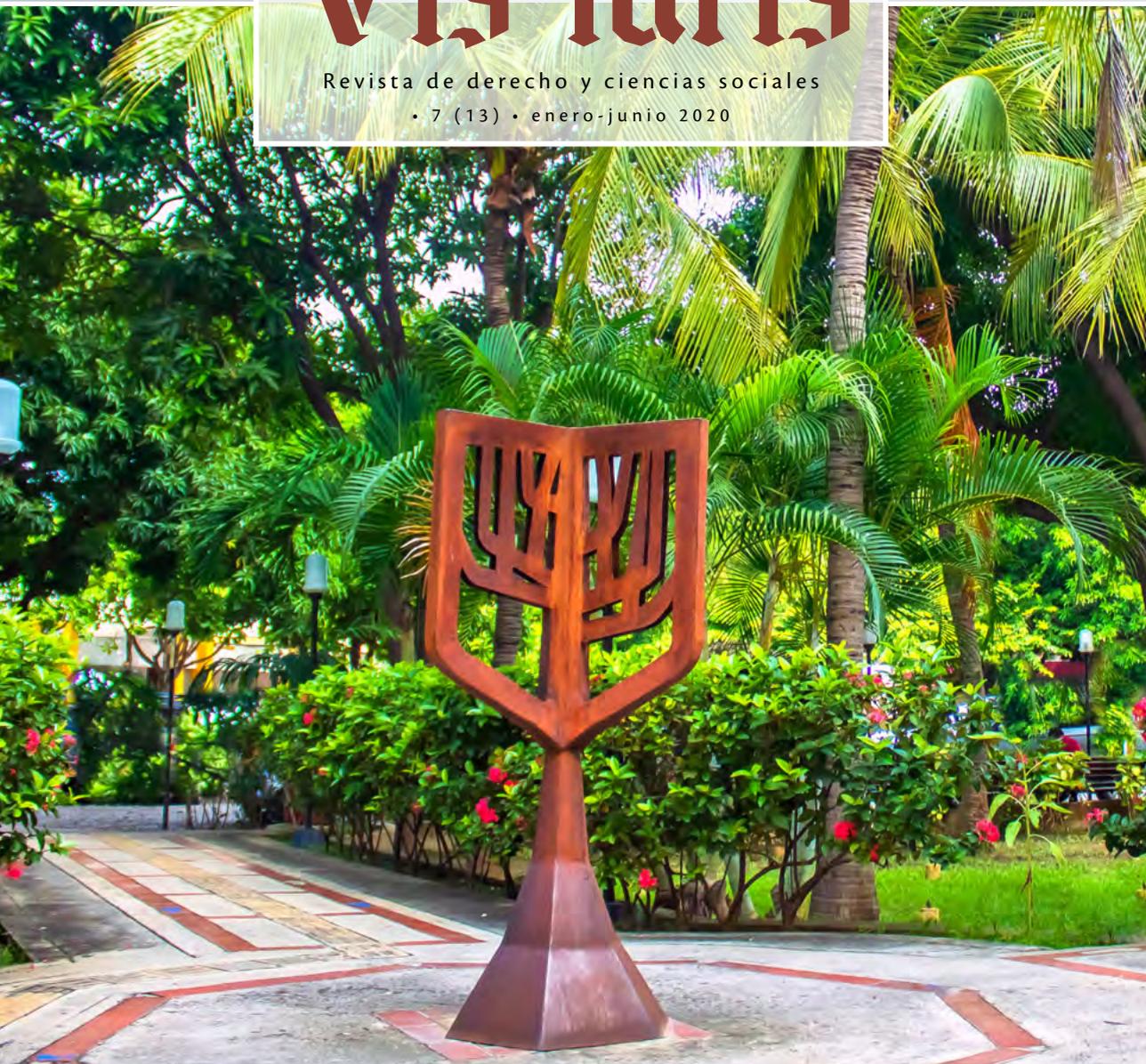


Vis iuris

Revista de derecho y ciencias sociales

• 7 (13) • enero-junio 2020



Universidad Sergio Arboleda

Escuela de Derecho - Seccional Santa Marta

Vis iuris es una publicación del Grupo de Investigación

Joaquín Aaron Majarrés



Escuela de Derecho
"Rodrigo de Bastidas"



**UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA**
Santa Marta

Vis iuris (P-ISSN 2389-9364, E-ISSN: 2665-3125) es una publicación científica de periodicidad semestral, creada por iniciativa del grupo de investigación Joaquín Aaron Manjarres, adscrito a la Escuela de Derecho de la universidad Sergio Arboleda – seccional Santa Marta. Su primera edición fue publicada en el año 2014, momento en el se ha comprometido con la comunidad científica de investigadores relacionadas con el derecho. Su objetivo principal es publicar y difundir investigaciones inéditas y originales escritas en español e ingles que ayuden a la comprensión de lo que sucede en la actualidad de Latino América.

EDITOR

EDIMER LATORRE IGLESIAS

Dr. Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta, Colombia

COMITÉ EDITORIAL

JORGE LUIS RESTREPO PIMIENTA

Dr. Universidad del Atlántico, Colombia

ANDRÉ SCHELLER D'ANGELO

Dr. Universidad Sergio Aboleda, Santa Marta, Colombia

ANDRES BOTERO BERNAL

Dr. Universidad Industrial de Santander, Colombia

MISAEEL TIRADO ACERO

Dr. Universidad Militar Nueva Granada

RAFAELA SAYAS CONTRERAS

Dr. Universidad de Cartagena

COMITÉ CIENTÍFICO

MARLENNY DIAZ CANO

Dr. Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta, Colombia

SANDRA VILLA VILLA

Ms. Universidad Libre, Barranquilla, Colombia

CELMIRA CASTRO SUAREZ

Dr. Universidad del Atlántico, Colombia

LUIS ALARCON MENEZES

Dr. Universidad del Atlántico, Colombia

BLAS ZUBIRIA MUTIS

Ms. Universidad del Atlántico, Colombia

COEDITOR y GESTOR EDITORIAL

RAÚL ALEJANDRO VIVIESCAS CABRERA

Ms. Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta, Colombia

DISEÑO, DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN

JESÚS ALBERTO CHAPARRO TIBADUIZA

CORRECTOR DE ESTILO

RAUL ALEJANDRO VIVIESCAS CABRERA

REVISIÓN DE IDIOMAS

ROGER MILLER CORRAL

Ms. Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta, Colombia

TRADUCCIÓN

ROGER MILLER CORRAL

Ms. Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta, Colombia

ESTILO DE CITAS Y REFERENCIAS

Vis iuris adopta para el estilo de sus citas y referencias, las normas APA sexta edición por lo cual le pide a todos los autores el reconocimiento y respeto de los derechos de autor

PERIODICIDAD Y DISTRIBUCIÓN

La revista se publica con frecuencia semestral, es decir, la primera edición se publica entre enero y junio, y la segunda entre julio y diciembre. Su distribución es nacional e internacional

DERECHOS DE AUTOR

Los textos se pueden reproducir total o parcialmente siempre y cuando se cite la fuente. El contenido de los artículos públicos en *Vis iuris* es exclusiva responsabilidad de los autores

Vis iuris

Revista de derecho y ciencias sociales

• 7 (13) • enero-junio 2020

Contenido

Editorial: El submarino

Publisher: The Submarine

EDIMER LEONARDO LATORRE-IGLESIAS **5**

Figuras jurídicas de encargo y delegación de funciones: límites, semejanzas, diferencias
y aplicación frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales

Legal figures of commission and delegation of functions: limits, similarities, differences
and application in front of the highest authorities of the territorial entities

MARÍA JOSÉ NOGUERA ARAUJO **7**

Análisis jurídico del estatuto temporal de protección a los migrantes venezolanos en Colombia

Legal analysis of the temporary statute for the protection of venezuelan migrants in Colombia

ANDREA CAROLINA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ • DUANYS LIESEL PEREIRA ORTEGA **31**

Idoneidad y validez jurídica de la notificación electrónica de
los actos administrativos de carácter personal

Suitability and legal validity of the electronic notification of administrative acts of a personal character

Melina Andrea Gil Oñate **51**

La deficiente función del estado en la prestación de servicio en salud
y asistencia médica en enfermedades de origen profesional

The poor role of the state in the provision of service in health and
medical assistance in diseases of professional origin

CLAUDIA CARVAJAL AGUDELO **79**

Control de convencionalidad en Colombia: una propuesta garantista para su optimización

Control of conventionality in Colombia: a guarantee proposal for its optimization.

PATRICIA RAQUEL MORRIS BOLAÑO **104**

Reseña regulativa de alto riesgo en el estado de salud de los trabajadores

Regulatory summary of high risk in workers 'health status'

JORGE LUIS RESTREPO PIMIENTA • SANDRA MILENA GOMEZ MARQUEZ **129**

Editorial: El submarino

Lillian Virginia Mountweazel nació en un pueblito llamado Bangs, en Ohio hacia el año de 1942. Muy joven se adentra en el estudio de los nativos Sierra Miwok legandonos un conjunto de fotografías que retratan su vida en comunidad. A partir de este estudio etnográfico se desarrolló su pasión por la gran fotografía, que continuó en los cementerios y lugares sagrados de París. Posteriormente hace su inmersión en el mundo rural norteamericano legandonos una amplia variedad de fotografías de los buzones de correo, instantes impregnados del poder de la nostalgia y del universo bucólico estadounidense. Murió de manera trágica en una explosión a la edad de 30 años, cuando realizaba un estudio para la revista Combustion sobre bombas de gasolina.

Este pequeño pero impactante extracto biográfico lo encontramos en la *New Columbia Encyclopedia*, sería perfecto si no fuera por un pequeño detalle, es completamente falso. Esta práctica es considerada en el argot de los creadores de contenido como un *submarino*, un texto quimérico diseñado para delatar a los que posiblemente hicieran plagio de los artículos en una enciclopedia. Lo asombroso de esta entrada es la reacción de los lectores. El público norteamericano durante décadas se ha negado a asumir la mentira. Hoy en día existen libros de fotografías que recogen el legado de esta gran artista Norteamérica, compendios en revistas sobre fotos de buzones rurales firmados por ella y una legión de admiradores que habla de la gran tragedia en la que murió esta retratista norteamericana. Nuevamente el apotegma Borgiano de que muere el autor y nace el lector se hace notoriamente evidente.

Borges señaló en su momento una fuerte tendencia que logró avizorar: el giro epistémico que se daría en el futuro sería orientado por la estética. Anticipándose a los postmodernos, en especial a BAUDRILLARD sobre el desierto de lo real, BORGES, narrando de forma detectivesca, describe el proceso de invención del planeta Tlon por una sociedad secreta de científicos, e irónicamente afirmaba de forma contundente: *el mundo deviene en Tlon*. Es decir, que nuestras creaciones terminarían materializándose en la vida real. Frente a la ingente innovación de

mundos posibles, solo basta con echar una ojeada a las arenas movedizas de lo real, donde las demarcaciones sobre lo fáctico se diluyen lentamente, moviéndose entre las vaporosas imágenes que edificamos en el mundo contemporáneo.

Otro ejemplo notorio de este tipo de submarinos que emergen, del fondo de lo falso con la fuerza de la verdad, es lo que ocurrió con el mapa de New York realizado por la empresa General Drafting Company en el año de 1930. Sus creadores incluyeron una ciudad falsa, AGLOE que no era más que la agrupación de las siglas de los nombres de sus diseñadores OTTO G. LINDBERG, y su auxiliar, ERNEST ALPERS. El objetivo era detectar el plagio y entablar denuncias. En efecto, en la década del 50 interpusieron una demanda contra el mapa elaborado por Rand McNally quien colocó Agloe dentro de su nuevo mapa, que se consideraba era la actualización de las rutas y carreteras después de más de veinte años.

En su defensa MCNALLY llevó fotografías de la existencia del lugar. El hecho fue simple, las personas que recorrieron el camino y llegaron a la intersección del mapa, al no ver nada decidieron hacer algo; crearon Agloe, un almacén de provisiones en medio de la nada. Este pequeño submarino confirma que el mundo está deviniendo en *Tlon* y que nuevamente la imaginación supera a la realidad.

EDIMER LEONARDO LATORRE-IGLESIAS
Editor

Figuras jurídicas de encargo y delegación de funciones: límites, semejanzas, diferencias y aplicación frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales

Legal figures of commission and delegation of functions: limits, similarities, differences and application in front of the highest authorities of the territorial entities.

MARÍA JOSÉ NOGUERA ARAUJO

Abogada titulada de la Universidad del Norte. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico: majonoar5@hotmail.com.

7

Tipología: Artículo de investigación

Recibido: 22/01/2019

Evaluated: 01/04/2019

Aceptado: 22/09/2019

Disponible en línea: 01/01/2020

Como citar este artículo:

NOGUERA ARAUJO, M. (2020). Figuras jurídicas de encargo y delegación de funciones: límites, semejanzas, diferencias y aplicación frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales. *Vis iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 7 (13).

Resumen

El encargo y la delegación de funciones son figuras jurídicas ampliamente utilizadas por las máximas autoridades de las entidades territoriales en Colombia, con el fin de salvaguardar el cumplimiento de sus responsabilidades que obtuvieron democráticamente por medio del sufragio de los ciudadanos. Sin embargo, se observa en la práctica que su aplicación no se realiza correctamente, existiendo confusión entre la escogencia de una u otra institución legal de acuerdo al caso en concreto, además de existir una laguna jurídica que impide su uso en los eventos en los que no medie vacancia temporal o definitiva del mandatario local, no obstante, no se encuentre físicamente en su circunscripción territorial. Por tal razón, este artículo propende por plantear una solución a la problemática actual, además de explicar detalladamente los aspectos claves del encargo y de la delegación de funciones.

Palabras Clave: Encargo, delegación de funciones, entidades territoriales, funciones administrativas, alcalde, gobernador.

Abstract

The constitutional principle of solidarity constitutes for the State a duty, a principle and a guideline. These dimensions point to the credibility of the obligation to provide vulnerable individuals with benefits or support. All of the above serves as support to address the figure of the PHP for the victims of the armed conflict, as it is a direct manifestation of solidarity and, however, was born into legal life with an expiration date; Contrary to the duty of the State to ensure the progression of guarantees and rights, projecting itself as an omissionary way with respect to the effectiveness of the norm and its legislative duty. Therefore, the purpose of this article is to determine the scope, impact and consequence of the omission of the State's duty vis-à-vis the principle of solidarity and progression of the guarantees and economic, social and cultural rights of the victims of the conflict.

KEYWORDS: Commission, delegation of functions, territorial entities, administrative functions, mayor, governor.

Introducción

En la legislación colombiana existen dos figuras jurídicas relacionadas con la transferencia funcional entre autoridades, cuya distinción en cuanto a límites, diferencias y aplicación es compleja, razón por la cual se hace necesario su análisis minucioso. Se trata del encargo y de la delegación de funciones. Ambas figuras tienen por objeto entregar unas funciones de una autoridad administrativa a otra de forma temporal, lo que conlleva a varias inquietudes, a saber: ¿cuándo se debe aplicar la figura del encargo y cuándo la figura de delegación de funciones?, ¿cuáles son los límites en la aplicación de cada una de las figuras jurídicas?, ¿a qué clase de funcionarios públicos se puede delegar y/o encargar temas administrativos?, ¿cuáles son las funciones susceptibles de encargo y cuáles de delegación?

Ahora bien, se debe iniciar mencionando que en el ejercicio de las labores atinentes a las máximas autoridades administrativas de las entidades territoriales, quienes son escogidas mediante elección popular, —esto es, para los alcaldes en los casos en que se trate de municipios y para los gobernadores al tratarse de los departamentos—, se hace necesaria la aplicación de ambas figuras jurídicas, ya que, por lo general, se presentan vicisitudes durante el desarrollo del cargo, tales como incapacidad por enfermedad, comisión de servicio, licencia no remunerada y permisos. Sin embargo, en la cotidianidad se observa que no existe claridad para su puesta en práctica. Prueba de ello es que comúnmente cuando la máxima autoridad administrativa de la entidad territorial se encuentra fuera del perímetro de su jurisdicción se acude al encargo, esto como una forma de no detener las gestiones urgentes en el municipio y/o departamento.

No obstante, al estudiar el encargo se demostrará que esta no es la figura jurídica de mayor idoneidad por regla general, lo que nos conlleva automáticamente a plantear la aplicación de la delegación de funciones administrativas, hallando que tampoco es pertinente en su totalidad.

Así las cosas, si bien tanto la delegación de funciones como el encargo son figuras jurídicas utilizadas con frecuencia al interior de las entidades territoriales con el fin de no dejar acéfalo el cargo correspondiente y poder organizar y facilitar el ejercicio de la labor encomendada a los alcaldes y/o gobernadores por la ciudadanía en uso de sus facultades democráticas, lo que genera amplia responsabilidad y compromiso dentro del territorio respectivo, estas no deben ser aplicadas libremente y sin contar con los lineamientos legales fijados para tal efecto, pese a la reiterada costumbre existente en el devenir cotidiano frente a su ejecución. Es por ello por lo que se debe dejar claridad acerca de cada una de ellas y cuáles son sus ámbitos concretos de uso adecuado.

Bajo la anterior línea argumentativa, esta investigación tiene como propósito definir cuáles deben ser los límites y diferencias entre la delegación de funciones y el encargo para poder fijar unos parámetros concretos que eviten su aplicación errónea en la práctica, además de proponer una posible regulación de la materia en los casos no contemplados por la legislación actual.

La figura jurídica del encargo frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales en la legislación colombiana

La figura jurídica del encargo está reglamentada por los artículos 1 y 24 de la Ley 1960 de 2019, modificatoria de la Ley 909 de 2004 y del Decreto-ley 1567 de 1998, en lo concerniente a las vacancias producto de la espera del desarrollo de los procesos de selección para proveer empleos de carrera administrativa; y en el Decreto 1083 de 2015.

Sin embargo, únicamente nos ocuparemos de la figura jurídica del encargo frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales, esto es, de los alcaldes en el caso de los municipios, o de los gobernadores, si se tratare de los departamentos, la que tiene su regulación legal en el artículo 2.2.5.5.41 del Decreto 1083 de 2015, que establece que el encargo puede realizarse para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales se ha sido nombrado, por ausencia temporal o definitiva del titular, estableciendo que el encargado puede o no desvincularse de las funciones propias de su cargo.

Aunado a ello, la sección segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, asevera que, para poder hablar de esta forma de proveer cargos, es menester el cumplimiento concomitante de dos requisitos, a saber: 1). La existencia de un empleo vacante, y 2). Un empleado público que asuma temporalmente las funciones inherentes a dicho cargo.

Empero, se considera pertinente agregar a tales requisitos jurisprudenciales: 3). la emisión, por parte de la autoridad competente, de un acto administrativo generador del encargo, y 4). Un empleado público que no puede seguir ejerciendo sus funciones por ausencia temporal o definitiva.

Dicho lo anterior, se hace necesario estudiar el contenido de los artículos 2.2.5.2.1 y 2.2.5.2.2 del Decreto 1082 de 2015, toda vez que estos consagran las disposiciones en virtud de las cuales se entiende que un cargo queda en vacancia definitiva o temporal, razón por la cual se plasmará en una tabla de datos las causales taxativas al respecto, a continuación:

Tabla 1. *Causales de vacancia definitiva o temporal según el Decreto 1082 de 2015*

Vacancia definitiva (Artículo 2.2.5.2.1)	Vacancia temporal (Artículo 2.2.5.2.2)
Renuncia aceptada	Vacaciones
Insistencia de nombramiento: A) cargos de libre nombramiento y remoción. B) Evaluación insatisfactoria. C) Nombramiento en provisionalidad.	Licencia
Destitución, como consecuencia de proceso disciplinario	Permiso remunerado
Revocatoria del nombramiento	Comisión, salvo en la de servicios al interior del país
Invalidez absoluta	Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular.
Por ser pensionado	Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial.
Tener edad de retiro forzoso	Periodo de prueba en otro empleo de carrera
Traslado	
Nulidad de nombramiento por decisión judicial	
Declaratoria de abandono del empleo	
Muerte	
Terminación del periodo por el que fue nombrado	

Fuente: elaboración propia a partir de 2020.

Al respecto, la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que, en los eventos en los que la ausencia sea temporal, el encargo deberá ser realizado ciñéndose al término de duración de esta, caso contrario a lo que sucede con la ausencia definitiva del cargo, supuesto en el cual no es permitido que el encargo exceda los tres meses debido a que, vencido este término, el encargado automáticamente cesa el ejercicio de las funciones encomendadas.

De lo anterior se colige que el encargo es una figura jurídica que se debe utilizar en circunstancias en las que se presente vacancia temporal o definitiva del cargo respectivo, siendo taxativas las causales para tal efecto. Sin embargo, en la práctica se observa que las máximas autoridades territoriales, ya sea el gobernador o el alcalde, hacen uso de dicha figura erróneamente en casos en los cuales no se encuentran en vacancia del cargo, como por ejemplo cuando están en comisión de servicios al interior del país (renglón 4 de las causales de vacancia temporal plasmadas en la Tabla 1).

Así las cosas, además de ser incorrecto el uso que se le ha dado al encargo, se presentan inconvenientes al momento de liquidar y pagar el salario correspondiente, pues el encargo supone que el funcionario presuntamente ausente no está en ejercicio del cargo, y, por ende, no tiene derecho a devengar contraprestación alguna, además, paralelamente, si se tiene en cuenta que dicho servidor público estaba ejecutando funciones y que nunca se separó del cargo, debería ser acreedor de su salario completo. Sin mencionar el sobresueldo que se debería cancelar al funcionario encargado.

Al respecto, el Artículo 2.2.5.5.44 del Decreto 1082 de 2015 establece que el funcionario público encargado es acreedor del salario del cargo que desempeña temporalmente, con lo que se configura la necesidad de cancelarle la diferencia salarial entre el cargo permanente y el cargo para el cual el servidor es encargado de manera transitoria.

Adicionalmente, la norma citada fue interpretada mediante fallo proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado en el entendido de que, además de otorgarle el derecho al empleado encargado de recibir el sueldo del empleo para el cual fue encargado, precisa que, en el caso de vacancia temporal, la condición para que el derecho señalado se configure consiste en que la remuneración no debe ser percibida por el titular del empleo; lo que es a todas luces injusto para el servidor público encargado, en virtud de que se le estaría sobrecargando de funciones cuya ejecución no le genera contraprestación económica alguna.

Aunado a ello, tal es la responsabilidad que genera el encargo para el funcionario encargado que se configura en una causal de inhabilidad en los eventos en los que el servidor pretenda ostentar el ejercicio de un cargo de elección popular, situación que ha sido estudiada en varias oportunidades por la Sección Quinta del Consejo de Estado, afirmado con especial contundencia en la sentencia con radicación No. 76001-23-31-000-2007-01477-02 del 31 de julio de 2009, con ponencia de la Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

En el mismo sentido, el Departamento Administrativo de la Función Pública emitió un concepto en el que asevera que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo dispuso que la norma que establece las inhabilidades no se refiere a la titularidad del cargo sino al ejercicio de funciones que se realice en el cargo correspondiente, lo que significa que se configura la inhabilidad cuando se ejerce el cargo mediante cualquier forma de provisión (Consejo Colombiano de Seguridad, 2019) de acuerdo a que “la autoridad encargada reviste todas las facultades de jefe de la administración y representante de la autoridad territorial” .

Bajo esta línea argumentativa se tiene claridad en que el encargo supone la emisión de un acto administrativo mediante el cual se designa a un servidor público para ejercer de manera parcial o total unas funciones distintas para las que fue nombrado, siempre que medie vacancia temporal o definitiva del titular

del cargo para el cual es encargado (causales taxativas descritas en la Tabla 1), y que, para el caso de las máximas autoridades de las entidades territoriales, genera plenas facultades administrativas.

Entonces, ¿qué sucede cuando se emite un acto administrativo de encargo con el fin de que la entidad territorial no se quede sin autoridad presencial cuando el alcalde o el gobernador se encuentra en comisión de servicios al interior del país, o en cualquier otro evento en el que no exista vacancia temporal o definitiva? La respuesta es simple: el acto administrativo puede ser objeto de demanda de nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo a que es expedido con infracción de las normas en que debía fundarse. Es preciso resaltar que no se afirma su ilegalidad de plano de acuerdo a la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos en la legislación colombiana.

Sin embargo, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado ha pretendido empezar a aclarar el inconveniente presentado con la aplicación de la figura jurídica del encargo al señalar diferencias entre el “encargo del cargo” y el “encargo de funciones”, señalando que únicamente el “encargo del cargo” encuadra en el estricto concepto de la norma y aseverando que el “encargo de funciones” realmente es una simple delegación, equiparando el primero a una forma de provisión del cargo que implica el reemplazo de su titular, y el segundo a una situación administrativa funcional, de acuerdo a que el titular sigue ocupando su cargo.

Referente a las acotaciones jurisprudenciales mencionadas en precedencia, se debe precisar que no se encuentra fundamento legal que las avalen, debido a que se denota confusión entre dos figuras jurídicas totalmente distintas como lo son el encargo y la delegación de funciones. No obstante, se hace necesario estudiar la delegación de funciones como una alternativa tendiente a solucionar el vacío normativo que se origina de la reglamentación del encargo en cuanto

a su aplicación por las máximas autoridades territoriales que no se encuentren en vacancia temporal o definitiva de acuerdo a que, con base en lo expuesto, el encargo carece de idoneidad para tal fin.

La figura jurídica de la delegación de funciones frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales en la legislación colombiana

Doctrinalmente, encontramos diversos conceptos que pretenden desarrollar el concepto de la delegación de funciones, razón por la cual se hará mención de los que resultan de mayor relevancia a la luz de la actual investigación.

Llama especial atención el concepto del profesor Agustín Gordillo, quien afirma que: “La delegación es un medio jurídico, concreto e individual, ofrecido al órgano al cual le compete una función determinada, para poder desgravarse temporalmente del peso del ejercicio de esa competencia propia”. Aseverando con posterioridad que: “la delegación no puede implicar renunciar definitivamente de la competencia; tampoco desatenderse de la responsabilidad originaria que el órgano titular de la competencia tiene respecto a la forma que ella se ejercita”.

Por su parte, el intelectual Rafael Bielsa asegura que el concepto de delegación se entiende en diversos sentidos, pero que en la realidad jurídica el único sentido posible es que hay delegación cuando a una persona u órgano se remite una atribución, misión o encargo¹ “para hacer lo que el delegante determina; agregando, además, que el delegado no es un mandatario, sino que al delegado se le asigna un encargo y él lo cumple dentro del régimen del derecho público.

¹ El subrayado realizado a la palabra “encargo” es con el fin de denotar que en las definiciones de la delegación de funciones se incluye por parte de los autores, generando confusión entre las instituciones jurídicas.

En otro sentido, asevera que la delegación es simplemente un encargo² que un poder u órgano hace a otro a fin de que este realice una actividad determinada.

Teniendo en cuenta los conceptos mencionados encontramos que, contrario a lo que se pudiera pensar, existe confusión al definir la delegación de funciones por parte de algunos autores, pues en la realidad legal no se corresponde con el encargo, que como ya se explicó, es una figura jurídica que goza de su propia reglamentación, razón por la que se le otorga validez y se considera pertinente la definición dada por el Dr. Agustín Gordillo.

