

NUEVO

DERECHO

vol. 20 n° 34

Enero-junio de 2024

ISSN: 2011-4540

ISSN-e: 2500-672X



Nuevo Derecho
ISSNe 2500-672X

Institución Universitaria de Envigado, Colombia -
Grupo Auditorio Constitucional

Rector

Eder Alberto Toro Rivera,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Decano Facultad Ciencias Jurídicas y Políticas

Gabriel Alonso Campuzano Cadavid,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Directora - Editora

Ivanna Calvete León,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Comité Editorial

Carlos Crístopher Viveros Echeverri,
Corporación Universitaria Remington, Colombia.

Luis Alberto Torres Tarazona,
Universidad Libre, Colombia.

Jose Eduardo López Ahumada,
Universidad de Alcalá, España.

Ángel Guillermo Ruiz Moreno,
Universidad de Guadalajara, México.

Luz Dary Naranjo Colorado,
*Centro de Investigaciones y Estudios Avanzados
CODEMA, Colombia.*

Marcela Angelina Aravena Domich,
*Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y
Tecnología UMECIT, Panamá.*

Nydian Yaneth Contreras Rodríguez,
Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia.

Maria Victoria Santana Londoño,
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Jaime León Gañan Echavarría,
Universidad de Antioquia - Universidad CES

Directora de Publicaciones

Ruth Verónica Muriel López
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Asistencia técnica

Ladys Frías
Institución Universitaria de Envigado, Colombia

Corrector

Tomás Vásquez Saldarriaga

Diseño y diagramación

Leonardo Sánchez Perea

Dirección y contacto

Cra. 27 B 39 A Sur 57 – Envigado, Colombia
Teléfono: + 57 4 3391010
nuevo.derecho@iue.edu.co

Nuevo Derecho se encuentra incluida en los siguientes índice y base de datos:

- Lexbase
- Fuente Académica Premier de EBSCO
- VLEX
- Catálogo Latindex
- Latindex 2.0
- Dialnet
- Leyex.info
- Actualidad Iberoamericana
- REBID
- MIAR
- DOAJ
- CLASE - BIBLAT
- AmeliCA
- CIRC
- ERIH-PLUS
- CRUE
- Google Académico
- Scilit
- SCOPUS
- Redalyc

La responsabilidad de los artículos publicados en la Revista Nuevo Derecho recae, de manera exclusiva, en sus autores, y su contenido no refleja necesariamente el criterio de la institución



Revista Nuevo Derecho por Institución Universitaria de Envigado se distribuye bajo la Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

Contenido

Editorial

Ivanna Calvete León

La investigación del delito en México: Una visión desde la función de la Policía

Rafael Santacruz Lima

Conflictos de jurisdicción de docentes ocasionales y de cátedra de las IES públicas en Colombia

Lady Juliana Guevara Flórez, Fernanda Gómez Ortega, Katherine Velásquez Salazar

Los controles en la contratación estatal de obra pública frente a la seguridad y salud en el trabajo

Camilo Andrés Restrepo Montoya, Sergio Luis Mondragón Duarte

¿Es la formalización laboral la ruta hacia el trabajo decente en Colombia?

Omar Ernesto Castro Guiza, Diana del Rocío Lozano Martínez,
Darío Rodríguez Perdomo

Aproximación a la interpretación en el Estado constitucional de derechos

Jaime León Arcila Rueda

Razones de equidad para privilegiar a los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivencia en circunstancias de dependencia económica y debilidad manifiesta por afectación del mínimo vital en Colombia

Angee Paola García Aguirre, María Antonia Laverde Zuluaga,
Lina María Morales Quintero

Editorial

Ivanna Calvete León¹

En esta edición del número 34 de la revista Nuevo Derecho propone un conjunto de lecturas que abren la discusión de diferentes temas que analizan el Derecho desde distintos enfoques. Cada uno de estos artículos son propuestos por sus autores y tienen distintos objetos y objetivos de estudio, los cuales sirven como fundamento para la exposición de información levantada en el desarrollo de investigaciones óptimas y pertinentes en el campo de estudio de las ciencias sociales y de la ciencia jurídica.

En este sentido, el primer artículo que se incluye en la revista nuevo Derecho se denomina *Aproximación a la interpretación en el Estado constitucional de derechos* (Arcila, 2024) y parte de una investigación acerca de la importancia de los procesos hermenéuticos llevados a cabo por el juez constitucional en el contexto de un estado constitucional como el colombiano. Esta investigación retoma puntos teóricos que permiten relacionar el desarrollo que ha tenido la Corte Constitucional y los jueces constitucionales con la realidad social del país. Por lo tanto, es posible concluir que este artículo de investigación retoma el debate sobre la importancia del contexto para realizar interpretaciones de las reglas y de los principios en un ordenamiento jurídico en aras de responder a la pregunta por el papel del juez constitucional colombiano como configurador del precedente mediante la argumentación jurídica.

El segundo artículo que presenta la revista Nuevo Derecho es denominado. *¿Es la formalización laboral la ruta hacia el trabajo decente en Colombia?* (Castro et al., 2024) y con este artículo se discute acerca de la importancia de las regulaciones que deben existir frente al trabajo informal. En este orden de ideas, el artículo reconstruye el concepto de trabajo informal a partir de las manifestaciones jurídicas internacionales y colombianas que aportan a la discusión temática. Por este motivo, los autores revisan las implicaciones que tiene el trabajo informal en el derecho de los trabajadores e igualmente busca reconocer cuáles son las estrategias necesarias para poder atender a los derechos de estos trabajadores como sujetos de especial protección.

El tercer artículo publicado se llama *La investigación del delito en México: una visión desde la función de la Policía* (Santacruz, 2024) aborda las discusiones sobre el papel de la policía judicial en el marco de los diferentes momentos del delito. Por ello, lo

¹Abogada. Especialista en Derecho Penal. Magister en Conflicto y Paz de la Universidad de Medellín. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de Antioquia. Docente Investigadora del grupo de investigación Auditorio Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Institución Universitaria de Envigado. Correo: icalvete@correo.iue.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5421-5264>

que el autor plantea en esta investigación es un estudio sobre la tarea de la policía en el cumplimiento de las garantías de los procedimientos penales para lograr que la investigación penal sea conforme a las garantías legales.

El cuarto artículo es denominado *Conflictos de jurisdicción de docentes opcionales y de cátedra. De las IES públicas en Colombia* (Guevara- Florez, et al., 2024) presenta un interesante análisis sobre los conflictos de competencia que se generan cuando hay controversias frente al cumplimiento de los derechos de los docentes ocasionales de dedicación de tiempo completo, medio tiempo o docente catedral que hagan parte de Universidades públicas.

El quinto artículo que compone este número se llama *Los controles en la contratación estatal de obra pública frente a la seguridad y salud en el trabajo* (Restrepo & Monragón, 2024) que plantea la importancia de controles eficientes en el área de las contrataciones que se llevan a cabo entre entidades privadas y entidades públicas. En este orden de ideas, en el marco de este contexto el texto presenta una investigación sobre los efectos que se derivan de dicha contratación en el marco de los requisitos establecidos para garantizar y cumplir con los estándares de la seguridad y salud en el trabajo.

Finalmente, el último artículo de este número se titula *Razones de equidad para privilegiar a los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivencia en circunstancias de dependencia económica y debilidad manifiesta por afectación del mínimo vital en Colombia* (Morales et al, 2024). Este artículo inicialmente hace una revisión de la norma jurídica colombiana para explicar el estado de cosas jurídica sobre la regulación acerca de la pensión de sobrevivencia. En este sentido, es a partir de esta situación jurídica que los autores plantean la necesidad de una iniciativa regulativa que permita proteger los derechos de los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, cuando estos mismos, cumplan condiciones de dependencia de la persona que fallece. Esta investigación es de vital importancia y pertinencia en tanto expone una reflexión sobre el alcance de la protección de los padres amparados por el principio de igualdad y en concordancia con el Estado social de Derecho que plantea la necesidad de materializar los derechos de sujetos en condiciones especiales de vulnerabilidad.

A partir de lo mencionado, se presenta este nuevo número de la revista con el objetivo de poder divulgar estos contenidos a la comunidad académica como un aporte frente a los debates contemporáneos en el territorio latinoamericano.

Referencias

- Arcila Rueda, J. L. (2024). Aproximación a la interpretación en el Estado constitucional de derechos. *Nuevo Derecho*, 20(34), 1–19. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1620>
- Castro Guiza, O. E., Lozano Martínez, D. del R., & Rodríguez Perdomo, D. (2024). ¿Es la formalización laboral la ruta hacia el trabajo decente en Colombia?. *Nuevo Derecho*, 20(34), 1–19. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1628>

Guevara Florez, L. J., Gómez Ortega, F., & Velásquez Salazar, K. (2024). Conflictos de jurisdicción de docentes ocasionales y de cátedra de las IES públicas en Colombia. *Nuevo Derecho*, 20(34), 1–26. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1631>

Morales Quintero, L. M., Laverde Zuluaga, M. A., & García Aguirre, A. P. (2024). Razones de equidad para privilegiar a los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivencia en circunstancias dependencia económica y debilidad manifiesta por afectación del mínimo vital en Colombia. *Nuevo Derecho*, 20(34), 1–12. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1115>

Restrepo Montoya, C. A., & Mondragón Duarte, S. L. (2024). Los controles en la contratación estatal de obra pública frente a la seguridad y salud en el trabajo. *Nuevo Derecho*, 20(34), 1–14. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1618>

Santacruz Lima, R. (2024). La investigación del delito en México: Una visión desde la función de la Policía. *Nuevo Derecho*, 20(34), 1–11. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1548>

La investigación del delito en México: Una visión desde la función de la Policía

The investigation of crime in Mexico: a view from the role of the police

Rafael Santacruz Lima¹

Cómo citar: Santacruz, R. (2024) La investigación del delito en México: Una visión desde la función de la Policía. *Nuevo Derecho*, 20(34): 1–11. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1548>

Recibido: 16-08-2023 - Aceptado: 30-03-2024 - Publicado: 03-05-2024

Resumen

El presente trabajo estudia el papel de la policía de investigación en México, también conocida como Policía ministerial o dependiente del fiscal o ministerio público, quien juega un papel muy importante en la reconstrucción del hecho presuntamente estimado como delito. Se analizan sus labores en cuanto al hallazgo preciso de pruebas, herramientas, identificación de testigos, etc., por indicación del fiscal, tendientes a vincular al imputado con la conducta de apariencia punible. En particular, se pone especial atención a la tarea policial de construir y resguardar la carpeta de investigación en el inicio del procedimiento penal. Se concluye que la Policía de investigación debe contar con un conocimiento técnico que le permita fungir como primer respondiente en la investigación penal.

Palabras clave: Investigación, delito, Policía, justicia.

Abstract

The present work studies the role of the investigative police in Mexico, also known as ministerial or prosecutorial police, in the reconstruction of the alleged crime. It analyzes their work in terms of the precise finding of evidence, tools, identification of witnesses, etc., as indicated by the prosecutor, tending to link the accused with the conduct that appears to be punishable. In particular, special attention is paid to the police task of building and safeguarding the investigation file at the beginning of the criminal proceeding. It is concluded that the investigative police must have technical knowledge that allows them to serve as first responders in the criminal investigation.

Keywords: Investigation, crime, Police, justice.

¹ Doctor en Derecho, Profesor-investigador de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMex). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores-Conahcyt (Nivel 1). Correo: rsantacruz1@uaemex.mx. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9641-3058>.



Introducción.

La función de brindar seguridad pública de la policía en México, fundamental para lograr la tranquilidad y el orden de todo el Estado, está asignada a un conjunto de integrantes que en sus diversos roles se desempeñan en pos de este objetivo. Desde la llegada de la justicia penal de corte adversarial y seguridad pública en México, en el año 2008, ya no se los denomina como organismos policiales, sino de manera precisa como organismos de tranquilidad en la sociedad, ya que este modelo de justicia establece que la función en esta materia incluye la evitación de los delitos, así como su investigación.

En este sentido artículo se analizará en particular, el papel de la Policía en la reconstrucción del hecho que se presume calificable como delito, y lo que atañe al hallazgo preciso de pruebas, herramientas, identificación de testigos, etc., por indicación del fiscal, tendiente a vincular al imputado con la conducta y a saber por qué la cometió.

El análisis se hará partiendo de la premisa de que la coordinación de los dos organismos – Fiscalía y Policía- es muy importante para lograr un correcto desentrañamiento de los hechos delictivos, pero lo más importante es que las actividades antes mencionadas se realicen en el marco de las funciones de investigación se apegadas a una estricta legalidad, lo que implica que todas las diligencias respeten los derechos de los sujetos en los procesos penales.

1. La policía como organismo de seguridad pública.

La Policía es un organismo de control social que funciona como uno de los mecanismos para garantizar la seguridad pública y como una herramienta para garantizar el orden público. En efecto, el Estado es el principal organismo de la seguridad pública de los ciudadanos y vela por el orden social como elemento necesario de paz, la armonía y la convivencia social. Con este objetivo, el Estado distribuye a las fuerzas policiales en distintos espacios para garantizar la seguridad (Orellana Wiarco, 2016, p. 80).

El rol de la tranquilidad y la seguridad corresponde a la Policía, de conformidad con la reforma al texto constitucional en el artículo 21, que establece la seguridad como actividad principal del Estado y asigna esta responsabilidad a los organismos policiales. En 2008, con la implementación del sistema acusatorio, se les da tratamiento a los organismos de Policía no solo de cuerpos que brindan tranquilidad, pues se determina que sus funciones incluyen la prevención del delito, así como la investigación y el juzgamiento (Vizcaíno Zmora, 2009, p. 35).

La Constitución Política de los Estados Mexicanos establece en el artículo 21 lo siguiente:

Las instituciones de seguridad pública, incluyendo la Guardia Nacional, serán de carácter civil, disciplinado y profesional. El Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los fines de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública (Congreso Constituyente de México, 1917).

Así las cosas, se buscó consolidar una estrategia de seguridad pública que se adhiriera al Estado constitucional de derecho y respete las prerrogativas de las personas para generar una correcta confianza pública por el comportamiento de todos los integrantes de la agencia que brinda la tranquilidad en la sociedad. Por lo tanto, es fundamental que las instituciones públicas legítimas usen las facultades que les confiere la ley aplicable para llevar la paz a la sociedad y coadyuvar en la persecución de los delincuentes, cumpliendo así su misión (Orellana Wiarco, 2016, p. 80).

Siendo una tarea muy amplia la que realiza la Policía como institución pública, resulta importante estudiar y resaltar su papel en lo atinente a la investigación del hecho delictuoso, tarea que se realiza bajo la tutela y conducción del Ministerio Público (fiscal), con el que se da inicio el procedimiento penal en México.

2. Carpeta de investigación e inicio de procedimiento penal

La carpeta de investigación es un instrumento en el que se registran todas las actividades importantes de la investigación con actas y documentos que establecen la información recopilada. Es bastante diferente del “perfil” o la “investigación previa” del sistema tradicional, ya que no se ajusta a los mismos procedimientos y tiene un valor probatorio aún menor.

La carpeta de investigación debe contar con ciertos procedimientos que le permitan trabajar de manera más eficiente; en este sentido, algunos aspectos importantes de la búsqueda de registros son los siguientes (Islas, 2023, p. 20):

- a) Es una herramienta documental y electrónica que inicia el fiscal, como representante de la Fiscalía.
- b) Es una herramienta de recopilación de información en una de las fases del procedimiento penal.
- c) Sirve a manera de expediente (Islas, 2023, p. 20).

De igual manera, la carpeta de investigación debe ser entendida como un conjunto de informes que se obtienen con ayuda y participación de la trilogía investigadora (Ministerio Público, Policía y peritos). Por lo tanto, la función que tiene esta trilogía juega un papel importante en la reconstrucción del hecho delictuoso, es decir, que el trabajo que realicen las tres autoridades permitirá darle mayor fortaleza a la carpeta de investigación y, por ende, a la investigación.

También es importante resaltar que la carpeta de investigación contiene los datos de prueba e información primaria, lo que ayuda a establecer líneas de investigación para esclarecer y reconstruir los posibles hechos delictuosos. Asimismo, se utiliza para determinar la defensa en la etapa preliminar y como ayuda para la condena en la audiencia del tribunal de juicio (Islas, 2023, p. 21).

La carpeta de investigación puede contener diversos documentos, tales como:

- a) Documento de aviso de hechos posiblemente estimados como delito (noticia criminal);
- b) Documento de denuncia o querrela;
- c) Documento de declaración de testigos;
- d) Documento de retención por parte de Ministerio Público;
- e) Documento de inspección del lugar de los hechos y levantamiento de cadáver;
- f) Acta de control de escena del hecho (entrega, recepción del lugar de la investigación);
- g) Acta de lectura de derechos;
- h) Informes policiales;
- i) Informes periciales;
- j) Documento de cadena de custodia y eslabones de evidencia (Islas, 2023, p.21).

Así las cosas, los informes policiales constituyen un elemento fundamental en la carpeta de investigación, por ello resulta importante saber qué sucede cuando se detiene en flagrancia al presunto responsable de un hecho delictuoso. En este orden de ideas, es conveniente analizar lo que describe el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) en su artículo 308:

Inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del Juez de control, se citará a la audiencia inicial en la que se realizara el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de la imputación (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2014).

Por lo tanto, podemos sostener que la detención para el policía es el momento en el que se sorprende a una persona cometiendo un ilícito, o con posterioridad a este sin que se interrumpa la búsqueda o localización. Una vez que se detiene, basado en los protocolos para dicha circunstancia y tomando las medidas pertinentes, se presenta a la autoridad competente; sin embargo, una vez iniciada la etapa preliminar, las premisas de este acontecimiento cambian, ya que las estrategias del Ministerio Público dan sustento legal a la estructura y calificación posterior a la detención (Islas, 2023, p.22).

El fundamento legal para requisitar informes policiales como parte de la actividad del Policía Primer Respondiente (PPR) se encuentra en el artículo 132 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), fracciones VI y XIV, y para el Informe Policial Homologado (IPH) en el artículo 43 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (Islas, 2023, p.21). La flagrancia del acontecimiento delictivo es un elemento contemplado en el artículo 16 de la Constitución y en los artículos 146 y 147 del CNPP.

La narración de los hechos, el lugar de la detención, así como la hora del arribo dará información relevante del modo, tiempo y lugar en que transcurrió dicha detención. La mención de la implementación de sectores del uso de la fuerza es indispensable para garantizar la actuación eficiente PPR.

Una intervención adecuada de la fuerza por parte de la Policía dará margen y garantía de que se está trabajando con un estricto apego a la ley, para terminar con las detenciones arbitrarias e injustificadas (Islas, 2023, p.21). La mención de haber efectuado la lectura de derechos en el informe es muy importante, ya que a partir de ese momento el detenido está informado del motivo de su detención, lo cual garantiza la igualdad procesal teniendo en cuenta la presunción de inocencia, punto importante para el juez de control (Islas, 2023, p.21).

Es esencial resaltar que el contenido de este informe tiene datos de un valor inmenso, ya que brinda la posibilidad de rastrear la ubicación precisa en la que se suscitaron los acontecimientos, estableciendo precisiones tanto del presunto infractor como de la víctima en un contexto específico. Esta contextualización se convierte en un recurso fundamental para que el Ministerio Público pueda iniciar las acciones pertinentes en relación con el caso, abarcando aspectos como las personas involucradas, los lugares relevantes y los objetos pertinentes (Islas, 2023, p.21). A partir de esta información, se sentará la base para emprender las diligencias necesarias y llevar a cabo una investigación completa y rigurosa.

En este sentido, resulta innegable que las funciones desempeñadas por la Policía adquieren un rol de suma importancia en el proceso de reconstrucción de los eventos que se presumen como delictivos. La recopilación y presentación de datos que permiten establecer la secuencia de eventos y las circunstancias en las que ocurrieron, así como la ubicación precisa de las personas involucradas, son pasos cruciales para construir una imagen clara de lo sucedido.

Por otro lado, es vital considerar la figura del juez de garantías en este contexto. Es su responsabilidad calificar la detención y evaluar el informe policial en correspondencia con los lineamientos establecidos por la legislación vigente. El respeto tanto a las prerrogativas de los individuos sometidos al proceso penal como a las garantías del detenido es un aspecto fundamental en esta evaluación (Islas, 2023, p.21). Para que este proceso sea efectivo y justo es necesario que las acciones de la Policía estén respaldadas y justificadas en todo momento. Este requisito garantiza que las actuaciones policiales se ajusten a un marco legal y ético, asegurando así la integridad de los derechos humanos en todas las etapas de la investigación.

Con base en ello, se entiende que la información presentada en este informe proporciona una base sólida para la reconstrucción de los hechos en situaciones presuntamente delictivas. El papel crucial de la Policía en recopilar y presentar datos precisos es indiscutible, y es imperativo que sus acciones estén respaldadas por protocolos legales y éticos. La evaluación por parte del juez de garantías se erige como un punto de control esencial para asegurar que se respeten los derechos humanos y que la reconstrucción del hecho sea llevada a cabo de manera justa y garantista.

3. La actividad policial en la investigación del delito.

Para comprender la investigación del delito desde su conocimiento hasta su desahogo en el juicio, son necesarios una serie de procedimientos, todos ellos relacionados, que consideramos desde sus propios protocolos (Hidalgo Murillo, 2019, p. 35). Podría existir un protocolo de escena del crimen que abarque desde la detección del crimen hasta su retiro de la escena, y un protocolo de actuación de la escena del crimen que incluya el trabajo probatorio de agentes y especialistas en el descubrimiento y traslado de pistas o evidencias, cuidando la cadena de custodia del producto, que incorpora en uno la definición de indicación o prueba, fijación, envasado y entrega a laboratorios (Hidalgo Murillo, 2019, p. 35).

Así como también son importantes los protocolos relacionados con el manejo del personal y de las evidencias en los laboratorios, que a la vez dependen de la calidad, cantidad, peligrosidad de los indicios o evidencias, y la ciencia o técnica de los distintos peritos del área. En el mismo sentido, el protocolo para la bodega de evidencia y la destrucción o conservación de las mismas (Hidalgo, 2019, p. 35). Por lo tanto, la resonstrucción del hecho delictuoso constituye un factor importante a desarrollar en el procedimiento penal.

La realización de un hecho delictuoso, como lo conocemos, conduce a la vulneración de los fines jurídicos y de las prerrogativas que se encuentran tutelados por el delito. La Constitución Política Federal establece que la investigación de estas conductas le corresponde a la Fiscalía y estas investigaciones, que se realizan bajo la dirección del fiscal, suelen involucrar a la Policía (Hidalgo Murillo, 2019, p. 17); por lo tanto, la relación que tenga el fiscal con la Policía que coadyuba en la investigación es de vital importancia.

En este sentido, puede señalarse que algunas disposiciones constitucionales permiten el argumento de la preexistencia de una investigación; en razón de ello, se permite la presencia de datos experimentales que demuestren los motivos de las conductas. El primero de ellos es lógico porque la investigación pretende, además de desvelar la verdad de los hechos, identificar quiénes pueden ser los responsables. En estos casos, la falta de identificación certera del probable autor de la conducta garantiza los derechos del mero sospechoso, por ser una persona sujeto de prerrogativas constitucionales (Hidalgo Murillo, 2019, p. 17).

Así, para comenzar un correcto procedimiento penal, en la investigación será determinante la actuación del Ministerio y del organismo policial bajo la dirección y el mando del fiscal. Será clave el organismo policial de investigación como agencia de la seguridad pública con responsabilidad para investigar los hechos estimados como posibles delitos (Hidalgo Murillo, 2019, p. 19).

Son importantes, particularmente, en el trabajo de carpetas de investigación por parte de las fiscalías y de la Policía de investigaciones, los siguientes aspectos:

- a) La conservación de los objetos materiales y las herramientas del delito. Es indispensable dejarlas donde se localicen o puedan encontrarse, para evitar que sean alteradas, borradas o contaminadas (López Sánchez, 2021).

- b) La recolección, embalaje y entrega de evidencias y herramientas, de acuerdo con los requisitos para recabar la cadena de custodia, en el supuesto de que el personal especializado (peritos) no pueda realizarlo (López Sánchez, 2021).
- c) Reunirse con los testigos tentativos y, en su caso, preguntarles para recopilar información que luego será avalada por la Fiscalía como ente investigador (López Sánchez, 2021).

Sin embargo, de acuerdo con los principios del sistema penal democrático, los fiscales y policías, especialmente los investigadores, deben tener un conocimiento firme de los elementos forenses y criminológicos que interfieren en la investigación de un delito, aspectos que están claramente relacionados con el delito, especialmente aquellos que van soportados en la política criminológica y, no menos importante, en aquellos estudios de la criminalística que ayudan a tener una mejor eficacia del derecho procesal penal (Vizcaíno Zamora, 2009, p. 167).

La Policía de investigaciones desempeñará, por tanto, funciones y actuaciones muy diferentes a las de la Policía preventiva, aunque ambas funciones puedan ser parecidas en la protección de las prerrogativas personales; de hecho, el primer apartado se centra en la reconstrucción del hecho y la investigación del delito, relacionándose con funciones de persecución y gestión de la justicia penal. La tarea de seguridad se ocupa, en principio, de evitar que sucedan actividades ilícitas, ya sean conductas que puedan definirse como infracciones o como delitos, así como muchas labores de protección de bienes con estrategias tendientes a atenuar la violencia. En este orden de ideas:

La policía de investigaciones desempeñará, por tanto, funciones y actuaciones muy diferentes a las de la función policial preventiva, aunque ambas atribuciones puedan coincidir en la protección de las prerrogativas individuales; de hecho, el primer apartado se encarga en reconstrucción del hecho delictuoso y seguimiento de los delitos cometidos, relacionándose con las secciones de persecución y eficacia del sistema penal. La tranquilidad en la sociedad se ocupa de la prevención de actividades ilícitas, pudiendo ser faltas de carácter administrativo o delitos, así como muchas actividades de prevención, convivencia comunitaria correspondientes a la tranquilidad que brinde seguridad (Barrón Cruz, 2008, p. 16).

Así, resulta que las investigaciones policiales son parte fundamental del trabajo que se realiza en la carpeta de investigación, pues de ellas dependerá reunir elementos concluyentes, pruebas, herramientas, para acreditar testigos, etc., bajo la dirección del fiscal. Esto da la posibilidad de asociar al imputado con la conducta, y de comprender por qué la realizó o participó en su realización. La esencia del cambio un sistema acusatorio reside realmente en el sistema de libertad condicional, porque determina la efectividad de la justicia penal (Aguilar López, 2009, p. 16).

En las investigaciones policiales, la preservación de la escena del crimen se archiva para proteger una evidencia que necesita ser asegurada, recolectada, empacada y transportada, como parte importante de la cadena de custodia que ayuda a crear información involucrada en la reconstrucción del incidente visto como un presunto

delito. Esto se realiza a través de ciertas estrategias que tienden a resguardar el lugar de los hechos para subsanar, señalar, levantar, envolver y aportar al Ministerio Público pruebas relacionadas con el delito (Aguilar López, 2009, p. 16).

Estas atribuciones se enmarcan así en la medicina forense y comprenden en gran medida los métodos de investigación y las técnicas que permiten comprender el mundo fáctico de un delito. Por lo tanto, para hacer un trabajo de mayor precisión, la Policía de investigación federal y estatal debe ser lo suficientemente profesional para llevar a cabo investigaciones criminales bajo la dirección y el mando de los fiscales (Aguilar López, 2009, p. 16).

En este sentido, por el contrario, los policías preventivos federales de las entidades federativas y municipales que realicen actividades diferentes a las de policía de investigaciones también deben recibir un mínimo de capacitación en su labor, en particular, para resguardar el lugar de los hechos; es decir, se deben crear condiciones para que la agencia policial se profesionalice y mejore la eficiencia de las actividades de investigación (Aguilar López, 2009, p. 16).

Por lo tanto, se requiere que la Policía, en las tres esferas, tenga un conocimiento técnico que permita coadyuvar de manera eficiente en la investigación dentro del procedimiento penal, pero sobre todo que permita resguardar como primer respondiente todos los objetos materiales sensibles que permitan reconstruir el hecho presuntamente estimado como delito, lo que puede darle fortaleza al procedimiento penal.

En este tenor de ideas, la información que se recibe desde la escena del crimen puede construirse en fotografía y video digital, conservando la hora y fecha, y para ello se requiere de la criminalística. Por consiguiente, el arribo de los que participan en la investigación, el personal que se encuentran custodiando, el que ingresa y sale del lugar, los indicios y las evidencias requieren de un conocimiento técnico y empírico, lo anterior para que los órganos de prueba ajenos pueden enviar sus informes o dictámenes.

Por lo tanto, se requiere que conste el nombre del Ministerio Público del caso o, en su defecto, el del oficial de la Policía Ministerial en que haya delegado la diligencia, para generar una certeza en la investigación y lograr con ello una mejor reconstrucción del hecho presuntamente estimado como delito. En ese entendido, podemos establecer que la Policía tiene gran importancia para el procedimiento penal en su investigación.

En consecuencia, la oficina del fiscal, la policía ministerial, la policía administrativa y otros órganos de investigación deben llevar registros de todas las actividades que realicen para investigar los delitos, por cualquier medio posible, y asegurar la integridad de la información recopilada. Cada acto de investigación será anotado y firmado individualmente por los intervinientes, y si no se utilizan documentos, podrán utilizar firmas electrónicas (CNPP, art. 217, Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2014).

El documento o registro de cada acción debe contener fecha, hora y lugar de la acción, detalles de los funcionarios gubernamentales y otros que intervinieron, una breve descripción de la acción y sus resultados si es necesario (CNPP, art. 217). Lo

anterior permitirá generar un correcto registro de las actuaciones que se lleven a cabo para lograr una correcta investigación del delito, con ello lograr una correcta confianza pública de las instituciones de procuración de justicia.

En este sentido, la recepción de información sobre hechos prohibidos, investigaciones penales y procesos penales electrónicos podrá ser utilizada en todas las actividades que apoyen su labor, incluyendo denuncias, recursos de denuncia, atestado policial, dictamen o informe de investigación autoridades competentes. Igualmente, se puede asegurar todos los videos públicos o privados que, por contener información sobre un hecho delictivo, se convierten en evidencias probatorias de interés público, exceptuando las llamadas telefónicas y los contenidos en los teléfonos celulares, salvo que se trate de instrumentos de uso de las víctimas y ofendidos (CNPP, art. 44).

El Departamento de Estado y el Ministerio de Policía podrán “aceptar denuncias o agravios de forma oral, escrita o por medios digitales, aun cuando la denuncia sea anónima en vista de la ley aplicable, relativas a hechos que puedan constituir un delito” (CNPP, Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2014). También, algunas propuestas han sugerido videoconferencias para poder hacer una comunicación más efectiva, aprovechando con ello las nuevas tecnologías que se pueden usar para recibir y transmitir pruebas y llevar a cabo procedimientos legales.

Se puede deducir que en la investigación de los delitos se requiere del conocimiento del hecho que ha causado un perjuicio a los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal. En tal sentido, resulta importante realizar la declaración de un hecho posiblemente constitutivo de delito a la autoridad competente, una de ellas puede ser la Policía, para que dentro de sus funciones y facultades pueda realizar las diligencias necesarias para lograr reconstruir el hecho delictuoso. En este sentido, utilizarán los medios técnicos existentes en la práctica de las actividades y los procedimientos de comunicación para hacerlos más flexibles, pertinentes y auténticos sin afectar lo sucedido (CNPP, art. 44).

Resulta importante comprender que los registros de investigación en los que interviene la Policía deben ser un pilar fundamental para lograr una correcta investigación. En este sentido, los registros de las actividades de la reconstrucción del hecho, así como todos los documentos, cualquiera que sea su fuente y legitimación, los objetos, las grabaciones de sonido y las fotografías o cosas relacionadas con ellos, deberán ser conservados estrictamente protegidos para que solo las partes tengan acceso a ellos con los límites establecidos por la ley.

Los medios de prueba pueden sufrir, como medida cautelar, la nulidad total o parcial por ilicitud, cuando se hayan violado derechos humanos de los sujetos del proceso, o la nulidad por ilegalidad, cuando el medio de prueba se haya realizado en contraposición a una disposición legal, salvo que ese medio de prueba pueda ser saneado. El Ministerio Público puede excluir cualquier medio de prueba que le produzca duda en la actuación de algún investigador relacionado con el caso (CNPP, art. 97).

Por lo tanto, en la actuación de la investigación, la Policía debe realizar un trabajo cuidadoso al resguardar y proteger los indicios y las evidencias para que no se puedan

destruir u omitir, con conocimiento de su ilicitud, algún medio de prueba para favorecer a alguna de las partes. Es posible incurrir en complicidad del delito cuando un sujeto procesal u órgano de prueba evite el aseguramiento de algún indicio, evidencia o medio de prueba.

La Policía Ministerial o cualquier órgano de prueba no puede plantar indicios, evidencia, objetos o instrumentos en el lugar donde sucedió el hecho presuntamente estimado como delito, en el lugar del hallazgo o durante su traslado o en los laboratorios. Tampoco puede destruir indicios o evidencias ya aseguradas para favorecer o imputar una conducta ilícita a alguna persona o al propio imputado.

