuales se pudo concluir que la reciente y creciente tendencia de Colombia de introducir un enfoque de derechos humanos dentro de la tributación por la vía jurisprudencial hasta el momento ha demostrado avances resumidos en la declaratoria de inexequibilidad de algunas leyes tributarias, así como en la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para lograr la exoneración en el pago de impuestos y el cese de procedimientos tributarios sancionatorios en los que se acredite la violación a derechos fundamentales.

La libertad de configuración legislativa en materia tributaria

La libertad de configuración legislativa constituye el margen de acción del legislador sobre el contenido formal y material durante la creación y expedición de las leyes. Generalmente el referido marco de producción legislativa se encuentra preestablecido dentro del ordenamiento constitucional a través de una serie de principios y reglas que deben observarse durante el trámite de la ley tributaria, la cual, si bien se ejerce de forma libre, encuentra una serie de limitaciones que podrían eventualmente, viciar la constitucionalidad de sus contenidos, lo cual implica:

El amplio poder decisional, de materializar democráticamente el querer más inmediato del legislativo, por medio de la producción de contenidos normativos con rango de ley, sin más límites que la constitución, en materia impositiva debe ser estudiada rigurosamente al momento de realizar el control constitucional de las disposiciones tributarias expedidas por el Congreso de la República (Romero, 2018, p. 371).

En el mismo sentido, la libertad de configuración legislativa implica en materia tributaria un mandato de legalidad tendiente a materializar dentro de los contenidos normativos impositivos los elementos esenciales de las obligaciones en materia tributaria, sujetos activos y pasivos, hecho generador, base gravable y tarifa (Const., art. 338). Al respecto, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre este tema prescribiendo lo siguiente:

El legislador dispone, en ese contexto, de una amplia libertad de configuración que únicamente tiene por límite las disposiciones constitucionales y que ha de ser cumplida, al tenor de ellas, dentro de criterios de equidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y progresividad (Corte Constitucional, Sent. C-709/99).

Es preciso afirmar que, este principio superior de libertad de configuración legislativa tributaria ha tenido un alcance modulado en Colombia por parte de la Corte Constitucional, donde a través de las sentencias C-989/04, C-426/05, C-540/05, C-543/05, C-929/05, C-508/06, C-927/06, C-341/07, C-508/08, C-465/14, C-102/15, C-060/18, C-265/19, entre otras, se ha evaluado y analizado la constitucionalidad de leyes impositivas con observancia a los juicios de compatibilidad y proporcionalidad que permiten declarar la exequibilidad o inexequibilidad de las leyes durante el control que hace la alta jurisdicción constitucional en Colombia.

Es por esta razón que el margen de acción que tiene el Congreso al ejercer su potestad tributaria, además de los precitados preceptos, encuentra a su vez implicaciones en lo que respecta al denominado principio de reserva de ley en materia impositiva, considerando la Corte Constitucional que reserva de ley “es una institución jurídica conforme a la cual,

por disposición de la propia Constitución, corresponde exclusivamente al legislador el desarrollo de determinadas materias” (Corte Constitucional, Sent. C-594/2010). Así las cosas, este principio cobra especial relevancia, pues “la reserva de ley tributaria significa que ningún tributo puede ser establecido si no es por una ley” (Romero, 2017, p. 209); ante esta afirmación debe precisarse de nuevo su diferencia con el principio de legalidad, representando el de reserva una “concreción ulterior del principio genérico de legalidad, que determina que ciertas materias, por mandato constitucional, sólo pueden ser reguladas por una norma con el rango, valor y fuerza de la ley formal” (Martínez et al., 2015, p. 93).

Límites a la libertad de configuración del legislador en materia tributaria en Colombia

La libertad de configuración legislativa no es absoluta, pues desde la óptica constitucional-jurisprudencial observa un margen de acción determinado por algunos límites, los cuales se hacen mayormente visibles en el ámbito de la fiscalidad colombiana, donde los procedimientos legislativos o de trámite; la compatibilidad y la proporcionalidad; los principios; los derechos fundamentales, y la autonomía tributaria de las entidades territoriales constituyen los vértices que componen el margen de acción del Congreso de la República en materia tributaria, cuyos puntos de partida se encuentran predispuestos desde la propia carta política (Const., arts. 150, 287, 311, 313, 338, 363).

Los procedimientos legislativos o de trámite de expedición de las leyes en materia tributaria

Los procedimientos legislativos de trámite en la expedición de leyes en materia tributaria se enmarcan en los postulados propios de la función constitucional legislativa que contempla la carta y la ley orgánica del Congreso de la República (Ley 5 de 1992), cuya inobservancia puede inclusive viciar la constitucionalidad de una ley determinada, carecer de los requisitos formales o de trámite que dichas normas prescriben. Al respecto (Gómez, 2020, p. 6) sintetiza los requisitos de forma o trámite que deben observar las leyes durante su expedición, en los siguientes puntos:

- Desconocer las disposiciones de la Ley 5 de 1992 (Reglamento del Congreso de la República)
- No publicación oficial del proyecto por parte del Congreso (Const., art. 157).
- No aprobación en primer y segundo debate de cada Cámara (Const., art. 157).
- Mayoría absoluta de la Ley Orgánica (Const., art. 151).
- Mayoría absoluta de la Ley Estatutaria y tramite dentro de la misma legislatura (Const., art. 153).
- No contar con iniciativa legislativa (Const., Arts. 155 y 156).
- No iniciativa de trámites en la respectiva Cámara o Comisión, ni contar con iniciativa legislativa para el trámite de leyes cuya materia es exclusiva del Gobierno nacional (tributos, presupuesto nacional, Plan Nacional de Desarrollo, etc.) (Const., art. 154).
- Desconocer el principio de unidad de materia (Const., art. 158).
- Desconocer los principios de Consecutividad e identidad (Const., art. 160).
- No realizar la votación en sesión diferente al anuncio y exclusivamente en la sesión anunciada (Const., art. 160).
- Exceder el trámite máximo de dos legislaturas (Const., art. 162).
- No conciliar los textos en los casos de discrepancias entre una y otra Cámara (Const., art. 161).
- Exceder el plazo constitucional de treinta días por mensaje de urgencia presidencial (Const., art. 163).
- No dar prioridad en proyectos aprobatorios de tratados sobre derechos humanos (Const., art. 164).
- No subsanar objeciones presidenciales fundadas según concepto de la CC (Const., art. 164).

- Correspondencia entre contenido y título de la ley (Const., art. 169).
- Omitir fórmula ritual “El Congreso de Colombia, Decreta”. (Const., art. 169).

Los procedimientos y trámites legislativos son el primer límite a la libertad de configuración del legislador y su inobservancia vicia la constitucionalidad de las leyes expedidas. Específicamente en materia tributaria, este límite afectó de forma directa en las últimas reformas a la legislación tributaria colombiana, donde la Corte Constitucional declaró inexecutable por vicios de trámite la Ley 1943 de 2018 a través de la sentencia C-481/19 que consideró que la denominada Ley de Financiamiento incurrió en trasgresiones a la Constitución en su artículo 157 y a la ya referenciada Ley 5 de 1992.

Los principios del sistema tributario

Los principios del sistema tributario específicamente los de equidad, eficiencia y progresividad (Const., art. 363) se erigen como el principal límite material al contenido o configuración legislativa en materia impositiva, pues su desconocimiento puede viciar la constitucionalidad de las leyes que le sean incompatibles. No obstante, los principios que la carta prescribe no se limitan al artículo 363 de la carta, pues los ya referenciados principios de reserva de ley y legalidad, sumados a los principios propios del Estado social de derecho colombiano también constituyen límites a la libertad de configuración del legislador en temas relacionados con la tributación. Al respecto (Romero, 2017, p. 196) afirma:

Los principios en materia tributaria coordinan toda la fase ideológica del contenido económico y fiscal de los Estados, ellos consagran unos lineamientos que buscan poner límite al poder del legislador. Para que estos valores y principios sean vinculantes deben partir del carácter normativo de la Constitución.

En este mismo sentido (Romero, 2013):

Para interpretar los principios que rigen el sistema tributario en Colombia debemos enmarcarlos dentro de la acepción de nuestra Carta Política de 1991, en su artículo 1º, en el que contempla a Colombia

como un Estado Social de Derecho. Esta concepción está encaminada de acuerdo con el concepto de justicia social en el que se introduce al ser humano como el eje central de la política social y económica del país, y que consiste en brindar seguridad, confianza e igualdad a todos sus conglomerados.

En este orden de ideas, los “principios constituyen valores intrínsecos de la norma constitucional con el fin de fijar los límites al poder del imperio Estatal” (Romero, 2017, p. 196). En consonancia con lo anterior, los principios de certeza, predeterminación, irretroactividad, seguridad jurídica, igualdad, no confiscatoriedad, justicia, capacidad contributiva, razonabilidad, generalidad, solidaridad y territorialidad son límites claros y evidentes al margen de acción del Congreso de la República en lo que a la expedición de leyes tributarias respecta, pues su desconocimiento además de inconstitucional tornaría en incompatible las disposiciones que trasgredan los principios anteriormente referidos.

La autonomía tributaria de las entidades territoriales

La autonomía tributaria de las entidades territoriales es otro de los límites a la libertad de configuración legislativa en materia impositiva que por expresa disposición constitucional prescribe la posibilidad de que los departamentos, distritos y municipios de Colombia puedan “Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones” (Const., art. 287, Núm. 3)¹. No obstante, ha sido la jurisprudencia constitucional la encargada de interpretar y modular el conflicto generado por este principio frente al ya referenciado principio de reserva de ley que prescribe que solo la ley expedida por el Congreso de la República puede crear tributos, dejando por fuera de esta posibilidad a las entidades territoriales.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional en un intento por conciliar los principios de autonomía tributaria de las entidades territoriales y el

1. En concordancia con (Const., Art. 338).

principio de reserva de ley a través del precedente jurisprudencial sentado con la Sentencia C-035 de 2009, imperante en la actualidad, ha permitido que en el ejercicio del poder legislativo del Congreso de la República en materia de tributos territoriales se cree la ley y se delimite —por lo menos— el hecho generador, dándole un espacio a las entidades territoriales para que estas ejerzan sus competencias autonómicas, fijando los elementos esenciales del tributo restantes (Gómez, Machuca y Rangel, 2018).

Así las cosas, la libertad de configuración legislativa encuentra como límite en materia de tributos territoriales la autonomía de dichos entes regionales, a quienes les asiste un poder tributario derivado que goza de protección constitucional en razón al diseño y organización político-estatal que la carta prescribe y cuyo desconocimiento puede viciar la constitucionalidad de las leyes en materia tributaria.

Los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales que la Constitución Política colombiana prescribe desde el artículo 11 al 41, y de aquellos contemplados en los convenios y tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano, además de los derechos con carácter de innominados que en virtud de la cláusula de no taxatividad de los derechos fundamentales que prescribe la Constitución y la cual, específicamente implica que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (Const., art. 94). El problema de la cuestión sobre este punto ha sido expuesto por Romero y Talavera (2017), quienes sostienen que “realmente no hay claridad respecto a definir cómo aplicar los límites formales que existen a la potestad tributaria del Estado cuando esta se enfrenta a los derechos humanos de los contribuyentes”. No obstante, desde la perspectiva procesal, Romero (2018, p. 62) expone que:

La aplicación de los tributos los contribuyentes tienen una serie de derechos que deben ser respetados por parte de la administración tributaria que en Colombia está en cabeza de la DIAN. Por esta razón, se ha admitido por algunos sectores de la doctrina tributaria la existencia

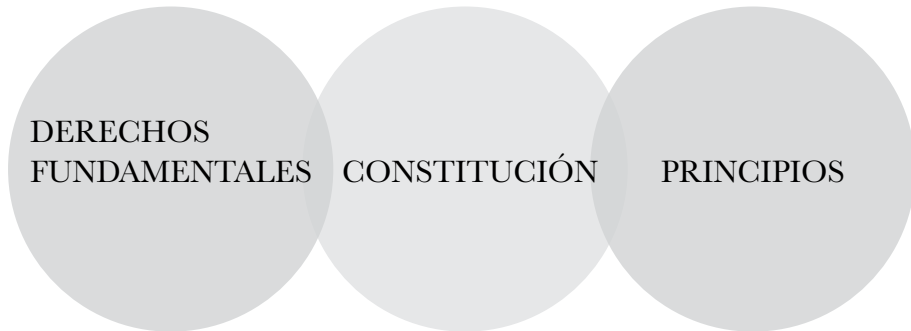
de los denominados derechos humanos y fundamentales de los contribuyentes. Por otro lado, específicamente dentro del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se regula lo concerniente a los derechos que tienen las personas ante las autoridades administrativas (Ley 1437 de 2011, art. 5), pero ha sido la Ley 1607 de 2012 aquella normativa que de forma expresa ha reconocido que los contribuyentes ostentan una serie de derechos (no fundamentales) que deben ser respetados en los procedimientos de fiscalización, liquidación y sanción que a diario realiza la autoridad tributaria (Ley 1607 de 2012, art.193).

Esta perspectiva denota avances respecto de lo expuesto primariamente por Cruz de Quiñones (2010), quien presentó el estado de la cuestión hace 10 años aproximadamente desde una perspectiva de derecho comparado. Sin embargo, la creciente tendencia a nivel mundial de un enfoque de derechos humanos y fundamentales en el campo de la tributación con origen en los paradigmas jurisprudenciales definidos por el Tribunal europeo de derechos humanos, que parecen insuficientes a la luz de la práctica en el ejercicio de la potestad tributaria en Latinoamérica y Colombia donde los derechos del contribuyente no han alcanzado el grado de prevalencia y aplicación que su carácter fundamental demanda. Maxime cuando los mismos ostentan una estrecha relación con los principios tributarios gracias a su jerarquía constitucional, aspecto que:

Conforme explica Paulo de Barros Carvalho, es en la Constitución donde se encuentran los principios que sirven como directrices supremas para orientar el ejercicio de las competencias impositivas, consagrándose en ella los postulados que imprimen certeza y seguridad a las pretensiones tributarias del Estado, y, en contrapartida, preservan y garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos (Peralta, 2015, p. 99).

La referenciada relación entre los derechos fundamentales y los principios superiores puede manifestarse gráficamente a través del siguiente diagrama:

Figura 1. *Relación entre derechos fundamentales y principios en el ámbito de la tributación*



Fuente: Los autores.

Los derechos fundamentales, según lo anterior, se encuentran relacionados con los principios específicamente integrados a la estructura del sistema tributario, cuya intersección o puente se encuentra condicionado al clausulado constitucional, que en todo caso debe contener reglas claras para su materialización. Por su parte, la aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito de la tributación en otras latitudes del mundo ostenta un desarrollo mucho más voluminoso que deja evidencias en organismos, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde es posible destacar los fallos *Guberina v. Croacia* (2016), *Schüth v. Alemania* (2010) y *Garib v. Holanda* (2017) y en el que asuntos de naturaleza tributaria fueron sometidos al conocimiento y competencia del referenciado organismo judicial de protección de derechos humanos. En el escenario europeo, Endresen (2017) examina la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) “en casos que involucran cuestiones fiscales sustantivas, y argumenta que el Tribunal, con la ayuda del concepto de un margen extraordinario de apreciación, ha mostrado una gran renuencia a involucrarse en estos temas” (p. 45).

Inclusive en Estados Unidos el tema de los derechos humanos y la tributación también han tenido un desarrollo de aplicabilidad potencial en razón a postulados constitucionales, tales como la cláusula de igualdad de protección contemplada en la decimocuarta enmienda. En este sentido,

Crawford y Waldman (2019) presentan la argumentación sobre la inconstitucionalidad del denominado “Impuesto a los tampones” en razón a que “Cuando un estado impone un impuesto sobre un producto que una mujer necesita únicamente porque es mujer, el Estado, en efecto, le está cobrando impuestos por ser mujer” (p. 486). Es pertinente mencionar que, en Colombia, este tipo de gravámenes fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-117/2018 que declaró inexecutable el artículo 185 de la Ley 1819 de 2016, el cual gravó las toallas higiénicas y tampones con una tarifa de 5% de IVA. Era clara la discriminación de este impuesto, el cual ignoraba los preceptos constitucionales tributarios aquí reseñados.

Por otra parte, otros sectores del mundo también en el mismo sentido de la creciente tendencia de agregar un enfoque de derechos humanos en el campo de la tributación propenden por la expedición de una “declaración de derechos de los contribuyentes que debe ser desarrollada por las autoridades pertinentes del país y debe incorporar explícitamente consideraciones de derechos humanos en las políticas y leyes tributarias del país”, tal es el caso de Nigeria, donde Onyejekwe (2020) llega a tal conclusión. No obstante, sobre este tema, Avi-Yonah y Mazzoni (2016, p. 2) sostienen:

La intersección de la legislación fiscal y los derechos humanos se puede ver desde dos perspectivas opuestas. Por un lado, la capacidad de los residentes ricos de los países en desarrollo y las corporaciones multinacionales que operan en esos países para evadir o evitar impuestos está directamente relacionada con las violaciones de los derechos humanos en esos países, especialmente desde la perspectiva de los derechos sociales y económicos como la salud y la educación. Proporcionar a dichos países los medios para defenderse y recaudar ingresos adecuados es esencial para promover tales derechos. Por otro lado, algunas de las técnicas utilizadas para lograr una recaudación de ingresos adecuada, como el intercambio automático de información y la presentación de informes país por país, corren el riesgo de violar otros derechos humanos como la privacidad y la protección legítima de los secretos comerciales.

La relevancia del enfoque en derechos humanos en el sistema tributario supone una vez más la materialización del paradigma de la constitucionalización del derecho tributario, donde la jurisprudencia constitucional ha

otorgado gran relevancia a los derechos fundamentales hasta el punto de desarrollar la denominada doctrina del “estado de cosas inconstitucionales”, que prescribe la vulneración a gran escala de los derechos susceptibles de protección constitucional con base en los factores de:

- 1) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.
- 2) La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.
- 3) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.
- 4) La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.
- 5) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.
- 6) El hecho de que, si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial (Corte Constitucional Sent. T-025/2004).

Actualmente la tendencia global en los Estados es propender por la garantía de los derechos humanos, estos se han venido plasmando como aquellos puntos de referencia o llamados a ser límites en las actuaciones de los diferentes sistemas jurídicos, entre ellos el tributario, un sistema que se caracteriza principalmente por su modalidad impositiva sobre los sujetos obligados. De aquí la necesidad por establecer qué tan capacitado se encuentra el Estado para responder de forma positiva a las exigencias de un equilibrio entre sus acciones tributarias y la garantía de los derechos humanos, determinando si realmente se garantiza formal y materialmente los derechos de los contribuyentes en las decisiones que resuelven los conflictos de la potestad tributaria frente a los derechos humanos de estos (Gómez y Romero, 2018, p. 61).

Los derechos fundamentales en el ámbito de la tributación colombiana

El catálogo de derechos fundamentales en el ámbito de la tributación hasta el momento no goza de certeza en razón a su carácter mayoritariamente innominado y con escaso desarrollo legal y jurisprudencial dentro de los cuerpos judiciales que han dado prevalencia a una argumentación basada en principios. No obstante, la constante y creciente tendencia actual ha evidenciado una serie de derechos fundamentales en el marco de la tributación con aplicación potencial. Sin embargo, el tema demuestra un desarrollo legal y jurisprudencial insuficiente, pero *cualificable* y en el que ha sido posible identificar derechos de carácter fundamental, tales como al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso, al secreto fiscal y a una buena administración, los cuales pueden constituir el catálogo primario de los derechos fundamentales del contribuyente en Colombia.

Derecho fundamental al mínimo vital

El derecho al mínimo vital ha sido definido por la Corte Constitucional a través de sentencias como la T-678-17, en la que la alta jurisdicción constitucional colombiana precisó que el mínimo vital constituye:

La porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional.

Este derecho fundamental encuentra íntima relación con el principio de progresividad del sistema tributario (Const., art. 363) en la medida en que dispone que los tributos deben “gravar de igual manera a quienes tienen la misma capacidad de pago (equidad horizontal) y han de gravar en mayor proporción a quienes disponen de una mayor capacidad contributiva (equidad vertical)” (Corte Constitucional, Sent. C-397/2011).

El derecho fundamental al mínimo vital en materia tributaria resalta a la vista en casos concretos que han sido objeto de importantes precedentes jurisprudenciales constitucionales, como en las sentencias T-788 del 2013 y T-471 de 2019 han marcado la pauta respecto de la defensa de este derecho fundamental a favor de los contribuyentes. En este sentido, en la Sentencia T-788 del 2013 la Corte Constitucional analizó si las medidas cautelares impuestas dentro de un procedimiento de cobro adelantado por parte de la autoridad tributaria pueden violentar las garantías fundamentales tendientes a garantizar una vida digna y al mínimo vital. Sobre este punto, Rodríguez (2014) manifiesta que:

En los eventos en que se decreta el embargo de honorarios y estos puedan ser asimilables al salario, el ciudadano afectado puede acudir ante la autoridad pública y colocar de presente su situación, la cual deberá atender y resolver considerando si la medida cautelar vulnera sus derechos fundamentales, debiéndose limitar o levantar según sea el caso, aplicando una excepción de inconstitucionalidad o una analogía legal. En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional advirtió a la DIAN que, frente a reclamaciones por embargos decretados sobre la totalidad de honorarios que percibe una persona, está obligada a examinar si estos son su única fuente de ingreso, caso en el cual debe adoptar las medidas pertinentes para no afectar los derechos fundamentales del afectado, en especial su mínimo vital, entendido no como una cifra monetaria, sino en relación con su estándar de vida (p. 32).

Años más tarde, la Sentencia T-471 de 2019 fue mucho más allá en el análisis sobre el derecho fundamental al mínimo vital al exonerar del impuesto predial a las víctimas del desplazamiento forzado en el municipio de Buga. Al respecto, el alto tribunal constitucional colombiano consideró que estas personas se encuentran en un estado de debilidad manifiesta en razón a su situación económica. En este sentido, la Corte sostuvo que:

En relación con las víctimas del conflicto, de manera concreta, se ha dicho que, cuando se verifica el incumplimiento del deber de solidaridad por parte de una autoridad pública o de un particular que preste un servicio público y con su acción u omisión vulnere los derechos fundamentales de una persona víctima de desplazamiento forzado y se encuentra en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede exigir por medio de la acción de tutela, el cumplimiento del

principio de solidaridad, con el fin de lograr el goce efectivo de los derechos fundamentales. Las consecuencias o efectos de la aplicación de tal principio deberán precisarse en cada caso atendiendo diferentes aspectos (Corte Constitucional, Sent. C-471/2019).

En el caso concreto la Corte Constitucional determinó respecto del impuesto predial objeto de la exoneración establecida en la precitada providencia judicial que:

También ha dicho esta Corporación que, en materia de alivios y exoneraciones del impuesto predial a la población desplazada, una de las formas posibles de realizar el principio de solidaridad consiste en definir las condiciones en las que resulta aplicable el alivio o exoneración del impuesto predial conforme lo prevé el artículo 121 de la Ley 1448 de 2011. Sin embargo, esta no es la única modalidad para materializar el principio de solidaridad, por lo que las entidades tienen en ejercicio de sus competencias la facultad de decidir entre las alternativas que concreten este principio constitucional. Por lo tanto, una vez las entidades decidan esas alternativas, está llamado a acatar su cumplimiento. Hecho este que no sucedió en el caso *sub judice*, dado que, si bien existe un Acuerdo Municipal que dispone cómo se alivia el pasivo de los beneficiarios, el mismo fue inobservado por la misma autoridad que lo expidió (Corte Constitucional, Sent. C-471/2019).

Derecho fundamental a la igualdad

El derecho fundamental a la igualdad (Const., art. 13) contemplado en la Constitución tiene aplicación directa en materia tributaria y encuentra íntima relación con el principio de equidad del sistema tributario (Const., art. 363) precisando la Corte Constitucional:

Una manifestación específica del principio general de igualdad y comporta la proscripción de formulaciones legales que establezcan tratamientos tributarios diferenciados injustificados, ya sea porque se desconozca el mandato de igual regulación legal cuando no existan razones para un tratamiento desigual, o porque se desconozca el mandato de regulación diferenciada cuando no existan razones para un tratamiento igual (Corte Constitucional, Sent. C-397/2011).

La defensa de este importante derecho fundamental y pilar del Estado social de derecho colombiano se ha evidenciado en la activa y garantista intervención de la Corte Constitucional en dos escenarios, el primero en el año 2016 cuando se estableció un tratamiento fiscal diferenciado sin justificación alguna respecto de las iglesias y confesiones religiosas distintas a la católica, quienes fueron sujeto del denominado impuesto a la sobretasa ambiental y quienes pretendieron la exoneración en el pago de dicho gravamen lo cual fue avalado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-073/2016 que consideró que “Estado debe dar igual tratamiento tributario a diferentes confesiones religiosas e iglesias”.

El otro escenario, donde se ha materializado el derecho fundamental a la igualdad, se ubica en una cuestión de género planteada con ocasión de la reforma tributaria de la Ley 1819 de 2016 que, específicamente en el artículo 185 gravaba con IVA las toallas higiénicas y tampones. En este caso, la Corte Constitucional aplicó el denominado juicio de igualdad, determinando que la norma *ibidem* se encontraba viciada de constitucionalidad por transgredir el derecho fundamental a la igualdad y el principio de equidad en materia tributaria (Const., Arts. 13 y 363) en razón a la discriminación injustificada generada en contra de las mujeres, por esta razón la medida adoptada por el alto tribunal además de la declaratoria de inexequibilidad de la norma en comento, consistió en agregar las toallas higiénicas y tampones dentro de la lista de bienes exentos del IVA que contempla el artículo 188 de la Ley 1819 de 2016 (Corte Constitucional, Sent. C-117/2018).

Derecho fundamental al debido proceso

El derecho fundamental al debido proceso contemplado en la Constitución comporta una aplicación directa en materia tributaria, pues la carta prescribe que el mismo resulta obligatorio en “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (Const., art. 29) así las cosas, el debido proceso sirve como fundamento principal en la estructura de los diferentes procedimientos tributarios que adelanta la administración durante el recaudo, fiscalización, aforo, e inclusive durante la imposición de sanciones de naturaleza impositiva. En este sentido, el derecho

fundamental al debido proceso implica una serie de garantías que son aplicables en materia tributaria destacando específicamente los escenarios de valoración probatoria conforme a los criterios de imparcialidad y objetividad, derecho de defensa, no autoincriminación —*non bis in ídem*—, —*no reformatio in pejus*— presunción de inocencia, a la representación judicial y extrajudicial de un abogado, así como a la posibilidad de interponer recursos con el ánimo de impugnar las determinaciones que le sean desfavorables al contribuyente.

El debido proceso como derecho fundamental en el ámbito tributario tiene una relación directa con los principios de legalidad, certeza, predefinición e irretroactividad (Const., art. 338), el desconocimiento en la aplicación de estos factores puede implicar que se han violentado las prescripciones del artículo 29 de la Carta en favor de los contribuyentes. Es por ello, que la Corte Constitucional ha intervenido en casos donde la administración tributaria ha trasgredido el derecho fundamental al debido proceso. En este sentido, las sentencias T-892/2014 y T-084/2015 han amparado el debido proceso a favor de los contribuyentes, específicamente en el primer caso, la Corte dio la orden a la Dirección de Impuestos y Aduanas de dar por concluidas las investigaciones iniciadas en contra de la accionante, al considerar que se incurrieron en vías de hecho de carácter prospectivo al considerar en el caso concreto que:

La configuración de una vía de hecho prospectiva y evidente llevan a que en esta ocasión se deba conceder la tutela, al ser el único mecanismo idóneo para proteger los derechos de la accionante en el caso concreto. Empero, constata la Sala que solo esta extraordinaria circunstancia permite un pronunciamiento en este sentido y que no debe de ninguna manera entenderse que es un mero debate interpretativo o sobre el monto a pagar por impuestos lo que justifica la intervención del juez de tutela (Corte Constitucional, Sent. T-892/2014).

Por su parte, en la Sentencia T-084/2015 la Corte en el mismo sentido se pronuncia sobre el caso de un contribuyente que fue objeto de un proceso sancionatorio en relación con un error atribuible a la administración tributaria, “por cuanto no informó a la declarante que el pago de impuesto predial unificado fue inválido por error atribuible a la misma

Secretaría” (Corte Constitucional, Sent. T-084/2015) en el caso concreto, la Corte tuteló el derecho fundamental al debido proceso del accionante al considerar que:

(i) no le informó sobre la invalidación del pago del impuesto predial unificado de su vivienda, correspondiente a la vigencia dos mil diez (2010), sino hasta que le remitió un emplazamiento para declarar en el año dos mil trece (2013); (ii) no le permitió a la contribuyente explicar las circunstancias que rodearon el pago del impuesto predial del año mencionado, en desconocimiento del principio constitucional de la buena fe; (iii) inició en su contra un proceso administrativo sancionatorio con base en una conducta que la contribuyente había realizado de forma reiterada por varios años, teniendo en cuenta que el formulario pre-impreso que le llegaba para el cobro del predial estaba a nombre de las anteriores propietarias (Corte Constitucional, Sent. T-084/2015).

Derecho fundamental al secreto fiscal

El derecho fundamental al habeas data y a la intimidad personal consagrados en la Carta (Const., art. 15) se erige como el fundamento principal para consagrar el innominado derecho fundamental al secreto fiscal. Este tema ha sido abordado por la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las normas del estatuto tributario relacionadas con la reserva de la información consignada en las declaraciones tributarias. Así las cosas, la Sentencia C-981/2005 resaltó que:

Debe distinguirse cuando el dato se pone en circulación al interior del Estado, entre las entidades encargadas de recaudar los impuestos a fin de controlar la respectiva carga impositiva, lo cual no contraría la Constitución, siempre y cuando se respete el derecho de las personas de conocer, actualizar y rectificar tales datos, pero sin que deba mediar su autorización para ello pues se trata de la colaboración armónica que debe mediar entre los diferentes órganos del Estado con el fin de proteger el patrimonio público. Datos de las personas recolectados y procesados para fines tributarios, que por lo tanto no pueden circular por fuera del Estado con fines diferentes, es decir, la administración no puede ponerlos en circulación colocándolos en manos de particulares, so pena de contrariarse la Constitución (Corte constitucional).

Al respecto de este derecho fundamental, Romero (2018) sostiene:

El derecho a la intimidad personal que en materia tributaria genera el resultado del denominado derecho al secreto fiscal se evidencia en las disposiciones que para tal fin establece la Ley 1607 de 2012 en los derechos del contribuyente dentro de los procedimientos tributarios contemplados en el artículo 193 donde se establece el derecho “al carácter reservado de la información, salvo en los casos previstos en la Constitución y la ley” (Ley 1607, artículo 193 Núm. 4). De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar en materia tributaria el derecho al secreto fiscal se encuentra sustentado ampliamente en el derecho fundamental a la intimidad personal y, por ende, este derecho goza de una aplicación y reconocimiento inmediato por parte de las autoridades tributarias quienes no pueden desconocer tal garantía en favor de los contribuyentes (p. 65).

Derecho fundamental a una buena administración

El derecho fundamental a una buena administración tiene carácter innominado y encuentra relación con el principio de eficiencia en materia tributaria (Const., art. 363), al respecto Gómez y Romero (2018) sostienen que:

El derecho a una buena administración recibe el tratamiento de derecho fundamental dentro de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el principio de eficiencia fiscal que “hace referencia a una buena administración y reducción de costos al ejercer el recaudo de los ingresos de naturaleza tributaria, con el principio de eficiencia se busca que la administración fiscal recaude la mayor cantidad de ingresos con el menor costo posible (p. 31).