Asimismo, se debe hacer alusión al concepto de delegación de funciones dado por el Consejo de Estado en su calidad de tribunal de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en virtud de sentencia de nulidad, quien establece que la delegación es una medida en virtud de la cual el titular de una competencia o función administrativa, previamente autorizado por el legislador, decide radicarla temporal y discrecionalmente en cabeza de otra autoridad usualmente subordinada, debiendo quedar claro que las competencias o funciones susceptibles de delegación son solo aquellas de las cuales es titular la autoridad delegante. En este punto, es menester traer a colación una máxima del derecho romano según la cual nadie puede transferir a otro mejor derecho del que tiene: *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Ahora bien, la figura jurídica de la delegación encuentra su sustento legal en Colombia en la Ley 489 de 1998, en la Ley 136 de 1994 y en la Ley 1551 de 2012. De acuerdo con estos fundamentos normativos, la delegación debe ser entendida como la transferencia de funciones realizada por una autoridad administrativa, que se denominará el delegante, a otra, llamada el delegatario, habiendo un acto administrativo siempre y cuando a ambas autoridades las

2 *Ibidem*.

relacione funciones afines o complementarias. Adicionalmente, la delegación podrá recaer en empleados públicos de los niveles directivos y asesor en los casos en los que el delegante se trate de ministros, directores de departamentos administrativos, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa.

Aunado a ello, para que la delegación sea efectiva, deberá contar con los siguientes requisitos: 1). Existencia de un acto administrativo escrito de delegación, el que deberá contener objeto y condiciones temporales y modales para su ejercicio, 2). Especificación de la autoridad sobre la que recae la delegación, 3). Indicación de los asuntos concretos que se delegarán, los que no podrán tratarse de expedición de reglamentos de carácter general, las funciones recibidas en delegación por el delegante (delegación de la delegación) o las prohibidas legal o constitucionalmente.

Es en este último punto en donde inician los inconvenientes respecto a las delegaciones funcionales realizadas por las máximas autoridades administrativas de las entidades territoriales debido a que, de la concreción requerida por la ley para la aplicación correcta de la delegación, se infiere que no es posible la delegación de todas o de la mayoría de las funciones propias del delegante. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-372 de 2002, señala que solo las funciones de mera ejecución, instrumentales u operativas son las que realmente pueden ser objeto de delegación.

Por su parte, la Ley 1551 de 2012, modificatoria de la Ley 136 de 1994, le otorga autorización legal a los alcaldes y gobernadores para delegar, en sus secretarios y jefes de los departamentos administrativos, indistintas funciones, siempre y cuando no exista expresa prohibición legal, requisito también consagrado en la Ley 489 de 1998, norma según la cual se necesita la autorización legal para que las autoridades administrativas deleguen asuntos específicos en todos los

casos que no estén expresamente prohibidos y cuando no figuren en el Artículo 11 de esa misma ley.

En cuanto a la finalidad de la delegación de funciones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional asegura que se trata de un interés por descongestionar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos que propendan por el cumplimiento de los fines del Estado en beneficio de toda la población, además de permitirle a las autoridades públicas flexibilizar el cumplimiento de sus funciones, evitando la concentración de poder.

Adicionalmente, la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha definido las características de la delegación, considerando que su creación se fundamenta en posibilitar la distribución de competencias entre las diversas instancias de la administración y que facilite el cumplimiento efectivo de las tareas a ella asignadas, siendo determinada la delegación como una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia, razón por la cual debe estar regulada por la ley la transferencia del ejercicio de la competencia, resaltando que la delegación es esencialmente revocable y que, en cualquier momento, el delegante puede reasumir la competencia delegada en tanto la transferencia es del ejercicio y no de la titularidad de la función.

En jurisprudencia posterior, el mismo tribunal administrativo establece que la delegación administrativa implica además el ejercicio, por parte del delegatario, de las atribuciones propias del funcionario delegante, reiterando que la autoridad delegante puede reasumir en cualquier momento, siempre que medie autorización legal previa al acto de delegación y que no exista prohibición expresa para delegar.

Bajo esta línea argumentativa, y teniendo claridad en el concepto, en sus características, su finalidad, su autorización y sus requisitos legales para la proceden-

cia de la delegación de funciones administrativas, ¿sería posible hacer uso de esta figura jurídica en los eventos en los cuales las máximas autoridades administrativas no se encuentren en vacancia definitiva o temporal, como es el caso de la comisión en servicio al interior del país, y por ende, no sea posible acceder a la figura jurídica del encargo? La respuesta es negativa.

De acuerdo con las líneas que anteceden se evidencia que la delegación debe ser usada solo para funciones precisas con sujeción legal, y que estas no deben corresponder en su integridad con las funciones principales del delegante, sino con aquellas cuyo mecanicismo lo permitan. Asimismo, y a pesar de que no está contemplado legalmente, se deduce de la intención del legislador que es imposible la delegación de todas las funciones, razón por la cual se ve coartada la competencia de la autoridad delegataria, quien -en ausencia de su superior, de la jurisdicción, y no de las funciones- deberá resolver cualquier inconveniente que se presentare al interior de la entidad territorial, precisando que las decisiones tomadas tienen la misma fuerza vinculante que tendría la decisión si esta hubiese sido proferida por el alcalde y/o gobernador, de acuerdo al caso en concreto.

Al respecto, el Consejo de Estado ha pretendido hacer una diferenciación entre la delegación de funciones y la designación de un cargo bajo la modalidad de encargo, aludiendo a que, mediante la delegación de funciones, no es posible entender a los delegados como reemplazo del burgomaestre, contrario a lo que ocurre con el encargo, señalando que en la delegación hay un traslado funcional sin que el delegante pierda la función delegada, mientras que en el encargo los supuestos fácticos requieren la sustitución del dignatario popular por otro.

Sin embargo, es pertinente ser enfático en reiterar que la ley imposibilita hacer uso de la modalidad de encargo si no existe vacancia temporal o definitiva del titular, existiendo circunstancias en la que no es necesaria la sustitución del mandatario sino que únicamente se requiere la entrega de unas facultades a un funcionario

para que este pueda colaborar con el cumplimiento de los cometidos estatales territoriales, entre tanto el representante legal de la entidad territorial se encuentra ocupado con otros asuntos del resorte de sus funciones que le impiden físicamente resolver temporalmente vicisitudes al interior del territorio que representa, como por ejemplo cuando se encuentran en comisión de servicios al interior del país.

Semejanzas y diferencias entre las modalidades de encargo y delegación de funciones

El Consejo de Estado en distintas oportunidades se ha ocupado de plantear diferencias entre la delegación de funciones y el encargo, llegando a la conclusión de que se trata de dos instituciones jurídicas que responden a condiciones específicas que, en el caso de la primera, conlleva a transferir el ejercicio de una función concreta en otra autoridad, y que si se trata de la segunda, genera la provisión de un empleo en forma temporal mientras su titular lo reasume.

El 13 de agosto del 2020, el mismo Tribunal de lo Contencioso Administrativo planteó nuevamente la diferenciación al indicar que la delegación de funciones es una técnica de manejo administrativo que supone el traslado de determinada competencia en favor de otro órgano de la administración mediante acto escrito, revocable y susceptible de recursos en vía gubernativa sin que ello implique la pérdida de la titularidad de la función para el delegante, y que el encargo responde a una modalidad de provisión temporal de empleos que permite el ejercicio total o parcial de las funciones asignadas a un cargo durante la ausencia de su titular.

No obstante, teniendo en cuenta las apreciaciones jurisprudenciales y los demás elementos planteados durante el desarrollo de este escrito, se encuentra oportuno plasmar mediante tablas de datos las principales diferencias y semejanzas existentes entre la delegación de funciones y el encargo, con el fin de evitar la confusión entre estas y facilitar su aplicación en la práctica:

Tabla 2. *Diferencias entre el encargo y la delegación de funciones*

<i>Encargo</i>	<i>Delegación de funciones</i>
<i>Implica vacancia temporal o definitiva del mandatario local</i>	NO implica ausencia del mandatario local.
<i>Se transfiere el cargo del titular</i>	NO existe transferencia del cargo
<i>El funcionario público encargado es acreedor del salario asignado al cargo.</i>	El delegado devenga el salario de su cargo.
<i>Se entiende como un reemplazo del burgomaestre</i>	NO se constituye en reemplazo del burgomaestre
<i>La ley no menciona restricción del sujeto sobre el cual recae</i>	Puede recaer únicamente sobre empleados públicos de los niveles directivos y asesor
<i>Se transfieren todas las funciones del cargo</i>	Se transfieren funciones específicas del titular del cargo
<i>El encargado debe cumplir con los requisitos del cargo a asumir</i>	El delegado NO debe cumplir con los requisitos del cargo a asumir, de acuerdo a que la transferencia es funcional
<i>No es necesario que el encargante y al encargado se relacionen por tener funciones afines o complementarias</i>	Al delegante y al delegado los debe relacionar funciones afines o complementarias
<i>Su finalidad corresponde a reemplazar el ejercicio de un cargo que no puede ser ejercido por el titular</i>	Su finalidad radica en agilizar la gestión de asuntos administrativos
<i>Genera inhabilidad para aspirar a un cargo de elección popular</i>	NO genera inhabilidad para aspirar a un cargo de elección popular

Fuente: elaboración propia a partir de 2020.

Tabla 3. *Similitudes entre el encargo y la delegación de funciones*

Encargo	Delegación de funciones
Pueden ser aplicadas por parte de la máxima autoridad administrativa de la entidad territorial, esto es, alcalde y/o gobernador	
Son figuras jurídicas creadas por mandato legal	
Tanto el encargado como el delegado ejercen funciones que no tenían antes del encargo o de la delegación	
Existe transferencia, por mandato legal, de un empleado público a otro	
Se realiza mediante acto administrativo	
No proceden en ausencia del mandatario local del territorio en los eventos en los que no exista vacancia temporal o definitiva	
Las funciones pueden ser reasumidas por el titular	
Las funciones entregadas son propias del cargo ocupado por el burgomaestre	
Propenden por el cumplimiento de los principios propios de las actuaciones administrativas	

Fuente: elaboración propia a partir de 2020.

La inhabilidad como una problemática reciente frente al empleado público en el que recae el encargo o la delegación de funciones

La Ley 617 de 2000, en su Artículo 30 numeral 3, Artículo 38 numeral 7 y en su Artículo 39, contempla la prohibición, para los mandatarios locales, para

aquellos que los reemplacen en el ejercicio del cargo³ y/o quienes ejerzan como empleados públicos o autoridad administrativa, inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular por un lapso de veinticuatro (24) meses posterior a la finalización del periodo para el cual fue electo o de la aceptación de la renuncia correspondiente en la respectiva circunscripción que, pese a estar consagrada como una causal de incompatibilidad en la norma, se traduce en una inhabilidad genérica para acceder a otros cargos o empleos públicos.

Con base en este fundamento, se tiene que la norma taxativamente contempla la incompatibilidad referida para todos los servidores públicos que reemplacen en el ejercicio del cargo al dirigente territorial, lo que significa que todos aquellos funcionarios públicos sobre los que recaiga la figura del encargo estarían incurso en la causal invocada, impidiéndoles su aspiración a cualquier cargo de elección popular.

Es preciso resaltar que la ley mencionada no hace alusión a temporalidad en el reemplazo del burgomaestre, es decir que, con estar encargado del cargo del mandatario local por tan solo un día, se constituiría. Es por ello que cobra especial importancia la diferenciación de las figuras jurídicas de encargo y de delegación de funciones.

Al respecto, el Consejo de Estado, mediante apelación de auto de suspensión provisional de acto administrativo, pretende resolver una controversia suscitada mencionando que “estar meramente encargado” no significa haber reemplazado al mandatario de turno, indicando que el reemplazo supone sustitución del titular.

3 Subrayado propio con el que se pretende manifestar que la inhabilidad a la que se refiere la Ley 617 de 2000 también recae sobre los servidores públicos que reemplacen a los mandatarios locales en el ejercicio del cargo.

Sin embargo, y con el respeto que se merece el tribunal de cierre de lo contencioso administrativo, la providencia mencionada confunde los conceptos y lineamientos de las dos instituciones jurídicas plurinombradas, toda vez que afirma que el encargo supone reemplazo, pero que “no es posible reemplazar a quien continúa siendo el titular pero se encuentra en comisión, o está en licencia, o en vacaciones, o suspendido provisionalmente”, lo que a todas luces contraría las disposiciones legales que explican las causales de vacancia temporal y definitiva, y que, por ende, permiten la aplicación de la figura jurídica del encargo.

No obstante, el mismo tribunal en líneas posteriores señala que un decreto de encargo en realidad encubría una delegación de funciones, con lo que nuevamente pasa por alto la normatividad vigente, pues como se esgrimió en su oportunidad, los actos de delegación de funciones tienen unos requisitos y formalidades que imposibilitan darle tal tratamiento teniendo como base la simple intención del nominador.

Aunado a ello, el mismo proveído judicial advierte que la delegación de funciones conlleva como resultado el ejercicio de la autoridad administrativa que es propia del mandatario local, la que es generadora de inhabilidad, tal y como se indicó al inicio de este acápite, afirmación que tampoco es compartida de acuerdo a los preceptos legales que la enmarcan de acuerdo a que, como se explicó en su oportunidad, la delegación de funciones no implica la transferencia del cargo sino de unas funciones específicas, no siendo pertinente aseverar que esta implica por sí misma el ejercicio de la autoridad del titular del cargo.

Es preciso resaltar que la indebida aplicación de las instituciones de encargo y de delegación de funciones podría originar inconvenientes de gran magnitud que pueden llevar a la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, motivo por el cual es menester velar por emplearlas adecuadamente con sujeción a las

leyes correspondientes para cada caso en concreto, sin olvidar que existe laguna jurídica para algunas circunstancias en las que no es posible acceder a ninguna de las dos figuras jurídicas por parte del alcalde y/o gobernador respectivo.

Conclusiones

El ejercicio de las actividades administrativas, de gestión y de autoridad, que implican la presencia del dignatario territorial dentro del fuero jurisdiccional de los municipios y departamentos, genera gran compromiso y responsabilidad, razón por la que los mandatarios locales acuden al encargo y a la delegación de funciones como mecanismos de descongestión y colaboración para el cumplimiento de los cometidos estatales. Empero, al estudiar estas instituciones jurídicas se encuentra que no son aptas en todos los casos, de acuerdo a que cada una de ellas cuenta con una reglamentación legal de obligatorio cumplimiento por parte del servidor público en la que se señalan los límites, los requisitos y la manera en la que se debe aplicar cada una de ellas.

No obstante, la normativa respectiva no está siendo acatada por regla general, no por arbitrariedad sino por imposibilidad, derivado de que la ley actual no abarca la mayor causa de delegaciones y encargos dentro de las entidades territoriales, lo que corresponde a la comisión de servicios al interior del territorio nacional, conllevando, por ende, a la existencia de una laguna jurídica.

Sin embargo, a la luz de esta problemática, el Consejo de Estado se ha preocupado por intentar brindar una solución al respecto sin resultados positivos, toda vez que en sus fallos se denota confusión en cuanto a los parámetros legales para poder realizar un encargo o una delegación de funciones por parte de una autoridad, omitiendo las consecuencias que esto acarrea para los servidores públicos implicados, como por ejemplo, la comisión del punible de prevaricato por acción o la posibilidad de recaimiento de una inhabilidad.

Planteamiento de regulación legal tendiente a solucionar la laguna jurídica derivada de la imposibilidad de aplicación de las figuras de encargo y delegación de funciones frente a las máximas autoridades de las entidades territoriales

Tal y como se explicó, hay eventos en los cuales no es posible aplicar las figuras de encargo y de delegación de funciones por parte de las máximas autoridades de las entidades territoriales debido a que su reglamentación legal no lo permite. Es por ello que se debe plantear una solución a la problemática acaecida en la actualidad, razón suficiente para proponer la modificación de la Ley 1551 de 2012, en el entendido de adicionar una nueva figura jurídica que se denominará “facultación” y que se deberá regir por los siguientes parámetros:

Artículo 1. Facultación. Las máximas autoridades administrativas podrán, con sujeción a la Constitución Política y a la ley, facultar el ejercicio de sus funciones a servidores públicos de la misma entidad territorial que se encuentren en el nivel directivo o asesor, siempre y cuando no les sea aplicable las figuras jurídicas de encargo o delegación de funciones.

Artículo 2. Requisitos de la facultación. La facultación deberá realizarse mediante acto administrativo motivado, en el que se especificará el nombre del facultante y del facultado y el ámbito de aplicación temporal de las facultades entregadas.

Artículo 3. Procedencia de la facultación. La facultación procederá en todas las situaciones administrativas en las que sea necesario facultar a un empleado público el ejercicio de las funciones de la máxima autoridad administrativa territorial, siempre y cuando se encuentre justificada la ausencia y no medie vacancia temporal o definitiva del titular.

Artículo 4. Salario. Teniendo en cuenta que la facultación no genera reemplazo del cargo por parte del facultado, este no será acreedor de remuneración alguna derivada del ejercicio de las funciones facultadas.

Artículo 5. Temporalidad. La facultación podrá realizarse por un periodo máximo de diez (10) días hábiles al mes.

Artículo 6. Responsabilidad. Por las actuaciones administrativas desarrolladas durante la facultación, habrá responsabilidad solidaria entre el facultante y el facultado.

Finalmente, en los anteriores términos queda planteada la solución a la laguna jurídica actual referente a la aplicación de las figuras jurídicas de encargo y de delegación de funciones por parte de las máximas autoridades territoriales, pretendiendo lograr legalidad en la expedición de los actos administrativos a los que hubiere lugar y ajustando la legislación actual a las necesidades de la cotidianidad de la función pública.

Referencias

Bielsa, R. (2011). *Estudios de derecho público*. Depalma.

Congreso de la República. (29 de diciembre de 1998). Ley 489 de 1998. *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial 43.464. <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186>>

Consejo de Estado, Sección Quinta. (31 de julio de 2009). Nulidad electoral, 76001-23-31-000-2007-01477-02. República de Colombia.

Consejo de Estado. Sección Segunda. 14 de agosto de 2009). Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Rad. No. 25000-23-25-000-2003-04563-01 (2143-07). República de Colombia.

Consejo de Estado. Sección Quinta. (12 de agosto de 2013). Nulidad Electoral, Rad. No. 11001-03-28-000-2012-00043-00.

Consejo de Estado. (12 de agosto de 2013). Nulidad y restablecimiento del Derecho 11001-03-28-000-2012-00043-00. República de Colombia.

Consejo de Estado. Sección Segunda. (13 de febrero de 2014). Nulidad y Restablecimiento del Derecho, 20001-23-31-000-2010-00017-01 (0719-13). República de Colombia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (15 de septiembre de 2016). Nulidad simple, 76001-23-31-000-2012-00314-01. República de Colombia.

Consejo de Estado. (30 de agosto de 2018). Proceso Electoral 11001-03-28-000-2018-00026-00. República de Colombia.

Consejo de Estado. Sección Quinta. (29 de noviembre de 2018). Apelación de auto de suspensión provisional de acto administrativo, 20001-23-33-000-2018-00265-01. República de Colombia.

Consejo de Estado. Sección Quinta. (16 de mayo de 2019). Nulidad Electoral, 25000-23-41-000-2018-00165-02. República de Colombia.

Consejo de Estado. Sección Quinta. (13 de febrero de 2020). Nulidad Electoral, 52001-23-33-000-2019-00623-01. República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (4 de agosto de 1999). Sentencia C-561. República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (15 de mayo de 2002). Sentencia C-372. República de Colombia.

Función Pública. (13 de marzo de 2019). Concepto 80701 de 2019. <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=92151>>

Decreto 1082 de 2015. (s.f.). Obtenido de Departamento de la Función Pública

Gordillo, A. (2003). *Tratado de derecho administrativo. Tomo 1*. ARA Editores.

Legis. (12 de junio de 2019). “Aclaran diferencias entre autoridades civil y administrativa para definir inhabilidad de congresistas”. <<https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/aclaran-diferencias-entre-autoridades-civil-y>>

República de Colombia. Ley 617 de 2000, 6 de octubre de 2000. Diario Oficial 44.188. <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0617_2000.html#38>

República de Colombia. Ley 1960 de 2019, 27 de junio de 2019. Diario Oficial 50.997. <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1960_2019.html>

República de Colombia. Ley 551 de 2012, 6 de julio de 2012. Diario Oficial 48.83 <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1551_2012.html#30>

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-625 de 2015, 01 de octubre de 2015.

Revista de administración pública. (2007). Números 12-15. Texas: Instituto Superior de Administración Pública.

Análisis jurídico del estatuto temporal de protección a los migrantes venezolanos en Colombia

Legal analysis of the temporary statute for the
protection of venezuelan migrants in Colombia

ANDREA CAROLINA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

Doctoranda en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda- Sede Santa Marta. Abogada de la Universidad Sergio Arboleda Sede Santa Marta. Investigadora del Grupo Joaquín Aarón Manjarrés de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

Correo de contacto andrea.rodriguezfer@usa.edu.co

DUANYS LIESEL PEREIRA ORTEGA

Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda- Sede Santa Marta. Abogada de la Universidad Sergio Arboleda Sede Santa Marta. Investigadora del Grupo Joaquín Aarón Manjarrés de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto Duanys.pereira@usa.edu.co

Tipología: Artículo de investigación

Recibido: 25/01/2019

Evaluado: 10/04/2019

Aceptado: 27/07/2019

Disponible en línea: 01/01/2020

Como citar este artículo:

Pereira, D. & Rodríguez, A. (2021). Análisis jurídico del estatuto temporal de protección a los migrantes venezolanos en Colombia.

Vis iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 7 (13).

Resumen

Con la expedición del Decreto 216 de 2021 se da vía al Estatuto de Protección Temporal al Migrante Venezolano dentro el ordenamiento jurídico colombiano, el cual tiene por objeto ofrecer beneficios necesarios para la regularización de miles de migrantes asentados en nuestro país. Así, el presente trabajo de investigación propende por analizar, desde el plano jurídico, si esta normativa garantiza el goce de derechos fundamentales de esta colectividad de acuerdo a los preceptos del derecho internacional humanitario o si, por el contrario, en el ejercicio del principio de soberanía, el Gobierno nacional fue discrecional y limita el acceso del estatuto a las personas venezolanas que tienen vocación de permanencia en Colombia.

Palabras claves: Estatuto Temporal, Derecho Internacional Humanitario, Migración Venezolana, Refugiados y Marco regulatorio.

Abstract

With the issuance of Decree 216 of 2021, the Statute of Temporary Protection for Venezuelan Migrants is given within the Colombian legal system, which aims to offer the necessary benefits for the regularization of thousands of migrants settling in our country. Thus, the present research work, tends to analyze from the legal plane, if this regulation guarantees the enjoyment of fundamental rights of this community, according to the precepts of International Humanitarian Law or if, on the contrary, in the exercise of the principle of sovereignty, The National Government was discretionary and limits the access of the statute to Venezuelans who have a vocation of permanence in Colombia.

Keywords: Temporary Statute, International Humanitarian Law, Venezuelan Migration, Refugees and Regulatory Framework.

Introducción

Es innegable indicar que el fenómeno de la migración es una situación que se presenta en muchos Estados a nivel mundial. Así, Colombia se caracteriza por ser un Estado emisor de emigrantes y no receptor, por lo que la política pública de migración no ha respondido adecuadamente a la problemática, o contándose con la capacidad de respuesta institucional frente a este hecho (Echeverry, 2012).

En el contexto internacional, la situación económica, política y social que experimenta hace algunos años la República Bolivariana de Venezuela ha sido un detonante para que un número significativo de personas decidieran abandonar su lugar de origen en búsqueda de mejores oportunidades para la satisfacción de sus necesidades básicas, así como por el riesgo inminente que representa quedarse dentro del territorio para su vida y la de su familia.

Y es que la crisis venezolana evidencia un contexto multidimensional que genera efectos en el desarrollo de los derechos políticos y civiles, así como los DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de sus nacionales. Así, se indica que, entre enero de 2015 a diciembre de 2020, se calcula que más de cinco (5) millones de ciudadanos venezolanos huyeron de su país, siendo uno de las comunidades más grandes de desplazados en el mundo, superado solo por la población siria (Cancillería de Colombia, 2021).

La migración de la población venezolana se dio en su mayoría hacia diversos lugares de Latinoamérica, en especial a Colombia, hecho que se evidencia en las estadísticas de corte del 31 de diciembre de 2020 que, según datos oficiales, en nuestro territorio hay más de 1.729.000 ciudadanos venezolanos, de los cuales el 44% se encuentra de forma regular en el país. Asimismo, de esta cifra el 51% son hombres mientras que el 49% lo completan las mujeres (Defensoría del Pueblo, 2021).

Este incremento y asentamiento desmedido de población venezolana en el territorio colombiano ha ocasionado que se generen diversas problemáticas que atentan contra el respeto y el goce efectivos de derechos fundamentales a estos migrantes, especialmente a aquellos que ostentan una condición de doble vulnerabilidad en razón del abandono de su lugar de asiento por la desprotección del Estado de origen y el no reconocimiento y protección de derechos humanos del Estado receptor. Hecho que se ha agravado en 2021 en razón de la crisis sanitaria y humanitaria ocasionada por la pandemia del Covid-19, la cual ha traído efectos negativos a toda la población mundial.

De acuerdo a este panorama, y teniendo en cuenta la urgencia en la protección de los derechos fundamentales de este colectivo, el Gobierno nacional expidió el Estatuto Temporal de Protección a los Migrantes Venezolanos, en sus siglas ETPMV. Así, el ejecutivo señala que esta normativa surge como el resultado del trabajo institucional para crear un marco jurídico que permita fácilmente regularizar de forma masiva a los migrantes y a sus familias, los cuales representan el 56% de la población irregular asentada en el territorio, logrando así que estos puedan acceder a programas sociales estatales e integrarse económicamente al país con iguales beneficios a aquellos migrantes que ya están regularizados (Cancillería de Colombia, 2021).

Sin lugar a dudas la adopción del ETPMV representa un avance en el desarrollo de la política pública de migración en Colombia, puesto que su diseño evidencia un progreso de los permisos especiales de permanencia, a su vez que permite caminar hacia la superación de las barreras de acceso a derechos de esta colectividad. Sin embargo, existen parámetros de esta normativa que pueden obstaculizar el cumplimiento de los objetivos propuestos en ella, y que propende por hacer frente al fenómeno migratorio en nuestro país, además de brindar las garantías necesarias para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los grupos migrantes y refugiados venezolanos. Todo lo anterior tienien-

do en cuenta los postulados del derecho internacional humanitario y aquellos señalados en la Constitución Política de 1991.

Con base a lo anterior, surge el siguiente planteamiento del problema: ¿garantiza el ETPMV los derechos fundamentales de la población migrante venezolana, de acuerdo a los postulados del derecho internacional humanitario?

La presente investigación propende por realizar un análisis jurídico del Decreto 216 del 2021, el cual da vida al ETPMV con la finalidad de establecer si sus disposiciones garantizan los derechos fundamentales de la población migrante venezolana, y si estos responden a las exigencias señaladas por el derecho internacional humanitario.

Metodología

El análisis descriptivo contempla una revisión normativa que regula el fenómeno de la migración en Colombia, para así establecer si el ETPMV garantiza los derechos fundamentales de los migrantes y refugiados o, por el contrario, los vulnera, teniendo en cuenta los postulados del derecho internacional humanitario. De igual forma, las autoras pretenden determinar su punto de vista frente al contexto del ordenamiento jurídico interno y determinar qué acciones ha desarrollado el Estado colombiano para afrontar este fenómeno.

Estatuto Temporal de Protección a Migrantes Venezolanos (ETPMV)

En el análisis del Decreto 216 de 2021 se evidencia que el poder ejecutivo cuenta con un margen de discrecionalidad en aspectos relevantes tales como el sostenimiento y estabilidad de la política pública temporal de migración, además de la aplicación normativa que lleva a cabo Migración Colombia frente al ETPMV (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2021).