Lo que se busca por parte de la Policía en tareas de investigación es que no existan vicios que contaminen la reconstrucción del hecho presuntamente estimado como delito, ni que se genere algún tipo de violencia que vaya en detrimento de los derechos humanos de los sujetos que intervienen en el procedimiento penal y que, lejos de lograr una eficacia y eficiencia en la etapa de investigación, se cause una afectación que deje con poco valor probatorio a la carpeta de investigación.

En ese entendido, la Policía constituye un pilar fundamental en la investigación y su trabajo requiere de un conocimiento técnico para realizar las actuaciones que permiten recabar los indicios y evidencias, coadyuvando de manera significativa con la carpeta de investigación.

La Policía de investigación, como la encargada de apoyar en las tareas de investigación, debe conocer de manera exhaustiva de los protocolos relacionados con el manejo del personal y de las evidencias en los laboratorios, que a la vez dependen de la calidad, cantidad, peligrosidad de los indicios o evidencias, y la ciencia o técnica de los distintos peritos del área. En el mismo sentido, debe tener conocimiento del protocolo para la bodega de evidencia y la destrucción o conservación de las mismas (Hidalgo Murillo, 2019, p. 35).

5. Conclusiones

Para concluir, se puede afirmar que un Estado de derecho ciertamente necesita de la Policía, porque es imposible tener una sociedad en la que no se garanticen los bienes jurídicos individuales como los colectivos ni se asegure la implementación del orden social. Las directrices preventivas y sancionatorias que rigen las conductas para que haya una coexistencia pacífica de los ciudadanos son un factor fundamental e indispensable en la labor policial de posibilitar la tranquilidad de la sociedad.

La Seguridad Pública de México tienen grandes retos, lo que ha obligado a los organismos a desempeñar sus funciones según parámetros de realidad y confianza pública, en la delimitación de la legalidad y el respeto de los derechos humanos. En ese sentido, es importante establecer estrategias de evaluación y control de la confianza que hagan una valoración del trabajo, así como regular los servicios de carrera ministeriales, policiales y especializados; también sería necesario considerar alguna modalidad de

trabajo que establezca y desarrolle las habilidades y el compromiso social de todos los actores involucrados en el orden social y, en particular, en la justicia penal.

En la actividad de investigación, la Policía debe realizar un trabajo de protagonismo para resguardar y proteger los indicios y evidencias, con la intención de que se pueda conservar y no se destruya la cadena de custodia que permite reconstruir el hecho delictivo. De tal manera que la función de la Policía en tareas de investigación del delito cobra reelevancia en el sistema penal acusatorio, en el que debe contar con un conocimiento técnico y con protocolos de actuación que permitan garantizar derechos para evitar arbitrariedades.

Es así como la existencia de una policía efectiva y comprometida se constituye como un pilar fundamental para la construcción y el sostenimiento de un Estado de derecho. Las estrategias de seguridad pública deben enfrentar retos considerables para ganar la confianza pública, regular las carreras profesionales y garantizar la adecuada investigación de los delitos. Todo ello converge en la aspiración de lograr una sociedad tranquila, justa y ordenada, en la que los derechos individuales y colectivos estén debidamente protegidos y sean respetados.

6. Referencias

- Aguilar López, M. Á. (2009). Sistema Acusatorio y Derecho de excepción. *Inter Criminis*, 7.
- Barrón Cruz, M. G. (2008). El artículo 21 constitucional: entre luces y sombras. *Iter Criminis*, 6(4), 11-45.
- Congreso Constituyente de México. (1917, 5 de febrero). Constitución Política de los Estados Mexicanos. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (2014, 5 de marzo). Código Nacional de Procedimientos Penales. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_15.pdf
- Hidalgo Murillo, J. D. (2019). Investigación Policial por delito. Flores editores y distribuidores.
- Islas, L. H. (2023). Legalidad policial. Aspectos técnicos para las audiencias, Policía primer respondiente. Flores Editores y distribuidores.
- López Sánchez, S. (coord.). 2021. Derechos humanos en la formación policial, administración y procuración de justicia. Universidad de Ciencias de la Seguridad. <https://ucs.edu.mx/wp-content/uploads/2021/09/Derechos-humanos-UCS.pdf?>
- Orellana Wiarco, O. A. (2016). Seguridad Pública. Profesionalización de los policías (2ª. ed.). Porrúa.
- Vizcaíno Zamora, Á. (2009). Diez pasos para implementar la reforma constitucional en materia penal en los Estados de la República. *Iter Criminis*, 7(4), 161-173.

Conflictos de jurisdicción de docentes ocasionales y de cátedra de las IES¹ públicas en Colombia²

Jurisdiction conflicts of occasional teachers and professors of public higher education institutions in Colombia

Lady Juliana Guevara Flórez³
Fernanda Gómez Ortega⁴
Katherine Velásquez Salazar⁵

Cómo citar: Guevara, L. J.; Gómez, F.; Velásquez, K. (2024). Conflictos de jurisdicción de docentes ocasionales y de cátedra de las IES públicas en Colombia. *Nuevo Derecho*, 20(34): 1 – 26. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1631>

Recibido: 16-02-2024 - Aceptado: 30-03-2024 - Publicado: 03-05-2024

Resumen

De acuerdo con la ley colombiana, los docentes de instituciones públicas de educación Superior pueden ser de dedicación exclusiva, tiempo completo, medio tiempo, ocasionales o de cátedra; los tres primeros son considerados empleados públicos, mientras que la Corte Constitucional colombiana clasifica a los docentes ocasionales y de cátedra como servidores públicos *sui generis*. Sin embargo, ni la ley ni la jurisprudencia han determinado claramente a qué jurisdicción deben acudir cuando se presentan controversias entre estos últimos y las IES. A partir de la metodología cualitativa con un paradigma hermenéutico analítico y haciendo uso de fuentes doctrinarias y jurisprudenciales, este artículo responde a dicho cuestionamiento analizando la naturaleza de su relación laboral, régimen salarial y prestacional y su forma de vinculación en consideración de la teoría estatutaria y contractual y los criterios orgánico, formal y funcional.

Palabras clave: competencia, docente de cátedra, docente ocasional, instituciones públicas de educación superior, jurisdicción.

¹ Instituciones de Educación Superior.

² Este artículo es resultado del trabajo de grado para optar al título de magíster en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín.

³ Abogada. Especialista en Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Laboral de la Institución Universitaria de Envigado. Magíster en Diseño, Gestión y Dirección de Proyectos de UNINI-Puerto Rico. Doctora en Proyectos de UNINI-México. Correo: ljguevara@udemedellin.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5778-799X>.

⁴ Abogada, especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia. Maestranda en Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Correo: fgomez054@soyudemedellin.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-8138-0458>.

⁵ Abogada especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín. Maestranda en Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Correo: kvelasquez939@soyudemedellin.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-8002-0397>.



Abstract

According to Colombian law, teachers in public institutions of higher education may be full-time, part-time, occasional or professors; the first three are considered public employees, while the Colombian Constitutional Court classifies occasional and professors as public servants *sui generis*. However, neither the law nor the jurisprudence has clearly determined to which jurisdiction they must resort when disputes arise between the latter and the schools. From the qualitative methodology with an analytical hermeneutic paradigm and making use of doctrinal and jurisprudential sources, this article responds to this question by analyzing the nature of their employment relationship, salary and benefits regime and their form of linkage in consideration of the statutory and contractual theory and the organic, formal and functional criteria.

Key words: competence, occasional teachers, jurisdiction, professors, public institution of higher education,

Introducción

La función pública se encuentra regulada en el Capítulo II del Título V de la Constitución Política, dentro del cual el artículo 122 consagra que todo empleo público deberá tener en la ley o el reglamento la definición propia de sus funciones, la remuneración prevista en el correspondiente presupuesto y la creación del cargo en la planta de la entidad. En concepto de la Corte Constitucional, la función pública es la que define las relaciones laborales entre el Estado y sus empleados respecto de las condiciones de ingreso, continuidad y separación del respectivo cargo, régimen prestacional y disciplinario, obligaciones, derechos y demás aspectos referentes a la naturaleza de la relación (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-100, 2019).

El Consejo de Estado conceptualiza la función pública como la relación que se establece entre una entidad del Estado y una persona natural, la cual tiene como actividad la prestación de un servicio público. De esta relación surge la figura del funcionario público, para describir a las personas vinculadas con el Estado mediante una relación laboral para desarrollar funciones públicas.

Para el derecho administrativo, la función pública es entendida como el elemento de la Administración relacionado con la vinculación de las personas naturales al servicio del Estado. De esta noción, surge el concepto de funcionario público, entendido como la persona natural que tiene relación laboral con las entidades oficiales (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia Proceso 47001233300020140024801, 2020, p. 12-13).

Según lo anterior, debe considerarse que la función pública requiere desarrollar aquellas obligaciones que permitan cumplir los fines del Estado social de derecho y satisfacer el interés general, por lo que esta función deberá ceñirse al cumplimiento de los principios dispuestos en el artículo 209 de la Constitución Política, como los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia Proceso 11001032500020170023301, 2022).

Así pues, la función pública se ejerce mediante personas naturales que son vinculadas para trabajar con el Estado, es decir, mediante servidores públicos, lo cual puede presentarse a través de distintas categorías conforme se establece en el artículo 123 y 125 de la Constitución Política, que se resumen en: i) empleados públicos, que son los que tiene una relación legal y reglamentaria con el Estado; ii) trabajadores oficiales, que se vinculan a través de un contrato de trabajo y, iii) miembros de corporaciones públicas. Ahora bien, en la categoría de servidores públicos se encuentran los docentes de las instituciones públicas de educación superior, quienes de conformidad con los artículos 72 a 74 de la Ley 30 de 1992 pueden ser catalogados como: de dedicación exclusiva, de tiempo completo, medio tiempo, ocasionales o de cátedra, como se explicará más adelante (Congreso de la República de Colombia, Ley 30, 1992).

De las categorías mencionadas anteriormente, la Ley 30 de 1992 en su artículo 72 establece que los tres primeros son considerados empleados públicos. En cuanto a los docentes de cátedra y ocasionales, el artículo 73 de la misma norma indica que no son ni empleados públicos ni trabajadores oficiales, sino que corresponden a un tipo de servidores públicos *sui generis*, tal como lo ha indicado el Consejo de Estado de Colombia (2021), al establecer que deben atender las necesidades específicas requeridas en el ejercicio de la docencia en una institución de educación superior. De manera que los docentes de cátedra deben satisfacer los mismos requisitos de experiencia profesional y desempeñar la misma labor de los docentes de planta. Esta figura surge por las circunstancias que dentro de la IES se presentan con relación a la actividad de los docentes (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-006, 1996).

En el mismo sentido, los artículos 3 y 4 del Decreto 1279 (Presidencia de la República de Colombia, 2002) disponen que los docentes ocasionales y de hora-cátedra no están dentro de la categoría de empleados públicos ni hacen parte del régimen de carrera; por lo que sus condiciones laborales y prestacionales se determinan según lo convenido por las partes. Puede advertirse que respecto a estos no existe una distinción legal en cuanto a la categoría a la que pertenecen y, como consecuencia, la regulación referente a las condiciones laborales y prestacionales queda a merced de lo dispuesto en los estatutos de la institución de educación superior, en virtud de la autonomía universitaria, y de la jurisdicción a la que corresponde resolver sus conflictos, como se pasará a explicar.

El artículo 104 de la Ley 1437 (Congreso de la República de Colombia, 2011) señala que la jurisdicción contencioso administrativa conoce de las controversias laborales que se presenten entre los servidores públicos —que tengan una relación legal y reglamentaria—, con excepción de los conflictos que se generen entre los trabajadores oficiales y la entidad estatal (artículo 105). Ahora bien, la falta de claridad en la categoría de servidor público en la que se enmarca el docente ocasional y de cátedra genera que no sea predecible la jurisdicción que conoce de los conflictos que se presentan en materia laboral entre estos y la IES públicas, pues la ley se limita a señalar que no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, dejando al margen de las IES públicas — en su autonomía universitaria— su forma de vinculación. De conformidad con lo anterior surgen varias cuestiones: ¿cómo debe ser la vinculación de los docentes de cátedra y

ocasionales de las instituciones públicas de educación superior?, ¿cuál es el régimen salarial y prestacional que debe aplicárseles? En caso de presentarse una controversia, ¿cuál es la jurisdicción competente para resolverla?

Es por ello que, a través de este estudio, se pretende examinar cuáles asuntos debe conocer el juez laboral y cuáles el juez contencioso administrativo respecto de las controversias laborales de servidores públicos; seguidamente, se busca establecer las reglas que rigen las relaciones entre los docentes de cátedra y los ocasionales frente a las IES oficiales como servidores públicos —teniendo en cuenta la teoría estatutaria y la teoría contractual—; se analizará su forma de vinculación, su régimen salarial y prestacional contrastándolos con las formalidades y la normatividad aplicadas por las IES públicas acreditadas en el país, para finalmente determinar cuál jurisdicción conoce de las controversias laborales de los antedichos servidores públicos. Para ello se aplicó una metodología cualitativa con un paradigma hermenéutico analítico haciendo uso de fuentes doctrinarias y jurisprudenciales.

2. La jurisdicción y su competencia en materia de derecho laboral público

Conforme al artículo 113 de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991) las ramas del poder público se dividen en: legislativo, ejecutivo y judicial, además de los órganos autónomos e independientes, cada uno con funciones originarias asignadas. El poder legislativo se encarga de crear las leyes, el ejecutivo tiene la tarea de administrar y en cabeza del órgano judicial está la función de impartir justicia; no obstante, es importante destacar el principio de colaboración armónica entre las ramas del Estado, en el cual los órganos asumen funciones asignadas a otros (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-246, 2004).

La función desempeñada por el Estado a través del órgano judicial reviste especial importancia para el presente estudio, pues en su labor de administrar justicia tiene como fin la realización y declaración de los derechos mediante la aplicación de la ley en casos concretos (Devis Echandía, 2009); en ese sentido, la función jurisdiccional se caracteriza por que el juez, para declarar la existencia de la voluntad de la ley, reemplaza la actividad intelectual de las partes por la propia (Quintero & Prieto, 2008).

Entonces, la función jurisdiccional puede resumirse en que el órgano judicial —después de realizar un estudio fáctico y normativo— decide un conflicto entre partes mediante la aplicación de la ley a un caso concreto y bajo la hipótesis aplicable a la pretensión que se lleva ante su conocimiento. Así, la labor a cargo de los jueces es decidir respecto del derecho analizando lo solicitado por las partes para poder determinar si el caso sometido a análisis se encuentra o no conforme a la ley, para finalmente, y después de agotar un proceso, emitir su decisión mediante una providencia que ponga fin al mismo. Esa resolución es propia del poder jurisdiccional y característica exclusiva de esta función (Quintero & Prieto, 2008).

De este modo la jurisdicción es la función pública mediante la cual el Estado dirime los conflictos suscitados entre particulares o entre estos y una entidad estatal bajo

las formas y los procedimientos preestablecidos en la ley, culminando con decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada (Couture, 1958, citado en Agudelo Ramírez, 2007, p. 96), las cuales tienen el “carácter de inmutables, vinculantes y definitivas” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-100, 2019, p. 13).

La jurisdicción posee unos elementos diferenciadores que integran su ser: i) el criterio material u orgánico, que señala que es la actividad propia del órgano judicial; ii) el criterio funcional o teleológico, centrado en el contenido de la función, es decir, su finalidad es solucionar conflictos intersubjetivos de intereses en colisión por medio de una decisión, que es en últimas, la soberanía del Estado aplicada mediante el órgano judicial y; iii) el criterio formal, que requiere la existencia de unas partes con intereses en conflicto, un tercero imparcial, un procedimiento contradictorio y una decisión con fuerza de cosa juzgada que decida el caso conforme con la norma jurídica aplicable (Quintero & Prieto, 2008).

Beatriz Quintero (Quintero & Prieto, 2008) señala que la jurisdicción tiene ciertas cualidades propias de la función jurisdiccional —y no del órgano decisor—, las cuales se dividen en 2: a) unidad: la jurisdicción es solo una y no admite divisiones, pero se manifiesta en las denominadas competencias: civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, coactiva, aduanera, penal militar, y en ciertos ámbitos como el nacional, estatal, federal, internacional y supranacional. En ese sentido, como la jurisdicción es solo una, es claro que independientemente de la materia o el litigio, se trata de la misma función y el mismo derecho (Devis Echandía, 2009) y, b) exclusividad: corresponde de manera exclusiva a los jueces y no a otros funcionarios del Estado, con la excepción de los denominados equivalentes jurisdiccionales y atendiendo al principio de colaboración armónica (Quintero & Prieto, 2008).

En palabras de Devis Echandía (2009), la jurisdicción es única y es una de las formas en que el Estado ejerce el poder de administrar justicia sometiendo los intereses en disputa de los particulares al interés general que emana del juez, el cual es desplegado por medio del órgano judicial o sus equivalentes; no obstante, puede clasificarse —según la materia— en varias especialidades, lo que lleva a que erradamente se hable de la existencia de varias jurisdicciones cuando lo correcto sería decir que existe una, pero dividida en grupos o ramas especializadas, cuyo fin es tecnificar el derecho para ejercer la administración de justicia en debida forma.

Conforme lo expuesto, puede concluirse que cuando en la doctrina se habla de las especialidades de la jurisdicción, realmente se hace referencia a la competencia (Devis Echandía, 2009) entendida esta como la fracción de la jurisdicción distribuida entre los órganos que la conforman, en la que la jurisdicción es el género y la competencia la especie (López Blanco, 2016). Así, el término jurisdicción es equiparado al de competencia o circunscripción jurisdiccional, pues en la doctrina, en la ley y en la jurisprudencia se enuncia erróneamente la competencia que detenta un funcionario en un territorio o circunscripción territorial, con la función de administrar justicia.

En otras palabras, la competencia se traduce en un límite que sirve para determinar cuál funcionario —administrador de justicia— es el indicado para conocer y decidir

sobre un caso específico, recordando que la importancia de ello también radica en que toda persona que pretenda poner en movimiento el aparato jurisdiccional debe conocer de antemano el juez llamado a resolver de su petición, máxime cuando en nuestro territorio existen varios jueces de diferente especialidad (Carrasco Soulé, 2017).

Conforme a lo anterior, para determinar la competencia deben atenderse unos criterios que se resumen en: materia, cuantía, grado y territorio (Carrasco Soulé, 2017). Para el efecto, el Código General del Proceso consagra dichos criterios referidos para los jueces civiles y de familia, el Código de Procedimiento Penal para los jueces penales, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para los jueces laborales y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para los jueces administrativos.

Para los asuntos laborales hay dos jurisdicciones competentes: la ordinaria laboral y la contencioso administrativa, que conoce de los conflictos laborales generados en el marco de “la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado” (Congreso de la República de Colombia, Ley 1437, 2011, art. 104), lo cual conllevaría pensar que se refiere particularmente a los empleados públicos, pues son estos quienes tienen una relación laboral regida por las leyes y los reglamentos; mientras que quedan excluidas las controversias surgidas de la relación laboral contractual que tienen los trabajadores oficiales con las entidades del Estado (Congreso de la República de Colombia, Ley 1437, 2011, art. 105). Dicha competencia queda atribuida a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, pues es la encargada de conocer “los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo” y “la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.” (Presidencia de la República de Colombia, Decreto Ley 2158, 1948, art. 2).

La Corte Constitucional (2022) ha indicado en reiteradas ocasiones, mediante autos que más adelante se enumeran, que la jurisdicción ordinaria laboral conoce de las controversias que se generen directa o indirectamente en un contrato de trabajo sin atención a que el empleador sea una entidad pública o un particular, lo que incluye las relaciones laborales de los trabajadores oficiales.

Teniendo en cuenta que en asuntos laborales hay dos jurisdicciones que podrían ser competentes —pero son excluyentes—, para su correcta elección se debe atender a tres criterios: el orgánico, el funcional y el formal; el primero se refiere a la entidad o empresa contratante o vinculante, el segundo a las actividades o funciones desarrolladas por el trabajador o servidor público, mientras que el tercero se refiere a la forma de vinculación con la entidad. Así entonces, atendiendo al criterio orgánico, si la entidad es privada, la jurisdicción competente es la laboral; si la entidad es pública, se deberá diferenciar qué tipo de servidor público es: si es empleado público, la jurisdicción competente será lo contencioso administrativo; pero si es trabajador oficial, la jurisdicción será la ordinaria laboral. Frente al criterio formal, en los casos en que exista un contrato de trabajo, la Corte Constitucional de Colombia ha sido enfática en que la competencia radica en la jurisdicción ordinaria laboral. En la tabla 1 se presentan los criterios mencionados.

Tabla 1.*Jurisdicción competente conforme a los criterios orgánico, funcional y formal*

	Criterios			Jurisdicción competente
	Orgánico	Funcional	Formal	
Entidad privada			Contrato laboral	Ordinaria Laboral
Entidad pública	Empleado público		Acto administrativo	Contencioso administrativa
		Trabajador oficial	Contrato laboral	Ordinaria Laboral
			Contrato laboral	Ordinaria Laboral
			Acto administrativo	Contencioso administrativa

Fuente: elaboración propia a partir de la Ley 1437 de 2011, el Decreto Ley 2158 de 1948 y la Sentencia C-246/2022.

En lo que respecta a la existencia de conflictos de jurisdicción, el Acto Legislativo 02 (Congreso de la República de Colombia, 2015) —que adicionó el artículo 241 de la Constitución Política—, estableció en su artículo 14 que le corresponderá a la Corte Constitucional “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”. En este sentido, la Corte ha definido las siguientes reglas para la resolución de conflictos de competencia:

Tabla 2.*Relación regla de decisión y providencias de la Corte Constitucional.*

Regla de decisión	Providencias de la Corte Constitucional
1 Cuando se trata de personas que están reclamando acreencias laborales y prestacionales a una Empresa Social del Estado, se acude al artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que por regla general quienes trabajan para estas entidades son empleados públicos.	Auto 922 de 2022; Auto 2041 de 2023; Auto 321 de 2023; Auto 617 de 2021; Auto 1008 de 2022; Auto 500 de 2022; Auto 2276 de 2023; Auto 131 de 2022; Auto 436 de 2021; Auto 681 de 2022; Auto 1012 de 2023; Auto 1396 de 2023; Auto 347 de 2022; Auto 796 de 2021; Auto 2520 de 2023; Auto 737 de 2022; Auto 405 de 2022.
2 Cuando se pretende que se declare la existencia de un vínculo laboral entre el demandante y un ente del orden municipal, la jurisdicción competente es la contencioso administrativa, respecto de la relación estatutaria.	Auto 922 de 2022; Auto 2041 de 2023; Auto 321 de 2023; Auto 617 de 2021; Auto 1008 de 2022; Auto 500 de 2022; Auto 2276 de 2023; Auto 131 de 2022; Auto 436 de 2021; Auto 681 de 2022; Auto 1012 de 2023; Auto 1396 de 2023; Auto 347 de 2022; Auto 796 de 2021; Auto 2520 de 2023; Auto 737 de 2022; Auto 405 de 2022.
3 Cuando se busca que se declare la existencia de un verdadero vínculo laboral entre una persona que trabajó en una ies pública en un cargo diferente al de docente y se trata de una relación estatutaria, la jurisdicción competente es la contencioso administrativa.	Auto 927 de 2021; Auto 1158 de 2023.
4 Cuando el conflicto se genere, ya sea de forma indirecta o directamente en virtud de contrato laboral —sin atención a si la entidad es pública o privada—, el competente es el juez ordinario laboral.	Auto 1053 de 2021; Auto 1435 de 2023; Auto 1387 de 2023; Auto 380 de 2021; Auto 013 de 2022; Auto 450 de 2021; Auto 1900 de 2023; Auto 729 de 2022.

Regla de decisión	Providencias de la Corte Constitucional
5 En el caso que se solicite que se declare la existencia de un verdadero vínculo laboral con una entidad estatal —que tiene como regla general de vinculación la de empleados públicos— aunque medie una empresa temporal, la competente es la jurisdicción contencioso administrativa.	Auto 311 de 2023.
6 Cuando se controvierte un contrato de trabajo sin atención a qué tipo de entidad pública se está accionando, la jurisdicción competente es la jurisdicción ordinaria laboral.	Auto 1565 de 2023; Auto 1554 de 2023; Auto 2282 de 2023; Auto 1540 de 2023; Auto 1108 de 2023; Auto 1716 de 2023; Auto 783 de 2021; Auto 947 de 2021; Auto 949 de 2021.
7 Cuando se pretende la declaratoria de existencia de un verdadero vínculo laboral con una entidad estatal —que tiene como regla general de vinculación la de empleados públicos—, la competente es la jurisdicción contencioso administrativa.	Auto 354 de 2022; Auto 1662 de 2023; Auto 108 de 2022; Auto 389 de 2022; Auto 1719 de 2023; Auto 627 de 2023; Auto 447 de 2023; Auto 1070 de 2021; Auto 1253 de 2023.
8 Cuando se trate de dirimir conflictos en los que se pretenda la declaratoria de una relación laboral encubierta a través de el cuestionamiento de contratos de prestación de servicios con el Estado sucesivos, la competente es la jurisdicción contencioso administrativa.	Auto 1053 de 2023; Auto 1562 de 2023; Auto 1640 de 2023; Auto 1226 de 2023; Auto 1513 de 2023; Auto 1733 de 2023; Auto 768 de 2023; Auto 1172 de 2023; Auto 1514 de 2023; Auto 1895 de 2023; Auto 2277 de 2023; Auto 1379 de 2022; Auto 1798 de 2022; Auto 2106 de 2023; Auto 705 de 2021; Auto 1095 de 2023; Auto 198 de 2022; Auto 350 de 2022; Auto 91515 de 2023; Auto 1009 de 2023; Auto 452 de 2022; Auto 1094 de 2021; Auto 1597 de 2023; Auto 2462 de 2023; Auto 1451 de 2023; Auto 1051 de 2023; Auto 1418 de 2022; Auto 194 de 2022; Auto 931 de 2021; Auto 1168/23; Auto 1101/23; Auto 1644 de 2022; Auto 047 de 2023; Auto 676 de 2021.
9 Cuando se trate de procesos ejecutivos en los que se pretenda el pago de acreencias derivadas de una relación laboral reconocida en un acto administrativo, la competente es la jurisdicción ordinaria laboral.	Auto 613 de 2021; Auto 741 de 2021; Auto 767 de 2022.
10 Aplicación del criterio formal para definir la competencia.	Auto 1053 de 2021; Auto 1435 de 2023; Auto 1387 de 2023; Auto 380 de 2021; Auto 013 de 2022; Auto 450 de 2021; Auto 1900 de 2023; Auto 729 de 2022; Auto 1053 de 2023; Auto 1562 de 2023; Auto 1640 de 2023; Auto 1226 de 2023; Auto 1513 de 2023; Auto 1733 de 2023; Auto 768 de 2023; Auto 1172 de 2023; Auto 1514 de 2023; Auto 1895 de 2023; Auto 2277 de 2023; Auto 1379 de 2022; Auto 1798 de 2022; Auto 2106 de 2023; Auto 705 de 2021; Auto 1095 de 2023; Auto 198 de 2022; Auto 350 de 2022; Auto 1515 de 2023; Auto 1009 de 2023; Auto 452 de 2022; Auto 1094 de 2021; Auto 1597 de 2023; Auto 2462 de 2023; Auto 1451 de 2023; Auto 1051 de 2023; Auto 1418 de 2022; Auto 194 de 2022; Auto 931 de 2021; Auto 1168/23; Auto 1101/23; Auto 1644/22; Auto 047 de 2023; Auto 676 de 2021.

Regla de decisión	Providencias de la Corte Constitucional
11 Aplicación del criterio funcional para definir la competencia.	Auto 922 de 2022; Auto 2041 de 2023; Auto 321 de 2023; Auto 617 de 2021; Auto 1008 de 2022; Auto 500 de 2022; Auto 2276 de 2023; Auto 131 de 2022; Auto 436 de 2021; Auto 681 de 2022; Auto 1012 de 2023; Auto 1396 de 2023; Auto 347 de 2022; Auto 796 de 2021; Auto 2520 de 2023; Auto 737 de 2022; Auto 405 de 2022; Auto 1453 de 2022; Auto 927 de 2021; Auto 1158 de 2023; Auto 311 de 2023; Auto 1565 de 2023; Auto 1554 de 2023; Auto 2282 de 2023; Auto 1540 de 2023; Auto 1108 de 2023; Auto 1716 de 2023; Auto 783 de 2021; Auto 947 de 2021; Auto 949 de 2021; Auto 354 de 2022; Auto 1662 de 2023; Auto 108 de 2022; Auto 389 de 2022; Auto 1719 de 2023; Auto 627 de 2023; Auto 447 de 2023; Auto 1070 de 2021; Auto 1253 de 2023. Auto 947 de 2021.

Fuente. Elaboración propia con fundamento en las providencias de la Corte Constitucional que resuelven conflictos de jurisdicción (2021-2023).

En síntesis, se encontró que en algunos casos la Corte Constitucional hace caso al criterio formal, es decir, a la forma de vinculación, ya sea por acto administrativo de nombramiento, por contrato de trabajo o por contratos sucesivos de prestación de servicios que pretenden la declaratoria del vínculo laboral, para determinar cuál es la jurisdicción competente para conocer de la controversia, sin atención a las funciones que cumple el trabajador en la entidad pública (Tabla 2, numeral 10). Sin embargo, la Corte también aplica el criterio funcional para determinar la jurisdicción correspondiente, es decir, analiza si se trata de funciones de un empleado público o un trabajador oficial para establecer si el juez competente es el ordinario laboral o el contencioso administrativo (Tabla 2, numeral 11).

En consecuencia, la Corte Constitucional tiene posturas contradictorias, pues no se evidencia un criterio unificado para definir la jurisdicción competente. Como se advirtió, se hace uso del criterio formal y funcional indistintamente; tal es el caso en el cual se remitió el expediente para conocimiento de la jurisdicción contenciosa de un empleado que desempeñaba funciones propias de un trabajador oficial.⁶ No es claro entonces si el criterio para el conocimiento del asunto es la forma de vinculación, sea contractual o estatutaria, o las funciones que el servidor desempeña.

3. Naturaleza de la relación laboral de los docentes ocasionales y de cátedra de las instituciones públicas de educación superior

La Constitución Política de Colombia clasifica a sus servidores públicos en miembros de corporaciones públicas, trabajadores oficiales y empleados públicos.⁷ De un lado,

⁶ Auto 947 de 2021.

⁷ Constitución Política de 1991, artículo 123.

los trabajadores oficiales se vinculan a través de un contrato de trabajo,⁸ que no se regula por el Código Sustantivo del Trabajo,⁹ sino por el Decreto 2127 (Presidencia de la República de Colombia, 1945) que se encuentra compilado por el Decreto Único Reglamentario de la Función Pública 1083 de 2015. De otro lado, los empleados públicos se vinculan a través de una relación legal y reglamentaria, lo que quiere decir que las condiciones laborales, salariales y prestacionales estarán establecidas en la ley y los reglamentos (Villegas Arbeláez, 2021).

De acuerdo con la Ley 909 (Congreso de la República de Colombia, 2004), también compilada por el Decreto 1083 (Presidencia de la República de Colombia, 2015), llamada *Ley del Empleo Público*, dichos empleos se pueden clasificar en carrera, libre nombramiento y remoción, periodo fijo y temporales.¹⁰ No obstante, se debe precisar que existe una cláusula constitucional en el artículo 125 de la Constitución, la cual establece que los empleos por regla general son de carrera; esto quiere decir que el acceso al empleo es posible a través del concurso público de méritos; lo que se conoce como carrera administrativa, regulada —por regla general— por la antedicha ley (Younes Moreno, 2018).

Cabe advertir que no todos los empleos de carrera tienen las mismas especificidades, pues por las funciones particulares de algunas entidades del Estado, el acceso a la carrera se regula por estatutos especiales. Esto ocurre con los sistemas específicos de carrera administrativa de origen legal, creados por mandato expreso del legislador y las carreras especiales de origen constitucional, creadas por mandato expreso de la Asamblea Nacional Constituyente; los primeros están consagrados en el artículo 4 de la Ley 909 de 2004,¹¹ regulados cada uno a través de otras normas, como por ejemplo Sistema Específico de Carrera de los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales,¹² el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario,¹³ personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, las superintendencias,¹⁴ el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República,¹⁵ la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil;¹⁶ todos estos regímenes tienen la particularidad de que, al igual que en la carrera general, son administradas por la Comisión Nacional del Servicio Civil.¹⁷

No ocurre lo mismo con las carreras especiales de origen constitucional, pues la administración de la carrera corresponde a la misma entidad; es lo que ocurre con la

⁸ Decreto 1848 de 1969, artículo 1.

⁹ Artículos 3 y 4.

¹⁰ Artículo 1.

¹¹ Ley 909 de 2004, artículo 4.

¹² Regulada por el Decreto 71 de 2020.

¹³ Decreto Ley 407 de 1994.

¹⁴ Decreto Ley 775 de 2005 y Decreto Reglamentario 2929 de 2005.

¹⁵ Decreto Ley 780 de 2005.

¹⁶ Decreto Ley 790 de 2005.

¹⁷ Congreso de la República de Colombia, Ley 909 de 2004, artículo 4, numeral 3.