Siguiendo la misma línea, el derecho a una buena administración según Romero (2018, p. 70):

Específicamente en materia de los procedimientos que ejecuta la administración tributaria y con relación a los deberes a que esta se encuentra obligada para garantizar el derecho a una buena administración, la Ley 1607 de 2012 en su artículo 193 ha establecido de manera específica una serie de derechos que poseen los ciudadanos que ostentan la calidad de contribuyentes y que dentro de los procedimientos aplicados no

se pueden desconocer. La referida normativa establece que: (...) Son contribuyentes o responsables directos del pago del tributo los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial. Las autoridades tributarias deberán brindar a las personas plena protección de los derechos consagrados en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. Adicionalmente, en sus relaciones con las autoridades, toda persona tiene derecho: 1. A un trato cordial, considerado, justo y respetuoso. 2. A tener acceso a los expedientes que cursen frente a sus actuaciones y que a sus solicitudes, trámites y peticiones sean resueltas por los empleados públicos, a la luz de los procedimientos previstos en las normas vigentes y aplicables y los principios consagrados en la Constitución Política y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 3. A ser fiscalizado conforme con los procedimientos previstos para el control de las obligaciones sustanciales y formales. 4. Al carácter reservado de la información, salvo en los casos previstos en la Constitución y la ley. 5. A representarse a sí mismo, o a ser representado a través de apoderado especial o general. 6. A que se observe el debido proceso en todas las actuaciones de la autoridad. 7. A recibir orientación efectiva e información actualizada sobre las normas sustanciales, los procedimientos, la doctrina vigente y las instrucciones de la autoridad. 8. A obtener en cualquier momento, información confiable y clara sobre el estado de su situación tributaria por parte de la autoridad. 9. A obtener respuesta escrita, clara, oportuna y eficaz a las consultas técnico-jurídicas formuladas por el contribuyente y el usuario aduanero y cambiario, así como a que se le brinde ayuda con los problemas tributarios no resueltos. 10. A ejercer el derecho de defensa presentando los recursos contra las actuaciones que le sean desfavorables, así como acudir ante las autoridades judiciales. 11. A la eliminación de las sanciones e intereses que la ley autorice bajo la modalidad de terminación y conciliación, así como el alivio de los intereses de mora debido a circunstancias extraordinarias cuando la ley así lo disponga. 12. A no pagar impuestos en discusión antes de haber obtenido una decisión definitiva en la vía administrativa o judicial salvo los casos de terminación y conciliación autorizados por la ley. 13. A que las actuaciones se lleven a cabo en la forma menos onerosa y a no aportar documentos que ya se encuentran en poder de la autoridad tributaria respectiva. 14. A conocer la identidad de los funcionarios encargados de la atención al público. 15. A consultar a la administración tributaria sobre el alcance y aplicación de las normas tributarias, a situaciones de hecho concretas y actuales (Ley 1607 de 2012, art. 193).

Conclusiones

Los derechos fundamentales y su creciente tendencia respecto del enfoque de derechos humanos en el campo de la tributación colombiana han constituido un importante límite a la libertad de configuración legislativa. En este sentido, los procedimientos legislativos, los principios, la autonomía de las entidades territoriales y los derechos fundamentales se constituyen como el margen de acción de la función constitucional legislativa en lo que respecta al ejercicio de la potestad tributaria estatal (Const., art. 150, núm. 12).

Este trabajo logró cualificar el catálogo de derechos fundamentales que en el escenario de la tributación limitan el ejercicio de la potestad tributaria, destacando entre estos los derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad (Const., art. 13), al debido proceso (Const., art. 29), al secreto fiscal (Const., art. 15), y a una buena administración. Estos derechos han permitido la intervención del juez constitucional en casos donde algunas leyes tributarias han sido declaradas inexecutable por trasgredir derechos fundamentales; mientras que al mismo tiempo, la intervención del juez constitucional se vea también potenciada a través de la acción de tutela donde se han evidenciado casos donde el papel garantista de la jurisprudencia ha avalado la exoneración en el pago de tributos y el cese de investigaciones sancionatorias tributarias en las que se acredite la vulneración y/o trasgresión a derechos y garantías fundamentales.

Es de resaltar que se denotan avances dentro de la protección a los derechos fundamentales del contribuyente, no obstante, el catálogo de derechos bajo su titularidad continúa ostentando un bajo grado de certeza en razón a su carácter mayoritariamente innominado (derechos al mínimo vital, a la propiedad, a una buena administración, etc.) y con escaso desarrollo legal y jurisprudencial, pues las mismas hasta el momento no son suficientes para determinar una doctrina constitucional-jurisprudencial que avale el enfoque de derechos humanos y fundamentales dentro del sistema tributario colombiano.

Referencias

- Avi-Yonah, R. S., y Mazzoni, G. (2016). Taxation and Human Rights: A delicate balance. *U of Michigan Public Law Research Paper*.
- Congreso de la República. Ley 5 de 1992. Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. *Diario Oficial* No. 40.483, de 18 de junio de 1992, Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Congreso de la República. Ley 1943 de 2018. Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* No. 50.820 de 28 de diciembre de 2018.
- Corte Constitucional, Sent. C-035/2009 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 27 de enero de 2009).
- Corte Constitucional, Sent. C-117/2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 14 de noviembre de 2018).
- Corte Constitucional, Sent. C-397/2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 18 de mayo de 2011).
- Corte Constitucional, Sent. C-397/2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 18 de mayo de 2011).
- Corte Constitucional, Sent. C-481/2019 (M.P. Alejandro Linares Cantillo; 16 de diciembre de 2016).
- Corte Constitucional, Sent. C-594/2010 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 31 de octubre de 2010).
- Corte Constitucional, Sent. C-709/1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; septiembre 22 de 1999).
- Corte Constitucional, Sent. C-981/2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 26 de septiembre de 2005).
- Corte Constitucional, Sent. T-084/2015 (M.P. María Victoria Calle Correa; 25 de febrero de 2015).
- Corte Constitucional, Sent. T-471/2019 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; 9 de octubre de 2019).
- Corte Constitucional, Sent. T-678/2017 (M.P. Carlos Bernal Pulido; 16 de noviembre de 2017).
- Corte Constitucional, Sent. T-788/2013 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; 12 de noviembre de 2013).

- Corte Constitucional, Sent. T-892/2014 (M.P. María Victoria Calle Correa; 20 de noviembre de 2014).
- Corte Constitucional. Sent. T-025/2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; 22 de enero de 2004).
- Crawford, B. J., y Waldman, E. (2019). The unconstitutional tampon tax. *University of Richmond Law Review*, 53(2), 439-490.
- Cruz de Q., L. (2010). Derechos humanos y la tributación. En *Lecciones de derecho tributario inspiradas por un maestro: Liber Amicorum en homenaje a don Eusebio González García* (pp. 56-91). Universidad del Rosario.
- Endresen, C. (2017). Taxation and the European convention for the protection of human rights: substantive issues. *Intertax*, 45(8), 508-526.
- Gómez, L. (2020). *Análisis big data de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre control formal por vicios de trámite legislativo*.
- Gómez, L. A., Machuca, P. A., y Rangel Mercado, M. F. (2018). El poder tributario de las entidades territoriales en Colombia: un análisis jurisprudencial. *Estudios de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior*.
- Gómez, L., y Romero. (2018). La Teoría del Bloque Constitucional Económico. (1ª. ed.). Editorial Leyer.
- Martínez, M., y García, L. (2015). *Almudí Cid, J. Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*. Iustel.
- Onyejekwe, C. (2020). *Human rights and taxation in Nigeria: a case for tax justice and accountability*. Pretoria University Law Press (PULP).
- Peralta, C. E. (2015). Tributación y derechos fundamentales los principios constitucionales como límite al poder tributario. Reflexiones a partir de los ordenamientos jurídicos de Brasil y Costa Rica. *Revista de Ciencias Jurídicas* (pp. 138).
- Rodríguez, J. (2014, mar.-abr.). La defensa del mínimo vital en materia tributaria mediante el mecanismo de acción de tutela. *Revista Impuestos*, n°182, pp. 32-32. Legis.
- Romero, C. A. (2017). *Constitución económica colombiana y tributos territoriales. Un análisis jurisprudencial*. (Defensa Doctoral disertación, Universidad de Castilla-La Mancha).
- Romero, C. A. (2018). El principio de justicia tributaria y los derechos del contribuyente dentro de los procedimientos tributarios en Colombia. En *Los procedimientos tributarios vs. los derechos de los contribuyentes: la recaudación como factor de colisión entre los intereses del Estado y los derechos de los contribuyentes* (pp. 45-91). Thomson Reuters.

- Romero, C. A. (2018). Beneficios tributarios a las nuevas sociedades que inician actividades en la ZOMAC: ¿Excedió el legislador los límites constitucionales a su libertad de configuración en materia tributaria? En *Estudios de derecho tributario, aduanero y comercio exterior*. ICDT ICDT.
- Romero, C. A., y Talaveracal, E. J. (2017). Potestad Tributaria del Estado Colombiano y Derechos Humanos. Un diálogo jurisprudencial. *Advocatus*, (29), 59-76.
- Romero-Molina, C. A., Grass-Suárez, Y. C., y García-Caicedo, X. C. (2013). Principios constitucionales que rigen el sistema tributario. *Dixi*, 15(17), 67-77.
- TEDH. (2010). *Schüth v. Alemania* (application no. 1620/03).
- TEDH. (2016). *Guberina v. Croacia* (Application no. 23682/13).
- TEDH. (2017). *Garib v. Holanda* (Application n° 43494/09).

2. Desafíos en las nuevas concepciones de familia: deber de alimentos a los hijos de crianza ²

Viviana Andrea Cortes Uribe, 

*Facultad de Derecho,
grupo de Investigación Estado, Derecho y Políticas Públicas
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: viviana.cortes01@ustabuca.edu.co ORCID:*

Ana Patricia Pabón Mantilla, 

*grupo de Investigación Teoría del Derecho y Formación Jurídica,
Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia, ORCID:*

Introducción

La familia como organización social y como instituto jurídico ha vivido importantes transformaciones a lo largo de la historia de la humanidad. Desde distintas disciplinas se ha reconocido esta transición que permite concluir lo siguiente en el presente siglo: “asistimos a un nuevo modelo familiar” (Hernández, Crespo y Pérez (2005); Jaramillo, Bernal, Mendoza, Pérez y Suárez (2010).

Esta realidad se percibe también en el contexto colombiano, lo que ha llevado a que, en el último cuarto del siglo XX, se hayan alcanzado algunas reformas normativas producto de las luchas sociales por la reivindicación de la igualdad de las personas en el interior de la familia, especialmente,

2. Producto de investigación resultado del proyecto: “Transformaciones del reconocimiento a los derechos de las familias en Colombia: El caso de los hijos de crianza” adelantado mediante Convocatoria interna IX del 2018 por el grupo de investigación Neoconstitucionalismo y Derecho de la USTA en asocio con al grupo Teoría del Derecho y Formación Jurídica de la Unab. Investigadora principal Viviana Andrea Cortés Uribe.

frente al rol de las mujeres, frente a las formas de conformar familia y en torno a los derechos de los hijos.

Entre los avances que se destacan y que están ligados al objeto de la investigación adelantada, se encuentra la modificación incorporada mediante la Ley 29 de 1982, que fijó un régimen igualitario entre hijos legítimos o matrimoniales y los hijos extramatrimoniales y adoptivos, reformas que pueden leerse en concordancia con lo fijado en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el que se señala “Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Pese a este avance, el derecho parecía desconocer una realidad social: muchas familias incluyen entre sus miembros a hijos con los que no se tienen lazos naturales o legales. Esta realidad ha acompañado la vida familiar en Colombia desde hace muchos años, sin embargo, no parecía ser reconocida por el derecho positivo.

La revisión del estado del arte sobre el problema que se propone permite dar cuenta de dos hallazgos: el primero, los hijos de crianza han estado en la realidad social desde hace mucho tiempo, “en muchas culturas el parentesco es un proceso que se adquiere por la acción social: el cuidado, la alimentación, el esfuerzo dirigido hacia una persona” (Traduchi, 2013, p. 127) y el segundo, en Colombia es a partir de la jurisprudencia de las altas cortes que resuelven casos en los que hijos o padres de crianza exigen derechos derivados de su relación parental que se han construido subreglas jurisprudenciales aplicables a estos casos (Acosta y Araujo (2012); Duarte (2015).

El análisis de las fuentes consultadas sobre el tema permiten destacar el papel protagónico de los jueces para garantizar los derechos de las familias de crianza, pues en los casos concretos se ha reinterpretado la forma en que se regulan las relaciones filiales y parentales vigentes en la legislación civil colombiana.

El objeto de la investigación se abordó desde un enfoque dogmático, teniendo como referente el paradigma hermenéutico crítico, desde el cual se realizó el análisis de las distintas fuentes documentales que permitieron fijar nociones teóricas y jurídicas para comprender el problema propuesto y dar respuesta a la pregunta de investigación. El diseño metodológico partió en primer lugar de una revisión de bases de datos con la finalidad de localizar fuentes documentales. Posteriormente se diseñaron dos pautas de análisis que permitieron orientar la recolección de información e interpretación de las fuentes, una para sistematización de fuentes teóricas y doctrinales, mediante resúmenes analíticos, y otra para la identificación de las razones de la decisión en las jurisprudencias objeto de estudio. Los resultados de la investigación se construyeron desde una perspectiva analítica y argumentativa.

La investigación se justificó en la medida en que es necesario comprender la existencia de familias de crianza a la luz de las transformaciones que se ha reconocido a la configuración de la familia en Colombia, transformaciones que, aunque desbordan el campo de lo jurídico deben impactar lo jurídico al introducir modificaciones a la forma en que se adjudican derechos y cumplir con ello la promesa de igualdad material.

El resultado que se presenta en este capítulo parte de despejar dos interrogantes: ¿Por qué debe hablarse de retos y desafíos en la nueva concepción de familia? y ¿Qué criterios deben orientar las decisiones judiciales para proteger el derecho a recibir alimentos de padres e hijos de crianza desde el enfoque de los derechos?

Para presentar los resultados se abordará, en primer lugar, la comprensión de los distintos modelos de familia desde los aportes de disciplinas distintas al derecho, donde se evidencia la composición de grupos familiares en los que se integran los hijos de crianza. En segundo lugar, se analizará el camino normativo que se ha transitado en el ordenamiento jurídico colombiano frente al reconocimiento del derecho a la igualdad de los hijos en donde se ha incluido la protección a algunos derechos de los hijos de crianza y, finalmente, a modo de conclusión se presentarán los criterios que deberían ser tenidos en cuenta para el reconocimiento del

derecho de alimentos a hijos de crianza, como un reto que debe asumir el Estado frente a la garantía de la protección a la familia.

Concepciones plurales de familia: más allá del derecho

Las variaciones en el interior de la familia han sido objeto de indagación en reconocidos trabajos de investigación desde la antropología; se ha destacado el aporte de Virginia Gutiérrez de Pineda, en los que se destaca las transformaciones de la familia, en especial desde la segunda mitad del siglo XX (2005), estos trabajos son antecedentes que han sido recogidos por autores y autoras más contemporáneos (Lamus y Useche (2002); Gutiérrez, 2019) y desde distintos enfoques se han mostrado las transiciones del concepto de familia (Páez, 2017).

La antropología contemporánea deja de lado el estudio de la familia y el parentesco desde las relaciones biológicas y naturales, lo cual marca importantes transformaciones en el concepto de familia como un fenómeno cultural y social. “El parentesco fue reconstituido desde otras rúbricas: historia social, antropología legal y política” (Tarduchi, 2013, p. 111) y las concepciones de familia se empezaron a pensar desde otros horizontes: “puede ser una forma de enfrentar necesidades en un contexto de recursos inestables” (Tarduchi, 2013, p. 113).

Desde la edad media se identifican formas de crianza y “prohijamiento”, más allá de los lazos de sangre o naturales, ligadas a la necesidad de cubrir mano de obra o de contribuir con la manutención económica. Estas formas de crianza no estaban reguladas por el Derecho. La adopción legal aparece en Estados Unidos a finales del siglo XIX, en Colombia aparece hasta 1942, pero mientras esto se regulaba, las razones económicas no dejaron de justificar que los niños y niñas transitaran de un lugar a otro (Tarduchi, 2013). Incluso antes de pensar en la definición de “adopción” en términos legales, esta es comprendida: “como la práctica en la que niños, por diferentes razones, son criados por adultos que no son sus padres biológicos, son tratados como miembros de la familia en la que viven y son aceptados como tales por otros” (Buitrago, 2014, p. 212).

La antropología mostró con fuerza que el parentesco implica dos esferas diferenciadas: una de tipo biológica y otra de tipo cultural y social, lo que desde luego obliga a repensar la forma en que se configuran normas jurídicas para la protección de esas relaciones si lo que se quiere proteger en realidad son los lazos que unen a las distintas formas de configurar familias.

El derecho de familia y las relaciones familiares ha sido objeto de abordaje desde la investigación socio jurídica, impregnando de mayor dinamismo su análisis, estos estudios han permitido evidenciar las distintas transformaciones que se han vivido en la legislación nacional, producto de las relaciones de poder imperantes en cada época (Jaramillo, 2013). Los estudios recientes muestran cómo la forma en que se configuró la legislación familiar estuvo marcada por los valores dominantes incluidas las relaciones económicas y los valores religiosos. Esta comprensión permite dilucidar que las normas no se crean de forma neutral y que en su lugar son el resultado de los distintos actores que intervienen en su creación y que por lo tanto no son construcciones que obedezcan a formas “naturales” o a descripciones de la realidad.

En lo que sigue se analizará el camino que ha transitado la regulación jurídica en Colombia en la incorporación de la igualdad para los hijos y en la consagración de algunos derechos para las familias de crianza. Esto con el fin de valorar los avances y retos que tiene aún el derecho de familia frente a la protección de todas las formas de familia.

La regulación en materia de derechos de los hijos: el transitó del siglo XIX hasta la jurisprudencia constitucional

En aras de no retrotraer el estudio a los usos y costumbres familiares en la época colonial y más atrás, se tomará como punto de partida la Constitución de 1886, en la que se puede evidenciar que no existían elementos que caracterizaran o definieran la institución de la familia. La Constitución del 86 se limitaba a fijar la prohibición de que una persona fuera molestada en

su persona o en su familia (art. 23) y fijaba en cabeza del legislador el deber de regular el patrimonio inembargable de familia (art. 50).

La Ley 84 de 1873, mediante la cual se expidió el Código Civil de la Unión, contempló un solo tipo de familia digna de protección, aquella derivada del vínculo del matrimonio. No solo porque la única regulación sobre uniones entre personas estaba contemplada en el artículo 113 de la Norma citada, sino porque las uniones existentes por fuera del contrato matrimonial eran una deshonra que se proyectaba incluso hasta los hijos, al nivel de que para los llamados hijos espurios o de dañado y punible ayuntamiento (art. 56 de la Ley 84 de 1873) la paternidad o maternidad solo se reconocía para efectos de definir las obligaciones de alimentos o simplemente no podían ser reconocidos, tal como estableció posteriormente el artículo 54 de la Ley 153 de 1887.

El artículo 52 de la Ley 84 de 1873 (hoy derogado) se encargaba de definir la clasificación y alcance de los hijos ilegítimos al contemplar lo siguiente:

Los hijos ilegítimos son naturales, o de dañado y punible ayuntamiento, o simplemente ilegítimos. Se llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o ambos, otorgado por escritura pública o en testamento. Se llaman de dañado y punible ayuntamiento los adulterinos y los incestuosos. Es adulterino el concebido en adulterio; esto es, entre dos personas de las cuales una, a lo menos, estaba casada al tiempo de la concepción con otra; salvo que dichas personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de ellas produzca efectos civiles. Es incestuoso para dichos efectos, el hijo habido entre dos personas que no pueden casarse por las relaciones de parentesco natural o civil, y por las cuales sería nulo el matrimonio.

Vale mencionar que esta clasificación relacionada con las denominaciones de hijo legítimo, ilegítimo y natural, era correlativa a los padres de estos hijos (art. 53).

El artículo 1045 reformado por el artículo 86 de la Ley 153 de 1887 establecía que:

Cuando en la sucesión intestada concurrían hijos legítimos y naturales, la herencia se dividía en cinco (5) partes, cuatro (4) para los legítimos y una (1) para todos los naturales” (Corte Constitucional, Sentencia C-047-94). Con la reforma introducida por la Ley 57 de 1887 (art. 28) se estableció que la herencia se dividiría por mitad, una para los hijos legítimos y otra para los hijos legítimos y naturales por partes iguales.

Más adelante con la entrada en vigencia de la Ley 45 de 1936, la clasificación de los hijos se redujo a legítimos y naturales (art. 1); y se mejoró la participación de los estos últimos en la sucesión de los padres, pues se aumentó a la mitad de la cuota que le correspondiere al hijo legítimo (art. 18).

Los hijos e hijas con el devenir de los años fueron adquiriendo derechos y obligaciones como individuos integrantes de una familia, tal es el caso de las presunciones de paternidad e investigación de la paternidad contempladas en la Ley 75 de 1968, e incluso previa a la Constitución de 1991 llegaron a tener igualdad de derechos herenciales, como lo previó la Ley 29 de 1982, época para la cual los hijos eran conocidos con la denominación de legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.

Como categóricamente lo anunció el legislador, los hijos corrían la suerte de sus padres; aunque resulta imperioso decir que, en materia de parejas formadas sin la solemnidad del matrimonio, bajo las denominaciones de concubinos, barraganes, entre otros, la situación de orfandad de protección legislativa, jurisprudencial o social fue mucho más deplorable.

Una evidencia de esta gigantesca sombra de desprotección puede consultarse en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de noviembre de 1935 (Gaceta Judicial No. 1987, página 476) citada en el fallo SC8225-2016 dictado por la misma Corporación, siendo magistrado ponente Luis Armando Tolosa Villabona, donde se expone que:

(...) para la época las uniones concubinarias eran reprobadas socialmente, al punto que se encontraban tipificadas como delitos. De ahí que la simple cohabitación, *per se*, no podía generar ninguna sociedad o comunidad de bienes, salvo que ésta, acorde con la misma jurisprudencia:

[(...) no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o es-

timular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general la ley ignora las relaciones sexuales fuera del matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa]

Solo hasta que el 31 de diciembre de 1990, mediante la Ley 54, ‘El legislador colombiano reconoció que el concubinato, también llamado unión libre, es un fenómeno social que se hizo común en las relaciones familiares en Colombia (...) lo situó en el derecho de familia’ (Bohórquez, 2019, p. 27).

En la Carta Política de 1991 el Constituyente, consciente de la diversificación de las uniones familiares reconocidas en el siglo XIX y de los avances normativos progresistas (para la época), que reconocían nuevos derechos y descategorizaban como ilegítimas las relaciones familiares que eran apenas naturales, en medio de un despertar de conciencia de la existencia de derechos humanos, posicionó a la familia como núcleo esencial de la sociedad (art. 42), en consonancia con el reconocimiento de la supremacía de los derechos inalienables de las personas (art. 5).

El artículo 42 de la Constitución Política de 1991 dispone que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia” (Subrayado fuera del texto)

Esta decisión del constituyente no puede pasar por alto, por cuanto si bien es cierto, la familia es el núcleo esencial de la sociedad y sus variaciones en la estructura encuentran pleno respaldo en el Pluralismo, uno de los Principios fundantes del Estado social de derecho colombiano, el fin último de esta institución milenaria y su razón de ser, es lograr el desarrollo del individuo y llevar su potencial al máximo esplendor.

La hermenéutica constitucional ha dado desarrollo a la voluntad del constituyente. La Sentencia C-105-1994, proferida por la Corte Constitucional puede considerarse como la fundadora (López, 2012, p. 163) de varias líneas en distintos escenarios jurisprudenciales que desarrollan el artículo 42 de la Constitución Política. En ella se sintetizan aspectos relevantes que fueron objeto de extensos desarrollos judiciales venideros; entre los que se pueden destacar:

- a) Que el constituyente quiso poner en pie de igualdad a las familias conformadas por vínculos naturales o jurídicos y la voluntad responsable de conformarla. Primacía de la libertad.
- b) Que, sin importar la fuente de conformación de la familia, el Estado y la sociedad garantizan su protección integral: ruptura de las formalidades.
- c) Que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia no se pueden violar, sea cual sea su origen.
- d) Que existe igualdad de derechos y obligaciones, aunque no exista identidad entre las diversas opciones de constituir una familia.

En la Sentencia C-107-17, la Corte Constitucional hace un desarrollo de la evolución del concepto de familia y menciona algunas de las tipologías que existen en el Estado colombiano, entre las cuales se reconoce a aquellas conformadas por matrimonio, unión marital, entre parejas heterosexuales o del mismo sexo, extensas, de crianza y unipersonal, siendo aplicable a algunas de ellas la categoría de biparentales o monoparentales.

La familia proveniente de matrimonio, como ya quedó explicado anteriormente, parecía ser la única que encontraba pleno respaldo en la legislación civil, igual ocurría con la familia extensa. Prueba de ello se encuentra en el artículo 254 de la Ley 84 de 1873, el cual regula el cuidado de los hijos por terceros y contempla que:

Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos.

La familia de crianza, aunque no se encontraba reconocida en la Ley, efectivamente existía entre las interacciones sociales materiales, en la medida en que terceros se encargaban de la crianza y educación de hijos no concebidos o adoptados. Como primera referencia a la familia de crianza se puede citar la Sentencia del 1 de abril de 1960 (Gaceta Judicial: Tomo XCII, n.º 2221-2227, pp. 701-715), la cual aborda una controversia laboral y una de las excepciones propuestas estuvo encaminada a demostrar la inexistencia del contrato de trabajo debido a que el actor era considerado como hijo de crianza del demandado, pues la abuela del niño en el año de 1933, a la edad de 12 años, lo dejó al cuidado de los esposos Carballo, para que lo tuvieran como hijo. La excepción propuesta no prosperó y la Corte Suprema de Justicia aprovechó para evidenciar que el derecho positivo colombiano, no reconoce como categoría jurídica la de “hijo de crianza”. Esto es coherente con la revisión que hace la antropología en donde se indica que muchos ejercicios de prohijamiento de hijos de crianza estaban ligados a razones laborales o de apoyo al trabajo.

Otra referencia importante que puede citarse y que ha quedado rezagada en los anaqueles de la historia, es el referido en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, compendiada en el mismo tomo XCII, No. 2221-2222, pp. 70-73, de la Gaceta Judicial. En ella se discutió el derecho al reembolso que un tercero tiene por los dineros invertidos en la crianza y educación de un hijo ajeno, que para el caso particular ascendían a la suma de \$36.700 pesos, por dieciocho años de crianza y educación. Es oportuno precisar que esta petición en parte tenía fundamentos, en el extinto artículo 268 del Código Civil, el cual disponía que “Si el hijo abandonado por sus padres hubiere sido alimentado y criado por otra persona, y quisieren sus padres sacarle del poder de ella, deberán pagarle los costos de su crianza y educación, tasados por el juez”. La decisión final accedió al reembolso de los gastos, los cuales debían liquidarse con base en el Código Judicial, aunque en este caso jamás estuvo sobre estrado la devolución de la hija abandonada.

Situación similar ocurría en el artículo 261 que autorizaba al tercero para hacer valer contra el padre las “suministraciones” que haya hecho al menor de edad ausente de la casa paterna; siempre y cuando se cumplieran unas condiciones particulares exigidas en la Norma.

Ahora bien, se puede pensar que existía una contradicción entre la postura de la Corte Suprema de Justicia del siglo XX y la legislación civil establecida en el Código de 1873 y en sus venideras reformas. Bajo un análisis jurídico posmoderno sin lugar a duda la conclusión es que sí existía una contradicción, pero no se puede perder de vista que era una época influenciada por la concepción católica de la familia, muy afín a la biparental proveniente del matrimonio. Lo que nos lleva a colegir que estas normas del Código Civil no protegían al individuo y sus relaciones emocionales surgidas en el interior de la familia de crianza, sino que pretendían evitar un empobrecimiento sin causa del tercero ajeno, frente a un correlativo enriquecimiento del padre llamado por Ley a asumir los gastos de crianza y educación de su hijo.

Ahora, devolviéndonos a la pregunta que dio inicio al presente desarrollo normativo y jurisprudencial, ¿es aceptable afirmar que existe un novedoso concepto de familia? de acuerdo con lo expresado, definitivamente en el nuevo modelo de Estado, acogido en nuestra Carta Política de 1991, hubo un cambio en la concepción de familia que reconoció la realidad social existente. Desde los años noventa, tanto la actividad legislativa como la judicial (valga aclarar, esta última con mayor intensidad), han reconocido realidades sociales excluidas de regulación y han honrado la promesa de igualdad contemplada en la Carta, mediante la ampliación de protección a situaciones análogas, y al otorgamiento de efectos jurídicos a relaciones existentes completamente ignoradas.

Es así como las uniones maritales se han consolidado en materia de alimentos (Corte Constitucional, C-1033-02), filiación (art 1, Ley 1060 de 2006) y régimen patrimonial; y lo propio ha ocurrido con las parejas homosexuales (Corte Constitucional, SU-214-16) quienes han encontrado un camino medianamente seguro para reivindicar su dignidad humana, la cual no pasaba de ser una aspiración onírica en una realidad de absoluta crueldad e intolerancia.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-107-17 ya citada, consolida una larga y estable línea jurisprudencial, y reitera que:

La familia es, ante todo, un fenómeno sociológico que se comprueba cuando dentro de un grupo de personas se acreditan lazos de solidaridad, amor, respeto mutuo y unidad de vida común, construida bien por la relación de pareja, la existencia de vínculos filiales o la decisión libre de conformar esa unidad familiar (Corte Constitucional, C-107-17).

Del fragmento citado se puede colegir que el parentesco ha salido de la ecuación como requisito *sine qua non* para la conformación de una familia, incluso en el mismo fallo se puede apreciar que tampoco es necesaria la pluralidad de sujetos para hacerse acreedor de garantías de protección a la familia, tal es el caso de la familia unipersonal.

Por otro lado, es preciso mencionar que el empoderamiento jurídico paulatino de los cambios surgidos en las relaciones familiares en Colombia obedece en gran manera al derecho convencional; en el preámbulo de la Declaración de los Derechos Humanos se establece que: "...La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". Por su parte el numeral 3 del artículo 16, determina que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Las recomendaciones de los comités que vigilan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en los años 1988, 1989 y 1990, coincidieron en que la forma y concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto de familia (Corte Constitucional, C-107-17).

Por su parte, el Comité 'guardián' de la Convención de los Derechos del Niño reconoce que:

'familia' se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades.

des tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño (...) que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños (Corte Constitucional, C-107-17).

El derecho empieza a reconocer que efectivamente la composición y como consecuencia de ello, el concepto tradicional de familia basado en vínculos de parentesco no es suficiente. Las relaciones materiales desbordan el significado y acepción jurídica que había prevalecido, la familia no puede ser encasillada en un concepto o en una forma única y uniforme, pues tal pretensión es antagonista del Principio de Pluralismo y con la realidad existente.

Todo cambio de suyo conlleva retos y desafíos y en el caso del presente estudio se evidencia que principalmente son para el legislador y el juez natural y constitucional. Para explicar mejor dicha afirmación se abordará en este punto el estudio de la familia de crianza y su desarrollo jurisprudencial en Colombia.

Se puede iniciar afirmando que la sentencia fundadora de la línea jurisprudencial que inició el desarrollo de la familia de crianza es la T-495 de 1997. En esta providencia se inició el análisis de protección constitucional a la familia de hecho y se dijo que las relaciones surgidas al interior de esta eran similares a las originadas en la adopción o en aquellas provenientes “De vínculos de consanguinidad, en la que la solidaridad afianzó los lazos de afecto, respeto y asistencia entre los tres miembros”. Brevemente, este es el caso de una pareja de esposos que acogió en su seno a un niño de 8 años de edad, lo criaron y lo educaron. El joven se fue a prestar el servicio militar y murió en el intento. Los padres solicitaron al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de una indemnización por la muerte de su hijo, la cual fue negada porque los padres de crianza no estaban enumerados en el orden preferencial de beneficiarios. La Corte señaló que esta situación fáctica merece protección y ordenó tutelar los derechos de la familia, entre otros el de igualdad.

En la Sentencia T-049 de 1999, el Alto Tribunal Constitucional expuso que:

El concepto de familia no incluye tan sólo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía, incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad cuando faltan todos o algunos de aquéllos integrantes, o cuando, por diversos problemas –entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos–, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico.

Es importante resaltar que una de las causas más frecuentes para el reagrupamiento de las familias es la separación del hogar de origen por distintas razones por los conflictos y separación entre la pareja constituida por los padres, como causas internas a la familia, pero a estas causas se suman causas externas, como el conflicto interno que ha vivido el país y que ha dejado en la orfandad a muchos niños y niñas y hasta a los desastres naturales (Buitrago, 2014). Como se explicó, existe evidencia de que por lo menos desde el siglo XII las familias de crianza, eran una realidad, aunque no trascendió su reconocimiento jurídico, ni tampoco existen referentes de que hayan ocupado una posición dominante en la sociedad. Se asumían como secretos de familia.

