

Justicia y Derecho

Volumen 11 | Enero - Diciembre de 2023

ISSN 2323-0533

E-ISSN 2711-2470

Universidad del Cauca

Popayán - Colombia

Título: Justicia y Derecho

Título abreviado: Just. & Der.

Editorial: Universidad del Cauca

Diseño: Universidad del Cauca

ISSN 2323-0533 – E-ISSN 2711-2470

Periodicidad: anual

Correo electrónico: justiciayderecho@unicauca.edu.co

Página web: <https://revistas.unicauca.edu.co/index.php/justder>

Hecho el depósito legal

Popayán, Colombia, 31 de diciembre de 2023

Impresión financiada por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad del Cauca



Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-SA 4.0)

Justicia y Derecho

Revista de la Facultad de Derecho,
Ciencias Políticas y Sociales

ISSN 2323-0533
Versión impresa



Universidad
del Cauca®
Vigilada Mineducación

E-ISSN 27112470
Versión digital

Volumen 11 | Enero – Diciembre de 2023

COMITÉ EDITORIAL

EDITOR EN JEFE

Víctor Hugo López Zemanate, LL.B., LL.M.
Universidad del Cauca | Colombia

EDITORES

Gloria Fabiana Andrade Montenegro |
Editora directora

Estudiante de pregrado de Derecho (LL.B. cand.,
Unicauca) | Colombia

Luis Felipe Diaz Villamarín | *Editor de relaciones
con el comité auxiliar*

Estudiante de pregrado de Derecho (LL.B. cand.,
Unicauca) | Colombia

José Arvey Camargo Rojas | *Editor Sénior.*

Docente (Unicauca) | Colombia

Diana Carolina Abril Giraldo | *Editora Junior.*

Admin. Pública (ESAP) | Colombia

Efraín Castro Delgado | *Editor Junior.*

“Docente (Unicauca) | Colombia

COMITÉ CIENTÍFICO

Ricardo Tapia Vega | *Integrante*

Doctor en Derecho (Ph.D.) (Universidad Autónoma del Estado de Morelos. México)

COMITÉ AUXILIAR

Juliana Gabriela Burbano Cabrera.

Estudiante de pregrado de Derecho (LL.B. cand., Unicauca).

Angie Lorena Castillo López.

Comunicadora Social (LCC. Unicomfauca).

Angélica Alejandra Ordoñez Osorio.

Trabajadora Social (LCSW. Univalle), estudiante de pregrado de Derecho (LL.B. cand., Unicauca).

Contenido

Justicia y Derecho, Volumen 11	6
<i>Víctor Hugo López Zemanate</i>	
Compromiso con la excelencia: Justicia y Derecho como un pilar de conocimiento.....	7
<i>Gloria Fabiana Andrade Montenegro</i>	
El compliance como atenuante y excluyente de la responsabilidad penal empresarial en México	8
<i>Nohemí Bello Gallardo</i> <i>Aníbal Serafín Camacho Balderas</i>	
La teoría de la interpretación de Dworkin: un presupuesto de la respuesta correcta	25
<i>Alexander Monroy Rodríguez</i>	
Integración del litisconsorcio necesario en los procesos ejecutivos con garantía real	42
<i>Jorge Antonio Coronado Flórez</i> <i>Jose David Torrenegra Ariza</i>	
La conciliación contencioso-administrativa contra las cuerdas: retos de la figura en Colombia	62
<i>Juan Pablo Gómez-Moreno</i>	
Aplicación retroactiva y prospectiva del cambio de precedente en el Consejo de Estado colombiano. Análisis y propuesta de solución.....	80
<i>Lina Marcela Aragón Samboni</i> <i>Andrés Felipe Molano Idrobo</i>	

Justicia y Derecho, Volumen 11

Víctor Hugo López Zemanate

La revista Justicia y Derecho publica el volumen 11. El documento contiene cinco artículos:

“El compliance como atenuante y excluyente de la responsabilidad penal empresarial en México” de Aníbal Serafín Camacho Balderas y Nohemí Bello Gallardo, “La teoría de la interpretación de Dworkin” de Alexander Monroy Rodríguez, “Integración del litisconsorcio necesario en los procesos ejecutivos con garantía real” de Jorge Antonio Coronado Flórez y José David Torrenegra Ariza, “La conciliación contencioso – administrativa contra las cuerdas: retos de la figura en Colombia” de Juan Pablo Gómez Moreno, “Aplicación retroactiva y prospectiva del cambio de precedente en el Consejo de Estado colombiano” de Lina Marcela Aragón Samboni y Andrés Felipe Molano Idrobo.

Los artículos han superado el proceso definido por el Comité Editorial de la revista. Se felicita a los autores por su maravilloso logro y se invita a seguir postulando sus documentos para los próximos volúmenes. Un agradecimiento especial a los autores que participaron en la convocatoria del volumen 11 de la revista Justicia y Derecho.

El presente volumen de la revista tiene el mismo grado de importancia que los anteriores, pero se le debe agregar la experiencia alcanzada con los anteriores retos del proceso editorial. Para esta ocasión, se ha ampliado el Comité Editorial contando con mayor participación, lo cual refleja que el Comité Auxiliar es un mecanismo que permite introducir a los estudiantes de la Universidad del Cauca en los procesos editoriales, ejemplo de ello es que dos de los editores de este volumen participaron primero como integrantes del Comité Auxiliar de la revista.

El Comité Editorial, con el apoyo de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, la Vicerrectoría de Investigaciones – VRI de la

Universidad del Cauca y el Sello de la Editorial de la Universidad del Cauca, ha logrado finalizar el presente volumen con el objetivo de seguir creciendo en el escenario de las publicaciones científicas seriadas. La publicación digital de Justicia y Derecho puede ser consultada en el portal de revistas virtuales de la Universidad del Cauca, lo cual permitirá seguir ampliando el número de lectores.

Como editor en jefe, invito a la comunidad académica a leer los artículos que contienen un valioso aporte para la investigación jurídica en Colombia.

Compromiso con la excelencia: Justicia y Derecho como un pilar de conocimiento

*Gloria Fabiana Andrade Montenegro**

Queridos lectores y amantes de Justicia y Derecho,

Como editora directora, es un honor para mí darles la bienvenida a la última edición de nuestra querida revista. En este espacio donde las palabras se convierten en instrumentos de justicia, la tinta se convierte en convicciones y las ideas se convierten en un faro de conocimiento, nos reunimos una vez más para explorar, debatir y reflexionar sobre los temas más apremiantes del sistema legal nacional e internacional.

La búsqueda de la justicia es un viaje perpetuo y, en la mayoría de ocasiones, complejo. Como profesionales y estudiosos, tenemos la responsabilidad de desentrañar las complejidades legales que dan forma a nuestras sociedades. Cada edición de esta revista es un paso adelante en este viaje, un compromiso renovado con la exploración de los fundamentos que sustentan nuestra convivencia en una sociedad civilizada.

En estas páginas, encontrarán análisis profundos sobre cuestiones que van desde los derechos humanos hasta los desafíos de la filosofía, desde los debates latentes en el derecho civil hasta la transformación de precedente en el derecho administrativo. Nuestro objetivo es proporcionar una visión integral de las diversas facetas del derecho, presentando ideas innovadoras y perspectivas frescas que estimulen el diálogo y la reflexión.

Esta revista no sería posible sin el incansable trabajo de un equipo de académicos, profesionales y escritores comprometidos con la causa de la

justicia y la excelencia en la comunicación legal. Sus contribuciones y su dedicación son los pilares de esta publicación, y, en ese sentido, estamos completamente agradecidos por el esfuerzo incansable de todos los miembros del comité editorial, comité auxiliar y comité científico dentro de este volumen.

También quiero agradecer a ustedes, nuestros fieles lectores, por su continuo apoyo y por acompañarnos en esta travesía intelectual. Espero que encuentren en estas páginas la inspiración para abrazar los valores fundamentales del derecho: equidad, justicia y un compromiso constante con un mundo más justo.

A medida que avanzamos en esta nueva edición, los invito a unirse a nosotros en la exploración de las complejidades legales que definen nuestra sociedad y a compartir sus propias reflexiones y perspectivas. Juntos, continuaremos buscando respuestas a las preguntas más desafiantes y contribuyendo al avance de la justicia en todas sus formas.

Sin más preámbulos, los invito a sumergirse en las páginas que siguen y a participar en el diálogo que esta revista fomenta. Que esta edición sea una fuente de iluminación y sabiduría en su viaje en busca de la justicia.

Con gratitud y entusiasmo.

** Editora- directora de Justicia y Derecho. Coordinadora del semillero de investigación “Ética, Filosofía Política y Jurídica”. Estudiante de derecho en trabajo de grado.*

El compliance como atenuante y excluyente de la responsabilidad penal empresarial en México*

Compliance as a mitigating and excluding corporate criminal liability in Mexico

Nohemí Bello Gallardo*

Aníbal Serafín Camacho Balderas**

Abstract

The federal criminal code (CPF) in Mexico contemplates criminal compliance as a permanent control body, mitigating criminal liability for legal entities (RPPJ), up to a quarter, without indicating its origin as excluding the RPPJ, while in the common legislation some codes give it that character, but without presenting unified criteria, so this exploratory research, through the qualitative method, aims to review international and national regulations, in order to verify in which cases and under what conditions it is appropriate to grant it the character of mitigation and/or exclusive of RPPJ.

Keywords: Críiminal Compliance, Organizational control. Mitigating and excluding criminal liability

Resumen

El Código Penal Federal (CPF) en México contempla el criminal compliance como órgano de control permanente, atenuante de la responsabilidad penal para las personas jurídicas (RPPJ), hasta en una cuarta parte, sin señalar su procedencia como excluyente de la RPPJ, mientras que en la legislación común algunos códigos le dan dicho carácter, pero sin presentar criterios unificados, por lo que esta investigación de tipo exploratoria, mediante el método cualitativo, tiene como objetivo revisar la normativa internacional y nacional, a efecto de verificar en qué casos y en qué condiciones corresponde otorgarle el carácter de atenuante y/o excluyente de RPPJ.