Rama Judicial,¹⁸ la Policía Nacional,¹⁹ las Fuerzas Armadas,²⁰ la Contraloría General de la República,²¹ la Procuraduría General de la Nación,²² la Fiscalía General de la Nación²³ y las universidades del Estado.

La Constitución Política establece que estas últimas se regirán por sus propios estatutos²⁴ y la ley determinará un régimen especial para las mismas;²⁵ asimismo, la Ley 489 (Congreso de la República de Colombia, 1998) dispuso que los entes universitarios autónomos están sujetos a un régimen especial. En este punto es importante precisar que no todas las IES estatales tienen esta última categoría, pues también pueden estar organizadas como establecimientos públicos del orden nacional, departamental, distrital o municipal,²⁶ este es el caso de las instituciones técnicas profesionales y las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas.

Con el fin de organizar el servicio público de educación, se expidió la Ley 30 de 1992; en la misma se establecieron los requisitos mínimos para ser docente universitario de IES públicas o estatales,²⁷ y las categorías en las que se clasifican los mismos, a saber: docentes con dedicación exclusiva; docentes de tiempo completo o medio tiempo; docentes ocasionales de tiempo completo o medio tiempo; y docentes de cátedra

Los dos primeros son considerados empleados públicos de carrera, ya que su ingreso está condicionado al concurso público de méritos y a la superación del periodo de prueba; los terceros son aquellos requeridos por las IES por periodos inferiores a un año, mientras que los de cátedra prestan sus servicios por horas durante el periodo académico. Frente a los docentes ocasionales y de cátedra, la Ley 30 de 1992 estableció que no son empleados públicos ni trabajadores oficiales.

Por otro lado, la Corte Constitucional de Colombia (1996) estableció en la Sentencia C-006 las siguientes características fundamentales frente a los docentes ocasionales y de cátedra que presten sus servicios a las IES oficiales y que deben ser tenidos en cuenta al momento de su vinculación. En primer lugar, la relación laboral de los docentes empleados públicos, los docentes ocasionales y los docentes de cátedra tienen el elemento de la subordinación, por lo tanto, estos últimos no pueden ser vinculados a través de contratos de prestación de servicios. La Ley 30 de 1992 establece que los servicios prestados por los docentes ocasionales serán reconocidos mediante resolución (artículo 74); sin embargo, no establece la forma de vinculación de estos, ni de los de cátedra, solo indica que estos aspectos deben ser regulados por el estatuto docente universitario (artículo 75).

¹⁸ Ley 270 de 1996.

¹⁹ Decreto 1791 de 2000.

²⁰ Decreto Ley 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006 y Decreto 1428 de 2007.

²¹ Decreto Ley 268 de 2000.

²² Decreto Ley 262 de 2000.

²³ Decreto Ley 020 de 2014.

²⁴ Artículo 69.

²⁵ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991, artículo 69.

²⁶ Ley 30 de 1992, parágrafo.

²⁷ Artículo 70.

En segundo lugar, las funciones que cumplen los docentes de cátedra y ocasionales son las mismas de los docentes empleados públicos, que se diferencian en la temporalidad de sus servicios, permanentes para estos últimos y temporales para los ocasionales y de cátedra. Entonces, al no existir diferencia entre las actividades que realizan unos y otros —a pesar de la temporalidad—, estos últimos también son considerados servidores públicos. El Consejo de Estado de Colombia (Auto Proceso 11001032400020170034500, 2021) ha indicado que los docentes de cátedra de las IES estatales son servidores públicos *sui generis*, pues no son ni empleados públicos ni trabajadores oficiales. En este punto, es fundamental indicar que el título tercero de la Ley 30 de 1992 regula el régimen especial de las universidades estatales, así como las instituciones públicas de educación superior que tengan una organización diferente a los entes universitarios autónomos, esto es, los establecimientos públicos. En la Sentencia C-006, la Corte Constitucional de Colombia (1996), al estudiar la constitucionalidad y declarar la inexecutable del artículo 73 de la antedicha ley, estableció unas condiciones aplicables tanto a los entes universitarios autónomos como a las instituciones de educación superior organizadas como establecimientos públicos.

Finalmente, la Corte Constitucional (1996) señaló que los docentes ocasionales y de cátedra tienen derecho al reconocimiento proporcional de las prestaciones de las que gozan los docentes empleados públicos; no obstante, en la sentencia no se hizo referencia al régimen salarial, dejando este asunto a disposición de lo plasmado en los estatutos universitarios, tal como lo establece el artículo 77 de la plurimencionada Ley 30. Actualmente, la norma que regula “el régimen salarial y prestacional de los docentes de las Universidades Estatales” es el Decreto 1279 (Presidencia de la República de Colombia, 2002). Dicha norma consagra que sus disposiciones se aplicarán a los docentes empleados públicos de las universidades oficiales, mientras que los estatutos universitarios definirán el régimen aplicable a los docentes ocasionales y de cátedra.

Según las autoras, el Decreto 1279 debe aplicarse a todas las instituciones de educación superior públicas, pues el artículo 77 de la Ley 30 de 1992 regula lo atinente sin distinción de organización como ente universitario autónomo o establecimiento público. Por lo que al menos el régimen prestacional establecido en el Decreto 1279 de 2002 debe ser aplicado a los docentes universitarios empleados públicos, y por la extensión establecida a través de la Sentencia C-006 de 1996 de la Corte Constitucional, a los docentes ocasionales y de cátedra de las IES oficiales.

En esos términos, aunque la ley establece que los docentes ocasionales y de cátedra no son trabajadores oficiales ni empleados públicos, hay que determinar en qué consisten la relación legal y reglamentaria y contractual, y si esta obedece solo al acto jurídico mediante el cual se vincula el servidor público. De acuerdo con el Decreto 1848 (Presidencia de la República de Colombia, 1969), cuando se habla de relación legal y reglamentaria, se refiere a los empleados públicos (artículo 1). En el mismo sentido lo manifiestan Martínez Cárdenas y Ramírez Mora (2008), así como también lo establece la Ley 909 de 2004 en su artículo primero. Sin embargo, esta definición resulta simplista, por lo que se hace necesario ir a los orígenes de este tipo de relación también llamada estatutaria.

Según Serrano Guirado (1953), la relación estatutaria o legal y reglamentaria —como se llama en Colombia— se remonta a las teorías del derecho privado en las que, en principio, el empleo se asimilaba a una propiedad transferida; luego, se consideraba un arrendamiento de obra en el que el funcionario era la parte del contrato que se encargaba de desarrollarla, o como un contrato de mandato, siendo el funcionario el mandatario del Estado; finalmente, se dio una teoría mixta de arrendamiento y mandato. Por otra parte, surgieron las teorías del derecho público en la que se destacó: la teoría política y orgánica unilateral que indica que el único fundamento del consentimiento del funcionario es el poder del Estado; en esta teoría el poder coactivo del Estado era el que otorgaba la validez y eficacia al nombramiento.

En la actualidad predominan aquellas teorías que indican que el carácter público del acto de nombramiento no le quita eficacia a la voluntad del particular, es decir, el consentimiento del funcionario es el que le da la eficacia al nombramiento; entre estas teorías están las contractuales de derecho público y las francesas de la situación legal y reglamentaria. Las primeras indican que existe un acuerdo de voluntades entre la administración y el empleado; hay quienes piensan que el acto de nombramiento debe tenerse como un acto diverso del contrato, el cual se dirige a ejecutarlo; otros diferencian el acto constitutivo de la relación contractual que, al configurarse, debe someterse a la ley aplicable (Serrano Guirado, 1953).

Las segundas teorías señalan que la vinculación del funcionario es legal o reglamentaria debido a su incorporación a la institución administrativa en la que se apropian de algunas de sus funciones, lo que genera, entre otras cosas, vínculos morales, indicando que no puede haber un régimen contractual pues implicaría una vinculación netamente jurídica que contiene un objeto y un pliego de condiciones y sus obligaciones se encuentran contenidas en el contrato; a pesar de eso, es claro que en la vinculación legal y reglamentaria las obligaciones están determinadas en la ley, y los funcionarios y la administración forman una unidad con la institución jurídica en la que estos entran a pertenecer y tomar posesión del cargo público (Serrano Guirado, 1953).

Así pues, en la relación legal y reglamentaria los poderes y deberes de los funcionarios están consagrados en las leyes y reglamentos, por lo que la situación es uniforme para cada categoría de funcionarios; estos no están facultados para solicitar que se varíe su situación, sin olvidar que los ciudadanos pueden solicitar la modificación de leyes y reglamentos, y la situación de los funcionarios puede modificarse sin su consentimiento por parte de la autoridad legislativa o reglamentaria (Serrano Guirado, 1953).

En conclusión, se tiene que el acto de nombramiento es un acto administrativo unilateral proferido por una autoridad en la que se genera con el individuo una relación legal y reglamentaria; cuya aceptación por el empleado solo lo torna eficaz. La doctrina francesa indica que el nombramiento es un acto en el que, con la manifestación de voluntad de la administración, se crea una situación jurídica general y determinada por una ley o un reglamento que produce investidura desde la publicación o notificación. Dicho nombramiento contiene el cargo a ejercer, la categoría, el sueldo, las condiciones, la autoridad ante la cual debe realizarse la posesión y las disposiciones del régimen aplicable (Serrano Guirado, 1953).

Según Serrano Guirado (1953), el nombramiento se expresa mediante la emisión del título adecuado a favor de quien reúne las condiciones legalmente establecidas y es a través de este que se le notifica su investidura al funcionario público; una vez este acepta, se entiende que hay perfeccionamiento. La aceptación puede ser expresa o tácita y generalmente se manifiesta mediante el acto de toma de posesión. Desde la toma de posesión el particular se convierte en empleado público y debe ejercer las funciones propias del cargo con sus efectos, previo a lo cual deberá presentar los documentos que lo habiliten.

Actualmente se acude a la teoría absolutista o totalitaria en la que se establece que el Estado soberano es el único que puede fijar las condiciones de empleo —sea mediante ley o reglamento— imponiéndoselas al servidor, en virtud de la regulación propia del derecho público y de la teoría del vínculo legal o reglamentario (Serrano Guirado, 1953).

Los siguientes son unos de los rasgos característicos de la relación estatutaria: i) el poder soberano del Estado contenido en el acto de vinculación; ii) el desempeño de una función pública; iii) la relación entre el Estado y el servidor es de derecho administrativo y, por tanto, de interés público; el Estado, de manera unilateral determina la relación de servicio; iv) el Estado exige del servidor la fidelidad y sacrificio en el cumplimiento de sus deberes (De Laubadère, André, 1984).

Concluye De Laubadère que:

Bajo esos presupuestos políticos totalitarios y expresiones jurídicas, la teoría estatutaria, como criterio político, orgánico, funcional y administrativo, y el acto condición como el medio de vinculación a la situación legal y reglamentaria, creada por la manifestación unilateral de la voluntad soberana del Estado y fuente de un estatus predicable de todos los funcionarios (De Laubadère, 1984 p. 245-247).

La relación laboral con el Estado se divide en 2 segmentos; por un lado, antes de la aceptación del nombramiento no se puede hablar de una unilateralidad en sí, pues para que pueda crearse ese vínculo legal entre el Estado y el servidor público deben coexistir 2 voluntades: la del Estado en nombrar a una persona y la del empleado para aceptar dicho nombramiento —manifestado en la toma de posesión—, lo cual crea así la relación o vínculo laboral y una vez nace a la vida jurídica se desarrolla según las reglas y condiciones del Estado del que sí se pregona su unilateralidad.

Según Martínez Cárdenas y Ramírez Mora (2008), el vínculo legal y reglamentario se pregona de los empleados públicos y funcionarios, quienes se someten a la ley, al reglamento y al régimen de función pública, adoptando actividades dirigidas a cumplir con los intereses primordiales del Estado.

Por otro lado, en lo referente a la relación contractual —que tradicionalmente es la propia de los trabajadores oficiales— Villegas Arbeláez (2021) señala que se celebra un contrato de trabajo por tratarse de funciones que ordinariamente pueden realizar los particulares, al no ser actividades propias del Estado. Es el caso de las actividades

de construcción de obras públicas, empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas por acciones y las sociedades de economía mixta. Es precisamente en razón de las funciones realizadas que la vinculación se puede dar mediante contrato de trabajo (Villegas Arbeláez, 2021).

En Colombia, cuando se trata de una relación legal y reglamentaria, se realiza un nombramiento que se perfecciona con la posesión; en esta, las condiciones laborales y prestacionales están establecidas en la ley y los reglamentos, mientras que en la relación contractual laboral dichas condiciones están consagradas y son acordadas en el contrato de trabajo. Con todo, se debe tener en cuenta que las condiciones mínimas en este último caso están determinadas por la ley. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido que:

[...] las tareas o funciones a desempeñar, pues, las de los empleados públicos, por expresa disposición del artículo 122 constitucional, están determinadas en la ley o el reglamento, en tanto que las de los trabajadores oficiales pueden ser pactadas de manera consensuada y están comprendidas en las obligaciones del respectivo contrato de trabajo (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia Proceso 11001032500020140151100, 2018).

Los docentes ocasionales y de cátedra tienen estipuladas sus funciones en los estatutos universitarios —asimilables a los reglamentos—, así como sus derechos y obligaciones. Asimismo, no se puede perder de vista que el Consejo de Estado de Colombia (2017) a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil ha sido enfática en afirmar que estos docentes son servidores públicos y que como tales ejercen función pública, aunque no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, pues cumplen una función ligada al servicio público de educación (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia Proceso 11001032400020180050000, 2023).

A pesar de estas consideraciones y en virtud de la autonomía universitaria, las instituciones de educación superior públicas emplean diferentes modalidades de vinculación y otorgan distintas prerrogativas prestacionales a los docentes ocasionales y de cátedra, que inciden directamente en la jurisdicción que conoce de sus controversias como se pasará a analizar.

4. Forma de vinculación y jurisdicción competente

Con el fin de analizar la forma de vinculación y el régimen salarial y prestacional de los docentes ocasionales y de cátedra de las instituciones públicas de educación superior en el marco de la autonomía universitaria, se solicitó a través de derecho de petición a cada una de las instituciones públicas de educación superior acreditadas en alta calidad en Colombia que informaran al respecto. Sumado a esto, se solicitó remitir la minuta por medio de la cual se efectuaba la vinculación de los docentes.

Se realizó la solicitud a un total 37 IES, de las cuales, solo 24 contestaron, es decir el 64,86 % de las instituciones de educación superior, obteniendo una muestra

representativa de las mismas. Se realizó un análisis en una matriz de datos en el que se logró evidenciar que respecto del régimen salarial y prestacional de los docentes ocasionales y de cátedra se presentan unas variables en cuanto a la normatividad aplicable. Para el caso de los docentes de cátedra, se observó que: a) Al 41,67 % se le aplica el Decreto 1279 de 2002 (régimen salarial y prestacional aplicable a los docentes de universidades estatales); b) Al 8,33 % los gobierna el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 3743, Presidencia de la República de Colombia, 1950); c) Al 4,16 % los rige el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial, es decir, el Decreto 1919 de 2002; d) Al 25 % le aplican los estatutos universitarios, sin dar más información al respecto y, e) El 20,83 % de las entidades no informaron.

Así mismo, en lo que respecta a los docentes ocasionales, se determinó que: a) A un 41,67 % se le aplica el Decreto 1279 de 2002; b) Mientras que un 4,17 % se rigen por el Decreto 1919 de 2002, c) Al 25 % los gobiernan los estatutos universitarios y, d) Finalmente, un 20,83 % no indicó el régimen aplicable.

Resulta preocupante que, a pesar de la regla expresa que fue establecida por la Corte Constitucional a través de su Sentencia C-006 de 1996, en la que se determinó que los docentes de cátedra y ocasionales tienen derecho a todas las prestaciones sociales que se han consagrado para los docentes de carrera, aún no se le de aplicación a dicha prerrogativa en el 58,33 % de los docentes ocasionales de cátedra de las instituciones públicas de educación superior. Además, el Consejo de Estado a través de varios pronunciamientos en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho ha concedido las pretensiones de docentes de cátedra y ocasionales que han solicitado el reconocimiento de dichas prerrogativas.²⁸

Ahora bien, con el fin de estudiar el criterio formal de la vinculación de los docentes ocasionales y de cátedra se encontró que en virtud de la autonomía universitaria en las instituciones estatales de educación superior: a) El 83,33 % de los docentes ocasionales se vinculan mediante acto administrativo, mientras que el 8,33 % son vinculados mediante contrato laboral. Sin embargo, el 8,33 % de las instituciones no informaron la forma de vinculación de dichos docentes y, b) Frente a los docentes de cátedra se encontró que un 62,5 % es vinculado por medio de acto administrativo y el 37,5 % es vinculado por medio de contrato laboral.

Frente a la vinculación de los docentes ocasionales resulta particular que el 8,33 % se haga a través de contrato de trabajo, teniendo en cuenta que el artículo 74 de la Ley 30 de 1992 establece expresamente que las labores realizadas por estos serán reconocidas mediante acto administrativo; el 83,33 % de las IES vinculan a este tipo de docentes a través de acto administrativo. De otro lado, aunque el 62,5 % de los docentes de cátedra se vinculan de igual manera, es una práctica más extendida la vinculación de los mismos a través de contrato de trabajo correspondiendo al 37,5 %.

²⁸ Para más información ver las sentencias: Consejo de Estado, radicado 41001233300020170061201 del 28 de septiembre de 2023 [C. P. Juan Enrique Bedoya Escobar]; Consejo de Estado, radicado 41001233300020160011401 del 26 de mayo de 2022 [C.P. William Hernández Gómez].

Pareciera que la forma de vinculación es determinante cuando se tiene en cuenta las posturas que la Corte Constitucional ha sentado para determinar cuál es la jurisdicción competente para conocer de las controversias de los docentes ocasionales y de cátedra de las IES estatales. Por un lado, mediante el Auto 246 de 2022 la Corte Constitucional estableció como regla de decisión que las controversias relativas al vínculo laboral de un docente ocasional deben ser resueltas por la jurisdicción laboral, conforme al artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el artículo 74 de la Ley 30 de 1993, pues la docente fue vinculada a través de un contrato de trabajo, por lo que en consecuencia hace uso del criterio formal, es decir, se considera la forma de vinculación independientemente de la función realizada para asignar la competencia, esto, teniendo en cuenta que la jurisdicción ordinaria conoce de las controversias que se susciten directa o indirectamente en el contrato de trabajo.

Luego, la Corte mediante Auto 1107 de 2023 declara nuevamente en el caso de un docente ocasional que la jurisdicción competente es la ordinaria, sin tener en cuenta que en esta ocasión el profesor fue vinculado mediante un acto de nombramiento, es decir, no tiene en cuenta la forma de vinculación para definir la jurisdicción y tampoco es claro cuál es el criterio de definición de competencia. En otra ocasión, a través del Auto 223 de 2023 la Corte indica que la jurisdicción ordinaria laboral no solo es la competente para conocer las controversias de los docentes ocasionales sino también los de cátedra de una institución de educación pública. Sin embargo, no se puede perder de vista que la Corte aplica la regla incluso cuando no se está controvirtiendo un contrato de trabajo sino un acto administrativo.

Tampoco se puede olvidar que la Ley 270 (Congreso de la República de Colombia, 1996) establece en su artículo 12 que la función jurisdiccional es ejercida por: la jurisdicción constitucional, de lo contencioso administrativo, penal militar, indígena, justicia y paz, y la jurisdicción ordinaria “que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción”. No obstante, se ha encontrado en la jurisprudencia del Consejo de Estado que la jurisdicción contencioso administrativa ha conocido de las controversias de los docentes ocasionales y de cátedra vinculados a instituciones de educación superior pública, la cual ha asumido la competencia en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de docentes que se han vinculado a través de actos administrativos.

A propósito del criterio funcional, se debe tener en cuenta que el Consejo de Estado lo aplica en los asuntos de conflictos de competencia para la definición de la jurisdicción en aquellos casos de relaciones laborales encubiertas en el marco de un contrato de prestación de servicios; si las funciones que desempeñaba el contratista corresponden a los de un trabajador oficial, le corresponderá conocerlas a la jurisdicción ordinaria, tal como lo consagró el numeral 4 del artículo 105 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social; mientras que si las actividades desarrolladas por el contratista corresponden a las de un empleado público, el conocimiento es de la jurisdicción de lo contencioso administrativo conforme al numeral 4 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011. El Consejo de Estado lo resume en los siguientes términos:

Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia Proceso 25000234200020160546401, 2023).

Esta regla para la definición de la jurisdicción cobra todo sentido al considerar que, conforme al principio de igualdad, si el trabajador estaba desempeñando las funciones de uno u otro servidor público, debe tener el mismo tratamiento que se le da al respectivo funcionario acudiendo al juez natural correspondiente.

En tratándose de los docentes universitarios, es claro que las funciones que desempeñan los docentes de carrera—empleados públicos—, y los docentes ocasionales y de cátedra son las mismas, como lo ha reiterado la Corte Constitucional; también es claro que la jurisdicción competente para conocer de las controversias laborales de los primeros es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Teniendo en cuenta que las actividades de docencia, investigación y extensión son realizadas por los profesores de carrera, de cátedra y ocasionales de las IES estatales, también son competencia de la jurisdicción contenciosa.²⁹

Haciendo un símil, si solo se tomara en cuenta el criterio formal, todos los contratos de prestación de servicios en los que se pretende la declaratoria de la relación laboral, independientemente de la función que se desempeñara—como empleado público o trabajador oficial— tendrían que ir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues es la competente para conocer de los contratos estatales. Sin embargo, como ya se ha reiterado, la jurisdicción contencioso administrativa no aplica dicho criterio y por el contrario aplica el criterio funcional. Precisamente, la naturaleza de las actividades que realizan los docentes ocasionales y de cátedra de las IES oficiales y la relación laboral regida por los estatutos universitarios son las que justifican que sea la jurisdicción contencioso administrativa la que resuelva sus conflictos.

5. Conclusiones

Para la adecuada clasificación de los servidores públicos se pueden tener en cuenta tres criterios: 1) El orgánico: relacionado con la entidad para la que se trabaja, en este caso debe ser pública; 2) El formal: la forma como se vincula, a través de acto administrativo de nombramiento o mediante contrato del trabajo, y 3) El funcional: las actividades que realiza el servidor en la entidad estatal. Frente al criterio orgánico, es importante resaltar que el artículo 12 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia consagró que cuando la competencia no está asignada a una jurisdicción en específico, conocerá

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, proceso 41001233300020170061201 del 28 de septiembre de 2023, M.P. Juan Enrique Bedoya Escobar; Consejo de Estado, Sección Segunda, proceso 54001233300020180020801 del 28 de septiembre de 2023, M.P. Carmelo Perdomo Cueter; Consejo de Estado, Sección Segunda, proceso 41001233300020160011401 del 26 de mayo de 2022, M.P. William Hernández Gómez; Consejo de Estado, Sección Segunda, proceso 25000234200020170519702 del 2 de diciembre de 2021, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas;

la ordinaria. Sin embargo, las autoras consideran que este criterio no sería el aplicable si se tiene en cuenta que los docentes ocasionales y de cátedra de las instituciones de educación superior oficiales laboran para una entidad pública y en efecto tienen una categoría, y es que sin lugar a duda son servidores públicos, razón por la cual dicha regla no sería aplicable a los mismos.

Ahora bien, si se tiene en cuenta el criterio formal, es decir, la forma de vinculación de dichos docentes, se encontró que en virtud de la autonomía universitaria los IES públicas vinculan a sus docentes ocasionales y de cátedra a través de dos modalidades principales: contrato de trabajo y acto administrativo de nombramiento. Entonces, quienes estén vinculados a través del primero irían a la jurisdicción ordinaria laboral y quienes se vinculen a través del segundo irían a la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, tampoco debería ser el criterio para la definición de la competencia, teniendo en cuenta que si los docentes de carrera —empleados públicos—, los ocasionales y los de cátedra realizan las mismas actividades, su juez natural debería ser el mismo sin ninguna diferenciación.

Finalmente, considerando el criterio funcional, los docentes ocasionales y de cátedra de las instituciones de educación superior públicas cumplen las mismas funciones y desarrollan las mismas actividades que los docentes de carrera-empleados públicos; además, todos ellos son regidos por los estatutos universitarios, por lo que en teoría se podría decir que tienen una relación estatutaria sin lugar a la negociación de las actividades que realizan, sus derechos y obligaciones. En este sentido, la jurisdicción competente sería la contencioso administrativa considerando que el numeral 4 del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 establece que esta jurisdicción conoce de los procesos “relativos a la relación legal y reglamentaria de los servidores públicos”, sin diferenciar su tipo; por tanto, allí se entenderían incluidos los docentes ocasionales y de cátedra de las IES estatales en su calidad de servidores públicos *sui generis*.

6. Referencias

- Agudelo Ramírez, M. (2007). *El Proceso Jurisdiccional* (2^a. ed.). Librería Jurídica Comlibros.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Gaceta Constitucional 116. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Carrasco Soulé, H. C. (2017). *Derecho Procesal Civil* (3^a. ed.). Iure Editores.
- Congreso de la República de Colombia. (1992, 28 de diciembre). *Ley 30 de 1992*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0030_1992.html
- Congreso de la República de Colombia. (1996, 7 de marzo). *Ley 270 de 1996*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html
- Congreso de la República de Colombia. (1998, 29 de diciembre). *Ley 489 de 1998*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html

- Congreso de la República de Colombia. (2002, 23 de septiembre). *Ley 909 de 2002*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0909_2004.html
- Congreso de la República de Colombia. (2011, 18 de enero). *Ley 1437 de 2011*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Congreso de la República de Colombia. (2015, 1 de julio). *Acto Legislativo 02 de 2015*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_02_2015.html
- Consejo de Estado de Colombia. (2017). *Sentencia Proceso 11001030600020170001400* [C. P.: Álvaro Namén Vargas]. Sala de Consulta y Servicio Civil.
- Consejo de Estado de Colombia. (2018). *Sentencia Proceso 11001032500020140151100* [C. P.: Sandra Lisseth Ibarra Vélez]. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B.
- Consejo de Estado de Colombia. (2020). *Sentencia Proceso 47001233300020140024801* [C. P.: Sandra Lisseth Ibarra Vélez]. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B.
- Consejo de Estado de Colombia. (2021). *Auto Proceso 11001032400020170034500* [C. P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez]. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B.
- Consejo de Estado de Colombia. (2022). *Sentencia Proceso 11001032500020170023301* [C. P.: Rafael Francisco Suárez Vargas]. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A.
- Consejo de Estado de Colombia. (2023). *Sentencia Proceso 25000234200020160546401* [C. P.: César Palomino Cortés]. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B
- Consejo de Estado de Colombia. (2023). *Auto Proceso 11001032400020180050000* [C. P.: Rafael Francisco Suárez Vargas]. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B.
- Corte Constitucional de Colombia. (1996, 18 de enero). *Sentencia C-006 de 1996* [M. P.: Fabio Morón Días]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-006-96.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2004, 16 de marzo). *Sentencia C-246 de 2004* [M. P.: Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional de Colombia. (2019, 6 de marzo). *Sentencia C-100 de 2019* [M. P.: Alberto Rojas Ríos]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-100-19.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2019, 3 de septiembre). *Auto A492 de 2019* [M. S.: José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2019/a492-19.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 15 de julio). *Auto A380 de 2021*. [M. S.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A380-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 29 de julio). *Auto A436 de 2021* [M. P.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A436-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 5 de agosto). *Auto A450 de 2021* [M. P.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2021/A450-21.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 2 de septiembre). *Auto A617 de 2021* [M. S.: Alberto Rojas Ríos]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A617-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 17 de septiembre). *Auto A676 de 2021* [M. P.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A676-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 24 de septiembre). *Auto A705 de 2021* [M. S.: Alberto Rojas Ríos]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A705-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 15 de octubre). *Auto A783 de 2021* [M. S.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A783-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 15 de octubre). *Auto A796 de 2021* [M. S.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A796-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 10 de noviembre). *Auto A931 de 2021* [M. P.: José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A931-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 10 de noviembre). *Auto A947 de 2021* [M. P.: José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A947-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 10 de noviembre). *Auto A949 de 2021* [M. P.: José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A949-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 24 de noviembre). *Auto A1053 de 2021* [M. P.: Jorge Enrique Ibáñez Najjar]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A1053-21.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 1 de diciembre). *Auto A1070 de 2021* [M. S.: Gloria Stella Ortiz Delgado]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A1070-21.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2021, 1 de diciembre). *Auto A1094 de 2021* [M. S.: Gloria Stella Ortiz Delgado]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2021/A1094-21.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 19 de enero). *Auto A013 de 2022* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A013-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 3 de febrero). *Auto A108 de 2022* [M. P.: Alberto Rojas Ríos]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A108-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 24 de febrero). *Auto A194 de 2022* [M. P.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A194-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 24 de febrero). *Auto A198 de 2022* [M. P.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A198-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 3 de marzo). *Auto A246 de 2022* [M. P.: Diana Fajardo Rivera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A246-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 16 de marzo). *Auto A350 de 2022* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2022/A350-22.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 16 de marzo). *Auto A354 de 2022* [M. P.: Jorge Enrique Ibáñez Najar]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A354-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 16 de marzo). *Auto A347 de 2022* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A347-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 24 de marzo). *Auto A389 de 2022* [M. S.: Karena Elisama Caselles Hernández]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A389-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022 24 de marzo). *Auto A405 de 2022* [M. P.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A405-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 30 de marzo). *Auto A452 de 2022* [M. S.: Gloria Stella Ortiz Delgado]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A452-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 6 de abril). *Auto A500 de 2022* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A500-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 11 de mayo). *Auto A681 de 2022* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A681-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 26 de mayo). *Auto A729 de 2022* [M. P.: Jorge Enrique Ibáñez Najar]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A729-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 26 de mayo). *Auto A737 de 2022* [M. P.: Jorge Enrique Ibáñez Najar]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A737-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 30 de junio). *Auto A922 de 2022* [M. P.: Diana Constanza Fajardo Rivera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2022/A922-22.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 21 de junio). *Auto A1008 de 2022* [M. S.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2022/A1008-22.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 14 de septiembre). *Auto A1379 de 2022* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A1379-22.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 21 de septiembre). *Auto A1418 de 2022* [M. P.: Natalia Ángel Cabo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A1418-22.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 2 de noviembre). *Auto A1644 de 2022* [M. S.: José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A1644-22.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 23 de noviembre). *Auto A1798 de 2022* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2022/A1798-22.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 26 de enero). *Auto A047 de 2023* [M. S.: Juan Carlos Cortés González]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A047-23.htm>.

- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 22 de febrero). *Auto A223 de 2023* [M. P.: Natalia Ángel Cabo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A223-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 15 de marzo). *Auto A321 de 2023* [M. P.: Diana Constanza Fajardo Rivera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2023/A321-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 29 de marzo). *Auto A447 de 2023* [M. S.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A447-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 10 de mayo). *Auto A768 de 2023* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A768-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 1 de junio). *Auto A1051 de 2023* [M. S.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1051-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 1 de junio). *Auto A1012 de 2023* [M. S.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1012-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 1 de junio). *Auto A1009 de 2023* [M. P.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1009-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 8 de junio). *Auto A1107 de 2023* [M. S.: Juan Carlos Cortés González]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1107-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 8 de junio). *Auto A1101 de 2023* [M. P.: Diana Constanza Fajardo Rivera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1101-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 8 de junio). *Auto A1108 de 2023* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1108-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 8 de junio). *Auto A1095 de 2023* [M. S.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1095-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 21 de junio). *Auto A1253 de 2023* [M. P.: Jorge Enrique Ibáñez Najar]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1253-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 21 de junio). *Auto A1168 de 2023* [M. S.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2023/A1168-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 21 de junio). *Auto A1172 de 2023* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1172-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 21 de junio). *Auto A1226 de 2023* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1226-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 12 de julio). *Auto A1451 de 2023* [M. S.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1451-23.htm>.

- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 12 de julio). *Auto A1387 de 2023* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2023/A1387-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 12 de julio). *Auto A1396 de 2023* [M. P.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2023/A1396-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 12 de julio). *Auto A1453 de 2023* [M. S.: Juan Carlos Cortés González]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1453-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 13 de julio). *Auto A1515 de 2023* [M. S.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1515-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 13 de julio). *Auto A1514 de 2023* [M. S.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1514-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 13 de julio). *Auto A1513 de 2023* [M. S.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1513-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 19 de julio). *Auto A1540 de 2023* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1540-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 19 de julio). *Auto A1554 de 2023* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1554-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 19 de julio). *Auto A1562 de 2023* [M. P.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1562-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 19 de julio). *Auto A1565 de 2023* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1565-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 19 de julio). *Auto A1597 de 2023* [M. S.: Antonio José Lizarazo Ocampo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1597-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 26 de julio). *Auto A1640 de 2023* [M. P.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1640-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 26 de julio). *Auto A1662 de 2023* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1662-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023). *Auto A1719 de 2023* [M. P.: Alejandro Linares Cantillo].
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 2 de agosto). *Auto A1716 de 2023* [M. P.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1716-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 2 de agosto). *Auto A1733 de 2023* [M. P.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1733-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 15 de agosto). *Auto A1895 de 2023* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1895-23.htm>.

- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 15 de agosto). *Auto A1900 de 2023* [M. S.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A1900-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 29 de agosto). *Auto A2041 de 2023* [M. P.: José Fernando Reyes Cuartas]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A2041-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 7 de septiembre). *Auto A2106 de 2023* [M. S.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A2106-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 26 de septiembre). *Auto A2276 de 2023* [M. P.: Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A2276-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 26 de septiembre). *Auto A2277 de 2023* [M. P.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A2277-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 26 de septiembre). *Auto A2282 de 2023* [M. P.: Paola Andrea Meneses Mosquera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A2282-23.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 11 de octubre). *Auto A2462 de 2023* [M. P.: Natalia Ángel Cabo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A2462-23.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2023, 11 de octubre). *Auto A2520 de 2023* [M. S.: Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2023/A2520-23.htm>
- De Laubadère, A. (1984). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Temis.
- Devis Echandía, H. (2009). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Editorial Temis.
- López Blanco, H. F. (2016). *Código General del Proceso Parte General*. Dupre Editores Limitada.
- Martínez Cárdenas, E. E., & Ramírez Mora, J. M. (2008). *Régimen del Servidor Público*. Escuela Superior de Administración Pública.
- Presidencia de la República de Colombia. (1945, 28 de agosto). *Decreto 2127 de 1945*. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14906>
- Presidencia de la República de Colombia. (1951, 7 de junio). *Decreto Ley 3743 de 1950*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html
- Presidencia de la República de Colombia. (1948, 24 de junio). *Decreto Ley 2158*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_procedimental_laboral.html.
- Presidencia de la República de Colombia. (1969, 4 de noviembre). *Decreto 1848 de 1969*. Presidencia de la República y Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1291>
- Presidencia de la República de Colombia. (2002, 19 de junio). *Decreto 1279 de 2002*. Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Educación. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5356&dt=S>

Presidencia de la República de Colombia. (2015, 26 de mayo). *Decreto 1083 de 2015*. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62518>

Quintero, B., & Prieto, E. (2008) *Teoría General del Derecho Procesal* (4ª ed.). Editorial Temis.

Serrano Guirado, E. (1953). El nombramiento y la toma de posesión de los funcionarios. *Revista de Administración Pública*, (12), 161-184. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-12-septiembre-diciembre-1953/el-nombramiento-y-la-toma-de-posesion-de-los-funcionarios-publicos-3>

Villegas Arbeláez, J. (2021). *Tratado de Derecho del Trabajo en la Función Pública. Régimen Laboral de los Trabajadores Estatales. Tomo I: Principios, Estructura y Nociones Generales* (12ª ed.). Editorial Ibañez.

Younes Moreno, D. (2018). *Derecho Administrativo Laboral* (13ª ed.). Editorial Temis.

Los controles en la contratación estatal de obra pública frente a la seguridad y salud en el trabajo¹

Controls on occupational health and safety in government contracting of public works

Camilo Andrés Restrepo Montoya²
Sergio Luis Mondragón Duarte³

Cómo citar: Restrepo, C. A.; Mondragón, S. L. (2024). Los controles en la contratación estatal de obra pública frente a la seguridad y salud en el trabajo. *Nuevo Derecho*, 20(34): 1 – 14. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1618>

Recibido: 14-12-2023 - Aceptado: 26-04-2024 - Publicado: 03-05-2024

Resumen

Este artículo aborda elementos teóricos, legales y conceptuales acerca de los controles ejercidos desde la contratación estatal en temas de obra pública frente al Sistema de General de Seguridad Social Integral, en entidades públicas y privadas que establezcan relaciones comerciales con el Estado, a fin de reducir los desequilibrios económicos y sociales que puedan originarse como producto de accidentes, incidentes, maternidad o desempleo. En el desarrollo del artículo se realizó una investigación cualitativa con un alcance analítico de revisión documental que permitió llegar a conclusiones generales en el campo de la SG-SST, a partir de premisas epistemológicas, dogmáticas y normativas con las que se constata que estos controles pueden garantizar la seguridad y la salud en el trabajo y la existencia y validez del contrato estatal.

Palabras clave: contrato estatal, seguridad y salud en el trabajo, prerrogativas estatales.

¹ Artículo derivado de la investigación titulada: “Determinación de la responsabilidad fiscal del contratista de obra pública frente a la ejecución de los componentes de administración, imprevistos y utilidades (AIU) establecidos en la propuesta, en la legislación colombiana”, cod: 400000377, adelantada en la Corporación Universitaria Remington.

² Abogado. Magíster en Derecho Administrativo. Especialista en Contratación Estatal y en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Derecho Disciplinario de la Institución Universitaria de Envigado. Coordinador de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Corporación Universitaria Remington. Vinculado al Grupo de Investigación gisor. Docente con funciones de coordinación académica en la Especialización de Contratación Estatal de la Institución Universitaria de Envigado, vinculado al Grupo de Investigación Auditorio Constitucional. Correo: camilo.restrepo@uniremington.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-3196-8601>

³ Abogado. Doctor en Seguridad Humana y Derecho Global de la Universidad Autónoma de Barcelona. Magíster en Educación Digital, E-Learning y Redes Sociales. Magíster en Derecho Público. Especialista en Derecho Disciplinario. Especialista en Contratación Estatal. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional. Investigador asociado de Minciencias. Líder del Grupo de Investigación gisor. Correo: sergio.mondragon@uniremington.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5189-6770>



Abstract

This article deals with theoretical, legal and conceptual elements about the controls exercised from the state contracting in public works in relation to the General System of Integral Social Security, in public and private entities that establish business relations with the State, in order to reduce the economic and social imbalances that may arise as a result of accidents, incidents, maternity or unemployment. In the development of the article, a qualitative research was carried out with an analytical scope of documentary review that allowed to reach general conclusions in the field of the SG-SST, based on epistemological, dogmatic and normative premises with which it is confirmed that these controls can guarantee the safety and health at work and the existence and validity of the state contract.

Keywords: State contract, Occupational Health and Safety, SG-SST, State Prerogatives.

1. Introducción

Este escrito resultado de investigación es abordado en tres momentos: en el primero se presenta un análisis legal de los controles dados desde la contratación estatal en obra pública sobre la seguridad y salud en el trabajo (sst) en Colombia; en un segundo momento se aborda analíticamente la conceptualización de la seguridad y salud en el trabajo; y en el último se presenta un esbozo de los efectos jurídicos de las normas contractuales y formas legales que impactan en la implementación del sg-sst en Colombia, en el marco de la Ley 100 (Congreso de la República de Colombia, 1993), la Ley 1562 (Congreso de la República de Colombia, 2012) y el Decreto 1072 (Presidencia de la República de Colombia, 2015), entre otras disposiciones que conceptualizan que la seguridad y salud en el trabajo, entendida como una disciplina garante de la prevención, protección y promoción de la salud de los empleados y trabajadores tanto del sector público como del privado, máxime que al vincularse a las disposiciones de la Ley 80 (Congreso de la República de Colombia, 1993) y la Ley 1150 (Congreso de la República de Colombia, 2007), entre otras que regulan la contratación estatal, forma parte integral de los fines del Estado.

En ese mismo contexto, debe entenderse que el Estado garantizar sus fines en lo concerniente al Sistema General de Riesgos Laborales, recurre a normas, procesos y procedimientos destinados a la prevención, protección y atención de las personas que brindan su fuerza laboral mediante la prestación de sus servicios a entidades o instituciones públicas o privadas, en las cuales se pueden verse abocadas a enfrentar contingencias tales como la enfermedad general o profesional, los sucesos denominados accidentes o incidentes, la maternidad o el desempleo y sus efectos, debiendo tanto el empleador como el trabajador, de conformidad con la Resolución 312 (Ministerio del Trabajo de Colombia, 2019), aplicar los estándares mínimos del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, asunto que ha comprometido a todos los empleadores en el establecimiento de políticas que permitan mejorar día a día las condiciones de sst para sus trabajadores, desde la adopción e implementación de las diferentes normativas, análisis de riesgos y políticas de aseguranza, especialmente aquellas orientadas en el marco de la contratación estatal.

Posteriormente, se evidencia que la sst forma parte integral del servicio público, cuya dirección, control y coordinación está a cargo del Estado, y debe ser garantizada por toda la institucionalidad tanto en el sector público como en el privado, al haberseles encargado su cooperación en la implementación del sg-sst, a través de formas contractuales y controles que permitan la identificación, el control, el seguimiento y la admisión de los riesgos y peligros que pueden ser garantizados por la parafiscalidad en Colombia.

2. Controles en la contratación estatal sobre la seguridad y salud en el trabajo en Colombia

La Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991) instituye la seguridad social como un “servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado” (art. 48), lo que conllevó que en la Ley 80 de 1993 se estableciera que la contratación estatal busca el cumplimiento de los “fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos” (art.3), asunto que desde la teoría democrática de derecho da cuenta por sí misma de la concreción normativa del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, la cual se entiende potencializada en las relaciones negociales del Estado, al hacer referencia en la Ley 80 de 1993 a la aplicación de la principalística legal, constitucional y jurisprudencial, que da cuenta de la nomoárquica jurídica en la cual la dignidad humana, la igualdad, la moralidad y la responsabilidad, entre otros principios, no se pueden desconocer por la obtención de utilidades en una relación contractual garantizada por el Estado (Santana Londoño et al., 2022).

Respecto de la contratación de las entidades públicas, en los procesos de selección del contratista de obra pública es usual que la entidades estatales como contratistas exijan a los interesados que, al momento de presentar sus propuestas, discriminen los precios unitarios de los costos directos de la ejecución del contrato, así como el porcentaje de administración, imprevistos y la utilidad, rubro que en las propuestas de los oferentes se conoce por sus siglas aiu, o simplemente au, según la entidad habilite al oferente para que en su propuesta incluya o no el rubro de imprevistos (la i). Es usual, además, que las entidades públicas exijan al contratista que con la presentación de la oferta se discriminen al detalle aquellos gastos que habrán de comprender el rubro de la administración dentro de la oferta presentada, es decir, discriminar el componente de la a dentro del rubro del aiu o au según el caso.

En ese orden de ideas, el aiu es un estimativo acoplado al presupuesto, pactado en los contratos de obra pública para garantizar los costos indirectos, los cuales, de acuerdo con Gómez Lee (2004) citado por Navarrete Consultores (2012), se refieren al denominado costeo de actividades del proyecto de forma indirecta y corresponden a actividades que no se relacionan directamente o se evidencian como necesarias para el logro del cometido contractual, pero que sin su ejecución la obra en sí no hubiese podido materializarse y garantizarse.

Es necesaria la adopción de controles que permitan que la parafiscalidad genere un equilibrio entre los derechos democráticos, las libertades y los derechos prestacionales que se han hecho evidentes desde 1776 con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (Segundo Congreso Continental de los Estados Unidos, 1776), de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (Asamblea Nacional Constituyente de Francia, 1789) y de los Derechos Humanos (1948), en las cuales se plasmó la igualdad entre los hombres desde su misma creación y se les dotó de derechos ciertos e inalienables como la vida, la propiedad, la libertad y la seguridad. En estas declaraciones se determinó, entre otras cosas, que toda persona “tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional [...] la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

Lo anterior permite cimentar la fuente de los derechos que pueden ser materializados por los estados y las instituciones a través de la contratación estatal, como la manifestación de la voluntad de dos o más partes intervinientes en la ejecución laboral y contractual, la cual, según Mondragón Duarte et al. (2020), es prevista en Colombia por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 como un acto solemne, ya que el acuerdo de voluntad de las partes es llevado a escrito y produce entre las partes responsabilidades y obligaciones, tales como el equilibrio económico del contrato, en el cual se debe prever que se pueda dar el acaecimiento de situaciones extraordinarias, imprevisibles y que puedan afectar la ejecución contractual, que pongan en riesgo el cumplimiento del objeto y el desarrollo de las obligaciones, afectando de esa forma a los sujetos que prestan su fuerza laboral, para que el Estado pueda cumplir sus fines a través de la contratación estatal y los particulares puedan cumplir con sus obligaciones contractuales. Es así como en esa órbita de materialización y ejecución del contrato estatal, los instrumentos normativos internacionales comparten condiciones reales que efectivizan los principios de igualdad, solidaridad y de prestación de los servicios públicos, entre los cuales se encuentra la seguridad social.

En particular, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 es el que preceptúa las condiciones o los requisitos básicos que han de garantizar el perfeccionamiento del contrato estatal, y, posteriormente, por medio del artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, se incluyó como una obligación para los que proponen, y a su vez para los contratistas, acreditar que se encuentran a paz y salvo frente a los aportes a parafiscales, especialmente teniendo en cuenta que el artículo 3 de la Ley 797 (Congreso de la República de Colombia, 2003) regló la afiliación al Sistema General de Pensiones como una actividad de carácter imprescindible e impajaritable.

Por su parte, el artículo 23 del Decreto 1703 (Ministerio de Salud de Colombia, 2002) establece como imposición al contratante el deber de verificar la afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y la Ley 789 (Congreso de la República de Colombia, 2002) establece en el artículo 50 el control a la evasión de los recursos parafiscales al indicar:

Las Entidades públicas en el momento de liquidar los contratos deberán verificar y dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones del contratista frente a los aportes mencionados durante toda su vigencia, estableciendo una correcta relación entre el monto cancelado y las sumas que debieron haber sido cotizadas (Congreso de la República de Colombia, Ley 789, 2002).

Ahora, al ser y entenderse la seguridad social como un servicio público, de obligatorio acatamiento y con control en cabeza del Estado, esta debe ser analizada a la luz de los principios que regulan la actividad contractual en la materia, especialmente por el principio de responsabilidad planteado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, y los presupuestos de Ley 1952 (Congreso de la República de Colombia, 2019), de las cuales se desprende el ejercicio de control que debe realizar el Estado frente a la contratación estatal, incluyendo así los ejercicios de control de los interventores y/o supervisores, como instrumento para garantizar el cumplimiento efectivo de los fines perseguidos por la contratación, como también el evitar desequilibrios económicos y sociales que puedan ser generados por contingencias como la enfermedad, los accidentes, la maternidad, el desempleo, entre otras, conforme a los presupuestos legales enmarcados en la materia en la Ley 100 de 1993. También se da paso a que las diversas entidades de gestión y control, como el Ministerio de Salud y Protección Social, la Fiscalía General de la Nación, la Contrataría General de la República y las contralorías departamentales, municipales o distritales, la Procuraduría General de la Nación, las veedurías y la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales realicen actuaciones en pro de garantizar el buen funcionamiento y uso de los recursos destinados a cada uno de los subsistemas de seguridad social.

Es evidente que el Estado, al celebrar los contratos que le permitan acceder a obras públicas, debe dar cumplimiento a sus propias regulaciones, en especial a aquellas que le permitan garantizar el cumplimiento de sus fines (Restrepo, 2020). Es así como, en virtud de los controles dados en la contratación estatal frente al sst, el oferente o contratista debe garantizar su afiliación y el cumplimiento de las normas que el legislador le impuso al empleador para garantizar en favor de la población activa laboralmente un sst de obligatorio cumplimiento. La normativa determinó que son afiliadas forzosas al Sistema General de Riesgos Laborales todas aquellas personas que establezcan un vínculo con las entidades o instituciones públicas o privadas a través de una relación contractual.

Aunque investigaciones realizadas, como la de Meza Morales y Yepes Ladino (2020), han demostrado que las empresas contratistas de obra pública no disponen de un modelo de presupuesto en relación con los aiu que se presenten en los proyectos, asunto que en muchos de los casos conlleva que sea incluido dentro del costo directo, afectando la utilidad y generando como resultado un imprevisto.

Ahora bien, algunos autores como Mondragón Duarte et al. (2020) han indicado que en los contratos celebrados por el Estado se conjuran situaciones de índole económico que, en materia de sst, afectan a los individuos vinculados por prestación de servicios de forma directa o indirecta, que de no precaverse pueden conllevar que el Estado

asuma, en virtud del principio de solidaridad, cargas económicas que permitan la subsistencia tanto del contratista como de su núcleo familiar. Así, es necesario que los interventores y supervisores de los contratos estatales desarrollen las distintas labores de orden técnico, administrativo, financiero, contable y legal, que permitan blindar a la entidad al garantizar, verificar y controlar que toda persona vinculada como contratista cumpla con sus obligaciones enmarcadas en la parafiscalidad del Sistema General de Seguridad Social Integral, y el sg-sst.

En este contexto, el panorama normativo en Colombia está compuesto por la Ley 1562 de 2012, el Decreto 1443 de 2014 compilado en el Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, el Decreto 472 de 2015 y las Resoluciones 4927 de 2016, 1111 de 2017 y 312 de 2019 que permiten conceptualizar que la sst como disciplina se cimenta en la prevención de las lesiones y enfermedades causadas por los escenarios de trabajo, y plantea las formas de prevención, protección y promoción a través de la incorporación de estándares mínimos, enmarcados en el sg-sst.

Según Mondragón Duarte (2020), el Decreto Legislativo 491 (Presidencia de la República de Colombia, 2020) reconoce y exige la verificación ágil y oportuna del pago de aportes a la sg-sst, como una medida para conjurar los posibles efectos causados en virtud del estado de emergencia económica, social y ecológica, dados en el marco de la protección laboral que debe estar a cargo de las diferentes autoridades públicas y privadas, asunto que da pie a concluir que la legitimidad del control de la sst en los contratos estatales tiene su sustento en principios y derechos constitucionales, legales y jurisprudenciales que le permiten al trabajador disponer de protección y garantías de su capacidad laboral y productiva, que es transversalizada por el Sistema de Pensiones, el Sistema de Salud, la gestión del riesgo laboral y la prestación de servicios sociales complementarios que materializan la dignidad humana como principio.

3. Análisis de la conceptualización de seguridad y salud en el trabajo -sst

La seguridad y salud en el trabajo hace parte de una estrategia de respuesta oportuna a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, dado que, en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y específicamente en el 8, todos los Estados miembros aspiran a “promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el pleno empleo y productivo y el trabajo decente para todos” (Organización Internacional del Trabajo, 2015).

A partir de las obsolescencias e insuficiencias de los sg-sst, Estupiñán Méndez et al. (2019) manifiestan que el Estado establece normativas y se crean herramientas esenciales para los empleadores públicos y privados en pro de que estos garanticen los derechos de la población laboral, en la identificación, medición y control de los factores constituyentes de riesgo o de peligro que alcancen a repercutir en las empresas, el Estado y la población misma, en el marco de la responsabilidad social empresarial o corporativa, dado que al Estado le asiste el deber de velar por la sst en cuanto al establecimiento de la “política, la organización, la planificación, la aplicación, la evaluación, la auditoría y las acciones de mejora con el objetivo de anticipar, reconocer,

evaluar y controlar los riesgos que puedan afectar la seguridad y la salud en los espacios laborales” (Presidencia República de Colombia, Decreto 1072, 2015, artículo 2.2.4.6.4.).

La seguridad y salud en el trabajo es un proceso lógico que permite anticiparse a situaciones de riesgo, reconocer el entorno, evaluarlo y controlarlo en sí toda situación de riesgo que pueda afectar a los empleadores y los trabajadores; para lo cual se hace indispensable, en la actual era de la cuarta revolución industrial, al permearse con el uso de las tecnologías de información y las comunicaciones (tic) y la robotización de las empresas, garantizar

La prevención de accidentes de trabajo y el control de los riesgos que en el ámbito laboral puedan ocasionar daño al bienestar de los trabajadores se ha convertido hoy en una de las mayores ventajas competitivas de las grandes empresas en el ámbito mundial (Trujillo, 2014, p. 16).

En ese orden de ideas, la Organización Internacional del Trabajo (1981), por medio del Convenio 155, define que las políticas de seguridad en relación con la salud y con el trabajo tendrán por objeto la prevención de accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del desarrollo de actividades laborales que sobrevengan con ocasión del trabajo. En ese sentido, éstas fijan los riesgos a los cuales se haya sometido el entorno laboral que han de ser regulados por el Estado, reconocidos por los empleadores y controlados por agentes inspectores de seguridad, a través del uso de herramientas que permitan adelantar los procesos de auditoría en las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes), y en las grandes empresas e industrias públicas y privadas, a fin de garantizar su implicación en los diferentes subsistemas de seguridad social integral.

Por ello, la sst tiene como objetivo la implementación de todo tipo de controles, medidas y procesos que permitan mejorar y sostener condiciones dignas, decentes y justas para el desarrollo de actividades laborales que permitan, según Hernández Palma (2011), prevenir, atender y proteger a los trabajadores en la disminución de riesgos laborales, evitar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que los trabajadores no están en el deber de soportar.

La sst, entendida como la relación de las condiciones de salud y de seguridad en los entornos laborales, implica la prevención de accidentes e incidentes laborales y enfermedades profesionales, control de riesgos y condiciones de trabajo, con base en los principios constitucionales. Según Restrepo Pimiento et al. (2013), esto tiene como consecuencia que el trabajador disfrute de lugares de trabajo idóneos en condiciones seguras y en las cuales la exposición al peligro se encuentre controlada.

Sin embargo, hay una necesidad real de un sg-sst que permita la adecuación e identificación de los procesos empresariales que generan riesgo, la disminución del tiempo de exposición de la población laboral, la estimación de los riesgos laborales previsibles e imprevisibles y la cuantificación salarial ocasionada en razón de la asunción del riesgo (Ordóñez Pardo, 2017). Esta necesidad ha llevado al Departamento de Prosperidad Social (2015), como ente rector en la sst, a establecer acciones

tendientes al buscar mejorar la gestión de seguridad y salud laboral, así como el logro de la reducción de costos derivados de los incidentes y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que permitan la preservación, el mantenimiento y la mejora de las condiciones de salud de todas las personas inmersas ocupacionalmente en una relación contractual al interior de las entidades públicas y privadas.

En ese orden de ideas, la sst permite estimar la definición de múltiples actividades que se deben realizar para garantizar la salud, definida por la Organización Mundial de la Salud (1948) como el bienestar físico, mental y social, con ausencia de afecciones o enfermedades. En tanto, Colombia dio sus primeros pasos en regulaciones en la materia de salud ocupacional hacia el año de 1979, hasta llegar a las normativas más recientes dadas con el Decreto 1072 de 2015 y la Resolución 312 de 2019, entre otras, que permiten entender los conceptos, objetivos y alcances en materia de preservación, mantenimiento y mejora de la salud laboral, que cada vez más tiende al cumplimiento de estándares laborales vinculados a los Derechos Humanos y a los ODS, que obligan a empresas e instituciones públicas y privadas, en términos de responsabilidad social empresarial, al deber diligente de brindar garantías de derechos, generar acciones afirmativas en materia de salud, en pro del bienestar laboral fortaleciendo estilos de vida saludables en concordancia con los fines de la parafiscalidad.

Lo anterior, sin desconocer que la OMS (2020) ha señalado que “los gobiernos deberán garantizar la salud, la seguridad y el bienestar de todos los trabajadores del país, en especial de quienes se encuentran vinculados directamente al sector de la salud” (Mondragón Duarte, 2021, p. 111). Por ello es posible decir que la normatividad colombiana en el tema de sst ha sido ampliada y ajustada, a través de la Resolución 666 de 2020 y las Circulares 001 y 003 de 2020, con el propósito de atender la emergencia económica, social y ecológica causada por la COVID-19, y que hoy en materia de contratación de obra pública debe formar parte integral de la planeación contractual el análisis de riesgos y la selección objetiva de la oferta más favorable de acuerdo con la propuesta presentada, en la cual deberá haberse realizado un debido análisis del aiu.

4. Efectos jurídicos de la utilización de cláusulas contractuales y formas legales que impactan en la implementación del sg-sst en Colombia

La implementación, el seguimiento y el control de la sst hacen indispensable que las empresas y las instituciones públicas y privadas asentadas en el país realicen acciones encaminadas a permitir la trazabilidad del sg-sst, en pro de garantizar la adopción, el establecimiento y la aplicabilidad de los estándares mínimos estipulados por el gobierno, a fin de impactar las metas trazadas para el cumplimiento de los ODS.

Es en esa implementación que el Decreto 1072 (Presidencia de la República de Colombia, 2015) trata de la prevención de las lesiones y enfermedades ocasionadas por los condicionamientos de los escenarios laborales, y de la protección, el mantenimiento y la promoción de la salud de la población laboral, y tiene por objeto la mejora en las condiciones laborales y la salud de la población a través de una garantía permanente

del bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las ocupaciones. El Estado en la búsqueda del cumplimiento de sus fines, por medio de la contratación estatal, regulada por la Ley 80 de 1993, establece acciones y controles que permiten que la participación de los oferentes y contratistas en el desarrollo contractual esté sujeto a las diferentes normas de regulación en la materia de sst y se vincule a este objeto se la sst. De su parte, la Constitución Política de Colombia en su artículo 41 (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991) menciona la importancia de la seguridad social como servicio público de carácter estatal.

Estos requerimientos legales implican que aquellos oferentes que no garanticen el pago de los recursos de parafiscalidad de los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato, no puedan contratar con el Estado, salvo que sean sociedades constituidas dentro de este periodo o sean personas naturales. De otra parte, a aquellos contratistas que presentan incumplimientos en el pago de los aportes por más de cuatro (4) meses se les puede declarar la caducidad del contrato, conforme a lo estipulado en el artículo 50 de la Ley 789 (Congreso de la República de Colombia, 2002), que regula la evasión de los recursos parafiscales. Esto implica que en la presentación de ofertas en contratos estatales sea indispensable acreditar el pago de los recursos parafiscales de los últimos (6) meses como un deber ineluctable. Y se establece desde el marco de la responsabilidad disciplinaria el deber del funcionario en dejar expresa constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

Por otro lado, cuando la contratación, incluida la de obra pública, se realice con personas jurídicas, se debe acreditar de forma ineludible mediante certificación expresa del representante legal o revisor fiscal, según corresponda, el pago de los aportes de parafiscalidad de sus empleados en los subsistemas de salud, pensión, riesgos laborales y servicios complementarios, la cual en todo caso no podrá ser inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato.

Asimismo, al momento de liquidar los contratos, incluidos los de obra pública, las entidades estatales garantizarán el cumplimiento de las obligaciones de parafiscalidad a cargo del contratista que se hayan generado durante la ejecución del contrato, a través de verificación de montos y generación de constancia. En el evento en que el aporte generado por el contratista no cubra la totalidad del valor que corresponda, la entidad contratante deberá retener las sumas adeudadas al sistema en el momento de la liquidación y efectuar el giro directo de dichos recursos a los correspondientes subsistemas de salud y pensiones como prioritarios.

Finalmente, la Ley 789 de 2002, modificada por la Ley 828 de 2003 en su vinculación con el funcionamiento del sg-sst, no genera obligación forzosa para que las entidades estatales retengan dineros en pro de la realización de los pagos al Sistema General de Seguridad Social, que se debieron dar por parte de los contratistas. En este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que:

El desconocimiento de la afiliación por parte del empleador desestructura indebidamente la relación triangular en materia de pensiones, porque imposibilita jurídica y materialmente la vinculación de la entidad administradora correspondiente, y con ello el ejercicio de sus facultades relacionadas con la exigibilidad de los demás deberes pensionales del contratante. Por ello, la responsabilidad de la omisión de la afiliación recae exclusivamente en el empleador incumplido (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-226, 2019).

De otra parte, en el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007 se incorporará como causal de mala conducta, sancionable conforme al régimen disciplinario vigente el hecho de comprobarse una evasión en el pago de los aportes parafiscales como consecuencia de una omisión del contratista en el desarrollo del contrato. Para tal efecto, la Ley 100 de 1993 prevé que el empleador sea el sujeto responsable del pago del aporte, por lo tanto, “la afiliación al sistema de seguridad social de los trabajadores dependientes es una obligación en cabeza del empleador” (Congreso de la República de Colombia, Ley 1150, 2007, artículo 17).

Lo anterior, puede conllevar la tipificación de la “omisión del agente retenedor”, en el entendido que esta tipología de delito descrita en el artículo 402 del Código Penal se concreta con la mera omisión de consignar las sumas retenidas, así:

Mediante inercia o comportamiento activo o negativo se incumple el mandato contenido en la norma penal para el tipo penal analizado, la omisión se concreta en la desatención de consignar el dinero que con ocasión del ejercicio de agente retenedor se han recaudado. (Álvarez Niño, 2013, p. 45).

Lo anterior debe analizarse hermenéuticamente con la Ley 1952 (Congreso de la República de Colombia, 2019) y con la Ley 80 de 1993.

Estos controles establecidos por la ley en la contratación estatal en obra pública, puede conllevar la aplicación de multas y sanciones a los empleadores, oferentes y contratistas, así como el surgimiento de acciones que restringen el acceso a la contratación estatal, y la apertura de indagaciones penales, disciplinarias y/o fiscales (Restrepo Montoya & Marín Morales, 2022) las cuales deberán verse reflejadas en el Registro Único de Proponentes (RUP).

En ese mismo orden de ideas, al dar aplicabilidad al artículo 9 de la Ley 828 (Congreso de la República de Colombia, 2003), se deberá exigir el cumplimiento de las obligaciones de parafiscalidad a cargo del contratista, para realizar inscripción, modificación, actualización o renovación de sus certificados de existencia y representación legal, y Registro Único de Proponentes ante las cámaras de comercio en forma oportuna y completa para con el Sistema de Seguridad Social.

Con todo, Fasecolda (2018) ha indicado que las empresas en el marco de la sst han dispuesto de un comportamiento que se funda en el desconocimiento del Estado de derecho, de la normatividad y sobre todo de la incorporación de áreas encargadas

de gestionar la sst. Esta situación, para León et al. (2017), vincula a la OMS y la OIT, al no exigir el establecimiento de controles que garanticen la salud ocupacional, la adaptación de los entornos laborales a condiciones más seguras y saludables, en pro de limitar los riesgos derivados de factores adversos a la salud, tanto en lo fisiológico como en lo psicológico.

Esta situación debería llevar a entender que el principio de planeación, “el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, para hacer un uso eficiente de los mismos y obtener un desempeño adecuado de las funciones” (Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá, 2020, p.19), y el principio de economía, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, exigen de las entidades estatales el desarrollo de tramites austeros, rápidos y eficientes que garanticen el principio del equilibrio económico del contrato, lo que en materia de sst va aparejado al deber de analizar los imprevistos como un componente del aju a ser incluido en el presupuesto de los proyectos, ya que la mayor permanencia en obra, los cambios normativos y las afectaciones a la salud pública, entre otros asuntos, pueden ocasionar una afectación a la estimación presupuestal de la obra pública.

De forma tal que la contratación requerirá ser acompañada por un debido control y seguimiento por parte del supervisor y/o interventor del contrato, en los componentes técnico, administrativo, contable, financiero y legal, que permita la continua y permanente ejecución del contrato, en cumplimiento de los preceptos normativos establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011 y Ley 1952 de 2019, entre otras, que definen los deberes y las obligaciones que les asisten a estas dos figuras de vigilancia y control del contrato estatal, en razón de la materialización de una función pública.

5. Conclusiones

El Departamento para la Prosperidad Social tiene como objetivo el fomento de la mejora de las condiciones de SST para los trabajadores, a través de la creación, implementación y publicación de políticas de seguridad y salud en el trabajo como herramientas de gestión que mejoren las condiciones de calidad de vida.

Los controles establecidos por la ley en la contratación estatal en obra pública pueden conllevar la aplicación de multas y sanciones a los empleadores, oferentes y contratistas, así como el surgimiento de acciones que restringen el acceso a la contratación estatal, y la apertura de indagaciones penales, disciplinarias y/o fiscales (Restrepo Montoya & Marín Morales, 2022). De otro lado, su inobservancia puede generar responsabilidades solidarias. En otras palabras, en Colombia es un deber ineludible para las instituciones, empresas y sociedades tanto públicas como privadas, el diseño y la puesta en operación de un sg-sst a la luz del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015, que le permita la identificación oportuna de riesgos y el establecimiento de acciones dirigidas a la prevención de accidentes y enfermedades laborales.