Hoy día, distintas razones han llevado a que las familias se reconfiguren y como es apenas natural, los padres buscan iniciar una nueva vida al lado de quienes consideran idóneos para tejer nuevos lazos familiares, por eso hablamos de familias recompuestas. Los avances jurisprudenciales en esta materia no son de poca monta, como se expuso en líneas anteriores, la jurisprudencia sobre la familia de crianza ha sido constante (salvo en la Sentencia C-085-2019), en especial cuando se ha abordado el estudio de los derechos de los hijos menores de edad. Algunos de los temas más relevantes son los siguientes:

- **Subsidio familiar:** En el artículo 27 de la Ley 29 de 1982 se establecía que los hijos legítimos, los naturales, los adoptivos y los hijastros tenían derecho al subsidio familiar, y en la Sentencia T-586-99 se relata cómo, de acuerdo con la doctrina de la Superintendencia de Subsidio Familiar, se consideraban hijastros, aquellos que eran aportados por uno de los cónyuges, es decir, se exigía que los padres hubiesen contraído matrimonio, dejando por fuera cualquier otro tipo de unión. La Corte expuso que esta doctrina debía ser inaplicada porque es improcedente discriminar a un hijo por el origen familiar, pues no puede reducirse el concepto de hijastro solo cuando medie matrimonio entre el padre o madre biológico y la o el cónyuge de este (Corte Constitucional, T-586-99).
- **Régimen excepcional en salud de Ecopetrol:** En la Sentencia T-354-16 se solicita la extensión de un beneficio contenido en la convención colectiva de trabajo, a una madre de crianza. La empresa negó inicialmente la solicitud, pues la regulación confería el beneficio solo a los padres biológicos o adoptivos. La Sala de Revisión concluyó que no existe justificación alguna para “Que un trabajador, que tiene la misma relación que tendría un hijo con su madre biológica o adoptiva, le nieguen la inscripción de ella en dicha calidad, bajo el argumento de no existir un vínculo jurídico o de consanguinidad”, pues en esta relación se evidencian “Lazos de fraternidad, respeto, afecto y convivencia” (Corte Constitucional, T-354-16).
- **Sobre la sustitución pensión,** en la Sentencia T-525-16 se relata cómo dos nietos son verdaderos hijos de crianza y se ordena a Colpensiones otorgar la pensión advirtiéndole la Corte que:

La figura de la pensión de sobrevivientes, o la sustitución pensional de ser el caso puede llegar a proceder en favor de los hijos de crianza en condiciones de igualdad a los hijos de las otras formas y tipologías de familia, siempre y cuando se den las condiciones para tal sustitución,

así como algunos presupuestos que permitan entrever la existencia de una familia de crianza (Corte Constitucional, T-525-16, p. 63).

Hasta aquí se destaca un avance, lento pero significativo. En lo que sigue se expondrán los retos frente a la protección de las familias de crianza.

Retos y desafíos pendientes para la protección de los derechos de las familias de crianza

Ahora bien, el desafío que se quiere abordar en este apartado es el reconocimiento del derecho de alimentos a los hijos de crianza. El derecho de alimentos y su contenido se encuentra regulado en lo sustancial por el numeral 1 del artículo 25 de la Declaración de los Derechos Humanos, el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 411 a 427 del Código Civil, y el artículo 24 de la Ley 1098 de 2006. Esta prerrogativa del individuo se fundamenta en el “Principio de Solidaridad Social (Arts. 1º y 95, Num. 2) en el interior de la familia, por ser esta la institución básica de la sociedad (art. 5º) *o el núcleo fundamental de la misma* (art. 42)” (Corte Constitucional, C-994-04).

El derecho de alimentos atiende a un llamado del Principio Constitucional de Solidaridad para que todo ser humano sea respetado en su dignidad, la cual empieza por la garantía del mínimo vital, en el alcance descrito en el artículo 25 de la Declaración de los Derechos Humanos, el cual corresponde a:

Un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

De acuerdo con el precedente de la Corte Constitucional, en Sentencia C-919-01:

El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para re-

clamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de quien, por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos.

Como se ha advertido, los hijos de crianza, de ordinario de padres solteros o separados, llegan expectantes al inicio de la nueva relación amorosa del progenitor con quien conviven. Con el paso del tiempo y en medio de la convivencia familiar empiezan a surgir lazos de amor, solidaridad y respeto, entre ese nuevo integrante de la familia y los que ya venían de una relación anterior, quien se da a la tarea de criar un hijo o hija ajeno.

Los sentimientos surgidos entre padres e hijos de crianza no son diferentes a los que surgen entre padres e hijos biológicos, adoptivos o aquellos procreados de manera científica con material genético heterólogo, por esta razón el Estado debe honrar su promesa de trato igualdad ante la Ley, no solo en materia de alimentos, sino en todas las dimensiones donde el ser humano pueda exigir sus derechos.

Tal como se ha expuesto en las reseñas jurisprudenciales citadas, aunque existen avances importantes para alcanzar la igualdad de los hijos de crianza en materia de seguridad social, como es el caso de la extensión de subsidios, planes complementarios de educación y salud, otorgamiento de la pensión de sobreviviente o sustitución pensional; no ha ocurrido lo propio en materia de alimentos.

En la Sentencia STC6009 de 2018, una hija de crianza pretende que se declare tal calidad entre ella y su padre fallecido. El juez rechazó el libelo bajo el argumento que no existe en la Ley la figura de padres de crianza, ni tampoco hay un procedimiento para tramitar tal petición. En segunda instancia la Corte Suprema de Justicia expuso que el juez debe establecer cuál es el curso que debe dársele al proceso y la solución que procede, pues el límite de su actuación se “Circunscribe a no variar la causa petendi, no así el derecho aplicable al caso, pues las partes no están obligadas a probar el derecho, salvo que se trate de normatividad

extranjera o derecho consuetudinario (CSJ STC6507-2017, 11 may., rad. 2017-00682-01)”.

En este caso el juez constitucional consideró vulnerados los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, revocó la providencia impugnada y ordenó adoptar las medidas pertinentes para dar trámite a la demanda formulada. Valga precisar que el juez no dispuso expedir una sentencia favorable a las pretensiones, sino encausar el proceso conforme lo dispone el artículo 12 del Código General del Proceso.

No obstante, los avances citados, la Corte Constitucional en Sentencia C-085-19 llamó la atención sobre los alcances del desarrollo de la concepción de la familia de crianza. El actor pretendía que se declarara la inexequibilidad del artículo 1045 del Código Civil, el cual dispone que: “Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal”, fundamentando para el efecto que el legislador incurrió en una omisión al no incluir en el primer orden hereditario a los hijos de crianza, “Cuyo vínculo filial se desprende del amor, respeto y la solidaridad que tienen para con sus padres”.

La Corte señaló en esta Sentencia que

Los hijos de crianza son una categoría de sujetos que ha sido creada por la jurisprudencia constitucional dentro del concepto de *familia de crianza*, que bajo circunstancias muy particulares surge a partir de vínculos de afecto, solidaridad y respeto entre personas que no tienen un vínculo de parentesco civil o consanguíneo. Aunque dicha relación ha sido protegida por la Corte Constitucional en casos excepcionales, dando alcance a los principios de interés superior del niño, prohibición de discriminación por el origen familiar, el principio de solidaridad y corresponsabilidad de las familias extensas quienes, tomando el lugar de los padres, asumen el cuidado de los niños, en opinión de la Sala Plena, no son una categoría de sujetos comparable con aquellos incluidos en la norma demandada (Corte Constitucional, C-085-19).

Expone además que el legislador no previó la crianza como fuente de filiación y que hijos y padres “Carecen de mecanismos legales que accredi-

ten su condición jurídica en calidad de padres e hijos”, pues el mecanismo para acreditar estas relaciones cuando no existe vínculo de parentesco es la adopción. De tal suerte que el actor solicita la subsanación de una omisión legislativa absoluta, ante la cual la Corte Constitucional no tiene competencia. Finalmente, la Corte se declara inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo, tal como ocurrió en la Sentencia C-359-17.

Expuesto como se encuentra el desarrollo jurisprudencial de la figura, se puede considerar que los argumentos esbozados en la Sentencia C-085-19 no se ajustan por completo a la realidad.

La primera de ellas es la STC16969-2017, en ella se relata el caso de un hombre que reconoció a la hija de su pareja a sabiendas que no era su verdadero padre. Cuando su hija era una adolescente decide impugnar el reconocimiento por el rompimiento de la relación con la progenitora de la niña, a través de un proceso judicial en el cual fue vinculado el padre biológico de la niña a quien se le practicó la prueba de ADN, con un resulta de 99,999% de probabilidad de paternidad. La Corte en este caso ordena tutelar los derechos del padre que reconoció a la niña a sabiendas de que no era su hija, con base en el hecho que se pudo establecer en el mismo proceso la verdadera filiación. Sin embargo, ordenó la reparación del daño causado por: “La ruptura de los lazos afectivos creados durante años de convivencia familiar truncados súbitamente no más que por el cambio de parecer del ascendiente que, a modo de retracto, decide no sólo romper el vínculo afectivo que voluntariamente auspició” (STC16969-2017).

En caso de reconocimiento voluntario de hijos a sabiendas que son ajenos, no es posible impugnar el reconocimiento a voluntad, salvo que efectivamente se acumule en el proceso la acción de investigación de la paternidad y se encuentre el padre biológico; porque, aunque la filiación real es un derecho fundamental de las personas, prevalece en este caso el interés superior del niño, niña o adolescente.

De todas maneras, si se cumple la condición procesal mencionada, el padre o la madre que se retracte del reconocimiento deben indemnizar al hijo y a la expareja, por todos los daños causados con tal conducta.

Otro caso que puede citarse para sustentar la filiación por fuera de los vínculos consanguíneos o adoptivos se encuentra en la Sentencia STC1976-2019, en donde se relata el caso de un hombre que reconoce a una niña como su hija, sin serlo, y dieciséis (16) años después aparece el padre biológico para impugnar el reconocimiento voluntario, acumulado a la investigación de la paternidad. La juez de familia que conoció del caso ordenó la práctica de la prueba de ADN, ante lo cual la adolescente asumió una actitud de desobediencia absoluta, fundamentada en el hecho de que el único papá que reconoce es al hombre que la vio crecer y estuvo con ella en cada momento de su vida y que tal petición le causaba gran sufrimiento y angustia derivada de una ruptura inminente de los vínculos filiales con su padre.

La Corte Suprema de Justicia tuteló los derechos de la adolescente a “Tener una familia y no ser separado de ella, a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación, a la intimidad, a la libertad de expresión y a que su opinión sea tenida en cuenta en los asuntos que son de su interés” (STC1976-2019) y ordenó a la jueza que dispusiese del archivo inmediato del proceso de investigación de la paternidad.

Queda sentado pues, con estos dos casos citados que en Colombia el derecho ha reconocido que la filiación no solo encuentra su fuente en la procreación, la reproducción asistida o la adopción, sino también en la decisión libre y voluntaria de un hombre o una mujer de reconocer como suyo al hijo de un extraño, esto en concordancia con el elemento volitivo reconocido en el artículo 42 de la Constitución.

Continuando con la exposición de los motivos de disconformidad con la Sentencia C-085-19, se tiene que, aunque explícitamente la Ley no contempla la figura de los hijos de crianza, sí establece que todos los hijos

son iguales ante la Ley. Es decir, la categoría de hijo no solo la encontramos en la Ley, sino que, además su rango de protección es constitucional.

La misma Corte Constitucional se ha encargado de darle contenido al concepto de familia de crianza, la cual es aplicable a cada una de las categorías que se derivan de ella, como son: hijos de crianza, padres de crianza, hermanos de crianza, entre otros. Veamos cuáles son esas características definidas:

1. Reemplazo de la figura paterna o materna: Sustitución de los vínculos consanguíneos o civiles por relaciones de facto (T-525-16).
2. Vínculos de afecto, respeto, comprensión, solidaridad y protección (T-495-97, T-049-99, T-525-16).
3. Reconocimiento de la relación padre y/o madre e hijo por los miembros de la familia, el cual debe ser evidente a la mirada de personas ajenas al hogar (T-049-99, T-525-16).
4. Existencia de un tiempo plausible de convivencia que facilite el florecimiento de lazos familiares, el cual debe ser evaluado en cada caso concreto (T-525-16).

Es decir, la familia de crianza progresivamente ha logrado una categorización que la delimita y la diferencia de otros tipos de familia, es decir, no es posible que exista confusión acerca de sus características particulares, dado el nutrido estudio jurisprudencial tanto en la Corte Constitucional, como en la Corte Suprema de Justicia.

Detener el avance que se ha logrado basado en los argumentos señalados por la Corte Constitucional en las sentencias C-359-17 y C-085-19, es condenar a cada uno de sus miembros, que son individuos cuya supremacía de derechos está garantizada en nuestra Carta Política, a una sistemática e inagotable discriminación y sombra de desprotección, precisamente porque es en el interior de la familia, donde el ser humano debe alcanzar su máximo esplendor.

Frente a este aspecto el reto radica en hacer una interpretación sistemática y respetuosa de los precedentes sobre la materia, precedentes que la misma Corte Constitucional ha configurado.

A modo de conclusión: desafíos del derecho de familia frente a la garantía de los hijos, hijas y padres y madres de crianza

Progresivamente el derecho positivo ha reconocido que la familia no se limita a la conformada por vínculos biológicos o jurídicos, y ha abierto paso al reconocimiento de la existencia de variedad de formas de constitución de relaciones filiales, entre las que se encuentran aquellas integradas por una pareja a través del contrato de matrimonio o de la decisión libre de conformarla mediante unión marital de hecho y que frente a los hijos, estos integran la familia mediante la adopción, la procreación o la crianza, e incluso se habla de familias unipersonales y con variación en su forma de composición.

Este reconocimiento es producto de la comprensión de que los lazos de parentesco no vienen dados exclusivamente por los lazos biológicos o naturales “sino que son creados por actos deliberados de alimentación, afecto y cuidado. La acción de compartir afectos, memorias y cuidado se pone en el centro del parentesco” (Bestard, 2009, p. 87, citado por Tarduchi, 2013, p. 136).

La jurisprudencia ha permitido que las familias de crianza pasaran de ser una realidad material o de hecho, a ser reconocidas como familias de crianza con ciertos derechos, otorgando en algunos casos igual protección constitucional que la otorgada a otras modalidades de la familia, al constatar la existencia de requisitos materiales, como lo son: la solidaridad, el respeto, el amor y el auxilio mutuo entre sus miembros.

Sin embargo, pese a los progresos sociales y jurídicos en materia de reconocimiento al núcleo familiar sin atender su origen familiar, al parentesco biológico o legal, y que ha permitido configurar derechos para

las familias de crianza entre los que se cuenta el acceso a los beneficios de subsidio familiar, la indemnización de perjuicios y el acceso a la sustitución pensional, no se ha logrado configurar la garantía para el derecho a la prestación por alimentos, derecho mínimo para asegurar el desarrollo de toda persona en la etapa de mayor vulnerabilidad y de mayor exigencia frente a la protección constitucional y convencional como es la infancia y la adolescencia.

El Código Civil en el artículo 411 fija de forma taxativa los sujetos beneficiarios y obligados a suministrar alimentos, en su mayoría siguiendo el criterio de parentesco, a partir de la existencia de relaciones de pareja –matrimonio o uniones maritales de hecho– o por la obligación de solidaridad con el donante cualificado.

Pese a que la jurisprudencia de la Corte Constitucional abrió paso desde 1997 a la protección amplia de la familia y pese a la consolidación de líneas jurisprudenciales que han reinterpretado el concepto de familia, para una mayor protección de derechos, tutelando los derechos a la familia, a la igualdad, a la protección de la tercera edad, a la vida y a la salud de unos padres de hecho, no se han fijado reglas sobre el derecho de proveer alimentos.

La Corte tampoco se ha pronunciado de fondo sobre los derechos en materia de sucesión en el interior de la familia de crianza, pues al igual que en materia de alimentos, impera el criterio de parentesco.

Esta realidad deja a niños, niñas y adolescentes y a adultos mayores en situación de desprotección, aumentando con ello su reconocido estado de indefensión, queda en el ambiente la sensación de que estos derechos no se han garantizado por su impacto económico, lo que sería una discusión que vale la pena dar desde otro enfoque.

Ahora, esta consecuencia no es responsabilidad exclusiva del juez, la ausencia de regulación por parte del legislador a supuestos de hecho donde la realidad desborda las reglas existentes propicia esta desprotección. Es necesario que la realidad impacte el derecho, el legislador ha desaten-

dido elementos sociales que justifican un tratamiento más garantista a las distintas formas de familia que se identifican en las prácticas sociales.

Es preciso cerrar este capítulo anunciando una gran expectativa por la reforma al Código Civil, la cual se encuentra en una etapa muy temprana aún. En esta primera versión se ha contemplado a la familia de crianza bajo unas connotaciones un poco imprecisas que se dejan al lector para que se puedan elaborar propias elucubraciones

Artículo 1823. Pueden darse relaciones de crianza de convivencia y dependencia de alcance familiar y económico, que producirán los efectos jurídicos que indique la ley. Las relaciones de familiar de crianza se derivan cuando se asume la condición de crianza de padre, hijo, hermano y sobrino; y de convivencia como suegro, cuñado u otros afines; y económicos cuando se apoya a personas que se incorporan o asimilan a miembros de la comunidad doméstica. Tendrá el carácter de hijo matrimonial o extramatrimonial el hijo de crianza reconocido por sus padres conforme a este Código. Esta filiación no extingue el parentesco de consanguineidad conocido, pero prevalecerá sobre éste en sus efectos personales. En su defecto podrá acudir a la investigación del estado civil fundada en la posesión notoria conforme el artículo 75 y demás concordantes (Primera versión de la reforma al Código Civil).

Mientras esto ocurre, queda el reto en cabeza de jueces y juezas de incorporar una protección garantista a las familias de crianza, de reconocer el principio de solidaridad que orienta todas las relaciones sociales en el Estado colombiano y que existe una obligación constitucional y convencional de garantizar la igualdad y eliminar la discriminación. No se debe perder de vista que las decisiones judiciales tienen un alto potencial transformador y que está en manos de la administración de justicia asegurar un orden justo para todos y todas, sin importar el origen familiar;

cumpliendo con ello el mandato del constituyente y dando relevancia a la realidad del contexto.

Referencias

- Acosta, L., y Araujo, L.M. (2012). El hijo de crianza en Colombia: ¿Mito o Realidad? En *Revista Temas Socio – Jurídicos*, 30(62). <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/1755>
- Bohórquez, A. (2019). *Unión marital de hecho y sociedad patrimonial: una línea jurisprudencial inconclusa*. Doctrina y Ley.
- Buitrago, A. (2014, ene-jun). Madres de crianza, levantando vida en el norte del Tolima. Un estudio etnográfico sobre las prácticas de crianza y adopción. En *Revista Mauaré*, 28(1), 211-248.
- Duarte, C. (2015). Hijos de crianza y casos trágicos. Análisis de los casos serena y verónica. En *Revista Temas Socio-jurídicos*, 34(69). <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/2352>
- Hernández, M., Crespo, M., y Pérez, S. (2005). ¿Familia o familias? Estructura familiar en la sociedad actual. Ediciones Sekotia.
- Gutiérrez, V. (2005). Modalidades familiares de fin de siglo. *Huellas escritas*, 286-299. Universidad Nacional.
- Gutiérrez, F. (2019). El concepto de familia en Colombia: una reflexión basada en los aportes de la antropóloga Virginia Gutiérrez sobre la familia colombiana en el marco de la doctrina constitucional. *Temas Socio-Jurídicos*, 38(76), 130-154. <https://doi.org/10.29375/01208578.3589>
- Jaramillo, I. (2013). Derecho y familia en Colombia. Historias de raza, género y propiedad (1540-1980). Universidad de los Andes.
- Jaramillo, J., Bernal, T., Mendoza, L., Pérez, M., y Suárez, A. (2010, Julio-diciembre). Significados de familia en el marco de la globalización. *HALLAZGOS - Revista de Investigaciones*. Universidad Santo Tomás. Año 7 - No. 14, pp. 59-79. ISSN: 1794-3841.
- Lamus, D., y Useche, X. (2002). *Maternidad y paternidad: tradición y cambio en Bucaramanga*. Editorial Unab.
- López, D. (2012). *El derecho de los jueces*. Legis.
- Páez-Martínez, R. M. (2017). Tendencias de investigaciones sobre la familia en Colombia. Una perspectiva educativa. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 15(2), 823-837. DOI:10.11600/1692715x.1520331052016.

- Tarducci, M. (2013). Adopción y parentesco desde la antropología feminista. En *La ventana*, núm. 37. <http://www.scielo.org.mx/pdf/laven/v4n37/v4n37a6.pdf>
- Tobón, L. (2015, enero - junio). Interpretación crítica de las instituciones de regulación de las relaciones filioparentales: Patria potestad y autoridad parental. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(122), 153-173. UPB. ISSN: 0120-3886.

Referencias normativas

- Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Convención de los Derechos del Niño.
- Constitución Política de 1886
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de 1991.
- Congreso de la República, Ley 84 de 1873.
- Congreso de la República, Ley 57 de 1887.
- Congreso de la República, Ley 153 de 1887.
- Congreso de la República, Ley 45 de 1936.
- Congreso de la República, Ley 75 de 1968.
- Congreso de la República, Ley 29 de 1982.
- Congreso de la República, Ley 54 de 1990.
- Congreso de la República, Ley 1060 de 2006.
- Congreso de la República, Código General del Proceso.
- Corte Constitucional, Sentencia C-047-94.
- Corte Constitucional, Sentencia C-105-1994.
- Corte Constitucional, Sentencia T-495 de 1997.
- Corte Constitucional, Sentencia T-049 de 1999.
- Corte Constitucional, Sentencia T-586-99.
- Corte Constitucional, Sentencia C-919-01.

Corte Constitucional, Sentencia C-1033-02.

Corte Constitucional, Sentencia SU-214-16.

Corte Constitucional, Sentencia T-354-16.

Corte Constitucional, Sentencia T-525-16.

Corte Constitucional, Sentencia C-107-17.

Corte Constitucional, Sentencia C-359-17.

Corte Constitucional, Sentencia C-085-19.

Corte Suprema de Justicia SC 1 de abril de 1960 Gaceta Judicial: Tomo XCII, n.º 2221-2227.

Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial Tomo XCII, No. 2221-2222.

Corte Suprema de Justicia STC6009 de 2018.

Corte Suprema de Justicia SC8225-2016.

Corte Suprema de Justicia, STC16969-2017.

Corte Suprema de Justicia CSJ STC6507-2017.

Corte Suprema de Justicia STC1976-2019.

3. Responsabilidad contractual por el hecho de un tercero en los contratos de telefonía móvil

Juan Pablo Leal Rico, 

*Facultad de Derecho, grupo de Investigación Estado, Derecho y Políticas Públicas,
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: juan.moncada@ustabuca.edu.co, ORCID:*

Ana Yasmín Torres Torres, 

*Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: ana.torres@ustabuca.edu.co; ORCID:*

Juan Pablo Moncada Flórez, 

*Facultad de Derecho, grupo de Investigación Estado, Derecho y Políticas Públicas,
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: juan.moncada@ustabuca.edu.co ORCID:*

Introducción

El derecho privado contemporáneo ha venido evolucionando de una manera ágil en las últimas dos décadas, impulsado por los fenómenos mundiales que están transformando el siglo XXI, entre ellos la tecnología, la industria, las nuevas y modernas formas de comunicación, entre otros.

Por esta razón hemos considerado importante revisar un sector en específico de dicha modernización y, en este, revisar si las reglas de responsabilidad contenidas en el derecho privado continental son aplicables, especialmente en una de las fuentes del derecho más utilizadas por los sujetos negociales y a su vez una de las más cambiantes: la ley.

En ese sentido, indagaremos sobre el comportamiento de una figura jurídica interesante denominada: “responsabilidad por el hecho de un

tercero”, efecto jurídico que se encuentra regulado en el Código Civil en algunas normas imperativas, sin embargo, su aplicación es poco eficiente.

Así las cosas, analizaremos una relación jurídica basada en un contrato de distribución de telefonía móvil y mediante un caso hipotético, revisaremos la figura de la responsabilidad civil por el hecho de un tercero.

Entendemos que el derecho es el último eslabón que trasciende en el camino evolutivo y de modernización en una sociedad, sin embargo, queremos entender cómo funciona la responsabilidad por el hecho de un tercero, cuando las relaciones contractuales actuales son tan volátiles e imprevisibles y el carácter transformador y regulador del derecho en los contratos de distribución ha sido tratado especialmente la jurisprudencia.

El estudio del derecho privado se caracteriza por ser especialmente progresivo y cambiante, la irradiación de sus instituciones en la vida de las personas se evidencia desde el hecho mismo de la concepción, el nacimiento, pasando por el desarrollo y se extiende incluso, más allá de la muerte.

Según el doctor Tulio Ascarelli:

Los problemas que se plantean en el derecho moderno son en realidad los que surgen de una producción industrial en masa, la codificación napoleónica y la pandentística se refieren a una sociedad artesana y mercantil, a la sociedad que encontramos descrita en las novelas de Balzac y Stendhall y que ignoraba la electricidad, los automóviles, las máquinas de escribir y los mismos ferrocarriles cuyas redes solo se difunden a mediados del siglo XIX (1970, p. 16).

Siguiendo esta afirmación, podríamos decir entonces que los problemas del derecho contemporáneo, son los que surgen del uso de las nuevas tecnologías de la información en una sociedad interconectada a través de sistemas de información electrónica y de telefonía móvil que basan su éxito en el intercambio de información y la comunicación en tiempo real.

Sin embargo, tanto en la sociedad de producción industrial, como la actual sociedad de la información, el núcleo negocial y los conceptos estructurales buscan reposo en la era napoleónica y de la codificación del derecho, pues se mantenía una misma rectoría: *el crecimiento económico y la seguridad jurídica*.

En este escenario, es importante entender que el derecho privado aporta las herramientas jurídicas necesarias para dotar de seguridad y fundamentación los efectos que surgen de los actos de las personas, dentro de los cuales se destaca, la declaración de voluntad, encaminada a crear, modificar o extinguir obligaciones (Hattenhaur, 1987, p. 66).

Las personas naturales y jurídicas están destinadas en todo momento a exteriorizar sus atributos, mediante actos que representen inequívocamente su capacidad negocial en el pleno ejercicio de sus derechos y con cargo a proteger sus intereses sociales, patrimoniales y familiares (Ley 57, 1887).

Uno de los instrumentos jurídicos más idóneos que permiten exteriorizar la capacidad negocial y evidencian la declaración de voluntad cargada de intereses patrimoniales: es el contrato, herramienta, por demás, adecuada y vigente en el entendido que convierte la declaración de voluntad en acuerdo de voluntades y determina simultáneamente la posibilidad de plantearse un propósito negocial que se materializa mediante el ejercicio de las obligaciones recíprocas³.

En su contenido, el contrato refugia las cláusulas más importantes que las partes pueden pactar para facilitar el propósito planteado en el objeto y entre ellas se destacan las cláusulas accidentales o elementos accidentales⁴ y en ellas se expresa de manera consensual, los pactos de uso frecuente

3. Artículo 1495: Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas. Congreso de la República de Colombia, Ley 57 de 1887, artículo 1495.

4. Artículo 1501: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato

como el plazo, la condición, la cláusula penal, la cláusula compromisoria e incluso pactos especiales como la posible exoneración de responsabilidad⁵ contractual o el traslado de riesgo⁶ a favor de un extremo negocial.

En el derecho privado contemporáneo existen negocios jurídicos de notoria y permanente celebración, como es el caso de los contratos de servicio en telefonía móvil, los cuales se caracterizan por tener como propósito la comunicación móvil entre personas bajo la administración de una persona jurídica que se encarga de la operación y la eficiencia de dicha comunicación; con el paso del tiempo se evidencia que la codificación permitió positivizar los diferentes elementos de validez que se requerían para la existencia del negocio jurídico de telefonía móvil y extendió los efectos de su comportamiento a los criterios legales reglamentados por el legislador, estandarizando especialmente los criterios de contenido⁷.

Adicionalmente se ha profundizado en el régimen de responsabilidad civil que se aplica a este tipo de negocios jurídicos, predicando la idea contractualista del Código Civil contemplada en los artículos 63 y 1604

aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

5. En síntesis, entonces, las cláusulas de exoneración de responsabilidad no se hallan proscritas de nuestro derecho de manera absoluta. En los contratos es posible pactar la ausencia de responsabilidad para una de las partes o para ambas, siempre que el pacto no se halle expresamente prohibido o excluido por norma de orden público, pero nunca puede incluirse en ese tipo de pactos la exoneración por actos de mala fe, culpa grave o dolo, pues en tales eventos como cuando el pacto atenta contra una norma imperativa o de orden público la cláusula será considerada abusiva y recibirá del derecho la sanción de la nulidad absoluta por objeto ilícito que puede el juez declarar oficiosamente para inaplicar la estipulación (Bohórquez, p. 130).
6. El pacto de traslado de riesgos implica que quien los asume será la persona encargada de cubrirlos y de ser pagados por otra parte se compromete a rembolsarlos. Tales riesgos pueden afectar a las partes o a terceros y de toda suerte, quien finalmente corre con ellos es el contratante que los ha asumido (Bohórquez, p. 128).
7. Es la regulación concreta de intereses, la cual puede presentarse en cláusulas, palabras, párrafos, textos, artículos disposiciones, que cuando se hallan vertidos en un documento, se suelen ordenar a semejanza de lo que estila con las leyes (Bohórquez p. 64).

en los que se establece el grado de culpa en el que incurre un sujeto negocial en relación con el beneficio que reporta.

Sin embargo, el derecho privado no ha dado muestras claras de regulación frente al régimen de responsabilidad que puede emerger en una relación negocial, principalmente si se presentan fenómenos especiales como la exoneración mediante cláusulas accidentales de responsabilidad o la inclusión de responsabilidad sobre un tercero ajeno a la relación negocial primigenia.

En ese sentido, se hace necesario establecer algunos parámetros jurídicos que permitan identificar las cláusulas exonerativas de responsabilidad y de traslado de riesgo en el contrato de telefonía móvil cuando el afectado puede ser un tercero ajeno a la relación negocial, y para ello es necesario precisar la naturaleza jurídica del contrato de telefonía móvil, el tipo de responsabilidad civil que se vincula y las consecuencias que le acarrean a un tercero ajeno a la negociación, veamos:

De la naturaleza jurídica del contrato de telefonía móvil

Para desarrollar el concepto de los contratos de distribución se debe establecer primero el objeto principal, distribuir, que significa: “Dividir una cosa entre varios, designando lo que a cada uno corresponde, según voluntad conveniencia, regla o derecho; dar a cada cosa su oportuna colocación o el destino conveniente” (RAE, 1982).

Así mismo, en el lenguaje jurídico más común, los contratos de distribución son un tipo de negocio jurídico que tiene por objeto comercializar bienes y servicios en el ámbito del derecho del mercado y que procura la satisfacción de los intereses de las personas naturales o jurídicas.

En ese sentido, la distribución puede considerarse un acto mercantil en el que intervienen varias personas con el ánimo de comercializar eficientemente bienes y servicios, procurando una dinámica global en que conlleva inmediatez en la satisfacción de necesidades.

El derecho mercantil, es por esencia un fenómeno económico en el que se resalta el tráfico comercial de bienes con destino al consumidor final, el cual debe ser equilibrado mediante el uso de negocios jurídicos como el contrato, el doctor Jaime Arrubla Paucar se expresa de la siguiente manera:

Esos instrumentos van desde la simple utilización de un mandatario, es decir, una persona que por encargo de un mandante va a realizar un negocio jurídico consistente en vender sus productos o servicios o colocarlos ante un tercero, esa persona es un simple gestor de ese interés ajeno que puede tener o no su representación (Arrubla, 2013).

Por otro lado, el tratadista Juan Farina se refiere al contrato de distribución de la siguiente manera:

Se habla de distribución en un sentido genérico comprensivo de las diversas maneras de establecer canales de comercialización por terceros empresarios independientes y también en un sentido estricto para referirse a aun medio determinado un instrumento contractual que cumple unas funciones propias (Farina, 1994, p. 386)

Revisemos algunas definiciones adicionales que nos ofrece la doctrina en términos generales:

- Contrato de distribución: Es aquel en el que una de las partes, llamada distribuidor, se obliga a adquirir de la otra, denominada empresa o empresario, los productos que éste fabrica o comercializa, revendiéndolos en el mercado por cuenta y riesgo propios, a cambio de un beneficio o margen de venta (Hocsman, 2007, p. 87).
- Contrato de distribución: Zavala Rodríguez, el contrato de distribución puede ser definido en sentido amplio como una forma de actuación de la empresa, para lograr que la producción en masa llegue con más facilidad a distintos lugares y clientes (Hocsman, 2007, p. 87, como se citó en Zavala, 1976, p. 721).
- Contrato de distribución: El contrato de distribución de bienes y servicios como aquel acuerdo de voluntades en virtud del cual una parte, llamada distribuidor (que puede ser un mero distribuidor no agente, o bien un agente, o vendedor mayorista) se obliga para con otra, llamada proveedor (que puede ser el fabricante, productor o explotador) a comprar grandes cantidades de productos u obtener la disponibilidad

de servicios, a un precio o remuneración especial (entre otros, inferior al precio ordinariamente dado al público de manera individual), a fin de colocarlos en mercado, generalmente en los establecimientos de venta minoritaria al público (Lafont, 2001, p. 528).