Palabras clave: Compliance en materia penal, Control de organización, atenuante y excluyente de la responsabilidad penal.

Historial del artículo:

Recibido: 08 de junio de 2023

Aceptado: 18 de septiembre de 2023

Cómo citar este artículo:

Nohemí Bello & Aníbal Camacho., El compliance como atenuante y excluyente de la responsabilidad penal empresarial en México, 11 Just. & Der. 8 (2023).

* Dra. en Derecho Público, Universidad Veracruzana, Docente Universidad Autónoma de Querétaro, Miembro del SNI (CONACyT). Con reconocimiento PRODEP. Líder del CAC - 128 derechos humanos y globalización. dra.nohemibg@gmail.com

** Abogado UASLP, con maestría en Ciencias Jurídicas UAQ y en proceso de titulación en el doctorado en Ciencias Jurídicas por la misma institución. eaglesly@hotmail.com

Artículo de reflexión *Propuesta de criterios mínimos de aplicación del compliance en materia penal en México*, del doctorado en Ciencias Jurídicas del posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, en que la autora fue directora de tesis y el autor, estudiante.

I. Introducción

A partir de la promulgación en México del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y la inclusión de la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ), adoptada por el Estado mexicano, a través de diversos tratados internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000 (Convención de Palermo)¹ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003 (Convención de Mérida), suscritas por México, en fechas 4 de marzo de 2003 y 20 de julio de 2004 respectivamente², y con ello, de la inclusión también de la diversa figura del compliance en materia penal, también llamado programa de cumplimiento o control de organización, dirigido a la prevención y gestión de delitos, previsto en la reforma del artículo 11 bis del Código Penal Federal, como excluyente hasta en una cuarta parte de la pena para las personas jurídicas.

Esta es una investigación documental exploratoria con un enfoque cualitativo y se dirige a estudiar los antecedentes, concepto y estructura del compliance en materia penal, de forma que, se analicen en la legislación internacional, disposiciones en la materia, a efecto de verificar ¿qué elementos son necesarios para que el compliance opere como atenuante y excluyente de la RPPJ en la legislación en México?

1 HERNÁNDEZ Salmerón, Guillermo. *México y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, REVISTA MEXICANA DE POLÍTICA EXTERIOR n. 78, 126, 128 y 129 (2006).

2 Rojas Armandi, Víctor. *Los tratados internacionales sobre corrupción*, En: Méndez-Silva, Ricardo (coord.) LO QUE TODOS SABEMOS DE LA CORRUPCIÓN Y ALGO MÁS 169 Y 170 (2010).

Finalmente, se analiza la legislación penal en México, tanto federal como de materia común, con el propósito de verificar la presencia y estructura lógica de dichas disposiciones y con objeto de comprender su funcionamiento como excluyentes o atenuantes de la responsabilidad penal para las empresas en el país. A partir de ello se muestran los aspectos en los que se presentan deficiencias, así como se sugirieron mejoras, se señalan hallazgos y observaciones para su optimización. Cabe citar, que existen autores de referencia en México como el doctor Miguel Ontiveros Alonso, que abundan en el tema del análisis del compliance como atenuante o excluyente de la RPPJ, sin embargo, al investigar en este trabajo, se encuentran artículos que abordan la problemática y que exponen puntos coincidentes con los hallazgos de esta investigación. Es decir, la posibilidad de que el compliance sea excluyente, y no solo atenuante de la RPPJ, que pueda tener un mayor grado de disminución de la pena y que puedan también existir agravantes de la RPPJ, pero con otras perspectivas que en su oportunidad se señalarán.

II. Antecedentes, Concepto y elementos del compliance en materia penal en México

1. Antecedentes del compliance como atenuante y excluyente de RPPJ en México.

En México el compliance en materia penal tiene antecedente en la figura de la RPPJ, que, a su vez, tiene antecedente en los Trust de los Estados Unidos de Norteamérica, que eran monopolios limitados por la Ley *Sherman Antitrust*, al final del siglo XVIII³.

3 Alfonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez, *Historia del derecho de la competencia*, REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO, núm. 3, 215-267 (2007)

Al entrar en vigencia el CNPP en México, en 2014, se implanta la RPPJ que, a su vez, da nacimiento al compliance en materia penal en México, al establecerlo como atenuante de la RPPJ en su artículo 422:

A las personas jurídicas, con personalidad jurídica propia, se les podrá aplicar una o varias de las siguientes sanciones: I. Sanción pecuniaria o multa; II. Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito; III. Publicación de la sentencia; IV. Disolución, o V. Las demás que expresamente determinen las leyes penales conforme a los principios establecidos en el presente artículo. Para los efectos de la individualización de las sanciones anteriores, el Órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración lo establecido en el artículo 410 de este ordenamiento y el grado de culpabilidad correspondiente de conformidad con los aspectos siguientes: a) La magnitud de la inobservancia del debido control en su organización y la exigibilidad de conducirse conforme a la norma⁴.

En el que podemos observar que el debido control en su organización que menciona es el *compliance*. De la misma manera, el último párrafo del artículo 11 bis del CPF, establece:

En todos los supuestos previstos en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico⁵.

Con lo que observamos que el *compliance* es llamado por el CPF y el CNPP “órgano de control permanente, encargado de verificar el

cumplimiento de disposiciones aplicables...”, así como “control de organización”.

Sin embargo, el *compliance* tiene origen en las prescripciones médicas, posteriormente en la prevención y gestión de riesgos en la empresa, y años más tarde en materias diversas como el “trade compliance” o *compliance* de negocios, que son antecedentes del criminal *compliance* o *compliance* en materia penal. Según Sagristá Salucedo en la revista española de cardiología, “el término «compliance» tiene un significado de sumisión, obediencia, que desde el punto de vista médico se podría expresar como el grado en que el comportamiento de una persona o de un enfermo, coincide con los consejos del médico. En castellano se suele traducir por la palabra cumplimiento”⁶.

Finalmente, Muriel Bedolla menciona: “La práctica de *compliance* nace en el derecho anglosajón, mediante la promulgación en Estados Unidos de la Foreign Corrupt Practices Act (en adelante FCPA) o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, en español, el 20 de diciembre de 1977”⁷.

De esta manera, se puede observar que el *compliance* como excluyente y atenuante de la RPPJ en México es establecido por el CPF a partir de la inclusión de la figura de la RPPJ en que se le da la calidad de atenuante hasta en una cuarta parte de la penalidad. Esto tiene antecedentes relacionados con prescripciones médicas, de prevención y gestión de riesgos en materia de seguridad, operacional y comercial y, propiamente, en materia jurídica en las ramas civil, fiscal, laboral, mercantil, etcétera. Formalmente, en documentos como la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, de los Estados Unidos.

4 CÓD. NAL. DE PROCED. PENALES, art. 422.

5 CÓD. PENAL FED. art. 11 bis.

6 SAGRISTÁ Sauleda, Jaume, *Compliance in Healthcare and Research*, REVISTA ESPAÑOLA DE CARDIOLOGÍA, (2001) <https://www.revespcardiol.org/en-compliance-in-healthcare-research-articulo-13019380>

7 Muriel Bedoya, Bernarda Sofia. *Compliance: Su evolución Y desafíos En Ecuador: ¿Hacia dónde Ir?»*. USFQ LAW REVIEW (marzo 5, 2023) <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/993>

2. Concepto de compliance

El compliance, también llamado ‘control de organización’, ‘sistema o programa de cumplimiento’, surge para la prevención de riesgos y la gestión de siniestros, que son la materialización de los riesgos, es decir, cuando el riesgo se materializa, y comienza a operar en las prescripciones médicas. Luego, se emplea el término en materias de seguridad, operacional, de negocios, fiscal, penal, entre otras. Sobre lo anterior, Clavijo Jave refiere: “es interesante apuntar que, en los primeros siglos de la humanidad, los riesgos que las personas enfrentaban provenían de la naturaleza, por lo que el control sobre tales riesgos era imposible”⁸. De esa manera el compliance se emplea de forma práctica, tal vez, con mucha anticipación a la RPPJ.

Cambridge Dictionary refiere que compliance se traduce como conformidad, docilidad y obediencia, y proviene de la lengua inglesa y, aunque no tiene una traducción según lo regulado por la Real Academia Española (RAE)⁹, se emplea como cumplimiento, sumisión, obediencia. En terminología médica, por ejemplo, hace referencia al cumplimiento de las prescripciones por los pacientes.

En ese sentido, Elizalde González en relación con el compliance refiere que se trata de un “término casualmente muy conocido por los médicos intensivistas en fisiología pulmonar, pero que aquí tiene otro significado muy diferente y que tiene su origen en la expresión en idioma inglés «to comply with», que significa algo así como «cumplir con» (una regla, una ley o una norma)”¹⁰.

Nieto Martín comenta en su *Manual de cumplimiento penal en la empresa* que “El término cumplimiento normativo (compliance) es uno

de los más vagos e inexpressivos que se haya acuñado jamás. Por sí sólo no dice apenas nada, salvo lo evidente: actuar conforme a la legalidad, entendiendo legalidad en un sentido amplio, que abarcaría el cumplimiento de obligaciones procedentes de la ley (civil, penal, administrativa, laboral, del mercado de valores, etc.), pero también las directrices internas de la empresa y en especial su código ético”¹¹.

Por su parte, Velasco Núñez explica: “El cumplimiento normativo —o compliance— es un concepto extenso que abarca, por un lado, tanto el cumplimiento (observación) de las normas de ius cogens o hard law, propias del ordenamiento jurídico en el que la corporación, empresa o persona jurídica debe coexistir y a las que se debe someter, como, por otro, el de los valores internos que se autoimponga voluntariamente, como soft law, para conseguir elevados estándares de ética (la social y la propia) en el ejercicio de su actividad”¹².