6. Referencias

- Álvarez Niño, K. J. (2013). *La responsabilidad penal del agente retenedor o recaudador en el gravamen a los movimientos financieros*. (p. U. Javeriana, Ed.) http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/10554/10035/1/AlvarezNinoK_arenJulieth2013.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Paris. <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Gaceta Constitucional 116. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Asamblea Nacional Constituyente de Francia. (1789, 26 de agosto). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.
- Congreso de la República de Colombia. (1993, 28 de octubre). *Ley 80 de 1993*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Congreso de la República de Colombia. (1993, 23 de diciembre). *Ley 100 de 1993*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Congreso de la República de Colombia. (2002, 27 de diciembre). *Ley 789 de 2002*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0789_2002.html
- Congreso de la República de Colombia. (2003, 29 de enero). *Ley 797 de 2003*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html
- Congreso de la República de Colombia. (2003, 10 de julio). *Ley 828 de 2003*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0828_2003.html
- Congreso de la República de Colombia. (2007, 16 de julio). *Ley 1150 de 2007*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Congreso de la República de Colombia. (2012, 11 de julio). *Ley 1562 de 2012*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1562_2012.html
- Congreso de la República de Colombia. (2019, 28 de enero). *Ley 1952 de 2019*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1952_2019.html
- Corte Constitucional de Colombia (2019, 23 de mayo). *Sentencia SU-229 de 2019* [M. P.: Diana Fajardo Rivera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU226-19.htm>
- Estupiñán-Méndez, A. V., Meneses-Delgado, S. L., & Rolón-Rodríguez, B. M. (2019). Seguridad y salud en el trabajo. *Revista Convicciones*, 6(12), 84-90. <https://www.fesc.edu.co/Revistas/OJS/index.php/convicciones/article/view/537>
- Fasecolda. (2018). *Seguridad y Salud en el trabajo: Una mirada desde la pequeña y mediana empresa*. Cámara Técnica de Riesgos Laborales.
- Hernández Palma, H. G. (2011). La gestión empresarial, un enfoque del siglo XX, desde las teorías administrativas científica, funcional, burocrática y de relaciones humanas. *Escenarios*, 9(1), 38-51.
- Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá. (2020). *Guía: Elaboración de presupuestos para contratos de consultoría, construcción, conservación y apoyo a la gestión*.

https://www.idu.gov.co/Archivos_Portal/Micrositios/Documentacion_contractual/Gu%C3%ADas/2022/GU-DP-017_ELABORACION_DE_PRESUPUESTOS_PARA_CONTRATOS_DE_CONS_2.pdf

León, J., Murillo, H., Varón, L., Montes, D., & Cuervo, R. (2017). Sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo relacionada con los accidentes de trabajo de 12 empresas PYMES del sector de la construcción. *Revista Colombiana de Salud Ocupacional*, 7(1), 22-30. https://doi.org/10.18041/2322-634X/rc_salud_ocupa.1.2017.4949

Meza Morales, M. M., & Yepes Ladino, S. (2020). *Estimación de los costos en seguridad y salud en el trabajo para la construcción de proyectos de vivienda, enfocado a los capítulos más representativo* [trabajo de especialización, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Ucatólica. <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/cd112142-894e-4eac-8624-d0f648257f03>

Ministerio del Trabajo de Colombia. (2016, 23 de noviembre). *Resolución 4927 de 2016*. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=91300>

Ministerio del Trabajo de Colombia. (2017, 27 de marzo). *Resolución 1111 de 2017*. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/647970/Resoluci%C3%B3n+1111+est%C3%A1ndares+m%C3%ADnimos-marzo+27.pdf>

Ministerio del Trabajo de Colombia (2019, 13 de febrero). *Resolución 312 de 2019*. https://www.arlsura.com/files/Resolucion_0312_de_2019_Estandares_Minimos.pdf

Mondragón Duarte, S. L. (2020). La suspensión de los contratos de prestación de servicios estatales por el COVID-19 en Colombia. En Y. Del Valle Chirinos Araque, D. G. Álvarez Orozco, J. Batista de Abreú, & D. C. Rojas Nieves (coords.), *Impacto del COVID-19 desde la perspectiva socioeconómica en el contexto global* (pp. 35-39). Fondo Editorial Universitario Servando Garcés de la Universidad Politécnica Territorial de Falcón Alonso Gamero. www.doi.org/10.47212/impactocovid19.1.

Mondragón Duarte, S. L. (2021). Impacto del COVID-19 en las políticas de seguridad y salud en el trabajo, implementadas al interior de las organizaciones empresariales. En Chirinos Araque, Y. Barbera, N., & Borda, D. (coords.) (coords.), *COVID-19 Una mirada retrospectiva desde la perspectiva socioeconómica en el contexto global*. (pp. 109-114). Fondo Editorial Universitario Servando Garcés de la Universidad Politécnica Territorial de Falcón Alonso Gamero. www.doi.org/10.47212/miradaretrospectivacovid192021.

Mondragón Duarte, S. L., Flórez Guzmán, M. H., & Plazas Estepa, R. A. (2020). Los contratos de prestación de servicios estatales en el marco del covid-19 en Colombia. *Revista Republicana*, (28), 205-215. <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2020.v28.a83>.

Navarrete Consultores. (2012, 16 de diciembre). *Consideraciones Jurídicas del A.I.U.* Navarrete Consultores [Blog]. <http://navarreteconsultores.com/consideraciones-juridicas-del-a-i-u/>

Ordóñez Pardo, R. A. (2017). *Guía Estimación de Costos Implementación Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el trabajo* [tesis de pregrado, Corporación Universitaria Minuto de Dios]. Repositorio Uniminuto. <https://repository.uniminuto.edu/handle/10656/6686>

Organización Internacional del Trabajo. (1981). *Convenio 155. Convenio sobre Seguridad y Salud de los trabajadores*. Ginebra. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMALEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155.

- Organización Internacional del Trabajo (2015). *Trabajo decente y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible*. <https://www.ilo.org/global/topics/sdg-2030/lang--es/index.htm>
- Organización Mundial de la Salud. (1948) *Conceptos referentes a la Salud*. <http://www.who.int/su-ggestions/faq/es/>.
- Presidencia de la República de Colombia. (1951, 7 de junio). *Decreto Ley 3743 de 1950. Código Sustantivo del Trabajo*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html
- Presidencia la República de Colombia. (2002, 2 de agosto). *Decreto 1703 de 2002*. Ministerio de Salud de Colombia. https://normograma.info/men/docs/pdf/decreto_1703_2002.pdf
- Presidencia de la República de Colombia. (2014, 31 de julio). *Decreto 1443 de 2014*. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=58841>
- Presidencia de la República de Colombia. (2015, 17 de marzo). *Decreto 472 de 2015*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019781>
- Presidencia de la República de Colombia. (2015). *Decreto 1072 de 2015*. <https://www.mintrabajo.gov.co/normatividad/decreto-unico-reglamentario>
- Presidencia de la República de Colombia. (2020, 28 de marzo). *Decreto Legislativo 491 de 2020*. Ministerio de Justicia y del Derecho. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0491_2020.html
- Restrepo Pimienta, J. L., Madrid Contreras H. d. J., & y Safar Mangones, A. J. (2013). Análisis de la evolución normativa y jurisprudencial de la responsabilidad laboral por culpa del empleador en Colombia. *Advocatus*, (21), 193-206. <https://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/view/256>
- Restrepo Montoya, C. A. (2020). De la contratación estatal. *Revista Pluriverso*, (13), 79-95. <https://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/Pluriverso/issue/view/119>. DOI: 10.24142/pluriverso
- Restrepo Montoya, C. A. & Marín Morales, J. A. (2023). *Responsabilidad disciplinaria derivada del control y seguimiento a los contratos estatales* [tesis de posgrado nivel especialización, Institución Universitaria de Envigado]. Repositorio IUE.
- Santana Londoño, M. V., Mondragón Duarte, S. L., Restrepo Montoya, C. A., & Flórez Guzmán, M. H. (2022). Implementación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST. *Revista Republicana*, (34), 209-224. <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2023.v34.a145>
- Segundo Congreso Continental de los Estados Unidos. (1776, 4 de julio). *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*.
- Trujillo, R. F. (2014). *Seguridad Ocupacional*. ECOE Ediciones.

¿Es la formalización laboral la ruta hacia el trabajo decente en Colombia?

Is Labor Formalization the Route to Decent Work in Colombia?

Omar Ernesto Castro Guiza¹
Diana del Rocío Lozano Martínez²
Darío Rodríguez Perdomo³

Cómo citar: Castro, O.; Lozano, D.; Rodríguez, D. (2024). ¿Es la formalización laboral la ruta hacia el trabajo decente en Colombia?. *Nuevo Derecho*, 20(34): 1 – 19. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1628>

Recibido: 09-02-2024 - Aceptado: 29-04-2024 - Publicado: 05-06-2024

Resumen

La presente investigación analiza exhaustivamente el concepto de trabajo informal, tomando las nociones internacionales y las colombianas con el ánimo de explicar, desde un punto de vista jurídico, las implicaciones y afectaciones a los derechos de los trabajadores(as) que realizan actividades laborales informales. Igualmente, con una metodología explicativa y propositiva, el texto expone por qué la formalización laboral parece ser la ruta más próspera hacia el trabajo decente para los trabajadores(as) informales en Colombia, y cuáles deben las estrategias a seguir para avanzar en el tema.

Palabras clave: trabajo informal, formalización del empleo, trabajo decente, informalidad por subsistencia

¹ Doctor en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Profesor investigador asociado a Minciencias, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia-Ibagué, integrante grupo de investigación Trabajo y Sociedad. Correo electrónico: omar.castro@campusucc.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3018-1135>

² Doctora en Derecho. Profesora de la facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia-Ibagué, integrante grupo de investigación Trabajo y Sociedad. Correo electrónico: diana.lozano@ucc.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-7408-1513>

³ Candidato a doctor en Derecho. Profesor investigador de la facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia-Ibagué, integrante grupo de investigación Trabajo y Sociedad. Correo electrónico: dario.rodriguezp@campusucc.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3306-388X>



Abstract

The present investigation makes an exhaustive analysis of the concept of informal work, taking both international and Colombian notions, with the aim of explaining, from a socio-legal point of view, the implications and effects on the rights of workers. Who perform informal work activities? Likewise, with an explanatory and proactive methodology, the text exposes why labor formalization seems to be the most prosperous route towards decent work for informal workers in Colombia, and what strategies should be followed to advance in the topic.

Keywords: Informal Work, Employment Formalization, Decent Work, Informality for Subsistence.

1. Introducción

En Colombia el fenómeno de la informalidad en el empleo ha suscitado situaciones sociales críticas en la población. Esto sucede para las personas que ejercen sus actividades laborales en esa modalidad, para los empresarios que cumplen con sus obligaciones legales y para el Estado. Este último pierde recursos por evasión a las obligaciones laborales y de seguridad social, pero también es observador de cómo se incumplen las normas laborales y se vulneran los derechos del trabajo en, al menos, la mitad de la población trabajadora del país. Desde esta óptica, la investigación pretende analizar la situación actual y las implicaciones del trabajo informal en Colombia desde un enfoque jurídico, dando claridad al sentido y alcance del concepto legal de empleo informal y la ruta de formalización laboral como vía hacia el trabajo decente. Entonces la pregunta de esta investigación se plantea así: ¿Cuál es la dimensión jurídica de la formalización del empleo como estrategia principal en la ruta hacia el trabajo decente en Colombia?

Esta investigación jurídica utiliza un método descriptivo, explicativo y propositivo. Por ello se tiene en cuenta que las investigaciones deben ir más allá de la simple descripción de fenómenos o situaciones y deben relacionar sus causas para responder adecuadamente a los escenarios que surgen desde ellas (Hernández et al., 2003). Al respecto, la investigación analiza fuentes primarias y secundarias, lo que implica la revisión de documentos del orden internacional (OIT, CEPAL, WIEGO, OCDE, entre otros), así como del orden nacional (Ministerio del Trabajo, Fedesarrollo, Corte Constitucional, ORMET, entre otros) que permiten explicar el trabajo informal y sus consecuencias en materia de derechos de los trabajadores(as), para terminar en una propuesta jurídica de formalización del empleo, como ruta hacia el trabajo decente en Colombia.

2. El programa de trabajo decente en Colombia

En primera medida, antes de reflexionar sobre el trabajo decente en Colombia, es necesario mencionar que el país es Estado fundador y actualmente miembro activo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Por ello, el Estado colombiano está obligado a prestar atención a los requerimientos impuestos por el organismo, con la intención de avanzar hacia las metas trazadas desde sus inicios por la propia OIT. Estas

se enfocan especialmente en la búsqueda de la justicia social y la paz universal, a través del fomento de los derechos en el trabajo, la promoción del trabajo decente, el progreso de las condiciones de seguridad social de los ciudadanos y el diálogo continuo en los escenarios del trabajo en cada país (OIT, 2018).

Lo anterior implica que Colombia está obligado al cumplimiento de los lineamientos de la OIT. Llegado este punto, es necesario mencionar que el programa de trabajo decente (PTD) se ha ido introduciendo desde su creación a través de los diferentes convenios y programas de la OIT. Al respecto, Colombia cuenta con sesenta y un (61) convenios de ciento ochenta y nueve (189) de la OIT (cincuenta y cuatro en vigor) ratificados todos por vía de ley (Organización Internacional del Trabajo, 2018).

A pesar de todos los esfuerzos y de las buenas intenciones normativas de Colombia referentes a obligaciones jurídicas en los temas laborales, a la fecha no se cuenta con un PTD nacional.

Ahora bien, hay que manifestar que el Estado colombiano acepta y promueve el PTD. De hecho, en el propio *Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018* (Congreso de la República de Colombia, Ley 1753, 2015) el artículo 74 describe los lineamientos del PNTD, cuyos objetivos se centran en la protección de los trabajadores/as, la promoción, generación y formalización del empleo. Igualmente, el tenor literal de la norma manifiesta que las entidades territoriales estructurarán sus planes locales de trabajo decente conforme a los lineamientos nacionales (Congreso de la República de Colombia, 2015).

En el mismo sentido, mediante el Decreto 2362 (Presidencia de la República de Colombia, 2015) se fija la celebración del *Día del trabajo decente* en Colombia, cuyo propósito consiste en fomentar, promover y divulgar el trabajo decente como el camino de las políticas públicas en materia de empleo. Para esto se congrega a todos los actores del mundo del trabajo alrededor del PTD con el objetivo de implementar sus ideales en el país.

Siguiendo con el tema, el gobierno nacional expresa que la inclusión productiva en el país se hará conforme al PTD, lo cual implica la ampliación de la cobertura de las relaciones laborales a cualquier forma de vinculación. Además, se fortalecerá la inspección y el seguimiento al mercado laboral, con el ánimo de promover la formalidad laboral como vía hacia el trabajo decente. El respeto al derecho de asociación será otro pilar importante en la política pública referenciada, así como la ampliación de la cobertura del sistema de seguridad social y la fijación de estrategias especiales para el trato en materia de empleo para comunidades como el grupo LGTBI, los jóvenes, los desplazados por la violencia, entre otros (Departamento Nacional de Planeación, 2014).

En el anterior Plan Nacional de Desarrollo (Congreso de la República de Colombia, Ley 1955, 2019) liderado por el hoy expresidente Duque y denominado *Pacto por Colombia, pacto por la equidad* se buscó como objetivo central la igualdad de oportunidades para las personas. Se basó en tres elementos estructurales: la legalidad, el emprendimiento y la equidad. De la misma forma, se orientó hacia los ods de la agenda 2030, lo que

implicó la inclusión tácita del crecimiento económico y el trabajo decente (Congreso de la República de Colombia, 2019).

Por su parte, el actual plan nacional de desarrollo (Congreso de la República de Colombia, Ley 2294, 2023), en cabeza del presidente Gustavo Petro, exige desde el artículo 74 la generación de una política pública nacional de trabajo digno y decente, orientada a la promoción del empleo y la generación de ingresos dignos (Congreso de la República de Colombia, 2023).

El plan vigente, que tiene como eje principal la formalización laboral para los trabajadores de escasos recursos está compuesto por tres programas. El primero es el cubrimiento desde el régimen subsidiado de salud; el segundo se esboza a partir de la protección a la vejez desde el ahorro a los beneficios económicos periódicos (BEPS), y el tercero está referido como un seguro inclusivo al cubrimiento de contingencias derivadas del trabajo y tiene origen común según la protección a los BEPS.

Ahora bien, el gobierno nacional ha promocionado el plan de desarrollo en virtud de la consecución de veinte metas principales. Atendiendo a los temas de esta investigación, se destacan las de generar 1,6 millones de empleos y disminuir el índice de desempleo nacional del 9,4 % a por lo menos el 7,9 %; brindar apoyo a 550 mil productores con asistencia técnica en el sector del agro y 300 mil con agricultura por contrato; ofrecer ayuda a 4000 empresas con fábricas de productividad, un número mucho mayor que el vigente para 2019; mayor actividad orientada a la economía naranja; lograr que 1,5 millones de colombianos superen la pobreza extrema monetaria y 2,9 millones la pobreza monetaria (Ministerio del Trabajo de Colombia, 2019).

Para el caso específico del trabajo decente, el informe precitado del Ministerio advierte que el “trabajo decente [y el] acceso a mercados e ingresos dignos” se relaciona con cifras alarmantes en el tema del empleo. De hecho, afirma que al menos 14 millones de trabajadores/as colombianos están sin cotización al sistema de pensiones, ubicándolos en el 63 % de la informalidad laboral en el país conforme a ese índice. Además, asegura que 2,3 millones de personas en Colombia están desempleadas, de una tasa nacional del 9,5 %, advirtiendo que en las mujeres la cifra asciende al 12,3 % y en los jóvenes al 16,5 % (Ministerio del Trabajo de Colombia, 2019).

De acuerdo con lo mencionado y reiterando que Colombia aún no cuenta con un PTD, se han realizado esfuerzos importantes en la normatividad laboral de la última década orientados a mejorar la situación de los trabajadores/as, especialmente los vinculados por una relación laboral.

En cuanto a la regulación laboral, en los últimos años son varias las normas que se han expedido en Colombia. Entre las más destacadas se encuentran la Ley 1822 (Congreso de la República de Colombia, 2017), por medio de la cual se amplía la licencia de maternidad de catorce (14) a dieciocho (18) semanas para las mujeres que den a luz.

En temas de empleo juvenil, en el 2016 se expidió la Ley 1780 cuyo propósito se centró en estimular la contratación laboral de personas jóvenes por parte de las empresas a cambio de beneficios tributarios (Congreso de la República de Colombia, 2016).

Sin cambiar mucho la estrategia de reducción de gravámenes para fomentar la generación y formalización del empleo, a pesar de no tener efectos muy significativos se puso en vigencia la Ley 2040 (Congreso de la República de Colombia, 2020). Esta promueve la contratación laboral de personas adultas mayores que han alcanzado la edad pensional (57 años para las mujeres y 62 años para los hombres), pero que no han podido acceder a la prestación económica por vejez, sobrevivencia o familiar (Congreso de la República de Colombia, 2020).

Refiriéndose a la afiliación al sistema de seguridad social, el Decreto 2616 de 2013 se expidió con el fin de formalizar a los trabajadores/as domésticos colombianos (Presidencia de la República de Colombia, 2013).

En materia de la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) se puso en vigencia la Ley 1221 de 2008 (teletrabajo), con la cual se ha pretendido la generación de empleo y autoempleo en el país, especialmente para personas de sectores vulnerables como las madres cabezas de familia y los discapacitados (Congreso de la República de Colombia, 2008).

En el país también se han implementado mecanismos jurídicos específicos para la formalización del empleo. A este respecto, la norma más importante es la Ley 1429 (Congreso de la República de Colombia, 2010), la cual se constituye como estrategia de aplicación del programa de fomento para la formalización del empleo en América Latina (FORLAC).

Ahora bien, el 9 de octubre de 2018 el gobierno colombiano, junto con los principales representantes empresariales del país, firmó el *Pacto por el trabajo decente*, con el firme propósito de generar mecanismos de acceso al trabajo decente para los colombianos. En el mencionado documento se expuso el concepto de trabajo decente y se fijaron los compromisos de las partes (gobierno, trabajadores/as y empleadores) para lograr el objetivo propuesto. Esto se hizo a través del establecimiento y respeto de los lineamientos de los convenios de la OIT y los ODS para 2030, en especial el objetivo número 8 sobre crecimiento económico y trabajo decente. A través del diálogo social las partes se comprometieron a respetar las normas laborales, generar mecanismos de empleos con calidad, incentivar la no discriminación laboral, evitar el acoso laboral, erradicar el trabajo infantil y el trabajo forzoso, respetar la negociación colectiva, entre otros propósitos, pero siempre sobre la base de una política pública de trabajo decente que deberá elaborar el gobierno colombiano vigente (Presidencia de la República de Colombia et al., 2018).

Sobre el trabajo decente en Colombia, el informe ministerial de julio de 2018 a julio de 2019 enviado al Congreso de la República de Colombia expresa los datos del mundo del trabajo en Colombia y la gestión de las instituciones gubernamentales encaminada hacia el trabajo decente. De hecho, dicho reporte se estructura desde cada uno de

los cuatro objetivos del PTD, pese a que el país aún no tiene un PTDP que oriente los procesos políticos y jurídicos sobre el tema. Sobre el primer objetivo del PTD, los derechos fundamentales de los trabajadores/as, se asegura que el aumento salarial para el sector público alcanzó el 4,5 % para el año 2019 y también se incrementó en 1,32 % sobre el índice de precios al consumidor (IPC) para el año 2020. Además, se afirma que en el sector público se han alcanzado acuerdos de formalización laboral, mejoras en la capacitación y en el adiestramiento para los trabajadores/as, garantías sindicales y, en general, mecanismos orientados al bienestar laboral (Ministerio del Trabajo de Colombia, 2019).

Aunado a lo anterior, el informe se refiere al primer objetivo del PTD, destacando las acciones del gobierno nacional para la erradicación del trabajo forzoso y del trabajo infantil; asimismo, se fomenta la inclusión de adolescentes entre los 15 y los 27 años en el mercado del trabajo; igualmente, se afirma que hubo mecanismos de negociación colectiva a través de acuerdos con sindicatos en el sector público, en los cuales se incluye la capacitación a líderes sindicales y convenios de asociación para alcanzar objetivos comunes en el contexto laboral. Además, se menciona la próxima creación de mecanismos eficientes de promoción, prevención, inspección y control del trabajo (Ministerio del Trabajo de Colombia, 2019, pp. 8-22).

En relación con el segundo objetivo del PTD referido al empleo, el informe menciona que la informalidad laboral en el país se ubica en el 60 % y al menos el 40 % de la fuerza laboral devenga un salario inferior al mínimo. No obstante, el Ministerio del Trabajo de Colombia afirma que las cifras de desempleo en los últimos años en Colombia han registrado índices históricamente bajos, presuntamente como resultado de estrategias jurídicas como la Ley 1429 (Congreso de la República de Colombia, 2010), así como la reforma tributaria de 2014 y el fortalecimiento del servicio público de empleo.

En cuanto a la formalización laboral —temática principal de esta investigación—, el Ministerio del Trabajo de Colombia asegura que la política nacional en este aspecto tiene como objetivo las condiciones dignas en el empleo, tanto desde las garantías laborales como desde las garantías en seguridad social. (Ministerio del Trabajo de Colombia, 2019, p.33).

Igualmente, sobre el tema del empleo el Ministerio del Trabajo de Colombia fomenta el emprendimiento como principal mecanismo de generación de empleo e inclusión laboral. Esto se hace a través del fortalecimiento empresarial y la formación en competencias necesarias en los empleos de hoy para distintos focos de población, especialmente jóvenes y mujeres. Asimismo, se ha fortalecido la red de los observatorios regionales del mercado del trabajo con el ánimo de analizar y hacer seguimiento a los datos del empleo en cada región del país (Ministerio del Trabajo de Colombia, 2019, pp. 39-41).

Por otro lado, según el Ministerio del Trabajo de Colombia (2019), el tercer objetivo del PTD referido a la protección social se centra de nuevo en la formalización del empleo, pues solo el 40 % de los trabajadores/as en el país cotiza efectivamente en el sistema de pensiones. Mucho de esto tiene que ver con el alto número de trabajadores/as independientes y cuentapropistas que no cotizan al sistema porque generalmente

caen en la informalidad laboral. Desde allí se erige el mecanismo de los acuerdos de formalización como una solución que no ha obtenido resultados hasta el momento, según los altos niveles de informalidad laboral registrados.

Lo mismo sucede con aquellas personas sin garantías laborales formales que se benefician de subsidios estatales para cubrir necesidades básicas: subsidio al desempleo, capacitación y formación para el trabajo, servicio público de empleo, recreación, entre otras. También se aseguran avances importantes en la protección a la vejez a través de subsidios a la cotización de pensiones desde el fondo de solidaridad pensional. Lo mismo acontece con el cuestionado mecanismo de los BEPS que se muestra en el sistema de pensiones, un servicio social complementario que no cumple con los lineamientos constitucionales y legales como mecanismo pensional. Por último, se plantea el avance de mecanismos de seguridad y salud en el trabajo, así como la inclusión en el artículo 193 del Plan Nacional de Desarrollo actual del llamado piso de protección social para aquellos trabajadores/as con salarios inferiores al mínimo (Ministerio del Trabajo de Colombia, 2019).

Con relación al cuarto objetivo, el informe del Ministerio del Trabajo de Colombia recuerda que, desde el diálogo social, viene liderando a través de sus oficinas territoriales la *Comisión de concertación de políticas salariales y laborales*. Esta articula los temas de formalización laboral, atomización sindical, articulación con el nivel nacional y el tema de pensiones. Adicionalmente, el informe presenta los avances logrados en materia laboral referidos a la implementación del acuerdo de paz, conforme a los lineamientos generales del PTD.

Por su parte, la Escuela Nacional Sindical (ENS) se ha tomado la tarea permanente de construir informes nacionales anuales sobre trabajo decente. Para el año 2019 el informe insiste en el análisis del principal problema del empleo en Colombia, la informalidad laboral. Este es analizado desde el primer objetivo del PTD y muestra que para 2018 al menos 14 millones (el 65 %) de personas ocupadas no cuentan con servicios del sistema de seguridad social completos (salud, pensiones y riesgos laborales), mientras que el 47 % de los trabajadores/as no cuentan con un contrato de trabajo. Además, como ya se afirmó, ni la Ley 1429 de 2010 (Congreso de la República de Colombia, 2010) ha fomentado la generación de empleo, ni la reforma tributaria de 2018 ha logrado incrementar significativamente el número de empleos formales en el país. Se menciona que los pocos nuevos empleos se ubican en micro y pequeñas empresas formalizadas (Escuela Nacional Sindical, 2019, pp. 16-17).

Alusión especial al cuentapropismo realiza la ENS en su informe de 2019. Casi 10 millones de personas realizan tareas de este tipo en el país para el año 2018 y gran parte de ellas no goza de derechos laborales ni de garantías en su trabajo, permaneciendo en la precariedad laboral. A dicha situación se suma la contratación indebida por terceros, bien sea a través de figuras como cooperativas de trabajo asociado, órdenes de prestación de servicios, sociedades por acciones simplificadas, empresas de servicios temporales o contratos sindicales, circunstancia que no ha permitido que en el tema del empleo se evidencien logros importantes en los últimos años (Escuela Nacional Sindical, 2019).

En relación con la garantía de los derechos fundamentales en el trabajo, la Escuela Nacional Sindical (2019) alerta sobre la inexistencia de políticas públicas nacionales orientadas a la inspección, al control y a la vigilancia que permitan elevar los estándares de cumplimiento de derechos. Al fin de cuentas, se observan normas jurídicas aisladas sobre el asunto que reflejan poca efectividad, ora por falta de capital humano (pocos inspectores del trabajo en relación con el número de trabajadores/as), ora por poca articulación entre las instituciones administrativas y judiciales obligadas a ello.

Al respecto, la Resolución 345, que adopta la *política pública de inspección, vigilancia y control del trabajo comprometidos con el trabajo decente (2019-2030)* (Ministerio del Trabajo de Colombia, 2020), plantea el lineamiento a seguir hasta el año 2030 para lograr, desde la inspección del trabajo, la paz laboral duradera y la justicia social en Colombia. Para ello se tienen en cuenta tres elementos: examinar la realidad económica que genera nuevos escenarios en el mundo del trabajo; describir las nuevas modalidades y tendencias del trabajo, y, desde el análisis de los antecedentes de la inspección del trabajo colombiano, identificar los retos actuales. Es importante mencionar que el documento reafirma que el empleo vulnerable tiene como centro principal las ocupaciones informales (Ministerio del Trabajo de Colombia, Resolución 345, 2020).

Retomando el informe de la Escuela Nacional Sindical (2019) en cuanto al tercer objetivo, la protección social, este es analizado desde la afiliación y cotización a los sistemas que integran la seguridad social en Colombia (pensiones, salud, riesgos laborales y servicios sociales complementarios). A propósito del sistema de pensiones, la ENS, afirma que solo el 27 % de las personas que cumplen sesenta (60) años o más logran pensionarse, lo cual a su vez representa una debilidad latente en el sistema de protección a la vejez en el país.

Estos factores representan condiciones indignas y pobreza para las personas de la tercera edad en Colombia. Además, es aciago que quienes actualmente cotizan no logren en su gran mayoría pensionarse, pues las formas de vinculación al mercado del trabajo son inestables y precarias.

En relación con el tema de riesgos laborales, la Escuela Nacional Sindical (2019) asegura que existe una afiliación al sistema de menos de la mitad de los trabajadores/as colombianos, dando especial atención a los trabajadores/as por cuenta propia. En su mayoría, estos están ubicados en la modalidad del trabajo informal.

Sumado a todo lo anterior, en el informe mencionado, la Escuela Nacional Sindical (2019) afirma que el diálogo social es imprescindible para enrutarse hacia el trabajo decente. Lo anterior se sustenta en que es una exigencia reiterada de la OIT, la cual entre otras cosas requiere permanentemente al Estado colombiano para que garantice la libertad de asociación, el derecho a la huelga y la negociación colectiva.

En esta línea de sentido, el diálogo social se convierte en una fuente obligada del discurso orientado a la formalización laboral. Para ello debe admitirse que la organización de trabajadores/as con empleos informales en asociaciones que los representen haría

posible la negociación y el alcance de acuerdos con los empresarios. Estos adquieren los productos o prestan servicios, más aún cuando la participación del Estado esté presente y confluya a través de la regulación jurídica en el ajuste a esos convenios (Fudge, 2020).

A pesar de la masificación de mecanismos políticos y jurídicos para mejorar el contexto laboral colombiano, como se advierte, las cifras de desempleo e informalidad laboral en el país son alarmantes. Entre las razones que se encuentran para que esto acontezca se resalta la falta de una adecuada inspección y vigilancia por parte del Ministerio del Trabajo de Colombia, además de los altos costos que exige ser empresario formal en Colombia y garantizar las acreencias de los trabajadores/as.

De manera general, la doctrina colombiana admite que el contexto laboral vigente no responde a los parámetros determinados para el trabajo decente por la OIT. Algunos de estos son la afiliación y cotización al sistema de seguridad social, la remuneración vital mínima y el ejercicio del derecho de asociación sindical, entre otros (Ostau et al., 2018).

No obstante, algunos gobiernos locales se han preocupado por los asuntos del trabajo decente en el país. El ejemplo más significativo de lo mencionado es el caso de la política pública de trabajo decente de la ciudad de Bogotá, capital del país. Al respecto, en el marco del gobierno distrital del alcalde Gustavo Petro y su programa *Bogotá Humana* se expidió el Decreto 380 (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2015), con el cual se adoptó la política pública de trabajo decente y digno para la ciudad, basándose en el PTD propuesto por la OIT. Este se cimentó sobre los principios de transparencia del uso de los recursos públicos, diálogo social, cumplimiento de la ley, respeto del ser humano como prioridad y aceptación de la diferencia.

Las estrategias propuestas en el PTD bogotano se plantearon pensando en:

1. Ejecutar tareas de fomento y sensibilización para el cumplimiento de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, las disposiciones jurídicas internacionales y de derechos humanos en cuanto a las garantías de asociación, negociación colectiva, huelga, representación de los trabajadores/as, respeto de fueros e igualdad de género.
2. Evitar el trabajo en menores de edad y el trabajo forzoso.
3. Actuar a través de mecanismos de promoción y fomento para el trabajo decente y los convenios y disposiciones laborales que lo soportan y lo hacen exigible.
4. Dar reconocimiento a los postulados del trabajo decente y digno como acción prioritaria dentro de la política de desarrollo económico, en especial por su incidencia sobre la calidad de vida de las personas y su interrelación con el cumplimiento de otros derechos. En la misma norma se fijan como objetivos principales los de generar y fomentar el empleo, el acceso a la seguridad social y el diálogo social (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2015).

Parafraseando al profesor Pineda Duque (2013) a propósito de los postulados del PTD bogotano, la formalización del empleo ha representado en el país el esfuerzo para el acatamiento de la legislación laboral individual y la protección a través del sistema de seguridad social. Esto acontece especialmente desde la extensión de sus subsistemas que no llegan a registros significativos, pues al menos la mitad de los trabajadores/as siguen en la misma situación. Sin embargo, la informalidad en el trabajo se acentúa en el campo de las relaciones de trabajo colectivas, en las que hay ausencia estatal para formalizar y se genera un exagerado déficit de trabajo decente (Pineda Duque, 2013).

Con respecto a la evaluación de la implementación de los ODS en Bogotá, específicamente al objetivo de la política de trabajo decente, se advierte que para el 2019 los avances no han sido muy significativos. Nótese este hecho en materia de generación de empleo formal y en lo referido a empresas sostenibles en el turismo, ejes principales de PTD capitalino. Al respecto, la tasa de ocupación registrada para el año 2019 ha disminuido en 5 % respecto a la del año 2016, advirtiendo que los sectores de servicios públicos domiciliarios, actividades inmobiliarias, restaurantes y hoteles fueron los que más se afectaron en la dinámica del empleo; sin embargo, el índice de trabajo infantil sí disminuyó, y el sector turismo hizo crecer la economía en Bogotá, a pesar de no generar un número significativo de empleos (Reina, 2019).

3. El programa FORLAC: fomento a la formalización del empleo en América Latina y el Caribe

En la región de América Latina y el Caribe existen por los menos 130 millones de trabajadores/as desarrollando actividades en la informalidad laboral. Acentuando lo dicho en el capítulo anterior, cerca del 50 % de la población trabajadora en la región se encuentra en déficit de trabajo decente y sus condiciones en trabajos informales son precarias e insuficientes para la satisfacción de sus necesidades. Como respuesta a la situación antedicha, en el año 2013 la OIT creó el programa *Promoción de la formalización en América Latina y el Caribe* (FORLAC). Su principal objetivo consistió en asesorar a los gobiernos y actores sociales para la generación e implementación de políticas públicas orientadas a la transición de la economía informal a la formal. Bajo esa proyección se fijaron cuatro (4) áreas prioritarias de estudio que a continuación se mencionan.