Así, en la implementación del principio de soberanía se pretende dar validez a lineamientos dentro de esta política que pueden atentar significativamente contra los derechos fundamentales de esta colectividad. Asimismo, se abre la ventana a generar un ambiente de inseguridad jurídica en el tiempo, en el entendido de que los futuros gobiernos de turno pueden decidir cerrar el ciclo de no cumplimiento de la política de migración que da vida al ETPMV. Hechos que serán de análisis a continuación.

Ámbito de aplicación

Adentrándonos en el análisis jurídico del Decreto 216 del 2021, el Artículo 4 en su párrafo 2º señala que los migrantes venezolanos que estén asentados dentro del territorio nacional en condición de irregularidad, a corte del 31 de enero de 2021, están obligados a demostrar, a través de *prueba sumaria e idónea*, la permanencia en el país de acuerdo a los términos y lineamientos establecidos por Migración Colombia a través de acto administrativo, respetando los parámetros del principio de libertad probatoria (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2021).

Dentro del análisis del artículo en mención, se indica en primera instancia que la prueba sumaria no puede ser catalogada como medio de prueba, sino una categorización que guarda relación con el principio de contradicción probatoria. Así, se afirma que una prueba que no es controvertida se cataloga como sumaria, por lo que aquella prueba que se somete a contradicción se considera plena (Parra Quijano, 2014, p. 171). Por consiguiente, el hecho de que la prueba sea sumaria no implica que esta se aporte como medio probatorio específico. De manera que la información que se obtenga con cualquier medio y conlleve a determinar la permanencia del migrante irregular dentro del territorio nacional se puede considerar admisible. Por lo que es pertinente indicar que, si se exige que los medios probatorios sean sumarios, estos no pueden constituirse como un límite al ejercicio del principio de libertad probatoria.

En segunda instancia, se indica la idoneidad de la prueba que permite establecer la conducencia probatoria, que de acuerdo a lo señalado en el Artículo 4 en su párrafo 2° del ETPMV, no determina una tarifa legal probatoria, que en últimas impide el respeto y el desarrollo del principio de libertad probatoria.

Se recuerda que una prueba se considera idónea cuando permite demostrar un hecho que es jurídicamente relevante para un determinado caso. Para el caso objeto de estudio, el cual se vislumbra en el Artículo 4 párrafo 2°, todas las pruebas que hagan alusión a demostrar la permanencia dentro del territorio colombiano deben considerarse idóneas. Ahora bien, teniendo en cuenta que una prueba conducente demuestra jurídicamente un hecho, se incluye dentro de los medios probatorios cuando la norma lo indica. Por lo que, estableciéndose la tarifa legal probatoria dentro de la norma, se determina el medio de prueba que va a acreditar un hecho, lo cual, si se permite el ejercicio de la libertad probatoria, cualquier medio de prueba es conducente y no solo el que señala la normativa (Parra, 2014).

De manera pues que, si los migrantes venezolanos radicados dentro del territorio nacional en condición de irregularidad a corte del 31 de enero de 2021 deben demostrar su permanencia en el país a través de una prueba sumaria, de esto no debe interpretarse que la norma determina una tarifa legal que limita los medios probatorios, sino por el contrario, que estas pruebas, al ser idóneas y conducentes, se llevan a cabo respetando el principio de libertad probatoria.

Asimismo, frente al lineamiento de que la prueba sumaria se aporta teniendo en cuenta los términos que señala Migración Colombia a través de un acto administrativo, se indica que la competencia de esta unidad solo debe limitarse a la forma en que se hace el aporte probatorio, ya que esta entidad no tiene competencia para determinar una tarifa legal probatoria, dado que esto se hace por precepto legal y no por acto administrativo, el cual exige actuaciones solemnes

a los migrantes venezolanos para demostrar su permanencia en el territorio nacional (Dejusticia, 2021).

Registro Único de Migrantes Venezolanos en el Régimen de Protección Temporal

El Decreto 216 de 2021 indica que el Registro Único tiene como objetivos principales lo siguiente:

Lograr la identificación de los migrantes venezolanos;

Y formular políticas públicas que respondan a atender el fenómeno de la migración venezolana en Colombia (Artículo 6).

Así, esta normativa señala, en su Artículo 5 numeral 8°, que los migrantes venezolanos que desean ser incluidos en el Registro Único deben autorizar la recolección de información y datos sensibles biométricos, además de información biográfica y demográfica. Frente a esta temática de tratamiento de datos personales, el Gobierno nacional debe tener en cuenta los lineamientos de la Ley Estatutaria 1581 de 2012.

Como se manifestó anteriormente, los datos biométricos se consideran datos sensibles (Congreso de Colombia, 2012), por lo que su recolección no es relevante, más aún cuando pueden vulnerar derechos fundamentales a la igualdad, al habeas data y a la no discriminación consagrados en la Constitución Política y en la Ley 1581. De manera, pues, que condicionar el acceso a los beneficios, a la protección complementaria del ETPMV y a la proporción de datos personales de naturaleza sensible, violenta el principio de libertad y el consentimiento de los migrantes, el cual no tiene soporte constitucional ni legal. Así, indiscutiblemente, recolectar datos biométricos representa un riesgo para los migrantes venezolanos y genera potenciales daños que pueden ser irremediables en razón de la condición que tienen estos grupos.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C- 748 de 2012, manifiesta que, en el ordenamiento jurídico colombiano, los datos sensibles tienen una protección de rango legal y constitucional. Así, la Ley 1581, en su Artículo 6, señala como precepto general que el tratamiento de datos sensibles está prohibido.

Luego entonces, si existe una prohibición legal del tratamiento de datos sensibles, no se evidencia la necesidad de recolectar y tratar los mismos con el objeto de identificar a la población migrante, ya que el Registro Único cuenta con información biográfica y demográfica que cumple la función de identificación. Más aún cuando la recolección de datos sensibles hace parte de la segunda fase del Registro Único, lo que no da claridad y nos demuestra la necesidad de obtenerlos, por el contrario, pone en un riesgo inminente la seguridad, la privacidad, la discriminación y la violación al derecho a la igualdad y libertad de los migrantes venezolanos.

Por consiguiente, los argumentos esbozados para la recolección y tratamiento de datos no determinan la obligatoriedad de entregar los mismos, sin embargo, sí representan peligros para los titulares tales como:

- Los datos sensibles pueden ser empleados para llevar a cabo labores de rastreo legal o ilegal;
- Los datos sensibles son irremplazables, por lo que un inconveniente de seguridad o manejo de los mismos, puede repercutir seriamente en la seguridad de las personas.

En este mismo sentido, incluir el manejo de datos biométricos para el registro de migrantes venezolanos conlleva a que aumenten los costos de soporte y mantenimiento de los medios tecnológicos que los almacenan. Ahora bien, se destaca que frente a la autorización y tratamiento de datos sensibles: “se deben indicar de forma clara que la prestación del servicio y en general el acceso a los beneficios del régimen de protección especial no están condicionados a la entrega o

rendición de los datos biométricos” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020), por lo que las personas titulares deben otorgar el consentimiento libre, informado y por escrito de las implicaciones de su tratamiento.

Luego entonces, es posible afirmar que la obligación de entregar los datos biométricos como requisito para acceder a la atención que brinda el ETPMV demuestra un trato diferencial de los migrantes frente a otras colectividades, violentando así el derecho a la libertad, a la igualdad y a la no discriminación, los cuales están consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales de derechos humanos, en los que Colombia es parte.

Requisitos para incluir a los migrantes en el Registro Único

El Artículo 8 del Decreto 216 de 2021 determina que los migrantes venezolanos deben aportar un documento de identificación que se encuentre vigente o vencido para poder ser incluidos en la base de datos del Registro Único. Este hecho contempla, en algunos casos, una barrera de acceso a la inscripción, ya que muchas de estas personas no cuentan ni siquiera con un documento que les permita identificarse.

40

Y es que, en razón de la crisis que se vivencia en el vecino país, el trámite para obtener un documento de identificación es imposible, dado que la entidad competente: Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME), cerró sus puertas y no presta los servicios para obtener el documento en línea. Asimismo sucede con las partidas de nacimiento, dado que en razón de la pandemia muchas de las oficinas donde se llevaba a cabo el trámite cerraron, y este año la reapertura ha sido lenta y en menor proporción (Martínez, 2020).

En una encuesta realizada por el Consejo Noruego para Refugiados en el año 2019 en cinco países “se encontró datos que indican que el 1% de las personas encuestadas en el Estado de Zulia manifestaron que iniciaban su proceso migratorio

sin ningún tipo de identificación” (Consejo Noruego para Refugiados, 2019). Incluso desde febrero de 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifestó su preocupación:

(...) con relación a las múltiples dificultades y obstáculos que enfrentan las personas venezolanas para obtener o renovar sus pasaportes, así como para la expedición de otros documentos como cédulas de identidad, partidas de nacimiento, certificados de nacido vivo, certificado de antecedentes penales o el trámite de apostilla de documentos. La CIDH ha recibido información que indica que las personas venezolanas enfrentan múltiples dificultades para la tramitación o renovación de estos documentos como consecuencia de la falta de materiales para su elaboración, los altos costos que pueden estar asociados al trámite de los mismos y los largos plazos para las citas, tramitación y entrega de estos documentos. (2019, p. 35)

Requisitos para el otorgamiento del PPT (Permiso por protección temporal)

El Artículo 12 del Decreto 216 de 2021 señala los requisitos que se deben cumplir para obtener el PPT, los cuales son:

- No tener procesos administrativos o judiciales en curso (numeral 2).
 - No tener en curso investigaciones administrativas migratorias (numeral 3).
 - No tener sanciones económicas vigentes (numeral 4).
 - No tener en curso investigaciones por delitos dolosos (numeral 5)
- (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2021).

El hecho de negar el otorgamiento del PPT en razón de que el migrante tiene un determinado número de procesos en curso (judicial, administrativo, administrativo migratorio) trasgrede significativamente la presunción de inocencia, establecida en el Artículo 29 de la Constitución Política y en los tratados internacionales de derechos civiles, políticos y de derechos humanos suscritos por Colombia.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-289 de 2019, es enfática en indicar que la presunción de inocencia, como derecho, no solo debe aplicarse a los procesos penales, sino a los demás procesos de naturaleza judicial o administrativa. Por consiguiente, tener en cuenta como causales de negación las investigaciones migratorias y procesos judiciales y administrativos en curso de los migrantes solicitantes del PPT es una acción desproporcionada y se puede catalogar como una sanción anticipada, debido a que se le está negando a esas personas las garantías y beneficios que pueden obtener a través del ETPMV, más cuando estas personas no han sido declaradas responsables por las acciones investigadas. Lo anterior a todas luces violenta los preceptos constitucionales de la presunción de inocencia.

De igual forma, se considera desproporcionado que se castigue las sanciones de carácter económico que tengan las personas por temas migratorios, dado que muchas de ellas no se constituyen como acciones que generen un perjuicio al ordenamiento jurídico o al libre ejercicio de los derechos de las demás personas.

Expedición por Migración Colombia del PPT

El Artículo 13 del Decreto 216 de 2021 indica que la Unidad de Migración Colombia definirá, a través de un acto administrativo, los parámetros específicos que establezcan la implementación y el costo del PTT. Hecho que, a grandes luces, resulta complejo, dado que la imposición de un costo para poder tener el permiso es desmesurada, puesto que muchos de los migrantes o solicitantes de refugio no tienen los recursos para adquirirlo.

La no adquisición del PPT conlleva a que los migrantes y refugiados vean limitados sus derechos, en especial la educación y la salud, dado que los documentos de regularización se requieren para el acceso a los servicios del Estado, además de la necesidad de contar con un estatus migratorio, hecho que contradice la finalidad y las garantías que promulgan el ETPMV.

Luego entonces, se considera que imponer este costo a los migrantes y solicitantes de refugio, los cuales están en Colombia con vocación de permanencia en un largo y mediano plazo (Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos, 2018) constituye una barrera que no permite el goce efectivo de derechos, una que, a su vez, limita su integración con la sociedad receptora, en términos laborales, sociales y culturales, impidiendo así el mejoramiento de las condiciones de vida de esta colectividad.

Lineamientos para cancelación del PPT

Se indica que, dentro de las causales de cancelación del PPT por parte de Migración Colombia, señaladas en el Artículo 15, se encuentra:

- Encontrar un registro de infracciones al ordenamiento jurídico (numeral 1).
- Considerar que la presencia del extranjero en el territorio nacional es inconveniente (numeral 3).
- Considerar que la permanencia del extranjero es inconveniente para la seguridad nacional o ciudadana (numeral 5) (Ministerio de Relaciones Exteriores, 2021).

Configurada una de estas causales, el Artículo 15 parágrafo 1º determina que la cancelación del PPT se llevará a cabo través de acto administrativo que no admite recurso alguno que controvierta la decisión proferida por Migración Colombia. Ello implica que se vulneren los derechos a la presunción de inocencia y al debido proceso consagrados en el Artículo 29 de la carta magna, así también se trasgrede el principio de legalidad y proporcionalidad de las sanciones señalados en el Constitución Política en sus artículos 6 y 13 respectivamente.

Por consiguiente, se destaca la obligación de las autoridades administrativas en acoger y respetar los derechos y garantías del debido proceso en el curso

de acciones administrativas migratorias que sancionen a los migrantes, permitiéndoles desarrollar su derecho de defensa y contradicción.

Y es que, si bien el principio de soberanía permite que el ejecutivo dirija las relaciones internacionales del Estado y se conceda cierto margen de discrecionalidad para fijar lineamientos de la política migratoria, este fenómeno no es absoluto, puesto que siempre se debe actuar bajo el marco que brinda las garantías necesarias para la protección de los derechos humanos y civiles de los extranjeros en nuestro país. De manera que todos los procesos administrativos permeados de discrecionalidad gubernamental deben regularse teniendo en cuenta el respeto por el derecho al debido proceso migratorio, el cual se sustenta en los parámetros del derecho internacional humanitario y responde a las obligaciones del Estado en la ratificación de los tratados internacionales, vinculados a nuestro ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad, mandato constitucional enunciado en el Artículo 93 de la carta política.

La Corte Constitucional, en sentencia SU-772, ha reconocido el derecho al debido proceso administrativo, como:

(...) la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley.

Asimismo, la Corte Constitucional, en Sentencia C-248 señala las garantías mínimas al debido proceso, que son:

- i) el derecho a conocer el inicio de la actuación;
- ii) a ser oído durante el trámite;
- iii) a ser notificado en debida forma;
- iv) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto

- de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador;
- v) a que no se presenten dilaciones injustificadas;
 - vi) a gozar de la presunción de inocencia;
 - vii) a ejercer los derechos de defensa y contradicción;
 - viii) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen por la parte contraria;
 - ix) a que se resuelva en forma motivada;
 - x) a impugnar la decisión que se adopte y
 - xi) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso. (2013)

De tal forma que las autoridades estatales vulneran el debido proceso administrativo cuando, en el desarrollo de un proceso o acto señalado por la norma, no se tienen en cuenta las garantías constitucionales reconocidas en favor de los ciudadanos. Así, la Corte Constitucional, en Sentencia C-085 de 2014, indica que desconocer el derecho al debido proceso dentro de un procedimiento administrativo vulnera los elementos esenciales que conforman dicha actuación.

Concurrencia de documentos de identificación como PEP y Salvoconductos de los solicitantes de refugio

El Decreto 216 de 2021, en sus artículos 16 y 18, determina que, para aquellas situaciones donde concurren permisos y salvoconductos que otorguen la permanencia dentro del territorio nacional a los refugiados, Migración Colombia cancelará los mismos dado que solo es válido el PPT. De igual forma, el Artículo 17 señala el deber del solicitante de incluir sus datos en el Registro Único y solicitar el PPT sin que se configure el desistimiento voluntario de su solicitud. La norma es clara en señalar que el trámite de solicitud de refugio sigue su curso, aun cuando el solicitante aplique al PPT.

Se recuerda que el derecho al refugio está establecido en el Artículo 36 de la Constitución Política y en los tratados internacionales de derechos humanos

suscritos por Colombia (Naciones Unidas, 1951), y es un derecho relevante que no puede ser trasgredido por el ETPMV, el cual se considera como una herramienta de protección complementaria que no reemplaza en ningún momento el proceso de refugio.

Conclusiones

Los esfuerzos del Estado colombiano por regularizar y proteger a los migrantes venezolanos en nuestro territorio han dado pie para la creación de un estatuto temporal de protección para migrantes venezolanos (ETPMV).

Dicho ETPMV cuenta con una serie de falencias que atentan, en algunos aspectos, con derechos fundamentales establecidos en nuestra Constitución Política, como el estipulado en el Artículo 29 que versa sobre el debido proceso y la presunción de inocencia de toda persona, a su derecho a defensa y a que permanezca inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable del hecho u acto delictivo que se le investiga, esto en razón de que, en el estatuto de la referencia, en su Artículo 12, numerales segundo, tercero y quinto, conllevan expresiones como: “anotaciones” y “en curso”, refiriéndose a procesos administrativos y judiciales en curso, negándole la posibilidad a los migrantes venezolanos a regularizar su situación migratoria por cuanto se desconoce si dicho proceso terminaría en alguna condena o exoneración absoluta de la responsabilidad de la persona.

Otro de los desaciertos del Estado colombiano para aplicar el ETPMV es la potestad que se otorga a los siguientes gobiernos de dar por terminada en cualquier momento con la regulación del estatuto si así lo considera, aun así este cuenta con un tiempo de vigencia de 10 años, lo que resultaría perjudicial para toda la población venezolana radicada dentro del territorio colombiano que no alcanzaría a obtener los beneficios estipulados en el tiempo antes mencionado. Así mismo, se le otorga una discrecionalidad amplia a Migración Colombia en

cuanto a la potestad de decidir cuándo se concede, se niega o cancela el permiso de protección temporal debido a que no existen puntos claros a las motivaciones que deben dar cuenta el acto administrativo que debe expedirse en razón del mismo y, además, que dichas decisiones no admiten recursos algunos.

Ahora bien, en lo que respecta al ámbito de aplicabilidad del ETPMV, este se encuentra limitado para los migrantes venezolanos que ingresan al país de manera irregular después del 31 de enero de 2021, toda vez que solo hace un llamado a los migrantes venezolanos que se encuentran dentro del territorio colombiano hasta esa fecha para regularizar su situación migratoria, actualizando o ingresando sus datos en el Registro Único de Migrante Venezolano (RUMV) y cumplir con los requisitos para lograr el beneficio del Permiso de Protección Temporal. Es preciso indicar que el estatuto no deja claro si el titular del PPT le permite demostrar su domicilio en el país y que así pueda otorgársele la nacionalidad colombiana a los niños y niñas nacidos en nuestro territorio, logrando de esta manera acabar con el fenómeno de apatridia, que afecta y transgrede los derechos fundamentales de muchos niños y niñas de padres venezolanos.

Por último y no menos importante, se encuentra la obligatoriedad que conlleva el ETPMV para las personas que cuentan con salvoconducto (SC-2) o son solicitantes del mismo bajo el amparo de condición de refugiado, debido a que hace un llamado imperativo en inscribirse en el RUMV y, como consecuencia de este, solicitar el PPT, para lo cual estaría renunciando a los beneficios del salvoconducto para acogerse a los de PPT, recordando que el solicitante de reconocimiento de refugio y el refugiado tiene la restricción de volver a su país por las razones y condiciones descritas en la convención de Cartagena y en la convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, por el contrario, el migrante venezolano que adquiere el PPT sí puede volver a su país de origen. Es decir, no existe la posibilidad de elegir entre uno u otro ya que la condición

de refugiado y el beneficiario de PPT dentro del ETPMV no le son aplicables al mismo tiempo. Además, es importante resaltar que el PPT será otorgado de manera individual, dejando por fuera a los miembros del núcleo familiar del titular del permiso debido a la falta de requisitos establecidos en el Artículo 12 del ETPMV que no puedan cumplir por condiciones externas a su voluntad, como lo pueden ser los sujetos en situación de especial vulnerabilidad tales como niños, niñas y adolescentes en situación de migración internacional, adultos mayores, mujeres, discapacitados, personas con orientación sexual e identidad de género diversas que no logran acceder o ingresar sus datos dentro del RUMV, quedando así por fuera de los beneficios de adquirir el PPT.

Referencias

- Cancillería de Colombia (2021). Nota conceptual – el Estatuto de Protección Temporal: compromiso de Colombia con la migración venezolana <<http://scm.oas.org/pdfs/2021/CP43586SCONCEPTUAL.pdf>>
- República de Colombia. (2020). Constitución política de 1991. Legis.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (27 de febrero de 2019). “CIDH expresa preocupación por nuevas medidas para responder a la migración forzada de personas venezolanas en Ecuador”. <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/047.asp>>
- Consejo Noruego para Refugiados. (30 de abril de 2019). “Identificación de necesidades de protección de la población venezolana”. <<https://nrc.org.co/wp-content/uploads/2019/11/Final-Identificacio%cc%81n-de-Necesidades-de-la-Poblacio%cc%81n-Venezolana-2018-2019.pdf>>
- Congreso de Colombia. (17 de octubre de 2012). Ley Estatutaria 1581. “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”. Diario Oficial 48587.
- Corte Constitucional de Colombia. (27 de septiembre de 2012). Sentencia C-748 de 2012. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (24 de abril de 2013). Sentencia C-248 de 2013. M. P.: Mauricio González Cuervo. República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (16 de octubre de 2014). Sentencia SU-772 de 2014. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (12 de febrero de 2014). Sentencia C-085 de 2014. M. P.: Alberto Rojas Ríos. República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (26 de junio de 2019). Sentencia C-289 de 2019. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto. República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (25 de julio de 2001). Sentencia C774 de 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil. República de Colombia.

Defensoría del Pueblo. (2021). “Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos. Bogotá, D. C.”. <<https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Estatuto-Refugiados-Ver12.pdf>>

Dejusticia. (2021). “Comentarios al proyecto de decreto por medio del cual se adopta el estatuto temporal de protección para migrantes venezolanos bajo régimen de protección temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria”. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2021/03/Comentarios-Dejusticia_Borrador-decreto-EPTMV.pdf>

Echeverry, A. (2012). Análisis de la migración venezolana a Colombia durante el gobierno de Hugo Chávez (1999-2011). Identificación de capital social y compensación económica. *Revista Análisis Internacional* 1(4), 33-52.

Martínez, D. (13 de octubre de 2020). “El derecho a la identidad se ve vulnerado en Venezuela”, *El Diario*, <<https://eldiario.com/2020/10/13/cecodap-derecho-identidad-vulnerado-venezuela/>>

Ministerio de Relaciones Exteriores. (2021). “Decreto por medio del cual se adopta el estatuto temporal de protección para migrantes venezolanos

bajo régimen de protección temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria”. <<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20216%20DEL%201%20DE%20MARZO%20DE%202021.pdf>>

Naciones Unidas. (1951). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28 de julio de 1951. Ratificada por el Estado colombiano mediante Ley 35 de 1961;

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, 31 de enero de 1967. Ratificado por el Estado colombiano mediante Ley 65 de 1979.

Parra, J. (2014). Manual de Derecho Probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado. Librería Ediciones del Profesional.

Registro Administrativos de Migrantes Venezolanos. (2018). “Informe final: Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos en Colombia”, <<https://www.refworld.org/es/pdfid/5b2957524.pdf>>

Superintendencia de Industria y Comercio. (2020). Datos Personales eliminados. Ley 1581 de 2012. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2020/Bolet%C3%ADn%20Jur%C3%ADdico/20-193841_Videos%20Vigilancia%20Transmilenio.pdf>

Idoneidad y validez jurídica de la notificación electrónica de los actos administrativos de carácter personal

**Suitability and legal validity of the electronic notification
of administrative acts of a personal character**

MELINA ANDREA GIL OÑATE

Abogada de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho
Administrativo, en Derecho Laboral y en Seguridad Social. Candidata a
Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda

Tipología: Artículo de investigación

Recibido: 22/01/2019

Evaluado: 01/04/2019

Aceptado: 22/06/2019

Disponible en línea: 01/01/2020

Como citar este artículo:

Gil-Oñate, M. (2020). Idoneidad y validez jurídica de la notificación electrónica de los actos administrativos de carácter personal. *Vis iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 7 (13).

Resumen

En este artículo científico se desarrolla el tema de la notificación a través de medios electrónicos, su validez, idoneidad e incidencia en el principio y garantía del debido proceso. En el desarrollo de este tema se aborda la teoría general y las nociones jurídicas en torno al debido proceso y al desarrollo teórico y jurídico de la notificación electrónica. Además, se hace un análisis del proceso y de las motivaciones que llevaron al surgimiento de la política de Gobierno en Línea y la comunicación, notificación y publicación de las actuaciones administrativas por medios electrónicos. En este sentido, se elaboró una investigación descriptiva y documental que profundiza en las ventajas, desventajas, condiciones de uso, implicaciones de la notificación electrónica y las consecuencias por un defecto en su correcta ejecución. De igual forma, se hace un examen de los efectos que producen los actos administrativos que son puestos a conocimiento de sus destinatarios a través de los medios informáticos. Estos objetivos fueron desarrollados bajo un enfoque cualitativo y con el empleo de un riguroso análisis teórico, jurídico y jurisprudencial que garantiza una evaluación objetiva acerca de la idoneidad y validez de la notificación electrónica de los actos administrativos de carácter particular.

Palabras clave: Notificación electrónica, debido proceso, indebida notificación, acto administrativo, TIC, medios electrónicos.

Abstract

In this scientific article the topic of notification is developed through electronic means, its validity, suitability and incidence in the principle and guarantee of due process. In developing this topic, the general theory and legal notions about due process and the theoretical and legal development of electronic notification are addressed. In addition, an analysis of the process and motivations that led to the emergence of the Online Government policy and the communication, notification and publication of administrative actions by electronic means is

made. In this sense, a descriptive and documentary investigation was elaborated that deepens the advantages, disadvantages, conditions of use, implications of the electronic notification and the consequences for a defect in its correct execution. In the same way, an examination is made of the effects produced by administrative acts that are made known to their recipients through computer means. These objectives were developed under a qualitative approach and under the use of a rigorous theoretical, legal and jurisprudential analysis, which guarantees an objective evaluation of the suitability and validity of the electronic notification of administrative acts of a particular nature.

Keywords: Electronic notification, due process, improper notification, administrative act, TIC's, electronic media.

En este segmento se pretende abordar el primer eje de discusión de esta investigación, esto es, el desarrollo jurídico y teórico del principio constitucional del debido proceso, enfocado en lo concerniente a la notificación. De otro lado, simultáneamente se profundiza en la previsión, el desarrollo, la conceptualización, el estado y los aspectos de la notificación electrónica en Colombia. Para ello, es indispensable reconocer que en Colombia la notificación electrónica fue un mecanismo e instrumento previsto en el programa de Gobierno en Línea que busca descongestionar, agilizar y efectivizar la relación de los particulares con el Estado.

Ahora bien, es indispensable partir de la noción jurídica del principio del debido proceso que, de acuerdo a Agudelo (2005) es un término complejo y de carácter instrumental que encierra numerosos derechos y garantías constitucionales de las personas y que busca el correcto ejercicio de sus derechos. El mismo autor señala que este principio, derecho y garantía constitucional, es de primera generación al hallarse dentro de los derechos individuales, civiles y políticos que son idealmente fundamentales. Además, el autor encuentra que este

funge como un mecanismo de protección y efectividad frente a los derechos de los ciudadanos (p. 90).

Son precisamente los derechos y las garantías que son desarrollados a través del debido proceso lo que hace que sea complejo definirlo. En todo caso, se trata de un derecho constitucional que busca el correcto ejercicio y desenvolvimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, el cumplimiento y efectividad de los demás derechos constitucionales y que todas estas actuaciones sean desarrolladas bajo los parámetros, derechos y garantías establecidas en la Constitución Política y en el bloque de constitucionalidad.