- Contrato de distribución: El contrato de distribución es un contrato de compraventa de mercaderías con cláusulas de exclusividad o exclusiva, estipulada principalmente a favor del vendedor (Favier, 2003, p. 648).
- Contrato de distribución: El contrato de distribución se ha definido como aquel en que el empresario comercial actúa profesionalmente por su propia cuenta, intermediario en tiempo más o menos extenso y negocio determinado, en una actividad económica que indirectamente relaciona al productor de bienes y servicios con el consumidor (Favier, 2003, p. 648, citado en Jater, Fuad C/General Electric SA. 7/11/88).
- Contrato de distribución: Contrato consensual que otorga el derecho de vender en un sector determinado, por el que se recibe una remuneración consistente generalmente en la diferencia entre el precio compra y el de venta, denominado “remuneración” o “margen de reventa” (Corte Suprema de Justicia de la Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Magistrados: Lorenzetti - Highton - Fayt - MaquedaId SAJJ: FA15000198).

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano, no existe norma que defina en sentido estricto los elementos, caracteres, propósitos y obligaciones de un contrato de distribución, la figura es más un negocio jurídico en sentido general y un contrato atípico según los autores referenciados con anterioridad.

En Colombia el artículo 1317 del Código de Comercio definió el Contrato de Agencia Comercial evocando la idea de un contrato de distribución de acuerdo con las concepciones primigenias de la figura, veamos:

Artículo 1317. Agencia Comercial. Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos de este (Código de Comercio, artículo 1317. 1971).

En ese sentido, es posible entender que la agencia es un contrato típico mercantil que puede tener caracteres del contrato de distribución o pretender al menos un propósito común pero definitivamente distinto.

El Contrato de Agencia en sentido estricto tiene un propósito comercial en concreto, principalmente el de representar negocios ajenos de un empresario en condiciones de distribuidor en una zona específica y en ese sentido el contrato de distribución contiene un fin más general y la agencia uno más particular.

El doctor Arrubla Paucar hace las siguientes advertencias:

Si la compra para la reventa va acompañada de ese encargo especial para la conquista de un mercado, creemos que no es posible admitir en el sistema jurídico colombiano la presencia de un contrato atípico llamado de distribución.

No obstante, si la compra para la reventa no va acompañada de ese especial encargo para la conquista de un mercado de pronto podría admitirse la posibilidad de un contrato atípico de distribución, siempre y cuando no se presente la figura de suministro o la de concesión mercantil que tienen también sus principales funciones económicas y a la postre miradas aisladamente sus prestaciones no son más que compras para la reventa (2013, p. 73).

Entonces la posibilidad de hablar de un contrato de distribución en Colombia evoca la idea de un negocio jurídico atípico general que puede servir para el desarrollo de intereses económicos en sentido muy general, siempre que no se tenga el encargo adicional de abrir mercado con destino al intercambio de mercaderías que reporten beneficio a una marca o empresario específico.

Características de un contrato de distribución

1. Identificación de las partes: Distribuidor y empresario.
2. Definición de los productos que serán objeto de reventa por parte del distribuidor.

3. Determinación del territorio donde se llevará a cabo la antedicha reventa.

4. Obligaciones de las partes:

i. Al distribuidor le corresponde pagar los productos adquiridos del empresario en los términos y de acuerdo con los medios de pago pactados, cumplir con las obligaciones de compra mínima pactadas, informar al empresario sobre los defectos del producto o la vulneración de sus marcas en el territorio de su competencia, contribuir a los gastos de publicidad de la marca del empresario y deber de confidencialidad.

ii. Al empresario le corresponde entregar los productos en las condiciones y plazos pactados, facilitar al distribuidor muestras del producto, garantías, asistencia técnica, etc., licenciar el uso de las marcas comerciales, instruir al distribuidor sobre las formas de comercialización y la publicidad de su producto.

5. Exclusividad:

Ni el empresario podrá vender sus productos a otros distribuidores en el territorio pactado ni el distribuidor podrá revender en dicho territorio productos de otros empresarios.

6. Precio del producto:

Imposibilidad de que el empresario imponga el precio de venta al consumidor final del producto por parte del distribuidor.

7. Volumen mínimo de compra anual:

Se podrá penalizar en caso de incumplimiento por el distribuidor de la obligación de compra mínima, así mismo podrá ser beneficiado con una reducción en el precio de adquisición de los productos por el distribuidor una vez superado el volumen mínimo de compra pactado.

8. Elementos determinados:

Forma de pago; protección de la propiedad industrial y/o intelectual del empresario: dejar constancia expresa de la titularidad a favor del empresario de cualquier derecho de propiedad industrial y/o intelectual, de igual manera registro de la marca en el país del distribuidor; duración del contrato: ya sea determinado o indefinido; formas de terminación del contrato y consecuencias derivadas de dicha extinción.

9. Y por último, desde el punto de vista comercial es recomendable contratar un seguro de responsabilidad civil para posibles defectos en el producto (Garrigues).

De los contratos de telefonía móvil

La transformación en las costumbres económicas y sociales ha impulsado cambios en el mercado transfronterizo, generando nuevas formas de interrelación e interconexión en tiempo real, impulsando la inmediatez, la innovación y la tecnología.

Un mundo más globalizado, más interconectado y sobre todo mejor comunicado se presenta en nuestros días con claros propósitos de avance, mejorando la calidad en los negocios jurídicos, dando apertura y posibilidad de acceso al consumidor sobre bienes y servicios que parecían lejanos en el siglo pasado.

En ese escenario el derecho también evoluciona, y un ejemplo de estas transformaciones en el mercado transfronterizo y en la costumbre económica es la telefonía móvil, una manera de interconexión entre individuos que se ha convertido en una necesidad real y permanente que genera interrogantes en el estudio del derecho derivado de su impacto social.

En ese sentido, se hace necesario verificar en qué consiste la telefonía móvil como primer criterio conceptual para luego intentar identificar dicho fenómeno en la estructura del derecho privado y de los fenómenos de responsabilidad que genera.

Según la jurista Carolina Gómez Huertas, la telefonía móvil:

Es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento Nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios de la Red de la Telefonía Móvil Celular y a través de la interconexión con la Red Telefónica Pública Conmutada (RTPC), entre aquellos y usuarios de la Red Telefónica Conmutada, haciendo uso de una Red de Telefonía Móvil Celular, en la que parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal (2002, p. 69).

Por otro lado, encontramos también la definición de operador: Persona jurídica, pública o privada que sea responsable de la gestión del Servicio de Telefonía Móvil Celular en virtud de concesión otorgada conforme a la Ley 37 de 1993 las normas que la complementen o modifiquen y el presente reglamento (Gómez, 2002, p. 73).

En ese sentido, es importante entender que el propósito de la telefonía móvil es comunicación entre los individuos mediante una red de operación que facilite su tránsito, lo cual genera una actividad de interconexión inmediata, instantánea y en tiempo real, generando una relación negocial entre la persona jurídica considerada operador, el distribuidor del servicio y sus consumidores o usuarios.

De la telefonía móvil como contrato de distribución

Como se advierte en la definición expresada párrafos atrás, el servicio de telefonía móvil puede entenderse materializado mediante un contrato de distribución, su naturaleza jurídica es la de explotar y prestar un servicio de interconexión o comunicación mediante el uso del espectro electromagnético, lo cual nos permite ubicar su propósito en consonancia con aquel que se propone el contrato de distribución en términos generales.

En este sentido, muchas empresas nacionales y extranjeras dedicadas a la prestación del servicio de telefonía móvil buscan fortalecer sus negocios en Colombia, pues encuentran en este territorio un amplio esquema de oportunidades para sobresalir financieramente; sin embargo, esto les

exige a dichos empresarios sistemas de distribución estructurados acudiendo a otros empresarios para que les auxilien en la comercialización de productos y/o servicios. Surgiendo así, cadenas de distribución conformadas por un empresario o fabricante que suscribe cualquier modalidad del contrato de distribución con otro empresario, y este último, a su vez, realiza un contrato de sub-distribución con un tercero, que le ayudará con el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato primigenio; es de allí que surge la necesidad de estudiar la responsabilidad civil que se genera de las relaciones contractuales, al momento de vincular un tercero.

En la cadena de distribución el empresario desarrolla una serie de comportamientos direccionados a facilitar el consumo final del producto o servicio que ha destinado y en este proceso realiza actuaciones por cuenta de otro, sea o no en su nombre, relaciones laborales, contratos de arrendamiento de servicios, remuneración por obra o por servicio, cualquiera de ellos o en ocasiones varios al mismo tiempo, pueden servir para llegar a la convicción de que entre el agente y otra persona de la que puede declararse responsabilidad por el hecho ajeno, existe una relación de dependencia.

La prestación del servicio de telefonía móvil en Colombia no contiene reserva estatal, a la luz de la Constitución, las empresas estatales o las sociedades de economía mixta pueden, en los términos que señale la ley, intervenir en un plano de igualdad con las sociedades privadas para obtener la adjudicación de los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil celular.

Lo anterior por el simple hecho de que un servicio reservado al Estado se abre a los particulares, garantizando así la libre competencia económica y la igualdad en el terreno económico frente a los operadores públicos y privados (Sentencia C-318 de 1994, Corte Constitucional).

La Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones - TIC, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones, en su artículo 55 menciona

el régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones, afirma que: “Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las tecnologías de la información y las comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado.

En lo concerniente al contrato de distribución de telefonía móvil predomina la autonomía de la voluntad, además debe comprender todos los elementos esenciales del contrato de distribución para que su naturaleza sea esa y no otra, pero al tratarse de un servicio el distribuidor y empresario deberán realizarlo conforme a la Resolución 5111 de 2017 del Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones, en su sesión tercera de la contratación del servicio resolución se establece:

Artículo 2.1.3.1. Contenido prohibido. En los contratos de prestación de servicios de comunicaciones que los usuarios celebren con los operadores, no pueden incluirse disposiciones que establezcan límite alguno de los derechos o generen obligaciones adicionales a las descritas en el presente Régimen. De manera particular, no se podrán incluir disposiciones que:

2.1.3.1.1. Eliminen o limiten la responsabilidad de los operadores.

2.1.3.1.2. Limiten el derecho del usuario a elegir libremente los operadores, planes, servicios y equipos; o establezcan acuerdos de exclusividad.

2.1.3.1.3. Permitan que el operador termine el contrato unilateralmente por causa distinta al incumplimiento del usuario o al vencimiento del plazo del contrato, caso en el cual el operador deberá enviar el aviso de no prórroga al usuario con una antelación mínima de un mes.

2.1.3.1.4. Impliquen la renuncia a alguno de los derechos como usuario.

2.1.3.1.5. Otorguen al operador plazos adicionales a los dispuestos en este Régimen o en cualquier otra norma, o contraríen los plazos aquí definidos.

2.1.3.1.6. Impidan que el usuario termine el contrato o sea indemnizado cuando el operador incumpla sus obligaciones.

2.1.3.1.7. Permitan el cobro de sanciones, compensaciones o indemnizaciones cuando

el usuario dé por terminado el contrato.

2.1.3.1.8. En los contratos de prestación de servicios móviles no se pueden pactar cláusulas de permanencia mínima.

2.1.3.1.9. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del usuario.

2.1.3.1.10. Presuman cualquier manifestación de voluntad por parte del usuario.

2.1.3.1.11. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente.

Cuando en el contrato o en cualquier otro documento que suscriba el usuario, se encuentre alguna de estas disposiciones o cualquiera prohibida por el Estatuto del Consumidor, las mismas no tendrán efecto alguno.

Artículo 2.1.3.2. *Modificaciones al Contrato.* Los operadores no pueden modificar las condiciones acordadas con el usuario, ni pueden imponer o cobrar servicios que no hayan sido aceptados expresamente por el usuario que celebró el contrato. Si ocurre alguna de estas situaciones, el usuario tiene derecho a terminar el contrato, incluso en aquellos casos en los que el contrato establezca una cláusula de permanencia mínima, sin la obligación de pagar suma alguna por este concepto.

Cuando las modificaciones al contrato sean acordadas con el usuario, a más tardar durante el período de facturación siguiente a aquel en que se efectuaron, para el caso de servicios fijos el operador le entregará por medio físico o electrónico (según elija el usuario), constancia de dichas modificaciones; para el caso de servicios móviles, el operador le entregará copia del contrato en medio físico o electrónico (según el usuario elija) con los ajustes que tengan lugar.

Artículo 2.1.3.3. *Registro de Usuarios Prepago.* Al momento de la activación del servicio en modalidad prepago, el operador deberá registrar el nombre completo de dicho usuario, su documento de identidad y el número de su línea telefónica.

Artículo 2.1.3.4. *Área de Cubrimiento.* El usuario podrá encontrar las áreas geográficas en que existe cubrimiento de los operadores de servicios móviles, a través de mapas de cobertura disponibles en sus

páginas web (en los términos del artículo 5.1.1.5 del Título V de la Resolución CRC 5050 de 2016, o aquella norma que la modifique o sustituya).

Si el servicio no es prestado en las áreas informadas por el operador, el usuario podrá dar terminación al contrato, a efectos de lo cual el operador estará en la obligación de hacer devolución de los pagos realizados por el usuario.

Artículo 2.1.3.5. *Servicios de Internet y Servicios de Voz.* En el contrato de prestación del servicio de acceso a internet fijo o móvil, se incluirán: velocidad contratada (para servicios fijos), capacidad máxima incluida en el plan (cuando aplique), tarifas y si el mismo es un servicio de banda ancha (cuando aplique).

Antes de suscribir el contrato, el operador deberá informar al usuario los principales factores que limitan la velocidad efectiva que puede experimentar el usuario, diferenciando aquellos sobre los que tiene control el operador y los que son ajenos al mismo.

Los planes de acceso a Internet que sean publicitados o contratados bajo la categoría de ilimitados, no podrán tener ningún tipo de restricción, salvo aquella inherente a la tecnología empleada y a la velocidad efectiva ofrecida para el plan, al igual que en los planes de voz que tengan esa categoría

De la responsabilidad civil

En el derecho privado contemporáneo existen reglas de responsabilidad, direccionadas a establecer la reparación de un daño, esto responde a un cambio en el sistema de reparación, pues ya no se verifica la culpa-bilidad, sino el acaecimiento de un daño injusto y el deber de repararlo como elemento trascendental.

En ese sentido, el derecho de daños procura una función casi resarcitiva de las conductas que lesionan un derecho en específico y se evidencia mediante la aplicación de una indemnización que debe ser regulada y que procura adaptar la ciencia jurídica a la realidad social.

Históricamente, la responsabilidad civil ha tenido cambios importantes, dado que, inicialmente, las teorías de la responsabilidad se centraban en

los problemas que ocasionaban la manipulación de elementos industriales, como el acero, el carbón y la máquina de vapor y donde era importante el factor humano para determinar la culpa.

Más adelante, la implementación de la electricidad, la explotación del petróleo, los transformadores, los automóviles en las ciudades, los aviones, la migración del campo a la industria seguían generando un enfoque de culpabilidad en el factor humano.

Sin embargo, el impulso de una sociedad interconectada, el internet, la protección de datos concentraron las teorías de la responsabilidad civil, ya no solo en la culpa, también en asuntos como la acusación y la reparación, y analizó factores adicionales como la eficiencia de los costos de producción y el análisis económico del derecho.

Tres elementos son importantes para hablar de responsabilidad civil: el hecho humano, la culpa y la relación de causalidad, hoy en día a estos elementos tendríamos que agregar: el daño y la reparación, o en otros casos, según los teóricos, las teorías de la justicia correctiva⁸.

Una de las características más relevantes de los contratos en el derecho privado es la conmutatividad, la relación horizontal de los particulares que evoca una idea general de justicia y equivalencia, elemento que debe estar presente en todas las relaciones negociales y se manifiesta en la autonomía privada como un principio de justicia conmutativa, pero ¿en qué consiste el carácter conmutativo de un contrato? Veamos:

El artículo 1498 del Código Civil establece:

8. Como su nombre lo indica, la justicia correctiva tiene una función rectificatoria, mediante la corrección de la injusticia que el demandado a infligido al demandante y tiene por fin la existencia de una conexión entre el remedio jurídico y el daño.

Contrato conmutativo y aleatorio

El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

A simple vista se trata de identificar un componente de justicia en todo contrato conmutativo en el que debe regir el intercambio de las obligaciones recíprocas y entre las cuales se destaca, precisamente, el modo de cómo las partes hayan distribuido los riesgos.

Precisamente, cuando de manera consensual las partes asignan cargas de responsabilidad para cada una en la relación obligacional, se espera que las mismas contengan el principio de justicia conmutativa sin perder de vista las estipulaciones legales que se hayan asignado a cada contrato tipo en particular.

Lo anterior significa, que las partes pueden expresar su consentimiento libre de vicios en todo el clausulado para asignar las cargas de responsabilidad sin extralimitar, obviar o ignorar el sentido de la ley en los casos particulares, pues de ocurrir podríamos estar frente a una cláusula abusiva de responsabilidad que atenta contra el equilibrio patrimonial y que termina siendo afectada por nulidad.

Al respecto existen casos particulares en los que la ley ha estipulado el régimen de responsabilidad aplicable de manera directa, veamos algunos ejemplos:

Responsabilidad del empresario en el contrato de distribución de telefonía móvil.

El concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico.

En el ordenamiento legal colombiano la responsabilidad civil contractual continúa atada a la noción de culpa, concepción que otorga relevancia a la previsibilidad de los perjuicios como baremo para establecer el alcance del resarcimiento. Expresión de ello es el artículo 1616 del Código Civil, objeto de análisis de constitucionalidad. Esta concepción no resulta extraña al ordenamiento jurídico internacional, como quiera que referentes normativos como la Convención de Viena de 1980 y los Principios sobre Contratos de la Unidroit acogen el criterio de la previsión y la previsibilidad de la lesión, como baremo del monto de los perjuicios (Sentencia 1008 de 2010).

En consecuencia de lo anterior, el empresario es responsable de cualquier anomalía que se presente con la prestación del servicio de telefonía móvil, así el usuario del empresario haya contratado el servicio a través de un distribuidor y de esta manera deberá actuar:

- Proveer los servicios que contrató de manera continua, sin interrupciones y con la calidad fijada por la regulación y la pactada contractualmente con el usuario.
- Dar a conocer siempre las tarifas que les aplican a los servicios que ha contratado el usuario y no se les podrá ser cobrados precios sorpresa.
- Es responsable de responder cualquier PQR (petición, queja-reclamo o recurso) a través de cualquiera de los medios de atención que tenga el usuario (oficinas físicas, oficinas virtuales, línea telefónica), dando atención integral y una respuesta oportuna.
- Respetar la terminación del contrato en cualquier momento y a través de cualquiera de los medios de atención al usuario (oficinas físicas, oficinas virtuales, línea telefónica).
- Compensar por fallas en la prestación del servicio contratado por el usuario.
- Brindar protección a la información que cursa a través de la red, garantizando la inviolabilidad de las comunicaciones.

Al determinar el tipo de responsabilidad que se puede adquirir por las partes se desarrollará en el siguiente capítulo la responsabilidad contractual, la responsabilidad contractual por hecho ajeno, la coligación de contratos y la cláusula penal.

En este punto de la investigación, me parece conveniente recordar la hipótesis que se planteó en la propuesta de investigación que busca ambientar sobre la reflexión del problema jurídico por resolver, la hipótesis es la siguiente:

Un operador de telefonía móvil celebra contrato de distribución con otro empresario para la comercialización de sus servicios de telefonía. Dicho contrato fue redactado por el operador estableciendo que el distribuidor podrá subcontratar para realizar tales actividades, previa autorización del operador. Además, contempló de manera ambigua sanciones y/o penalizaciones para el distribuidor; estipuló cláusulas exonerativas de responsabilidad a favor del operador y señaló eventos de traslado del riesgo al distribuidor.

En ese sentido, se pactó la responsabilidad del distribuidor por cualquier acto realizado por los sub-distribuidores que afecte el cumplimiento de sus obligaciones emanadas del contrato de distribución; y por el incumplimiento de las obligaciones de los usuarios frente al operador, por ejemplo el no pago del servicio de telefonía, la presentación de documentación incompleta o falsa como requisito para la apertura de la línea de telefonía móvil celular, entre otros.

Durante la ejecución del negocio jurídico, el distribuidor resulta penalizado y/o sancionado con criterios desconocidos e impuestos por el operador, en razón a supuestos fraudes efectuados por el sub-distribuidor al recibir documentos apócrifos, como cédulas y certificados de existencia y representación legal, cuya falsedad es difícil identificar a primera vista o por no detectar suplantaciones de usuarios. Aunado a lo anterior, el operador hizo efectiva la penalización y/o sanción en contra del distribuidor, por el no pago oportuno del servicio de telefonía por parte del usuario. El monto de las penalizaciones y/o sanciones superan el triple del capital social de la sociedad distribuidora.

Con base en lo anterior, se deduce que el problema jurídico por resolver es: ¿Cuáles son los parámetros jurídicos que determinan la viabilidad de estipular cláusulas exonerativas de responsabilidad y de traslado de riesgos a favor del operador de telefonía móvil frente al distribuidor, por hechos antijurídicos imputables a terceros (subdistribuidor y/o usuario) en el contrato de distribución, que permitan resolver un caso hipotético, teniendo en cuenta principios constitucionales como la buena fe?"

Hoy por hoy, la interconexión y la tecnología aplicadas a nuestra cotidianidad se han convertido en recursos de primera necesidad, la telefonía móvil, evoluciona mediante una dinámica cada vez más invasiva y dependiente.

¿Qué sería de la telefonía móvil, de nuestra comunicación, de las aplicaciones, de los mensajes de texto, de las plataformas interactivas, de las redes sociales, de la interconexión en términos generales si llegará a fallar uno de los distribuidores del servicio o en su defecto un sub-distribuidor?

¿Qué sería de la telefonía móvil frente a un fracaso de la economía del sector, producto de una prestación del servicio deficiente que genere bajas fuentes de ingresos de capital para el país?

Cuando se genera este tipo de crisis económica se ven afectados, en primer lugar, los empresarios y productores que enfocan su actividad empresarial en el sector, adicional a esto, de manera directa y contundente, se deteriora una de las fuentes de trabajo que en definitiva afecta a todos los que ingresan al mercado para adquirir estos productos.

En este escenario, el derecho debe acudir a la figura de la responsabilidad que le permita identificar la causa del fracaso del negocio y, por consiguiente, determinar el sujeto negocial que incurrió en error para con ello determinar las consecuencias jurídicas que se deriven.

Conforme a lo expuesto, nace la figura de la responsabilidad contractual por hecho ajeno, que parte de la existencia de obligaciones surgidas dentro de una relación contractual donde sus partes, deudor y acreedor, asumen ciertas obligaciones negociales.

La figura en mención no ha tenido una regulación amplia en el ordenamiento jurídico colombiano⁹, sin embargo, su estudio no ha sido

9. Sin embargo, que en materia extracontractual, el Código Civil, en el artículo 2347,

ajeno para autores nacionales e internacionales que han señalado sus elementos, características, aplicación y límites, con el propósito de subsanar la regulación precaria sobre la materia.

Esta tipología de responsabilidad se genera, citando a LeTourneau (2006) “(...) cuando un deudor introduce voluntariamente a un tercero en la ejecución del contrato” (p. 42). Es así, como se afirma que esta modalidad de responsabilidad ocurre cuando un tercero (persona natural o jurídica) no obligado frente al acreedor, interviene en la relación contractual por iniciativa o voluntad del deudor, en calidad de auxiliar o sustituto de este último¹⁰, para ejecutar las actividades relacionadas con el cumplimiento de la obligación que media entre el deudor y acreedor.

Ahora bien, la regla general es que el deudor responde por el hecho del auxiliar, de manera independiente, pues dicho auxiliar realiza ciertas actividades direccionadas al cumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas por el deudor con su acreedor¹¹. Sin embargo, como lo manifiesta Carrasco Perea, en dicha atribución de responsabilidad, al deudor no se le puede atribuir esta por hechos de terceros, más allá de lo que respondería por sus propios actos (2010), puesto que esto atentaría directamente al principio de la buena fe. Lo anterior, ratifica el carácter vinculante que tiene en el ordenamiento jurídico colombiano el principio de la buena fe¹², pues dicho principio tiene el alcance de

establece un principio general de responsabilidad civil por el hecho ajeno, no obstante, en materia contractual nada se dice en forma expresa al respecto. Existen sólo algunas normas que regulan casos especiales como en el contrato de transporte (C. de Co., art. 984), en la pérdida de la cosa que se debe (C.C., art. 1738), o en el contrato de arrendamiento (C.C., art. 1999) (Tamayo, 2007, p. 662).

10. “El sustituto es una persona independiente a la que el deudor le encarga el contrato en todo o en parte” (Mazeaud, 1962, p. 704).
11. “En definitiva, la responsabilidad del deudor por sus auxiliares es una responsabilidad suya (del único *deudor existente*), que tiene, por tanto, los mismos límites para su exoneración y limitación que su responsabilidad cuando actúa personalmente” (Jordano, 1987, p. 410).
12. El principio de la buena fe contractual está contemplado en el artículo 83 de la Constitución Política donde reza que los particulares como partes en las relaciones negociales “deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. En el mismo sentido, y en concor-

“ampliar las obligaciones literalmente asumidas mediante el contrato, o eventualmente de restringir esas obligaciones en los casos y en la medida en los que, de hacerse valer su tenor literal, contravendrían aquel criterio” (Betti, 1969, p. 102).

Por otra parte, los elementos que estructuran este tipo de responsabilidad, como lo plantea el profesor Hurtado en la ponencia titulada la “Responsabilidad contractual por hecho ajeno en el contrato de agencia comercial”, son en esencia cuatro:

1. Vínculo contractual entre deudor y acreedor.
2. Tercero ajeno a la relación contractual.
3. Deudor que encomienda la ejecución de una obligación emanada del contrato al tercero.
4. Tercero que incumple la obligación contractual del deudor (Hurtado, 2015).

En la responsabilidad por el hecho ajeno, el daño lo causa el directamente responsable (entendido como tal, la persona que estando bajo el cuidado de otra, causa el daño a un tercero), por quien debe responder el demandado como civilmente responsable (persona que tiene a otra bajo su cuidado). Entendido así se generaría, como su nombre lo indica, una responsabilidad indirecta o por el hecho de otro. Sin embargo, se ha sostenido por numerosas doctrinas que en el fondo se trata de una verdadera responsabilidad directa o por el hecho propio (Estudios Socio-Jurídicos vol. 5 no.1, 2003).

dancia con la aludida norma constitucional, el artículo 871 del Código de Comercio señala que “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe”, por su parte, el artículo 1603 del Código Civil estipula que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, estableciendo la obligación de actuar con diligencia, prudencia, en pro de un fomento mutuo durante el desarrollo del contrato.

Referencias

- Arrubla, J. (2003). *Contratos mercantiles, contratos contemporáneos*. (3ª ed.). Editorial Legis.
- Ascarelli, T. (1970). *Teoría de la Concurrencia y de los bienes inmateriales*. Bosch Casa Editorial.
- Bohórquez, A. (s.f.). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*. Editorial Doctrina y Ley.
- Código Civil de Colombia. Ley 84 de 1873. Mayo 31 de 1873. Colombia.
- Código de Comercio de Colombia. Decreto 410 de 1971. Junio 16 de 1971. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1341 de 2009 Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. Julio 29 de 2009.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 57 de 1887. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. 26 de mayo de 1873.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1008 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva; 9 de diciembre de 2010).
- Corte Constitucional. Sentencia C-318 de 1994. (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, julio 14 de 1994).
- Corte Suprema de Justicia. Rad: No.68001 3103 001 2001 00389 01. 2009. (MP. Pedro Octavio Munar Cadena, diciembre 18 de 2009).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia SC13208 de 2015. (MP. Ariel Salazar Ramírez, septiembre 30 de 2015).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia Ref. Expediente No. 5817. (MP. Jorge Antonio Castillo Rugeles, octubre 22 de 2001).
- Favier, E. (2003.) *Práctica en contratos de empresa modernos y posmodernos*.
- Gómez, C., y Dallos, G. (2002). *Las telecomunicaciones en la telefonía móvil celular*.
- Hattenhauer, H. (1987). Conceptos fundamentales del Derecho Civil. (#1 ed.). Editorial Ariel S.A.

- Hocsman, H. (2007). *Contratos modernos de distribución comercial*.
http://blog.bancosabadell.com/files/aspectos_clave_contrato_distribucion.pdf
- Lorenzetti. (2001). *Derecho contractual, nuevas formas contractuales*.
- Real Academia Española (1982). *Diccionario de la Lengua Española*, T III, 19ª Ed. Espasa 1982
- Resolución 5111 de 2017. Establece el régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones. Febrero 24 de 2017 [Comisión de regulación de comunicaciones]
- Santos, J. (2009). *Los contratos en el derecho privado*, (Segunda reimpresión). Legis Editores S.A.

4. Test de ponderación: Una revisión a los postulados de argumentación jurídica, Corte Constitucional colombiana

Armando Castro Pérez, 

Facultad de Derecho,

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,

Correo electrónico: armando.castro@ustabuca.edu.co ORCID:

Jorge Luis Gómez Suárez, 

Facultad de Derecho,

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,

Correo electrónico: jorge.gomez01@ustabuca.edu.co ORCID:

Juan Pablo Moncada Flórez, 

Facultad de Derecho,

grupo de Investigación Estado, Derecho y Políticas Públicas,

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,

Correo electrónico: juan.moncada@ustabuca.edu.co ORCID:

Introducción

Las tendencias iusfilosóficas de argumentación jurídica empleadas por la Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Carta Política de 1991, cambiaron el ámbito de interpretación y exposición de motivos de la mayoría de las sentencias, donde a partir de su vigencia se renovaron y refundaron los esquemas conceptuales, teóricos y jurídicos del derecho en Colombia. Una de las novedades jurisprudenciales de esas tendencias y nuevas tesis, en torno al debate judicial del positivismo colombiano, lo constituye la mirada al interior de los postulados de ponderación que ha realizado el Alto Tribunal en sede constitucional, respecto de la solución de los denominados casos difíciles, algunos de los cuales han sido resueltos en colisión o choque de derechos fundamentales, situación está que en la

jurisprudencia de la Corte Constitucional en los últimos años refleja un análisis jurídico de cómo la misma ha implementado la teoría de ponderación para argumentar y proferir sentencias respecto a esos derechos denominados de primera generación.

Desarrollo histórico de las principales teorías del derecho en la jurisprudencia colombiana

A fin de describir de manera breve y somera el origen, avance y desarrollo de las tesis jurídicas que en la evolución histórica, analítica y epistemológica tienen como antecedentes las diferentes escuelas y teorías del derecho, respecto del estado del arte en materia de referentes históricos y la aproximación teórica que ha mantenido su marco conceptual, se presenta a continuación un resumen de los cambios y precedentes jurisprudenciales más importantes de las teorías del derecho en Colombia.

El precedente judicial en Colombia, según criterio de López (2008, p. 3), se presenta desde el nacimiento en el siglo XX de la denominada “doctrina probable”, que tiene origen en un sistema judicial neo-romañista y positivista, donde se evidencia el derecho como un conjunto de normas y donde los jueces solo las aplican mecánicamente como ley y sin cuestionarlas. Posteriormente, este mismo doctrinante (López, 2008, p. 7) describe el origen y establecimiento en Colombia de la llamada “doctrina legal” en el interior del movimiento regeneracionista de la Constitución de 1886, básicamente como respuesta a la recepción en Colombia de la influencia europea.

Dentro de las tendencias de la filosofía del derecho, se implantaron en el interior de los fallos de los tribunales del territorio nacional corrientes iusfilosóficas y pensamientos que acogieron en sus decisiones los fallos y sentencias de la Corte Suprema de Justicia, y según presenta López (2008) en su obra *Teoría impura del derecho*”, entre los años 1804 a 1900 se acogió la teoría francesa de la exégesis del derecho, siguiendo los postulados de pensamiento de Delombe, Aubry y Rau; entre 1820 y 1900 la teoría de la jurisprudencia de conceptos, desarrollada por Zachariae, Aubry y Rau; desde 1908 a 1934 la teoría pura del derecho, creada por Hans Kelsen;

entre los años 1898 a 1935 la teoría de la libre investigación científica de Geny, Josserand y Bonnet; entre los años 1905 a 1935 la teoría del solidarismo de Duguit; entre los años 1961 a 1985, la teoría del positivismo analítico y los estudios críticos del derecho de la Escuela Norteamericana y Escandinava, denominada *Critical Legal Studies (CLS)*, desarrolla por Hart y Duncan Kennedy, entre los años 1977 a 2009.