1. Teorización y capacitación sobre mecanismos de evolución de la economía informal a la formal, mediante experiencias exitosas de otros países.
2. Apoyo técnico y mediaciones aplicadas en países específicos.
3. Impulso y avances en las capacidades de organizaciones de trabajadores/as y empleadores, con la intención de robustecer las competencias orientadas en la transición hacia la formalización empresarial y del empleo.
4. Propagación y divulgación del programa de fomento a la formalización del trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2014).

Con estas cuatro (4) áreas de trabajo, en la 18ª *reunión general americana* de octubre de 2014 (*Declaración de Lima*) la OIT propuso a los gobiernos de la región el apoyo al FORLAC como programa bandera para la formalización del empleo y la ruta hacia el trabajo decente (Organización Internacional del Trabajo, 2014).

Para apoyar la comprensión y orientación del FORLAC, se expidió la Recomendación 204 (Organización Internacional del Trabajo, 2015). Mediante ella se reitera la necesidad de promover y facilitar el tránsito del trabajo informal al formal, promover la generación y sostenibilidad de las empresas para la creación y el sostenimiento de empleos formales y decentes, así como evitar la caída de los empleos formales en la informalización laboral.

Ahora bien, la Recomendación 204 de la OIT se constituye en la principal herramienta de orientación desde la propuesta del FORLAC. En ella se asumen como principios rectores la observancia de las necesidades y características distintas de los trabajadores/as informales en cada sector de la economía informal; la aplicación de normas y políticas en cada país, conforme a sus necesidades propias en materia de formalización laboral; el fomento al respeto de los derechos humanos de los trabajadores/as informales; el trabajo decente para todos los informales como logro posible de alcanzar; la igualdad de género y la no discriminación laboral; la necesidad de generar trato especial a los sectores de población más vulnerables (migrantes, discapacitados, jóvenes, entre otros); la imperatividad del cumplimiento de las normas, mediante incentivos a las unidades económicas informales, y, por último, la prioridad de prevenir la fuga de empresas formales a la informalidad (Organización Internacional del Trabajo, 2015).

Anudando a lo anterior, y en materia de seguridad social, los Estados deben preocuparse por disponer de un piso mínimo de seguridad social, que sea extensivo a los trabajadores/as informales y sus familias. Además, se pretende que les ofrezca protección y seguridad en el trabajo, cubrimiento a la maternidad y, en general, condiciones laborales de trabajo decente.

En la misma línea, la norma referenciada invita a cada país para que genere incentivos empresariales que lo motive a dar el paso a la formalización, sin olvidar el cumplimiento normativo de sanciones. Esto implica:

- Disminuir costos para la creación de empresas.
- Disminuir costos de formalización empresarial.
- Disminuir tributos y obligaciones financieras para las empresas.
- Hacer una lucha efectiva contra la corrupción.
- Fomentar la capacitación y formación de los informales para aumentar sus competencias laborales.
- Incentivar el uso de créditos financieros ajustados a cada unidad empresarial informal.

- Sancionar efectivamente a quienes burlen las normas de cumplimiento de obligaciones empresariales con el Estado, pero sobre todo con sus trabajadores/as.
- Generar un contexto que le permita a los trabajadores/as informales disfrutar del derecho de asociación y libertad sindical (Organización Internacional del Trabajo, 2015).

Con todo esto, los objetivos propuestos por la OIT desde el FORLAC se encaminaron a asesorar a los países en los distintos índices medibles en la informalidad laboral e identificar los mecanismos más exitosos aplicados por los Estados de la región para el diseño de políticas públicas que generen la formalización del empleo.

Adicionalmente, la OIT ha revisado las mejores experiencias aplicadas en países de América Latina y el Caribe para la formalización del empleo y las ha condensado en una política global con un enfoque integral desde las siguientes siete estrategias:

1. Generación de empleo de calidad y estrategias de crecimiento.
2. Entorno normativo, incluida la observancia de las normas internacionales del trabajo y los derechos fundamentales.
3. Organización, representación y diálogo social.
4. Fomento de la igualdad y lucha contra la discriminación.
5. Medidas de apoyo a la iniciativa empresarial, competencias profesionales y financiación.
6. Ampliación de la protección social, establecimiento de pisos de protección social y sistemas de seguridad social.
7. Estrategias de desarrollo local (Organización Internacional del Trabajo, 2013, p. 65).

Además, para la OIT la aplicación de estas estrategias en América Latina ha permitido que se reduzca la informalidad laboral en la región. Ejemplo de ello es que en 2009 existía un índice del 50 % que pasó a un 47,7 % en 2012. Lo anterior ratifica que los países no deben aplicar medidas separadas de formalización, sino que deben articular las realidades económicas a las políticas públicas sobre el tema. Para el programa FORLAC, además de articularse desde un enfoque integral, las estrategias de formalización deben desarrollarse desde cuatro (4) temas principales, a saber: la productividad, las normas, los incentivos y la fiscalización (Organización Internacional del Trabajo, 2014).

No obstante, los datos anteriores, la Organización Internacional del Trabajo (2013) insiste en la necesidad de medidas más agresivas para avanzar en la formalización del empleo. En esta perspectiva reitera que la informalidad en el empleo es igual a pobreza e igual a desigualdad, con alta informalidad, baja productividad y bajo crecimiento económico en un país.

INFORMALIDAD=POBREZA=DESIGUALDAD

Además, hay mayor tendencia a desarrollar trabajos informales por parte de los jóvenes y las mujeres, lo cual genera aún mayor preocupación para los gobiernos (Organización Internacional del Trabajo, 2013).

4. El programa FORLAC en Colombia

En el país la formalización del empleo se convirtió en el mayor reto para el gobierno de Juan Manuel Santos en la agenda del Ministerio del Trabajo de Colombia. Como se anotó anteriormente, la problemática en Colombia es de gran dimensión y los índices de informalidad laboral son alarmantes, a pesar de que se han generado algunos mecanismos de formalización laboral en los últimos años sin obedecer a una política integral ni muchos menos a un PNTD en el país. Al respecto, se han expedido algunas normas laborales y empresariales en la última década que acogen los lineamientos del FORLAC, siendo la más relevante la Ley 1429 (Congreso de la República de Colombia, 2010). Esta tiene como propuesta básica la de consolidar los cinco (5) sectores locomotores de la economía nacional (infraestructura, agro, vivienda, minería e innovación) para que estimulen a los sectores con mayor incidencia en la generación de empleo (los servicios y el comercio). Con todo, el proyecto de ley concibió los mecanismos que fomentarían el primer empleo y generarían un mayor nivel de formalización en el país. Esto se hizo por medio de alicientes económicos para las micro y pequeñas empresas mediante la exoneración o disminución en el pago de gravámenes a la renta, registros mercantiles, disminución en las cotizaciones al sistema de seguridad social, deducción en los costos de formalización, entre otros beneficios. La intención fue producir motivación a las empresas para hacer el traslado desde el sector informal hacia el formal, reconociendo las acreencias laborales de sus trabajadores/as y, como complemento, creando nuevos empleos formales (Congreso de la República de Colombia, Proyecto de Ley 057, 2010).

A pesar de lo anterior, a criterio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales (UGPP) (2012) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el impacto de los mecanismos impuestos por la Ley 1429 de 2010 no ha sido positivo. Lo anterior obedece a que los beneficios normativos aplicados en por lo menos 239 400 empresas en el primer año de vigencia de la disposición se han minimizado al uso de los descuentos tributarios por parte de los empresarios. No obstante, no han generado el esperado tránsito masivo hacia la formalización laboral, lo cual se refleja en que de cada cien (100) empresas beneficiadas con los privilegios legales solo tres (3) de ellas realizan efectivamente las contribuciones al sistema de seguridad social integral y el 97,54 % de las mismas tienen cinco (5) trabajadores/as o menos. Dicho de otro modo, no se evidencia una creación significativa en nuevos puestos de trabajo formales (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales & Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, 2012).

Confirmando los datos, el Observatorio del mercado del trabajo y la seguridad social de la Universidad Externado de Colombia (2011) advierte que es muy complejo

evaluar el verdadero impacto de la Ley 1429, porque ni la propia norma ha anunciado los mecanismos de monitoreo y constatación de los efectos reales.

Contradiendo lo anterior, la OIT afirma que Colombia redujo la tasa de informalidad laboral del 58 % en 2009 al 55 % en 2013. Ello se debió a mecanismos como la norma mencionada, y a otros como el programa *Colombia se formaliza*, el sistema nacional de micro, pequeñas y medianas empresas, los acuerdos de formalización laboral y el plan de acción para los derechos laborales (Organización Internacional del Trabajo, 2014).

Para el año 2014 se expidió el Decreto 567, por el cual se estructuró la Red nacional de formalización laboral. Su objetivo principal fue la consolidación del trabajo decente en Colombia, según lo afirma el artículo primero de la norma. A su vez, la red es liderada por el Ministerio del Trabajo de Colombia, con participación activa de gremios sindicales, empresarios y trabajadores/as, con el ánimo fomentar la aplicación de las políticas públicas de formalización del empleo (principalmente la Ley 1429 de 2010). Estas están orientadas a la garantía del trabajo decente que tendrá una relación directa con la protección desde el sistema de protección social (Presidencia de la República de Colombia, 2014).

Sin embargo, como lo advierte la ENS en el informe sobre trabajo decente de 2019 ya explicado, la formalización laboral en el país es incipiente y los acuerdos de formalización han sido pocos en estos años. Esto imposibilita determinar asertivamente si esos acuerdos han generado formalización laboral.

En Colombia las apuestas de formalización del empleo generadas por los gobiernos nacionales en la década de 2010 a 2020 se han centrado en la expedición de estrategias por sectores de trabajadores/as que habitualmente tienen altos índices de informalidad laboral. Así, se han expedido normas jurídicas para trabajadores/as del transporte, domésticos o rurales.

Por ejemplo, y en cuanto al impacto de los acuerdos de formalización, la medida se presentó en 2012 como una nueva estrategia y salida para formalizar el empleo. Consiste en eximir las multas y suspender los procesos administrativos sancionatorios que lidera el Ministerio del Trabajo de Colombia en contra de las empresas que han practicado la tercerización ilegal de trabajadores/as. Asimismo, tiene la exigencia de contratar directamente a los trabajadores/as afectados por la tercerización. De esta forma, se ha convertido en un instrumento conciliador y propositivo en el contexto laboral colombiano, pese a que tampoco ha surtido los efectos proyectados y para el año 2015 solo 85 empresas han suscrito acuerdos de este tipo, con trabajadores/as beneficiados presuntamente en un número de 22 000 en el país (Farné, 2015, p.1).

También se debe hacer alusión a la Ley 1988 de 2019, la cual fija los lineamientos para la construcción de una política pública expresa para los vendedores informales. Esta deberá estar formulada conforme al artículo quinto de la propia norma y se debe cimentar sobre parámetros que garanticen el mínimo vital en condiciones dignas y justas para las personas que tengan la calidad de vendedores ambulantes, según la

ampliación de la conceptualización que admite el propio artículo tercero de la misma regla jurídica (Congreso de la República de Colombia, Ley 1988, 2019).

Igualmente, mediante el Decreto 1174 de 2020, y en virtud del estado de emergencia económica por cuenta de la pandemia de la covid-19, se regula *el piso mínimo de protección social* propuesto por el presidente Duque desde el Plan Nacional de Desarrollo, como ya se mencionó con anterioridad; al respecto, la norma tiene como objeto principal formalizar a trabajadores/as dependientes que laboran a tiempo parcial y que reciben ingresos inferiores a 1 salario mínimo a través de su afiliación al sistema de seguridad social así: i) afiliación al sistema de salud mediante el régimen subsidiado, ii) vinculación a los BEPS, iii) y el aseguramiento de las actividades laborales de los trabajadores/as desde un seguro inclusivo que de cubrimiento a los riesgos profesionales (Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1174, 2020).

5. Conclusiones y propuesta

A continuación, se analizarán cuáles son las propuestas más adecuadas para la política pública de trabajo decente en el contexto de la formalización del empleo en Colombia.

En primera medida, se deduce que el PTD se constituye en un ideal para el mundo del trabajo actual, es una ruta a seguir para la mejora del contexto laboral crítico que ha provocado la globalización económica desde la década de los años 60. No obstante, buscando la flexibilización del trabajo, se ha acudido a la informalidad en el empleo erigida como su manifestación más frecuente, la que se asume con formas variadas y múltiples de contratación de mano de obra, sin el respeto por todas garantías exigidas por la regulación laboral en favor de los trabajadores/as. Dicho de otra manera, todas las nuevas formas flexibles de trabajo puestas en vigencia desde finales del siglo XX, y ahora en las dos primeras décadas del siglo XXI, precarizan de alguna manera la protección laboral a las personas. Asimismo, permiten el aumento de la desigualdad y la pobreza, principalmente en los países más débiles en términos económicos, siendo muestra de ello los países latinoamericanos y del Caribe.

Bajo esa dinámica, el trabajo decente debe ser un compromiso internacional de los gobiernos. Tomando la bandera de la OIT, es necesario atender los lineamientos del PTD para provocar reflexiones económicas en los países. La intención es que estas a su vez generen ambientes fértiles para la fijación de políticas estatales en aras de mejorar el mercado del trabajo de cada país. De esta forma, solo será posible el trabajo decente si existe un diálogo social activo entre los actores del contexto laboral y, sobre todo, si hay voluntad política por parte del Estado, además de un esfuerzo económico de los empleadores.

Analizando las causas más relevantes de la precariedad laboral en países de América Latina y en el caso concreto de Colombia, se presenta como la principal la informalidad empresarial y laboral. Esta es entendida como la incapacidad económica de los empresarios para afrontar los altos costos exigidos por el gobierno para trabajar en la formalidad. Así, gran parte de la informalidad laboral en el país está causada por la

poca oferta de trabajo formal, pues son escasas las empresas que la pueden soportar, además de la formalización empresarial y el cumplimiento con los pagos por formalizar a sus trabajadores/as. En conclusión, el tema tiene que ver principalmente con la incapacidad económica de las empresas, precisamente porque en Colombia no operan grandes empleadores que puedan soportar las cargas económicas; por el contrario, la gran mayoría de ellos son microempresarios (cuenta propia) o pequeñas empresas.

Ahora bien, es cierto que el goce de empleos decentes para los trabajadores/as informales parece un logro casi imposible de alcanzar. Por eso es que precisamente la formalización del empleo se constituye en la principal vía para disminuir las distancias entre informalidad y formalidad laboral. Para ello es necesario un PTD que en cada país busque alternativas económicas, sociales, políticas y por supuesto jurídicas. Tal como lo propone la OIT desde el programa FORLAC, la pretensión es que cada PTD permita implementar acciones específicas y reales en la práctica, acciones que motiven la formalización empresarial y por tanto la laboral.

Es precisamente desde el FORLAC que se advierten algunos de esos mecanismos exitosos aplicados en diferentes países de la región y que han permitido la disminución de la informalidad en el empleo. Lo mencionado obedece a una política y a un enfoque integral sobre el tema, pero no a acciones aisladas como al parecer ha sucedido en Colombia. En este país las estrategias de formalización no han tenido mayor repercusión y se ha continuado evidenciando uno de los más altos índices de informalidad laboral de la región.

Sobre el caso colombiano, la implementación de medidas de formalización, como la Ley 1429 (Congreso de la República de Colombia, 2010), sin la previa construcción de un PNTD llevan a que no resulten sorprendentes los bajos niveles de aplicación de la norma. De hecho, parte de la Recomendación 204 de OIT indica que uno de los parámetros necesarios para formalizar el empleo es el de respetar las normas y sancionar efectivamente su vulneración. Sin embargo, en Colombia es poca la inspección y el seguimiento que hace la institucionalidad para el cumplimiento de las normas laborales.

A pesar de los presuntos avances expuestos por el Ministerio del Trabajo de Colombia y la presentación de sus informes al Congreso de la República en virtud de cada uno de los cuatro pilares fundamentales de un plan de trabajo decente (derechos fundamentales, empleo, protección social y dialogo social), la ausencia de una política pública nacional sobre el tema que irradie los programas locales es notoria. En ese sentido, el trabajo decente cada vez está más lejano en Colombia. Al parecer, las políticas públicas colombianas en materia de empleo y protección social no obedecen a cada una de las metas e indicadores establecidos por la OIT para la medición del trabajo decente (8 ODS) como mecanismo de articulación a la política mundial de la agenda 2030.

Reafirmando lo anterior, las evaluaciones del PTD ni siquiera son posibles en todos sus aspectos, hay dificultad en la obtención de datos o ausencia de ellos en varios de los indicadores del trabajo decente. Peor aún, las pocas políticas de trabajo decente territoriales son generadas desde los intereses políticos de turno, pero no desde las

necesidades más apremiantes del momento y mucho menos obedecen a lineamientos de articulación nacional. Como se ha observado, la inexistencia del PTDN se constituye en un impedimento principal para la generación de mecanismos efectivos de formalización del empleo.

Por último, se evidencia que en Colombia el gobierno no ha asumido un PTD que ilumine el camino para la formalización del empleo. Como se consideró anteriormente, se han puesto en vigencia propuestas aisladas que no han obtenido mayores réditos en el mercado del trabajo del país. En este horizonte de sentido, resulta pertinente concluir que es imperioso un programa de país que se funde en las recomendaciones del programa FORLAC y genere los mecanismos apropiados en el contexto social colombiano. La intención es que dicho programa permita diseñar estrategias articuladas en todos los sectores de la economía, para que se unifique el propósito de la formalización del empleo y se empiece a transitar el camino del trabajo decente en beneficio de los trabajadores/as informales en Colombia.

6. Referencias

- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2015, 28 de septiembre). *Decreto 390 de 2015*. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=63092>
- Congreso de la República de Colombia. (2008, 16 de julio). *Ley 1221 de 2008*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1221_2008.html
- Congreso de la República de Colombia. (2010, 20 de agosto). *Proyecto de Ley 057 de 2010* [Autor: Echeverry Garzón, J. C.]. <https://www.camara.gov.co/formalizacion-del-primer-empleo>
- Congreso de la República de Colombia. (2010, 29 de diciembre). *Ley 1429 de 2010*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1429_2010.html
- Congreso de la República de Colombia. (2015, 9 de junio). *Ley 1753 de 2015*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html
- Congreso de la República de Colombia. (2016, 2 de mayo). *Ley 1780 de 2016*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1780_2016.html
- Congreso de la República de Colombia. (2017, 4 de enero). *Ley 1822 de 2017*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1822_2017.html
- Congreso de la República de Colombia. (2019, 25 de mayo.). *Ley 1955 de 2019*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019.html
- Congreso de la República de Colombia. (2019, 2 de agosto). *Ley 1988 de 2019*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1988_2019.html
- Congreso de la República de Colombia. (2020, 27 de julio). *Ley 2040 de 2020*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2040_2020.html
- Congreso de la República de Colombia. (2023, 19 de mayo). *Ley 2294 de 2023*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2294_2023.html

- Departamento Nacional de Planeación. (2014). *Bases del nuevo plan de desarrollo 2014-2018: Todos por un nuevo país*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/cdt/prensa/bases%20plan%20nacional%20de%20desarrollo%202014-2018.pdf>
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales [DIAN] y Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales [UGPP]. (2012, 30 de marzo). *Comunicado de prensa*. Obtenido de <http://www.ugpp.gov.co/>: http://www.ugpp.gov.co/doc_view/429-comunicado-de-prensa-dian-ugpp
- Escuela Nacional Sindical. (2019). *XII Informe Nacional de Trabajo Decente-2019*. Ediciones ENS Escuela Nacional Sindical. <https://www.ens.org.co/wp-content/uploads/2019/12/INFORME-DE-TRABAJO-DECENTE-2019.pdf>
- Farné, S. (2015). *Acuerdos de formalización laboral: ¿Ruta hacia la formalización en Colombia?* Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/11369.pdf>
- Fudge, J. (2020). Revising labour law for work. En M. Chen, & F. Carré (eds.), *The Informal Economy Revisited: Examining the past, envisioning the future* (p. 105-109). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780429200724>
- Hernández, R., Fernández, C. & Baptista, P. (2003). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.
- Ministerio del Trabajo de Colombia. (2019). *Informe de actividades Sector Trabajo. Al Congreso de la República 2018-2019*. Mintrabajo.
- Ministerio del Trabajo de Colombia. (2020, 20 de febrero). *Resolución 345 de 2020*. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=90957>
- Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia. (2011). *Boletín del observatorio del mercado de trabajo y la seguridad social N.º 13: ¿La Ley 1429 de 2010 ha formalizado el empleo en Colombia?* Universidad Externado de Colombia.
- Organización Internacional del Trabajo. (2013). *Panorama Laboral 2013-América Latina y El Caribe. 20 años Panorama Laboral*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. https://webapps.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_232760.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2014). *Notas sobre Formalización: Experiencias recientes de Formalización en América Latina y el Caribe*. FORLAC-Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- Organización Internacional del Trabajo. (2014, 19 de noviembre). *Declaración de Lima. 18ª Reunión Regional Americana*. <https://www.ilo.org/es/resource/conference-paper/declaracion-de-lima>
- Organización Internacional del Trabajo. (2015). *Recomendación 204: Sobre la transición de la economía informal a la economía formal*. Conferencia Internacional del Trabajo. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_379098.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2018). *Mujeres y hombres en la economía informal: un panorama estadístico*. OIT. https://webapps.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--dcomm/documents/publication/wcms_635149.pdf

- Ostau, F.; Niño-Chavarro, L.; Vallejo, G.; León, I.; Lizarazo-Peña, G.; Reyes-Beltrán, P. y Huffington-Rodríguez, R. (2018). *Trabajo, desarrollo y justicia social: cien años de la OIT*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Pineda Duque, J. (2013). El concepto de trabajo decente y los retos para Bogotá. En J. Pineda Duque (comp.), *El Trabajo Decente en Bogotá: Diagnóstico, Análisis y Perspectivas* (pp. 19-32). Alcaldía Mayor de Bogotá-Universidad de los Andes.
- Presidencia de la República de Colombia. (2013, 20 de noviembre). *Decreto 2616 de 2013*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=65326>
- Presidencia de la República de Colombia. (2014, 19 de marzo). *Decreto 567 de 2014*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66328#:~:text=El%20presente%20decreto%20tiene%20por,del%20Servicio%20P%C3%ABlico%20de%20Empleo>.
- Presidencia de la República de Colombia. (2015, 7 de diciembre). *Decreto 2362 de 2015*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66600>
- Presidencia de la República de Colombia, Ministerio del Trabajo de Colombia, Función Pública, Andi, Asobancaria, Acopi, Sac, Fenalco, CGT, & CTC. (2018, 9 de octubre). *Pacto por el Trabajo Decente*. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/648769/PACTO+POR+EL+TRABAJO+DECENTE.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia. (2020, 27 de agosto). *Decreto 1174 de 2020*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=140490>.
- Reina, H. (2019). *Informe de implementación de los ODS en la ciudad (vigencia 2016-2019)*. Bogotá: Veeduría ciudadana.

Aproximación a la interpretación en el Estado constitucional de derechos

Approach to the Interpretation in the Constitutional State of Rights

Jaime León Arcila Rueda¹

Cómo citar: Arcila, J. L. (2024). Aproximación a la interpretación en el Estado constitucional de derechos. *Nuevo Derecho*, 20(34): 1 – 19. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1620>

Recibido: 19-12-2023 - Aceptado: 23-05-2024 - Publicado: 05-06-2024

Resumen

Este es un primer artículo en el que se resumen los planteamientos realizados en el marco de una investigación sobre el problema de la interpretación en el contexto del Estado constitucional de derecho. De ahí que, en un principio y bajo la guía teórica de Guastini, se reflexione sobre el por qué debemos entender que el ordenamiento jurídico colombiano se ha “constitucionalizado”, considerando siempre como referente la compleja realidad del país. Lo anterior nos conduce a un segundo momento: la introducción al complejo problema que ha ocasionado este fenómeno en torno a la interpretación constitucional en nuestro contexto; por ello el objetivo general de la investigación es explicar la relación que se da entre los métodos de interpretación de reglas y principios en la tarea judicial del juez constitucional colombiano. Al final y con el propósito de avanzar en la conexión teórica y práctica que se establece entre los métodos de interpretación del precedente judicial y el examen de proporcionalidad, se relacionan las principales ideas y los autores involucrados en la reflexión de estos métodos de interpretación en el Estado constitucional de derecho.

Palabras clave: constitucionalismo, interpretación, reglas, principios, precedente, ponderación.

¹Abogado de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Santo Tomás, magister en Medio Ambiente y Desarrollo de la Universidad Nacional de Colombia y doctorando de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, línea constitucional. Docente de tiempo completo en la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas de la Corporación Universitaria Remington, Medellín-Colombia, correo electrónico: pioeneas@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-5575-993X>



Abstract

This is a first article which summarizes the approaches made in the framework of a research on the problem of interpretation in the context of the constitutional rule of law. Hence, at first and under the theoretical guidance of Guastini, we reflect on why we should understand that the Colombian legal system has been “constitutionalized”, always considering as a reference the complex reality of the country. The above leads us to a second moment: the introduction to the complex problem that has caused this phenomenon regarding constitutional interpretation in our context; therefore, the general objective of the research is to explain the relationship between the methods of interpretation of rules and principles in the judicial task of the Colombian constitutional judge. At the end and with the purpose of advancing in the theoretical and practical connection established between the methods of interpretation of judicial precedent and the examination of proportionality, the main ideas and authors involved in the reflection of these methods of interpretation in the constitutional rule of law are related.

Keywords: constitutionalism, interpretation, rules, principles, precedent, weighting.

1. Introducción

El proceso constituyente que se presentó en Colombia entre 1990 y 1991 se debió en parte a que los factores reales de poder no institucionales (guerrillas, paramilitares y —sobre todo— carteles de traficantes de drogas), precipitaron por parte del Poder Ejecutivo, la decisión de convocar una Asamblea Nacional Constituyente, órgano que sesionó con múltiples encargos, entre ellos el de contener la violencia social generalizada; fue así como, por medio de la promulgación de la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991), se logró establecer un nuevo orden institucional que enfatizó el carácter republicano del Estado, si por ello entendemos hechos como el de haber creado la justicia constitucional (Zagrebelsky, 2009), y, de igual forma, se consignó en la Constitución un marco de derechos fundamentales positivizados y con tutela judicial directa.

Es en virtud del ejercicio de la garantía jurisdiccional de la Constitución, otorgada en la nueva Constitución a la Corte Constitucional colombiana (en adelante CCC), y a partir de 1995, que este alto tribunal inicia la declaratoria de su jurisprudencia como precedencial; para el año 2001 esta labor está acabada con la Sentencia C-836/01 (Corte Constitucional de Colombia, 2001), en la cual la CCC consolida su doctrina, en el sentido de que existe el precedente en la jurisdicción constitucional, el cual obliga a los jueces a su acatamiento; en tal virtud el juez debe, por regla general, aplicar la *sub-regla* constitucional vigente (definida por la CCC en su jurisprudencia) al caso concreto análogo por los hechos que a futuro se litigue ante la respectiva instancia (López Medina, 2006a).

Más recientemente, una serie de pronunciamientos, ya no solo de la CCC, sino de jueces de menor jerarquía y diferente jurisdicción, advirtió sobre el uso que se estaba haciendo dentro del poder judicial del examen de proporcionalidad; un caso es emblemático y ejemplifica esta afirmación: se trata del fallo por medio del cual la CCC resolvió el problema jurídico de la despenalización del aborto cuando su práctica

se realiza bajo ciertas circunstancias especiales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355, 2006).

Según lo anterior, pensamos que es posible, tanto en la teoría como en la práctica (esto último desde la tarea de interpretación del juez constitucional colombiano), relacionar los métodos de interpretación constitucional, concretamente los precedentes jurisprudenciales y el examen de proporcionalidad, aunque el primero obedece a la aplicación e interpretación de reglas y el segundo obedece a la aplicación e interpretación de principios desde la óptica del constitucionalismo de derechos o neoconstitucionalismo, entendido como la perspectiva que apuesta por las constituciones normativas garantizadas, esto es, constituciones en las que no solo se organiza el poder y las fuentes del derecho, sino que también se generan derechos y obligaciones inmediatamente exigibles, exigencia que se propone por parte de los asociados no solo ante la Corte Constitucional, sino además ante los jueces de constitucionalidad. Es en este sentido que los principios pasan de ser meros enunciados políticos a categorías con plena efectividad jurídica práctica. En este punto, el constitucionalismo de derechos restaura el vínculo que había cortado el positivismo jurídico entre derecho y moral y ve en la ponderación el método de interpretación más adecuado, dada la singular estructura o naturaleza de los principios constitucionales.

2. Metodología

Esta investigación utilizará el *método explicativo*, en la medida en que se procura entender tanto las instituciones como las relaciones que se tejen entre los métodos de interpretación de reglas y principios en lo constitucional; será necesario utilizar además el *método comparativo* ya que tanto el examen de proporcionalidad como el precedente se originan en culturas jurídicas diferentes y por ello habrá que consultar los desarrollos de estas figuras tanto en Alemania como en EE. UU. e Inglaterra, respectivamente. Durante todo el ejercicio investigativo hará presencia el *método analítico*, ya que será necesario, vía deducción, observar los elementos constitutivos tanto del examen de proporcionalidad como de los precedentes, para, una vez dada su comprensión, establecer los vínculos que se tejen entre ellos y formular de esa manera premisas generales para comprender su funcionamiento conjunto. Esta investigación es además *documental*, ya que en ella se privilegia el análisis y la interpretación de los textos. Para cumplir con los objetivos de la investigación, se utilizarán las fuentes primarias, representadas por los libros de los autores que se han ocupado del desarrollo de las técnicas tanto del precedente como del examen de proporcionalidad, se consultará además y principalmente la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, y será necesario acudir a fuentes secundarias dado que, en el caso del examen de proporcionalidad, muchos desarrollos doctrinales han sido llevados a cabo por lectores del mentor de la hasta ahora más aceptada vertiente de esa teoría, Robert Alexy.

3. La constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano.

La utilización tanto del precedente como del examen de proporcionalidad por parte de la CCC, y las consecuencias que ello ha traído para el sistema jurídico colombiano, genera el siguiente interrogante inicial: ¿se ha producido en Colombia el denominado fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico? Pensamos que la respuesta a este interrogante es positiva, ya que, siguiendo a Guastini (2009): “Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” (p.49). Los fenómenos jurídicos enunciados por este autor han ocurrido —y continúan presentándose— en el ordenamiento jurídico colombiano bajo circunstancias verdaderamente complejas, veamos:

Un ejemplo que muestra que la Constitución ha *condicionado la tarea legislativa del Congreso de la República* es la Sentencia C-818 (Corte Constitucional de Colombia, 2011), en la cual la CCC, tras el análisis practicado en sede de constitucionalidad a algunos artículos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Congreso de la República de Colombia, Ley 1437, 2011), dispuso la inexecutableidad de los artículos demandados y fijó un término para que el Congreso emitiera la ley estatutaria respectiva, orden que cumplió el órgano legislativo con la expedición de la Ley 1755 (Congreso de la República de Colombia, 2015); el argumento principal utilizado por la Corte consistió en que, al ser el derecho de petición un derecho fundamental reconocido como tal en la Constitución, su regulación debía hacerse por medio de ley estatutaria, la cual no solo excepciona el procedimiento legislativo ordinario bajo el cual se surtió el trámite de la Ley 1437 de 2011 demandada, sino que la Constitución misma señala de manera expresa que el mecanismo para regular los derechos fundamentales de los colombianos es una ley con rango estatutario y no ordinario.

La Constitución de 1991 también ha *condicionado la forma en que se emite la jurisprudencia en el país*, por lo menos en lo que al juez de constitucionalidad se refiere. Este fenómeno, también bastante complejo, tiene que ver con la interpretación en materia judicial; lo anterior se traduce en que el juez, cualquiera sea su jerarquía, está vinculado al precedente para resolver el derecho que ante él se litigue. La disidencia interpretativa (y en consecuencia su decisión) es posible solo con una carga argumentativa más relevante de su parte, lo cual debe proveerle del sustento racional suficiente para apartarse de la decisión que el juez originario consignó al momento de fijar el precedente. Todo lo anterior ha acaecido de la siguiente manera: el primer movimiento de la CCC fue el de declarar, vía jurisprudencia, el carácter precedencial de la misma; tal proceso se inició en el año 1995, por medio de tres pronunciamientos iniciales: la aclaración de voto de la Sentencia C-083/95, la Sentencia T-123/95 y la Sentencia C-260/95 (Corte Constitucional de Colombia, 1995); estos pronunciamientos fundarán una línea jurisprudencial conformada por las sentencias C-037/96, T-175/97, T-321/98, T-566/98, SU-047/99, hasta que, con la Sentencia C-836/01 se completa la posición, en el sentido de que en Colombia existe una doctrina del precedente en la jurisdicción constitucional (López Medina, 2006b).