Se trata de un derecho contenido en el Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en donde se señala que es un derecho fundamental inherente a todas las personas, bien sea naturales o jurídicas, que permite la participación en las actuaciones administrativas bajo la dirección de personas que reúnan las condiciones fijadas por la Constitución y la norma, en donde se respeten las formas propias de cada procedimiento y las normas vigentes y preexistentes, donde se garantice el derecho a la defensa y a la contradicción, todo ello con sujeción al respeto, el reconocimiento y la garantía de los demás derechos constitucionales y preceptos procesales propios de cada actuación. Ello sin perjuicio de que se reconozca que lo procesal está enfocado hacia la materialización de lo sustancial, es decir, la supremacía de lo sustancial sobre lo procesal, sin que ello tampoco implique el arrebató o desconocimiento arbitrario de los derechos y garantías procesales de cada sujeto.

A saber, en la norma constitucional se relacionan, entre otros, los siguientes derechos y garantías fundamentales:

- Acceso a la justicia.
- A que los procesos judiciales sean atendidos por un juez de la República, exclusivo, imparcial, natural, competente e independiente.

- A ser escuchado y defendido en condiciones de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad y bajo las mismas condiciones que los demás actores.
- Con sujeción a la garantía inmediatamente anterior, se debe garantizar el derecho de contradicción.
- A ser juzgado bajo normas preexistentes.
- A que los procesos sean dirigidos hacia el reconocimiento de los derechos sustanciales (Agudelo, 2005).

Rincón (2017), por su parte, manifiesta que el debido proceso es uno de los principios y pilares fundamentales del derecho cuyo contenido mismo implica una plétórica cantidad de derechos y garantías tales como el acceso a la justicia, el juez natural, la igualdad material, el derecho a la defensa, a la contradicción, a la oportunidad probatoria, a la doble instancia, a la cosa juzgada, a la favorabilidad y a la no autoincriminación, entre otros (p. 144).

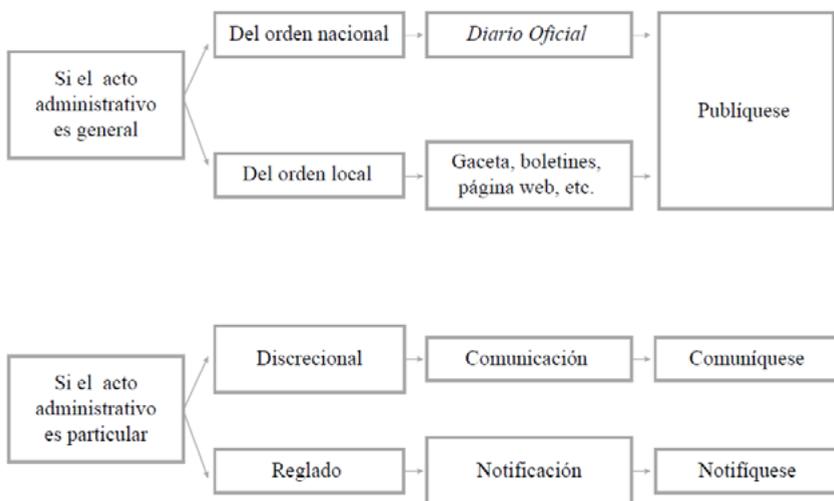
En otras palabras, es un derecho fundamental erigido para salvaguardar los derechos y garantías de las personas frente a la manifestación y/o ejercicio del poder, a la justicia o frente a una autoridad administrativa (Agudelo et al., 2015). Por lo anterior, al hablar del debido proceso se hace referencia a todas aquellas garantías, derechos y prerrogativas indispensables para que, tanto los procesos judiciales como administrativos, sean desarrollados de forma adecuada, diligente, efectiva y real bajo parámetros de justicia, transparencia, igualdad, garantía y observancia de la Constitución y la ley.

Ahora bien, teniendo claridad acerca de la noción jurídica del debido proceso, es pertinente abordarlo desde el tema de las notificaciones en general y en materia administrativa, para lo cual es de recalcar que los actos administrativos emitidos por las entidades públicas o autoridades administrativas, de acuerdo a lo previsto por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencio-

so Administrativo, requieren ser publicados, comunicados y/o notificados para que puedan producir efectos jurídicos, ser oponible a terceros y garantizar el debido proceso.

Según Ortega (2018), es requisito *sine qua non* que, para que un acto administrativo produzca los efectos jurídicos que ha previsto, se cumpla con los requerimientos del debido proceso, especialmente en cuanto a la notificación, comunicación y publicación de acuerdo al tipo de acto administrativo (p. 31). Para mayor claridad, el referido autor presenta la siguiente gráfica:

Figura 1. Requerimientos del debido proceso



Fuente: Ortega, 2018.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dispuesto que el debido proceso es un principio y una garantía que debe extenderse a toda actuación administrativa, además, recalcó que el debido proceso en materia administrativa implica “que se deben adelantar los mecanismos e instrumentos necesarios para asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, la validez de sus propias ac-

tuaciones y resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados” (Sentencia T-051 de 2016).

De igual manera, en el mismo pronunciamiento la Corte Constitucional recalcó que el debido proceso administrativo, además, requiere que todas las actuaciones administrativas sean notificadas conforme a la ley y de manera eficaz, real y oportuna. Por tanto, la validez, eficacia e imposición de un acto administrativo requiere de la inequívoca y material notificación del acto que deba notificarse o comunicarse, de modo que se brinde la oportunidad de que estos puedan ser impugnados o controvertidos, con lo cual se garantiza el principio al debido proceso y a la publicidad.

Estos argumentos reiteran la postura de la Corte Constitucional, quien mantenía la tesis de que el debido proceso administrativo ha sido previsto como una garantía constitucional con la cual todas las personas tenían derecho a que un proceso o acto administrativo se desarrollase con la observancia a cabalidad del lleno de los requisitos constitucionales y de la ley, de modo que se asegure la validez de las actuaciones administrativas, el derecho a la defensa y a la seguridad jurídica. Además, esta tesis argumentaba que una de las principales formas de cumplir con esos cometidos era a través de la notificación (Sentencia T-404 de 2014).

El Consejo de Estado (2015) por su parte, ha señalado que el acto procesal de notificación es una respuesta inmediata a los principios constitucionales al debido proceso y de publicidad, en la medida que garantiza el ejercicio del derecho a la defensa, a la contradicción e impugnación. Además, argumenta que la notificación, publicación y/o comunicación de las actuaciones administrativas hace efectos los derechos constitucionales de los ciudadanos en la medida que los faculta para oponerse a estas actuaciones, impugnar y hacer advertir los reparos con sujeción a la Constitución y a la ley (Radicado: 11001-03-15-000-2014-02097-00).

Asimismo, aclara el Consejo de Estado en esta providencia que la notificación es instrumento que obliga a la administración a proferir decisiones debidamente motivadas tanto en hecho como en derecho, Así como también implica, implica el deber de ponerlas a conocimiento de todos aquellos sujetos de derecho que tengan interés jurídico dentro de la actuación, ello bajo los mecanismos y parámetros establecidos por la ley para una efectiva notificación y comunicación de los actos.

Por lo anterior, se puede apreciar que el acto de notificación es uno de los elementos principales para garantizar el debido proceso en administrativo (Corte Constitucional, Sentencia T- 025 de 2018). En otras palabras, Ventura y Castro (2017) manifiestan que la notificación es un acto de comunicación que permite por excelencia la materialización del derecho a la defensa y a la contradicción, consecuentemente al debido proceso. De este modo, la notificación es prevista, como lo señala el tratadista Devis Echandía (citado en Maurino, 1985), como un medio procesal por el cual se pone en conocimiento de las partes e interesados acerca de las providencias judiciales y actuaciones administrativas (p. 4).

De igual forma, es de recalcar que el Consejo de Estado ha sido claro al disponer que la notificación de los actos administrativos constituye uno de los presupuestos de eficacia sin los cuales el acto administrativo no surtirá efectos jurídicos (Radicado: 54001-23-31-000-1999-0111-01). Tal como lo indica Rivera y Montaña (2014): “Las autoridades administrativas y judiciales están obligadas a comunicar, notificar y publicar sus actuaciones, por lo tanto, la notificación es un deber jurídico de la entidad y/o autoridad que profirió la comunicación que si bien, no afecta a la validez, pero sí a su eficacia” (p. 14)

Ahora bien, dirigiéndose al tema de la notificación electrónica en Colombia, se tiene que este instrumento surgió de la necesidad de modernizar el sistema, contribuir a la descongestión administrativa y judicial, optimizar las funciones

estatales, ajustarse a las nuevas dinámicas de la sociedad y aprovechar las nuevas tecnologías en favor del cumplimiento de los fines del Estado (Gonzales y Villa, 2019). Además, la implementación de la notificación electrónica busca la efectividad, la celeridad y la reducción de costos en las relaciones de la administración con el Estado y la gestión pública.

A partir de esta necesidad y dinámica social, se ha venido implementando la política de Gobierno en Línea, que busca la integración de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en los procesos de gestión y de relación pública. Esta política surge con el Decreto 1151 de 2008 y fue prevista como una estrategia para que el Estado fuera más eficiente, participativo, transparente y para que aprovecharse correctamente las TIC (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2018). Para el fortalecimiento de esta política pública, en cuanto a la seguridad de la información, ampliación de los servicios digitales y la gestión electrónica, se expidieron los decretos 2693 de 2012, 1078 de 2015 y 1008 de 2018.

En general, esta política buscó la automatización, sistematización y/o digitalización de los servicios y trámites que brinda la administración a los ciudadanos. Estos servicios se enfocan en mejorar la gestión pública y la eficiencia de la administración a través del aprovechamiento de las tecnologías, de modo que se atienda a la realidad social de la era digital y se brinden plataformas virtuales que permitan atender las necesidades de los ciudadanos de una forma más rápida, efectiva y económica.

Al respecto, Ortiz (2018) expone que el aprovechamiento de las tecnologías implica el uso de instrumentos que mejoran el funcionamiento de la administración gracias a los recursos electrónicos y digitales que permiten el acceso a la información, a trámites y servicios de la administración de forma instantánea y de forma segura, confiable y económica.

Con la incorporación de los medios electrónicos y las nuevas tecnologías en la gestión administrativa del Estado, se previó en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el capítulo IV, referente al empleo de los medios electrónicos en la administración, destacando el Artículo 56 que se refiere a la notificación electrónica que dispone:

Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación. Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título. La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración (CPACA, Artículo 56)

De acuerdo con Ortiz (2018), la notificación electrónica es un acto procesal en el que se pone a conocimiento del destinatario o de aquellas personas con interés jurídico acerca de una actuación administrativa a través de medios electrónicos, tecnológicos y/o digitales. Por otro lado, Pineda (2017) señala que la notificación electrónica es uno de los instrumentos a través de los cuales la administración y los ciudadanos interactúan bajo principios de transparencia, efectividad, celeridad, productividad económica, seguridad, protección ambiental, coordinación y confidencialidad.

Así las cosas, la notificación electrónica es un instrumento previsto para agilizar los trámites y gestiones administrativas en favor de los ciudadanos, gracias a que permite tener conocimiento de los trámites, decisiones y de la información pública de manera instantánea, reduciendo los tiempos para que los ciudadanos conozcan de las actuaciones administrativas y puedan interponer recursos de forma más efectiva y rápida. Asimismo, este tipo de notificaciones facilitan

el ejercicio del derecho a la defensa y a la prestación de servicios y trámites administrativos. De hecho, Pineda (2017) resalta que la normatividad vigente impone la obligación de promover y emplear los medios electrónicos para facilitar, mejorar y agilizar la gestión administrativa del Estado y sus decisiones.

Del Artículo 56 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se aprecia la obligatoriedad de que las entidades públicas y la administración en general cuente con sedes o plataformas virtuales con sistemas que permitan servicios de información y comunicación con los ciudadanos, garantizando la seguridad, la accesibilidad, la operatividad y la calidad (Serrano y Barrera, 2015).

Por su parte, Luis Hoyos (2011) señala que, con el capítulo IV del CPACA y con las políticas de Gobierno Digital lo que se busca es que, a través del uso de las tecnologías, las entidades públicas notifiquen los actos, los contratos, las resoluciones, las circulares y los trámites de una forma mucho más efectiva y rápida. Asimismo, el autor encuentra que estas estrategias digitales implican un estatuto administrativo en donde se busque la transparencia de las actuaciones y el ahorro de dinero en papel, la movilización, la mensajería física y demás recursos que eran requeridos para la notificación personal tradicional (pp. 47-64). Como se ha podido apreciar, la notificación electrónica ha sido un instrumento previsto para mejorar y agilizar el ejercicio de las funciones administrativas.

Indebida notificación electrónica

En este apartado se desarrollan los aspectos formales y se complementa la sustancialidad de la notificación electrónica a fin de identificar, describir y analizar las prerrogativas de una correcta aplicación de los medios tecnológicos en las notificaciones en materia administrativa. Lo anterior a fin de determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que se surten como resultado de error procesal o de un defecto en la debida notificación electrónica. De igual manera, se con-

sideran y señalan las prerrogativas necesarias para garantizar el debido proceso y evitar la tacha de no recibido en la notificación electrónica.

Ahora bien, es indispensable iniciar la discusión relativa a este capítulo con el abordaje teórico y jurídico acerca de las condiciones y preceptos indispensables para una correcta notificación electrónica. Al respecto, la Corte Constitucional ha dispuesto que:

(...) la sola remisión del correo no da por surtida la notificación de la decisión que se pretende comunicar, por cuanto lo que en realidad persigue el principio de publicidad es que los actos jurídicos que exteriorizan la función pública administrativa, sean materialmente conocidos por los ciudadanos, sin restricción alguna, premisa que no se cumple con la simple introducción de una copia del acto al correo (Sentencia T-051 de 2016).

De otro lado, Ortiz (2018) expone que la notificación electrónica podrá efectuarse a través de los correos electrónicos u otro medio de comunicación digital que disponga y sean avalados por la entidad y que, además, certifique que estos medios garantizan una validez, idoneidad, seguridad y confidencialidad y que efectivamente permitan el conocimiento pleno del acto u actuación administrada a fin de que garantice el derecho a la defensa, debido proceso y contradicción (p. 48).

Asimismo, el referido autor manifiesta que es un requisito de validez de la notificación electrónica el que las partes, de común acuerdo, dispongan que las notificaciones se hagan por medios electrónicos, bien sea por economía procesal o para agilizar y dinamizar las relaciones administrativas (Ortiz, 2018). Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su citado Artículo 56 dispone que, para la validez de las notificaciones electrónicas, estas deberán ser consentidas por el administrado y, aun así, esta conserva la oportunidad de expresarle a la administración que, a partir de cierto punto, las

demás notificaciones no se le hagan por medios electrónicos. Además, complementa señalando que esta notificación se entenderá surtida, no al momento que se envíe el correo o medio electrónico, sino a la fecha y hora que el administrado acceda al acto administrativo y así lo certifique la administración.

Ahora bien, la discusión se dirige hacia la forma como se certifica el recibido de estos documentos electrónicos y que se garantice que los mismos fueron recibidos correctamente. Al respecto es necesario hacer un examen jurídico de lo establecido en los artículos 61 y 62 de la Ley 1437 de 2011, en donde se dispone que, para garantizar la recepción de documentos por parte de la administración, se requiere que:

1. Se lleve un estricto control y relación de los mensajes recibidos en los sistemas de información incluyendo la fecha y hora de recepción.
2. Mantener la casilla del correo electrónico con capacidad suficiente y contar con las medidas adecuadas de protección de la información.
3. Enviar un mensaje acusando el recibo de las comunicaciones entrantes indicando la fecha de la misma y el número de radicado asignado.
(Art. 61)

Adicionalmente, esta norma señala que, como prueba de recepción y comunicación electrónica, se deben respetar las siguientes reglas:

1. El mensaje de datos emitido por la autoridad para acusar recibo de una comunicación, será prueba tanto del envío hecho por el interesado como de su recepción por la autoridad.
2. Cuando fallen los medios electrónicos de la autoridad, que impidan a las personas enviar sus escritos, peticiones o documentos, el remitente podrá insistir en su envío dentro de los tres (3) días siguientes, o remitir el documento por otro medio dentro del mismo término, siempre y cuando exista constancia de los hechos constitutivos de la falla en el servicio. (Art. 62)

Conforme a estas disposiciones es necesario que la administración certifique que ha empleado los medios necesarios que permitan concluir con veracidad que ha puesto de conocimiento el acto administrativo y que este se produjo y se realizó a través de los medios idóneos (Corte Constitucional, Sentencia C-012 de 2013). Asimismo, la Corte Constitucional aclara que, una vez se certifiquen estas condiciones, el acto administrativo tendrá efectos jurídicos, será oponible y quedará embestido de legitimidad.

Es de resaltar que con la Ley 270 de 1996 se otorgó la función al Consejo Superior de la Judicatura (CSJ) el adoptar medidas y propender por la incorporación, aplicación e implementación de las tecnologías en beneficio de los servicios y funciones de la administración, incluyendo el trámite o parámetros procesales de la notificación electrónica de los actos administrativos de carácter particular. Al respecto, Rincón (2013) ha señalado que el CSJ reitera la necesidad de que las entidades públicas cuenten con plataformas y herramientas virtuales que aseveren y certifiquen el acuse de recibido de los actos administrativos, señalando fecha y hora.

Además, es reiterante que la notificación electrónica de los actos administrativos cuente con un soporte técnico que garantice su recepción y que la comunicación del mismo sea constitutiva y no simplemente una comunicación material e informativa, es decir, se debe aseverar que este medio de notificación permita el conocimiento real y completo del acto a fin de poder producir todos los efectos jurídicos sustanciales previstos (Ortiz, 2018). Además, es imperante salvaguardar el requerimiento establecido en los artículos 56, 67 y 205 de la Ley 1437 de 2011, según el cual para la notificación por medios electrónicos se requiere que el administrado expresamente acepte ser notificado por estos medios. En el Artículo 205 de la referida ley establece:

En este caso, la providencia a ser notificada se remitirá por el Secretario a la dirección electrónica registrada y para su envío se deberán utilizar

los mecanismos que garanticen la autenticidad e integridad del mensaje. Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El Secretario hará constar este hecho en el expediente. De las notificaciones realizadas electrónicamente se conservarán los registros para consulta permanente en línea por cualquier interesado.

Con ello se plantea la necesidad de contar con un soporte informático que certifique la hora y la fecha en la que se recibió el documento electrónico, pues es en ese momento en donde se entiende surtida la notificación. Es de mencionar que la notificación electrónica en materia administrativa se presenta de dos maneras; la primera es la publicación a través de la página web de la entidad, esto cuando se trata de actos administrativos de carácter general. La segunda forma es para los actos administrativos de carácter particular, la cual se hace a través de medios electrónicos personales como el correo electrónico a las direcciones electrónicas que han suministrado los interesados (Vega y Saavedra, 2014).

En mérito de lo expuesto, se evidencia cómo la notificación es un medio electrónico con el cual se pueden notificar y comunicar todos los actos administrativos proferidos por las distintas entidades públicas siempre que actúen dentro de sus funciones administrativas, y siempre y cuando el asociado haya aceptado el empleo de estos medios y la entidad cuente con la capacidad técnica, operativa e informática que permita certificar con veracidad y certeza el momento en el cual el administrativo accedió efectivamente al acto administrativo notificado.

De acuerdo con Vega y Saavedra (2014), la incorporación de la notificación electrónica no solo supone obligaciones de seguridad, transparencia y diligencia para la entidad pública, sino que también implica el deber de los administrados, que han aceptado el uso de estos medios, a mantener actualizada su informa-

ción digital, especialmente en cuanto a las direcciones electrónicas, a fin de evitar indebidas notificaciones o violaciones al principio de legalidad.

Ahora bien, teniendo claridad acerca de los elementos constitutivos de la notificación electrónica y los preceptos jurídicos dispuestos para su correcta materialización, es pertinente examinar cuáles son las consecuencias que acarrea un incorrecto uso de la notificación electrónica. A saber, es de reconocer que la notificación electrónica surte los mismos efectos que la notificación personal, por tanto, un yerro en ambas acarrea las mismas consecuencias. Tal como se señaló, la principal importancia de la notificación de los actos administrativos es la de embestir de eficacia y firmeza los actos notificados, en suma, la indebida notificación impide que el acto administrativo tenga efectos jurídicos y sea oponible a terceros.

Sobre el tema, el Consejo de Estado (2012) ha señalado que, si el acto administrativo está viciado en su publicidad por indebida notificación, no producirá efectos jurídicos sobre el destinatario, y de adelantarse lo previsto en tal acto, no debe ser considerado como un acto administrativo sino como una actuación ilegal de la operación administrativa. No obstante, el acto no pierde su validez, toda vez que la validez y eficacia son cuestiones diferentes, es decir, la indebida notificación afecta la eficacia o sus efectos mas no su validez. En esta medida, la ilegalidad del acto viciado en su notificación da lugar a la reparación del daño que pudiese ocasionar (Radicado: 54001-23-31-000-1999-0111-01). Así las cosas, de ser indebida la notificación electrónica el acto administrativo válido no producirá los efectos jurídicos para los cuales ha sido previsto el acto.

El Centro Nacional de Memoria Histórica de Colombia (2015) plantea que, para que la notificación por medios electrónicos no adolezca de nulidad o vicios que puedan afectar el debido proceso y significar una indebida notificación, es necesario no solo la autorización del destinatario y la previsión de un sistema que certifique el momento de recepción del documento, sino que también esta notifi-

cación debe garantizar que el destinatario obtenga una copia íntegra, auténtica y gratuita del acto, junto a la hora y la fecha de su emisión, la información completa del mismo, los recursos de ley que proceden, las autoridades competentes, los términos, los plazos y las consideraciones respecto del mismo (p. 6).

En caso de no cumplirse algunos de los preceptos antes mencionados, no se estarían cumpliendo con los requisitos establecidos para la notificación electrónica y, por tanto, se desconocen los principios y deberes de la función pública determinados en la Constitución Política en su Artículo 206. Y, consecuentemente, se genera la ineficacia del acto expedido, con lo cual la administración no podrá ejecutar el acto, oponerlo a terceros ni producir efectos jurídicos.

Es menester destacar que, para garantizar el correcto uso de las tecnologías de la información y la comunicación en las notificaciones, se requiere:

1. Almacenar la información de transmisiones y recepciones electrónicas, relacionadas con las fechas, horas, contenido, emisor y destinatario.
2. Atender a los requerimientos de seguridad, transparencia y confidencialidad.
3. Acreditar certificado del momento preciso en el que se puso a disposición del destinatario el acto administrativo y del momento en que este accedió a él.
4. Contar con plataformas digitales especializadas en notificación y gestión de los expedientes virtuales.
5. Atender a que la notificación se entiende surtida una vez el destinatario accede al documento virtual, no al momento de que la entidad pública hace la emisión del mismo. (González, 2016)

En resumidas cuentas, Ramírez (2016) explica el procedimiento de la notificación electrónica señalando que, inicialmente, se verifica que el mensaje de texto contenga la información completa acerca del acto administrativo, quién

lo emite, el destinatario y demás aspectos señalados y propios del acto junto a una copia del acto a notificar. Seguidamente, se deben identificar y establecer los medios electrónicos que garanticen una correcta y efectiva recepción del mensaje de texto a notificar; de ser la entidad a la que se le notifique, se deberá enviar un mensaje señalando que ha recibido la comunicación e indicar su radicado y fecha; de ser un administrado el notificado, también tendrá que acusar de recibido el mensaje o la administración, a través de medios electrónicos, deberá certificar que el mensaje ha sido abierto junto con una confirmación de lectura, en este punto se entiende surtida la notificación electrónica.

Ventajas, desventajas e idoneidad de la notificación electrónica

En este acápite se abordan las ventajas, desventajas e idoneidad de la notificación electrónica de los actos administrativos de carácter particular. Ello enfocado hacia la determinación de la validez de este instrumento jurídico y la identificación de los retos, dificultades y logros que se han obtenido con la implementación del mismo en la gestión y función administrativa de las entidades y autoridades públicas.

A lo largo de este artículo se ha mantenido la hipótesis de que, efectivamente, la notificación electrónica cumple con los parámetros y las exigencias de la comunicación real y completa del acto u actuaciones administrativas y que dan lugar al correcto ejercicio del derecho a la defensa y a la contradicción como garantías del debido proceso. De igual forma, se aprecia que el uso e implementación de las tecnologías y herramientas informáticas en las funciones administrativas ha significado una agilización, celeridad, manejo eficiente, economía, seguridad, confidencialidad y transparencia en el ejercicio de la función pública y de las relaciones con los administrados.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló que la notificación electrónica realizada por correo electrónico es un mecanismo válido, idóneo, eficaz y

pertinente que garantiza el principio de publicidad y el debido proceso en la medida que es una forma legítima y ágil para poner en conocimiento a los interesados acerca de un determinado proceso u actuación administrativa (Sentencia C-012 de 2013).

Una de las principales ventajas que prevé la notificación electrónica, según Ortiz (2018), es que funge como un instrumento de descongestión judicial y administrativa, y que mejora la efectividad de la administración en la gestión pública y la tramitación de distintos servicios (p. 50). De otro lado, la generación de documentos electrónicos, entre ellos la notificación electrónica, son medios que, en la actualidad, generan inclusive mayor seguridad que los documentos tradicionales en papel. Es deber de la administración verificar constantemente sus sistemas digitales a fin de brindar la mayor seguridad, confiabilidad y rapidez.

Por su parte, Gonzales (2016) manifiesta que las notificaciones electrónicas suponen una mayor eficacia a la hora de prestar un servicio frente a la manera tradicional de hacerlo, además que reduce los costos y plazos de estos trámites y servicios. Sin embargo, reconoce que, para la administración, es una inversión importante la consolidación y el mantenimiento de los componentes y herramientas informáticas para garantizar estos servicios de forma electrónica, no obstante, ello permite una mejor gestión pública y un tratamiento más seguro de la información de los ciudadanos.

De acuerdo a Garzón Páez (2016), la notificación por correo electrónico es una forma de comunicación admisible constitucionalmente que ha sido prevista por el legislador a fin de informar a los destinatarios e interesados jurídicamente de las actuaciones administrativas y judiciales de la existencia de actos relevantes en tanto afectan su situación jurídica o su interés legítimo. Y que, además, ofrece un medio idóneo y más eficaz que el tradicional, facilitando el ejercicio del derecho a la defensa, a la publicidad, a la contradicción y al debido proceso.

De igual forma, una ventaja plausible a simple vista es que la notificación electrónica contribuye a la reducción significativa de los tiempos de notificación de las actuaciones de las entidades públicas. Tiempo que puede ser empleado en el mejoramiento y perfeccionamiento de la prestación de los servicios y de la gestión administrativa en favor de los ciudadanos y sus derechos y garantías.

Sin embargo, aunque día a día la modernización es un aspecto más plausible en la sociedad, aún hay muchas personas que se hallan íntimamente arraigadas a la conciencia tradicional y a los documentos escritos en papel, encontrando en la información digital un medio de inseguridad.

Por su lado, Vega y Saavedra (2014) sostienen que no existe claridad ni promoción acerca de la notificación electrónica y de las plataformas virtuales sobre la que se desarrolla. Situación que genera una desconfianza e inseguridad latente entre los administrados que se suma al hecho de que una gran parte de la población no cuenta con los componentes electrónicos ni las capacidades técnicas que propicien al manejo de estos sistemas, componentes y aplicaciones electrónicas, con lo cual pareciera seguir dándosele mayor importancia a la notificación física.