También se propuso la teoría del derecho como integridad de Ronald Dworkin; y finalmente, entre los años 2007 al presente se expone la teoría de la ponderación de los derechos fundamentales o test de ponderación, creada por Robert Alexy, para terminar con la Escuela Libre del Derecho, y el realismo jurídico norteamericano.

No obstante, el desarrollo histórico dentro de las nuevas tendencias interpretativas, hermenéuticas y lógicas del discurso judicial, la teoría de la argumentación desarrollada por Perelman, citado por Carrillo (2009, p. 183), no se presenta exclusivamente en el razonamiento jurídico sino en la retórica de la argumentación judicial, que es en la que estudiaremos los casos materia de análisis.

Para este autor (Carrillo, 2009), la teoría de la argumentación jurídica en el derecho surge de la disciplina que estudia las técnicas discursivas de persuasión y convencimiento de la demostración, y en las premisas que cobra fuerza y valor en la argumentación jurídica respecto de los considerandos y parte resolutive de las sentencias.

Por otra parte, en la teoría de la argumentación expuesta por Gadamer y Alexy, a diferencia de Theodor Viehweg, quien se apoya en la tópica por tener el mérito de haber replanteado, como lo afirma Carrillo (2009, p. 166), el problema del método jurídico al oponer la tópica a la lógica en el ámbito del derecho, y además en diversas disciplinas de la posguerra, como la ciencia política, la literatura y la sociología en concepto de Atienza (2004, p. 30), donde expone otros puntos de partida a las tesis de la argumentación jurídica en el derecho.

Sin embargo, una revisión más exhaustiva a la teoría de la ponderación de Alexy (2007), y de cómo esta tesis replantea y expone desde diferentes aristas, una interpretación jurídica del derecho, en sentido práctico, comprensivo, lingüístico y hermenéutico resulta evidente de cara a las nuevas tendencias jurisprudenciales, entender que pese a las diferentes corrientes y escuelas de teorías interpretativas del derecho, el test de ponderación que presenta Alexy (2007) es quizás la más apropiada en la concepción lógica jurídica de los derechos fundamentales, dada su condición de valor o peso (*Pondeos*) y cualificación de sus contenidos estructurales, para resolver la colisión y conflicto de competencia constitucional en sede de tutela, en torno a su prevalencia, acatamiento y respeto por la prevalencia de la ley, pero esencialmente en la salvaguarda de los derechos fundamentales y humanos de primera generación en el interior de nuestras instituciones jurídicas, lo cual representa un avance significativo a nivel jurisprudencial, frente al respeto del imperio de la ley como la plasma y consagra puntualmente nuestra actual Carta Magna en el artículo 230 superior.

En este orden de ideas, existe una fundamentación legal, práctica, válida y eficaz para cualquier decisión judicial en el campo del derecho, que dentro de las teorías lógicas de argumentación, como lo expresa Alexy, no se admite la tesis de que la aplicación de las normas corresponde a un ejercicio simple de subsunción lógica, pues su consideración y argumento como lo expresa Carrillo (2009, p. 216) “es una consideración admitida sin discusión en la metodología del siglo XX y en la teoría del derecho actual”.

Para sustentar el margen de apreciación o de acción estructural de la teoría de la ponderación, Alexy (2007, p. 521) manifiesta que existen tres (3) márgenes de acción estructural dentro de su teoría de la ponderación: (i) el margen para la fijación de fines; (ii) el margen para la elección de medios y; (iii) el margen para la ponderación. En el primero de estos, expresa el autor que el legislador tiene un rango para su fijación que se representa en una reserva competencial de intervención de un derecho fundamental, como es el caso de que se produzca intervención legislativa o no. Este margen se manifiesta en gran medida cuando el legislador

puede escoger por sí mismo los fines que justifican su regulación o mandato frente a un derecho fundamental; y para el efecto, Robert Alexy da como ejemplo de este tipo de fines en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en

El mantenimiento y el fomento de la mano de obra y la participación de los empleadores en los costos del seguro de empleo, cuando sus antiguos trabajadores no puedan encontrar un nuevo empleo por estar sujetos a la prohibición de competir con quien era su empleador (Alexy, 2007, p. 521).

Esta misma tesis, en sentido contrario, la expresa la legislación laboral colombiana cuando se refiere a las cláusulas de no concurrencia en materia del trabajo, para prohibir empleos o trabajos en empresas de la competencia o similares a las de sus antiguos empleadores, cuando se les fija de manera ineficaz tal prohibición. La pregunta es ¿Cual derecho debe primar? Lo que equivale a decir que, de los dos pesos y valores legales y constitucionales en conflicto, la cláusula de no concurrencia respecto del derecho al trabajo, no supera los límites y expectativas que tiene el test de ponderación, ya que el derecho fundamental al trabajo predomina y está por encima de cualquier otro interés válido establecido.

En el capítulo de libro de Moncada (2015) “Retos y desafíos del comercio electrónico de consumo en las relaciones transfronterizas: una perspectiva del derecho colombiano”, la protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América puede abrir un infinito campo de ponderación desde la mirada de los derechos de los consumidores, que se pueden asociar como los derechos a: recibir productos de calidad, seguridad e indemnidad, información clara y no engañosa, protección contractual, igualdad, representación, elección, información, participación y reclamación, todos estos ponderables desde el derecho a la información, intimidad de datos personales y derecho de los consumidores.

De otra parte, al desplegar en el plano internacional o Derecho Transnacional, la tesis de la ponderación frente a los derechos fundamentales a la luz del art. 93° de la Carta Magna, este bloque de constitucionalidad de que se trata, refleja el principio de integralidad de estos derechos

en la jurisprudencia colombiana, según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) adoptado en 1966, y la Convención Americana de Derechos Humanos adoptada en 1969, que posteriormente se adicionarían al Protocolo de San Salvador según lo expresa Caldera (2017) en su tesis doctoral de la Universidad Santo Tomás, DEE. 065 de 2017, refiriéndose a las dimensiones de la democracia desde la perspectiva de enfoque basado en derechos humanos (D+EBDH), cuando afirma:

(...) La tesis de la integralidad de los derechos ha tomado protagonismo en la Corte Constitucional colombiana que ha reconocido, en varios fallos, que todos los derechos constitucionales (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) son igualmente fundamentales y su exigibilidad y realización fáctica está entrelazada por los principios de la indivisibilidad, universalidad, interrelación e interdependencia entre los mismos (T-016 de 2007, T-760 de 2008, T-235 de 2011, T-428 de 2012 entre otras) (Caldera, 2017, pp. 93-99).

Así mismo, lo plantea Granados (2018) en su tesis doctoral Universidad Santo Tomás, cuando dice:

(...) Se parte de concebir a los derechos de la persona en función de los objetivos o funciones públicas y del Estado Constitucional, en el marco de una democracia deliberativa. De allí que “no hay legitimidad del derecho sin democracia y no hay democracia sin legitimidad del derecho”. Es decir, que se pondera el carácter cívico de los derechos fundamentales como elementos constitutivos y participativos de la democracia estatal (Granados, 2018, p. 66).

También se incluye desde la visión del Principio de proporcionalidad del Derecho Penal según Benavides (2015) citando a Montealegre, Bautista & Vergara (2014, p. 13) del libro *La ponderación en el derecho*, evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán, cómo la tesis de la ponderación se permea en el plano del control constitucional (Benavides, 2015, pp. 8-9).

Otro aspecto relevante es la ponderación como excepción de inconstitucionalidad desde las sentencias del Consejo de Estado en el control de los Derechos Fundamentales al decidir sobre acciones populares y de grupo, como lo manifiesta Ochoa (2017, pp. 157, 228) en la confluencia de principios y alcance exponencial de valor y nivel de la ponderación. Esta autora en relación con la dignidad humana pondera y gradúa el nivel de carga de argumentación, así:

(...) Relación con la Dignidad Humana Leve: 1 equivalente a 2°. Menor Cuando el instrumento de intervención vulnera en bajo grado el principio de la Dignidad Humana del afectado. Medio: 2 equivalente a 2¹. Cuando el instrumento de intervención vulnera en grado intermedio el principio de la Dignidad Humana del afectado. Intenso: 4 equivale a 2². Cuando el instrumento de intervención vulnera en alto grado el principio de la Dignidad Humana del afectado (Ochoa, 2017, p. 228).

En otro sentido, y referente al margen de acción para la elección de medios, manifiesta Alexy (2007, p. 522) que este se evidencia cuando las normas de derecho fundamental no solo prohíben ciertas intervenciones legislativas, sino que también ordenan la ejecución de algunas normas positivas, y da como ejemplo los deberes jurídicos de protección y la prohibición de matar, que incluye el deber de no cometer ninguna acción homicida. En nuestro caso, un ejemplo de este margen de acción de medios lo constituye la Sentencia T-209 de 2008 de la Corte Constitucional, en consonancia con la Sentencia C-355 de 2006 que despenaliza parcialmente el aborto en los casos contemplados como excepcionales, y en donde no es delito practicar la interrupción voluntaria del embarazo - IVE, por cuanto la vida de la madre y los medios legales para salvaguardar y tutelar su derecho fundamental se ponderan con un mayor valor de peso legal para su protección y ejercicio constitucional, por encima del derecho a la vida del *nasciturus*.

Finalmente, y en relación con el tercer margen de ponderación, tenemos el rango de acción para la ponderación, el cual es muy similar, como lo anota Scherzberg, citado por Alexy (2007), en donde expresa: “Los Derechos Fundamentales, como mandatos de optimización, “solo admiten aquellas

soluciones para las colisiones que representan la máxima realización posible de todos los bienes iusfundamentales implicados” (Alexy, 2007, p. 523).

Esta connotación implica por sí misma, como la apunta Alexy (2007, p. 524), el principio de proporcionalidad con sus tres (3) subprincipios: (i) idoneidad, (ii) necesidad y (iii) proporcionalidad en sentido estricto. De ahí que esta equivalencia, en concepto de Alexy (2007), representa y define lo que él denomina una equivalencia de los tres subprincipios de proporcionalidad, los cuales deben entenderse por “optimización”, de acuerdo con la teoría de la ponderación que se establece como marco de la Constitución Nacional en la solución de los denominados casos difíciles.

No obstante, y de acuerdo con Acevedo (2012, p. 9), Robert Alexy propone en su teoría de los Derechos Fundamentales el juicio de ponderación de principios y el *test de necesidad* expresando que: “como subprincipios del test de proporcionalidad, con el fin de resolver la colisión, sin llegar a la eliminación de alguno de estos”. De ahí que el propósito consiste en ponderarlos según el grado de importancia que represente cada uno en casos determinados, porque su relevancia está encaminada a representar la influencia del juicio de ponderación o test de necesidad, que subyace en los fallos de tutela.

Respecto de esta colisión de principios sobre los derechos fundamentales, es importante anotar que la teoría o ley de ponderación de Robert Alexy busca en esencia superar, valorar o dar peso (del latín *pondus*, *pondeo*) a ciertos valores o principios constitucionales que subyacen en la categoría de derechos fundamentales; por tal motivo, también existe el *test de igualdad* en el juicio de ponderación o valoración de los derechos fundamentales. Un ejemplo de esta situación concreta en nuestra jurisprudencia se resalta y se puede evidenciar dentro de la Sentencia T-022 de 1996 de la Corte Constitucional, donde se da respuesta a este principio que subsume el principio de igualdad en los siguientes enunciados expresados en el fallo, así: “...si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.” Por el contrario, también anota la Corte en este mismo sentido: “Si hay

una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”.

Este principio de igualdad en el test de ponderación que ha determinado la Corte Constitucional, en relación con el margen de acción de la ponderación, resulta evidente y se presenta en los casos analizados en las sentencias T-499 de 1992 y C-055 de 2010. De otra parte, las teorías que apuntan a realizar un juicio de ponderación en relación con el test de necesidad, se pueden dilucidar como muestras a partir de las sentencias C-0354 de 2009; C-720 de 2007, C-354 de 2009, C-673 de 2001, y la Sentencia C-673 de 2001.

Desarrollo del Test de Ponderación y sus postulados teóricos

Como punto de partida, antes de cuestionar una posible solución a la pregunta que nos precisa plantear ¿qué es la ley de ponderación?, creemos que es importante y fundamental analizar esta teoría como regla de argumentación, de razonabilidad y optimización del derecho, desde sus efectos sustanciales de confrontación, regulación de peso y equilibrio frente a los derechos fundamentales, para dictaminar ¿por qué se establece la proporcionalidad, la idoneidad y necesidad de los subprincipios a la hora de valorar o superar el mayor o menor grado de satisfacción de derechos en caso de conflicto? En esta situación, y para efectos de proyectar una respuesta sobre ese particular, debemos iniciar con el análisis y la revisión de algunas de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana, donde es pertinente anotar que en caso de colisión de derechos fundamentales, la argumentación lógica-jurídica de las decisiones difíciles (*difficult cases*), se pueden subsumir en los postulados o test de ponderación para confrontar, comparar y sopesar el valor, los principios y subprincipios de esta ley, de frente o de cara al Estado social de derecho, ya que la argumentación e interpretación ponderada cuantitativa o cualitativa de los derechos fundamentales, cada vez adquiere mayor importancia y relevancia jurisprudencial.

En efecto, Robert Alexy (2007) en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, traducida por Carlos Bernal Pulido, expresa una medida o regla de ponderación para comparar, sopesar y valorar los principios constitucionales en materia de colisión o conflicto de derechos fundamentales. Esta medida razonable de valoración, según Alexy (2007, p. 76), en la exposición de motivos o razones de medio y fin de la ponderación, como regla o margen, se ilustra en su obra citada con la intervención del caso “Lebach”; y en este ejemplo, Alexy hace referencia a una regla constitutiva de valor de las ponderaciones del Tribunal Constitucional Federal en Alemania, formulando dicha regla de la siguiente manera: “cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2007, p. 138).

Como se puede apreciar, es desde esta premisa o perspectiva normativa reglada desde donde Alexy plantea la colisión de derechos, dependiendo de su grado de importancia y su relación de principios y valores antagónicos o contrapuestos, por lo que el resultado razonable y lógico de dicha colisión sea una respuesta concreta de peso o valor a cada principio. En esta regla de pesos y contrapesos de principios o subprincipios, el valor de carga o de peso corresponde directamente a la proporcionalidad, importancia y necesidad de razones válidas para el juez o para el que valora la carga de dicha colisión o pretensión, frente a la pugna o enfrentamiento de derechos fundamentales de mayor peso o carga de valor. Conforme lo anterior, se puede afirmar que la ley de la ponderación, en opinión de algunos autores, dentro de los cuales se destaca Bechara (2011, p. 36), apunta a la importancia de la satisfacción de principios contrapuestos o en conflicto, ya que se debe razonar de manera lógica sobre su prevalencia y superioridad en cada caso. Para este juicio de valor argumentativo, racional y lógico, se requiere la objetividad del ponderante o evaluador de pesos o cargas, de cara a una realidad jurídica de principios y valores constitucionales, sobre el ejercicio y respeto de derechos fundamentales tutelables o en conflicto.

Una mirada a la tesis expuesta establece, dentro de las sentencias analizadas, que Alexy presupone tres (3) niveles o rangos que marcan distancia,

diferencia y valor al peso o contrapeso de principios contrapuestos y cuyo nombre es el de “escala triádica”, bajo la indicación de unos niveles o conceptos graduados, como: leve, medio y grave. Estos niveles como grados o valores de peso dentro de la dimensión o escala de ponderación se suman fundamentalmente al principio de razonabilidad objetividad y argumentación de cada rango. Por lo que se puede deducir, siguiendo la dirección de inferencia en idéntico sentido, y como lo anota el autor Carbonell (2007), que estas reglas o principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, sea leve, medio o grave, buscando un grado de satisfacción o tolerancia según un peso en la escala de rango para la argumentación jurídica de los principios en colisión.

No obstante, es importante resaltar para explicar el tema central de este título, en relación con los postulados de ponderación y su desarrollo, que la estructura de esta teoría planteada por Alexy (2007) se centra fundamentalmente en tres (3) conceptos o elementos que representan la característica primordial de su teoría. Estos son:

- a) La Ley de ponderación
- b) La fórmula de peso y
- c) Las cargas de argumentación.

La Ley de ponderación, como ya dijimos, busca satisfacer la afectación o no de los principios para buscar el equilibrio de los derechos fundamentales en colisión, en la medida razonable de agregar mayor o menor peso o valor a los principios en disputa. Un ejemplo claro de esta representación la trae Quiroga (2007), al referirse a la mutación del *statu quo* del derecho, que se justifica, según el autor, en razón a que su afectación o no satisfacción se traslada en un aumento de la satisfacción o protección adicional del otro derecho en colisión; por ejemplo, la expedición de un acto administrativo que ordene el toque de queda, o el decreto en Estado de excepción que declare la conmoción interior o la emergencia económica, en este caso vía excepcional y temporal, por medio del cual se interviene el derecho y garantías de libertad de locomoción, reunión y asociación vía administrativa legítima, por cuanto se

argumenta jurídicamente desde los considerandos y resolución del acto administrativo o decreto legislativo el estado excepcional *pro tempore* y, por lo tanto, la mutación, suspensión y cambio del *statu quo* de los derechos ciudadanos y las garantías sociales que se modifican frente a los administrados para ser justificada su decisión. Considerando los efectos de peso o valor de los argumentos expuestos para su justificación, frente a la carga lógica de su razón de ser, este cambio puede o no ser aceptado en la medida que esa decisión vía gubernativa represente un mayor peso argumentativo, valor representativo y ponderación de los derechos superiores o prevalentes; por consiguiente, se justificaría una disminución de la satisfacción de la libertad ciudadana y el derecho a la locomoción que es en esencia proporcional al peso o aumento en la satisfacción del derecho a la igualdad ciudadana.

La fórmula del peso en la Teoría de la Ponderación es representada por Alexy (2010) para demostrar que son posibles los juicios racionales y lógicos de peso, referentes a la intensidad de las interferencias y grados de importancia (I) que, para este caso, en la sentencia denominada “Titanic”, se puede graficar en la ecuación (1) de la siguiente manera:

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j} \quad (1)$$

En esta ecuación sin tener en cuenta las variables de *pondus* o peso de los derechos o principios en choque que se grafican como (G_i , G_j) y la escala de efectividad de las premisas reales frente a la incongruencia o no de las mismas en conflicto, que se representa más adelante en la medida como (S_i , S_j).

Según Alexy, en esta fórmula se puede separar y omitir de estas variables para representar la ecuación más completa.

Alexy (2010, p. 33) expresa que, en principio, esta fórmula se puede prescindir y de esta manera plantea una ecuación deóntica más compleja

para explicar el caso de un oficial de la reserva parapléjico, que la revista *Titanic* en Alemania, llamó “asesino nato” y luego “tullido”.

En este caso la ecuación lógica deóntica (2) se puede representar así:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j} \quad (2)$$

Tanto en la fórmula o ecuación de ponderación más sencilla, como en la más completa y compleja (Alexy, 2010, p. 33) plantea que la letra (I), equivale al grado de intensidad de interpretación frente al principio (Pi), que para el ejemplo ilustrado es el principio que garantiza la libertad de expresión que tenía la revista *Titanic*. Por otra parte (Ij), simboliza la importancia de satisfacción del principio en pugna (Pj), lo que equivale a decir, que este es el principio que tiene como objeto del derecho fundamental a la personalidad del oficial parapléjico. En conclusión (Gj) representa el peso concreto del principio de colisión, cuya valoración en este caso se representa como (Pi).

En esta ecuación la fórmula de peso que pone de presente el autor, se sustenta en el *pondus* (pondeo o valor) o peso de un principio, que puede ser o es un peso relativo, lo que hace que se defina como un peso concreto o cociente de la intensidad de la interferencia en el principio (Pi) frente a la relevancia del principio en colisión (Pj) (Alexy, 2010, p. 33).

Estos cocientes se pueden relacionar con números o con los valores del modelo triádico (leve, medio y grave), lo que se podría denominar L, M y S, respectivamente, con valores geométricos de 2º, 2¹, 2², o de manera numérica o matemática como los números enteros 1, 2, y 4, respectivamente, utilizables para las variables de peso.

En el fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán referente al caso *Titanic*, según Alexy (2010, p. 35) se clasificó la intensidad de la interferencia (Ii) en la libertad de expresión (Pi) como grave (S). De otra parte, la importancia de la protección del derecho a la personalidad (Pj)

del oficial (Ij) para la descripción bajo el apelativo “asesino nato”, se clasificó como un valor medio (M). En cambio, la descripción del oficial como “tullido” fue considerada una expresión de humillación y desprecio, lo que dio lugar a la condena de una indemnización a favor del oficial por parte de la revista *Titanic*.

Para ilustrar, explicar y expresar el contenido de estas fórmulas, se pueden despejar ponderando el grado de intervención y satisfacción en las ecuaciones (3) y (4), así:

$$I_i = P_i = 4$$

$$G_{i,j} = \frac{I_i - P_j}{I_i - P_j} = 2 \quad \text{Expresión “asesino nato” (mayor de uno) (3)}$$

$$I_j = P_j = 2$$

$$I_i = P_i = 2$$

$$G_{i,j} = \frac{I_i - P_j}{I_i - P_j} = \frac{1}{2} = 0.5 \quad \text{Expresión “tullido” (menor que uno) (4)}$$

$$I_j = P_j = 4$$

Para Alexy (2010, p. 37) la ponderación se muestra como una forma de argumentación dentro del discurso jurídico racional, donde un paso importante en la defensa de la construcción de los derechos fundamentales como principios, es la optimización y la carga de argumentos en caso de colisión. Estos mismos argumentos los refiere la Corte Constitucional colombiana en sus sentencias, algunas de las cuales, dentro de la transición de derechos y garantías sociales de los derechos fundamentales, quedaron plasmadas e impresas definitivamente con la Asamblea Nacional Constituyente a partir de 1991.

Al respecto, vale la pena ilustrar la aplicación de esta ecuación sobre la Ley de Ponderación de Alexy, revisando una Sentencia Fundadora que, de manera paradigmática y pionera, trae la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, citada por Bernal (2007) y Quiroga (2012, p. 12), tomando como ejemplo la Sentencia T-411 de 1994, Corte Constitucional, Magistrado Ponente el doctor Vladimiro Naranjo Mesa, radicado T-38362. Esta decisión trata dentro de la relación fáctica, el caso de los padres de una niña que profesan el culto evangélico, que se

niegan a llevarla al hospital aduciendo motivos religiosos, poniendo en peligro la vida de la menor; en este caso bajo la premisa (Ii) derechos fundamentales a la vida y a la salud; y por otra parte, se enumera como principios y derechos fundamentales el derecho de libertad de culto y el libre desarrollo a la personalidad de los padres de la menor; como premisa (Ij), sería la siguiente ecuación (5) en la ilustración de la fórmula de peso en el test de ponderación, así:

$$G_{j,i} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j} \quad (5)$$

Para el caso, Ii: es el grado de afectación de los derechos de la menor X, el cual es considerado por la Corte como grave (4), en la medida que se satisface el amparo constitucional al derecho fundamental de la vida de la menor que requiere atención médica oportuna. Por otro lado, los derechos de los padres (Ij) se afectarían al verse obligados a llevar a su hija al hospital en contra de sus creencias religiosas y voluntad, la cual se afectará en un nivel medio (2) por cuanto la satisfacción de estos derechos se limita solo en este caso, al derecho fundamental de libertad de culto.

Gi; corresponde al peso o valor del derecho fundamental a la vida en nuestra Constitución, obteniendo el mayor grado de ponderación; para este caso un grado alto o grave en la escala como (4). Por el contrario (Gj) obtiene un peso de ponderación medio (2) por tratarse de satisfacer el respeto por el culto, conciencia y creencias religiosas de sus padres.

La representación nominada: (Si), representa en la ecuación, la seguridad de la premisa respecto a la afectación de ambos grupos de derechos (i) y (j), el cual es considerado leve (1), teniendo en cuenta que de hecho existe oportunidad de ser afectados los derechos de la menor (Ii) en caso de ser internada en el hospital, para satisfacer su derecho a la vida, y de la misma manera pueden ser intervenidos y afectados los derechos fundamentales de sus padres (Ij) en caso de ser obligados a llevar a su hija al hospital en contra de su voluntad y creencias religiosas.

En este caso, los valores asignados a la fórmula de peso que trae la ley de la Ponderación, será la siguiente ecuación (6) que se expresa así:

$$G_{i,j} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = 4 \quad (6)$$

Al invertir la relación con el propósito de analizar el grado de afectación de la ecuación de ponderación expresada como (7) de manera recíproca, tenemos:

$$G_{j,i} = \frac{I_j \cdot G_j \cdot S_j}{I_i \cdot G_i \cdot S_i} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = 0.25 \quad (7)$$

Como conclusión del siguiente ejemplo de lógica formal, la afectación de los derechos de libertad de culto y el libre desarrollo de la personalidad de los padres, quedan satisfechos en un 0.25, *contrario sensum*, no se compadece la intervención de los derechos a la vida y a la salud de la menor, los cuales son afectados en 4.0, razón por demás, tuvo la Corte para amparar los derechos de la menor (Ii).

Cabe anotar, que Alexy contempla en caso de empate una carga de prueba argumentativa que se satisface afectando la perspectiva racional de aplicación de los denominados “*indubios*”, o cargas de argumentación que, si bien es cierto, aplican en caso de igualdad, también es válidamente aceptado para el autor, aplicar los principios de libertad e igualdad. No obstante, si subsiste la colisión de derechos o principios, se aplicarían de ser el caso el *indubio pro libertate*, o el principio de *indubio pro legislatore*, que argumenta un peso a favor de la norma acusada y por lo tanto se debe revisar su constitucionalidad (Quiroga, 2007, p. 14).

Sentencias de la Corte Constitucional equilibrando el peso de valores y principios del Test de Ponderación

En algunos casos, dentro de asuntos sociojurídicos en pugna o choque de derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha recurrido a la aplicación de los postulados o Ley de Ponderación de esta teoría del Derecho, y de ahí extractaremos el análisis jurídico argumentativo del Alto Tribunal, para argumentar y fallar la solución de conflictos y colisión de los derechos fundamentales en casos difíciles.

El análisis e interpretación hermenéutica frente a los postulados de Ponderación, desde la comprensión del Estado Constitucional de Derecho, a partir del año 1991, plasma frente a los argumentos a favor de los derechos fundamentales del Estado social de derecho o “Neoconstitucional”, una tesis impactante de las tendencias jurisprudenciales del país, en favor de las garantías sociales del Estado Constitucional.

En nuestro sistema judicial, a partir de la Constitución Política de 1991, se pueden identificar dentro de las sentencias investigadas y analizadas las siguientes:

Sentencia T-002 de 2012: en este caso la Corte Constitucional colombiana resuelve un conflicto de competencias entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, donde se pondera el valor de la diversidad y justificación de la jurisdicción indígena a partir de la Constitución de 1991. En el proveído de esta sentencia la Corte Constitucional estableció criterios de ponderación para solucionar tensiones en casos relacionados con la integridad étnica y diversidad cultural del grupo de afectados (Reiteración de jurisprudencia). Al respecto argumentó el máximo tribunal:

(...) Todo ello bajo el entendido de que sopesar la jerarquía de los intereses en pugna y la posible aplicación de medidas menos gravosas para la autonomía de las comunidades, es un ejercicio de ponderación que debe realizarse a la luz de las características y atributos propios de cada comunidad” (Corte Constitucional, Sent. T- 002 de 2012, Rad. Acumulados T-3120650 y T-3120654. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, Bogotá).

La Sentencia T-411 de 1994: la cual analizamos en la fórmula de ponderación de Alexy, constituye la base de la línea jurisprudencial, por ser la Sentencia “hito, dominante o principal” según la denominación de López Medina (2006) en el libro *El Derecho de los Jueces*, cuando expresa:

(...) En cualquiera de los escenarios constitucionales existen muchas sentencias que se han promulgado sobre el patrón fáctico que se busca resolver: se requiere que el intérprete jurisprudencial identifique y escoja aquéllas que tienen un *peso estructural fundamental* dentro de la línea por oposición a sentencias de menor importancia doctrinal (López, 2006, p. 161).

Por ende, referente a los conflictos o colisión de derechos fundamentales de la Sentencia T-406 de 1992, en consonancia con la Sentencia T- 227 de 2003, en relación con las reglas y principios de los derechos fundamentales amparados en sede constitucional por vía de tutela, respecto del derecho a la salud y por ende a la vida, en contra de la ponderación de la libertad de cultos o al libre desarrollo de la personalidad. Siguen esta misma línea jurisprudencial la Sentencia T- 474 de 1996 y la Sentencia T-659 de 2002, donde acorde con lo ya expresado en la Sentencia Hito (T-411 de 1994), se revisa la Acción Constitucional de tutela instaurada en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, y se confirma por parte del Alto Tribunal, el fallo conforme el cual, se negó la improcedencia de la tutela instaurada contra particulares, vinculando de manera directa al Instituto de Seguros Sociales Seccional Bucaramanga, hoy Nueva EPS, a quien se le ordenó perentoriamente continuar el tratamiento médico de una menor de conformidad con lo que dispone el artículo 42° del Decreto 2591 de 1991. En esta oportunidad, se reitera la jurisprudencia, de donde se puede extractar lo siguiente:

(...) si en cumplimiento de tales preceptos (la libertad religiosa) pretende adoptar decisiones que ponen en peligro su propia vida, como es rehusar un tratamiento médico que en opinión de los especialistas es esencial dada la gravedad de su estado, el Estado tiene la obligación de proteger ese derecho fundamental a la vida sin el cual, no sería posible la realización de los demás derechos que consagra la Carta Política (Corte Constitucional, Sent. T-474 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz).

Por otra parte, la Sentencia T- 659 de 2002, en este mismo sentido de línea jurisprudencial, decide en su revisión, revocar el fallo proferido por el Juzgado Primero de Familia de Pereira, que no amparó los derechos fundamentales a la libertad de culto, conciencia y libre desarrollo de la personalidad, planteando la sustracción de materia del objeto insatisfecho o inexistencia del derecho fundamental a la vida y la salud de la tutelante, pero sentando el precedente, por cuanto antes de proferir el fallo, la señora que tutelaba su libertad de culto, conciencia, y libre desarrollo a la personalidad, ya había muerto por negarse a realizar una transfusión de sangre, que por su voluntad y creencia religiosa, no quería realizar, rechazando la posibilidad de practicar otros tratamientos alternativos. En esta oportunidad la Corte Constitucional manifestó:

(...) era titular de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos y, según la fe que profesaba, debía rehusarse a que se le practicaran transfusiones de sangre, de modo que, siendo plenamente capaz, no era dable que a través de una orden impartida por el juez constitucional de tutela se contrariara su voluntad, manifestada por demás en forma consciente y reiterada y habiendo optado por la opción de que se le aplicara un tratamiento médico alternativo que a su juicio no contrariaba su fe (Corte Constitucional, Sent. T-659 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

No se puede ponderar o sopesar en este mismo sentido de línea jurisprudencial, en el caso de la libertad de culto apelando a la fórmula de peso de Alexy, las sentencias que ponderan dentro de proporcionalidad en concreto, la libertad de culto, *versus* el derecho a la educación e igualdad, por cuanto en este caso, la regla de valor se invierte a su favor. Tal es la situación que se plantea en la siguiente línea jurisprudencial, las cuales le dan prioridad y valor al derecho de culto y libertad de conciencia.

Sentencia C-088 de 1994: que pondera el control automático de constitucionalidad del Proyecto Estatutario hoy Ley 133 de 1994, la Sentencia T-602 de 1996; Sentencia C-616 de 1997; Sentencia T- 1083 de 2002; Sentencia T- 026 de 2005; Sentencia T-448 de 2007; Sentencia T-044 de 2008; Sentencia T-379 de 2009 y Sentencia T-493 de 2010, todas las cuales marcan una línea jurisprudencial en relación con la prevalencia de la

libertad de culto, frente a otros derechos, como la educación, la igualdad, u otros derechos fundamentales que pesan menos frente a los derechos religiosos de un Estado laico que respeta la libertad de conciencia. En la última sentencia de esta línea de ponderación de derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha reiterado la jurisprudencia, manifestando:

(...) los límites al ejercicio de la libertad religiosa deben fundarse en tres postulados: (i) la presunción debe estar siempre a favor de la libertad en su grado máximo, (ii) ésta sólo puede restringirse en cuanto a que la medida sea racional y objetivamente constituya una medida necesaria y (iii) las posibles limitaciones no pueden ser arbitrarias o discrecionales (Corte Constitucional, Sent. T-493 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Sentencia T-335 de 2006: a partir de los principios iusfundamentales de la dignidad humana, para garantizar los derechos humanos de las madres gestantes en los típicos casos de despenalización del aborto, la Corte Constitucional en este importante fallo sostuvo:

(...) en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) (Corte Constitucional, Sentencia T-335 de 2006. Mag. Ponentes. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández).