Cabe mencionar que las Organizational Sentencing Guidelines (OSG) estadounidenses, como referentes de medición de la culpabilidad de las personas jurídicas citan: “Los compliance programs o programas éticos y de cumplimiento efectivo, son aquellos diseñados para eximir o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica mediante la prevención y detección de conductas delictivas en el seno de las empresas”¹³.

Un concepto más es aportado por Bernarda Muriel Bedolla quien cita al Comité de Compliance corporativo de los Estados Unidos, el cual establece: “Compliance es el conjunto de políticas y estrategias previstas por cada empresa para prevenir, detectar y evitar prácticas de corrupción

8 Clavijo Jave, Camilo. *Criminal compliance en el derecho penal peruano*. REVISTA DE DERECHO PUCP, núm. 73, julio-noviembre, 2014, pp. 625-647 (marzo 5, 2023) <https://www.redalyc.org/pdf/5336/533656136023.pdf>.

9 Cambridge Dictionary, (marzo 5, 2023) <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/compliance>

10 MURIEL Bedoya, Bernarda Sofía. Op. cit.

11 NIETO MARTIN, ADAN ET.AL. *MANUAL DE CUMPLIMIENTO PENAL EN LA EMPRESA* 31 (2015)

12 RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS Y RODRÍGUEZ LÓPEZ, FERNANDO, *COMPLIANCE, Y RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS* 223 (2019)

13 BALLESTEROS SÁNCHEZ, JULIO, *RESPONSABILIDAD PENAL Y EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN LA PEQUEÑA Y GRAN EMPRESA* 403-404 (2021).

dentro de su estructura”¹⁴, de la misma manera menciona que el compliance se dirige a sancionar los casos en que no se realicen conductas leales, éticas y transparentes, así como a ubicar a responsables¹⁵, y que es motivado para eliminar la corrupción con objeto de generar seguridad, confianza e inversión.

Hormazabal Malaree, como se cita en Arocena, expone:

con el término compliance en el derecho anglosajón se quiere significar que una determinada actividad se desarrolla o se ha desarrollado dentro del marco de las normas jurídicas que regulan esa actividad”¹⁶, en consonancia con lo escrito por Kuhlen “El criminal compliance no consiste en asesorar a la empresa para que establezca una normativa interna que le permita moverse en el filo de la navaja, sino para que cumpla con lo dispuesto en los códigos éticos. Por esta razón, al compliance no le interesan necesariamente los complejos debates del Derecho penal económico acerca de si la conducta A es típica o constituye otro tipo de ilícito”¹⁷.

Lo anterior, se fortalece si consideramos que el compliance debe ser integral y antecedido por el compromiso ético de cumplirlo, lo que se fortalece con lo manifestado por Miguel Lamadrid Luengas: “El compliance no equivale únicamente a la defensa jurídica de la empresa, ya que involucra aspectos más allá de los estrictamente legales, vinculados a principios y valores asumidos voluntariamente por las organizaciones”¹⁸, que

también sostiene que lo primero a implementar es el código ético.

Se debe señalar que no existe un criterio de cumplimiento en materia penal unificado mundialmente, debido a que muchos países no aplican la RPPJ, ni el *criminal compliance*; y, por otro lado, la tipificación de ilícitos es diferente en cada país, incluso en cada Estado.

Lo anterior, se robustece con lo manifestado por Gustavo A. Arocena, al referir: “No se trata [...] del cumplimiento de una norma jurídica única, pues no existe esa norma genérica que regule todas las actividades, sino que existen normas de carácter sectorial a las que tienen que someterse la actividad”¹⁹.

Una vez que se han revisado algunas nociones del término compliance, es pertinente pasar a ubicar los elementos principales para su aplicación.

3. Elementos del compliance

Es un sistema o programa de cumplimiento normativo, control de organización o compliance en materia penal, además de tener como finalidad la prevención y gestión de riesgos, que, en el caso específico, se refiere a la comisión de tipos penales, y debe tener elementos mínimos para llevarse a cabo, por lo que Ontiveros Alonso establece como criterios básicos en la aplicación de un *criminal compliance program*, los siguientes:

1. *Examen de organización*
2. *Diagnóstico de riesgos*
3. *Eliminación de riesgos*
4. *Protocolización*
5. *Capacitación*

14 Ídem.

15 La gestión es la segunda finalidad del compliance, ya que en primera medida se deben evitar los riesgos. En segundo lugar, gestionarlos o resolverlos cuando estos se actualicen. Por otro lado, su finalidad legalmente es excluir o atenuar de responsabilidad a la empresa.

16 AROCENA GUSTAVO A. ET AL., RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL Y CRIMINAL COMPLIANCE 55 (2019).

17 KUHLEN, LOTHAR, ET AL., COMPLIANCE Y TEORÍA DEL DERECHO PENAL 28 (2013).

18 GARCÍA, CAVERO PERCY, ET AL., DERECHO PENAL Y PERSONA, IDEAS 1048 y 1049 (2019).

19 COCA VILA, IVÓ ET AL., COMPLIANCE Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 1-2 (2017).

6. Evaluación
7. Supervisión
8. Recepción de denuncias
9. Sanción y premiación
10. Actualización
11. Oficial de cumplimiento²⁰

Ramírez Acosta y Ferré Olivé también proponen algunos elementos para el funcionamiento de un sistema de cumplimiento:

- Definición clara de los valores y legislación que debe ser objeto reforzado de respeto en el seno de la empresa.
- Identificación de riesgos previsible, según el tipo de actividad de la empresa (sectores tecnológicos, energéticos, alimentarios, financieros, etc.). Este es un espacio en el que específicamente deben intervenir penalistas, junto a otros expertos, normalmente auditores.
- El compliance officer. Desarrollo de las tareas de supervisión y vigilancia.
- Programación de formas de control, atendiendo a la estructura, la jerarquía y los niveles organizativos dentro de la empresa.
- Identificación de las necesidades de la empresa (en base a sus actividades y dimensiones).
- Identificación de los códigos de conducta.
- Desarrollo de distintos programas de formación de trabajadores.
- Generación de canales de denuncia.
- Mecanismo de sanciones internas.
- Previsión de controles externos. Funciones de los auditores y evaluación externa del programa.

– Revisión periódica de los programas, que actualice el mapa de riesgos y las actuaciones que neutralizan las situaciones de peligro. La puesta en marcha real del programa es la mejor forma de valorar su funcionamiento y sus fallos, que deben ser regularmente corregidos²¹.

No se entrará al estudio de los anteriores criterios mínimos de funcionamiento del compliance en esta ocasión, sin embargo, se considera necesario visualizarlos para dar una idea de su funcionamiento y comprender mejor su aplicación como atenuantes o excluyentes de la RPPJ.

II. Disposiciones en materia de compliance como atenuante o excluyente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

En este estudio se propone revisar las disposiciones legales internacionales y nacionales, tanto federales como de los Estados de la República relativas al *compliance* como atenuante o excluyente de la responsabilidad penal en México, por lo que se omiten los artículos de esta, que no tienen aplicación directa a los sistemas de cumplimiento, controles de organización o *compliance* en materia penal.

Por lo anterior, cabe preguntarse *¿en qué casos y en qué condiciones los controles de organización, programas de cumplimiento o compliance deben tener el carácter de atenuante o excluyente de la responsabilidad penal para las personas jurídicas en México?*

Clavijo Javé señala que el Ministerio de Justicia del Reino Unido a través de la *Guía de la United Kingdom Bribery Act (UKBA)*, que a efecto de justificar la aplicación del *compliance* como excluyente de responsabilidad penal, se debe

20 ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, MANUAL BÁSICO PARA LA ELABORACIÓN DE UN CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAM 23 (2018).

21 RAMÍREZ ACOSTA, PAULA ANDREA Y FERRE OLIVÉ, JUAN CARLOS, COMPLIANCE DERECHO PENAL CORPORATIVO Y BUENA GOBERNANZA EMPRESARIAL 102 (2019).

señalar que la empresa estableció un programa de prevención correctamente diseñado, para lo cual establece seis principios relativos a la aplicación de medidas de prevención para el soborno, mismas que atenderán al tamaño y actividades de la empresa.

Proporcionalidad en los procedimientos (Proportionate Procedures): Los programas de cumplimiento deben atender al riesgo, naturaleza y complejidad en la empresa.

Compromiso de alto nivel (Top-level commitment): Debe existir un compromiso de los directivos y una cultura corporativa de prevención de la corrupción mediante medidas concretas.

Estudio de Riesgos (Risk Assessment): De manera periódica se debe evaluar la existencia de riesgos para la empresa:

Debida Diligencia (Due Diligence): La empresa debe realizar procedimientos para evitar o reducir riesgos.

Difusión (Communication): Se deben difundir políticas anticorrupción al personal, verificando su comprensión.

Monitoreo y revisión (Monitoring and Review): Se debe supervisar periódicamente el empleo de medidas de prevención, para detectar fallas en el sistema, y realizar las correcciones que se requieran²².

Al respecto, Rodríguez García indica que, si el programa fue bien planeado, si es aplicado de buena fe y si funciona en la práctica, puede entonces operar como excluyente o atenuante de la responsabilidad penal²³. Mientras que Alfonso Galán Muñoz refiere que el apartado 4 del artículo 31 bis del Código Penal español prescribe que se excluirá a la empresa de responsabilidad “si antes

de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa su riesgo de comisión”²⁴.

Arroyo Zapatero aclara, que en España no existe jurisprudencia sobre el compliance en materia penal como atenuante o excluyente de responsabilidad²⁵.

En relación con ello, Ontiveros Alonso señala que en España el concepto de RPPJ está más avanzado, motivo por el cual su Código Penal señala los requisitos para los que un programa de cumplimiento normativo preventivo funcione tanto como excluyente o como atenuante de la responsabilidad penal²⁶.