El *cambio en el estilo doctrinal* en el ambiente constitucional colombiano es evidente. Antes de la Constitución de 1991, el estilo doctrinal, por regla general, consistía en voluminosos textos, los más de ellos acrílicos e irreflexivos, cuyo abrumador contenido consistía —y sigue consistiendo en muchos casos— en la descripción reiterada de instituciones constitucionales secularmente definidas, la jurisprudencia era apenas citada y siempre como un criterio auxiliar en la interpretación del derecho; este estilo doctrinario aún hace presencia en el ambiente académico y la enseñanza del derecho, sigue influenciando a la mayoría de las facultades (sobre todo las de provincia), lo cual provoca que, las más de ellas, permanezcan indiferentes al cambio que se ha venido operando. No obstante, autores como López Medina (2006a, 2006b) y Quinche Ramírez (2010) han inaugurado una densa reflexión sobre la metodología de precedentes en el sistema jurídico colombiano. Otro tanto ha ocurrido con la obra de los profesores Lopera Mesa (2006), Bernal Pulido (2009, 2014, 2015) y Uprimny (2008, 2016), quienes, desde sus reflexiones sobre el principio de proporcionalidad y junto con los dos anteriores, han llamado la atención sobre el papel protagónico de la jurisprudencia constitucional y los nuevos métodos de interpretación en el contexto del debate jurídico nacional e internacional.

Que la Constitución de 1991 se ha *entrometido y condiciona el accionar de los actores políticos* quedó evidenciado en torno a las discusiones de orden jurídico que se dieron con ocasión del “Plebiscito para la paz”. Por medio de la Sentencia C-379 (Corte Constitucional de Colombia, 2016), la CCC conceptuó sobre la constitucionalidad de la ley estatutaria por medio de la cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Uno de los planteamientos centrales de la Corte se relaciona con el cambio que se da por medio de esta ley, en el sentido de pasar de un umbral de participación (UP) a un umbral de aprobación (UA). Según Uprimny (2016):

El efecto jurídico de un umbral es el siguiente: para la aprobación de un referendo, una consulta popular o un plebiscito no basta con que la mayoría de los participantes vote a favor (como sucedería si no hubiera umbral) sino que es necesario otro requisito: que la votación supere cierto porcentaje del censo electoral.

En la práctica, el cambio en la naturaleza del umbral sumió al Centro Democrático (partido político radicalmente opuesto a los diálogos, al acuerdo de paz y su actual implementación) en una gran encrucijada, puesto que, de un lado, no pudo llamar a la abstención activa ya que no estábamos en un escenario de UP; del otro, el voto por el *sí*, que ganó inicialmente una amplia aceptación entre la ciudadanía, empujó al Centro Democrático a incurrir en una campaña mendaz para poder remontar la popularidad del *sí*, tal como quedó probado pocos días después de que ganara el *no* y se impusiera en el plebiscito del 2 de octubre de 2016. Es apenas evidente que la Constitución de 1991 se entromete y condiciona el accionar de los actores políticos en Colombia.

La Constitución de 1991 también ha condicionado la *manera cómo se dan en la actualidad las relaciones entre los grupos sociales*. Si analizamos los desarrollos de

la jurisprudencia constitucional en lo relacionado con la consulta previa, encontramos un buen ejemplo al respecto. En Colombia la participación política es un derecho fundamental, según lo consagra el artículo 40 constitucional; por su parte, el art. 330 establece que en las decisiones que se adopten para la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, el gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades; se debatió entonces si lo así establecido se entendía incorporado a la garantía fundamental de la participación. El análisis se inició con la Sentencia T-188/93 (Corte Constitucional de Colombia, 1993), en la cual se determinó una violación al derecho fundamental a la participación, esta vez por vulneración al derecho de petición, el cual se encuentra incluido dentro de la garantía fundamental de la participación. Prosiguió el análisis con la Sentencia SU-037 (Corte Constitucional de Colombia, 1997), en la cual se dejó establecido claramente que la omisión de consulta previa a comunidades indígenas, cuando de la explotación de recursos naturales en su territorio se trata, es violatorio de la garantía constitucional a la participación. Con posterioridad las sentencias C-169/01, C-418/02, C-891/02, SU-383/03, C-620/03, T-737/05 y C-208/07 enfatizan: i) que la consulta previa se realizará siempre que se trate de la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas; ii) que la consulta previa se adelantará siempre que una decisión administrativa o legislativa, que se tome desde el Estado, afecte o involucre de alguna manera los intereses de las minorías étnicas; iii) El concepto de minoría ya no solo involucra a indígenas, se extiende a negritudes; además, se establecen unos criterios que pueden abarcar a otros grupos (Arcila, 2011). Como consecuencia de lo anterior, hoy en día toda “intervención para el desarrollo” en Colombia que involucre territorios indígenas, afrodescendientes y otro tipo de comunidades étnicas requiere de consulta previa; como es apenas obvio, el movimiento social ha visto en esta figura un recurso a favor de sus intereses y se ha movilizó en torno a él en repetidas ocasiones, a tal punto que el Ministerio del Interior optó por crear la “Dirección de Consulta Previa” que gestiona asuntos que van desde licenciamiento minero hasta la construcción de complejos penitenciarios en territorios indígenas, afrodescendientes y de comunidades étnicas. Es evidente que en este caso la Constitución también se ha entrometido y condicionado el actuar de los actores sociales involucrados en conflictos originados en intervenciones para el desarrollo.

Podemos afirmar, entonces, que el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra constitucionalizado; esto se evidencia, sobre todo, tras el análisis de la jurisprudencia constitucional. Este fenómeno, que ha impactado todo el sistema jurídico, tuvo su origen tanto en la nueva concepción de las normas que integran el texto constitucional como en un cambio de paradigma en la interpretación de esas normas.

4. La problemática de la interpretación originada en la constitucionalización del derecho.

Ahora, sabemos que este no es un fenómeno único del ordenamiento jurídico colombiano, la constitucionalización de los sistemas jurídicos es un proceso propio del constitucionalismo continental, el cual se ha dado a partir de la positivización de amplias garantías fundamentales, entendidas hoy como principios constitucionales.

Sabemos además que en cada ordenamiento jurídico este fenómeno admite un análisis relacionado con el grado de constitucionalización. Sobre este aspecto, Guastini (2009) ha dicho lo siguiente: “la constitucionalización es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento” (p. 50).

Asimismo, este autor enumeró las condiciones de constitucionalización de esta manera:

1. Una Constitución rígida; 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución; 3. La fuerza vinculante de la Constitución; 4. La sobreinterpretación de la Constitución; 5. La aplicación directa de las normas constitucionales; 6. La interpretación conforme de las normas constitucionales y 7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (Guastini, 2009).

Tenemos que reiterar lo dicho, es decir, que el uso del examen de proporcionalidad y el precedente están jugando un papel central en la labor de interpretación de los principios y derechos fundamentales consignados en la Constitución Política de Colombia, y, además, están haciendo que se dé “la garantía jurisdiccional de la Constitución”, por decir lo menos. De ahí que el análisis de los métodos de interpretación constitucional no debe realizarse como metodologías separadas, sino como procedimientos que interactúan y se relacionan estrechamente en la producción de la jurisprudencia constitucional colombiana.

Tras la distinción entre dos tipos básicos de normas: los principios y las reglas, es también aceptado que a los principios se les interpreta por medio de la ponderación y a las reglas se les interpreta y aplica un método subsuntivo. En este escenario, los precedentes serían un instrumento de interpretación de las reglas dado que la *ratio decidendi* es básicamente una regla que se aplica a los casos futuros análogos por los hechos o en los que coinciden a futuro los mismos supuestos fácticos (Bernal Pulido, 2015). Podríamos sostener, entonces, que el precedente y la subsunción son a las reglas lo que la ponderación es a los principios, pero habría que decir más: estos métodos que tradicionalmente han sido aplicados por separado, y que provienen de familias del derecho distintas, dentro de los desarrollos del constitucionalismo de derechos vienen siendo aplicados por el juez constitucional de manera conjunta en uso de facultades relacionadas con la guarda jurisdiccional de la Constitución, lo cual no deja de ser novedoso si se lo mira según los cánones tradicionales de la interpretación constitucional. Los hallazgos sobre los estándares de racionalidad logrados en esta tarea son de gran importancia por las dudas crecientes sobre la discrecionalidad y arbitrariedad del juez al momento de usar estas nuevas metodologías, lo cual afecta, según una crítica frecuente, la seguridad de los sistemas jurídicos.

Según lo anterior, es necesario explicar la relación teórica y práctica que se da entre los métodos de interpretación de reglas y principios en la tarea judicial del juez constitucional en Colombia. Además, se impone conocer el uso práctico que se le da a

los precedentes jurisprudenciales y al examen de proporcionalidad en la jurisprudencia de algunos tribunales judiciales, principalmente en la Corte Constitucional.

5. Aproximación a una base teórica.

Es en el neoconstitucionalismo donde las reflexiones sobre los nuevos paradigmas en la interpretación de las constituciones han presentado mayores avances, desde que la positivización de valores, principios y derechos fundamentales se hizo una práctica regular en los textos constitucionales del derecho continental, a lo cual Latinoamérica no ha sido ajena. Las consideraciones sobre la interpretación de esos textos no se han detenido, de tal manera que la interpretación de las actuales constituciones es un fenómeno que se deriva de la existencia de una *constitución normativa*, entendida como aquella en la que, además de regularse aspectos como la organización del poder y las fuentes del derecho, se generan de manera directa derechos y obligaciones inmediatamente exigibles por los ciudadanos (Prieto Sanchís, 2009). También se le ha denominado Constitución axiológica, cuyas principales características son: i) La Constitución es la principal fuente de un sistema normativo. ii) La Constitución contiene reglas, pero además contiene principios, estos son precisamente los que la definen. iii) Hay una relación especial entre Constitución y democracia. iv) La positivización de principios en la constitución precipita los sistemas normativos a consideraciones de orden moral. v) El método de aplicación de la Constitución así entendida es la ponderación o balanceo de derechos (Comanducci 2009a).

Pero la positivización de valores, principios y derechos fundamentales no solo ha tenido efecto sobre las consideraciones en torno a los tipos de Constitución, además ha tenido efectos sobre el denominado *constitucionalismo metodológico*, toda vez que si hablamos de derechos fundamentales positivizados y estos a su vez son los valores, principios y derechos fundamentales regularmente conocidos, tenemos que el valor ético y el contenido jurídico se encuentran unidos en las constituciones y ello nos conduce a una interpretación moral del texto fundamental (Pozzolo, 2009). Este será quizá el aspecto de filosofía jurídica más relevante y problemático, ya que, en el neoconstitucionalismo el derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral (Barberis, 2009) como sí lo hace en el positivismo jurídico; cabe la pregunta sobre el tipo de moral al que nos estamos refiriendo y, la respuesta es: a la moral crítica, ya que el derecho por esta vía ha adquirido una fuerte carga axiológica, es decir, se ha rematerializado, de ahí que alcanzar la objetividad, si se quiere, la mayor racionalidad, es central para lograr la legitimidad de los argumentos jurídicos (García Amado, 2009).

La positivización de derechos también ha tenido efectos sobre el *constitucionalismo ideológico*. En este escenario el problema central se puede formular bajo el siguiente interrogante: ¿de qué manera dicen concretamente las normas constitucionalizadas lo que en su enunciado es indeterminado? La respuesta a este interrogante implica admitir que interpretar y aplicar la Constitución son tareas diferentes a interpretar y aplicar la ley; en otros términos formulado: la diversidad de objetos marca de manera directa la diversidad de las técnicas interpretativas con las que se llega a apreciar el

texto constitucional (Comanducci, 2009b) y la ley; más aún, en la doctrina de la Europa continental y Latinoamérica hoy se distinguen dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas determinan que el derecho se aplique mediante dos métodos diferentes: la subsunción y el examen de proporcionalidad respectivamente (Bernal Pulido, 2015).

Ha habido también un impacto en el *constitucionalismo teórico*, el cual puede evidenciarse de la siguiente manera: si una Constitución normativa regula las fuentes del derecho, a la par que regula la organización del poder y genera derechos y obligaciones inmediatamente exigibles por parte de los ciudadanos y, según la idea que comparten tanto el constitucionalismo de tradición americana como el constitucionalismo nacido en la Revolución francesa, la Constitución misma es un texto jurídico supremo (la tradición americana es particularmente celosa además con la garantía jurisdiccional de la Constitución), tenemos entonces que el legicentrismo es revaluado debido al papel subordinado que pasa a ocupar la ley, en lo formal y sustancial, frente a la Constitución (Pozzolo, 2009). El tipo de constitución en el neoconstitucionalismo va más allá del artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Asamblea Nacional de Francia, 1789), el cual establece que: “Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene constitución”. Podríamos incluso afirmar que la sujeción a la ley constitucional le cabe a todos los poderes, incluido el de las mayorías (Ferrajoli, 2009).

Con todo, y sin temor a dudas, podemos afirmar que uno de los temas que ocupa el centro del debate en el neoconstitucionalismo es el de *la interpretación*. No sin razón se ha observado, a partir de las reflexiones de la condición de constitucionalización denominada la “sobreinterpretación del texto constitucional”, que las intervenciones interpretativas de los operadores jurídicos, particularmente del juez de constitucionalidad, han ocasionado un enfrentamiento teórico y práctico en la ciencia jurídica entre los métodos tradicionales para la interpretación de la ley, provenientes del positivismo clásico, por ejemplo, y los métodos para la interpretación de la Constitución. Más aún, el hecho de que la CCC haya adoptado la disciplina de precedentes en su jurisprudencia agrega una problemática adicional a esta discusión, ya que esta disciplina tiene su origen en la tradición jurídica del *commun law* y es un método de interpretación de reglas y no de principios. De tal manera que de los métodos propios de interpretación de la ley, como el subsuntivo, se ha pasado a la aplicación de metodologías que, sin descartar la técnica subsuntiva, son más propias de la tarea interpretativa de la Constitución axiológica.

Podemos distinguir, entonces, las técnicas de interpretación y aplicación de las reglas, de las técnicas de interpretación y aplicación de los principios constitucionales; obsérvese como, por la vía de la condición de constitucionalización denominada “sobreinterpretación del texto constitucional”, hemos arribado a otra de las condiciones, cual es “la aplicación directa de las normas constitucionales”. En términos de Aragón Reyes (2009):

Conocer y aplicar las técnicas, ciertamente complicadas (inevitablemente complicadas hay que decir), de la interpretación constitucional, como interpretación jurídica, y por ello objetiva, pero que goza de peculiaridades propias y que no se identifica exactamente con la interpretación legal, es también un requisito sustancial del «constitucionalismo» en cuanto que es requisito de «aplicabilidad» de la Constitución (p 38).

Varias son las consecuencias de este cambio de paradigma frente a la interpretación de los textos constitucionales. (i) La Constitución, más allá de establecer las fuentes del derecho, se convierte ella misma en fuente, en virtud de su «aplicabilidad» y de su estatus como texto jurídico supremo dentro del ordenamiento jurídico. (ii) La interpretación constitucional de hoy se aleja cada vez más del formalismo positivista y debe integrar las consideraciones sobre la distinción entre reglas y principios. (iii) La interpretación debe estar atenta a las vicisitudes de la discrecionalidad judicial, para lo cual debe acercarse cada vez más a estándares de racionalidad que aseguran progresivamente la objetividad de los razonamientos jurídicos.

6. La actualidad de la discusión en torno al problema de la interpretación en el Estado constitucional.

En términos generales se ha reflexionado sobre el papel protagónico de la interpretación judicial en los momentos en que impera el disenso en cuanto al método de interpretación a utilizar, y sobre cómo alcanzar el mayor grado de razonabilidad, justicia y legitimidad en las decisiones judiciales (Uprimny Yepes & Rodríguez Villabona, 2008). También se ha razonado con respecto a las problemáticas actuales y futuras en las sociedades contemporáneas y el impacto que tiene la compleja realidad que de ahí se genera en el principio de separación de poderes y en fenómenos como el activismo judicial de tribunales constitucionales como el alemán y el brasilero; hay además una preocupación manifiesta por el concepto de racionalidad en la metodología que desarrolla el nuevo constitucionalismo (Zaiden Benvindo, 2010). Ahora se plantea que un margen más o menos amplio de indeterminación normativo es en cierto sentido fisiológico dentro de un contexto de persistente conflictividad como es el que caracteriza los Estados constitucionales modernos; ello, claro está, si se siga una concepción coherentista y contextual del conocimiento (Zezza, 2016).

En términos de interpretación constitucional, la atención se centra tanto en el examen de proporcionalidad como en los precedentes jurisprudenciales y en las herramientas más adecuadas para la labor de la interpretación en el Estado constitucional de derecho. En lo que tiene que ver con los precedentes judiciales, se pudo determinar que se ha analizado la relevancia de la jurisprudencia precedencial como fuente del derecho y el problema de la legitimidad de los tribunales constitucionales cuando dictan sus sentencias (Sarmiento, 2012; Chacín Fuenmayor, 2010). Se ha atribuido al desarrollo jurisprudencial que hacen los tribunales constitucionales desde el precedente un rol normativo positivo (Vargas Hernández, 2011), esto es, si los tradicionales métodos de interpretación no son suficientes para alcanzar la justicia en materia constitucional, el control abstracto de constitucionalidad deriva en que la CCC, inicialmente concebida

como legislador negativo, se convierta en un legislador positivo (Hakansson-Nieto, 2009). También se sostiene que la concepción clásica de la separación de poderes se ha venido reinterpreto a partir del uso del precedente en manos del juez (García López, 2014). De otro lado, se advierte acerca del impacto sobre la seguridad jurídica del precedente judicial y la constitucionalización del derecho, dados fenómenos como el activismo judicial y la sobreinterpretación constitucional (Arrázola Jaramillo, 2015). Se ha analizado la posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho colombiano y el riesgo de los principios de autonomía, independencia judicial y división de poderes por la presencia de sentencias de unificación (Barrera Varela, 2014). A partir del análisis de la Sentencia T-292 (Corte Constitucional de Colombia, 2006), se ha dado cuenta de la fuerza vinculante del precedente constitucional en materia de control abstracto de constitucionalidad, no así en lo relacionado con la tutela (Molinares Hassan, 2011). El problema de la vinculatoriedad del precedente ha sido motivo de análisis con relación a las otras altas cortes diferentes al tribunal constitucional (Blanco Cortina, 2016).

De manera más especializada, en lo que al precedente se refiere, podemos afirmar que siguen siendo paradigmáticos los trabajos desarrollados por el profesor Diego Eduardo López Medina, en los cuales hace una reflexión sobre el precedente judicial en Colombia y las herramientas de análisis que esta figura contiene. El autor trabaja a profundidad el precedente y su papel en la interpretación de la Constitución de 1991; de manera particular, aborda los métodos conflictivistas de interpretación constitucional, en especial, los juicios o test de razonabilidad e igualdad y el balanceo concreto de derechos López Medina (2006a, 2006b). Por otra parte, bajo el auspicio de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, la cual está adscrita al Consejo Superior de la Judicatura, órgano rector en lo administrativo de la Rama Judicial en Colombia, se ha avanzado en la consolidación de líneas jurisprudenciales por áreas del Derecho; así, hay desarrollos en el área del Derecho Civil y Comercial (Calderón Villegas, 2011), en el área Administrativa (Celemín Caicedo, 2011), en la sub-área disciplinaria (Benítez, 2011), en el área de Familia (Cárdenas Paulsen, 2011), en el área Laboral (López Medina, 2011) y en el área Penal (Goebertus Estrada & Maya Calle, 2011).

Específicamente hablando y a modo de ejemplo, se plantea que el derecho al agua es un derecho fundamental, creado desde la jurisprudencia de la CCC cuya tutela se inició con grupos de especial protección constitucional y hoy se da al resto de la población (Sotorius & Rodríguez, 2015); de igual forma se ha determinado la línea jurisprudencial que define el mínimo vital del agua como un derecho fundamental y, por ende, la imposibilidad de suspender el servicio por falta de pago (Restrepo Gutiérrez & Zárate Yepes, 2016). En el derecho penal preocupa que con la creación de subregla por parte del juez constitucional y en virtud de la indeterminación del sistema de precedentes, se esté provocando en el juez penal un temor creciente frente al delito de prevaricato (García Vargas & Pérez Puentes, 2015; Lancheros-Gámez, 2012).

En el contexto global, las reglas de interpretación constitucional aplicadas por el Tribunal Constitucional peruano han sido motivo de análisis ordenado y crítico (Rubio Correa, 2010). También en ese país se ha reparado en la fundamentación de algunas sentencias del Tribunal Constitucional a partir del *obiter dictum* o de la

ratio decidendi (Landa Arroyo & Díaz Colchado, 2015). En Chile se ha visto cómo el recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral puede ser el inicio de la introducción del precedente en esa jurisdicción (Díaz García, 2015). En España se inició la discusión sobre los precedentes; las consideraciones sobre *stare decisis*, *obiter dictum* y *ratio decidendi* están relacionadas con los hechos en el derecho en general y no solo en el derecho constitucional; además, se ha advertido que el estudio del precedente no debe hacerse desde la teoría de las fuentes del derecho, debido a la ambigüedad e indeterminación de este concepto, más bien se debe recurrir a un criterio empírico que establezca la vinculatoriedad del precedente en el sistema jurídico en cuestión (Núñez, 2017).

En lo que al principio de proporcionalidad respecta, es necesario advertir que, como sucede con el tema de precedentes, es innumerable la bibliografía que se puede consultar al respecto. De obligatoria consulta en este punto es la obra del profesor Robert Alexy, particularmente su clásico texto *Teoría de los derechos fundamentales* (Alexy, 2012), en el cual analiza el problema de las reglas y los principios, los derechos fundamentales y sus restricciones, los derechos prestacionales en sentido amplio y la ponderación, entre otros temas.

Son múltiples los trabajos que se adentran en el análisis del examen de proporcionalidad: hay quien aclara y precisa la naturaleza y función de la proporcionalidad como ejercicio analítico para la construcción de su concepción pragmática (Blanco Cortina, 2014). Además, se ha investigado sobre el examen de proporcionalidad como un criterio adecuado para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador, para ello se ha dado cuenta de los antecedentes del principio de proporcionalidad, la función y las críticas al principio, los criterios alternativos, el estatus jurídico y el fundamento y la estructura del principio de proporcionalidad (Bernal Pulido, 2014). El examen de proporcionalidad se ha estudiado desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, en cuanto al desarrollo de sus elementos estructurales: i) la estructura del mandato de adecuación técnica (o idoneidad) en el derecho constitucional; ii) la estructura del examen del medio alternativo menos gravosos o menos lesivo, iii) la estructura del mandato de proporcionalidad en sentido estricto en el derecho constitucional y iv) el examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto (Clérico, 2009). También se encuentran estudios sobre la actualidad del examen de proporcionalidad en Alemania, concretamente sobre el desarrollo y empleo del examen de proporcionalidad tanto en sentido amplio como en sentido estricto; para ello se reflexiona sobre la teoría de los principios de Alexy como base del examen de proporcionalidad y se analizan algunas críticas tanto a la ponderación como a la teoría de principios (Montealegre Lynnet et al., 2014). Se ha estudiado el principio de proporcionalidad y las mejores formas de proteger los derechos fundamentales y cómo la positivización de estos supone un cambio radical en la comprensión de la persona humana y en la comprensión moral de la vida (Carbonell, 2007). Un poco antes se había estudiado el principio de proporcionalidad y su relación con la ley penal, para dar cuenta de este tema, se estudió el principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa en el control de constitucionalidad de todo tipo de leyes, además se estudiaron los fundamentos (Estado constitucional y

derechos fundamentales) necesarios en la aplicación del principio de proporcionalidad para luego dar cuenta de un modelo de aplicación de este principio al control de constitucionalidad de las leyes penales desde la perspectiva de la “prohibición de exceso” (Lopera Mesa, 2006).

Ahora, son varios los trabajos en los que se identifican los peligros que el examen de proporcionalidad conlleva y si tales peligros son atribuibles al proceso para llevar a cabo el ejercicio de proporcionalidad o a las intenciones del operador jurídico (Portocarrero Quispe, 2016). Hay quien ha trabajado además sobre las dificultades del examen de proporcionalidad, en tanto compromete las exigencias de certeza que requiere un test de racionalidad fiable (Zúñiga Añazco, 2010). Se han explicado los elementos centrales de la teoría alexiana, sometidos a crítica, para luego proponer una alternativa que rescata sus elementos fundamentales y evita las debilidades del principio de proporcionalidad (Sieckmann, 2014). Además, se ha analizado el contraste entre la expansión de la proporcionalidad en los cinco continentes y el denominado escepticismo norteamericano (Stone Sweet & Mathews, 2013).

Por último y a modo de ejemplo de la aplicación práctica del examen de proporcionalidad, se ha visto en el proceso de paz colombiano un problema jurídico que se puede resolver por medio del examen de proporcionalidad: en el fondo del proceso se encuentra la antinomia entre los principios fundamentales a la paz y el derecho de las víctimas a la justicia; por ser ambas normas con naturaleza de principios, el examen de proporcionalidad procede y debe ser aplicado en un sentido amplio, así:

i) Subprincipio de adecuación: el medio tiene que ser idóneo para la consecución del fin, es inconstitucional el medio que no se adecua al fin. Hay dos modelos en cuanto a los esquemas mundiales de investigación: uno minimalista y otro maximalista. El primero alude a que las investigaciones por violaciones masivas a los derechos humanos tienen que enfocarse en máximos responsables y hechos más relevantes. El modelo maximalista dice que hay que investigar todos los hechos y todos los responsables. Los juicios de Núremberg son un ejemplo de investigación minimalista. Las investigaciones en la antigua Yugoslavia son un ejemplo de modelo maximalista. Naciones Unidas replantea el modelo maximalista y lo adecua a un modelo de selectividad. ii) Subprincipio de necesidad: cuando se trata de restringir un derecho fundamental con el fin de maximizar otro derecho fundamental siempre hay que escoger la alternativa menos restrictiva del derecho fundamental; si hay una alternativa menos invasiva y no se escoge, el ejercicio de proporcionalidad deviene inconstitucional. iii) Subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto: para conseguir un fin se emplea un medio, tal medio es la restricción de un derecho: para conseguir la paz se restringe la justicia, esta restricción tiene que ser razonable, no puede ser desproporcionada. En la ley de la ponderación esto lo resuelve Alexy con un juicio costo-beneficio en términos valorativos (no un juicio costo-beneficio en términos del análisis económico del derecho). ¿En qué consiste? Entre más se maximice un derecho fundamental más puede ser la restricción del otro derecho, ergo, entre más se maximice el derecho fundamental a la paz más pueden restringirse los derechos de las víctimas a verdad, justicia y reparación (Montealegre, 2017).

De manera puntual y en cuanto al tema que nos ocupa, esto es, comprender la relación que se da entre los precedentes y el examen de proporcionalidad en la tarea de interpretación constitucional, se encontró una reflexión sobre el tema: aceptada la distinción entre normas con naturaleza de reglas y normas con naturaleza de principios, es claro que la aplicación de las primeras se hace por medio del método subsuntivo y la aplicación de las segundas se hace por medio del ejercicio de la ponderación. Según la teoría de los precedentes, lo que se encuentra en la *ratio decidendi* es justamente una regla con características como la coherencia, estabilidad e igualdad en tanto se debe aplicar a los casos que presenten los mismos hechos o hechos análogos. La convergencia entre el precedente y el principio de proporcionalidad se da precisamente en el caso de revocatoria del precedente o cuando el juez quiere distinguir entre casos, lo cual puede suponer una colisión de principios como los de justicia e igualdad, que debe ser resuelta desde la proporcionalidad, de tal manera que, como lo plantea Bernal Pulido (2015):

No solo se trata de que la ponderación perfecciona la doctrina del precedente al crear un proceso racional para distinguir los casos y revocar precedentes. Los precedentes también perfeccionan la doctrina de la ponderación al salvaguardar la certeza y la racionalidad de la estructura de la ponderación (p.112).

7. Referencias

- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales* (C. Bernal Pulido, trad). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aragón Reyes, M. (2009). La Constitución como paradigma. En M. Carbonell (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo* (pp. 29-40). Trotta.
- Arcila, J. L. (2011). *El precedente jurisprudencial y el derecho al medio ambiente sano*. Universidad de San Buenaventura Medellín.
- Arrázola Jaramillo, F. (2015). La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho Público*, (34), 1-28. https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub494.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de la República de Colombia*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr002.html
- Asamblea Nacional de Francia. (1789, 26 de agosto). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf
- Barberis, M. (2009). Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral (S. Sastre Ariza, trad.). En M. Carbonell (ed.), *Constitucionalismo(s)* (pp. 259-278). Trotta.

- Barrera Varela, P. J. (2014). La posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho colombiano. *Saber, Ciencia y Libertad*, 9(2), 57-69. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2014v9n2.2111>
- Benítez, V. F. (2011). *Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de jueces y juezas en Colombia. Área disciplinaria y salas administrativas*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m12-4.pdf>
- Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: escritos de Derecho constitucional y filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2015). El Precedente y la ponderación. En C. Bernal Pulido, & T. Bustamante (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (pp. 105-124). Universidad Externado de Colombia.
- Blanco Cortina, D. J. (2014). *Hacia una consideración pragmática de la ponderación* [tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia]. Repositorio Unal. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/47141/1128056544.2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Blanco Cortina, D. (2016). Sobre el precedente judicial y su obligatoriedad. Una Revisión de la jurisprudencia reciente. *Misión Jurídica*, (10), 111-127. <https://doi.org/10.25058/1794600X.120>
- Calderón Villegas, J. J. (2011). *Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de jueces y juezas en Colombia. Área civil y comercial*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m12-1.pdf>
- Carbonell, M. (2007). *El principio de proporcionalidad en el estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Cárdenas Paulsen, A. M. (2011). *Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de jueces y juezas en Colombia. Área de familia*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m12-5.pdf>
- Chacín Fuenmayor, R. (2010). Acerca del origen del Derecho: novísimo papel del precedente. *Fronesis*, 17(1), 85-107. <https://biblat.unam.mx/hevila/FronesisMaracaibo/2010/vol17/no1/4.pdf>
- Celemín Caicedo, A. (2011). *Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de jueces y juezas en Colombia. Área administrativa*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Clérico, M. L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Eudeba.
- Comanducci, P. (2009a). Modelos e interpretación de la Constitución (M. Ferrer Muñoz, trad.). En M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (pp. 41-67). Trotta.
- Comanducci, P. (2009b). Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico (M. Carbonell, trad.). En M. Carbonell (ed.), *Constitucionalismo(s)* (pp. 75-98). Trotta.