En este mismo sentido, Ramírez (2016) manifiesta que Colombia no cuenta con el desarrollo jurídico-técnico necesario para la correcta implementación de los medios electrónicos en la expedición y notificación de los actos administrativos (p. 15). El mismo autor considera que, si bien la notificación electrónica plantea una dinámica en términos de aplicación de la función administrativa, convirtiéndola más ecológica y rápida, no se cuenta con una estructura legal que garantice la seguridad de la información en la notificación por medios electrónicos.

Por el contrario, Pineda (2017) expone que la implementación de la notificación electrónica converge en procedimientos administrativos más simplificados en

cuanto a sus trámites, tiempos de respuesta, plazos, rapidez en los canales de comunicación, interacción con los administrados y la disminución de las barreras de relación y comunicación con la administración (p. 41). Acorde con este autor, la notificación electrónica brinda oportunidades y medios para la modernización del sistema judicial y administrativo del Estado, en donde los asociados pueden conocer de forma más rápida acerca de los actos administrativos que les afecta y ejercer con mayor celeridad sus derechos y garantías.

Además, la apropiación de medios idóneos en la gestión administrativa son de gran idoneidad por cuanto Colombia, bajo recomendación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, ha implementado, a través de normatividades como la Ley 594 de 2000, la Ley 1111 de 2006 y la Ley 1437 de 2011, el uso de las nuevas tecnologías en la función pública, haciéndola más expedita, confiable, autentica, íntegra y accesible (Pineda, 2017), reconociendo la importancia de asegurar en todo momento los derechos y garantías propios del debido proceso.

En razón a lo anterior, es necesario que el Estado colombiano, en cumplimiento de su compromiso con el gobierno digital, establezca instituciones o mecanismos de respaldo, veeduría y control de las demás plataformas virtuales de las entidades públicas, esto a fin de que se verifique la información digital, se funja como respaldo, se examine la rapidez, la economía, la seguridad, la confidencialidad y el tratamiento de la información de las demás plataformas virtuales públicas y que se cuente con las aplicaciones o componentes que examinen los softwares de recepción de documentos electrónicos, de modo que se garantice una correcta notificación.

Son numerosos los retos que enfrenta el Estado colombiano para consolidar correctamente el gobierno en línea y particularmente la notificación electrónica, no solo por la dotación de los componentes físicos requeridos para el desarrollo

y el mantenimiento de estas plataformas y medios electrónicos, sino porque también requiere de la capacitación de los funcionarios y de la promoción de los medios electrónicos en los administrados. Para este último aspecto se requiere que el Estado lleve estas políticas digitales a las zonas de difícil acceso como las rurales o sitios populares que no cuentan con la infraestructura y componentes electrónicos para ejercer sus derechos y garantías a través del nuevo enfoque y dinámica que ha venido asumiendo el derecho con las TIC.

Conforme a lo expuesto, la hipótesis soportada por esta investigación es la idoneidad y los grandes beneficios que condujo la implementación de la notificación electrónica en materia administrativa. Algunos aspectos en los que se aprecia una mejoría o fortalecimiento son los siguientes:

1. Seguridad: en la medida que la información y documentación relacionada por medios electrónicos se halla protegida y estandarizada a través de medios técnicos, administrativos y de talento humano que garantizan un tratamiento seguro de la información libre de adulterio, manipulación, pérdida, uso indebido y fraude, sino que son empleados para un manejo eficaz de los servicios administrativos.
2. Transparencia: toda vez que la información de la entidad pública permite que todos los administrados e interesados conozcan de primera mano la información sobre las actuaciones de la administración.
3. Efectividad: se reducen los tiempos y hay una facilidad con la que el administrado conoce de los actos administrativos que le afectan y/o guarda un interés jurídico. También facilita el ejercicio del derecho a la defensa y a la contradicción.
4. Productividad: al ser un medio más eficiente, contribuye al ahorro de tiempo y al cumplimiento de más tareas y labores administrativas, lo que converge en mayor productividad y un mejor servicio.

5. Cuidado al medio ambiente: al desligarse de la cultura de lo escrito en papel se contribuye a la preservación del medio ambiente evitando el malgasto de papel, tinta y demás recursos que son necesarios en la notificación tradicional.
6. Preservación documental: al ser los medios electrónicos bases informáticas intangibles, estas pueden preservarse por mucho más tiempo y en mejores condiciones que como lo hacen los formatos físicos en papel (Pineda, 2017).

Todos estos aspectos son reiterados en la consolidación de las políticas digitales, el gobierno en línea y en las motivaciones electrónicas; entre ellos se pueden mencionar la confidencialidad de los documentos y la incursión en la dinámica social.

Resultados y conclusiones

A partir de esta investigación se logró sustraer que, al hablar de la notificación electrónica, uno de los principales temas que entra en discusión con ello es lo concerniente al debido proceso, el cual es previsto como un aglomerado de principios y garantías indispensables para el correcto, justo y diligente desarrollo del proceso o trámite administrativo y/o judicial. Se trata de un conjunto de reglas que aseguran los derechos y las garantías constitucionales de los ciudadanos frente a un proceso.

Por su lado, la notificación electrónica es un acto procesal con el cual se pone conocimiento al administrado con interés jurídico acerca de un acto, actuación o decisión judicial o administrativa a través de medios electrónicos, por lo general por medio de los correos electrónicos o de la sede virtual de la entidad pública. Al ser un acto procesal, se requiere el cumplimiento y la promoción del pleno de derechos, reglas y garantías que supone el principio del debido proceso y, simultáneamente, el principio de publicidad.

Conforme a lo estudiado en la investigación, se logró determinar que la finalidad de la notificación electrónica en materia administrativa es brindar un mecanismo e instrumento que permita conocer los actos administrativos, especialmente de aquellos de carácter particular, de una forma ágil, segura, rápida, confiable, económica, instantánea y directa. Lo que a su vez permite un mejor ejercicio de los derechos a la defensa y a la contradicción a través del empleo oportuno de los recursos de ley o medios de control pertinentes.

No obstante, para la debida notificación electrónica es indispensable cumplir con un rubro de requerimientos establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de aquellos parámetros establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, determinados en observancia al principio del debido proceso, a saber: es ineludible que los administrados autoricen expresamente a las entidades públicas notificar a través de estos medios electrónicos; contar con un soporte técnico capaz de certificar con veracidad la hora y la fecha en la que el acto administrativo fue recibido y tuvo confirmación de lectura, es decir, el momento en que fue abierto; asimismo, las entidades deben contar con una sede virtual y unas bases de datos que almacenen toda la información y documentación digital, a fin de acreditar que cuentan con los parámetros técnicos que garantizan una seguridad, confidencialidad, transparencia y efectividad en la notificación electrónica.

Ahora bien, cumplidos estos parámetros las notificaciones electrónicas se convierten en un instrumento ideal para garantizar el debido proceso bajo la nueva dinámica social-digital. Son muchos los beneficios que tiene la implementación de este tipo de instrumentos procesales, especialmente en cuanto al mejoramiento de la gestión pública, la disminución de los términos y plazos de atención y el fortalecimiento de los medios de comunicación con la administración, entre otros.

Sin embargo, estos mecanismos también suponen grandes retos para el Estado, especialmente en la asignación de componentes y el plantel físico idóneo para su desarrollo efectivo, así como también la capacitación, la promoción y la extensión de estas políticas digitales en los funcionarios públicos y en la comunidad en general. De modo que se genere una conciencia de aceptación y seguridad hacia los medios digitales e informáticos y el tratamiento de su información.

En suma, es de destacar que la notificación electrónica es un medio idóneo de notificación que surte los mismos efectos que la notificación personal y que, al igual que esta, un defecto, vicio o nulidad en ella implica la ineffectividad del acto administrativo indebidamente notificado. Por tanto, los funcionarios públicos deben ser cuidadosos al momento de ejercer este instrumento procesal y verificar que se atienden los parámetros establecidos por la ley y la jurisprudencia. Pero de hacerlo bien, este supone una gran oportunidad para descongestionar la función pública y participar activa y directamente con los ciudadanos.

Referencias

- Agudelo, N., Goez, M., Restrepo, J., Chaves, L., Mejía, M., Pérez, M., Gil, O., Gaudenzi, M., Arrázola, S., Hoyos, N., Paz, C., Martínez, L., Soto M., Jaramillo T, Amaya, S., Hurtado, F., Hurtado, S. y Zuluaga K. (2015). *Una aproximación a la noción de debido proceso en la CSJ en su sala civil: precedente judicial*. Universidad EAFIT. <<http://Www.Eafit.Edu.Co/Investigacion/Semilleros/Documents/Debido-Proceso.Pdf>>
- Agudelo, M. (2005). "El Debido Proceso". *Opinión Jurídica* 4(7), 89-105.
- Ventura, A y Castro, A. (2017). *El debido proceso y el diligenciamiento de las notificaciones en los juzgados de familia y penal de huancayo, periodo 2017*. [tesis de grado, Universidad Peruana De Los Andes]. <<http://repositorio.upla.edu.pe/handle/UPLA/461>>

- Centro Nacional De Memoria Histórica. (2015). “Memorando. Rad: 20140716-210-2921-03”. <<http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/normatividad/concepto-notificacion-medios-electronicos.pdf>>
- Consejo de Estado. (8 de agosto del 2012). Radicado: 54001-23-31-000-1999-0111-01. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. República de Colombia.
- Consejo de Estado. (19 de febrero del 2015). Radicado: 11001-03-15-000-2014-02097-00. C.P. Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (23 de enero de 2013). Sentencia C-012 de 2013. M. P.: Mauricio González Cuervo. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (19 de junio de 2018). Sentencia T- 025 de 2018. M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (10 de febrero de 2016). Sentencia T-051 de 2016. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (26 de junio de 2014). Sentencia T-404. M.P Jorge Iván Palacio Palacio. República de Colombia.
- Garzón Páez, M. C. (2016) Validez de la notificación electrónica en las actuaciones administrativas de las entidades públicas. Monografía de grado. Especialización De Derecho Administrativo. Universidad Santo Tomas.
- Gonzales, S. (2016). *Notificación del acto administrativo por medios electrónicos*. [tesis de grado, Universidad Santo Tomas. <<https://Repository.Usta.Edu.Co/Bitstream/Handle/11634/2137/Gonzalezayolany2015.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y>>
- Hoyos, L. (2011). “La digitalización como ecologización y agilización de los procedimientos administrativos”. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (6), 47-64.

- Maurino, A. (1985). *Las notificaciones procesales*. Editorial Astrea.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (2018). *Manual De Gobierno en Línea*. <https://Estrategia.Gobiernoenlinea.Gov.Co/623/Articles-7929_Recurso_1.Pdf>
- Ortega, L. (2018). *El acto administrativo en los procesos y procedimientos*. Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Ortiz D. (2018). *Garantía procesal para las partes, la notificación electrónica vs personal*. [tesis de grado, Universidad Libre de Colombia]. <<https://Repository.Unilibre.Edu.Co/Bitstream/Handle/10901/15982/Diego%20ortiz%20monografia%20unilibre%20agosto%202024%20del%202018.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y>>
- Pineda, J. (2017). *Efectividad y validez de la comunicación y/o notificación de los actos administrativos a través de los medios electrónicos en Colombia*. [tesis de grado, Universidad La Gran Colombia]. <https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/3913/Efectividad_validez_actos_electr%C3%B3nicos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ramírez, A. (2016). *Notificación electrónica en la jurisdicción contenciosa administrativa y su régimen jurídico*. [tesis de grado, Universidad del Católica]. <<https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/10169>>
- Rincón, E. (2017). *Debido proceso colectivo, la representatividad adecuada en las acciones de grupo*. [tesis de grado, Universidad del Rosario]. <<https://Repository.Urosario.Edu.Co/Bitstream/Handle/10336/17979/Tesis%20evr%2001.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y>>
- Rincón, C. (2013) *Tecnología y administración de justicia en Colombia. Certicamara, Colombia Digital*. <https://Web.Certicamara.Com/Media/23647/Tecnologia_-Y_Administracion_De_Justicia_En_Colombia.Pdf>

- Rivera, LyMontaño, Y. (2014). *La notificación en el marco de las actuaciones administrativas*. [tesis de grado, Universidad Militar de Nueva Granada]. <<https://Repository.Unimilitar.Edu.Co/Bitstream/Handle/10654/12469/Notificacion%20acto%20administrativo%20trabajo%20final.Pdf?Jsessionid=34b87b3157af34eca3ce41114bec9cad?Sequence=2>>
- Serrano, V. y Barrera, S. (2015). *La aplicación de medios electrónicos para la notificación de actos administrativos en Colombia en relación con el derecho comparado*. [tesis de grado, Universidad La Gran Colombia]. <https://Repository.Ugc.Edu.Co/Bitstream/Handle/11396/3709/Medios_Notificaci%C3%B3n_Actos_Administrativos.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y>
- Gonzales, G. y Villa, S. (2019). *El debido proceso en la notificación electrónica de los actos administrativos proferidos por la dirección de impuestos y aduanas nacionales (DIAN)*. <<https://revistas.curn.edu.co/index.php/ergaomnes/article/view/1398>>

La deficiente función del estado en la prestación de servicio en salud y asistencia médica en enfermedades de origen profesional

The poor role of the state in the provision of service in health
and medical assistance in diseases of professional origin

CLAUDIA CARVAJAL AGUDELO

Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo en Derecho Laboral y en Seguridad Social. Candidata Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

Tipología: Artículo de investigación

Recibido: 07/03/2019

Evaluado: 11/04/2019

Aceptado: 22/07/2019

Disponible en línea: 01/01/2020

Como citar este artículo:

Carvajal-Agudelo, C. (2020). La deficiente función del Estado en la prestación de servicio en salud y asistencia médica en enfermedades de origen profesional. *Vis iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 7(13)

Resumen

El propósito de este artículo es reflexionar en torno a la responsabilidad del Estado a raíz de las discrepancias que se presentan a la hora de determinar la calificación de una contingencia o enfermedad profesional desde el punto de vista de su origen, ya sea laboral o común a efectos de la asunción del tratamiento del paciente desde la Administradora de Riesgos Profesionales (ARP) o la respectiva Entidad Prestadora de Salud (EPS). Esta situación representa una gran dificultad para el paciente, pues en algunas ocasiones se ve afectada la prestación continua del servicio de salud, lo que trae consigo una pérdida real de oportunidad para que el paciente alcance su estabilización y/o recuperación. Para abordar si dicha discrepancia entre la ARP y la EPS genera una afectación real en el marco del sistema de seguridad social contemplado en la Ley 100 de 1993, se abordará tres secciones principales, la primera relativa al marco jurídico colombiano de salud frente a una enfermedad profesional, la segunda desarrollará un análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional referente a la continuidad en la prestación de servicios en salud durante la determinación definitiva del origen de una enfermedad profesional y, por último, se presentarán los argumentos que sustentan la pérdida de oportunidad por estas discrepancias al suspender el servicio de salud.

Palabras clave: Pérdida de oportunidad, Servicio integral de salud, Enfermedad profesional, obligación estatal, Responsabilidad estatal.

Abstract

The purpose of this article is to reflect on the responsibility of the State as a result of the discrepancies that arise when determining the qualification of a contingency or occupational disease from the point of view of its origin, whether labor or common for purposes. of the assumption of the patient's treatment from the Professional Risk Administrator (ARP) or the respective Health Provider Entity (EPS). This situation represents a great difficulty for the patient, since on

some occasions the continuous provision of the health service is affected, which entails a real loss of opportunity for the patient to achieve stabilization and / or recovery. To address whether said discrepancy between the ARP and the EPS generates a real impact within the framework of the social security system contemplated in Law 100 of 1993, three main sections will be addressed, the first one relating to the Colombian legal framework for health in the event of a disease. The second will develop a jurisprudential analysis of the Constitutional Court regarding the continuity in the provision of health services during the definitive determination of the origin of an occupational disease and finally, the arguments that support the loss of opportunity due to these discrepancies will be presented. by suspending the health service.

KEYWORDS: Missed opportunity, Comprehensive Health Service, Occupational Disease, State obligation, State Responsibility

Introducción

Según la Constitución Política de Colombia, en el Artículo 48 está consagrado que todos los elementos que componen la seguridad social constituyen en sí mismos un derecho irrenunciable, el cual debe amparar a todas las personas que están sometidas a la jurisdicción de Colombia. Esta prerrogativa debe garantizarse de manera obligatoria y coordinada entre actores públicos y privados, a fin de cumplir adecuadamente con los principios de solidaridad, universalidad y eficacia administrativa (Sentencia T-341, 2013).

En ese punto es importante mencionar que es una obligación legal el establecimiento o determinación de la contingencia que afecta la salud mediante la concreción del origen de la patología o accidente, esto implica que, dependiendo del origen de dicha enfermedad profesional, esta será asumida por la Administradora de Riesgos Profesionales (ARP) o por la Entidad Promotora de Salud (EPS) correspondiente. Con todo, si existen discrepancias entre las entidades

involucradas estas tienen la obligación de dirimir sus diferencias sin afectar la prestación del servicio médico al paciente, teniendo como autoridad, que podrá revisar la situación, a la Junta Regional de Calificación de Invalidez (Sentencia T-555, 2006).

Ahora, lamentablemente se ha evidenciado que, por trámites administrativos relativos a las discrepancias en las calificaciones que dan la EPS y la ARL a las enfermedades profesionales, se han venido desconociendo los tratamientos médicos que requieren los pacientes bajo la premisa de que ninguna de las entidades mencionadas quiere asumir el tratamiento por no estar de acuerdo con el origen de la enfermedad; dichas vulneraciones se han ventilado recientemente en el plano jurídico mediante acciones de tutela que, a su vez, ha conocido la Corte Constitucional muy a pesar de que la reglamentación del Decreto 1295 de 1994, desde su Artículo 5, consagra que, en virtud de una enfermedad profesional o accidente de trabajo, el trabajador tiene derecho a que la Entidad Promotora de Salud le preste sus servicios, con excepción de los tratamientos de rehabilitación profesional.

Lo anterior significa al prestarse los servicios de salud, se generarán gastos que, si se demuestra su relación directa con un riesgo profesional, deberá hacerse cargo la administradora de riesgos laborales, sin que ello sea obstáculo para que la atención inicial de urgencia sea prestada por una institución prestadora de servicios de salud (Sentencia T-041, 2019).

Por lo tanto, al menos desde el enfoque previsto por la Corte Constitucional, no existe discusión en cuanto a que sea necesario calificar el origen de la contingencia para lograr obtener la prestación continua del servicio médico, no obstante, aunque esta sea indispensable para establecer la entidad obligada al cubrimiento de los gastos (Sentencia T- 642, 2009), ya había dilucidado que, aunque existan controversias entre las EPS y las ARS (Administradoras de Ries-

gos de la Salud), no se pueden constituir como obstáculos para la adecuada atención de los pacientes.

Entonces tenemos una situación en la que hay todo un marco constitucional de protección de la continuidad de la prestación del servicio médico sin importar que exista discrepancia en cuanto a qué entidad está obligada al cubrimiento de las prestaciones asistenciales y económicas. Sin embargo, cuando dichos trámites administrativos o discrepancias logran afectar la prestación del servicio, y en ese sentido eventualmente la recuperación del paciente, es válido preguntarnos: ¿se genera una pérdida de oportunidad para su recuperación? Y ¿Existe un daño antijurídico excesivo y que no deba soportar el ciudadano?, estos interrogantes convergen en la siguiente pregunta de reflexión: ¿se garantiza por parte del Estado la continuidad de la prestación de servicio en salud durante la determinación definitiva del origen de una enfermedad profesional en Colombia? Esta pregunta inexorablemente nos lleva a considerar la categoría de “pérdida de oportunidad” que podría acaecerle al paciente debido a esos trámites o discrepancias mencionados, pues en muchos casos se interrumpe la continuidad del servicio médico afectando la probabilidad de obtener una ventaja esperada o evitar una pérdida en la recuperación de la salud, lo que a su turno representaría una responsabilidad estatal por la omisión en su deber de regulación y fiscalización de la prestación del servicio médico, sea que se preste por un particular o por agentes estatales.

Como se ha venido sosteniendo, la prestación continua del servicio médico es una obligación estatal, la cual, de interrumpirse bajo excusas de discrepancias en cuanto al origen de la enfermedad profesional del paciente, estaría incurriendo en una responsabilidad estatal que eventualmente puede llegar a probar una pérdida de oportunidad real e irremediable de recuperación del paciente por la interrupción del servicio durante dichas discrepancias o trámites administrativos.

Para abordar dicha temática, se ha decidido en este artículo reflexivo describir el marco jurídico que regula la prestación de servicio en salud en Colombia; posteriormente se desarrollarán las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional referente a la progresión de la disponibilidad de servicios del área de la salud durante el proceso de determinación definitiva del origen de una enfermedad profesional en Colombia, a fin de analizar la pérdida de oportunidad por la no continuidad en la prestación de servicios en esas circunstancias.

Marco jurídico que regula la prestación de servicio en salud en relación con la determinación de una enfermedad profesional

Desde la perspectiva de la seguridad social, la noción de enfermedad profesional se origina en la necesidad de distinguir las enfermedades que afectan al conjunto de la población, también llamadas de origen común, de aquellas que son el resultado directo del trabajo que realiza una persona, pues generan derechos y responsabilidades diferentes (Ministerio de Protección Social, 2004).

Entonces, la enfermedad profesional, como categoría conceptual, tiene ciertos elementos comunes entre los cuales se destaca:

El énfasis que se realiza sobre la noción de causalidad, la cual está sustentada la mayoría de las veces en la demostración de la exposición del trabajador a un agente nocivo presente en el ambiente de trabajo que pueda causar la enfermedad en cuestión. (Ministerio de Protección Social, 2004, p. 4)

Dicho lo anterior, el tratamiento legal de las enfermedades profesionales, sea de origen laboral o común, empieza mediante el Artículo 200 del Código Sustantivo del Trabajo que contempla, entre otras cosas, que una enfermedad profesional es una consecuencia directa del trabajo desempeñado, ya sea que su afección sea por agentes físicos, químicos o biológicos (Congreso de la Republica, 1950).

Lo anterior en concordancia con el Artículo 201 del mismo código, que introdujo una tabla taxativa con dieciocho patologías de origen profesional que fue posteriormente derogada por el Artículo 5 del Decreto 1477 de 2014. La nueva regulación, frente a esas patologías, se estima fue de gran relevancia, porque además de no ser restrictiva en cuanto a las enfermedades profesionales que podrían presentarse, incluyó un mayor amparo al mencionar, en su Artículo 2, que para considerarse una enfermedad como laboral bastaría demostrar la relación con los factores laborales de riesgo.

Como antecedente normativo, el Decreto 614 de 1984, en su Artículo 2, señaló como ámbito de aplicación de la salud ocupacional la protección a la persona respecto de los riesgos derivados del trabajo.

Luego tenemos un salto exponencial con el Decreto 2463 de 20 noviembre del 2001, el cual, en su Artículo 6, establece las modalidades y procedimientos de calificación del origen del accidente, además atribuye la responsabilidad de calificación a las EPS como la llamada inicialmente a prestar los servicios médicos y luego a la ARP (Gómez, 2011).

Ahora, de presentarse discrepancia por el origen de la enfermedad, el Decreto 2463 indica que debe ser absuelta por una junta compuesta por representantes de ambas entidades, en caso de que con ello no se resuelva la situación, el paciente podrá entonces solicitar el trámite ante la junta regional de calificación de invalidez (Gómez, 2011).

Como se ha venido señalando, este margen de discrepancias en medio de los trámites administrativos termina afectando la recuperación del paciente al ser desconocida la continuidad del servicio en razón a diferencias para determinar el origen de su enfermedad profesional.

Estas circunstancias, con el advenimiento de la Ley 100 de 1993, tuvieron un nuevo viraje en tanto se unifican los regímenes normativos del sistema de seguridad social, generando una mayor participación de la gestión pública con administración privada, tratando de aminorar dicha afectación en razón a la determinación definitiva del origen de la enfermedad profesional.

Dicha integración, se asume, se realizó en concordancia con el marco jurídico de la Ley 776 de 2002, en conjunto con los decretos 1295 de 1994 y 2463 de 2001, los cuales, como piedra angular normativa de la situación analizada, pregonan la obligación de prestar los servicios médicos a la vez que se acude a determinar o calificar la enfermedad desde el punto de vista de su origen.

Esta calificación del origen de una contingencia o enfermedad profesional se realiza siguiendo los procesos indicados en los decretos 1295 de 1994 y 2463 de 2001, que convergen en establecer que el término para resolver definitivamente la calificación del origen de una enfermedad es un lapso de treinta días (T-555, 2006, p. 21).

Ahora bien, al momento de desconocerse el término provisto para determinar la calificación de la enfermedad, o por el simple hecho de suspender un tratamiento médico por falta de determinación definitiva de la enfermedad profesional, sin duda hay una vulneración a los derechos más fundamentales tales como la dignidad humana, la salud y el debido proceso (T-555, 2006).

Por lo anterior la Corte Constitucional ha tenido que referirse a la continuidad del servicio independientemente de las discrepancias sobre el origen de la enfermedad profesional; ya la Ley 100 de 1993, en su Artículo 208, había llamado la atención de los accidentes de trabajo y la enfermedad profesional, esto es así porque en el Libro Tercero de la Ley 100 se indica el orden adecuado de pago por parte de las entidades involucradas de acuerdo a la calificación de la enfermedad.

En ese sentido se ha considerado, a manera de reflexión, que el Estado tiene una obligación estatal de vigilancia, control e incluso de sanción sobre estas entidades que se condensa en límites legales y jurisprudenciales que redundan en la protección de pacientes que requieren la atención de los servicios de salud sin que sean óbice los trámites administrativos encaminados a la determinación definitiva del origen de la enfermedad profesional, pues de no actuar el Estado como vigilante de la correcta actuación administrativa, podría hasta considerarse que se estaría presentando casos de responsabilidad estatal.

Así las cosas, las entidades no deben desconocer que, aunque existan diferencias administrativas, el Decreto 1771 de 1994 reglamentó la procedencia de reintegros o reembolsos íntegros entre ARP y EPS, los cuales son aplicables al caso de discrepancias de origen de enfermedad profesional y a la respectiva atención que se preste hasta la determinación definitiva de estas; hacer lo contrario conlleva a que se vulnere el derecho que le asiste al trabajador de recibir de manera oportuna el tratamiento de rehabilitación, traduciéndose tal actuar en una pérdida de oportunidad de recuperación para el afectado.

Es importante mencionar que, de acuerdo con el marco jurídico vigente, la calificación del origen de los eventos de salud es fundamental porque determina quién debe reconocer y pagar las prestaciones asistenciales o económicas de los trabajadores (Ministerio de Protección Social, 2004).

Ahora, si bien pueden surgir controversias sobre la calificación del origen que debe supeditarse a un proceso de discusión técnica entre representantes de la EPS y de la ARP, con el objetivo de dirimir dicha controversia y, eventualmente, en caso de no llegar a acuerdo, las Juntas de Calificación de Invalidez son las llamadas a dirimir estas controversias, sin que este proceso se convierta en un nuevo obstáculo para desconocerse la prestación continua de prestación de salud, pues ello no solo transgrede garantías esenciales de las personas, sino

que, además, podría transitar en la responsabilidad estatal por afectar la oportunidad de recuperación del paciente, circunstancia atribuida por la omisión de control y fiscalización de dichas entidades.

Precedente jurisprudencial en relación con la adecuada asistencia de las enfermedades profesionales frente a discrepancias por su origen ¿debe responder el Estado?

Dicho lo anterior, se procederá a establecer la línea jurisprudencial por parte de la corporación de la Corte Constitucional frente a las posturas del Consejo de Estado en relación con la pérdida de oportunidad en un contexto de indeterminación del origen de una enfermedad profesional por parte de la ARP o EPS.

Sea lo primero mencionar que la jurisprudencia ha sido tradicionalmente definida en Colombia como fuente auxiliar o secundaria de derecho, de hecho, así lo contempla el Código Civil en cuanto a que: “(...) las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas” (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, p. 33).