Cabe mencionar que el Decreto Legislativo 231 de Italia ha servido como inspiración para la LO 1/2015 del Código Penal español, que copia los artículos que, a su vez, están inspirados en las normas internacionales, principalmente, en las Organizational Guidelines 2004 de los EE. UU.²⁷.

El artículo 31 bis en su apartado segundo establece que las personas jurídicas al adoptar de forma eficaz modelos de organización y gestión previamente al delito, estarán exentas de responsabilidad penal, siempre y cuando dichos modelos incluyan medidas de control y vigilancia para la prevención y reducción de riesgos adecuadas, y que la supervisión e implantación de estos se efectúe por un órgano de la persona jurídica con facultades para verificar la eficacia de los controles al interior de la persona jurídica. De esa forma, se revisará que quien haya cometido el ilícito ha burlado el compliance establecido, así como si existen falta de supervisión u omisiones

22 Clavijo Javé, Camilo Andrés, *Criminal compliance y sistema penal en el Perú*. (2016) (tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú).

23 RODRIGUEZ GARCÍA, NICOLÁS ET AL., *TRATADO ANGLOAMERICANO SOBRE COMPLIANCE PENAL* 489 (2021).

24 GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, *FUNDAMENTOS Y LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015* 164 (2017).

25 ARROYO ZAPATERO, LUIS ET AL., *EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA ERA DEL COMPLIANCE* 213 (2013).

26 ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, *GPS COMPLIANCE* 48 (2020).

27 *Compliance en Europa* CEUPE MAGAZINE, <https://www.ceupe.com/blog/compliance-en-europa.html>

en el control o vigilancia; lo cual se tomará en cuenta para la imposición de penas.

Tratándose de empresas pequeñas, el órgano de administración podrá realizar la supervisión, y si la empresa implementó y llevó a cabo correctamente el compliance para prever y gestionar los riesgos propios de su actividad, podrá exentarse de responsabilidad.

El artículo 31 bis en su apartado quinto señala los requisitos y contenidos mínimos para el funcionamiento de los modelos de organización y gestión²⁸, pero se debe señalar que el modelo de organización y gestión debe implementarse de manera previa a la comisión del delito para operar como excluyente y, en su defecto, actuará como atenuante.

Menéndez y Juanhux Corral, en su *Guía de legislación comparada*, en materia de responsabilidad penal, señalan que el artículo 31 quater del Código Penal (español) recopila un catálogo de atenuantes de la responsabilidad penal para la persona jurídica, que podrán considerarse cuando la persona jurídica con posterioridad a la comisión del ilícito y por medio de sus representantes legales, haya procedido, a confesar frente a las autoridades su infracción antes de conocer que el procedimiento judicial está dirigido en su contra. También, que hayan colaborado en la investigación del hecho y aportado pruebas determinantes, además, que haya procedido en cualquier momento antes del juicio oral a disminuir o reparar el daño ocasionado por el delito. Por último, que haya establecido antes de iniciar el juicio oral, medidas eficaces a fin de prevenir y descubrir los delitos que pudieran cometerse por la persona jurídica²⁹.

28 López Menéndez, Ana y Enya Juanhux Corral. *Guía de Legislación comparada en materia de responsabilidad penal*, 49-51. (marzo 6, 2023) file:///C:/Users/eagle/Downloads/M%C3%93DULO%20Cultura%20de%20Compliance_%20Guia%20de%20Legislaci%C3%B3n%20Comparada%20WCA.pdf

29 Id.

Sin embargo, no se explica si basta la existencia de alguna de las circunstancias atenuantes y el porcentaje de atenuación de la pena.

En España, comenta Ontiveros-Alonso, el concepto de RPPJ se encuentra más avanzado por lo que su Código Penal establece ya los requisitos para un programa de prevención delictiva y cumplimiento normativo que funcione como excluyente o atenuante de responsabilidad penal, siempre que sea realizado debidamente, haya partido de un diagnóstico de riesgos y se lleve a la práctica de manera eficaz en la empresa³⁰.

El Código Penal español, por ejemplo, establece:

Artículo 31 ter. 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.

Artículo 31 quater. 1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus

30 ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, GPS COMPLIANCE 48 (2020).

representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Cabe reflexionar, según lo anterior, que, en caso de implementarse un programa de cumplimiento normativo, tan efectivo en su gestión, al grado de anular o eliminar los efectos negativos o consecuencias, pudiera considerarse otorgarle el grado de excluyente de la responsabilidad penal para la empresa, o un mayor porcentaje de atenuación de la pena.

Por su parte, la Ley Anticorrupción brasileña establece dos atenuantes que son la implementación de sistemas de *compliance* y la celebración de pactos de clemencia o indulgencia. En cuanto al *compliance*, la citada ley en su artículo 7 señala que al imponer la sanción se tomará en cuenta como atenuante que la empresa tenga mecanismos y procedimientos de integridad, así como auditorías e incentivos para la denuncia de irregularidades y códigos de ética efectivos³¹.

De la misma manera, en Perú, el artículo 12 de la Ley 30424 implementa un catálogo de atenuantes de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas, independiente de la responsabilidad de las personas físicas,

refiriendo como circunstancias atenuantes: “La colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia; El impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito; La reparación total o parcial del daño; La adopción e implementación por parte de la persona jurídica de un modelo de prevención, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral y La acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención”³².

Por otro lado, la misma ley peruana en su artículo 17 señala que la persona jurídica se encontrará exenta de responsabilidad administrativa respecto a la comisión del delito, si con anterioridad a la comisión de este, adopta e implementa un modelo de prevención correspondiente a la naturaleza de sus riesgos, necesidades y características, acompañado de medidas de vigilancia correctas para la prevención con los siguientes elementos:

Un encargado de la prevención designado por el órgano administrativo, o éste en caso de pequeñas empresas.

Procedimientos de denuncia.

Difusión y capacitación constante del modelo de prevención.

Evaluación y monitoreo continuos del modelo de prevención³³.

En esta disposición se puede señalar que las circunstancias referidas se les da el carácter de atenuantes de la responsabilidad administrativa, sin indicar la responsabilidad penal, pese a referirse a la comisión de ‘delito’.

En argentina, cita Rodríguez-García, que la persona jurídica, de conformidad con la Ley 27401 del 2017, tiene exención de la pena al concurrir de forma simultánea tres condiciones (art. 9), que son los siguientes: “haber implementado

31 López Menéndez, Ana y Enya Juanhuix Corral. *Guía de Legislación comparada en materia de responsabilidad penal*, 75-76. (marzo 6, 2023) file:///C:/Users/eagle/Downloads/M%C3%93DULO%20Cultura%20de%20Compliance_%20Guía%20de%20Legislación%20Comparada%20WCA.pdf

32 Id. 68-69.

33 Id. 69-70.

un sistema de control y supervisión adecuado, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito [...] Las dos restantes condiciones aluden a conductas posteriores al delito. Una más que lógica, es haber devuelto el beneficio indebido. La otra es haber denunciado de manera espontánea el delito, como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna”³⁴.

1. Legislación federal en México

La legislación relativa al *compliance* en materia penal en México se limita a señalar, en el artículo 11 bis del Código Penal Federal lo siguiente:

las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico³⁵.

Sin mencionar este artículo en ningún momento la posibilidad de que los sistemas de cumplimiento normativo, controles de organización o *compliance* funcionen en algún supuesto como excluyentes de la responsabilidad penal para las empresas o personas jurídicas.

El mismo artículo en su último párrafo prescribe:

En todos los supuestos previstos en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas

jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico³⁶.

Dicho órgano de control permanente encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones aplicables es el *compliance*, que aquí recibe el carácter de atenuante hasta en una cuarta parte de las sanciones aplicables al caso.

Por su parte, el CNPP hace alusión al *compliance* en su artículo 422, inciso a), llamándolo debido control en su organización, sin embargo, no menciona el carácter de atenuante ni de excluyente de la responsabilidad penal para la persona jurídica que lo implemente. Es, entonces, que en la legislación federal en México los controles de organización, sistemas de cumplimiento normativo o *compliance* en materia penal, tienen solo el carácter de atenuante hasta en una cuarta parte de la pena o sanción aplicable al delito o delitos de que se trate.

Anotado lo anterior, se procede a revisar la legislación común en materia penal, por lo que, además, se revisarán solo aquellos códigos penales de los Estados en los que se contemplen los controles de organización, sistemas de cumplimiento normativo o *compliance* como atenuante o excluyente de la responsabilidad penal para las empresas o personas jurídicas.

34 RODRÍGUEZ, GARCÍA, NICOLÁS ET AL., TRATADO ANGLIOIBEROAMERICANO SOBRE COMPLIANCE PENAL 70-71 (2021).

35 CÓD. PENAL FED. art. 11 bis.

36 Id.

III. Legislación penal en materia común relativa al compliance como excluyente o atenuante de la RPPJ

1. Código Penal para el Distrito Federal*

El Código Penal para el Distrito Federal, vigente para la Ciudad de México, en su artículo 27 Quintus establece:

Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona moral o jurídica haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito, las siguientes conductas: [...] c).- Establecer, antes de la etapa de juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la persona moral o jurídica; o [...] ³⁷.

En este punto, al mencionar “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse...” hace referencia, concretamente, al compliance, sistema de cumplimiento normativo o control de organización, pero, al iniciar el artículo: “[...] haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito...”

En ese sentido, el citado artículo se debería referir, a su vez, a antes de la comisión del ilícito, o señalar que, si se establece el control de organización o compliance, deberá tener el carácter de atenuante en mayor porcentaje de la pena, o bien, el carácter de excluyente del delito. Circunstancia que el legislador de la Ciudad de México al parecer omitió, al no incluir al compliance como excluyente de responsabilidad penal previsto en la legislación en la que se basó

37 * Aunque el título del código contenga la palabra ‘federal’ se trata de legislación común o correspondiente a entidades estatales, o similares, sin ámbito de validez espacial para toda la República
CÓD. PENAL PARA EL DISTRITO FED., art. 27 Quintus.