En esta misma Sentencia, en la nota número [183] sobre el valor de la libertad y la dignidad humana la Corte igualmente dijo:

De lo expresado, debe constatarse que la libertad hace parte intrínseca de la dignidad humana. Al respecto de lo que hace parte de la dignidad humana, afirmó Alexy: ‘la concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad’.

Finalmente, sobre la necesidad de acudir a criterios de jerarquización para resolver conflictos entre derechos fundamentales y bienes

jurídicamente protegidos, la Corte tomando como referente de la Ley de Ponderación de Robert Alexy, en la nota número [502] expresó en esta misma sentencia:

(...) El criterio de ponderación de derechos.

El otro criterio al que usualmente acude la ciencia constitucional para resolver conflictos de derechos es el criterio de la ponderación. La ponderación de derechos, entendidos como principios, parte de la base de que las normas que los reconocen son mandatos de optimización. En este sentido dice Alexy: En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios (Corte Constitucional, Sentencia T-335 de 2006. Mag. Ponentes. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández).

Conclusiones

Consideramos que pese a los avances teórico-jurídicos que ha mantenido la Jurisprudencia colombiana en los últimos años, se requiere precisar, tratándose de reglas o pesos de valoración dentro de los postulados estudiados, niveles de medición objetivos de afectación o satisfacción de derechos fundamentales, para una adecuada intervención del Estado social de derecho, frente al amparo y protección de estos. Esto con el fin de encontrar soluciones o alternativas válidas en caso de tensión, conflicto o colisión de los derechos fundamentales, lo cual obliga de manera imperativa e imperiosa a los jueces y operadores judiciales a aplicar y realizar una función valorativa de peso o contrapeso de principios constitucionales para definir la órbita de acción, protección y reconocimiento prevalente de los mismos, no de una forma de decisión teniendo en cuenta una mecánica subsunción de las reglas o fórmulas de ponderación, atribuida más a la simple tesis del positivismo tradicional, que de una alternativa de priorizar derechos fundamentales, dentro de la discrecionalidad que

plantea la fuerza vinculante de su reconocimiento inmediato por el juez en sede Constitucional.

En aras de esta óptima relación jurídica que podría presentar la Teoría de Ponderación de Alexy en nuestra jurisprudencia, a partir del nuevo orden social del Estado de derecho, en donde la tutela queda enmarcada en un procedimiento adjetivo constitucional, claro y preciso de reconocimiento de valores fundantes a partir del preámbulo de la misma, se creó un nuevo y reciente derecho procesal constitucional que exige una operación judicial expedita, segura y con un alto grado de celeridad, esencialmente valorativa, ponderando los principios, subprincipios y reglas de peso en cada caso concreto y específico, de choque o colisión de derechos. Todo lo anterior, a fin de optimizar, tutelar y proteger proactivamente la eficacia, validez y legitimidad de los derechos fundamentales constitucionales.

La Ley o teoría de Ponderación siempre requiere de parte del juez, como operador de la función pública constitucional de reconocimiento de derechos y aplicación de la ley en sentido estricto, una valoración de peso de los derechos fundamentales de aplicación inmediata, que, de cualquier otra participación reglada de normas y derechos en sentido de valores y principios, sin ningún tipo de razonamiento o proporcionalidad. Por esta razón, en esencia hoy dentro del procedimiento constitucional de solución de conflictos y colisión de derechos, el juez se debe dirigir y encausar en la ponderación de los mismos, con una facultad más reglada que discrecional, sin que se soslaye su principal función valorativa, lógica y crítica, dentro del principio de mediación, eficiencia, publicidad, y celeridad, que exige el reconocimiento de los derechos fundamentales, en el nuevo orden legal e institucional del Estado social de derecho.

Aunque no existe en la Jurisprudencia colombiana reglas definidas de peso y valoración de rangos, para tener cualitativa y cuantitativamente una fórmula de ponderación clara y precisa, ya que las sentencias a que alude el test de ponderación son todavía escasas, creemos que tratándose de derechos fundamentales, si es posible dentro de una lógica deóntica o formal, establecer valores de peso a cada uno de los derechos funda-

mentales jerarquizados, para solucionar las tensiones o colisiones en caso de conflicto, que permita por la vía expedita del procedimiento constitucional de tutela, amparar de manera inmediata el grado de satisfacción o afectación que optimiza el reconocimiento o no, de estos derechos fundamentales.

La participación exigua que ha mantenido la Corte Constitucional colombiana en el desarrollo de los postulados de ponderación no es muy amplia, pero sí precisa al sopesar y definir algunos casos difíciles, que, dentro de la labor del juez y el precedente judicial, obligan a satisfacer los fundamentos iusnaturales o iuspositivistas frente a la ley de la ponderación, amparados en las decisiones y reiteración de jurisprudencia de casos resueltos por medio de estos postulados.

Debemos cuestionar si el test o Ley de Ponderación tiene de alguna manera un procedimiento matemático preciso o elementos metodológicos claros que garanticen su objetividad, razonabilidad y efectividad dentro del reconocimiento garantista de los derechos fundamentales, o si, por el contrario, solo se convierte en una tímida respuesta de sana crítica y lógica del juez, al resolver colisiones o choques de derechos, principios y valores fundamentales.

La Ley de Ponderación en sentido estricto, es sin duda una herramienta argumentativa de peso que representa y fundamenta el trámite del procedimiento del derecho constitucional de manera eficaz, frente a la colisión o pugna de valores y principios, para asegurar en el marco de nuestro Preámbulo Constitucional, el ejercicio y reconocimiento de los aspectos iusfundamentales dentro del ámbito de un Estado social de derecho, que se presume reconoce la diversidad de conceptos y teorías del derecho a la hora de resolver sus conflictos judiciales.

Referencias

- Acevedo, A. M. (2012). El juicio de ponderación y el test de necesidad en la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy: Subprincipios del test de proporcionalidad. *La Investigación Jurídica y sociojurídica en Colombia, Bucaramanga* (1er ed.). Publicación UIS, UPB, y UNAB.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica* Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (2da. ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). La construcción de los derechos fundamentales. *Colección Derecho, Estado y Sociedad* (1era. ed.). Ad-Hoc.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos fundamentales* (2ª ed.). Legis.
- Atienza, M. (2004). *Las razones del derecho, teoría de la argumentación jurídica*. (2ª. ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Barrio, R. (2007). *Derecho constitucional, derecho interamericano y derechos indígenas, avances y frustraciones*. Editorial Códice Ltda.
- Bechara, A.Z. (2011). *La ponderación y los derechos fundamentales* (1ª. ed.). Editorial Universidad Libre, sede Cartagena.
- Benavides, M. (2015). *Implicaciones jurídicas del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales*. (Tesis Maestría). Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga, División de Ciencias Jurídicas y Políticas, CRAI.
- Bernal, P. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (3º ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Caldera, Y. (2017). La democracia: un derecho fundamental. (Tesis doctoral). Universidad Santo Tomás, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. USTA - CRAI.
- Carbonell. (2007). *La proporcionalidad en el estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Carrillo, Y. (2009). *Teoría de la argumentación y del razonamiento jurídico* (1ª. ed.). Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Granados, F. (2018). *La fundamentalidad del derecho a la salud en Colombia y su desarrollo*. (Tesis doctoral). Universidad Santo Tomás, División de Ciencias Jurídicas y Políticas, USTA CRAI.

- Ibáñez, P., y Alexy, R. (2006). *Jueces y ponderación argumentativa*. Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Estado de Derecho y Función Judicial, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- López, D. (2008). *El derecho de los jueces*. (2da. ed.). Legis.
- Moncada, F.J. P. (2015). Retos y desafíos del comercio electrónico de consumo en las relaciones transfronterizas: una perspectiva del derecho colombiano. En *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América*. Ed. Tirant Lo Blanch.
- Ochoa, S. (2017). *Aplicación del Test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucionalidad: mecanismo para garantizar derechos fundamentales*. (Tesis de Maestría). Universidad Santo Tomás, División de Ciencias Jurídicas y Políticas, USTA - CRAI.
- Quiroga. (2007, junio). *Revista de Economía del Rosario*, 10(1), 75-93.

5. Matrimonio igualitario, perspectivas desde el derecho comparado y constitucional

Viviana Andrea Cortes Uribe, 

*Facultad de Derecho,
grupo de Investigación Estado, Derecho y Políticas Públicas,
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: viviana.cortes01@ustabuca.edu.co. ORCID*

Ana Yasmín Torres Torres, 

*Facultad de Derecho,
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: yasmintorrest@gmail.com. ORCID*

Jorge Luis Gómez Suárez, 

*Facultad de Derecho,
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: jorge.gomez01@ustabuca.edu.co. ORCID*

Elber Enrique Gómez Ustaris, 

*Facultad de Derecho,
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: elber84073297@gmail.com. ORCID*

Roberto Pablo Beltrán Flórez, 

*Facultad de Derecho,
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: roberto.beltran@ustabuca.edu.co. ORCID:*

Introducción

¿Qué tipo de familias se amparan desde la protección constitucional en Colombia? El artículo 5 de la Constitución Política colombiana (1991) dispone que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, promesa que se encuentra en perfecta simetría con el artículo 42 de la Carta, pues define a la familia como “El núcleo esencial de la sociedad, la cual se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la

decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (Const., 1991, art. 42). El inciso 4 de esta norma determina además que: “Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes” (Const., 1991).

Estas cláusulas le imponen al Estado colombiano la obligación de salvaguardar el conjunto de derechos que se derivan de las relaciones familiares, tanto personales como patrimoniales, pero no solo se limita al reconocimiento de estos, sino que deben ser acorazados por los principios de igualdad material y pluralismo, los cuales, entre otros tantos, constituyen el fundamento epistémico de nuestra sociedad, su razón de ser y fin último.

El artículo 113 del Código Civil colombiano define el matrimonio como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con una finalidad; esto es, vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente (Código Civil, 1887, art. 113). Más adelante, el artículo 176 enumera unas obligaciones que deben atender los consortes por el hecho del surgimiento del vínculo, señalando que “Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida” (Código Civil, 1887, art. 176). En materia de sociedad conyugal, el artículo 180 de la codificación civil, modificado por el artículo 13 del Decreto 2820 de 1974, establece que “Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del título 22, libro IV del Código Civil” (Decreto 2820, 1974).

Así las cosas, tenemos que el matrimonio tiene unas connotaciones peculiares que lo diferencian de otros negocios jurídicos, entre las cuales podemos destacar que, de manera inconsulta a la voluntad de los consortes, surgen unos efectos personales y patrimoniales conforme lo establece el Código Civil, amén de las capitulaciones matrimoniales que pueden afectar el régimen de bienes establecido en la ley.

Entre los efectos civiles del matrimonio se pueden encontrar los siguientes: a) las obligaciones recíprocas entre los esposos (la cohabitación,

la fidelidad, el socorro y la ayuda (Código Civil, 1887, art. 113 y 176), b) el régimen de bienes de la sociedad conyugal, c) la legitimidad de la prole, y d) el estado civil de casados (Corte Constitucional, C-027, 1993). Del catálogo de derecho civil se puede extraer que las obligaciones mutuas entre los cónyuges no están condicionadas al cumplimiento cabal de todas las obligaciones por parte del otro cónyuge; de hecho, las obligaciones de respeto y fidelidad no constituyen presentaciones positivas sino mandatos prohibitivos: deberes cuyo cumplimiento consiste en una abstención, en una conducta omisiva (Corte Suprema de Justicia, 1986).

Esta institución milenaria es un medio para constituir un tipo peculiar de familia a la que el legislador ha otorgado derechos muy especiales, como acaba de mencionarse. En este punto, es de gran relevancia aclarar que los destinatarios de la protección jurídica que blindó el matrimonio son los consortes y no los hijos, pues la prole ha tenido un desarrollo legislativo y jurisprudencial independiente del tipo de unión a través de la cual se conforma una familia, por lo menos, de manera más acentuada desde la expedición de la Constitución Política de 1991.

Como antecedente que marcó un hito, se tiene lo previsto en la Ley 29 de 1982 que otorgó igualdad de derechos sucesorales a los hijos “legítimos”, extramatrimoniales y adoptivos, lo que se extendió a todas las dimensiones del ser humano por mandato del constituyente (Ley 29, 1982, art. 1), tal como lo dispone el inciso 6 del artículo 42 de la Carta Política, en el que se dice que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable” (Const., 1991, art. 42).

Esta igualdad ha ido sofocando las diferencias históricas entre la clasificación odiosa que el legislador ha dado a los hijos; y aunque hoy día persista una denominación execrable para los hijos matrimoniales –como legítimos– los avances son evidentes, como ocurre en materia de filiación. La Ley 1060 de 2006 estableció la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant* para los hijos nacidos de uniones maritales (Ley 1060, 2006, art. 213), la cual, previo a la expedición de la norma, estaba reservada solo

para los hijos fruto del matrimonio. Esta progresividad en el derecho culminó su perfeccionamiento en la Sentencia C-131-18 (Corte Constitucional, C-131.18, 2018), pues la contabilización del término de ciento ochenta días para presumir la paternidad de los hijos nacidos de uniones maritales ya no se cuenta desde la declaratoria de esta unión, conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005 (escritura pública, acta de conciliación o sentencia judicial), sino desde que se acredite el inicio de la convivencia entre los padres.

Es preciso señalar que aunque Colombia ha firmado o adherido a varios tratados de derecho internacional que prohíben la discriminación de los hijos debido a su origen familiar, solo desde los años 80 se inició con determinación (aunque de manera paquidérmica) el compromiso de honrar estos acuerdos internacionales. Como referencia se puede citar la Declaración de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, en la que consta (art. 25) que “Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social” (ONU, 1948).

Tal como se evidencia en materia de presunción de la paternidad, se pueden referir otros tantos aspectos donde los hijos nacidos dentro del matrimonio –o fuera de él– han adquirido igual estatus jurídico, y esto obedece, en parte, al despertar de la comunidad jurídica provocado por la actividad proveniente del derecho convencional.

Como se afirmó en líneas anteriores, el debate alrededor del derecho de un individuo a contraer nupcias con otra persona del mismo sexo, en principio no involucra los derechos de los hijos nacidos dentro de esta unión, aunque no otorgar a las parejas homosexuales el derecho a contraer matrimonio deriva en un trato desigual entre los hijos provenientes de esta unión –bien sea con asistencia científica o adoptados–, pues al negarle derechos patrimoniales a sus padres ocurre lo mismo con los hijos, debido a que no podrán sucederlos en sus bienes, entre otras privaciones injustificadas.

Así, pactar en un contrato innominado cláusulas que recreen los efectos personales del matrimonio genera gran incertidumbre a la hora de exigir el cumplimiento de las obligaciones, por cuanto se dispone de derechos fundamentales que, por mandato constitucional en materia de matrimonio, solo le compete al Congreso de la República (Const., 1991, art. 42) en ejercicio de la libertad de configuración legislativa. De tal suerte que los contratantes no podrán exigir del otro, verbigracia, fidelidad moral o material, como tampoco podrán pedir alimentos en calidad de cónyuges, derecho que debe llamar la atención por su progresividad en la jurisprudencia.

Para explicar con mayor detenimiento uno de los derechos ausentes en las “uniones solemnes”, se puede traer a colación el artículo 411 del Código Civil, el cual es por excelencia la fuente legal de las obligaciones alimentarias en Colombia. En el numeral primero de este artículo se establece que se deben alimentos al cónyuge [y compañeros permanentes heterosexuales (Corte Constitucional, C-1033-02, 2002), y homosexuales (Corte Constitucional, C-029-09, 2009)]; y en el numeral 4 se determina que los alimentos están a cargo del cónyuge culpable y en favor del cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa (Código Civil, 1887, art. 411). Pero su alcance no se limita a estas situaciones fácticas, pues la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha extendido su alcance a nuevas circunstancias, como es el caso de los alimentos en favor del cónyuge sano cuando se alega el divorcio con base en la causal 6 del Código Civil (1887, art. 154) (Corte Constitucional, C-246-02, 2002), o en la causal 8 que contempla la separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años, la cual, y en principio, no genera derecho a reclamar alimentos por dar lugar al divorcio remedio (donde no se analiza la culpabilidad). Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C-1495-00, expuso que el cónyuge que invoca esta causal “No está facultado para disponer de los efectos patrimoniales de la disolución, de tal manera que, cuando el demandado lo solicita, el juez debe evaluar la responsabilidad de las partes en el resquebrajamiento de la vida en común, con miras a establecer las consecuencias patrimoniales” (Corte Constitucional, C-1495-00, 2000).

El matrimonio, a diferencia de su homóloga unión marital de hecho, garantiza a los contrayentes una relación más estable y duradera desde el punto de vista formal, y un régimen patrimonial robusto que repercuta de manera positiva en la seguridad de cada consorte, toda vez que la estabilidad en la unión deriva en que los contrayentes estarán unidos hasta tanto ocurra alguna de las causales de disolución del vínculo contempladas en el artículo 152 del Código Civil; esto es: la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado, que al tratarse de matrimonios religiosos se reduce a la cesación de efectos civiles.

Ahora bien, el divorcio en Colombia se vincula a partir de la expedición de la Ley 1 de 1976, y procede únicamente por las causales enunciadas de manera taxativa en el artículo 154 del Estatuto Civil. Su declaratoria conlleva unas consecuencias negativas para el cónyuge culpable cuando deriva de las causales subjetivas contempladas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo citado, como puede ser la condena a que pague alimentos en favor del cónyuge inocente (Código Civil, 1887, art. 411), y la posibilidad de revocar donaciones hechas por causa del matrimonio al cónyuge culpable (Código Civil, 1887, art. 162).

Como ya se advirtió, dado que los alimentos en Colombia atienden al principio de solidaridad (Corte Constitucional, C-994-04, 2004), la Corte ha legitimado a los cónyuges para pedir alimentos en el proceso de divorcio, más allá de lo establecido en la ley, más allá de la concepción de culpabilidad. Tal es el caso (como ya se mencionó) de aquel consorte que padece una enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica, que pone en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial (Código Civil, 1887, causal 6, art. 154), o el caso del cónyuge que no dio lugar a la separación de cuerpos, sea judicial o de hecho (Código Civil, 1887, causal 8, art. 154).

Aunado a lo expuesto en materia de divorcio, los contrayentes están sujetos también a la existencia de causales de nulidad del matrimonio contempladas en el artículo 140 de la codificación civil (Código Civil, 1887, art. 140), las cuales se caracterizan igualmente por ser taxativas y de interpretación restrictiva. Esta figura lleva a la terminación del vínculo

con unas consecuencias peculiares, relacionadas con el hecho de que, de existir mala fe por parte de uno de los cónyuges, el consorte de buena fe podrá pedir la indemnización de todos los perjuicios ocasionados (Código Civil, 1887, art. 148), además de revocar las donaciones hechas con ocasión del nacimiento del vínculo (art. 1846).

Desde el punto de vista patrimonial, como ya se acotó, el matrimonio da paso al surgimiento de la sociedad conyugal (Código Civil, 1887, art. 180); y cuando esta surge a la luz del Título XXII, Capítulo II, es decir, sin que medien capitulaciones que convengan modificar el régimen, el consorte que no cuenta con bienes en el momento del surgimiento del vínculo, tiene la posibilidad de beneficiarse del incremento en el valor de los bienes que conforman el haber relativo (numerales 3, 4 y 6 del art. 1781), aumento que, como lo ha dicho la Corte, excluye de contra la corrección monetaria (Corte Constitucional, Sentencia C-278-14, 2014). Este impacto económico positivo en la vida del cónyuge que llega sin recursos materiales al matrimonio, jamás lo tendrá el compañero permanente (por lo menos hasta que la ley no sea reformada) porque no existe haber relativo en la sociedad patrimonial, y mucho menos en un contrato innominado o unión solemne entre personas del mismo sexo.

En la unión solemne amparada en un contrato innominado, los contratantes se encuentran en un escenario diametralmente opuesto al señalado hasta el momento para el matrimonio, debido a que la disposición por parte de los contratantes de bienes jurídicos como la libertad y la intimidad, seriamente involucrados cuando se pacta el deber de cohabitación o fidelidad, puede afectar el negocio jurídico en sí mismo al imponer límites al ejercicio de derechos fundamentales, los cuales no tienen un carácter rígido en el ser humano, sino que, bajo el amparo del libre desarrollo de la personalidad, se van ajustando a las diversas etapas psicológicas por las que atraviesa la persona.

Con el ánimo de identificar los argumentos que orientan la protección de la familia surgida a partir del matrimonio entre personas del mismo sexo, se abordará en primer lugar el estudio de referentes del derecho comparado y, posteriormente, los argumentos que se ofrecen desde el

neoconstitucionalismo; esto, con el fin de dar respuesta a la pregunta orientadora.

El matrimonio igualitario en el derecho comparado

El primer país africano en legalizar las uniones homosexuales fue Sudáfrica, en el año 2006. No obstante, el primer impulso fue judicial y no legislativo. Mediante sentencia, la Supreme Court of Appeal of South Africa (30 de noviembre de 2004), caso *Fourie v. Minister of Home Affairs*, declaró que la definición de matrimonio contenida en el *common law*, debe entenderse como inclusiva también de las uniones entre personas del mismo sexo. Por tratarse de una norma consuetudinaria, podía ser actualizada por el tribunal. Dicha sentencia fue plenamente confirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 1º de diciembre de 2005, la cual ordenó la modificación en la redacción de la referida ley, de tal manera que junto a «esposa o marido» se incluyera el término «cónyuge» (Martín, 2016); no obstante, y en aras a la seguridad jurídica, determinó que no tuviera efectos inmediatos, dando un plazo de doce meses al Parlamento para adaptar el ordenamiento sudafricano a la nueva situación, lo que se cumplió con la aprobación de la nueva Civil Union Act de 2006 (Díez-Picazo, 2007).

En Brasil, el Tribunal Superior de Justicia en Sentencia del 21 de junio (2011), declaró que en la Constitución no existía prohibición expresa de la posibilidad de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y que, en ese sentido, una interpretación restrictiva del artículo 226 sería violatoria del principio de igualdad y no discriminación. En este mismo sentido, en marzo de 2013 el Departamento de Administración de Justicia de Ceará dictó una orden administrativa que, en adelante, faculta a los notarios a formalizar las uniones entre parejas del mismo sexo y otorgarles status de matrimonio (Cabral, 2015).

México es otro de los países que ha reconocido el matrimonio homosexual por vía jurisdiccional. Por tratarse de un sistema federal, algunos Estados como Quintana Roo, Coahuila, México D.F. y Chihuahua ya

habían legislado en su favor. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Sentencia de 3 de junio (2015) declaró que “como la finalidad del matrimonio no es la procreación, no tiene razón justificada que la unión sea heterosexual, ni que se enuncie como entre un solo hombre y una sola mujer”. No obstante, los Estados no están obligados a efectuar regulación al respecto (Martín, 2016). Previamente, la Suprema Corte se había pronunciado en Sentencia de 5 de agosto de 2010, en favor de la adopción homoparental. El primer caso de adopción fue por parte de dos lesbianas en Ciudad de México en el 2011. Más tarde, en el 2016, los Estados de Campeche, Colima, Michoacán y Morelos también aceptaron la adopción (Chaparro, 2017).

Anteriormente, en Estados Unidos de Norteamérica el matrimonio no era competencia estatal, sino federal (Díez-Picazo, 2007). El primer Estado en aprobar el matrimonio homosexual fue el de Massachusetts. En Sentencia de 18 de noviembre de 2003, el Tribunal Supremo Estatal declaró inconstitucional la ley del Estado que prohibía el matrimonio entre parejas del mismo sexo; se otorgó un plazo de seis meses a la Asamblea General de Massachussets para enmendar la ley, tiempo durante el cual no se presentaron enmiendas, por lo cual la equiparación del matrimonio entró en vigor el 17 de mayo de 2004. De igual manera, la Corte Suprema de California (Sentencia de 17 de mayo de 2008), declaró inexecutable las leyes que prohibían el matrimonio homosexual (Mendoza). La diferencia de criterios que existía en torno a este tema fue finalmente dirimida por el Tribunal Supremo americano en Sentencia de 25 de junio de 2015, Asunto *Obergefell vs. Hosges*, mediante la cual anuló la potestad de los Estados Federales de prohibir estos matrimonios y, en su lugar, otorgó reconocimiento general al matrimonio homosexual (Martín, 2016).

En Colombia el matrimonio es una institución consagrada como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente” (artículo 113 del Código Civil). Sin embargo, la Corte Constitucional quiso brindar un matiz diferente a esta definición, en aras de garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación. Es así que en Sentencia C-577 (2011)

dispuso que a partir del 20 de junio de 2013 sería permitida la unión marital de las parejas del mismo sexo ante jueces o notarios (Torres, 2016), otorgándoles algunos derechos como los pensionales; sin embargo, la verdadera conquista de la comunidad homosexual se daría el 28 de abril de 2016 con la Sentencia de unificación SU-214/16 (Corte Constitucional), que finalmente reconoció el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo, con la previa de la Sentencia C-683 (2015), en la que se les había reconocido la posibilidad de que adoptaran niños (Martín, 2016).

Como referentes internacionales, se tiene que el 12 junio de 2019, con cinco votos a favor y cuatro en contra, la Corte Constitucional de Ecuador admitió que el matrimonio civil de parejas del mismo sexo era constitucional, conforme lo dispone el artículo 67 de la Constitución de Ecuador y con fundamento en la “Opinión Consultiva 24/17 de la Corte-IDH”, relacionada con la identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (2017). El alto Tribunal Constitucional se pronunció sobre una consulta elevada por una juez de la Unidad Judicial Civil del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, relacionada con la constitucionalidad del artículo 81 del Código Civil y el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles de Ecuador, que establecen que el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer (De Justicia, 2019).

A su vez, desde el 26 de mayo de 2020 las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio en Costa Rica. Esta decisión es consecuencia de un fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de 2018, que al resolver dos acciones interpuestas contra las normas del Código de Familia que de manera explícita prohibían las uniones entre personas del mismo sexo, declaró inconstitucional las normas acusadas y fijó un plazo de 18 meses al poder legislativo para elaborar una nueva normativa (El Tiempo, 2020). En el fallo se advirtió que de no expedirse norma al respecto por la Asamblea Legislativa, la disposición sería anulada el 26 de mayo, como en efecto ocurrió. Al igual que en Ecuador, la decisión de la Sala Constitucional se fundamentó en la “Opinión Consultiva 24/17 de la Corte-IDH” solicitada por la República de Costa Rica (2017).

El primer país en permitir el matrimonio civil entre personas del mismo sexo fue Holanda, a través de la Ley de 21 de diciembre de 2000, que entró en vigencia el 1 de abril de 2001. Aunque

su Constitución no lo incorpora entre sus derechos, la prohibición de discriminación «por cualquier consideración» (art. 1) y el respeto a su vida privada (art. 10), fueron los contenidos constitucionales que probablemente sirvieron de base para aprobar este tipo de regulación (Martín, 2016).

El segundo país en legalizar estas uniones fue Bélgica a través de la Ley de 30 de enero de 2003, de contenido muy similar a la holandesa (Díez-Picazo, 2007).

El tercer país en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo fue España, mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (Ley 13 de 2005). Se resalta de la norma la igualdad de trato que se confiere a las normas aplicables, tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo.

En el mismo año, Francia aprobó la Ley 2013-404, publicada el 18 de mayo en el Diario Oficial (2013). Con esta ley, Francia se convierte en el noveno país europeo y el 14 país en el mundo en autorizar el matrimonio homosexual. Esta ley permite nuevos derechos para el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la adopción y la sucesión en condiciones de igualdad. En el año 2014 los matrimonios entre parejas del mismo sexo representaron el 4% del total de las uniones en el país (Gouvernement, 2017).

En Escocia, en junio de 2013, se empezó a debatir en el Parlamento Autonómico la posibilidad de adoptar una legislación que permitiera el matrimonio homosexual, como resultado de un proceso de consultas impulsado por el Partido Nacional Escocés, que en diciembre de 2011 arrojaría un 65% de respuestas favorables (Ámbito Jurídico, 2014). Finalmente, el 4 de febrero de 2014, con una votación de 105 a 18, se adoptó la Ley del Matrimonio y las Uniones Civiles, mediante la cual se aceptó el matrimonio civil para parejas del mismo sexo.

El 18 de junio del mismo año 2014, Luxemburgo se convirtió en el undécimo país europeo en legalizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo. La Cámara de Diputados de este país, mediante una ley que comenzó a regir el 1 de enero de 2015, permite, además, la adopción entre estas parejas. El proyecto de ley había sido presentado en julio de 2010, pero no se había llegado a ningún consenso. Así, a finales de 2013 fue retomado por el Gobierno del primer ministro liberal Xavier Bettel, que formó coalición con los socialistas y los verdes, derrocando al partido Social Cristiano (Rtve, 2018). El ministro Bettel había contraído matrimonio con su pareja sentimental en Bélgica, convirtiéndose en el primer jefe de Gobierno europeo casado con otro hombre. Previamente, en el 2004, se había adoptado una ley de uniones civiles que reconocía los mismos derechos dados al matrimonio, exceptuando la adopción (Martín, 2016).

En el 2016, Italia sancionó una ley histórica de aprobación a las uniones civiles entre personas del mismo sexo, que contó con 372 votos favorables, 51 en contra y 99 abstenciones (Público, 2016). En este país el desafío ha sido mayor que en otros lugares del mundo, dada su estrecha cercanía con el Estado del Vaticano, que como bien sabemos, es la sede principal y más importante de la Iglesia Católica en el mundo. Algunos sostienen que la presión comenzó sobre Italia, luego de haber sido condenada por el TEDH el 21 de julio de 2015, por no hacer ningún tipo de reconocimiento jurídico a las uniones entre personas del mismo sexo (Martín, 2016). Finalmente, la comunidad homosexual logró el reconocimiento de las uniones civiles tras el apoyo del entonces primer ministro Matteo Renzi (El País, 2016), no siendo aún permitida la adopción.

En el 2017 el Parlamento Federal de Alemania dio luz verde a la legalización del matrimonio homosexual. La iniciativa fue impulsada por los socialdemócratas (SPD), convirtiéndose en el país número 24 en legalizar este matrimonio (El País, 2017). La ley aprobada el 30 de junio de 2017 entró en vigor el 1 de octubre de ese mismo año. En este país las uniones civiles entre personas del mismo sexo eran permitidas desde el 2001 (DW, 2017).

Recientemente, Taiwán se convirtió en el primer país asiático en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. En 2019 el Parlamento, finalmente, aceptó que esta institución jurídica podría ser contraída por los homosexuales, luego de que en 2017 el Tribunal Constitucional de Isla declarara que las parejas del mismo sexo tenían derecho a formalizar su unión a través del matrimonio, y que este debía ser reconocido legalmente. Para ello, otorgó al órgano legislativo un plazo de dos años para las modificaciones pertinentes, el cual se vencía el 24 de mayo del 2019. De los tres proyectos presentados finalmente se aprobó el más progresista, con una votación de 66 a favor y 27 en contra. La nueva ley también otorga derechos de adopción ilimitados (BBC, 2019). Taiwán es un paraíso de tolerancia para el colectivo LGBT, comparado con otros de sus vecinos asiáticos como Indonesia, donde aún se presentan casos de azotes públicos a los integrantes de esta comunidad (El País, 2017).

Neoconstitucionalismo y matrimonio igualitario

La doctrina contemporánea ha sido generosa en los últimos treinta años al abordar la llamada constitucionalización del derecho (Comanducci, 2016, p. 12), que en la práctica se demuestra con la perspectiva judicial encargada de efectivizar los derechos humanos (Bernal, 2010, p. 127) —o derechos fundamentales para el contexto colombiano—, en ese desarrollo garantista de permitir a las personas ser y actuar de manera libre, donde los poderes del Estado no son absolutos, como otrora ocurría con el modelo llano del Estado de derecho, sino en la plena identificación institucional con el modelo de Estado social y constitucional de derecho, donde ese mismo Estado vela porque los derechos sean reconocidos, difundidos, garantizados, respetados, exigidos y materializados, pasando de un Estado simplemente garante a un Estado responsable por desconocer o permitir desconocer esos derechos que le son naturales al ser humano.