Esta posición que niega el precedente jurisprudencial fue modificándose con el tiempo. Para los franceses se empezó a hablar de jurisprudencia constante y para el resto de los europeos de doctrina legal; estas figuras convergían, según la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2006), en que la interpretación reiterada que hiciera la corte de cierre obligaba a las instancias judiciales inferiores a respetarla.

Para Colombia, a partir de la constitución de 1991 se empezó a gestar un sistema jurisprudencial fuerte y no meramente indicativo, al menos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de hecho, cuando se analiza el Artículo 4 de la Ley 169 de 1896 frente al condicionamiento de exequibilidad de la Corte Constitucional, se puede inferir que una línea jurisprudencial puede establecer-

se para trazar un posible precedente jurisprudencial, y que este es posible unificarlo y darle su respectivo valor sin importar la corte de su procedencia, a saber, se cita *in extenso* el extracto de la Ley 169 (Congreso de la Republica, 1896).

Es importante mencionar que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-836 de 2001 buscó establecer unificar el tratamiento del valor de la jurisprudencia sin que sea un factor determinante el origen de la corporación que la emite en tanto: “La doctrina del precedente judicial aplicada en la jurisdicción constitucional es aplicable, exactamente por las mismas razones jurídicas, al tratamiento de la jurisprudencia producida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado” (C-836, 2001, p. 14).

Habiendo aclarado que es posible trazar una línea jurisprudencial tanto en la jurisdicción constitucional o en el órgano judicial de preferencia, se procederá a ilustrar el escenario constitucional sobre los obstáculos al acceso adecuado a la prestación de servicios médicos cuando ocurren discrepancias en la determinación de una enfermedad profesional. Luego de ello, como quiera que habiendo revisado las 354 sentencias del Consejo de Estado que desarrollan la teoría de la pérdida de oportunidad, se llegó a la conclusión de que no existe una sentencia que fácticamente incluya la pérdida de oportunidad del factor salud que haya ocurrido, en concreto, por discrepancias entre la ARL y la EPS. Se procederá a ilustrar las sentencias que más se asemejan fácticamente al problema propuesto y desarrollado ampliamente en el escenario constitucional, a saber:

Figura 1. Nicho citacional. Primer nivel y segundo nivel

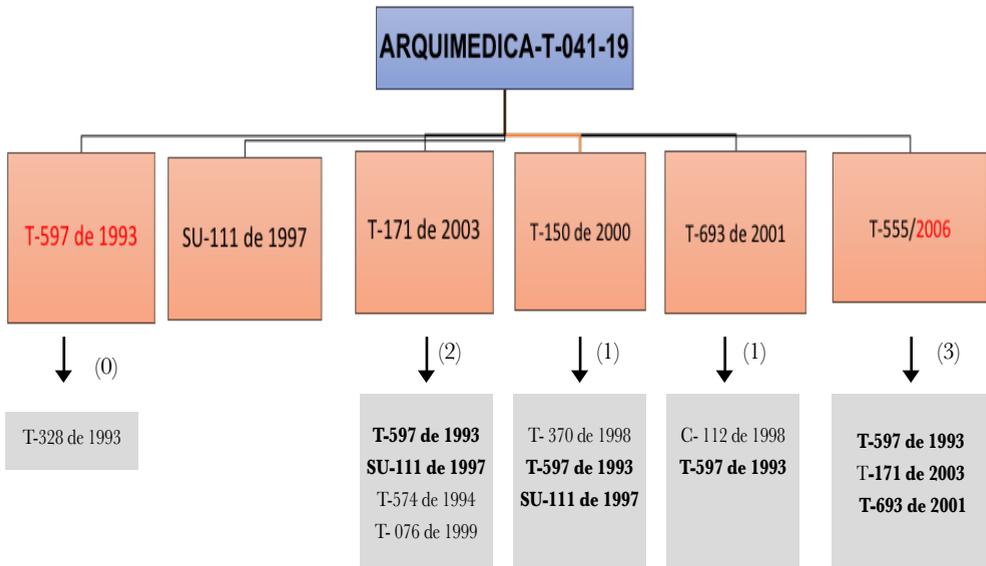
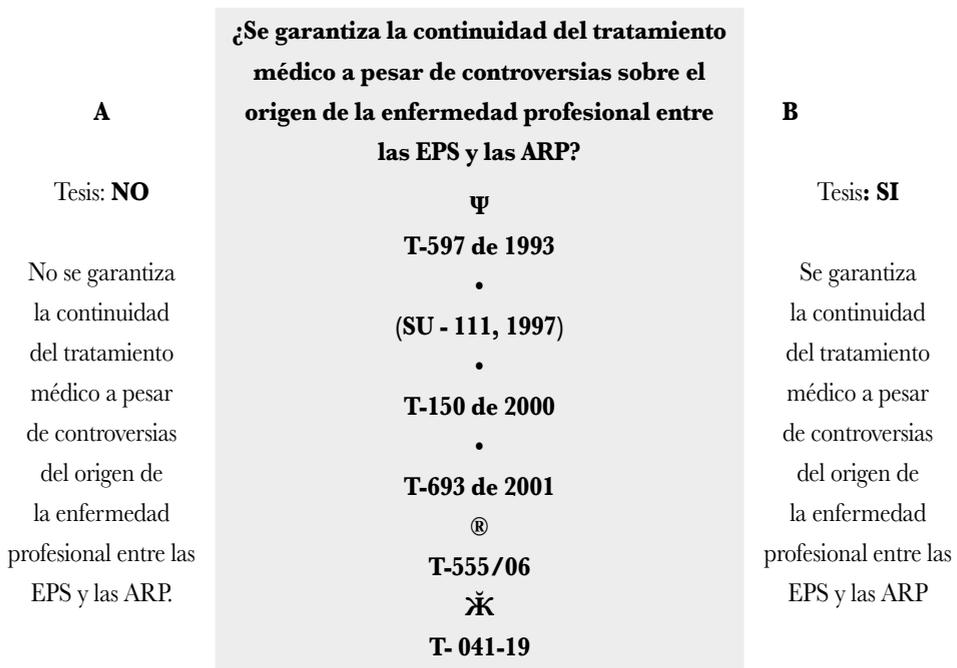


Figura 2. Análisis de la garantiza la continuidad del tratamiento médico a pesar de controversias sobre el origen de la enfermedad profesional



Nota: **Ψ**: Sentencia fundadora de línea; **•**: Sentencias hito consolidadora de línea; **✂**: Sentencia Arquimédica; **®**: Sentencia reconceptualizadora de línea; **#**: Sentencia que se apartó de la tesis consolidada.

Como puede evidenciarse en las gráficas anteriores, las sentencias hitos resaltadas en el nicho citacional de nivel 1 y 2 conservan indemnidad fáctica en cuanto a afectaciones por falta de continuidad en tratamientos médicos ante la indeterminación o controversias en el origen de una enfermedad profesional entre las ARL y EPS. La Corte Constitucional, en cada sentencia hito, construyó un escenario constitucional en el que resaltó el valor intrínseco de la dignidad humana ligada al derecho a la salud de cada paciente que padece una enfermedad profesional y que, por simples obstáculos administrativos, no puede desmejorarse su situación e impedir que acceda a su respectivo tratamiento, precisamente para que no pierda la oportunidad de recuperar su salud.

Aunque desde esta etapa del artículo se está construyendo un análisis jurisprudencial desde el enfoque de la Corte Constitucional debido al uso implícito del concepto de pérdida de oportunidad, se procederá a definirlo, esto para dar continuidad al mencionado análisis. Dicho concepto implica, según la Sentencia 51542 (2019) del Consejo de Estado:

Un menoscabo con identidad propia que surge cuando se ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un detrimento. (...) para que el daño se tenga por acreditado, la Sala advierte que de la situación fáctica de la demanda se debe deducir la certeza de la oportunidad que se pierde (...) finalmente, que aquellos se encontraban en una posición potencialmente apta para la consecución de la indemnización en ese libelo. Solamente de resultar demostrados estos supuestos, podrá tomarse el daño como cierto. (p. 2)

Ahora, sobre la continuidad de los servicios y tratamientos médicos durante la indeterminación del origen de la enfermedad profesional, la mayoría de decisiones son sentencias consolidadoras de línea sobre la tesis consistente en que debe garantizarse la misma, independientemente de los obstáculos administrativos entre la ARL y EPS, por lo que se estima que la posición de la Corte Constitucional ha prevalecido de manera pacífica desde la sentencia fundadora T-597 de 1993 hasta la arquimédica T-041-19, es decir, la primera sentencia que dio origen a la línea jurisprudencial y la última sentencia que expuso la situación analizada respectivamente.

La sentencia fundadora es clara en sostener que el derecho a la salud debe ser amparado sin que sea una razón para su limitación los obstáculos administrativos de entidades, aunque no desarrolló a cabalidad la problemática pues la Ley 100 apenas estaba empezando a operar; lo cierto fue que sentó las bases para las siguientes sentencias que se mencionaran. De hecho, la Sentencia T- 538 (1994) indicó que el Estado debe garantizar los tratamientos que permitan proveer los medios necesarios para la recuperación del paciente.

Así mismo, esta posición fue gestándose sin mayores precedentes que establecieran subreglas relativas al amparo constitucional de las partes cuando se veían sometidas a yerros y obstáculos atribuibles a las entidades. En este sentido, la sentencia se apoya en el vacío legal existente en aquel entonces en tanto no existía el Decreto 2463 de 2001 y la Ley 776 de 2002, expuestos en el primer acápite de este artículo reflexivo; esa falta de regulación legal permitió consagrar visiones reformistas llamadas a establecer la necesidad de reglamentar la continuidad del servicio médico y los respectivos tratamientos, aunque no se tenga determinado el origen de la enfermedad profesional.

Posteriormente, mediante la Sentencia SU-111 (1997), la Corte Constitucional consolidó su posición para sostener que no se puede someter a los pacientes a la

interrupción o aplazamiento de una solución radical para la salud de estos, pues supondría la prolongación de la afección, vulnerando con ello los cimientos de la dignidad humana como eje de los derechos fundamentales.

Tal como se ilustró en la figura de la línea jurisprudencial, esta posición fue consolidada pacíficamente en las sentencias T- 150 del 2000, T- 171 del 2003 y T- 370 de 1998, en las cuales, al igual que el marco fáctico de la sentencia fundadora, desestimó la posibilidad de limitar o restringir un tratamiento médico por diferencias entre la ARL y EPS en cuanto al origen de una enfermedad profesional; de hecho, las tres sentencias citadas concuerdan en que el derecho a la salud no puede desconocerse por obstáculos administrativos, pues aunque las EPS y ARL tengan justificaciones económicas y hasta legales, estas no pueden estar por encima de las garantías fundamentales que debe proveer el Estado a las personas sometidas a su jurisdicción.

Siguiendo esta misma línea, la sentencia consolidadora T-125 (2002), para resolver el mismo problema jurídico relativo a la continuidad de los tratamientos y servicios médicos frente a las controversias suscitadas por la ARP y la EPS señaló que, además del derecho a la salud, se transgrede el derecho al debido proceso al no determinar quién debe responder por el tratamiento en el tiempo reglamentario de ley.

Es importante mencionar que la Corte Constitucional no varió en ninguna decisión su posición ampliamente consolidada en los precedentes de balance constitucional referidos previamente, muy por el contrario, en la Sentencia T - 555, (2006) recordó que, para garantizar la apropiada calificación de las enfermedades profesionales se tienen las indicaciones que provee la Ley 776 de 2002 y los decretos 1295 de 1994 y 2463 de 2001 en los que, en ninguna circunstancia, se permite la suspensión de los servicios médicos en tanto la calificación es un requisito meramente administrativo que no está obligado a padecer el paciente.

Estos aspectos fueron consolidados de manera detenida en la sentencia arqui-médica T-041-19, la cual no solo retomó la tesis anterior, sino que la dotó de subreglas específicas que se encuentran vigentes en el balance constitucional de esta línea jurisprudencial.

Es evidente que las sentencias hitos relacionadas en esta línea jurisprudencial sostuvieron una pugna entre las ARL y las EPS para la asunción de la atención médica por enfermedad profesional; sin embargo, todas se mantuvieron desde la sentencia fundadora hasta la arqui-médica en una misma línea en favor de la atención continua de los servicios y tratamientos médicos sin importar las discrepancias administrativas que se presentaran entre ARL y EPS.

Sobre lo anterior vale la pena mencionar que, muy a pesar de que las líneas jurisprudenciales constitucionales son sólidas en lo referente a eliminar esta práctica de suspender tratamientos y servicios médicos por discrepancias en el origen de la enfermedad profesional, lo cierto es que cada una de las sentencias analizadas surgió precisamente porque fue necesario recurrir a vías constitucionales para garantizar estos derechos que no admiten limitación o restricción, según se indicó por la Corte Constitucional. Ahora, en el caso de que, por ese lapso de tiempo en el que el paciente estuvo en un limbo jurídico y no recibía atención ni de la ARP o de la EPS, podría señalarse lo siguiente: ¿se afectó la oportunidad de mejoría o de rehabilitación en el paciente? ¿De ser cierto, se estaría generando una responsabilidad estatal?

Aunque pareciera una pregunta de simple respuesta, lo cierto es que, en la actualidad, no es fácil dilucidarlo en tanto no existe un precedente fáctico idéntico que absuelva estas dudas en el órgano jurisdiccional natural para dirimir la responsabilidad estatal, es decir, el Consejo de Estado, aunque esto, como se ha mencionado, no es óbice para que se traigan, a manera de analogía, algunos precedentes jurisprudenciales sobre la pérdida de oportunidad

médica en el Consejo de Estado para realizar el respectivo análisis de una eventual responsabilidad.

La pérdida de oportunidad en la recuperación del paciente como un título de imputación de responsabilidad estatal

Como se ha indicado, la teoría de la pérdida de oportunidad, para el caso de estudio pérdida de oportunidad de curación, se conoce como el menoscabo de probabilidad suficiente de obtener una ventaja esperada o evitar una pérdida en la recuperación de la salud; a partir de este probable daño antijurídico podría endilgarse una responsabilidad estatal a la luz de la constitución que pregona, desde su Artículo 90, que el Estado deberá responder por el daño que le sea imputable, ya sea por acción u omisión de los agentes estatales (Constitución Política, 1991, p. 23).

Ahora bien, la pérdida de oportunidad ha sido objeto de pronunciamientos por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo en no pocas ocasiones, de hecho, existen 354 sentencias relacionadas a esta temática, pero tradicionalmente se ha estudiado desde dos ópticas: una que considera que la pérdida de oportunidad se consolida como un “daño autónomo”, y otra que afirma que el estudio de esta figura debe realizarse en sede del análisis del nexo causal, sin embargo, no existe precedente directo en la que la pérdida de oportunidad se haya presentado por suspensión de tratamientos y servicios médicos por discrepancias en la determinación de una enfermedad profesional, sin que ello sea óbice, como se ha reiterado, para que pueda reflexionarse sobre el tema en analogía abierta con sentencias en las que se haya presentado la pérdida de oportunidad de recuperación médica, sea que se entienda por el lector como que pueda encajar por nexo causal o por daño autónomo (Sentencia 25869, 2013).

A propósito de lo anterior, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia 25706 (2017) se pronunció sobre el tema, en el sentido

de que entendió esta figura como daño con identidad y características propias, cuyo colofón es la vulneración de una expectativa o interés legítimo, la cual debe ser reparada: “así, desde la óptica del daño se erige la pérdida de una oportunidad como la lesión a un interés jurídico tutelado y, en esa medida, para su configuración es necesario que se trate de la pérdida de una oportunidad seria” (25706 , 2017, p. 19).

La misma sentencia menciona que la oportunidad perdida debe contar con un grado de suficiencia que permita concluir que:

La acción u omisión de la autoridad generadora de daño, disminuyó la probabilidad de ganar o, aumentó la de perder, de manera relevante para el derecho. Lo anterior obedece al concepto mismo de interés legítimo, en el que se fundamenta la pérdida de oportunidad como daño, en la medida en que debe tratarse de una posición de ventaja reservada para el titular del interés; por lo anterior, esa oportunidad debe contar con unos mínimos de relevancia jurídica, que permitan calificarla como valiosa o real. (p. 19)

Teniendo en cuenta este precedente, es válida la afirmación que hizo el mismo Consejo de Estado, pero esta vez mediante una sentencia de tutela de radicado 44201 (2019) en la que cuestionó la responsabilidad que le asistían a las dos entidades por la indebida prestación del servicio de salud al no realizar los actos médicos necesarios y exigibles de acuerdo al diagnóstico del paciente, la sala concluyó que: “sí hubo una falla en la atención médica que generó el daño anti-jurídico reclamado, que, en este caso, no corresponde a la muerte propiamente dicha de la señora Bello González y su bebé sino a la pérdida de la oportunidad de supervivencia de los dos” (44201, 2019, p. 2).

En otro caso relevante, el Consejo de Estado, refiriéndose a unas lesiones padecidas por un paciente en un hospital en el cual el paciente quedó con secuelas

luego de una cirugía que le fue practicada, recalcó que, para la teoría de la pérdida de oportunidad no debe ser de mera especulación, sino que debe estar esclarecido, cuál era la posibilidad palpable de la víctima de lograr la recuperación de su salud, en otras palabras, debe comprobarse científicamente que existió una frustración real de recuperación por la actuación médica. Estos aspectos de certeza deben evaluarse con cuidado debido a que la teoría de la pérdida de oportunidad no puede volverse en una mera dificultad de establecer un nexo causal (17725, 2010).

Quiere decir lo anterior que, para el caso central de análisis de este artículo es necesario demostrar que, de suspenderse la prestación de las medidas médicas, constituiría no solo una hipótesis para que la víctima pueda ser objeto de tratamientos que le permitan su recuperación o mejorar las condiciones de su vida desmejorada por la enfermedad, sino que ahora la ventaja de recuperación debe ser posible frente a diversos factores, entre estos pueden resaltarse las condiciones médicas del paciente debido a que, si no se demuestra que se está en presencia de la pérdida de oportunidad, se estaría transitando hacia el análisis de la existencia del nexo causal entre las actuaciones médicas, por lo que no se tendría un caso de responsabilidad del Estado por la pérdida de oportunidad, sino por la teoría de la falla en el servicio.

Conforme a lo anterior, se ha analizado el escenario constitucional en torno a las discrepancias en la determinación de una enfermedad profesional y cómo la Corte Constitucional ampara el derecho a la continuidad de los tratamientos y servicios médicos independientemente del origen de la enfermedad, por lo que la interrupción de estos tratamientos hicieran perder la oportunidad palpable o real de recuperación del paciente, se estaría incurriendo en un daño antijurídico no soportable para los pacientes y se abriría el camino para la demostración de la responsabilidad estatal bajo dicha teoría.

Ahora, la doctrina internacional, en cabeza de López (2007), se ha encargado de establecer unos criterios que podrían considerarse aplicables al caso de Colombia para lograr un daño indemnizable respecto de la pérdida de oportunidad, tales como:

- 1) Existencia de la relación causal adecuada entre la frustración de la *chance* del perjudicado y la actuación del dañador: en este caso, la afectación del paciente al suspenderse los tratamientos para su rehabilitación y recuperación por discordias para la definición de la enfermedad profesional; debe corroborarse de manera científica con probabilidad de acierto la posibilidad real de pérdida de recuperación de la salud o vida del paciente por la suspensión o negación del tratamiento médico, pues en caso de que esta circunstancia no esté clara, se podría pregonar otro título de imputación como la falla del servicio médico.
- 2) Antijuridicidad de la actuación del dañador: como se ha venido anunciando desde el acápite 1 y 2 de este artículo, existe toda una estructura jurídica que impide la suspensión de los tratamientos médicos por asuntos administrativos, por lo que, en caso de que no se trate de un hospital público, el Estado podría entrar a responder ya no como actor causal directo, sino como vigilante omisivo de dicha actuación, lo que en todo caso representaría un daño antijurídico por omisión.
- 3) La ventaja de concreción por interferencia antijurídica: es claro que la negación del servicio médico por las discordias administrativas es una conducta irregular de las entidades que disponen la suspensión del servicio del paciente, impidiéndole a este la evolución positiva de su recuperación y, en especial, los procesos que son necesarios para establecer el origen de la enfermedad padecida y, por lógica material, la probabilidad de lograr, con el tratamiento que fue suspendido, la oportunidad de recuperarse o salvar su vida.
- 4) El punto medio de probabilidades que tenga el paciente debe estar in-

clinado favorablemente, lo cual podrá demostrarse estadísticamente a fin de seguir el conducto ordinario que permitiera la probabilidad de obtener una ventaja de no haber actuado el demandando como parte del nexo causal.

Del anterior análisis se puede concluir que existe una delgada línea entre la falla en el servicio y la pérdida de oportunidad como título de imputación, tanto así que, ante la acreditación de una falla del servicio no es necesario determinar el umbral que permita establecer la pérdida de oportunidad en la medida que entra la entidad pública a responder por no haber prestado el servicio a tiempo sin que se discuta la privación de la oportunidad, y es ese quizá uno de los factores que ha llevado a considerar la dificultad para demostrar dicho título de imputación por pérdida de oportunidad en el caso de estudio, pues de presentarse un suceso dañoso por la suspensión o negación del servicio médico de rehabilitación o recuperación, termina siendo más probable la demostración bajo la falla en el servicio que con la pérdida de oportunidad.

Esto es así porque bastara demostrar la irregularidad en el actuar público, es decir, la culpabilidad de la administración, además de acreditar el daño y el respectivo nexo causal, por lo que es requerido evidenciar un Estado alejado de criterios de buen servicio público y, por el contrario, se presenta como vulnerador de derechos en los términos expuestos por el Consejo de Estado desde su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente nro. 14.170, sentencia del 25 de febrero de 2005.

Conclusión

A lo largo de este artículo reflexivo se pudo establecer una serie de situaciones contrarias al Estado de derecho y al marco jurídico constitucional que no solo representan falencias en el Estado, sino que, además, implican desconocimientos de garantías esenciales del ser humano.

En efecto, esto se refiere al desconocimiento de la obligación legal de determinación de la contingencia que afecta la salud mediante la concreción del origen de la patología o accidente, la cual viene siendo transgredida por las Administradora de Riesgos Profesionales (ARP), o de la Entidad Promotora de Salud (EPS) correspondiente, lo que implica, en términos prácticos, que mientras ellas dirimen la asunción del tratamiento del paciente, este, en muchos casos, se ve sometido a la suspensión del tratamiento médico o a su negación, lo que en muchos casos constituye una falla en el servicio y, como se pudo ilustrar, la concreción de títulos de imputación como el de la pérdida de oportunidad, pues lamentablemente se ha evidenciado que por trámites administrativos relativos a las discrepancias en las calificaciones que dan la EPS y la ARL a las enfermedades profesionales, se han venido desconociendo los tratamientos médicos que requieren los pacientes, restando allí posibilidades reales de recuperación o de conservación de su calidad de vida previo al suceso dañoso.

Luego de analizar el marco jurídico aplicable, es claro que de presentarse discrepancia por el origen de la enfermedad, el Decreto 2463 indica que estas serán resueltas por la junta integrada de representantes de las entidades administradoras de salud y riesgos profesionales; no obstante, las indicaciones contenidas en la Ley 100 de 1993 implican que debe darse continuidad al servicio, facultando el recobro posterior a la entidad correspondiente mientras se dirime dicha situación administrativa.

Además de ello, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, en conjunto con los fallos del Consejo de Estado, señalan sin lugar a equívocos que suspender este tipo de tratamientos médicos puede representar la pérdida de oportunidad real de un paciente de recuperarse y, en ese sentido, desconocer la probabilidad suficiente de obtener una ventaja esperada o evitar una pérdida en la recuperación de la salud redundaría en la concreción de una responsabilidad

estatal a partir de este probable daño antijurídico en los términos del Artículo 90 de la Constitución Política.

Ahora, si bien las sentencias analizadas ilustran la aplicación de la pérdida de oportunidad como un título de imputación autónomo con identidad y características propias cuyo colofón es la vulneración de una expectativa o interés legítimo, la cual debe ser reparada bajo estrictas demostraciones de una real pérdida, a veces sucede que demostrar el nexo causal termina diluyendo esta reclamación en otros títulos de imputación como lo es la falla en el servicio.

Sin perjuicio de lo anterior, se revisaron más de 300 sentencias que se analizaron, entre su haber la pérdida de oportunidad como título de imputación, aunque en la mayoría se condenó al Estado en realidad fue por el título de imputación de la falla en el servicio, precisamente porque en aquellos eventos en donde no se trate de una oportunidad, sino que se cuenta con la prueba cierta de la existencia del nexo causal entre la actuación deficiente u omisión de la prestación del servicio médico, no se estaría ante un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por pérdida de oportunidad sino por la falla del servicio médico, por lo que sin duda aún falta que el Consejo de Estado dote a este título de mayores elementos causalísticos que permitan su aplicación directa.

Referencias

Congreso de la Republica. (15 de agosto de 1887). Ley 153. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.*

Diario Oficial 7151. <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=15805>>

Congreso de la Republica. (31 de diciembre 1896). Ley 169, Sobre reformas judiciales. Diario Oficial 10235. <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17755>>

- Congreso de la Republica. (5 de agosto de 1950). Decreto 2663, Sobre Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial 27407. <<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/Decreto-2663-de-1950.pdf>>
- Consejo de Estado. (24 de octubre de 2013). Sentencia 25869, 25869. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (29 de noviembre de 1994) Sentencia T-538. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (21 de noviembre de 1995). Sentencia T-150. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (6 de marzo de 1997). Sentencia U-111. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (17 de julio de 1998). Sentencia T- 370. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (7 de febrero del 2000). Sentencia T- 077. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (22 de febrero de 2002). Sentencia T-125. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (24 de febrero de 2003). Sentencia T- 171. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (3 de enero de 2006). Sentencia T-555. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (18 de julio de 2006). Sentencia T-555. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (17 de septiembre del 2009). Sentencia T-642. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (13 de junio de 2013). Sentencia T-341. República de Colombia.

- Corte Constitucional de Colombia. (25 de septiembre de 2017). Sentencia T-596. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (7 de junio de 2018). Sentencia T- 223. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (4 de febrero de 2019). Sentencia T-041. República de Colombia.
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2006). *Interpretación Constitucional*. Consejo Superior de la Judicatura.
- Gómez, C. (2011). Aspectos normativos en la legislación colombiana para la determinación de la enfermedad profesional. *Revisa CES Salud*, 2(1), 85-90.
- López, M. (2007). *Tratado de responsabilidad médica, responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Ed. Legis
- Ministerio de Protección Social. (2004). *Informe de Enfermedad Profesional*. Ministerio de Protección Social.
- República de Colombia. (2020). Constitución política de 1991. Legis.

Control de convencionalidad en Colombia: una propuesta garantista para su optimización

*Control of conventionality in Colombia: a
guarantee proposal for its optimization.*

PATRICIA RAQUEL MORRIS BOLAÑO

Abogada egresada de la Universidad Libre Seccional Barranquilla,
Especialista en Derecho Administrativo de la misma casa de estudios,
Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Seccional
Bogotá, Doctoranda en Derecho de la Universidad del Norte, Docente
de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre
Seccional Barranquilla. ORCID: 0000-0003-1575-5228.

Tipología: Artículo de investigación

Recibido: 13/07/2019

Evaluated: 11/09/2019

Aceptado: 15/11/2019

Disponible en línea: 01/01/2020

Como citar este artículo:

Morris, P. (2020). Control de Convencionalidad en Colombia:
Una propuesta garantista para su optimización. *Vis iuris. Revista
de Derecho y Ciencias Sociales*, 7(13).