(posiblemente la española), y que encuadraba de manera precisa al establecerse “antes” de la comisión del tipo penal.

2. Código Penal para el estado de Coahuila

El Código Penal para el Estado de Coahuila al respecto señala:

Artículo 70 Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad de la persona moral realizar, con posterioridad a la comisión del delito, las siguientes conductas:

[...] III. Establecer, antes de la etapa de juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la persona moral o jurídica...” ³⁸.

De esta manera, el código establece el empleo de los sistemas de cumplimiento normativo, controles de organización o compliance como atenuante, aun cuando se implemente con posterioridad a la comisión del hecho imputado como delito, sin referir nada respecto a la calidad de estos como excluyente de responsabilidad penal para las personas jurídicas.

3. Código Penal para el estado de Jalisco

Por su parte, en el código penal para el estado de Jalisco se adopta la RPPJ y el compliance, al señalar en el artículo 21:

Sin perjuicio de la responsabilidad en que hubieren incurrido las personas físicas, miembros o representantes de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, las personas jurídicas también

³⁸ COD. PENAL PARA EL ESTADO DE COAHUILA, art. 70.

serán penalmente responsables según sea la clasificación jurídica que se les atribuya, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa por la conducta, cuando se cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le haya proporcionado la persona jurídica a la persona física o sus representantes, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, cuando se haya determinado, que además existió inobservancia del debido control en su organización³⁹.

Dicho control de organización al que se refiere es el *compliance*, del cual no menciona que pueda operar ni como atenuante ni como excluyente de la responsabilidad penal para las personas jurídicas.

4. Código Penal para el estado de Quintana Roo

El Código Penal para el estado de Quintana Roo al respecto, establece:

Artículo 18 Ter. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la fracción I del artículo 18 Bis, la persona jurídica quedará excluida de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: a) El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización, gestión y prevención que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas y adecuadas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; b) La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de organización, gestión y prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; c) Los autores individuales han (sic.) cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención,

y d) No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición del inciso b). En los casos en los que las anteriores condiciones solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada para los efectos de atenuación de la pena. En las personas jurídicas que entren en la clasificación de micro y pequeñas empresas, las funciones de supervisión a que se refiere la condición marcada con el inciso b) de este artículo, podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas consideradas como micro y pequeñas empresas, aquéllas que estén consideradas así según con su tamaño, en la estratificación emitida por la legislación aplicable vigente⁴⁰.

Aquí, ya se logra observar la aplicación de los controles de organización, programas de cumplimiento o *compliance* como excluyente de responsabilidad para las personas jurídicas. Si el órgano de administración ha adoptado las medidas de control y vigilancia adecuadas, desde antes de la comisión del delito, pero, además, señala que la supervisión debe ser encargada a un órgano autónomo, y que dicho órgano no haya cometido una omisión en sus funciones de supervisión. No obstante, refiere que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención, lo que implica que debieron realizar su conducta por medio del engaño al órgano supervisor y que, además, hayan obtenido un lucro indebido si se habla de "fraudulentamente". De no darse alguno de esos elementos no se podría aplicar el control de organización empleado, como un excluyente de responsabilidad. De manera que bastaría, o sería mejor, que señalara que dichos sujetos actuaron de manera independiente a la persona jurídica, sin entrar en mayores detalles respecto a si se integra por ellos el delito de fraude o el grado de su intencionalidad. Estos supuestos se aplican si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la fracción I del artículo 18 Bis, que son los representantes legales o aquellos

39 CÓD. PENAL PARA EL EDO. DE JALISCO. art. 21.

40 CÓD. PENAL PARA EL EDO. DE QUINTANA ROO. art. 18 Ter.

que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, que están autorizados para la toma de decisiones en nombre de la misma u ostentan facultades de organización y control dentro de ella, y los delitos se cometan en nombre o por cuenta de la misma persona jurídica, y en su beneficio directo o indirecto.

Los anteriores, son aspectos que, al tener un mayor número de requisitos, podrían dificultar la integración del tipo o tipos penales correspondientes; pero que, por otra parte, de no integrarse las condiciones de los supuestos que refiere en sus fracciones, podrá considerarse previo estudio, la posibilidad de que el programa de cumplimiento normativo, control de organización o compliance opere como atenuante, sin señalar en qué porcentaje de la penalidad corresponde al delito o delitos de que se trate.

El mismo código para el estado de Quintana Roo, establece:

Artículo 18 Quáter. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la fracción II del artículo 18 Bis, la persona jurídica quedará excluida de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización, gestión y prevención que resulte idóneo y adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión y, además, que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente dicho modelo. En los casos en los que la anterior circunstancia solamente pueda ser objeto de acreditación parcial, será valorada para los efectos de atenuación de la pena⁴¹.

Entonces, al emplearse un modelo de organización, gestión y prevención de delitos idóneo y adecuado, antes de la comisión del delito, este modelo tendrá el carácter de excluyente de la responsabilidad penal para la persona jurídica. Sin embargo, establece que dicho modelo, que es en sí un compliance, debe reducir de manera

significativa el riesgo de comisión del delito o delitos, lo cual, pudiera resultar difícil de valorar o evaluar; así como también señala que los autores individuales, para cubrir o completar el supuesto excluyente, deberán cometer el delito o delitos eludiendo fraudulentamente el modelo de prevención citado, y para el caso de no cumplir con todos estos requisitos, podrá considerarse el que el modelo empleado opere como atenuante y no excluyente de la responsabilidad penal para la persona jurídica.

El mismo código establece en su Artículo 18 Septies:

Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes acciones: [...] IV. Haber establecido, antes del auto de apertura a juicio, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica⁴².

En esta última parte se considera el establecimiento del compliance como atenuante al implementarse después de cometido el delito, sin embargo, al establecer que sea 'eficaz' implica que el ilícito cometido no tuvo consecuencias o estas fueron disminuidas por una correcta gestión de riesgos.

5. Código Penal para el estado de Yucatán

En el mismo orden de ideas, el Código Penal para el estado de Yucatán menciona:

Artículo 16 Quáter.- Si el delito fuere cometido por los representantes o administradores de hecho o de derecho, la persona moral quedará excluida de responsabilidad si se cumplen

41 Id. art. 18 Quarter.

42 Id. art. 18 Septies.

las siguientes condiciones: a) El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización, gestión y prevención que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneos y adecuados para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. b) La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de organización, gestión y prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona moral con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona moral. c) Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención. d) No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición del inciso b). En los casos en los que las anteriores condiciones solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada para los efectos de atenuación de la pena. En las personas morales que entren en la clasificación de micro y pequeñas empresas, las funciones de supervisión a que se refiere la condición marcada con el inciso b) de este artículo, podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. Para efecto del párrafo anterior, son personas morales consideradas como micro y pequeñas empresas, aquéllas que estén consideradas así según su tamaño en la estratificación emitida por la legislación aplicable vigente⁴³.

Esta disposición coincide con la respectiva del Código Penal para el estado de Quintana Roo, y considera al *compliance* como excluyente de responsabilidad para la persona jurídica cuando el delito es cometido por representantes o administradores, es implementado con eficacia, la supervisión es realizada por un órgano autónomo, no se ha cometido alguna omisión en su aplicación

y no se ha eludido fraudulentamente. De manera que este último aspecto resulta controvertido, porque el ser fraudulento conlleva la integración de un tipo penal diverso, en cuya comisión se encontrarían involucradas personas físicas, por lo que se considera que más bien se podría utilizar el término “dolosamente” en lugar de fraudulentamente, pero, aun así, el haber eludido al *compliance* tendría que ser de manera intencional o dolosa, y nunca culposa, por lo que el calificativo está de más.

Por su parte, en el mismo código, el artículo 16 *Quinquies* establece:

Si el delito fuera cometido por quienes estando subordinados o sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el primer párrafo del artículo anterior, la persona moral quedará excluida de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización, gestión y prevención que resulte idóneo y adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión y, además, que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente dicho modelo. En los casos en los que la anterior circunstancia solamente pueda ser objeto de acreditación parcial, será valorada para los efectos de atenuación de la pena⁴⁴.

En relación con el precepto anterior, cabe la duda de ¿a quién correspondería calificar la idoneidad del modelo de gestión empleado? Pudiendo corresponder dicha función a un perito o a otro tipo de encargado que podría ser designado por la autoridad judicial.

Finalmente, el mismo código establece:

Artículo 16 *Octies* - Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas morales haber realizado, con posterioridad

⁴³ CÓD. PENAL PARA EL EDO. DE YUCATÁN, art. 16 Quarter.

⁴⁴ Id, art. 16 Quinquies.

a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes acciones:

I.- Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a aceptar su responsabilidad ante las autoridades investigadoras;

II.- Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos;

III.- Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al auto de apertura a juicio, a reparar o disminuir el daño causado por el delito;

IV.- Haber establecido, antes del auto de apertura a juicio, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona moral⁴⁵.

Igualmente, el Código Penal de Yucatán coincide con el de Quintana Roo en las consideraciones que establecen a los controles de organización, sistemas de cumplimiento normativo o compliance como atenuantes de la responsabilidad penal para las personas jurídicas cuando una vez cometido el delito la empresa acepta su responsabilidad antes del inicio del procedimiento, colabora en la investigación de este, repara daño y establece medidas eficaces de prevención de delitos o compliance en materia penal, antes del auto de apertura a juicio.

Por su parte, los códigos penales de Chihuahua y Veracruz reconocen la RPPJ, sin señalar nada respecto a los controles de organización, sistemas de cumplimiento normativo o compliance en materia penal.