- Congreso de la República de Colombia. (2011, 18 de enero). *Ley 1437 de 2011*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Congreso de la República de Colombia. (2015, 30 de junio). *Ley 1755 de 2015*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1755_2015.html.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993, 12 de mayo). *Sentencia T-188/93* [M. P.: Cifuentes Muñoz, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-188-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1995, 1 de marzo). *Sentencia C-083/95* [M. P. Gaviria Díaz, C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-083-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1995, 21 de marzo). *Sentencia T-123/95* [M. P.: Cifuentes Muñoz, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-123-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1997, 30 de enero). *Sentencia SU-037/97* [M. P.: Herrera Vergara, H.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-037-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2001, 14 de febrero). *Sentencia C-169/01* [M. P.: Gaviria Díaz, C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-169-01.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2001, 9 de agosto). *Sentencia C-836/01* [M. P. Escobar Gil, R.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2002, 28 de mayo). *Sentencia C-418/02* [M. P.: Tafur Galvis, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-418-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2003, 13 de mayo). *Sentencia SU-383/03* [M. P.: Tafur Galvis, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/su383-03.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2003, 29 de julio). *Sentencia C-620/03* [M. P.: Monroy Cabra, M. G.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-620-03.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2005, 14 de julio). *Sentencia T-737/05* [M. P.: Tafur Galvis, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-737-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2006, 6 de abril). *Sentencia T-292* [M. P.: Cepeda Espinosa, M. J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-292-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2007, 21 de marzo). *Sentencia C-208/07* [M. P.: Escobar Gil, R.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-208-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2011, 1 de noviembre). *Sentencia C-818/11* [M. P.: Pretelt Chaljub, J. I.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-818-11.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016, 10 de mayo). *Sentencia C-355/06* [M. P.: Araújo Rentería, J., & Vargas Hernández, C. I.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2016, 18 de julio). *Sentencia C-379/16* [M. P.: Vargas Silva, L. E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>.
- Díaz García, L. I. (2015). Objetivo del recurso de unificación de jurisprudencia laboral. *Revista Ius et Praxis*, 21(1), 423-448. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v21n1/art12.pdf>

- Ferrajoli, L. (2009). Sobre los derechos fundamentales (M. Carbonell, trad.). En M. Carbonell (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo* (pp. 71-90). Trotta.
- García Amado, J. A. (2009). Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. En M. Carbonell (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo* (pp. 237-265). Trotta.
- García Vargas, K. K., & Pérez Puentes C. A. (2015). La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, (10), 241-272. <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.10.355>
- García López, L. F. (2014). El juez y el precedente: hacia una reinterpretación de la separación de poderes. *Vniversitas*, 63(128), 79-120. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ128.jphr>
- Goebertus Estrada, J., & Maya Calle, M. (2011). *Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de jueces y juezas en Colombia. Área penal*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m12-7.pdf>
- Guastini, R. (2009). La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso Italiano (J. M. Lujambio, trad.). En M. Carbonell (ed.), *Constitucionalismo(s)* (pp. 49-73). Trotta.
- Hakansson-Nieto, C. (2009). Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano. Una aproximación. *Dikaion*, (18), 55-77. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1543>
- Lancheros-Gámez, J. C. (2012). El precedente constitucional y su estructura argumentativa. *Dikaion*, 1(21), 159-186. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/2273>
- Landa Arroyo, C. & Diaz Colchado, J. C. (2015). Proyecto «influjos de la doctrina en la jurisprudencia en el mundo. Proyecto de investigación para Iberoamérica: entre doctrina jurídica y jurisprudencia constitucional. Las citas doctrinales en Iberoamérica» Informe Perú: proyecto de citas doctrinales. *Pensamiento Constitucional*, 20(20), 287-307. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/14894/15434>
- Lopera Mesa, G. P. (2004). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Centro de estudios políticos y constitucionales.
- López Medina, D. E. (2006a). *El Derecho de los jueces*. Legis-Universidad de Los Andes.
- López Medina, D. E. (2006b). *Interpretación constitucional* (2ª. ed.). Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia.
- López Medina, J. C. (2011). *Interpretación jurisprudencial desde la perspectiva de jueces y juezas en Colombia. Área laboral*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m12-6.pdf>
- Molinares Hassan, V. (2011). El precedente constitucional: Análisis de la Sentencia T-292 de 2006. *Revista de Derecho*, (35), 118-144. <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/1275/6273>
- Montealegre, E. (2017, 18 de abril). *Luís E. Montealegre: Ponderación constitucional y procesos de paz (...)* [video]. Cátedra de Cultura Jurídica-YouTube. www.youtube.com/watch?v=YrH9Hh4XRqM&index=1&list=PLf4CEy4rPGz4okMHruFMCZqGBB9dqAITg

- Montealegre Lynett, E., Bautista, N., & Vargas, L. F. (2014). *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*. Universidad Externado de Colombia.
- Núñez, A. (2017, 9 de mayo). *Álvaro Núñez: Stare decisis, ratio decidendi y hechos en el derecho* [video]. Cátedra de Cultura Jurídica-YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=5dODJZgWloE&t=195s>
- Portocarrero Quispe, J. A. (2016). ¿Peligros de la ponderación? la racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales. *Vox Juris*, 31(1), 81-96. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5595585>
- Pozzolo, S. (2009). Un constitucionalismo ambiguo (M. Carbonell, trad.). En M. Carbonell (ed.), *Constitucionalismo(s)* (pp. 187-210). Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. Carbonell. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 123-158). Trotta.
- Quinche Ramírez, M. F. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Restrepo Gutiérrez, E., & Zárate Yepes, C. A. (2016). El mínimo vital de agua en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Opinión Jurídica*, 15(29), 123-140. <https://doi.org/10.22395/ojum.v15n29a6>
- Rubio Correa, M. A. (2010). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sarmiento, J. P. (2012). Hacia la constitucionalización del precedente judicial en Colombia, ¿Un esfuerzo por controlar a las fuentes del derecho? *Opinión Jurídica*, 11(22), 65-82. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/560>
- Sieckmann, J-R. (2014). *La teoría del Derecho de Robert Alexy: análisis y crítica*. Universidad Externado de Colombia.
- Sotorius, M., & Rodríguez, S. (2015). La fundamentalidad del derecho al agua en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (35), 243-265. <https://doi.org/10.18601/01229893.n35.09>
- Stone Sweet, A., & Mathews, J. (2013). *Proporcionalidad y constitucionalismo: un enfoque comparativo global*. Universidad Externado de Colombia.
- Uprimny Yepes, R., & Rodríguez Villabona, A. A. (2008). *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*. Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-Universidad Nacional de Colombia. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-17.pdf>
- Uprimny, R. (2016, 7 de diciembre). *Umbral, plebiscito y paz*. La Silla Vacía. <https://www.lasillavacia.com/silla-nacional/umbral-plebiscito-y-paz/>
- Vargas Hernández, C. I. (2011). La función creadora del tribunal constitucional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 32(92), 13-33. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/2959>
- Zagrebelsky, G. (2009). Jueces Constitucionales (M. Carbonell., trad.). En M. Carbonell. (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo* (pp. 91-104). Trotta.

Zaiden Benvindo, J. (2010). *On the Limits of Constitutional Adjudication*. Springer.

Zeza, M. B. (2016). Ponderación judicial y holismo epistemológico. *Ius Est Scientia*, 2(1), 179-185. <https://revistascientificas.us.es/index.php/ies/article/view/13219/11393>

Zúñiga Añazco, Y. (2010). El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Revista Ius et Praxis*, 16(2), 249-272. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26011.pdf>

Razones de equidad para privilegiar a los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivencia en circunstancias de dependencia económica y debilidad manifiesta por afectación del mínimo vital en Colombia

Reasons of equity of privilege parents as beneficiaries in the survivor's pension in circumstances of economic dependence and manifest weakness due to the affectation of the minimum vital in Colombia

Angee Paola García Aguirre¹
María Antonia Laverde Zuluaga²
Lina María Morales Quintero³

Cómo citar: García, A.; Laverde, M.; Morales, L. (2024). Razones de equidad para privilegiar a los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivencia en circunstancias de dependencia económica y debilidad manifiesta por afectación del mínimo vital en Colombia. *Nuevo Derecho*, 20(34): 1 – 12. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1115>

Recibido: 27-11-2023 - Aceptado: 20-06-2024 - Publicado: 20-06-2024

Resumen

En Colombia el actual orden excluyente de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes se sustenta en el parentesco (consanguinidad, afinidad y civil) con independencia de criterios subjetivos como vejez, invalidez y pobreza. En contraste con la realidad social del país esta disposición normativa lesionaría gravemente el derecho constitucional del mínimo vital de los padres que dependían económicamente de su hijo causante, ya que a partir de su fallecimiento cesan los aportes de este, por lo que se produce una situación de debilidad manifiesta respecto a su subsistencia y la imposibilidad de concurrir con los hijos, cónyuges y/o compañero(a)s permanentes del causante, últimos categorizados legalmente como beneficiarios preferentes en la titularidad de la pensión de sobrevivientes respecto de los padres. Este artículo formula una iniciativa regulatoria que otorgue preferencia o concurrencia legal a los padres respecto de la cónyuge, la compañera permanente o los hijos del causante frente a la pensión de sobrevivencia, en aplicación del principio de equidad, el derecho a la dignidad humana y el mínimo vital, posibilidad concebida dentro de las normas especiales de la seguridad social de las fuerzas militares, en nuestro régimen interno.

Palabras clave: beneficiarios, dependencia económica, equidad, mínimo vital, pensión de sobrevivientes, seguridad social.

¹ Abogada especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Institución Universitaria de Envigado. Correo electrónico: apgarciaa@correo.iue.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-6593-8217>

² Abogada especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Institución Universitaria de Envigado. Correo electrónico: malaverde@correo.iue.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-7239-9730>

³ Abogada especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Institución Universitaria de Envigado. Correo electrónico: lmoralesq@correo.iue.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5073-7022>



Abstract

In Colombia, the current exclusive order of surviving pension beneficiaries is based on kinship (consanguinity, affinity and civil relationship) regardless of subjective criteria such as old age, disability and poverty. In contrast to the social reality of the country, this normative provision would seriously harm the constitutional right to the vital minimum of parents who were economically dependent on their deceased child, since upon his death his contributions cease, therefore, a situation of manifest weakness regarding their subsistence and the impossibility of attending with the children, spouse and/or permanent partner of the deceased categorized as preferential beneficiaries in ownership of the survivors' pension. Accordingly, this article aims to formulate a regulatory initiative that grants preference or legal concurrence for the benefit of the parents, with respect to the spouse, permanent partner or children of the deceased regarding the survivor's pension, in application of the principle of equity, the right to human dignity, the vital minimum, a possibility conceived within the special norms of social security of the military forces, in our Internal Regime.

Keywords: beneficiaries, economic dependency, equity, living minimum, survivors' pension, social security.

1. Introducción

En Colombia la muerte del pensionado o afiliado, para el Sistema de Seguridad Social, es un hecho que produce consecuencias jurídicas como la causación de la pensión de sobrevivientes para sus familiares beneficiarios, lo que se da tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) como en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM).

La pensión de sobrevivientes es una prestación económica prevista por la Ley 100 (Congreso de la República de Colombia, 1993), cuya finalidad es la protección del derecho al mínimo vital y a la dignidad humana de la familia del pensionado o afiliado fallecido. Se tiene en cuenta, además del impacto emocional por la pérdida, la afectación en el nivel de subsistencia de los familiares dependientes del causante por la cesación de los aportes proveídos por este en vida.

Para la jurisprudencia constitucional, la existencia de una pensión de sobrevivientes en el ordenamiento jurídico colombiano es una medida de protección económica. Según esta lógica se “evita escenarios de desamparo al que puedan verse inmersos en la vulneración de derechos de categoría superior protegidos por la Constitución Política”, como son: la dignidad humana y el mínimo vital (Villamizar-Villamizar, 2017, p. 5).

En igual sentido, la Corte Constitucional de Colombia estableció que el derecho al mínimo vital es de “carácter móvil, multidimensional y como herramienta de movilidad social”; la dualidad que suscita este derecho promueve la preservación de la vida digna y la aspiración de vivir en mejores condiciones sin depender exclusivamente de un análisis cuantitativo de los ingresos de las personas en la sociedad (Corte Constitucional de Colombia, T-548, 2017).

Así las cosas, la relación entre el mínimo vital y la pensión de sobrevivientes está dada por su finalidad, al enfocarse principalmente en otorgar amparo frente a condiciones de vulnerabilidad en las que podrían estar inmersos los solicitantes en calidad de familiares

dependientes del causante. Ante la necesidad de subsistencia, quienes dependían de los recursos económicos aportados por el pensionado o afiliado pretenden la titularidad de la prestación económica como medida de protección que les evite padecer un menoscabo en su situación económica (Corte Constitucional de Colombia, T-326, 2013).

En síntesis, con el presente artículo se busca analizar ¿cuáles serían esas circunstancias especiales en las que, por razones de equidad, podrían los padres obtener prelación o concurrir en la pensión de sobrevivencia frente al cónyuge, compañera(o) permanente o los hijos del causante?

En este sentido, para la consecución de la finalidad principal de la presente investigación se desarrollarán los siguientes objetivos (i) se examinará la base legal general, en materia de la prelación y concurrencia de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en la legislación colombiana, (ii) se determinarán los requisitos legales y jurisprudenciales a los que está sometido el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, en el caso de los padres del causante y (iii) se analizarán el principio de equidad, la dignidad humana y el mínimo vital, como criterios de interpretación que posibiliten fijar preferencia o concurrencia de los padres, en circunstancias especiales.

Los temas que se desarrollarán para cumplir estos objetivos son los siguientes: (i) marco legal de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los regímenes RPM y RAIS en Colombia, (ii) jurisprudencia que determina los requisitos, para los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, (iii) concurrencia de los padres de acuerdo al régimen especial de la Fuerza Pública en Colombia y (iv) propuesta legal diferencial de la reforma pensional relativa a los órdenes legales fijados para los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

2. Base legal general sobre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en Colombia y ampliación de su alcance por vía jurisprudencial

En Colombia con la Ley 100 de 1993 se crea el Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI), el cual está conformado por los regímenes generales de pensión, salud, riesgos laborales y los servicios sociales complementarios. A partir de la expedición de esta norma se adquieren unos derechos trascendentales para la garantía de la seguridad social.

En el Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 (Congreso de la República de Colombia, 2003) coexisten dos regímenes. Uno de ellos es el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado por Colpensiones que tiene por objeto la administración por parte del Estado colombiano de los aportes de los afiliados en el fondo solidario. Por otra parte, se encuentra el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP) de naturaleza privada, en el que los aportes de los afiliados van a una cuenta de ahorro individual.

En este sentido, para ambos regímenes procede la aplicación de los presupuestos normativos que fijan los requisitos para que la familia del afiliado o pensionado fallecido

puedan adquirir la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, siendo los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993 aplicables al RPM y los artículos 74, 46 y 48 de la misma norma aplicables al RAIS.

Por lo antes dicho, las personas legitimadas para ser beneficiarios titulares del derecho a la pensión de sobrevivientes del afiliado son los familiares de aquel que hubiese cotizado por lo menos cincuenta semanas en los últimos tres años anteriores a la muerte (Corte Constitucional de Colombia, C-1255, 2001). La familia del pensionado, en su orden general básico, la constituyen: en primer lugar, el cónyuge, compañero o compañera permanente; en segundo lugar, los hijos; a falta de los primeros, en su tercer orden, los padres; y dentro del cuarto orden, los hermanos.

No obstante, la jurisprudencia laboral y constitucional han ampliado el alcance en cuanto a la aplicación e interpretación del orden y los requisitos de prelación para los beneficiarios en todos los órdenes de preferencia frente a la pensión de sobrevivientes, logrando ampliar la cobertura de los beneficiarios, atendiendo a criterios mucho más realistas y sociológicos en las relaciones verificadas y reconocidas como en el caso de padres e hijos de crianza (Corte Suprema de Justicia de Colombia, SL1393, 2020), parejas poliamorosas (Corte Suprema de Justicia de Colombia, SL2151, 2022), parejas del mismo sexo (Corte Constitucional de Colombia, T-176, 2022) y hermanos.

Si se toma en cuenta la finalidad del marco normativo que contiene la pensión de sobrevivencia, se le permite a los supérstites del causante ser beneficiarios al probar la cercanía, convivencia o dependencia económica (Corte Constitucional de Colombia, C-111, 2006). Así, pues, estos presupuestos constituyen elementos esenciales y requerimientos propios para reclamar la pensión de sobrevivientes, mismos que deben ser acreditados por quienes pretenden ser beneficiarios.

Para la jurisprudencia constitucional, la existencia de beneficiarios preferentes que se excluyen unos a otros está relacionada con una restricción legal para otorgar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los familiares del afiliado o causante, que debería atender a los criterios antes expuestos para asegurar “su digna subsistencia” (Corte Constitucional de Colombia, C-111, 2006). Esto en correlación con el mínimo vital cualitativo, conceptualizado por la jurisprudencia constitucional, la que además señala respecto a este concepto que no está definido en términos exclusivamente cuantitativos y que está condicionado a las particularidades de cada individuo. En esto se engloban condiciones sociales, económicas, laborales, familiares, entre otros (Corte Constitucional de Colombia, T-184, 2009).

3. Requisitos y alcance jurisprudencial específico respecto de los padres beneficiarios de la pensión de sobrevivencia

El desarrollo de los criterios jurisprudenciales para la pensión de sobrevivientes ha constituido una respuesta de los jueces a los requerimientos propios del dinamismo social, en el contexto de una protección efectiva de los derechos en el Estado social de derecho.

De acuerdo con la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, los padres pueden adquirir la titularidad de la pensión de sobrevivientes de su hijo fallecido, en calidad de afiliado o pensionado, solo ante la inexistencia de hijos, cónyuge o compañera (o) acreditando la dependencia económica con el causante, requisito este que ha evolucionado por medio de la jurisprudencia delimitándolo al concepto de mínimo vital cualitativo.

La exclusión automática de los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del causante por la existencia de hijos, cónyuge, compañera o compañero permanente fue revisada por la jurisprudencia, que ha afirmado que adicionalmente a la existencia de beneficiarios preferentes, para ser titulares de la prestación económica, estos debían cumplir con los requisitos legales determinados por la ley para cada uno.

A partir del año 2006, se declaró la inexequibilidad de la expresión “total y absoluta”, que calificaba la dependencia económica como requisito exigido a los padres, por lo que con dicha transformación de la postura jurisprudencial, se determinó que para su acreditación no es indispensable la falta absoluta de recursos, un estado de abandono, indigencia o miseria; solo basta con la comprobación de la imposibilidad de solventar el mínimo existencial que les permita obtener los ingresos indispensables para la subsistencia digna (Corte Constitucional de Colombia, T-456, 2016).

Se entiende entonces la pensión de sobrevivientes como medio que permite la subsistencia material de sus titulares, enmendando la dependencia económica de estos con relación a terceros, en términos reales y no como asignaciones o recursos meramente formales.

En este mismo sentido, la jurisprudencia laboral determinó que la dependencia económica de los padres supérstites del afiliado o pensionado fallecido no se desvirtúa porque estos perciban rentas o ingresos adicionales. Según esta lógica, es posible que dichos ingresos adicionales no representen garantía suficiente para su dependencia económica, puesto que podrían no cubrir los costos de vida de la persona que pretende ser beneficiaria (Corte Suprema de Justicia de Colombia, SL-6390, 2016).

Lo anterior implica que la subordinación está delimitada por el carácter imprescindible de la aportación económica del hijo a sus padres, aun con la existencia de otros ingresos producto del trabajo o la actividad económica de los padres.

Por otra parte, en contraposición a la dependencia está el concepto de independencia que según la jurisprudencia constitucional se caracteriza por “la capacidad de sufragar los costos de la propia vida” por medio de los ingresos percibidos por el trabajo o el patrimonio (Corte Constitucional de Colombia, T-281, 2002).

La jurisprudencia considera que el alcance interpretativo de la dependencia económica, para efectos de la pensión de sobrevivientes, deberá examinarse conforme a los principios rectores constitucionales y legales de la seguridad social como medida de protección especial e integral de la calidad de vida de las familias, personas de la tercera edad y cualquier persona en circunstancias de debilidad manifiesta, teniendo

en cuenta la dignidad humana, la eficiencia y la solidaridad (Corte Suprema de Justicia de Colombia, SL 5605, 2019).

Por otra parte, en cuanto a la pensión de sobrevivientes, es fundamental reconocer su finalidad como prestación económica del sistema general de pensiones en Colombia. Según la jurisprudencia constitucional, el propósito radica en buscar que los beneficiarios de los recursos del causante no lleguen a una situación de desamparo o desprotección (Corte Constitucional de Colombia, T-190, 1993).

Así las cosas, en su análisis del derecho al mínimo vital, la Corte Constitucional expresó que su alcance implica una apreciación cualitativa más allá de la capacidad cuantitativa, esto es, el mínimo vital ha de concebirse como aquel que resuelve las necesidades individuales en contexto para alcanzar condiciones de existencia dignas (Corte Constitucional de Colombia, C-111, 2006).

En la actualidad, los requisitos legales impuestos por la Ley 100 de 1993 a los padres que pretenden el reconocimiento de su calidad de beneficiarios titulares de la pensión de sobrevivientes del hijo, encuentran argumentos de manera progresiva en su favor frente a un eventual proceso judicial, en atención a la aplicación de los principios constitucionales en materia de seguridad social en Colombia, tarea que podría materializarse a través del papel del juez en el Estado social de derecho, quien puede tomar decisiones como garante de los derechos, por medio de la interpretación sistemática de las disposiciones legales, con el fin de impedir que los derechos constitucionales fundamentales se vulneren por la aplicación exegética de la norma.

4. Concurrencia de los padres beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el régimen especial de la Fuerza Pública en Colombia

Conforme al análisis, actualmente la Ley 100 de 1993, artículos 47, 48, 74 y 75 modificados por la Ley 797 de 2003 en su artículo 13, es la base normativa que comprende en sus disposiciones, las condiciones y los requisitos para otorgar a los sobrevivientes del afiliado o pensionado fallecido la prestación económica de pensión de sobrevivencia en el sistema general de pensiones, que inadmite la concurrencia de beneficiarios, precisamente cuando se trata de los padres supérstites del afiliado o pensionado, con relación a otros beneficiarios que, al cumplir efectivamente con los requisitos legales señalados dentro de las mismas, son preferentes como titulares de la prestación solicitada (hijos, cónyuge o compañera(o) permanente), orden preferencial que no fue establecido de manera similar, conforme se mostrará, en otras disposiciones exceptuadas por aplicación del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Así, la Ley 923 (Congreso de la República de Colombia, 2004) y el Decreto 4433 (Presidencia de la República de Colombia, 2004), normas constitutivas del régimen especial propio de Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, establecieron los objetivos y criterios del régimen pensional especial y de asignación de retiro, fijando los presupuestos legales para acceder a las diferentes prestaciones que ofrece este sistema especial de seguridad social. Así, pues, el artículo 40 del Decreto 4433 de 2004

señaló que, con ocasión de la muerte de un alumno de la escuela de formación, soldado en retiro o pensionado por invalidez, oficial, suboficial, sus beneficiarios recibirán mensualmente la totalidad de la asignación o mesada pagada a este. A diferencia del régimen general de pensiones contenido en Ley 100 de 1993, en cuanto a los órdenes de beneficiarios de la sustitución pensional, el régimen especial de las Fuerzas Armadas admite en el tercer orden de prelación la posibilidad de concurrencia de los padres con el cónyuge o compañero(a) permanente supervivientes, ante la inexistencia de hijos del pensionado, conservándose el requisito de la dependencia exigido a los padres en ambos regímenes, para ser titulares de la pensión de sobrevivientes.

A continuación, en la tabla 1, se comparan las disposiciones normativas que sobre los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el régimen general de pensiones y en el régimen especial de las Fuerzas Armadas:

Tabla 1.

Los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (régimen general vs régimen especial)

Literal d artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (RÉGIMEN GENERAL)	Ley 923 de 2004 Art. 3.7 (RÉGIMEN ESPECIAL)	Decreto 4433 de 2004 Art. 11 (RÉGIMEN ESPECIAL)
<p>Artículo 13.</p> <p>d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente* e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente <u>de forma total y absoluta</u> de este.</p>	<p>El orden de beneficiarios de las pensiones de sobrevivencia y de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez será establecido teniendo en cuenta los miembros del grupo familiar y el parentesco con el titular.</p>	<p>11.3. Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.</p> <p>11.4. Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante.</p>
<p>(Subrayado declarado inexecutable por la Corte Constitucional C- 111 de 2006)</p>		

Fuente: elaboración propia.

El análisis comparativo antes presentado se centra en mostrar la clara posibilidad normativa concebida en el régimen especial de la Fuerza Pública en cuanto a la concurrencia de los padres como beneficiarios en la pensión de sobrevivientes, posibilidad que en aplicación del principio de equidad e igualdad (Consejo de Estado de Colombia, 042704, 2006) puede implementarse en el régimen general de pensiones, conforme se propone, para ser incorporado en el proyecto de reforma pensional actual, artículos 49 y 50.

Es que la equidad, consagrada no solo como un principio general del derecho, sino además como criterio auxiliar para las decisiones judiciales, de acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Política (Asamblea Nacional Constituyente de Colombia, 1991), podría constituir un eje central para concebir la posibilidad de concurrencia de los padres en el régimen general de pensiones, desde la reforma pensional. Así mismo, constituye

un argumento esencial el derecho a la igualdad determinado en el artículo 13 de la CP, el cual ha sido fundamental para un desarrollo jurisprudencial en diversas áreas del derecho, y una efectiva protección en casos de realidades sociales dramáticas, como los niveles de pobreza extrema o alta vulnerabilidad de los padres sobrevivientes.

Finalmente, con relación a los hermanos, padres e hijos discapacitados también podrán ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes cuando no hubiere cónyuge, compañero(a) permanente, hijos o padres, y se demuestre dependencia económica. Respecto de esta, podemos ver relacionada su importancia en diversos casos aplicados por la jurisprudencia constitucional, laboral y administrativa, refiriéndose al derecho a la igualdad como protección frente a los poderes públicos que tratan de manera diferente a personas en las mismas condiciones. Es decir, al examinar las normas, la jurisprudencia ha evidenciado que contienen disposiciones discriminatorias y contradictorias que vulneran el principio y derecho constitucional de la igualdad (Consejo de Estado de Colombia, 042704, 2006).

5. Propuesta legal diferencial de la reforma pensional asociado con los órdenes legales fijados para los padres como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Con la revisión del régimen especial de seguridad social en la Fuerza Pública se concluye que en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de pensiones existe una normatividad especial que determina la admisibilidad de la concurrencia de los padres, con otros beneficiarios en la prestación económica de la pensión de sobrevivientes. Por esta razón, en el ordenamiento jurídico interno está vigente una posibilidad normativa alternativa que podría ser fuente para la modificación del sistema general de reparto incorporado en los órdenes de prelación de la Ley 100 de 1993, a través del uso del criterio de equidad (art. 230 CP) y de igualdad (art. 13 CP).

En este sentido, los padres del causante solo tendrían que acreditar el parentesco (consanguinidad, civil, crianza) y la dependencia económica en relación con la aplicación del precedente jurisprudencial del mínimo vital cualitativo, para concurrir a falta de hijos con la cónyuge y/o compañero(o) permanente, dado que no puede negarse una prestación económica, en todo y en parte, en desfavor de los padres, quienes en virtud del afiliado o pensionado recibían un apoyo económico (Corte Constitucional de Colombia, T-426, 1992).

De hecho, la jurisprudencia constitucional al respecto ha señalado que el mínimo vital es el núcleo esencial de los derechos sociales prestacionales (Corte Constitucional de Colombia, T-548, 2017).

Por consiguiente, esta modificación relativa a los órdenes de prelación es una propuesta que va más allá de la revisión de los criterios y requisitos legales y jurisprudenciales formales; surge en atención a la materialización de los padres como sujetos de especial protección para el Estado colombiano.

En este orden de ideas, respecto de la exclusión normativa de los padres en los órdenes de beneficiarios en la pensión de sobrevivientes, Torres Tarazona (2021) afirma que con ella se ignora la realidad social, es decir, que actualmente en las familias en Colombia un trabajador afiliado o pensionado apoya económicamente no solo a sus familiares cercanos, sino también a otros que incluso no conviven con él.

En el orden social, el principio ético normativo de la equidad, por su emanación del principio de la justicia, siempre ha sido el componente o requisito medular de la paz y de la construcción de colectividades que trabajan de manera organizada en pro de su población y que tienen como referente lo humano como derecho esencial a proteger. En lo referente a sistemas pensionales, el principio de equidad no se sustrae a ello. *Contrario sensu*, debe ser este, a parte de un principio sustancial como los emanados de nuestra carta política en su preámbulo, un criterio de aplicabilidad general, precisamente por su conexidad o como resultante de la justicia social.

Encontramos de manera muy particular que en relación con la pensión de sobreviviente a favor de los padres, cuando los causantes son sus hijos, no se guarda la misma relación a la que se ofrece en la pensión de sobreviviente de origen conyugal, porque los primeros deben demostrar la dependencia económica que tienen con sus hijos, lo que conlleva su afectación en muchos casos. Esta rigidez probatoria y normativa desemboca en la vulneración de los derechos fundamentales del sobreviviente, especialmente respecto al mínimo vital que requiere una persona para una vida digna.

Así, en el régimen general de pensiones, en lo relacionado con la concurrencia de los padres, no se evidencia el principio de equidad como en el régimen exceptuado de las fuerzas militares, en el que este tipo de diferencias no son establecidas y los padres pueden concurrir en igualdad de condiciones con los cónyuges y/o compañero(a) permanentes, por lo menos.

Para Rojas Arias (2017), la equidad se define como “ponderación de circunstancias particulares de cada caso en concreto, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la praxis” (Corte Constitucional de Colombia, T-518, 1998).

El juez, en la decisión, deberá hacer un ejercicio interpretativo y ponderativo de las disposiciones normativas con relación a los principios constitucionales. Sin embargo, como se expuso anteriormente, existe un límite normativo que los jueces no pueden desconocer con respecto a los ordenes preferentes de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Es decir, a pesar de la evolución interpretativa de la norma vigente expuesta en los pronunciamientos jurisprudenciales, se requiere que el legislador desde su función principal modifique esta disposición en atención a la realidad social.

6. Conclusiones

El alcance interpretativo de la dependencia económica de los padres en la pensión de sobrevivientes debe integrarse con los principios rectores constitucionales y legales

de la seguridad social, teniendo en cuenta que la protección especial a las personas que se encuentran en circunstancias especiales debe ser integral y digno.

El Estado busca de alguna manera el equilibrio para impartir justicia, que es el deber ser, pero en el caso expuesto, en materia de pensión de sobrevivientes, no se evidencia en el régimen general de pensiones la ampliación del orden preferencial respecto de los padres sobrevivientes del causante, lo que entra en contradicción con los principios filosóficos de nuestra carta fundante.

Por consiguiente, es importante cambiar la perspectiva respecto de la pensión de sobrevivientes, cuando hablamos de los padres e incluso en general de los beneficiarios; pero más allá de esto, cuando nos referimos a los requisitos y a la posibilidad de una concurrencia de beneficiarios, teniendo en cuenta la realidad, como se demostró con la comparación efectuada entre el régimen general de pensiones y el régimen especial de las Fuerzas Armadas.

Es completamente posible la concurrencia de beneficiarios del tercer orden con beneficiarios del primer orden en ausencia de hijos, pero para ello es necesario modificar los requisitos para su obtención en el actual proyecto de reforma pensional, en aplicación del principio de equidad y de igualdad constitucional, según los artículos 13 y 230 de la CP, para que, en esa medida, el derecho, las normas y la jurisprudencia evolucionen. Así, es importante evaluar todos los aspectos fundamentales que de ese cambio se deriven, teniendo en cuenta que, en el Estado Social de Derecho, y tratándose de un tema de seguridad social, es necesario un abordaje profundo con miras a una protección eficaz, sobre todo cuando hablamos de los padres, quienes son el pilar fundamental de una familia, y más cuando sean adultos mayores y puedan encontrarse en un verdadero estado de vulnerabilidad.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991, 4 de julio). *Constitución Política de la República de Colombia*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Congreso de la República de Colombia. (1993, 23 de diciembre de 1993). *Ley 100 de 1993*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Congreso de la República de Colombia. (2003, 29 de enero de 2003). *Ley 797 de 2003*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html

Congreso de la República de Colombia. (2004, 30 de diciembre). *Ley 923 de 2004*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0923_2004.html

Consejo de Estado de Colombia. (2006, 19 de octubre). *Sentencia 042704*. Subsección B Sección Segunda Sala de lo Contencioso Administrativo [C. P.: Lemos Bustamante, J. M.].

Corte Constitucional de Colombia. (1992, 24 junio). *Sentencia T-426 de 1992* [M. P.: Cifuentes Muñoz, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (1993, 2 de mayo). *Sentencia T-190 de 1993* [M. P.: Cifuentes Muñoz, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/t-190-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1998, 22 de septiembre). *Sentencia T-518 de 1998* [M. P.: Cifuentes Muñoz, E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-518-98.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2001, 28 de noviembre 2001). *Sentencia C-1255 de 2001*. [M. P.: Uprimmy Yepes, R.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1255-01.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D1255%2F01&text=La%20Corte%20recuerda%20que%20si,Corporaci%C3%B3n%20pueda%20pronunciarse%20de%20fondo.>
- Corte Constitucional de Colombia. (2002, 18 de abril). *Sentencia T-281 de 2002* [M. P.: Cepeda Espinosa, M. J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-281-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2006, 22 de febrero de 2006). *Sentencia C-111 de 2006* [M. P.: Escobar Gil, R.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-111-06.htm#:~:text=Sentencia%20C%2D111%2F06&text=El%20principio%20de%20solidaridad%20exige,en%20el%20cual%20se%20encuentren.>
- Corte Constitucional de Colombia. (2009, 19 de marzo). *Sentencia T-184 de 2009* [M. P.: Henao Pérez, J. C.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-184-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2013, 5 junio de 2013). *Sentencia T-326 de 2013* [M. P.: Vargas Silva, L. E.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-326-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2016, 4 de marzo). *Sentencia T-113 de 2016* [M. P.: Guerrero Pérez, L. G.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-113-16.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2016, 25 agosto). *Sentencia T-456 de 2016* [M. P.: Linares Cantillo, A.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-456-16.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2017, 28 de agosto de 2017). *Sentencia T-548 de 2017* [M. P.: Ortiz Delgado, G. S.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-548-17.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2022, 26 de mayo). *Sentencia T-176 de 2022* [M. P.: Reyes Cuartas, J. F.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-176-22.htm>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2016, 13 de abril). *Radicado 48064, SL 6390* [M. P.: Dueñas Quevedo, C. C.]. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bago2016/SL6390-2016.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2019, 27 de noviembre). *Radicado 72610. SL-5605* [M. P.: Castillo Cadena, F.]
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2020, 14 de abril). *SL1393 de 2020* [M. P.: Restrepo Ochoa, O. d. J.]
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2022, 31 de mayo). *SL2151-2022* [M. P.: Brito Cuadrado, S. R.]. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2022/12/SL2151-2022-1-1.pdf>
- Presidencia de la República de Colombia (2004, 31 de diciembre). *Decreto 4433 de 2004*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=15584>
- Rojas Arias, J. (2017). Delimitación del concepto de equidad en la Constitución Política de 1991. Análisis de fundamentación jurisprudencial y de análisis económico del derecho. *Revista Con-texto*, 47, 11-39. <https://doi.org/10.18601/01236458.n47.03>

Torres Tarazona, L. A. (2021, 19 de enero). *Ampliación de la cobertura de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios*. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/ampliacion-de-la-cobertura-de-la-pension-de-sobrevivientes-los>

Villamizar-Villamizar, M. (2017). *El derecho a la pensión de sobrevivientes en las familias de crianza en Colombia* [trabajo de Grado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Ucatolica. <http://hdl.handle.net/10983/15019>