Resumen

El presente artículo propone medidas de carácter jurídico en aras de optimizar la praxis del control de convencionalidad en Colombia. Para tal efecto, en principio, aborda el examen de los antecedentes, características y fundamentos jurídicos de la institución, así como el análisis de su legitimidad; más adelante, en consideración a que la filosofía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad descansa en la observancia y amparo de los derechos humanos, base esencial de la legitimidad del Estado social de derecho, plantea la institucionalización de mecanismos procesales que buscan reforzar su garantía jurisdiccional y vinculatoriedad. La metodología del presente trabajo es de naturaleza jurídica y de carácter cualitativo, ya que el propósito trazado conduce al examen de las posturas asumidas por diversos autores frente al control de convencionalidad, así como a la revisión y estudio de sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuyo contenido corrobora la vinculatoriedad de las reglas hermenéuticas esgrimidas por este órgano jurisdiccional. Este trabajo permitió constatar que el Estado colombiano, contrario a los estándares jurisprudenciales emanados de la CIDH, que exigen su aplicación por parte de los poderes públicos de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aún no ha permeado la generalidad de los escenarios judiciales y administrativos, situación que posibilitó concluir, desde una perspectiva garantista, la necesidad de positivar en la Constitución Política el aludido mecanismo para lograr su efectividad y, con ello, avanzar en la materialización de los derechos humanos.

Palabras clave: Control de convencionalidad, legitimidad, garantías primarias, garantías secundarias, derechos humanos.

Abstract

The objective of the article was to propose legal measures in order to optimize the practice of conventionality control in Colombia. For this purpose, in principle, he addressed the examination of the background, characteristics and legal bases

of the institution, as well as the analysis of its legitimacy; later, considering that the philosophy of the American Convention on Human Rights and the Control of Conventionality rests on the observance and protection of human rights, an essential basis for the legitimacy of the social State of law, raised the institutionalization of procedural mechanisms that They seek to strengthen their jurisdictional guarantee and bindingness. The methodology of the present work is of a legal nature and of a qualitative nature, since the purpose established leads to the examination of the positions assumed by various authors regarding the control of conventionality, as well as to the review and study of sentences issued by the Inter-American Court of Human Rights, whose content corroborates the linkage of the hermeneutical rules used by this court. This work allowed to verify that the Colombian State, contrary to the jurisprudential standards emanating from the IACHR, that require its application by the public authorities of the States Parties to the American Convention on Human Rights has not yet permeated the generality of the judicial scenarios and administrative, a situation that made it possible to conclude from a guarantee perspective the need to positivize in the Political Constitution the aforementioned mechanism to achieve its effectiveness and thereby advance in the materialization of human rights.

Keywords: Control of conventionality, legitimacy, primary guarantees, secondary guarantees, human rights.

Introducción

El control de convencionalidad es un mecanismo procesal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH de aquí en adelante), ejercido en el ámbito regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo origen se halla en el criterio razonado del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia del Caso Chang Vs Guatemala del 25 de noviembre de 2003; su propósito es garantizar la consonancia de los sistemas jurídicos de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con este instrumento, con

los tratados de derechos humanos que hacen parte del “ius interamericano” y con los estándares jurisprudenciales emanados de la referida corporación judicial internacional.

Se trata de una praxis que opera de manera similar a como funciona el control de constitucionalidad, es decir, mediante confrontación normativa. La diferencia radica en que, mientras en el control de constitucionalidad la comparación opera entre las leyes en sentido formal y material o los actos administrativos y la Constitución Política, incluido el bloque de constitucionalidad, en el control de convencionalidad el paralelo se realiza entre la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, los tratados de derechos humanos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los estándares jurisprudenciales emanados de su órgano jurisdiccional y las normas que hacen parte del ordenamiento jurídico interno de los Estados parte de la enunciada convención.

Este control, resultado del fenómeno de “constitucionalización del derecho internacional”, ha erigido tanto a la Convención, como a los tratados de derechos humanos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en verdaderas constituciones, generando una profunda metamorfosis en el derecho que se traduce en cambios sustanciales en la estructura de fuentes de los ordenamientos jurídicos internos y en limitaciones a los principios de soberanía de los Estados y de la cosa juzgada.

La referida herramienta procesal constituye un avance significativo del sistema regional americano para la defensa de los derechos humanos, que favorece la materialización de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, en consideración a que particularmente en Colombia el fenómeno de la convencionalidad aún no ha permeado la generalidad de los escenarios judiciales y administrativos, este trabajo de investigación

justamente pretende dar respuesta al siguiente interrogante: ¿cómo lograr del control de convencionalidad una aplicación generalizada y efectiva por parte de las autoridades en Colombia?

En ese orden de ideas, se plantea la hipótesis referente a la necesidad de revestir el control de convencionalidad de la máxima coercitividad jurídicamente posible en el sistema interno, lo que conlleva a erigirlo como garantía en la Constitución Política, propuesta cuya concreción exige inevitablemente la reforma del referido estatuto superior; análisis que se realiza desde la tendencia garantista del derecho.

Coherente con el propósito expuesto, el presente trabajo está estructurado en tres partes. En la primera se abordan los antecedentes, las características y los fundamentos jurídicos del control de convencionalidad. En la segunda se examina la legitimidad y el impacto que ha tenido en Colombia esta institución. Finalmente, en la tercera, se presenta una propuesta que plantea institucionalizar el control de convencionalidad como garantía constitucional.

Metodología

La metodología del presente artículo de investigación es de naturaleza jurídica, dado que tanto el problema abordado, como la propuesta de solución al mismo, conciernen al derecho. Es de tipo descriptivo porque especifica el alcance del control de convencionalidad como herramienta de protección de los derechos humanos y también las recomendaciones que, desde una perspectiva garantista del derecho, tienden a optimizar la praxis de este mecanismo. Asimismo, su enfoque es cualitativo en razón a que el objetivo trazado, atinente a proponer medidas de carácter jurídico en aras de optimizar la praxis del control de convencionalidad en Colombia, condujo al examen de las posturas asumidas por diversos autores frente al referido instrumento y a la revisión de sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creadoras de reglas

hermenéuticas garantizadoras de su vinculatoriedad en los ordenamientos jurídicos de los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Generalidades del control de convencionalidad

El control de convencionalidad es una institución resultado del llamado proceso de “constitucionalización del derecho internacional”, que emerge del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como resultado de la interpretación que de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha realizado su órgano judicial, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este control constituye la tercera fase de la denominada dinámica del derecho, con relación a la cual Quinche (2013), tomando como referencia el orden descrito por Ferrajoli (2003), sostiene:

Dentro de esta dinámica del derecho actual es posible identificar tres procesos recientes de la vida del derecho presentes en la mayoría de los países de América Latina. Una fase inicial que duró casi dos siglos, que puede ser identificada como el proceso de legalización del derecho, en el que simplemente se ejerció control de legalidad. Un segundo periodo, en el que la Constitución Política de los distintos países asume carácter normativo, dando lugar al proceso de constitucionalización del derecho y al control estricto de constitucionalidad; y finalmente un proceso más reciente, de internacionalización de los derechos locales que ha dado lugar en el SIPDH (Sistema Interamericano de Protección Derechos Humanos) a la formulación del control de convencionalidad). (p. 176)

Se trata de tres etapas progresivas: legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, que en Colombia se ubican históricamente así: legalidad inicia con el advenimiento de la República y culmina una vez entra a regir la carta de 1991;

constitucionalidad inicia con la llegada de la Constitución de 1991 y configura un proceso de gradual construcción; convencionalidad es el resultado de los procesos de “internacionalización del derecho constitucional” y de “constitucionalización del derecho internacional”.

La primera de las etapas se caracterizó por la primacía de la ley en el sistema de fuentes del derecho y la prácticamente nula aplicación de la Constitución Política; la segunda tiene la connotación de atribuir a la carta política la máxima hegemonía en el ordenamiento jurídico; finalmente, la tercera fase se distingue por la incorporación al ordenamiento jurídico de tratados que hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos, situación que condujo a la ampliación del ámbito normativo colombiano, pero que también tiene la especificidad de erigir la Convención o Pacto de San José de Costa Rica en la norma suprema del sistema preceptivo interno.

La primacía del referido instrumento en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos constituye el aspecto más significativo de la fase de convencionalidad, último y más reciente proceso en el contexto de la dinámica del derecho, que conlleva al ejercicio del control de convencionalidad, cuyo origen, tal como fue expuesto, se halla en el criterio esbozado por el juez Sergio García Ramírez al fallo que resolvió el conflicto Chang Vs Guatemala del 25 de noviembre de 2003.

En ese sentido, según García, teniendo en cuenta el alcance de la Convención y la actividad impartidora de justicia ejercida por el órgano jurisdiccional del SIDH, el Estado responde de manera plena, es decir, no le es factible limitar la vinculatoriedad de la citada herramienta a determinadas autoridades, y menos aún desprenderse de los compromisos que de ella emanan, pretextando su adjudicación a un número reducido de órganos, restricciones que tienen como finalidad garantizar el aludido control sobre sus actividades cabalmente o, en

otros términos, precaver cualquier tipo de exención del aludido control sobre su accionar (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 25 de noviembre de 2003).

A nivel regional, el control de convencionalidad es ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos e implica el ejercicio de la potestad de este órgano judicial para exigir a cualquiera de los Estados partes de la Convención la modificación o derogatoria de normas jurídicas internas, incluidos los preceptos constitucionales, cuando vulneren el referido pacto o aquellos tratados que integran el ámbito jurídico del control de convencionalidad, así como la interpretación que sobre los mismos realiza ese órgano judicial.

En todo caso, el control que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos es complementario o subsidiario; bajo ese entendido, el órgano judicial regional estará legitimado para actuar en ejercicio del control de convencionalidad cuando, pese haber agotado los mecanismos procesales internos, no se ha alcanzado la tutela efectiva de los derechos humanos o el Estado parte de la Convención ha incurrido en dilación injustificada en el trámite del proceso instituido por el ordenamiento jurídico local para la defensa de tales derechos.

Justamente, Hitters (2009) destaca el carácter subsidiario del control de convencionalidad por parte de la CIDH, pero también enfatiza en la efectividad de los tratados que hacen parte del sistema regional, generada como consecuencia del necesario cotejo a que conlleva la señalada praxis entre estos y las normas que integran el ordenamiento jurídico interno del Estado parte cuando el citado órgano jurisdiccional avoca los casos allegados a su conocimiento.

El control de convencionalidad es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos colegiados domésticos, haciendo una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los

tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a sus estrados. (p. 109)

En el ámbito interno de los Estados parte de la Convención, hoy es claro que el ejercicio del control de convencionalidad no solo se exige a las autoridades judiciales, sino a todas las autoridades públicas.

En ese sentido, previo análisis de diversos pronunciamientos emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bazán (2014, pp. 302-303) identifica, en relación al control de convencionalidad, un total de seis “eslabones”, los cuales hacen referencia, fundamentalmente, a las autoridades internas que están obligadas a ejercer el mecanismo procesal. Así, se trata de seis reglas hermenéuticas vinculantes a los Estados parte de la Convención. La primera, emanada del “Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile”, endilga a la rama judicial el deber de ejercer control de convencionalidad; la segunda, prevista en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú”, aclara que los órganos jurisdiccionales están llamados a ejercer tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad a petición de parte y en forma oficiosa; la tercera, proveniente del “Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs México”, ratifica y hace énfasis en el deber de ejecución del aludido control por parte de las autoridades judiciales; la cuarta, derivada del “Caso Gelman Vs Uruguay”, hace extensivo el ejercicio de la citada praxis a todas las autoridades sin distinción; la quinta, establecida en los “Casos López Mendoza Vs Venezuela y Atala Riffo y Niñas Vs Chile”, obliga a aplicar el precedente convencional en la resolución de los conflictos judiciales y administrativos; la sexta y última determina que el control de convencionalidad primeramente debe ser ejercido por las autoridades internas y, en su defecto, por el órgano jurisdiccional del SIDH.

De otra parte, resulta pertinente destacar cómo en Colombia el ejercicio de la pluricitada praxis jurídica, tal como lo sostiene Quinche (2014), se despliega esencialmente en cuatro contextos: “el de la justicia de transición como elemento maestro que ha posibilitado el despliegue de ese control, el del control abstracto sobre las leyes, el del derecho penal y el de la justicia administrativa”. (p. 178).

Normativa del control de convencionalidad

Con relación al marco jurídico que integra el control de convencionalidad, Quinche (2014), identifica tres conjuntos de disposiciones. Inicialmente, las incorporadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; luego, las que conforman los tratados que también otorgan competencia a la Corte Interamericana para conocer de los casos de violación a los derechos humanos y, finalmente, las que integran el pleno de los tratados del sistema regional.

El mismo autor especifica los tratados del SIDH “cuya aplicación en los casos contenciosos es de competencia de la Corte Interamericana” y que a continuación se relacionan en la siguiente tabla:

Tabla 1. Casos contenciosos de competencia de la Corte Interamericana

Tratado	Lugar y fecha de adopción	Órgano que lo emite	Obligaciones relevantes para los Estados parte de la Convención	Ley aprobatoria por parte del Estado Colombiano
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Protocolo de San Salvador”	San Salvador (El Salvador), 17 de noviembre de 1988	Asamblea General de la ONU.	Implementación de medidas para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en el protocolo, normas en el ámbito del derecho interno (artículos 1 y 2)	Ley 319 de 1976
La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	Cartagena, 9 de diciembre de 1985	Asamblea General de la OEA.	“Los Estados parte se obligan a prevenir y a sancionar la tortura”. Tipificar y sancionar la tortura en los sistemas jurídicos internos (Artículo 1°)	Ley 409 de 1997
Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	Belem do Pará (Brasil), 9 de junio de 1994	Asamblea General de la OEA	Los Estados parte se obligan a “no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aún en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales” También, los Estados parte deben tipificar la desaparición forzada como hecho punible (artículos 1 y 3)	Ley 707 de 2001
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belem do Pará.	Belem do Pará (Brasil), 9 de junio de 1994	Asamblea General de la OEA	Los Estados parte se obligan a establecer “políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”	Ley 248 de 1995

Fuente: elaboración propia

Finalmente, los “tratados sobre derechos humanos, concurrentes con la Convención Americana”, tal como lo señala Quinche (2014), son:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convenio de Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Carta de la Organización de los Estados Americanos, Carta Democrática Interamericana, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”, Formulario de Denuncia, Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres, Convención Interamericana contra la Corrupción, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional, Convención sobre Asilo Territorial, Convención sobre Asilo Diplomático, Convención sobre Asilo Político, Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Reglamento de la Comisión Interamericana de Mujeres, Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el

Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, Acuerdo de Entendimiento entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. (pp. 77-78)

Ahora bien, particularmente, respecto de la Convención, Aguiar (s.f.), afirma: Son obligaciones erga omnes de efectos triangulares. Las asume cada Estado frente a la comunidad interamericana como un todo; frente a cada uno de los Estados parte de la Convención; y frente a “todos” los individuos –nacionales o extranjeros– sujetos a su jurisdicción, como directos destinatarios de los derechos humanos reconocidos por este instrumento de derecho particular. (p. 128)

Es decir, la vinculatoriedad de la Convención conlleva al cumplimiento de un tipo de responsabilidad integral en virtud de la cual cada uno de los Estados miembros del sistema está llamado a asumir compromisos no solo con la colectividad regional, sino también con los demás Estados; asimismo, con las personas específicamente consideradas, titulares de los derechos humanos consagrados en la pluricitada herramienta internacional.

Legitimidad del control de convencionalidad

El tema de la legitimidad del órgano jurisdiccional perteneciente al sistema regional, respecto del control de convencionalidad, es abordado por la doctora Diana Patricia Hernández Castaño, tanto desde el origen o conformación del cuerpo colegiado internacional, como desde el resultado del ejercicio que ha venido asumiendo.

Para evaluar la legitimidad de origen de la CIDH, Hernández (2014) tiene en cuenta: “Constitución y competencia general, forma de selección de los jueces, período, remuneración, responsabilidad y fundamento jurídico del ejercicio del referido control”.

Los resultados de esta evaluación son sintetizados por Hernández (2014):

Es dable sostener que la aprobación y ratificación por los Estados de la Convención, así como la aprobación del Estatuto de la Corte IDH y la aceptación de la competencia contenciosa de este organismo la legitiman democráticamente en su origen, constitución y competencia en un grado medio, ya que no media una intervención directa de la ciudadanía en el consentimiento de los Estados a restringir su soberanía en materia jurisdiccional. En ese sentido, quien participó y manifestó la voluntad primigenia de someterse a la competencia de la Corte IDH fue el Ejecutivo en ejercicio de funciones de Estado, que no constituye el órgano de representación política como lo es el legislativo; sin embargo, el grado no es mínimo, porque finalmente la Convención, luego de ser aprobada por el Ejecutivo, debe pasar para su ratificación al trámite de aprobación legislativa, como ocurrió en el caso colombiano a través de la Ley 16 de 1972. (p. 66)

En ese sentido, la autora concibe como ideal de legitimación democrática en cuanto el origen de la CIDH y, concretamente, con relación a la competencia de ese órgano judicial para ejercer el control de convencionalidad, la aquiescencia directa de la ciudadanía de los Estados parte, hipótesis no materializada en el presente caso; no obstante, para ella es aceptable y tiene un valor de significación democrática la ratificación impartida por el legislativo al consentimiento del ejecutivo en relación a la Convención, dado que el primero es un órgano de carácter político.

Y a efectos de ponderar la legitimidad de resultado del control de convencionalidad ejercido por la CIDH, Hernández (2014) pondera los siguientes criterios: “Finalidad del control de convencionalidad, deliberación y racionalidad de las decisiones, participación ciudadana, vinculatoriedad, diálogo interinstitucional” (p. 67).

Respecto a la finalidad del mecanismo, Hernández (2014) le concede un grado alto de legitimidad, en consideración a que: “se hacen efectivos los derechos humanos, contribuye, desde el nivel interamericano a desarrollar una sociedad abierta y tolerante, cuando les da voz a las minorías” (p. 100).

De esta manera, resulta acertado valorar en alto grado la “legitimidad democrática de la finalidad del control de convencionalidad”, dado que su praxis conduce al amparo real de los derechos humanos, razón de ser de los Estados constitucionales y justificación del Sistema Interamericano, máxime cuando estos no solo limitan el ejercicio del poder político, sino que se erigen en directrices determinantes de la actividad estatal.

En cuanto a la “deliberación y racionalidad de las decisiones de la Corte”, Hernández (2014) asigna a este aspecto un “grado medio con tendencia a ser alto”, en la medida en que aplica métodos de interpretación como el de proporcionalidad y también en consideración a que sus decisiones han sido, en su gran mayoría, fruto de la unanimidad de los jueces que la integran (p. 100).

En efecto, es atinado estimar en “grado medio con tendencia a ser alto la legitimidad democrática de la variable concerniente a la deliberación y racionalidad de las decisiones de la Corte IDH”, calificación que encuentra asidero en las modernas metodologías de interpretación y resolución de conflictos utilizadas por el órgano jurisdiccional internacional, en el criterio unificado al cual por regla general llegan los jueces que lo integran para adoptar los fallos, lo que refleja el esfuerzo desmedido y la mística en el examen profundo de las causas materia de conocimiento y en la reflexión y análisis detenido de los argumentos esgrimidos a favor o en contra de las tesis planteadas en el decurso de las discusiones que, inevitablemente, han de propiciarse a fin de optar por las soluciones más acertadas y coherentes con la salvaguarda de los derechos humanos.

Finalmente, con relación a la “vinculatoriedad de las decisiones que declaran la incompatibilidad de una norma de derecho interno con el corpus juris interamericano”, Hernández (2014) concede un grado medio de legitimidad democrática, en razón a la “recepción y aceptación que la doctrina del control de convencionalidad ha tenido en los Estados parte, por encima del efecto inter-partes que en principio se predica de las decisiones de la Corte” (p. 100).

Esto último es de vital importancia y es consonante con el principio *pro hómine*, previsto en los artículos 29, 30 y 31 de la Convención, que regulan las normas de interpretación de este instrumento internacional.

Así, el Artículo 29 del referido ordenamiento internacional, dispone:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. (Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Seguidamente, el Artículo 30 del mismo instrumento establece:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. (Convención Americana sobre Derechos Humanos)

A su vez, el Artículo 31 del pluricitado pacto, prevé: “Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77” (Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En definitiva, frente al tema de “vinculatoriedad de las decisiones de la Corte que declaran la incompatibilidad de una norma de derecho interno con el corpus juris interamericano” la autora asigna un “grado medio de legitimidad democrática”, porque conforme la praxis del control de convencionalidad, ha sido aceptada por los Estados parte de la Convención.

Ahora bien, pese a la solidez de los argumentos esgrimidos por la autora citada, otros doctrinantes llaman la atención sobre los inconvenientes o repercusiones que generaría la aplicación del control en los Estados miembros, pues podrían traducirse en renuencias por parte de las autoridades judiciales y administrativas, las cuales, de conformidad con los criterios hermenéuticos esbozados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias, están obligadas a ejercer el referido mecanismo.

Al respecto, Sagües (2010) afirma:

Cabe vaticinar que no será fácil la aceptación incondicional de esa tesis por parte de las cortes supremas y tribunales constitucionales. Por ejemplo, sostener la invalidez de las reglas constitucionales domésticas opuestas al Pacto, con más del deber de inaplicables *ex officio* en el perímetro nacional por los propios jueces locales, provocará quizá cortocircuitos de no rápido arreglo. (p. 131)

En ese orden de ideas, el compromiso atinente a la aplicación del control de convencionalidad endosado por la CIDH a través de sus estándares jurisprudenciales, constituye un tema controversial, y no se espera que jueces y autoridades administrativas la asuman en forma voluntaria, por ende, no resulta

conveniente dejarla a su simple arbitrio o discrecionalidad; por el contrario, demanda del Estado la adopción de medidas concretas y eficaces en virtud de las obligaciones de regulación y de garantía o satisfacción que le conciernen en calidad de Estado parte de la Convención.

Institucionalización de mecanismos procesales que contribuyan a reforzar la garantía jurisdiccional y vinculatoriedad del control de convencionalidad

La legitimidad de los Estados constitucionales radica, fundamentalmente, en la materialización de los derechos humanos, los cuales, independientemente de su categoría y especificidad –civiles y políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos–, propugnan, desde una perspectiva holística, por el valor supremo de la dignidad humana que, en el nuevo contexto constitucional, trasciende la esfera formal e involucra un contenido económico y social.

Coherente con lo expuesto, la filosofía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como lo prevé su preámbulo, descansa en el respeto de los derechos consustanciales a las personas; en ese sentido, propugna por el afianzamiento de sistemas jurídicos que aseguren la autonomía personal y condiciones de convivencia apropiadas que dignifiquen la vida en sociedad.

El aludido propósito, citado en el exordio del referido instrumento internacional, hace énfasis en la necesidad de propiciar escenarios que posibiliten a las personas el disfrute tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales y, para el efecto, los artículos 1 y 2 de la Convención, en su orden, exigen a los Estados parte cumplir con el compromiso de no infringir los derechos y con el deber de crear normas de derecho interno que garanticen su efectividad.

Así, el Artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece:

1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Seguidamente, el Artículo 2º del mismo instrumento internacional, dispone:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Convención Americana sobre Derechos Humanos)

El alcance de los preceptos transcritos permite colegir que la primigenia obligación de los Estados parte de la Convención consiste en prevenir las violaciones a los derechos humanos y asegurar su vigencia mediante la incorporación en los sistemas jurídicos de mecanismos que permitan alcanzar su materialización, exigencias que constituyen presupuestos para la construcción de la paz.

En ese sentido, Gros (1996) destaca el vínculo que existe entre las concepciones de paz y derechos humanos al sostener: “Es tan cierta la afirmación de que no puede haber paz sin derechos humanos como la de que no puede haber derechos humanos sin paz” (p. 523).

Esta íntima e inescindible relación comporta el ineludible cometido de construir una sociedad basada en el respeto de los derechos humanos, y también obliga a los poderes públicos del Estado a trabajar en la concreción de estas máximas exigencias, concebidas y reconocidas como atributos inherentes a las personas; tarea que exige serios compromisos del Estado que logren modificar significativamente la realidad de los derechos humanos en el país, máxime teniendo en cuenta que la filosofía del Estado social de derecho, postulado del nuevo orden constitucional, se encuentra en proceso de construcción y muchos de sus propósitos aún constituyen una quimera.

Sobre este último aspecto, Uprimny (2011), refiriéndose en general a la situación de los Estados latinoamericanos, y específicamente a sus constituciones, sostiene:

En efecto, que esas Constituciones tengan vocación normativa y se encuentren llenas de aspiraciones, como ya se explicó, no significa, obviamente, que sus promesas se hayan realizado. Por el contrario, a pesar de dicha vocación, la distancia entre lo proclamado por los textos constitucionales y la realidad social y política de nuestros países es muy grande. En ese sentido, América Latina sigue manteniendo esa tradición, ya señalada desde hace décadas por varios teóricos, de adherir teóricamente a las formas constitucionales, pero tener muchas dificultades para concretarlas. Los dos puntos más representativos de esa distancia tienen que ver con los problemas de superación de la pobreza y la desigualdad en el plano socioeconómico, y con el control a los abusos presidenciales en el campo político. Así, por un lado, la mayor parte de los nuevos textos constitucionales plantean explícitamente la promoción de la igualdad social y la superación de la pobreza; pero los resultados han sido en general, con algunas contadas excepciones, muy pobres en este campo. (p. 133)

Frente a esta realidad, y en consideración a que el control de convencionalidad, ejercido en el contexto internacional por su órgano jurisdiccional, ha impactado positivamente la protección de los derechos humanos en Colombia y en otros

Estados parte de la Convención, se hace necesario y resulta oportuno reforzarlo en la praxis jurídica interna.

Lo anterior es coherente con la exigencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido realizando, tal como se expresó, a los poderes públicos de los Estados parte de la Convención, y desde esa perspectiva cada uno de ellos está obligado a desplegarlo en el ámbito específico de sus funciones.

En ese orden de ideas, se intenta dar respuesta al interrogante, punto de partida del presente trabajo: ¿cómo lograr del control de convencionalidad una aplicación generalizada y efectiva por parte de las autoridades en Colombia?

La respuesta a este interrogante exige abordar algunos de los fundamentos de la “teoría general del garantismo”, propuesta por Luigi Ferrajoli, cuya premisa implica entender que en el ejercicio del poder se encuentra latente la arbitrariedad.

En ese sentido, Gascón (2005), afirma:

La teoría general del garantismo arrancaba de la idea presente ya en Locke y en Montesquieu de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos. (p. 22)

Ferrajoli (2008) manifiesta: “Propongo llamar garantía a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”

Es evidente que mientras la observancia de las garantías (y de las normas) primarias equivale a la satisfacción de manera primaria y sustancial de los derechos garantizados por ellas, las de las garantías (y de las normas) secundarias opera, solo eventualmente, como remedio previsto para la reparación de la in-

observancia de las primeras representada por los actos ilícitos o los actos inválidos (Ferrajoli, 2008).

En una forma sencilla pero contundente, Gascón (s.f.) explica el alcance del término *garantizar* y la manera como el derecho debe actuar en aras de optimizar los derechos y los mecanismos para su defensa o materialización.

Garantizar significa afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo; y, cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo, ese *algo* que se tutela son derechos o bienes individuales. Podría decirse, pues, como primera aproximación, que un Derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas. (p. 195)

Lo anterior es coherente con lo planteado por Loewenstein (1986), quien sostiene:

En un sentido ontológico se deberá considerar como el telos de toda Constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En ese sentido, cada Constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. (p. 151)

Pero, además de lo expuesto, esta propuesta descansa en el “principio de progresividad de los derechos humanos”, que se traduce en obligaciones positivas de los Estados consistentes en propiciar condiciones y adoptar medidas, verbigracia legislativas, que permitan avanzar en el contenido de los derechos humanos y en su materialización.