Cabe señalar que la legislación relativa al compliance en materia penal como atenuante o excluyente de la RPPJ en México, es acotada e inconsistente, porque en materia federal se limita a considerar que “las sanciones podrán atenuarse

hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico”⁴⁶. Esto, sin mencionar la posibilidad de que opere también como excluyente; mientras que en materia del fuero común no se establecen de manera uniforme las calidades de atenuante y excluyente de la RPPJ, de forma que en la mayoría de los estados no se contempla la figura de la RPPJ, ni se señala la procedencia de los compliance en materia penal, ni como excluyente ni como atenuante de la RPPJ, y solo en los códigos penales para los estados de Quintana Roo y Yucatán se da a los compliance la posibilidad de operar como atenuantes o excluyentes de la citada RPPJ.

Debemos señalar, también, que se observan requisitos que los distintos legisladores agregan para la procedencia del compliance como atenuante o excluyente de la RPPJ, como el devolver el lucro obtenido, colaborar con la investigación o denunciar. Sin embargo, estos no son propiamente parte de un criminal compliance, sino aspectos convenientes y coexistentes para conceder la atenuante de responsabilidad.

Sobre los aspectos que pueden influir en la atenuante de la RPPJ, Vanegas Fernández refiere, respecto a la legislación ecuatoriana, en materia de compliance como atenuante de la RPPJ, la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción (COIP), que contempla los programas de cumplimiento normativo o compliance, como atenuantes de la RPPJ. Se señalan, por lo tanto, circunstancias específicas de atenuación que la reforma en su artículo 1 establece:

En el artículo 45, agréguese a continuación del numeral 6, el siguiente: 7.

45 Id. art. 16 Octies.

46 CÓD. PENAL FED. art. 11 bis.

Se considerarán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las siguientes:

a) De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio.

b) Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio.

c) Reparar integralmente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio.

d) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistema de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección, y/o supervisión, a cargo de un departamento y órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o de una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización⁴⁷.

Se pueden observar, por lo tanto, en los primeros tres incisos, las circunstancias convenientes y que pueden ser coexistentes con la citada en el cuarto inciso, para conceder la calidad de atenuante de la RPPJ, pero que no significa en este caso, que deban darse o presentarse todas. En ese sentido, cada una es considerada atenuante, como se puede leer.

En la misma legislación, además, se establece: "Art. 46.- Atenuante trascendental. - A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes

para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción. En cuanto al literal c), mantenemos la postura de que no genera ninguna novedad, y que la legislación existente ya contempla la posibilidad de reparar el daño producto de la comisión de un hecho típico, en este sentido, se puede aplicar los mismos preceptos de reparación de la legislación existente. Sobre el cuarto literal, que establece: d) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistema de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección, y/o supervisión, a cargo de un departamento y órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o de una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización.

Como se puede observar a diferencia de los anteriores, no está orientado a la averiguación del delito acaecido ni a la reparación o disminución del daño causado, sino a la prevención de futuros delitos. Esta prevención puede conseguirse disminuyendo los enfoques de peligrosidad manifestada por la corporación, ya sea por un defecto en la organización o por la intervención directa"⁴⁸. Siendo que el establecimiento del criminal compliance es considerado en otras legislaciones como excluyente de la RPPJ.

Vanegas-Fernández, por su parte, menciona que la legislación citada presenta problemas como la cuantificación de la sanción, y que en dado caso la RPPJ también debería contar con agravantes, lo cual se considera de manera afirmativa, cuando los daños causados por la actividad empresarial sean graves y de difícil o imposible reparación. El compliance, igualmente, podría ser objeto de exclusión de la pena para las personas jurídicas.

Por otro lado, Gutiérrez-Pérez llama la atención sobre la dificultad a resolver como se establece que los programas de cumplimiento

47 Vanegas, Fernández, H. G., Compliance programs como atenuante de responsabilidad penal de las personas jurídicas: novedad o gatopardismo. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MÉXICO, 71 (281-1), 370. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2021.281-1.81073>.

48 Id. 372.

tengan eficacia y validez, así como idoneidad para ser evaluados como atenuante de la RPPJ⁴⁹, sin embargo, y sin entrar en la polémica de si pueden ser idóneos y eficaces a la vez, y si dichas características pueden coexistir o son excluyentes una de otra; es de considerar que los medios en el compliance deben ser idóneos y los procedimientos o procesos eficaces, y tales calidades las deben detener especialmente en sus modelos de prevención y gestión enfocados concretamente en la actividad de la persona jurídica de la que se trate.

Una vez observados los criterios mínimos de cumplimiento por parte de la empresa, y habiendo comprobado su efectividad, es recomendable que el criminal compliance tenga un mayor porcentaje de reducción de la penalidad. A su vez, en los casos en que existan delitos que ocasionen daños irreparables y graves (v. g. derrames de tóxicos o contaminantes), debe existir una mayor penalidad y medidas efectivas para evitar que se actualicen ese tipo de riesgos y para que se gestionen eficientemente, una vez ocurridos.

IV. Conclusiones

En el ámbito federal no existen elementos que determinen la excluyente de RPPJ en el compliance. Algunas entidades federativas sí lo refieren en su legislación, lo que hace imperativa la armonización de ambas legislaciones, dado que en un mismo hecho pueden coexistir tipos penales federales y comunes.

Los elementos necesarios para que el compliance opere como excluyente de la RPPJ consisten en que deberá implementarse con anterioridad al hecho imputado como delito, y que sea acreditada su eficacia en la prevención y gestión de delitos. Mientras que para operar como atenuante de la RPPJ deberá implementarse cuando habiendo ocurrido el hecho señalado como delito, se acredite su eficacia en la prevención y gestión de delitos, y elimine o disminuya las consecuencias del hecho imputado.

Para la validación del criminal compliance como excluyente o atenuante de la responsabilidad penal se debe acudir a organismos certificadores (especializados en la actividad de la empresa) que verifiquen su eficacia y probidad, mismos que deben ser independientes y externos.

49 Gutiérrez, Pérez, Elena., Los compliance programs como excluyente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La "eficacia e idoneidad" como principios rectores tras la reforma de 2015. REVISTA GENERAL DE DERECHO PENAL 24 (2015) 12-13.

La teoría de la interpretación de Dworkin: un presupuesto de la respuesta correcta

Dworkin's theory of interpretation: a presupposition of the "one-right-answer"

Alexander Monroy Rodríguez*

Resumen

Este artículo se deriva y se extrae de un extenso trabajo doctoral, el cual se orientó en identificar los presupuestos políticos, jurídicos, morales y filosóficos para considerar realizable la pretensión de la respuesta correcta en Derecho¹. Referido lo anterior, se anota que este texto abordará la teoría de la interpretación de Dworkin a partir de una perspectiva holística, la cual pretende ser creativa y constructivista de forma simultánea. El recorrido se hará a través de las diferentes obras de Dworkin, que pueden aportar a reconstruir la teoría de la interpretación de este autor, lo cual nos implicará emprender una cruzada a través de los terrenos del derecho como argumentación, del mismo modo que nos involucremos en el estudio de la interpretación del arte y las prácticas sociales. Finalmente, el texto como una expresión revisionista de la teoría de Dworkin, nos dará luces del objeto de su postulado, como el ejercicio de hallar una interpretación correcta, lo cual es uno de sus presupuestos para que sea realizable.

Palabras clave: Interpretación, derecho como argumentación, practicas sociales, creatividad.

Historial del artículo:

Recibido: 08 de junio de 2023

Aceptado: 03 de septiembre de 2023

Cómo citar este artículo:

Alexander Monroy Rodríguez., La teoría de la interpretación de Dworkin, 11 Just. & Der. 25 (2023).

Abstract

This article is derived from and extracted from an extensive doctoral work, which is oriented towards identifying the political, legal, moral and philosophical presuppositions to consider the claim of the correct answer in Law achievable. Referring to the above, it is noted that this text will address Dworkin's theory of interpretation from a holistic perspective, which aims to be simultaneously creative and constructivist. The journey will be made through the different works of Dworkin, which can contribute to reconstruct this author's theory of interpretation, which will imply us embarking on a crusade through the fields of law as argumentation, in the same way that we get involved . in the study of the interpretation of art and social practices. Finally, the text, as a revisionist expression of Dworkin's theory, will shed light on the object of his postulate, such as the exercise of finding a correct interpretation, which is one of his prerequisites for it to be feasible.

Keywords: Interpretation, law as argumentation, social practices, creativity.

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Integrante del grupo de Investigaciones Filosóficas Kairós
1 MONROY, Alexander, *Los presupuestos de la tesis de la respuesta correcta en derecho de Ronald Dworkin*, Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2020, Tesis Doctoral. Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/10803/671380/1/amr1de1.pdf>

Introducción

El presente artículo tuvo un tratamiento revisionista, analítico e interpretativo de autor, ya que se trabajó con fuentes primarias, lo cual nos llevó a revisar cuidadosamente la bibliográfica de nuestro autor en busca de clarificación y relacionamiento de categorías paralelas a la sustancia de este texto.

Aspectos como, por ejemplo, la armonía entre la moral y el derecho, el uso de los principios en el proceso de interpretación del derecho en las decisiones judiciales, así como la forma de decidir los casos difíciles y las restricciones a la libertad de expresión son factores vitales para comprender a nuestro autor. Esto se logró a través de un método hermenéutico reconstructivo de tres niveles.

Como se anunció, este texto reconstruirá la teoría de la interpretación de Dworkin, acudiendo a toda la bibliografía primaria, de manera que se presentará el problema de la interpretación en el contexto anglosajón – americano, para luego fijar el proceso de la edificación de su tesis, lo cual reposa en una pretensión de respuesta correcta en el derecho; como corrección y veracidad de la postura sostenida en un rol trascendental como lo es el ser juez. Lo anterior, de cara a una democracia constitucional.

Posteriormente, se presentará ontológicamente y epistemológica la postura de la interpretación de nuestro autor, la cual además de contar con una metodología, posee una visión novedosa con respecto a la forma de abordar los casos difíciles. Este aspecto se estudiará a partir de los principios, cuya exigencia está en herramientas de argumentación y justificación, alimentada por una lectura moral del sistema legal. Finalizaremos con un análisis de su última obra frente a la interpretación, lo cual sumará muchas áreas y saberes que estarán entrelazados como ramas (derecho, moral y política).