Lo que se denomina neoconstitucionalismo —y que algunos critican por caer en un relativismo constitucional (García, 2007)— ha demostrado que, como teoría, herramienta interpretativa o corriente de pensamiento, hoy es una realidad en los escenarios de la cotidianidad social. Se puede afirmar que gracias a la defensa judicial de los derechos humanos, a la

mirada iusnaturalista de lo que significa el derecho, al reconocimiento de las mayorías democráticas sin desconocer las minorías socialdemócratas, es que se discurre en un nuevo orden interpretativo de la carta fundamental, el cual ya no se basa en el reducido mandato político de organización estatal, sino el postulado orientador de una convivencia social plena de derechos y deberes de todos y para todos.

Con este enfoque teórico-práctico de lo que puede llegar a ser un modelo de Estado constitucionalizado (Zagrebelsky, 2003, p. 33), es que abordaremos el fenómeno del titulado matrimonio igualitario que, para ser consecuentes con los propósitos de esta obra, lo circunscribiremos a la visión y tratamiento que desde la Corte Constitucional de Colombia se le ha dado.

El itinerario comienza cronológicamente desde 1991 cuando se promulgó la actual Constitución Política, y se extiende hasta la expedición de la Sentencia SU-214 (2016), en la que la Corte Constitucional fijó las bases hermenéuticas que definen el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Se parte desde 1991, porque en el texto constitucional se consagraron derechos humanos –elevados al término de fundamentales– que inyectaron un nuevo aire a las relaciones de las personas entre sí, y de estas con el Estado, dentro de las múltiples manifestaciones de interacción. La dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad material –esta última en la que se transita de una igualdad abstracta a una concreta, dejando de lado el igualitarismo o igualdad numérica para aterrizarla en la situación concreta en la que está desterrada la arbitrariedad (Sentencia No. T-432/92)–, la libertad de conciencia, de culto y otros derechos más, son demostración de una nueva mirada hacia ese deber ser humano en contexto. Antes de 1991, a un estudiante de secundaria se le podía suspender e impedir la asistencia al centro educativo si, por ejemplo, no “portaba” o tenía el pelo corto. Después de esa época, tomar ese tipo de decisión-sanción es violatorio del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, a la educación.

Lo propio ocurrió con la mirada que desde la jurisdicción se le ha dado a las personas, parejas, uniones y familias homoafectivas (Días,

2007), pues se pasó del repudio social y hasta el castigo legislativo (recordemos que en Colombia hasta el año de 1980 cierto comportamiento homosexual era sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años), a la perspectiva incluyente que hoy tenemos: el reconocimiento de la diversidad afectiva, sexual y asociativo-sentimental de las personas, sin distinción alguna. Ese reconocimiento ha crecido, no solamente desde la jurisprudencia constitucional y ordinaria, sino desde lo cultural y lo educacional, toda vez que hoy se acepta y respeta en mayor medida la expresión homoafectiva de las personas, ya sea esta de manera individual o grupal. Lo que hace treinta años era estigmatizado y criminalizado, hoy se entiende como algo que responde a la sana construcción del ser humano, al *modus vivendi* particular de aquellas personas que por sus razones muy íntimas decidieron vivir y expresar con libertad su orientación sexual, aunque esta fuera diferente a la mayoría o no perteneciera a los cánones o mandatos establecidos.

A título referencial, y sin entrar a detallar cada caso, hay que decir que fue desde el año de 1993 cuando en Colombia se inicia el camino de reconocimientos jurisprudenciales de las personas de orientación sexual diversa, pues en la Sentencia T-594 de 1993 se dieron los primeros pasos al garantizar la fijación de la identidad de las personas sin importar el sexo (cambio de nombre). Posteriormente, en la T-026 de 1996 se protegió su estabilidad laboral; en la SU-476 de 1997, se permitió la participación en desfiles públicos, claro que con algunas condiciones; en la C-507 de 1999, la participación en los cuerpos de seguridad del Estado; en la T-499 de 2003, la visita conyugal en los establecimientos carcelarios; la C-075 de 2007, en cuanto a la unión marital de hecho; la C-811 de 2007, sobre afiliación a la seguridad social; la C-336 de 2008, acerca de la pensión de sobreviviente; la C-238 de 2008, respecto a la porción conyugal; la C-029 de 2009, sobre el patrimonio de familia, el subsidio familiar y los programas de reparación de víctimas; la C-577 de 2011, en lo que tiene que ver con el “matrimonio igualitario”; la C-238 de 2012, sobre derechos hereditarios; la C-683 de 2015, en asuntos de adopción, y la SU-214 de 2016, sobre la que nos referiremos más adelante.

Como se puede observar, el recorrido ha sido dispendioso y en algunos casos hasta tormentoso por las discusiones suscitadas a partir de las distintas ideologías, corrientes de pensamiento, creencias, axiologías e interpretaciones muy subjetivas de la situación generada a partir de la convivencia de personas homoafectivas. Prueba de ello, es la audiencia pública que la Corte Constitucional de Colombia realizó previa al pronunciamiento considerativo y resolutorio que plasmó en la sentencia de unificación SU-214 de 2016. En ese acto público en el que participaron personas que tenían roles diferenciados en la sociedad, las voces a favor y en contra para reconocerle a las parejas homoafectivas la posibilidad de unirse jurídica e institucionalmente, a la par como lo hacen las parejas heterosexuales, fueron ampliamente escuchadas por la magistratura, y demostraron que el tema no ha sido nada fácil de abordar y resolver.

Si miramos algunos apartes de la *ratio decidendi* expuesta por la Corte Constitucional en la Sentencia C-577 del 26 de julio de 2011, encontramos que allí se abordan temas de suma trascendencia para dirimir el núcleo problemático que atañe a las parejas homoafectivas. En respuesta a lo demandado del artículo 113 del Código Civil colombiano, en cuanto a las expresiones “hombre y mujer”, así como del término “procrear”, la Corte se refirió a los conceptos y fenómenos de lo que significa “familia” y “matrimonio”. En el primer evento, determinó que familia no es solamente aquella constituida por la unión entre un hombre y una mujer, sino que también podría estar conformada por la unión entre personas homoafectivas.

De esta manera quedó claro que a las parejas homoafectivas (homoparentales) no se les puede negar el derecho esencial de conformar entre sí, y con otras personas, una familia diversa, diferente en su constitución a la tradicionalmente aceptada.

Al tratar el tema del matrimonio, hizo lo propio con similares argumentos utilizados en el tema de familia, pues para ello esgrimió argumentos basados en la no discriminación como criterio sospechoso para negar el derecho de unirse de manera voluntaria, al igual que ocurre con las parejas heterosexuales. Fincó su decisión de reconocer el vínculo

entre parejas homoafectivas, al disponer que estas estarían habilitadas para solemnizar la unión ante juez o notario, y de esta manera efectivizar como sujetos los derechos constitucionales y legales dados a las parejas heterosexuales que contraen matrimonio (C-577 del 26 de julio de 2011).

No obstante, y en criterio de algunos actores, este fallo generó un caos institucional sin precedente respecto a las parejas que acudieron a casarse después del plazo otorgado en la Sentencia 20 de junio de 2013 (Saboya y Salas, 2016, p. 44).

En la resolutive establece la Corte que, además de exhortar al Congreso de la República para que en un plazo de dos años legisle “...de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección...” (C-577 de 2011), refiriéndose, desde luego, a las distintas situaciones en las que se desarrollan individual y colectivamente las parejas homoafectivas.

Sin embargo, en dicha sentencia la Corte Constitucional no fue precisa ni concluyente, cuando en el punto quinto de la resolutive dispuso: “Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a **formalizar y solemnizar su vínculo contractual**” (C-577 de 2011) (negrilla fuera de texto), pues en nuestro criterio debió disponer en forma expresa que a partir de dicha fecha, si continuaba la renuencia legislativa, las parejas homoafectivas podían celebrar ante juez o notario un matrimonio de carácter civil, toda vez que tanto en la *ratio decidendi* como en la *obiter dicta* se había explayado en sendos argumentos que deslegitimaban el criterio sospechoso de discriminación hacia las parejas homoafectivas. En su lugar, con la ambigua disposición orientadora sobre el tema, logró que la misma se prestara a interpretaciones de toda índole y, con ello, a aplicaciones e inaplicaciones del mandato jurisprudencial después de cumplido el plazo establecido y sin asomo de la legislación reguladora. A tal punto se llegó, que incluso desde los mismos órganos de control del Estado, de los que deben por mandato constitucional velar por los derechos de todos sin distinción alguna, se elevaron acciones de rango constitucional y legal para impedir

o lograr anulación de los actos solemnes y formalizadores del referido “contrato” entre parejas homoafectivas. Creemos que se hubieran ahorrado sendos esfuerzos, de un lado y de otro, tratando de aplicar lo decidido en la sentencia.

Con lo anterior, y gracias a la inquietud de algunos sectores sociales y académicos, en el año 2016 se analiza y se trata de resolver una vez más el tema en discusión, pues es la Sentencia SU-214 del 28 de abril de 2016 la que sube un poco más el listón jurisprudencial en el tratamiento de los derechos de las personas homoafectivas. Como bien se refiere en dicha sentencia, la ponencia de fallo inicialmente presentada fue rechazada por la mayoría de la magistratura, debiéndose rehacer la misma con la perspectiva mayoritaria que se encaminaba a reconocer plenamente lo que hoy llamamos “matrimonio igualitario”.

Sin pretender abarcar todos los aspectos que en dicha providencia se abordaron por la Corte (consagrados en cerca de 345 folios), nos referiremos a los pertinentes con el matrimonio entre personas homoafectivas. Hay que decir que la sentencia se produce a partir de la decisión tomada por la Corte Constitucional de acumular, estudiar y decidir de manera conjunta seis acciones de tutela que en revisión fueron escogidas, partiendo de la unidad de materia para fallarse en una sola sentencia. La lista de derechos conculcados que fueron demandados se refería a la dignidad humana, al vivir bien, a la autonomía personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la personalidad jurídica, a la igualdad y hasta al debido proceso, entre otros. Con buen juicio, la Corte trató el núcleo problémico apoyada en el análisis minucioso de lo que se plasmó en la Sentencia C-577 de 2011, la cual se estima como piedra angular del reconocimiento de los derechos de las personas y parejas homoafectivas. El recorrido doctrinal, jurisprudencial y de derecho extranjero que se hizo a título de estado del arte, demostró claramente la intención de los magistrados para cerrar el circuito y evitar mayores trifulcas interpretativas que dieran al traste con lo que en la C-577 de 2011 se pretendió. Dejar sentada una visión diáfana del deber ser frente al matrimonio entre parejas homoafectivas, fue consigna que se evidencia con las results de la providencia. A tal punto llegaría el interés resolutivo, que no ahorró

esfuerzos para decretar y desarrollar una audiencia pública en la que participaron representantes de distintos sectores sociales, con diferentes roles –como ya se anticipó en este escrito–, que con sus argumentos de diversa índole impregnaran de mayor conocimiento a la magistratura para que su decisión estuviera armonizada con la debida fundamentación jurídica, académica, sociológica y humanista.

En una ponderación integral del fenómeno socio-jurídico, la Corte Constitucional reconoció que definitivamente no existían razones jurídicas para discriminar y desconocer las relaciones entre personas homoafectivas y, por ende, sustraerlos del goce efectivo de los derechos que con plenitud gozan las parejas heterosexuales que deciden contraer matrimonio o unirse maritalmente de hecho (SU214 de 2016).

Así las cosas, queda claro que el problema jurídico y sus derivados fueron resueltos definitivamente y en conjunto por la Corte Constitucional, al observar las decisiones adoptadas en la parte resolutive de la sentencia de unificación, especialmente cuando dispuso “DECLARAR que los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, con posterioridad al veinte (20) de junio de 2013, gozan de plena validez jurídica” (SU214/16), extendiendo retroactivamente los efectos del fallo inter pares, avalando la acción de los jueces que hasta la fecha habían celebrado matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (con lo que los blindó de cualquier acción judicial o administrativa en su contra), así como la advertencia a jueces, notarios y registradores de acatar el fallo en su carácter de ser vinculante (precedente judicial constitucional), y la exhortación para que algunas entidades del Estado difundan el contenido del fallo entre quienes sirven a la comunidad.

Conclusiones y discusión

Es importante recalcar que la protección del derecho a la familia está íntimamente ligada a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad y a la igualdad. Cuando no se protegen los diferentes tipos de familia en condiciones de igualdad, tal como lo

prometió el constituyente de 1991, el Estado está privilegiando unas uniones sobre otras.

En el caso que ocupa esta disertación, es evidente que la normativa de manera sistemática ha respaldado a la familia conformada por vínculos jurídicos entre parejas heterosexuales, esto es, unidas en matrimonio. Sin embargo, cabe preguntar si ¿acaso esta no es la labor del legislador?, ¿qué hay de malo en este proceder? Podríamos decir en principio que ningún mal hay, pues esta conducta se ajusta a los cánones fundamentales de protección a la familia, de no ser porque está interfiriendo en la órbita interna del individuo, la cual constituye un coto vedado. Se está entrometiendo con un bien intangible conocido como “metro cuadrado de autodeterminación”, lo que indefectiblemente resquebraja el derecho a la intimidad, pues desincentiva el surgimiento de nuevas formas de familia desconociendo de manera grotesca el carácter dinámico del concepto.

Justamente, este carácter dinámico que el derecho convencional ha reconocido en el concepto de familia, debe llevar al legislador en el ejercicio de su función natural, y al juez en calidad de guardián de la Constitución, a actuar de manera expedita ante el déficit de protección que existe cuando de la sociedad emerge pálida y tímidamente una nueva estructura familiar, pues esta institución es el medio por excelencia a través del cual los individuos deben desarrollarse integralmente con absoluto respeto por su dignidad humana.

Cuando a una persona su orientación la lleva a compartir vida con una pareja del mismo sexo, y no se le permite decidir sobre cuál familia se ajusta más a su proyecto de vida, el Estado lo baja de categoría y lo conduce a vivir una vida prestada que no le queda bien, que le aprieta el alma, que le recuerda que hay algo malo en él, lo cual es inaceptable y desprovee al ser humano de su condición.

En este contexto, un escenario posible sería no hablar simplemente de “matrimonio igualitario” o de “matrimonio entre parejas del mismo sexo” o entre “parejas homoafectivas”, sino de matrimonio diverso como figura referida al vínculo jurídico naciente de la voluntad de dos personas

que desean compartir espacios de vida en común. Con ello se reconocería social y jurídicamente la diversidad sexual e identitaria que desde hace varios años ha procurado visibilizarse y reivindicarse. Por tanto, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, este sería el momento para que el ordenamiento jurídico colombiano se reconstruya, teniendo presente valores, principios y derechos constitucionales sin discriminación alguna, de tal manera que otorgue las garantías propias del Estado social y constitucional de derecho a las personas que se les ha negado sistemáticamente por no encajar dentro del paradigma de la heterosexualidad cisgénero.

Consideramos que el mensaje es claro y contundente, en el sentido de reconocer que existe una comunidad diversa, la cual está compuesta por personas que han sido encasilladas –y hasta autodenominadas– como pertenecientes a la “comunidad LGBTIQ+”, que no están vinculadas a la hegemonía heteronormativa, que parte de la sociedad estereotipa forzando modelos estigmatizantes y discriminatorios, y que en últimas son personas que tienen sentimientos, creencias, propósitos y compromisos como cualquier persona llamada heterosexual, por el solo hecho de ser *seres humanos*.

Referencias

- BBC News Mundo. (17 de mayo de 2019). *Taiwán legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48309782>
- Bernal, C. (2010). La metafísica de los derechos humanos. *Revista Derecho del Estado* (25), 117-134. <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derest/article/view/2569>
- Cabralles, J. (2015). Transformación jurídica de la perspectiva nacional sobre las uniones civiles y el matrimonio entre personas del mismo sexo en Latinoamérica. *Derecho PUCP* (75), 139-167. ISSN: 0251-3420. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=5336/533656134007>
- Chaparro, L., y Guzmán, Y. (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. *Revista CES Derecho*, 8(2), 267-297. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192017000200005&lng=en&tlng=es.

- Comanducci, P. (2016). Estudio sobre Constitución y derechos fundamentales. *Colección Constitución y Derechos*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36071.pdf>
- De Justicia. (12 de junio de 2019). *Corte Constitucional de Ecuador reconoció matrimonio igualitario*. <https://www.dejusticia.org/corte-constitucional-de-ecuador-reconocio-matrimonio-igualitario/>
- Días, M. B. (2007). La familia homoafectiva. *Revista Jurídica*, 11, 7-25. http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/55/La_familia_homoafectiva.pdf?sequence=1
- Díez-Picazo, L. (2007). Entorno al matrimonio entre personas del mismo sexo. *Revista para el Análisis del Derecho Indret*, 2, 2-12. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi9h8_s2r7qAhWkc98KHa0BAeIQ-FjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.raco.cat%2Findex.php%2FInDret%2Farticle%2Fdownload%2F78594%2F102670&usg=AOvVaw2zBfRV9_SmBXKyZf-ZMxHa
- DW. (1 de octubre de 2017). *Entra en vigor el “matrimonio igualitario” en Alemania*. <https://www.dw.com/es/entra-en-vigor-el-matrimonio-igualitario-en-alemania/a-40762504>
- El País. (12 de mayo de 2016). *Italia aprueba una ley histórica de uniones civiles homosexuales*. https://elpais.com/internacional/2016/05/11/actualidad/1462968309_545233.html
- El País. (24 de mayo de 2017). *El matrimonio gay ya es realidad en Taiwán*. https://elpais.com/internacional/2017/05/24/actualidad/1495614393_031714.html
- El País. (30 de junio de 2017). *Alemania aprueba el matrimonio homosexual*. https://elpais.com/internacional/2017/06/30/actualidad/1498807271_931179.html
- El Tiempo. (27 de mayo de 2020). *Costa Rica, primer país en Centroamérica que aprueba el matrimonio gay*. <https://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/costa-rica-legaliza-el-matrimonio-igualitario-499434>
- García, J. (2007). Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo. En M. Carbonell. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Gouvernement. (15 de mayo de 2017). *Le mariage pour tous*. <https://www.gouvernement.fr/action/le-mariage-pour-tous>
- Martín, M. (2016). Los derechos de las parejas del mismo sexo en Europa. Estudio comparado *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 219-253. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.107.07>

Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Rtve. (14 de octubre de 2018). *Los conservadores ganan en Luxemburgo, pero se mantiene el apoyo a la coalición del primer ministro Bettel*. <https://www.rtve.es/noticias/20181015/conservadores-ganan-luxemburgo-pero-se-mantiene-apoyo-coalicion-del-primer-ministro-bettel/1818840.shtml>

Saboya y Salas (2016). *El activismo y progresismo judicial de la Corte Constitucional vs la materialización real y efectiva de sus decisiones*. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/14109/2016anasaboya.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta. <https://www.academia.edu/4980303/155026921-El-Derecho-Ductil-Gustavo-Zagrebelsky-pdf>

Normatividad nacional

Código Civil. [Código]. (Ley 87 de 1873). Artículos 113, 148, 152, 154, 176, 411, 1846. 40ª ed. Legis.

Congreso de la República de Colombia. (24 de febrero de 1982). Por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios [Ley 29 de 1982].

Congreso de la República de Colombia. (28 de diciembre de 1990). Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes [Ley 54 de 1990].

Congreso de la República de Colombia. (26 de julio de 2005). Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes [Ley 979 de 2005].

Congreso de la República de Colombia. (26 de julio de 2006). Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad [Ley 1060 de 2006].

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 42. 2da Ed. Legis

Presidencia de la República de Colombia. (30 de diciembre de 1974). Artículo 13. Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones [Decreto 2820 de 1974]. <http://www.suin-juriscol.gov.co/view-Document.asp?id=1493529>

Normatividad internacional

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2017). Opinión Consultiva 24. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serieag_24_esp.pdf
- Jefatura del Estado Español. (1 de julio de 2005). Por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio [Ley 13 de 2005]. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/113-2005.html
- Parlamento Holandés. (21 de diciembre de 2000). Ley de adopción por personas del mismo sexo. *BO n.º 10*.
- Senado de Francia. (17 de mayo de 2013). Ley 2013-404 ouvrant le mariage aux parejas de personnes de même sexe. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027414540&categorieLien=id>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. (3 de junio de 2015). Sentencia 43/2015. <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/jurisprudencia-583152258>
- Supreme Court of Appeal of South Africa. (30 de noviembre de 2004). Case no: 232/2003. <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2004/132.html>
- Supremo Tribunal Federal de Brasil. (5 de mayo de 2011). Ação Direta de inconstitucionalidade e 4.277 Distrito Federal. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

Sentencias

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (23 de junio de 1986). Sentencia 23 de junio de 1986. [M.P Guillermo Salamanca Molano].
- Corte Constitucional. (25 de junio de 1992) Sentencia T-432-92. [MP Simón Rodríguez Rodríguez].
- Corte Constitucional. (5 de febrero de 1993). Sentencia C-027-1993. [MP Simón Rodríguez Rodríguez].
- Corte Constitucional. (15 de diciembre de 1993) Sentencia T-594-93. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (26 de enero de 1996). Sentencia T-026-96. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (25 de septiembre de 1997) Sentencia SU-476-97. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

- Corte Constitucional. (14 de julio de 1999). Sentencia C-507-1999. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (2 de noviembre de 2000). Sentencia C-1495-00. [MP Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional. (9 de abril de 2002). Sentencia C-246-02. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (27 de noviembre de 2002). Sentencia C-1033-02. [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional. (12 de junio de 2003). Sentencia T-499-03. [MP Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional. (12 de octubre de 2004). Sentencia C-944-04. [MP Jaime Araujo Rentería].
- Corte Constitucional. (7 de febrero de 2007) Sentencia C-075-07. [MP Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (3 de octubre de 2007). Sentencia C-811-07. [MP Marco Gerardo Monroy].
- Corte Constitucional. (16 de abril de 2008). Sentencia C-336-08. [MP Clara Inés Vargas].
- Corte Constitucional. (4 de marzo de 2008). Sentencia C-238-08 [MP Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional. (28 de enero de 2009). Sentencia C-029-09 [MP Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (26 de julio de 2011). Sentencia C-577-11 [MP Gabriel Eduardo Mendoza].
- Corte Constitucional. (7 de mayo de 2014). Sentencia C-278-14. [MS Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional. (4 de noviembre de 2015). Sentencia C-683-15 [MP Jorge Iván Palacio].
- Corte Constitucional. (28 de abril de 2016). Sentencia SU-214-16. [MP Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional. (28 de noviembre de 2018). Sentencia C-131-18. [MS Gloria Stella Ortiz Delgado].

6. La responsabilidad demostrada y los sistemas de gestión de datos personales

Juan Pablo Moncada Flórez, 

*Facultad de Derecho,
grupo de Investigación Estado, Derecho y Políticas Públicas,
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: juan.moncada@ustabuca.edu.co ORCID:*

Ana Yasmín Torres Torres, 

*Facultad de Derecho,
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: ana.torres@ustabuca.edu.co; ORCID:*

Juan Pablo Leal Rico, 

*Facultad de Derecho,
grupo de Investigación Estado, Derecho y Políticas Públicas,
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia,
Correo electrónico: juan.moncada@ustabuca.edu.co ORCID:*

Introducción

La información personal tiene una doble naturaleza, por un lado, es entendida como un derecho de carácter fundamental derivado de la dignidad humana, y por el otro, como un activo de gran valor dentro de la dinámica económica y comercial actual. No obstante, dicha dualidad genera una tensión como consecuencia de la relación existente entre ambas, toda vez que a mayor protección de la información personal como derecho fundamental se genera una disminución en la capacidad competitiva de los agentes económicos.

En efecto, la información de las personas representa un bien valioso para las organizaciones, pero a la vez, su tratamiento supone riesgos para los titulares. De ahí que los Estados se hayan preocupado por definir políticas de

protección de datos personales, que buscan superar dicha tensión y promover la conservación y aumento de la confianza de los titulares de la información, con respecto a los sujetos que la gestionan y administran.

En ese sentido, desde la arquitectura de las comunicaciones y sistemas de información es preciso valorar los riesgos presentes en el intercambio de datos personales. Dada la naturaleza de la red, la información está expuesta a posibles tratamientos irregulares que pueden llegar a afectar los principios de libre disposición, seguridad y circulación restringida, por lo cual, es preciso implementar medidas de protección que articulen las garantías legales con la seguridad de la información.

Por consiguiente, la protección de la información personal a través de medidas adecuadas y efectivas solo será posible si se articulan los derechos y deberes de los actores con políticas y procedimientos que garanticen la gestión apropiada de la información, mediante la construcción de Programas Integrales de Gestión de Datos Personales.

Esta idea ha sido traducida en la normativa colombiana, a través del concepto de Responsabilidad Demostrada o *accountability*, el cual pese a tener origen en el derecho anglosajón, demanda ser analizado a la luz del sistema jurídico colombiano, desde la óptica del derecho como integridad.

Generalidades de la responsabilidad demostrada

El derecho a la protección de datos personales es visto como un bien jurídico de naturaleza fundamental que merece una protección reforzada en razón a la conexidad que guarda con el concepto de dignidad humana.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la dignidad humana es un concepto cambiante y que, por ende, también resulta lógico que con ella evolucionen los derechos fundamentales. Por tanto, la ‘libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolla’ (Corte Constitucional. Sentencia T-227, 2003) y ‘la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permitan a todo

ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades’ (Corte Constitucional. Sentencia T-227, 2003), se traducen en una definición de lo que se entiende por un derecho fundamental.

En concordancia con lo expuesto, es posible afirmar que los derechos a la intimidad, al buen nombre, al hábeas data y a la protección de datos personales encuentran su razón de ser en el concepto de dignidad humana. Así lo ha manifestado de manera expresa la Corte Constitucional en relación con el primero, al afirmar que el derecho a la intimidad “se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la auto conservación” (Corte Constitucional. Sentencia C-640, 2010), de tal suerte que al individuo le debe ser reconocida una esfera particular, libre de toda injerencia externa, en la cual pueda reservar todo aquello que desea que sea ajeno al conocimiento público.

No obstante, aun cuando a partir de dicha definición es posible establecer una estrecha relación entre las garantías enunciadas, al igual, que su derivación directa de la dignidad humana, cada una de ellas posee un ámbito autónomo e independiente que las individualiza, tal como sucede en el caso del derecho a la protección de datos.

Dicha garantía encuentra su sustento a la luz del artículo 15 de la Constitución Política de 1991, en el que además de reconocer los derechos a la intimidad y al hábeas data, el constituyente consagró que “en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución” (Constitución Política de Colombia, 1991).

En consonancia con dicho precepto, el legislador ha expedido diversas normas a través de las cuales pretende salvaguardar el derecho a la protección de datos. Es así como en el año 2008 dictó la Ley 1266, por medio de la cual reguló el derecho hábeas data, al igual que algunos aspectos relativos al manejo de la información contenida en bases de datos, en especial la financiera, crediticia, comercial y de servicios.

Por su parte, un año más tarde, fueron expedidas las Leyes 1341 de 2009 –régimen general del sector de las Tecnologías de la Información y la Comunicación -TIC– y la Ley 1273 del mismo año, por medio de la cual se establecieron principios para la utilización de las TIC y nuevos tipos penales alusivos a conductas que constituyen una lesión o puesta en peligro de la gestión y uso de la información.

Sin embargo, las principales normas sobre la materia son la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y los Decretos reglamentarios 1377 de 2013 y 886 de 2014, que consagran el régimen general de protección de datos personales y que constituyen a su vez el fundamento de la responsabilidad demostrada en Colombia. Entendida esta última como un deber inherente a la función que desempeñan los intervinientes en relación con la información de los titulares, cuyo cumplimiento debe ser demostrado ante la autoridad competente, motivo por el que el abordaje previo de dichos actores resulta necesario para su adecuada comprensión.

Actores

Tal como se enunció en el acápite anterior, el concepto de responsabilidad demostrada y en términos generales la protección de datos personales supone la intervención de diversos actores que de manera directa o indirecta intervienen en el tratamiento de información, o bien, pueden llegar a verse lesionados. Por un lado, se encuentran los titulares y por el otro, los responsables y encargados del tratamiento en calidad de sujetos obligados¹³, sin perjuicio de las facultades de control y vigilancia que ejerce la autoridad designada en Protección de Datos Personales.

En el marco de la sociedad digital se generan relaciones entre los actores, que participan del intercambio de información, generando nuevos riesgos, por lo cual se apela al concepto de *persona digital*, como una

13. En este texto se denominan “sujetos obligados” a los responsables y encargados del tratamiento de datos personales, bajo el entendido de que son ellos quienes se encuentran en la obligación de implementar las medidas adecuadas, efectivas y verificables que se imponen en el régimen de responsabilidad demostrada.

manera de garantizar la eficacia de los derechos que le son reconocidos al individuo en el mundo físico a través de la realidad virtual.

Dicho concepto se encuentra cimentado sobre la base de la creación de una identidad virtual, la cual consiste en la representación de una persona real a través de medios electrónicos. Esta representación se encuentra compuesta por atributos que hacen identificable al sujeto tanto en el mundo físico como en la realidad virtual, es decir, permiten la elaboración de un perfil informático que puede ser empleado de manera estratégica conforme a una o varias finalidades, que en todo caso deben gozar de la autorización del titular.

Sin embargo, la posibilidad de reconocer la identidad de un individuo con apoyo de la tecnología implica riesgos que pueden llegar a impactar de manera negativa sobre los derechos del titular.

Lo anterior hace necesario que se piense en la persona digital como sujeto de derechos y responsabilidades frente a la información que divulga por medios electrónicos o que ha sido recaudada con o sin su autorización, de modo que en torno a ella se genera una serie de relaciones que determinan la interacción entre los actores involucrados.

Titular

El concepto de titular está íntimamente ligado al concepto de persona digital, al ser este el propietario de los datos personales registrados en una base de datos, y quien tiene la facultad de otorgar su autorización a través del consentimiento previo, expreso e informado.

Para tal fin, la autorización otorgada por este deberá cumplir con las exigencias previstas por la ley, es decir: (i) que se otorgue a más tardar al momento de recolectar los datos; (ii) que pueda ser consultada posteriormente; y (iii) que se le informe al titular, las finalidades específicas del tratamiento; sin perjuicio, de que también deba cumplirse con los demás requisitos enunciados en el artículo 12 de la Ley 1581 de 2012.

Por otra parte, el concepto de titular también fue definido por el legislador en el artículo 3 de la norma *in ibídem* como la “Persona natural cuyos datos personales sean objeto de Tratamiento” (Ley Estatutaria 1581, 2012), razón por la que es también titular del derecho de hábeas data, es decir, tiene el poder de conocer, actualizar, rectificar y suprimir las informaciones que acerca de él se hayan recogido.

No obstante, la Corte Constitucional ha aclarado que las personas jurídicas no se encuentran excluidas de la definición contenida en la Ley 1581 de 2012, toda vez que ellas también son titulares del derecho de hábeas data y por tanto, pueden exigir el cumplimiento de esta garantía cuando se afecten los derechos de las personas naturales que las integran (Corte Constitucional. Sentencia C-1011, 2008).

Respecto a los derechos de los que gozan los titulares, éstos se encuentran reconocidos en el artículo 8 de la Ley General de Protección de Datos, que en conjunto con las prerrogativas derivadas de la garantía del hábeas data contenidas en el artículo 15 de la Constitución Política, conforman el blindaje que posee el titular frente al poder que ostentan los agentes encargados del tratamiento.

Ahora bien, al ser el titular un sujeto activo de derechos, se generan obligaciones en cabeza de un sujeto pasivo, que en este caso son los responsables y encargados del tratamiento. Por ese motivo, en relación con la responsabilidad demostrada, el titular representa el sujeto en torno al cual los responsables y encargados deben adoptar medidas apropiadas, efectivas y verificables.

Por ende, ante un eventual incumplimiento, el titular está legitimado para acudir a los procedimientos de consulta o reclamo frente al agente responsable o encargado del tratamiento y posteriormente, la posibilidad de formular una queja ante la autoridad competente, al considerar que su información no fue tratada conforme a la diligencia exigida. En consonancia con lo anterior, se deben valor los siguientes aspectos (i) la naturaleza jurídica del responsable y su estructura corporativa, (ii) la naturaleza de los datos personales objeto del tratamiento, (iii) el tipo

de Tratamiento y (iv) los riesgos potenciales que el referido tratamiento podrían causar sobre los derechos de los titulares (Decreto 1377 (2013).