Al respecto, Nikken (1987) afirma:

La progresividad a lo que apunta es al desarrollo y vigorización de los recursos de que dispone la persona para hacer efectivo el respeto a ese deber jurídico a cargo de los Estados. Precisamente, por tratarse de un deber cuyo cumplimiento es inmediatamente exigible se han conjugado diversos factores para arbitrar medios cada vez más eficaces para reclamar su cumplimiento. (p. 311)

Luego entonces, avanzar en la defensa y materialización de los derechos humanos, comporta tanto la creación de novedosos recursos judiciales, como el fortalecimiento de los existentes, razones que justifican la institucionalización del control de convencionalidad como una garantía constitucional que posibilitaría demandar por inconvencional leyes y actos administrativos generales.

Así, una aplicación efectiva del control de convencionalidad hace necesario revestirlo de la máxima coercitividad jurídicamente posible en el sistema interno, lo que conllevaría a erigirlo como garantía en la Constitución Política, propuesta cuya concreción exige inevitablemente la reforma del referido estatuto superior.

Internamente operaría a manera de un control difuso, toda vez que sería ejercido por la Corte Constitucional, por el Consejo de Estado con efectos erga omnes y, en general, por las autoridades judiciales y administrativas, por vía de excepción, con efectos circunscritos al caso concreto objeto de resolución. En el primer caso, los referidos órganos jurisdiccionales, mediante sentencia, tal como acontece con el control de constitucionalidad, emitirían pronunciamientos de fondo en torno a la congruencia o no de las leyes o actos administrativos, eventualmente demandados, con la Convención, los tratados que integran el SIDH y el precedente emanado de la CIDH. En el segundo, las autoridades judiciales y administrativas realizarían la misma confrontación, pero con efectos circunscritos al caso concreto objeto de resolución.

Conclusiones

El control de convencionalidad erige la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en verdaderas constituciones, generando una profunda metamorfosis del derecho que se traduce en cambios sustanciales frente al sistema de fuentes jurídicas y en limitaciones a los principios de soberanía de los Estados y de la cosa juzgada.

En el ámbito internacional, este control ha permitido avanzar en la justiciabilidad de los derechos humanos, logro en el que ha jugado un papel preponderante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, conformando lo que algunos autores han denominado un “ius interamericano”.

En Colombia, contrario a los estándares jurisprudenciales emanados de la CIDH que exigen su aplicación por parte de los poderes públicos de los Estados parte, el fenómeno de convencionalidad aún no ha permeado la generalidad de los escenarios judiciales y administrativos, situación que demanda la institucionalización de mecanismos procesales para lograr su efectividad y con ello avanzar en la materialización de los derechos humanos.

En ese sentido, desde una perspectiva garantista del derecho, una aplicación efectiva del control de convencionalidad hace necesario revestirlo de la máxima coercitividad jurídicamente posible en el sistema jurídico interno, lo que conllevaría a erigirlo como garantía en la Constitución Política, propuesta cuya concreción exige inevitablemente la reforma del referido estatuto superior. Internamente, operaría a manera de un control difuso, toda vez que sería ejercido por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado con efectos erga omnes y, en general, por las autoridades judiciales y administrativas por vía de excepción.

Referencias

- Aguiar, A. (s.f.). *La responsabilidad internacional del Estado por violación de Derechos Humanos*. (117-153). <www.corteidh.or.cr/tablas/a9760.pdf>
- Bazán, V. (2014). *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencial americanos y europeos*. Fundación Konrad Adenauer.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Sentencia de noviembre 25 de 2003. Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo*. Editorial Trotta.
- Gascón, M. (s.f.). *La teoría general del garantismo a propósito de la obra de Luigi Ferrajoli derecho y razón*. (pp.195-2013).
- Gascón, M. (2005). La teoría general del garantismo. Rasgos principales. En Carbonell, M y Salazar, P. (editores). *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. (21-40). Trotta.
- Gross, H. (1996). El derecho humano a la paz. Conferencia dictada en los cursos organizados por la Institución L'Ecole Instrument de Paix en Ginebra. (517-546). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
- Hernández, D. (2014). *Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Control de Convencionalidad*. Universidad Externado de Colombia.
- Hitters, J. (2009). Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad (Comparación, criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales* Año 7 (2), 109-128.
- Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel.
- Nikken, P. (1987). *La protección internacional de los Derechos Humanos: su desarrollo progresivo*. IIDH/ Civitas.
- Quinche, M. (2013). El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos. *Revista Coherencia* 10(19), 167-206.
- Quinche, M. (2014). *El control de convencionalidad*. Editorial Temis
- Sagües, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, 8(1), 117-135.
- Uprimny, R. (2011). “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”. En *El Derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. (109-137). Siglo Veintiuno Editores S.A.

Reseña regulativa de alto riesgo en el estado de salud de los trabajadores

Regulatory summary of high risk in workers 'health status'

JORGE LUIS RESTREPO PIMIENTA

Abogado, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social,
Magister en Derecho, PhD en Derecho. Docente de Carrera
Universidad del Atlántico.

SANDRA MILENA GOMEZ MARQUEZ

Tipología: Artículo de investigación

Recibido: 05/03/2019

Evaluado: 03/06/2019

Aceptado: 10/06/2019

Disponible en línea: 01/01/2020

Como citar este artículo:

Restrepo, J & Gómez, S (2020). Reseña regulativa de alto riesgo en el estado de salud de los trabajadores. *Vis iuris. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 7(13).

Resumen

El alto riesgo como factor influyente en la salud de los trabajadores a causa de las sustancias cancerígenas, las cuales tienen carácter de enfermedad laboral por tener un medio ambiente contaminado, es una situación que ha afectado la calidad de vida de los trabajadores. En la Constitución se plasma el derecho a la seguridad social y a la vida, pero muchas veces se ven vulnerados estos derechos fundamentales del trabajador, particularmente la dignidad. La Ley 100 de 1993 estableció el Sistema General de Riesgos Profesionales que, desde entonces, ha tenido actualizaciones, la última, en la Ley 1562 del 11 de julio de 2012, modificó el Sistema, hacia los Riesgos Laborales.

Palabras claves: salud, vida, enfermedad, sustancias químicas, seguridad social, cáncer, trabajador, prevención, jurisprudencia.

Abstract

High risk as an influential factor in workers' health due to carcinogenic substances which have the character of labor illness for having a polluted environment situation that has affected the quality of life of workers, The Constitution establishes the right to social security and life, but these fundamental rights of the worker, particularly dignity, are often violated. The Constitution establishes the right to social security and life, but these fundamental rights of the worker, particularly dignity, are often violated. Law 100 of 1993 established the General System of Professional Risks that has since been updated, the last one, in Law 1562 of July 11, 2012, which modified the System, towards Occupational Risks.

Keywords: health, life, disease, chemical substances, social security, cancer, employee, prevention, jurisprudence.

Introducción

Con el presente artículo científico se señalan aspectos que se consideran impor-

tantes en la legislación colombiana referentes al alto riesgo en el estado de salud de los trabajadores y las contingencias de las sustancias químicas a las que están expuestos, las cuales desencadenan una o varias enfermedades de tipo laboral al trabajador, afectando la salud y disminuyendo la calidad de vida.

Por consiguiente, desde la perspectiva de la seguridad social en riesgo laboral, la noción de alto riesgo da origen a la necesidad de distinguir las enfermedades que afectan al conjunto de la población que desarrolla actividades clasificadas como alto riesgo, esto debe partir desde el estudio de las enfermedades laborales, las cuales tienen ciertos elementos comunes, entre ellos se destaca la noción de causalidad, que encuentra su fundamento en la demostración de la exposición del trabajador a un agente nocivo presente en el ambiente de trabajo que pueda causar la enfermedad en cuestión.

Teniendo en cuenta lo anterior, se desarrollará un análisis basado en el impacto de alto riesgo enfocado en la salud de los trabajadores, identificando las características de la enfermedad laboral.

Metodología

El presente artículo de carácter científico social, tiene por objeto elaborar un estudio basado en la enfermedad profesional causada por sustancias químicas cancerígenas que afectan a los trabajadores. Se desarrollará bajo el enfoque de investigación cualitativo, dado que este permite identificar, conocer y apreciar los elementos y estructuras del problema de investigación a partir de la reflexión de datos y de la literatura, de esta manera, en consonancia se escoge un tipo de monografía jurídica de compilación y análisis, la cual se efectúa por medio del método documental hermenéutico deductivo.

En base a lo anterior, para ser posible la ruta metodológica escogida en esta monografía jurídica, se requiere utilizar técnicas como el análisis documental,

la revisión bibliográfica, los cuadros sinópticos, resúmenes, mapas conceptuales y fichas bibliográficas.

Análisis y concepto de riesgos laborales

Ahora bien, puede conceptuarse, con referencia a las normas jurídicas nacionales e internacionales, que el riesgo laboral es el suceso al que se encuentra expuesto el trabajador por la actividad que desarrolla en ejercicio de una relación de trabajo. Además, son riesgos laborales los accidentes que se producen como consecuencia directa del trabajo o labor desempeñada y la enfermedad que haya sido catalogada como laboral por el Gobierno nacional (Rodríguez, 2012).

En este sentido, Arenas (2011) expresa que en Colombia el resguardo legal en materia de riesgos profesionales y salud ocupacional no empieza con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1295 de 1994, teniendo en cuenta que las referidas normas son un compendio de toda la normatividad ya existente en esta materia y que mediante el decreto ley se establece como sistema.

Es menester precisar que el Sistema General de Riesgos Laborales se encuentra definido en la Ley 1562 (Artículo 1, 2012), mediante la cual también se modificó el nombre del Sistema General de Riesgos Profesionales a Sistema General de Riesgos Laborales.

Tipología o clasificación de riesgos laborales

Por otro lado, se han establecido cinco clases de riesgo para las actividades económicas de las empresas. Si una empresa posee más de una sede de actividades de trabajo, cada una puede ser clasificada para diferentes clases de riesgo, siempre y cuando las infraestructuras, las actividades y la exposición a factores de riesgo sean diferentes.

Clase I, de Riesgo Mínimo. En esta categoría se encuentran las labores comerciales y financieras, de igual forma los trabajos de oficina, centros educativos y restaurantes.

Clase II, de Riesgo Bajo. Se clasifican las actividades laborales de procesos manufactureros como la fabricación de tapetes, tejidos, confecciones y flores artificiales; almacenes por departamentos y algunas labores agrícolas, etc.

Clase III, de Riesgo Medio. En este rango se establecen los procesos manufactureros como fabricación de agujas, alcoholes, alimentos, automotores y artículos de cuero, entre otros.

Clase IV, de Riesgo Alto. Dentro de este margen se encuentran los procesos manufactureros de aceites, cervezas y vidrios; procesos de galvanización, transporte aéreo o terrestre.

Clase V, de Riesgo Máximo. En esta última categoría se encuentran las areneras, manejo de asbestos, bomberos, manejo de explosivos, construcción, explotación petrolera y minera, entre otros.

Actividad de alto riesgo

Se precisa que los trabajos de alto riesgo son todas aquellas actividades que, por su naturaleza o lugar donde se desarrolla, involucran la disminución de la posibilidad de vida saludable o la necesidad del retiro de sus funciones laborales en relación a su trabajo (Rodríguez, 2012). Para lo cual se debe determinar si dichas actividades son habituales u ocasionales, comprobar el entrenamiento del personal para las labores a desarrollar, confirmar las condiciones de seguridad y el uso de elementos de protección personal (Rodríguez, 2012).

Anteriormente, mediante la Ley 100 (Artículo 140, 1993) solo se contemplaban las siguientes actividades como actividades de alto riesgo:

- Personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones de especializado, profesional y agente, que laboran en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).
- Empleados de la Rama Judicial en Jurisdicción penal: Magistrados, Jueces Regionales, Jueces penales del circuito, Fiscales y empleados

de los Cuerpos de Seguridad de la Fiscalía General de la Nación y los siguientes funcionarios del cuerpo técnico de investigaciones de la Fiscalía: Profesionales judiciales especiales, profesionales universitarios judiciales I y II, jefes de sección de criminalística, investigadores judiciales I y II, técnicos judiciales I y II y escoltas I y II.

- Del Ministerio Público: los Procuradores delegados en lo Penal. Procuradores delegados para los derechos humanos. Procuradores delegados ante la sala penal de la Corte Suprema de Justicia. Funcionarios y empleados de la oficina de investigaciones especiales y empleados de los Cuerpos de Seguridad.
- Técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la oficina de registro de la Unidad Administrativa especial de Aeronáutica Civil de conformidad con la reglamentación contenida en la Resolución No. 03220 de junio 2 de 1994.
- Técnicos aeronáuticos con funciones de radio operadores, con licencia expedida o reconocida por la oficina de registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, con base en la reglamentación contenida en la Resolución No. 2450 de diciembre 19 de 1974.
- En el cuerpo de bomberos aquellos que tienen funciones específicas de actuar en las operaciones de extinción de incendios y demás emergencias relacionadas con el objeto de los cuerpos de bomberos, así: Capitanes, Tenientes, Subtenientes, Sargentos I, Sargentos II, Cabos Bomberos.

Posteriormente, mediante el Decreto 2090 (Artículo 2, 2003) se establecen las siguientes actividades como de alto riesgo, las cuales afectan la salud de las personas que las desarrollan:

- I. Trabajos de minería en socavones o en subterráneos.
- II. Trabajos que involucren exposición a altas temperaturas por encima de los valores límites permisibles, establecidos por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.

- III. Trabajos que implican someterse a radiaciones ionizantes.
- IV. Actividades con exposición a sustancias cancerígenas que hayan sido comprobadas
- V. Actividades laborales en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, técnicos aeronáuticos que desarrollen funciones de controladores de tránsito aéreo y posean licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil de acuerdo con las normas vigentes.
- VI. La actividad relacionada en cumplimiento de la función delimitada de actuar en operaciones de extinción de incendios, en los cuerpos de bomberos.
- VII. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.

Protección jurídica sobre el alto riesgo

El Decreto ley 1295 (1994) ha sido desarrollado a través de decretos como el 1772 y el 1832 de 1994, el 1530 de 1996, el 917 de 1999, el 2463 de 2001 y el 2800 de 2003, modificándose algunos de sus artículos mediante la Ley 776 de 2002.

Ahora bien, el Sistema de Riesgos Laborales, establecido a partir de la Ley 100 de 1993, con el Decreto legislativo 1295 de 1994 y de la Ley 776 de 2002, trajo al país importantes cambios, uno de los aspectos más significativos en el la seguridad social, como es el de la protección contra los riesgos propios del trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la legislación se refiere al Sistema de Riesgos Laborales como la unión de las entidades públicas y privadas, además de las normas y procedimientos, cuya función es prevenir, proteger y atender las se-

cuelas que se originen de los riesgos profesionales; en otras palabras, los accidentes y las enfermedades que puedan sufrir los trabajadores por causa o con ocasión del trabajo (Decreto 1295, Artículo 1, 1994).

En cuanto a la salud ocupacional, en adelante se entenderá como “Seguridad y Salud en el Trabajo”. Y lo que es más importante: el Programa de Salud Ocupacional en adelante se entenderá como el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) (Rodríguez, 2012).

Contenidos de prestación económica

En cuanto a las prestaciones económicas, cuando se trata de incapacidades generadas por enfermedad laboral, la Corte Constitucional en repetidas ocasiones ha sido específica en cuanto al trámite para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen laboral, para lo cual debe:

- 1) Realizar la calificación del origen de la enfermedad, accidente o muerte para comprobar si el suceso es de origen laboral, en caso de ser resultado del trabajo, las prestaciones estarán a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales.
- 2) Si se determina que la incapacidad es de origen laboral, será imputada a la Administradora de Riesgos Laborales donde esté afiliado el trabajador, toda vez que la administradora tiene el deber de garantizar en su totalidad las prestaciones de carácter económico en salud, y asistenciales originadas por la incapacidad.
- 3) Si posteriormente se desvirtúa el dictamen de la pérdida de capacidad laboral, la Administradora de Riesgos Laborales seguirá asumiendo la incapacidad temporal hasta que el dictamen emitido por parte de la Junta Regional o Nacional de calificación de invalidez quede en firme.
- 4) Si se trata de la pérdida de la capacidad laboral del 50% o más, será competencia y obligación del fondo de pensiones reconocer la pensión de invalidez al trabajador.

Por otra parte, cuando se trata del reconocimiento de la incapacidad ocasionada por enfermedad común o general, el trámite es diferente:

- 1) En principio, el pago de las incapacidades originadas por los primeros 180 días le corresponde a las Entidades Promotoras de Salud del sistema de salud.
- 2) Cuando se trata del pago de incapacidades superiores a 180 días, la obligación se encuentra en cabeza de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual esté afiliado el trabajador; la incapacidad será prorrogable hasta que se efectúe el dictamen de invalidez, es decir, por lo menos 360 días adicionales.
- 3) Ahora, cuando la pérdida de la capacidad laboral es igual o superior al 50%, es deber del fondo de pensiones hacer el reconocimiento de la pensión de invalidez al trabajador.
- 4) Sin embargo, si el trabajador no alcanza el porcentaje mínimo solicitado para el reconocimiento del derecho pensional, y debido a su estado de salud a este le continúan ordenando incapacidades laborales, es deber del fondo de pensiones seguir pagando dichas incapacidades.

Análisis conceptual en la jurisprudencia por alto riesgo

En palabras de Ayala (2005) se establece la primera y estructurada definición de accidente de trabajo en la Ley 90 (1946), por la cual es creado el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ISS), entidad que tuvo su importancia en el sistema de seguridad social en Colombia.

Posteriormente se expidió el Código Sustantivo del Trabajo en 1950 (decretos 2663 y 3743, 1950 y decretos 905, 1951; artículos 55-60, artículos 158-192 y artículos 348-352), mediante el cual se establecieron diferentes normas relacionadas a la salud ocupacional, entre ellas la jornada de trabajo, el descanso obligatorio, las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, la higiene y la seguridad en el trabajo, las cuales continúan vigentes en la actualidad (Cañón, 2017).

Secuencialmente, el Decreto 3170 (1964), por el cual se aprobó el reglamento del seguro social obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesio-

nales, empleó la filosofía y características del modelo alemán de seguro social obligatorio (Cañón, 2017).

En consecuencia, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales comenzó la cobertura en riesgos profesionales para la población trabajadora de las zonas urbanas del sector formal, industrial y semiindustrial, lo cual beneficiaba exclusivamente a la población colombiana vinculada mediante contrato laboral (Cañón, 2017).

Nuevamente, Ayala (2005) manifiesta que, para la década de 1960, de igual forma se estableció la legislación en salud ocupacional del sector público y se expidieron el Decreto 3135 (1968) y el Decreto 1848 (1969) que regularon el régimen laboral y prestacional de los empleados públicos.

Con las anteriores disposiciones, el Estado colombiano reguló, desde 1964, de manera clara y precisa la protección de los trabajadores del sector privado en materia de accidentes de trabajo y enfermedad profesional con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, el cual se encuentra liquidado en consecuencia del Decreto 2013 (2012); y desde 1968 la protección para accidentes de trabajo y enfermedad profesional de los servidores del sector público con la Caja Nacional de Previsión Social (CAJANAL) (Cañón, 2017).

Por otra parte, dentro del desarrollo normativo de la legislación colombiana se encuentra que, mediante el Título III de la Ley 9 (1979), nace el término “Salud Ocupacional” y se dictan las medidas sanitarias en las empresas. En el año de 1983, mediante el Decreto 586 (1983) se crea el Comité Nacional de Salud Ocupacional y dicho organismo le recomienda al Gobierno nacional reglamentar lo relacionado con la salud ocupacional.

Como resultado, del Comité Nacional de Salud Ocupacional se expidió el Decreto 614 (1984), el cual estableció las bases para la administración de la salud ocupacional en el país. Su Artículo 35 creó la obligación legal de diseñar y poner en marcha un plan nacional de salud ocupacional.

En este orden de ideas, en 1984 se desarrolló el Primer Plan Nacional de Salud Ocupacional en el cual participaron las entidades que conformaban el Comité Nacional de Salud Ocupacional, teniendo como objeto orientar las acciones y programas de las instituciones, entidades públicas y privadas, para aumentar la productividad y establecer un plan tendiente a evitar el choque de competencias (Ayala, 2005).

Como consecuencia de la aplicación del plan anterior se expidieron normas de gran importancia para la salud ocupacional como lo fueron la Resolución 2013 (1986) por la cual se crearon los Comités de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial, conocido como Comité Paritario de Salud Ocupacional (COPASO); el Decreto 1295 (1994) y la Resolución 1016 (1989) creando el Programa de Salud Ocupacional (Cañón, 2017).

Posteriormente, en 1990, en el marco del “Primer Congreso Nacional de Entidades Gubernamentales de Salud Ocupacional”, fue propuesto el Segundo Plan Nacional de Salud Ocupacional 1990-1995, cuyo propósito esencial fue reducir la ocurrencia de accidentes de trabajo y la aparición de enfermedades profesionales.

Secuencialmente, durante el desarrollo del Segundo Plan Nacional de Salud Ocupacional se expidieron la Ley 100 (1993) y el Decreto ley 1295 (1994), mediante las cuales se reorientó la salud ocupacional y creó el Sistema General de Riesgos Profesionales, dando origen a nuevas estructuras técnicas y administrativas.

Seguidamente, de la elaboración del Tercer Plan Nacional de Salud Ocupacional dependió en gran parte el desarrollo jurídico colombiano, y es así como la Ley 100 (Artículo 139, 1993) le otorgó la facultad al presidente de la República para reglamentar el Sistema General de Riesgos Profesionales. Sin embargo, no definió sus fundamentos. El Gobierno nacional, en uso de sus facultades extraordinarias, expide el Decreto ley 1295 el 22 de junio de 1994.

La anterior norma citada fue desarrollada a través del Decreto 1772 (1994), el Decreto 1832 (1994), el Decreto 1530 (1996), el Decreto 917 (1999), el Decreto 2463 (2001) y el Decreto 2800 (2003), por los cuales se modifican algunos de sus artículos a través de la Ley 776 (2002).

Cabe señalar que el Sistema de Riesgos Profesionales, establecido a partir de la Ley 100 (1993) con el Decreto legislativo 1295 (1994) y de la Ley 776 (2002), trajo al país importantes cambios en uno de los aspectos más significativos de la seguridad social, como es el de la protección contra los riesgos propios del trabajo.

140

Ahora bien, la legislación colombiana, en su Decreto 1295 (Artículo 1, 1994) define al Sistema de Riesgos profesionales como:

Un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, que tiene la finalidad de prevenir, proteger y atender las consecuencias que se derivan de los Riesgos Profesionales, es decir, de los accidentes y las enfermedades que puedan padecer las personas por causa o con ocasión del trabajo.

Sin embargo, en palabras de Arenas (2011), el referido sistema incorporó toda la legislación vigente en materia de salud ocupacional, por tal razón en el sistema desembocan principios y fundamentos que tienen por objetivo principal proteger al trabajador de los factores de riesgo en el trabajo, y a su vez crear dentro de las empresas la cultura de prevención (Rodríguez, 2012).

Es menester precisar que el sistema de riesgos profesionales busca mejorar las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como la productividad de las empresas, toda vez que se tiene en cuenta la evolución normativa del sistema en el transcurso y vencimiento de la vigencia del Plan Nacional de Salud Ocupacional (1990-1995). Se resalta que el Comité Nacional de Salud Ocupacional realizó importantes esfuerzos y trabajó en iniciativas para establecer un norte a la salud ocupacional en el territorio nacional (Rodríguez, 2012).

Consecutivamente, el Comité Nacional de Salud Ocupacional, mediante sesiones y documentos de trabajo, presentó iniciativas para establecer el tercer plan a finales de 2002, por lo cual, el referido comité, propuso unir esfuerzos y como resultado, en junio de 2003, conformó una comisión integrada por representantes de los trabajadores, empleadores, administradoras de riesgos profesionales y el Gobierno nacional (Rodríguez, 2012).

Lo anterior con la finalidad de analizar documentos como el Manifiesto Democrático, el Plan Nacional de Desarrollo, el Programa Nacional de Salud y la Política Pública para la Protección de la Salud en el Mundo del Trabajo, recomendaciones internacionales en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, así como las necesidades de los diferentes responsables de la salud ocupacional en el país, buscando con esto que el Plan Nacional de Salud Ocupacional 2003-2007 estuviese acorde con estas estrategias y necesidades.

En este mismo sentido, el concepto de salud ocupacional se entenderá como “Seguridad y Salud en el Trabajo”, y en igual grado de importancia el Programa de Salud Ocupacional fue modificado como el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST (Fasecolda, 2004).

Conclusiones

La prevención de los riesgos laborales ha sido uno de los objetivos más difíciles de alcanzar a lo largo de la historia. En su trayectoria, el legislador ha pretendido que todos estos riesgos tiendan a perfeccionarse buscando la manera de minimizar las posibilidades de accidentes laborales, pérdidas materiales o enfermedades profesionales originadas de ambientes desfavorables de trabajo.

El Sistema General de Riesgos Laborales comprende unas políticas y una regulación dirigidas a lograr condiciones adecuadas para el desarrollo del trabajo de la población colombiana, es por esto que se concluye diciendo que las condiciones laborales dignas y justas, acompañado de un ambiente laboral sano, pueden lograr eliminar cualquier accidente, deben ser el principal objetivo de la prevención de los riesgos laborales.

Referencias

- Arenas, G. (2011). *Derecho colombiano de la seguridad social*. Legis Editores S.A.
- Ayala, C. (2005). *Legislación en Salud Ocupacional y Riesgos profesionales*. Ediciones Salud laboral Ltda.
- Cañón, L. (2017). *Una visión Integral de la Seguridad Social*. Universidad Externado de Colombia.
- Código Sustantivo del Trabajo. (7 de junio de 1951). Decretos 2663, 3743 de 1950 y 905 de 1951. Diario Oficial No. 27.622. Editorial Legis.
- Congreso de la República. (11 de julio de 2012). Ley 1562 de 2012. Diario Oficial No. 48488.

Constitución política de Colombia. (2014). Editorial Leyer.

Corte Constitucional de Colombia. (15 de julio de 2013). Sentencia T-457/13. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (27 de noviembre de 2014). Sentencia C-853 de 2013. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. (3 de diciembre de 2014). SL 17123-2014. Magistrado Ponente: Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Corte Constitucional de Colombia. (13 de abril de 2015). Sentencia T-315 de 2015 Magistrado Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.

Fasecolda. (2004). Memorias: Seguridad Social en Colombia. Actos de conmemoración de los 10 años de la Ley 100 de 1993. <<http://sidn.ramajudicial.gov.co/cliente/Busqueda/BusquedaLibros.aspx?D=1&Campo=AutorCorporativo&Valor=Federaci%C3%B3n+de+Aseguradores+Colombianos+-+FASECOLDA>>

Ministerio de Salud y la Protección Social. (2017). Informe de Enfermedad Profesional en Colombia: Una oportunidad para la prevención, 2001-2002. <<https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/PLAN%20NACIONAL%20DE%20SALUD%20OCUPACIONAL%202003-2007.pdf>>

Ministerio de Trabajo. (2014). Cartilla de riesgos laborales para trabajadores.

<<http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/51963/Guia+tecnica+de+implementacion+del+SG+SST+para+Mipymes.pdf/e1ac-b62b-8a54-0da7-0f24-8f7e6169c178>>

Presidencia de la República. (julio 28 de 2003). Decreto ley 2090 de 2003.
Diario Oficial No. 45262.

Rodríguez, R. (2012). *Sistema general de riesgos laborales*. Universidad del Norte.