Los tópicos de problematización, a través de los cuales desarrolla su postura, se basan en temáticas relacionados con la libertad e igualdad en el contexto de la democracia, la desobediencia

civil, la forma de conformar un tribunal, la discrecionalidad judicial, entre otros aspectos, que dan lugar al despliegue de la metodología de interpretación creativa.

Otro aspecto importante para construir el entendimiento de su concepción de interpretación, es la teoría del derecho. Esta plantea el derecho como un concepto interpretativo teoría del derecho (epistemología jurídica {Descripción} - teoría de la adjudicación {prescripción}), lo cual es un presupuesto para la respuesta correcta, donde el cemento de esta visión es la moral política.

No obstante lo anterior, en términos de operatividad, la interpretación de Dworkin armonizará con el estilo literario y a su vez con una perspectiva del derecho como integridad, pues busca decisiones judiciales con coherencia narrativa de precedentes y apoyadas en principios, lo cual conlleva a hallar una interpretación única y correcta, en contraposición de las visiones convencionalistas y pragmáticas: de un lado, los que buscan aplicar sólo convenciones de la comunidad, las cuales dicen lo que es el derecho y, por otro lado, los que consideran al derecho como las consecuencias idóneas que permitan alcanzar objetivos.

El ejercicio del derecho como interpretación y fenómeno social, por un lado, servirá para hallar el valor de verdad de las expresiones o enunciados que justifican una posición, y a su vez para describir un derecho o deber dentro de una institución jurídica, lo cual aboca a una teoría del derecho, puesto que una teoría del derecho es en sentido amplio una interpretación de una práctica social².

Es así como, la interpretación permitirá estudiar el propósito de las prácticas sociales de una forma crítica, lo cual implica entendimiento, aplicación, extensión, modificación o limitación en el marco de un propósito. De lo contrario

2 Ver DWORKIN, Ronald. *Una cuestión de principios*, 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A., 2012, p. 59.

sería una mecánica automática indiferente de la interpretación, como algo no más que apodíctico³.

En este sentido, se por parte de nuestro autor se presentará las decisiones judiciales, como una condición trascendental que penetra las dinámicas sociales de las personas, pues éstas originan verdaderos cambios y revoluciones en las perspectivas de la sociedad. Con relación a lo anterior, existen varias temáticas judiciales que Dworkin trabajó como, por ejemplo: ejecución de asesinos, el aborto, prácticas religiosas en escuelas públicas, entre otros. Cabe resaltar que este enfoque le permitió a nuestro autor romper con una tradición descriptiva que se apoya en la incertidumbre y la indeterminación.

Por último, la presentación de la teoría de la interpretación de Dworkin se observará a través de la visión del derecho como argumentación, así como el análisis de la interpretación del arte y las prácticas sociales. Se toma en consideración la relación entre la interpretación de la práctica social y la interpretación artística, en el entendido en que las dos apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ella, lo cual será particular en su presentación como la interpretación creativa, el cual posee una diferenciación de la interpretación científica y de la conversación.

1. El contexto problemático de la interpretación Dworkiniana

El contexto del derecho como entidad social implica que su práctica se revista de una cualidad argumentativa. Su evaluación puede abordarse desde dos enfoques: uno externo y otro interno. Desde una perspectiva externa, se trata de la interrogante que plantea un sociólogo o un historiador sobre las razones detrás del mayor desarrollo de ciertos patrones argumentativos

en el ámbito legal durante períodos particulares o bajo circunstancias específicas.

La perspectiva interna del análisis a nivel jurídico diverge de un enfoque puramente histórico, aunque la historia pueda aportar pertinencia y elementos de análisis. Su objetivo no gravita en prever futuros reclamos legales, sino en discernir los argumentos válidos y sus fundamentos. Aquí, las teorías sociales, políticas, económicas, entre otras, en el contexto del argumento cobran relevancia, no como fuerzas que han moldeado la sociedad, sino como componentes enriquecedores del entendimiento del derecho, ya que la interpretación es más que solo reglas de aplicación apodíctica. Es crucial recalcar la interdependencia de ambas perspectivas jurídicas⁴.

Nuestro autor ha dirigido su crítica hacia las teorías semánticas, cuestionando su inclinación a minimizar los desacuerdos en el ámbito jurídico, que en su mayoría giran en torno al concepto de derecho y a las proposiciones jurídicas. Estos desacuerdos fundamentales se derivan del desacuerdo teórico sobre el fundamento del derecho, con implicaciones en la veracidad o falsedad de una ley y en la correspondiente valoración, que debe ser arrojada por una condición deontológica. Además, desde una perspectiva empírica, se abordó la divergencia entre la ley y la realidad, es decir, si la ley abarca todas las circunstancias de manera exhaustiva, centrándose en la evidencia factual⁵.

Frecuentemente, abogados y jueces difieren en cuanto al derecho aplicable en un caso, llegando incluso a discordar en las pruebas pertinentes. Por ejemplo, un juez que presenta ciertas pruebas, donde argumentará que el derecho favorece al distrito escolar o al empleador, mientras que otro juez con un enfoque distinto podría sostener que favorece a los alumnos o al empleado⁶. Si esta situación representa un tercer tipo claro de argumentación, diferente tanto de los argumentos

3 Ver DWORKIN, Ronald. *“El imperio de la justicia”*, 2 ed. España: Editorial Gedisa, 2012.p. 46.

4 Ibidem, pp. 17-18.

5 Ibidem, pp. 7 - 8.

6 Ibidem, pp. 7-8.

basados en hechos históricos como de los argumentos morales, surge la interrogante de qué clase de argumento es este y cuál es el eje del desacuerdo subyacente⁷.

Toda la problemática ambientada hasta este punto, es etiquetada por el autor como el «*aguijón semántico*», la cual consiste en plantear que los juristas están atrapados en debates sobre el significado o el lenguaje del derecho. Las teorías semánticas se ven cuestionadas, ya que su concepción acerca de qué origina el desacuerdo no se ajusta bien a los tipos de desacuerdo reales entre abogados⁸.

A menudo, los juristas discrepan en cuestiones de hechos históricos o sociales o en la interpretación de las palabras en un texto jurídico o en la interpretación de decisiones judiciales previas.

No obstante lo anterior, gran parte de las disputas sobre el derecho son más teóricas que empíricas. Los filósofos del derecho que abogan por reglas comunes intentan explicar estos desacuerdos teóricos, sosteniendo que los juristas están simulando o discrepando sólo debido a zonas ambiguas en las reglas comunes⁹.

De igual forma, los defensores de las posturas semánticas sostienen que es más razonable pasar por alto las expresiones que utilizan los jueces y considerar sus discrepancias como ligadas a la fidelidad o la enmienda, en lugar de al propio derecho¹⁰. Aquí es donde surge la «*punzada*», dado que la concepción del desacuerdo y su naturaleza resulta demasiado simplista, pues se compone mayormente de afirmaciones jurídicas de carácter descriptivo, comparables a análisis de elementos históricos.

El mundo de los juristas ha aceptado la determinación de las instituciones judiciales y sus precedentes, pues el derecho es lo que los

jueces resolvieron en el pasado, particularmente relevante, ya que a partir de un punto de vista evidente se adquiere confianza en las decisiones de los jueces¹¹. Igualmente, la verdad de una proposición dependerá de si se ha producido algún hecho legislativo declarado como tal.

En este contexto, cuando enfrentamos casos fáciles esa perspectiva puede funcionar, en razón al hecho histórico de la publicación de la norma, sin embargo, para los casos difíciles, esta perspectiva es precaria¹², dado que el derecho como fenómeno social implica moral, política un contexto sociológico, lo cual lleva al camino de la argumentación con pretensión de perfectibilidad.

Para mostrar el anterior punto. Dworkin presenta un ejemplo, donde el órgano legislativo de Illinois promulga que «*un testamento solo será considerado válido si cuenta con la firma de tres testigos*»; la afirmación legal de que en Illinois se requieren tres testigos para validar un testamento parece ser cierta gracias a un hecho histórico, sin embargo, en situaciones más complejas, esta concepción se muestra insuficiente¹³.

Una situación compleja podría ser, si se tomara en consideración la afirmación de que un programa de discriminación positiva en particular, que aún no ha sido sometido a evaluación judicial, es constitucionalmente válido¹⁴. Si esto fuera verdadero, no podría fundamentarse solamente en el texto de la Constitución y en fallos judiciales previos, ya que existen abogados razonables que tienen un claro entendimiento de la Constitución y de las decisiones de los tribunales, pero aún podrían discrepar acerca de la veracidad de esa afirmación¹⁵.

De igual forma, en el contexto del derecho natural y el realismo jurídico, se incurre en la misma situación del punzón semántico. No

7 Ibidem, pp. 7-8.

8 Ibidem, p. 47.

9 Ibidem, pp. 47-48.

10 Ibidem, pp. 47-48.

11 Ibidem, pp.5, 11, 93.

12 DWORKIN, Ronald, «Una cuestión de principios», Óp. cit., p. 192.

13 Ibidem, p. 192.

14 Ibidem, p. 192.

15 Ibidem, p. 192.

obstante, en estos enfoques, se menosprecia la dimensión descriptiva para enfocarse en resaltar el aspecto prescriptivo o normativo basado en consideraciones morales y variables sociológicas o contextuales¹⁶. La solución que emerge, como camino alternativo por Dworkin, es concebir el derecho desde una perspectiva interpretativa, que engloba tanto la descripción como la prescripción.

Esta alternativa que trasciende las anteriores concepciones, propone que las proposiciones legales no se limiten a ser simples narraciones de la historia jurídica, al igual que meras evaluaciones desconectadas de esa historia. En lugar de esto, son interpretaciones de la historia jurídica que amalgaman elementos tanto descriptivos como evaluativos, formando de alguna manera una síntesis única que no se reduce a ninguna de estas dos categorías¹⁷.