Responsable y encargado del tratamiento

Frente a los derechos de los titulares, la Ley General de Datos Personales ha definido como sujetos de obligaciones al responsable y encargado del tratamiento. El primero de ellos, es quien “directa o indirectamente recolecta los datos y define los usos junto con las demás actividades que comprende el tratamiento” (Remolina, 2013, p. 116) mientras que el segundo, también llamado “prestador de servicios de tratamiento” se identifica por “obrar en nombre del responsable del tratamiento para realizar una o varias actividades”.

Estas definiciones en principio similares entrañan diferencias fundamentales que permiten distinguir el régimen de responsabilidades y obligaciones que corresponde a cada uno de los sujetos, en relación con el principio de responsabilidad demostrada.

Con respecto al responsable del tratamiento, un aspecto fundamental es el poder de disposición que tiene sobre la base de datos, el cual otorga la posibilidad de definir los fines y medios esenciales para llevar a cabo el tratamiento.

En ese sentido, se considera que este sujeto es quien debe definir las medidas necesarias con el fin de garantizar la protección de la información personal, para lo cual, se encuentra en la obligación de desarrollar operaciones de recolección, circulación, almacenamiento, uso y eliminación conforme al programa integral de gestión de datos personales de la organización.

Lo anterior, supone garantizar la seguridad de los datos personales en el interior de la organización y frente a las relaciones con terceros, por medio de la integración de medidas que por un lado, relacionen la administración y gobierno de los datos a través de la adecuada gestión de la información, y por otro, incorporen procedimientos y políticas

tendientes a proteger la infraestructura tecnológica empleada para recolectar, almacenar y circular la información personal.

Del mismo modo, es deber del responsable del tratamiento definir los procedimientos o actividades que debe asumir el encargado, en la medida en que entre ellos “existe una relación jurídica de mandato” (Remolina, 2005, p. 117) sin la cual no es posible aludir a la condición de encargado, toda vez, que de actuar el sujeto por cuenta propia ostentaría la condición de responsable del tratamiento.

En consonancia con lo anterior, la principal función del encargado es efectuar el tratamiento de la información por cuenta del responsable. De modo que a partir de lo expuesto es posible entender dicho mandato como “una relación de subordinación del encargado al responsable, sin que ello implique que se exima de su responsabilidad frente al titular del dato” (Corte Constitucional, p. 167).

Frente a la Responsabilidad demostrada, es claro que la obligación de demostrar la implementación de medidas apropiadas y efectivas es exigible tanto al responsable como al encargado del Tratamiento. Por lo tanto, los sujetos obligados tienen el deber de actuar conforme a la diligencia y cuidado que le es exigido a un buen padre de familia; de esta manera, se definirán políticas que se traduzcan en estándares de protección destinadas a salvaguardar los derechos de los titulares.

Por consiguiente, las entidades responsables deben adoptar normas de autorregulación¹⁴ que reflejen las actividades y acciones orientadas a gestionar los datos de manera apropiada y garantizando el cumplimiento de los derechos arco (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición). En efecto, en los literales k y f de los artículos 17 y 18 de la Ley 1581 de 2012, relativos a los deberes de los responsables y encargados del tratamiento, se establece la adopción de un manual interno de políticas y procedimientos,

14. Para efectos de comprender en mayor medida el concepto de autorregulación confróntese el numeral 2.2 de este texto.

documento que servirá como base de demostración del cumplimiento de sus obligaciones ante la autoridad de protección de datos.

Responsabilidad demostrada

El término responsabilidad demostrada –accountability en inglés– hace referencia al deber que tienen los sujetos obligados del tratamiento de datos personales de probar ante la autoridad competente la implementación de medidas apropiadas, efectivas y verificables que permitan el adecuado tratamiento de datos personales.

Tal concepto fue empleado por primera vez en las Guías sobre Protección de la Privacidad y los Flujos Transfronterizos de la Información, emitidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en el año de 1980, en las cuales se estableció que el responsable del tratamiento –*data controller*– debía definir las medidas que considerara idóneas para el correcto cumplimiento de las obligaciones que le eran impuestas en materia de protección de datos.

En el ámbito Iberoamericano dicho concepto fue estudiado en el año 2006 por la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD), “quien expidió un documento sobre autorregulación y protección de datos personales que guarda cercana relación con el *accountability principle* en la medida en que la materialización del mismo depende, en gran parte, de lo que internamente hacen las organizaciones” (<http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/?p=1804>), es decir, se encuentra supeditado a su capacidad de elaboración y ejecución de políticas internas que sean aptas para el cumplimiento de sus obligaciones.

Posteriormente, la noción del *accountability principle* fue incorporada en la Resolución de Madrid de 2009, que contempla el Principio de Responsabilidad, bajo el cual los responsables y encargados del tratamiento de datos personales deberán por un lado (i) adoptar medidas necesarias para el cumplimiento de los principios y obligaciones establecidos en ella y en la legislación nacional aplicable y, por otro, (ii) dotarse de mecanismos que resulten necesarios para evidenciar dicho cumplimiento, tanto ante

los interesados como ante las autoridades de supervisión en el ejercicio de sus competencias (Conferencia Internacional de la Protección de Datos y Privacidad, 2009).

Así mismo, otros instrumentos normativos recientes han incorporado en sus textos el Accountability Principle, tal como es el caso de la norma ISO/IEC 29100: 2011 y el marco de privacidad de la Cooperación Económica Asia-Pacífico [APEC] y sus normas transfronterizas.

Ahora bien, pese a que el concepto de responsabilidad demostrada ha sido desarrollado a partir de la década de los 80, la versión de 2013 de las Guías de la OCDE, sobre Protección de la Privacidad y los Flujos Transfronterizos de la Información, introdujo la expresión de Programas de Gestión de Privacidad, entendidos estos como “el mecanismo operativo a través del cual las organizaciones implementan la protección de la privacidad y el tratamiento de datos personales” (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2015).

De esa manera, “según lo dispuesto en las guías, los responsables del Tratamiento deben contar con un Programa Integral de Gestión de Datos Personales y estar preparados para demostrarle a la autoridad la implementación efectiva de esas medidas en la organización” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015).

En relación con los programas integrales de Gestión de Datos Personales, la SIC considera que para que estos puedan ser calificados como efectivos se requiere que las políticas incorporadas en él “(i) respondan a los ciclos internos de gestión de datos de la organización y (ii) generen resultados medibles que le permitan probar ese grado de diligencia especial” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2015, p. 8). Es decir, se conviertan en el objeto de la demostración del cumplimiento de las obligaciones, debiendo actuar de manera proactiva y dinámica al interior de sus organizaciones, traduciendo sus acciones en políticas de autorregulación.

La responsabilidad demostrada frente a la autorregulación

La exigencia definida en el artículo 13 del Decreto 1377 de 2013, que obliga a los responsables a definir una política de tratamiento de la información, se traduce en la construcción de un código propio o de autorregulación. Este documento debe contener las medidas de carácter jurídico, administrativo, de gobierno y de seguridad de la información, tendientes al óptimo manejo de la información y a la gestión y/o mitigación de los riesgos.

De acuerdo con lo expuesto por Frank Kuintenbrouwer, el propósito de la autorregulación es anticipar, instrumentar o complementar la legislación (CGMPS Consultores Especializados S.C., p. 29). De ahí que sea posible establecer una estrecha conexión entre dicho concepto y el principio de responsabilidad demostrada, en la medida en que la última se traduce en el deber que poseen los responsables y encargados de establecer políticas de tratamiento que se adapten a sus particularidades estructurales, organizacionales y a los niveles de criticidad inherentes a la naturaleza de los datos, con el fin de cumplir con los presupuestos fijados por el legislador.

En ese sentido, la doctrina ha señalado que en los eventos en que las prácticas de autorregulación correspondan a normas vinculantes, “algunas de carácter jurídico con obligatoriedad general, y otras únicamente vinculantes para las partes que se han sometido voluntariamente” (CGMPS Consultores Especializados S.C., p. 22), es posible hablar de correulación y autorregulación regulada, ya que el Estado interviene en la misma a través del establecimiento de estándares o modelos que deben ser implementados por los sujetos obligados.

Ahora bien, pese a la visión del accountability como una manifestación de la autorregulación vinculante, la necesidad de salvaguardar el derecho a la protección de datos y las garantías conexas a él, han ocasionado la implementación de sistemas mixtos al interior de los Estados. Por ende, se han añadido medidas propias de modelos de heterorregulación

caracterizados por normativizar la actividad de la autoridad (SIC) y los particulares.

Algunos de los Estados que han implementado medidas de heterorreulación son Nueva Zelanda, Italia y Canadá (CGMPS Consultores Especializados S.C., p. 70). Es así como en el caso canadiense es posible traer a colación instrumentos normativos como la Personal Information and Electronic Documents Act (CGMPS Consultores Especializados S.C., p. 74), [en adelante PIPEDA] en donde se determina que las organizaciones o empresas deben desarrollar políticas y prácticas tendientes al adecuado tratamiento de datos personales, entre las que se encuentra la adopción de Códigos de Protección de Datos Personales, en cuyo contenido se deberá observar, entre otros, el principio de Responsabilidad (Accountability).

En aras de facilitar dicha tarea, en su anexo 1 se ofrece un Código Modelo elaborado por el Comité Técnico sobre Privacidad de la Asociación Canadiense de Estándares, con base en la directriz de la OCDE sobre la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos. En lo referente al accountability, dicho código contempla que para el cabal cumplimiento de este se deberá contar con

- a) procedimientos para proteger la información personal; b) procedimientos para la recepción y atención de quejas y consultas; c) capacitación del personal sobre las políticas y prácticas respecto del tratamiento de datos personales, y d) formulación de mecanismos de información para explicar las políticas y procedimientos de la organización en materia de protección de datos personales (CGMPS Consultores Especializados S.C., p. 83).

La tendencia a la adaptación de sistemas mixtos, en los que la incorporación y desarrollo del accountability tiene lugar a través de la implementación de medidas tanto de autorregulación como de heterorreulación, ha logrado también permear ordenamientos jurídicos latinoamericanos como el colombiano.

En consonancia con lo expuesto, las organizaciones deben diseñar políticas de autorregulación propias, sujetas a la supervisión de la SIC,

en armonía con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1377 de 2013, que establece un contenido mínimo, que incluye (i) la identificación del responsable, (ii) el tratamiento y la finalidad a la cual están sometidos los datos, (iii) los derechos del titular y derechos ARCO y (iv) los procesos de PQR (Petición, Queja y Reclamos), entre otros (Presidente de la República, 2013, Art. 13).

Sin embargo, el artículo enunciado no constituye la única norma vinculante en materia de autorregulación. Es así como los artículos 26, 27 y 28 de la misma norma establecen los criterios que definen el principio de responsabilidad demostrada, a partir de los elementos particulares que inciden en el tratamiento.

El principio de responsabilidad demostrada en el ordenamiento jurídico colombiano

La palabra *accountability* con la cual es designado el principio de responsabilidad demostrada, proviene del derecho anglosajón, en el que es un vocablo de uso frecuente y con una significación ampliamente difundida. En español, dicha locución puede ser traducida literalmente como “rendición de cuentas”. Sin embargo, esta tarea resulta mucho más compleja en diversos lugares de Europa como consecuencia de las diferencias entre los sistemas jurídicos.

Lo anterior puede suponer un obstáculo para su efectiva materialización, debido a que la dificultad para atribuirle un significado común puede conllevar una multiplicidad de interpretaciones que no coincidan con su contenido real. Por ese motivo, otros términos que han sido empleados para referirse al fondo que entraña el *accountability* han sido los de “reinforced responsibility” (responsabilidad reforzada), “assurance” (seguridad), “reliability” (fiabilidad), y en francés “obligation de rendre des comptes” (obligación de rendir cuentas) (Article 29 Data Protection Working Party, p. 8).

No obstante, no es extraño que en español hayan sido adoptadas las expresiones “principio de responsabilidad” o responsabilidad demostrada”

como un sinónimo del mismo, puesto que tal como se expresa en el *Article 29 Data Protection Working Party* “responsability and accountability are two sides of the same coin and both essential elements of good governance. Only when responsibility is demonstrated as working effectively in practice can sufficient trust be developed” (p. 7).

En otros términos, solo en la medida en que las organizaciones logren evidenciar un tratamiento apropiado de los datos personales, será posible la obtención de la confianza de los titulares, con el fin de que depositen su información en bases de datos para la realización de las actividades llevadas a cabo por los responsables y encargados del tratamiento.

Ahora bien, el trasplante del *accountability* de un sistema jurídico a otro, no solo reviste una dificultad en términos lingüísticos, dada la multiplicidad de interpretaciones que puede tener, sino que además supone una lectura a partir de los elementos que definen la identidad de cada uno de los ordenamientos, particularmente en aquellos en los que impera un derecho de tradición romano-germánica.

En efecto, pese a la contraposición existente entre el derecho anglosajón y el derecho romano-germánico, no se deben desestimar los valiosos aportes de ambos, por el contrario, se debe visualizar al Principio de Responsabilidad como una institución, capaz de adaptar tales elementos para su adecuada implementación.

En consonancia con lo anterior, es determinante analizar la naturaleza jurídica de la responsabilidad demostrada, con el objeto de identificar sus elementos esenciales, a partir de los cuales se define la diligencia especial que deben observar los sujetos obligados y que sirve como fundamento a la SIC para determinar el nivel del cumplimiento de las obligaciones que tienen frente a la protección de datos personales y de ser el caso la consecuente sanción.

Se puede concluir que es propio de la autoridad de protección de datos, definir los niveles de cumplimiento que deben adoptar los

sujetos obligados, esto es, la SIC debe guiar las acciones orientadas a la protección de la información mediante el establecimiento de categorías que contemplen los distintos modelos corporativos y los riesgos relacionados con la naturaleza de la información.

Criterios de la responsabilidad demostrada

En consonancia con lo expuesto en el acápite anterior, es válido afirmar que la autoridad de protección de datos debe desarrollar acciones ex ante y ex post relacionadas con el alcance del cumplimiento de las obligaciones inherentes al tratamiento.

En principio, es ella quien previamente debe guiar la implementación de las medidas adecuadas, efectivas y verificables en consonancia con los criterios definidos en los artículos 26 y 27 del Decreto 1377 de 2013. Posteriormente, la autoridad debe evaluar la adopción de las políticas de autorregulación exigidas, para lo cual, deberá aplicar criterios graduales que armonicen ambas fases de intervención.

Los criterios o factores por tener en cuenta en el régimen de la responsabilidad demostrada tienen un doble propósito: en primer término, evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones asignadas a los responsables y encargados del tratamiento, con base en la noción de diligencia especial; y en segundo lugar, a partir de ahí, dosificar la sanción a que hubiere lugar, ante la imposibilidad de demostrar dicha diligencia.

Respecto al primer propósito la organización debe garantizar la existencia de una estructura administrativa, la presencia de mecanismos internos que permitan poner en práctica las políticas y la adecuación de procesos para la atención y respuesta a consultas, peticiones y reclamos. Del mismo modo, estos criterios deben ser proporcionales con el perfil del responsable o encargado (Remolina, 2015, p. 287), la naturaleza de

los datos¹⁵ objeto del tratamiento, el tipo de tratamiento y finalmente, los riesgos potenciales que el tratamiento puede llegar a causar sobre los derechos de los titulares.

Los factores señalados definen los criterios que debe tener en cuenta la autoridad de protección de datos para medir si las acciones y operaciones desarrolladas constituyen medidas adecuadas, efectivas y susceptibles de verificación; con el propósito de determinar el nivel de diligencia y cuidado que se ha dado al interior de la organización orientado al cumplimiento de los deberes.

Por consiguiente, en cuanto al segundo propósito, el proceso de verificación o investigación ante una posible queja, permiten evidenciar si el sujeto obligado ha cumplido con sus obligaciones de acuerdo con el principio de responsabilidad demostrada, o si, por el contrario, se hace necesario el ejercicio del poder sancionatorio de la autoridad.

Para tal fin, al momento de imponer la sanción, la autoridad deberá tener en cuenta los factores expuestos previamente, al igual que los criterios establecidos en el artículo 24 de la Ley 1581 de 2012. Estos son: a) La dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados por la ley; b) El beneficio económico obtenido por el infractor o terceros, en virtud de la comisión de la infracción; c) La reincidencia en la infracción; d) La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de vigilancia de la SIC; e) La renuencia o desacato a cumplir las órdenes impartidas por la autoridad; y f) El reconocimiento o aceptación expreso que haga el investigado.

La Corte Constitucional señaló que los primeros cinco literales constituyen causales de agravación y el último, una causal de atenuación, que,

15. Remolina Nelson clasifica los datos personales en dos grandes categorías: públicos y privados. Simultáneamente, subdivide a los últimos en semiprivados, privados o sensibles. Si se desea tener mayor precisión en estos conceptos consúltese su obra *Tratamiento de datos personales. Aproximación internacional y comentarios a la Ley 1581 de 2012*. p. 135-160.

por tanto, deben ser vistos como criterios de valoración para tener en cuenta por la SIC; de modo que al armonizar dicha disposición con lo contemplado en los artículos 22 y 23 de la misma norma, se respeten los principios de reserva legal, legalidad y tipicidad en el grado de rigurosidad exigible al derecho administrativo sancionador¹⁶.

Estos criterios, en conjunto con los establecidos en el Régimen de Responsabilidad Demostrada, permiten a la SIC dosificar la sanción, mediante el respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, pese a tales criterios, existe una dificultad al momento de graduar el nivel de cumplimiento de las organizaciones, debido a la subjetividad que puede tener la autoridad al definir lo que se entiende por una medida adecuada, efectiva y verificable como objeto de asignación de responsabilidad.

No obstante, frente a dicha dificultad, la autoridad debe adoptar instrumentos que le permitan delimitar el marco dentro del cual ejercerá su potestad sancionatoria. Para tal fin, una posible alternativa consiste en la utilización de conceptos propios de otras ramas del derecho –a partir de un método de interpretación sistemático–, que le permitan clarificar la interpretación que se debe dar al concepto de diligencia, traducido en medidas adecuadas, efectivas y verificables. Así mismo, debe brindar guías o modelos propios, que correspondan a Planes Integrales de Gestión de Datos que acojan los criterios establecidos en la ley y se conviertan en un medio para la correcta comprensión del Principio de Responsabilidad Demostrada.

En relación con la primera alternativa y retomando nuevamente el enunciado según el cual el trasplante del *accountability* supone una lectura

16. Tales requerimientos se ven satisfechos en razón a que “los preceptos examinados, con las remisiones y concordancias señaladas, (i) definen los elementos básicos de las infracciones que generan sanción y los criterios para su determinación; (ii) establecen el contenido material de la sanción; (iii) permiten establecer una correlación entre el contenido de la norma de conducta y la norma de sanción; (iv) establecen –vía remisión– un procedimiento establecido en normas con fuerza material de ley; y (v) determina los órganos encargados del ejercicio de la potestad sancionatoria” Corte Constitucional, 2008, p. 280.

a partir de los elementos que definen la identidad de cada uno de los ordenamientos, es posible apelar a los principios que sostienen las relaciones jurídicas en el Derecho Civil, con el fin de lograr su adecuada comprensión, no sin antes, aclarar que la Responsabilidad Demostrada constituye una institución jurídica independiente y autónoma que en ningún caso puede confundirse con otros regímenes de responsabilidad.

Programa integral de gestión de datos personales

En consonancia con lo expuesto, el tratamiento representa los medios y las medidas de manipulación de la información personal, conjugando políticas, procedimientos y acciones de protección. Es claro que la información representa un activo estratégico en el interior de las organizaciones, debido a que el capital intelectual, los bancos de datos y la reputación son considerados un elemento clave para el posicionamiento en el mercado y su rentabilidad continua, motivo por el cual, el valor de dichos activos adquiere una especial relevancia.

No obstante, aun cuando los activos intangibles constituyen una fuente de beneficios económicos, no se suele identificar y asignar un valor a los mismos. Por el contrario, suelen ser excluidos de los registros de contabilidad y, por tanto, ser subestimados, mal administrados e indebidamente protegidos (King, s.f.).

Este fenómeno resulta contraproducente para las organizaciones, en la medida en que su éxito o fracaso puede ser influenciado por la gestión de su información. En este sentido, para garantizar el tratamiento apropiado, es necesario identificar los datos que asignan valor a la organización, tales como los informes que contienen sistemas y métodos de mercadeo, procesos técnicos, lista de clientes, redes de distribución, calidades y habilidades del talento humano, entre otros.

De esa manera, una vez identificada la información es posible clasificarla de acuerdo con su naturaleza y posteriormente, determinar los riesgos a los cuales se ve expuesta. Estas acciones, en conjunto, permiten definir y adoptar las medidas que se consideren necesarias para garantizar

la protección de la información, entre las que se encuentra la asignación de custodios y sistemas de información que permitan alojar en espacios seguros los datos de la organización.

A partir de lo anterior, es posible inferir que el valor que se asigna a un intangible puede ser dimensionado a partir de dos ópticas: una económica, alusiva a su noción como fuente de utilidades, y otra jurídica, relativa al concepto de propiedad. En efecto, desde el punto de vista económico el activo posee la capacidad de generar beneficios que determinan su precio y que deben ser registrados en la evaluación contable de la organización. Por su parte, desde la óptica jurídica su concepto se encuentra asociado a la propiedad, la cual permite al titular usar, gozar y disponer de los activos.

Ahora bien, tales activos pueden estar bajo el dominio, tanto de personas jurídicas como de personas naturales. En el caso de las primeras, los intangibles pueden ser protegidos a través de disposiciones de propiedad intelectual y competencia desleal, que los catalogan como secretos comerciales, derechos de autor, patentes, marcas o diseños industriales, entre otros. Así mismo, tratándose de las personas naturales los activos representan el objeto de derechos fundamentales y por tanto, pueden ser protegidos a través de mecanismos establecidos en la Constitución y la ley.

En virtud de lo anterior, es necesario precisar que, pese a que los activos puedan ser denominados como un importante “dominio” corporativo, al tratarse del objeto de derechos fundamentales son bienes irrenunciables y por tanto, pertenecen a los titulares y no a la organización, la cual debe velar por que los datos sean tratados con la debida diligencia y cuidado.

La materialización del deber enunciado supone necesariamente el diseño de un sistema seguro para el tratamiento de los datos personales que (i) atienda al ciclo de vida de la información, (ii) posibilite a los responsables y encargados cumplir con las obligaciones que le son impuestas en la ley y, particularmente, (iii) permita conservar e incrementar la confianza de los titulares.

En otros términos, se debe diseñar un Programa Integral de Gestión de Datos Personales que involucre los elementos esenciales del régimen de Responsabilidad Demostrada consagrado en el artículo 26 y siguientes del Decreto 1377 de 2013, cuya implementación hace imprescindible la utilización de recursos financieros y humanos.

Para tal efecto, se requiere tener en cuenta distintos aspectos, tales como el compromiso a adoptar por parte del nivel gerencial, pasando por la idoneidad del equipo que se encargue de velar por el mejoramiento continuo del sistema. De hecho, el artículo 23 del Decreto 1377 de 2013 establece que todo sujeto obligado deberá designar una persona o área encargada que asuma las funciones de coordinar lo relativo a protección de datos personales y dar trámite a las solicitudes presentadas por los titulares, sin perjuicio de que la construcción de un Programa Integral de Gestión de Datos Personales que involucre a todas las áreas de la organización.

En armonía con lo expuesto, es importante que participen las siguientes áreas de la organización: (i) gestión de calidad o procesos, (ii) seguridad de la información, y (iii) área jurídica.

Área de procesos o calidad

Esta área se encarga de brindar una visión clara de la estructura operacional de la organización, de modo que a través de ella es posible identificar las instancias de recolección de datos personales y la circulación de estos, hasta su respectivo almacenamiento o eliminación. De esa forma, los procedimientos, áreas o dependencias orientan la identificación de la información personal, para lo cual lo más pertinente es evaluar y categorizar en cada instancia los tipos de datos y el soporte en el que se encuentran almacenados.

Por lo general, los datos personales reposan en bases de datos que tienen un soporte físico o bien, uno digital. En el caso de aquellas que tienen un soporte del primer tipo, es preciso llevar a cabo la integración de normas de archivo que permitan disponer y conservar la información

de manera organizada. Por su parte, tratándose del soporte digital, es necesario definir procedimientos que brinden seguridad a la información y de esa forma, garanticen la completitud, integridad y disponibilidad de los datos.

Área de seguridad de la información

Este departamento debe caracterizarse por tener una visión compleja y estratégica, que permita definir e implementar modelos y prácticas de seguridad de la información, orientadas a priorizar las amenazas y riesgos existentes en el interior del ecosistema digital (Cano, 2011, p. 11).

Por tanto, se requiere la formulación de un plan de acción destinado a la protección de la información, de tal suerte que se active una serie de estrategias y prácticas que permitan anticiparse a ataques e intromisiones externas. Así mismo, estas acciones deben ir acompañadas por el incentivo de una cultura de compromiso y responsabilidad interna que impidan la extracción de información de los miembros de la organización o ingeniería social. Sobre este aspecto Jeimy Cano advierte:

[...] desarrollar una función de seguridad de la información en la empresa es establecer los mecanismos, estrategias y acciones que nos permiten hacer realidad las metas operativas de la seguridad de la información representadas en prevención de ataques, control del spam, revisión y control antivirus, aseguramiento de firewalls, entre otras temáticas, que lo que buscan es medir la efectividad y eficiencia de las implementaciones de hardware y software para proteger la infraestructura tecnológica de riesgos que atenten contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad (2011).

Solo teniendo en cuenta lo expuesto, el área de seguridad de la información logrará adoptar decisiones oportunas y efectivas para mitigar los riesgos, atendiendo a las lecciones aprendidas de los incidentes de seguridad y los cambios del entorno. No obstante, es preciso reconocer que los entornos digitales se encuentran en constante transformación y, por consiguiente, los auditores de tecnología deben enfrentarse a diario a escenarios novedosos que exigen un estudio y actualización permanente.

Sobre este aspecto, Cano sostiene que

Los auditores de tecnología de información pasaron de tener en sus papeles de trabajo temáticas como redes, comunicaciones, servidores, archivos, bases de datos, cintas, controles de, donde lo que fluyen son servicios e información, como fundamento mismo de su operación. Un mundo digital creado por el hombre donde se construyen realidades superiores, donde la imaginación y la estrategia plantean los límites y posibilidades (Cano, 2011).

En conclusión, no tomar medidas desde la perspectiva organizacional y tecnológica llevaría a consolidar un sistema documental a nivel reglamentario y jurídico que resultaría ineficiente, pues no se lograría proteger de manera cierta la información personal. Sin embargo, no se puede desconocer el eje jurídico que representa la consolidación de los derechos ARCO y otorga valor probatorio a los derechos de los titulares y deberes de los sujetos obligados.

Área jurídica

En este departamento se consolida y verifica el cumplimiento de los deberes asignados a los responsables, se diseñan las autorizaciones, avisos de privacidad, contratos, reglamentos y demás documentos que determinan el tratamiento de datos personales. De igual manera, se diseña la política de privacidad que define la administración de la información y los instrumentos de protección de la misma, aclarando los medios que tienen los titulares para hacer exigibles sus derechos.

La protección de la información personal depende de las distintas áreas que integra la organización, cada uno de los sujetos que tiene contacto con datos, debe gestionarlos conforme a las políticas definidas para el efecto.

Conclusiones

La importancia de la información personal desde el punto de vista jurídico y económico ha generado la necesidad de implementar estrategias que permitan, por un lado, protegerla como derecho fundamental,

y por otro, conservar y aumentar la confianza de los titulares, con el fin de promover la competitividad y posicionamiento de las organizaciones al interior del mercado.

A partir de dicho panorama, surgió el denominado *accountability* o principio de responsabilidad demostrada –implementado en Colombia a través del Decreto 1377 de 2013–, en virtud del cual los responsables del tratamiento de la información deben demostrar ante la autoridad competente que han identificado e implementado medidas efectivas, idóneas y verificables tendientes a posibilitar el tratamiento adecuado de la información.

Este principio –cuya efectividad involucra simultáneamente a responsables, encargados, autoridades en materia de protección de datos y titulares– se traduce, por tanto, en el deber de los sujetos obligados de adoptar prácticas de autorregulación, de modo que con base en ellas puedan dar cumplimiento a las obligaciones que le son exigidas, y así, evitar la imposición de sanciones y proteger los derechos de los titulares.

Ahora bien, para lograr tales fines no basta con el establecimiento de modelos de autorregulación estandarizados, sino que por el contrario, cada uno de ellos debe ser elaborado e implementado en el interior de la organización atendiendo a las particularidades de cada una de ellas. Es así como según el régimen de responsabilidad demostrada, estos deberán ser proporcionales a criterios, tales como el perfil del responsable o encargado, la naturaleza de los datos objeto del tratamiento, el tipo de tratamiento y, finalmente, los riesgos potenciales que el tratamiento puede llegar a causar sobre los derechos de los titulares.

Para que el sujeto obligado pueda librarse de la sanción no basta solo con la demostración de la implementación de políticas y modelos de autorregulación, sino que por el contrario solo se entenderá cumplida si se logra demostrar el grado de diligencia especial que debe observar en relación con el tratamiento apropiado de la información.

Sin embargo, la determinación de si hubo incumplimiento, en términos de responsabilidad demostrada, no resulta una labor sencilla. Por ese motivo, el régimen de responsabilidad demostrada supone por parte de los responsables y encargados del tratamiento, la adopción de un Programa Integral de Gestión de Datos Personales, el cual debe tener en cuenta la seguridad y ciclo de vida de la información, la efectividad de los derechos de los titulares, y el cumplimiento de los deberes de los sujetos obligados.

Para tal fin, se deberán tener en cuenta los diferentes aspectos jurídicos, tecnológicos y de administración de procesos que de una u otra manera se encuentran vinculados al tratamiento de los datos, de modo que se logre el establecimiento de acciones coordinadas y armónicas que permitan lograr un alcance real y efectivo a la información personal como derecho fundamental y a la vez, contribuir al normal desarrollo de la dinámica económica.

Referencias

- Article 29 Data Protection Working Party. (13, julio, 2010). *Opinion 3/2010 on the principle of accountability*, p. 8. http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp173_en.pdf
- Cano, J. (2011). *Función y propósito de la seguridad de la información*. <https://insecurityit.blogspot.com/2011/11/funcion-y-proposito-de-la-seguridad-de.html>
- Cano, J. (2012). *Pronósticos de seguridad de la información para 2013*. https://www.researchgate.net/publication/322721194_Pronosticos_de_seguridad_de_la_informacion_2018
- CGMPS Consultores Especializados S.C. (s.f.). *Proyecto de Desarrollo de la Industria de las Tecnologías de la Información. Estudio de autorregulación en materia de privacidad y de protección de datos personales en el ámbito de las TIC*. 5° Entrega.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia (20, julio, 1991). *Gaceta Constitucional* No. 116, art. 15.
- Colombia. Congreso de la República. Ley Estatutaria 1581 (17, octubre, 2012). Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. *Diario Oficial*, No. 48587, art. 3, Lit. f.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-414/1992.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1011 (16, octubre, 2008). Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 27/06 Senado -221/07 Cámara (Acum. 05/06 Senado), “por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”, p. 159.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-640 (18, agosto, 2010), p. 29.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-748 (6, octubre, 2011). Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria No. 184 de 2010 Senado; 046 de 2010 Cámara, “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, pp. 165-166.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-227 (02, abril, 2003).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-227 (02, abril, 2003).

Colombia. Presidente de la República. Decreto 1377 (27, junio, 2013). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012. *Diario Oficial* No. 48834. art. 26. Bogotá.

Conferencia Internacional de la Protección de Datos y Privacidad. (31º, 6, noviembre, 2009). Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad: Resolución de Madrid, art. 11.

King, K. (s.f.). *El valor de la propiedad intelectual, los activos, intangibles y la reputación*. http://www.wipo.int/sme/es/documents/value_ip_intangible_assets.htm

Muñoz, A. J. (1999/2000). Casos difíciles y derecho como integración. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 3, 57-66.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2015). The OECD Privacy Framework. Citado por Remolina, N. El principio de “accountability” en el Gobierno Obama y en el contexto Iberoamericano. En *Observatorio Ciro Angarita Barón sobre la protección de datos personales en Colombia*. <http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/?p=1804>

Remolina, N. (s.f.). *El principio de “accountability” en el Gobierno Obama y en el contexto Iberoamericano*. <http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/?p=1804>

Remolina, N. (2013). *Tratamiento de datos personales: Aproximación internacional y comentarios a la Ley 1581 de 2012*, p.114. Legis.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2015). *Guía para la implementación del principio de Responsabilidad Demostrada (Accountability)*, p. 5.