Por otro lado, la concepción de interpretación, vinculada al significado o la intención del hablante, resulta insuficiente para esclarecer la veracidad de las proposiciones en el ámbito jurídico. De ser así, se caería en la trampa del positivismo, donde las proposiciones jurídicas se limitan a describir acciones pasadas de instituciones. Para trascender este enfoque, es imperativo abordarla como una actividad más amplia, un conocimiento que abarca diversas facetas y que se despliega a través de un minucioso análisis de los contextos en los que opera¹⁸.

Esta perspectiva subraya la necesidad de considerar no solo el mero acto de interpretar, sino también la naturaleza más compleja de la actividad. Así, se evita la restricción de las proposiciones jurídicas a simples narrativas históricas o meras evaluaciones aisladas. Por tanto, se vislumbra la importancia de explorar el proceso interpretativo desde una óptica integral, una que reconozca tanto su dimensión descriptiva como su componente evaluativo, sin caer en las

limitaciones impuestas por enfoques previos, como ya se ilustró líneas arriba¹⁹.

1.1. ¿Cómo se edifica la postura de interpretación de Dworkin?

La perspectiva Dworkiniana establece una conexión productiva entre la interpretación de las prácticas sociales y la interpretación artística. Se postula que ambas se orientan hacia la interpretación de creaciones humanas como entidades independientes de los creadores, a diferencia de la interpretación en disciplinas científicas rigurosas, donde se exploran fenómenos naturales, o en la interpretación de diálogos o conversaciones, donde los participantes no son los autores de lo interpretado.

A ese punto en común lo llamaré interpretación creativa, con diferenciación de la interpretación científica y de la conversación. Este tipo de interpretación, según Dworkin, en su condición básica tiene como objeto descifrar las intenciones o propósitos de los autores al escribir una novela o al mantener una tradición social en particular, al igual que en una conversación se intenta captar las intenciones del amigo que nos está hablando²⁰.

Adicionalmente, la interpretación creativa es postulada por Dworkin como una interpretación conversacional, pues especialmente al discutir una idea que interpreta un determinado trabajo se retoma o captura la intención del autor. Citando a Wilhelm Dilthey, a propósito del debate sobre la objetividad en las ciencias sociales, señaló que éste autor planteó que la comprensión que logramos al entender lo que otra persona quiere decir con lo que esta formuló implica llegar a un entendimiento con esa persona, a diferencia de en lugar de plantear una descripción de su comportamiento o su mentalidad²¹.

16 DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., pp. 38-39.

17 DWORKIN, Ronald, "Una cuestión de principios", Óp. cit., p. 192.

18 Ibidem, p. 99.

19 Ibidem, p. 99.

20 DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., p. 51-52.

21 Ibidem, p. 53.

No obstante lo anterior, Dworkin parece inclinarse por una concepción constructivista, muy parecido a lo planteado por Habermas, donde este autor a partir de las críticas a Gadamer plantea que la interpretación no es pasiva y en un solo sentido, dado que el intérprete no está subordinado al autor, de manera que el autor podría aprender del interprete²².

De igual modo, la concepción constructiva de la interpretación creativa para Dworkin es la descripción más general de todas las formas de interpretación. La plantea como una lucha por hacer de su objeto (el interpretar) lo mejor posible. La interpretación adquiere formas diferentes en contextos diferentes, dado que navega en diferentes criterios de valor o de éxito, como el caso de la interpretación artística y científica, donde los criterios son diferentes en cada contexto, sin embargo, es la misma técnica.

Como una adición a esta concepción, Dworkin introduce su concepto de "*actitud interpretativa*", el cual está fundamentado en dos premisas esenciales²³. En primer término, partirá de la premisa de que el objeto de análisis existe en forma de una práctica, incluso si esta premisa es asumida como una situación aparente o supuesta. Esta existencia implica un valor intrínseco en términos de sentido, el cual se refiere al propósito o interés que subyace en la ejecución de dicha práctica basada en un principio, es decir, el sentido, independientemente de las reglas que gobiernan dicha práctica²⁴.

En segunda instancia, esta perspectiva sugiere que los requisitos, esto es, las conductas y juicios que aseguran la práctica, no deben ser considerados uniformemente constantes o inalterables en todo momento, sino que están condicionados por el principio o sentido que faculta la comprensión, aplicación, expansión, modificación, evaluación o limitación de las reglas de acuerdo con ese sentido²⁵.

22 Ibidem, p. 54.

23 Ibidem, p. 48-49.

24 Ibidem, p. 48-50.

25 Ibidem, p. 48-50.

Hasta este punto, podemos expresar que nuestro autor plantea una aproximación interpretativa que se adentra en la naturaleza y finalidad de las prácticas, enfatizando la relación entre sentido y reglas dentro de la práctica del derecho, donde la consecuencia de los presupuestos expuestos da lugar a la categoría de la actitud interpretativa, lo cual origina un significado de la institución como el mejor significado o versión²⁶.

Este enfoque se inclinará por la perspectiva interna, ya que ésta permite explicar mejor los desacuerdos en derecho, porque trata de entender el carácter argumentativo de la práctica legal. Por ello, le interesará la interpretación de las prácticas sociales y las obras de arte, dado que estas se ocupan fundamentalmente de los propósitos y no de meras causas²⁷.

Por su parte, la interpretación de prácticas sociales es una forma *sui generis* de conocimiento, la cual se refiere a las prácticas y las tradiciones comunes de los miembros de una sociedad. Su conducta requiere de una condición específica, donde el punto a resaltar es la mejor versión de la interpretación de esas conductas de la práctica y la tradición. La clave para descomponer la dinámica de las prácticas sociales cuando cambian está en la actitud interpretativa, en cuanto la asignación de sentido en cuanto valor (propósito) por parte del intérprete, como la mejor versión²⁸.

De igual modo, las dos caras de la actitud interpretativa funcionan de forma independiente; de modo que, según Dworkin, se puede adoptar la primera cara hacia una institución sin necesariamente asumir la segunda. Este fenómeno es manifiesto en contextos como

26 Ibidem, p.42.

27 "*Los ciudadanos de cortesía no desean hallar, cuando interpretan su práctica, los distintos determinantes económicos, psicológicos o fisiológicos de su conducta convergente. Tampoco un crítico desea una explicación fisiológica de cómo fue escrito un poema. De modo que debemos hallar la forma de reemplazar la metáfora de las prácticas y los cuadros que hablan por voz propia que reconozca el lugar fundamental del propósito en la interpretación creativa.*". Ibidem, p.48.

28 Ibidem, pp. 49, 50.

juegos y competencias. En estos escenarios, recurrimos al propósito hondo de estas prácticas, cuando debatimos cambios en sus reglas, pero no lo hacemos, con excepción de casos específicos, al intentar definir sus reglas vigentes, las cuales están arraigadas en la historia y en convenciones²⁹.

En este orden de ideas, la interpretación juega un papel esencialmente externo en juegos y competencias. No obstante, es crucial para su concepción de la cortesía que los ciudadanos adopten tanto la segunda faceta de la actitud interpretativa como la primera. Para ellos, la interpretación no solo determina la razón fundamental de la cortesía, sino también sus requisitos en el presente. En este contexto, el valor y la satisfacción se entrelazan de manera inseparable³⁰.

Con respecto a la comunidad personificada, esta se entiende bajo la visión del derecho como integridad en el sentido del principio adjudicativo. Lo anterior, se puede ser entendido como el propósito, donde el referido principio se entiende en consonancia con la legislación y está a su vez con la moral.

El principio adjudicativo de integridad acopia los principios de equidad, justicia y debido proceso³¹, lo cual se asemeja a como los ciudadanos se ajustan y alinean con sus propios proyectos, dado que se considera la diversificación, frente un todo o nada. La referida visión implica la imparcialidad en el trato a cualquier miembro de la comunidad³², lo cual puede acercarnos a la objetividad.

Ahora bien, el análisis del cambio en las prácticas sociales se aborda a través de los argumentos, juicios y conclusiones formulados por cada integrante de la práctica. La recopilación de estas diversas posturas posibilita una comprensión más profunda de las razones hondas de los cambios generados. En este punto, la actitud interpretativa adquiere un papel crucial,

al permitir una interpretación colectiva que considera los fundamentos que configuran y son adoptados por la práctica.

En esta línea de pensamiento, la práctica social se concibe como una entidad autónoma con un sentido colectivo, independiente de las expectativas individuales de los participantes. En última instancia, lo que la práctica social significa está definido por su naturaleza intrínseca, no por las interpretaciones individuales que puedan tener sus participantes³³.

Respecto de la interpretación artística, su objetivo se centra y basa en captar la intención del autor y ofrecer la experiencia estética más completa. En el contexto de una obra literaria, se procura presentarla en su máxima expresión, es decir, respetando su integridad y unidad. Al mismo tiempo, se valora la incorporación de distintas perspectivas de otros intérpretes, evitando la limitación de la parcialidad. Esta perspectiva resalta la relevancia de la *"novela en cadena"* como metodología.

La *"novela en cadena"* guarda cierta semejanza con lo abordado por los ingleses Davies y Coke. A partir del análisis de John Davies, se introduce una perspectiva histórica sobre la tradición del Common Law. El autor sostiene que el derecho está arraigado en la memoria colectiva, donde la costumbre ancestral ocupa un lugar esencial, dando origen al derecho mismo

Por su lado, Edward Coke arguyó que los jueces debían restablecer esta costumbre ancestral como una construcción racional perfeccionada a través de un extenso estudio, observación y experiencia. La larga sucesión de momentos a lo largo del tiempo permite acceder al verdadero derecho.

En el caso de la *"novela en cadena"*, implica su entendimiento como cuando un grupo de escritores contribuye en serie a una novela, ejemplifica como cada novelista interpreta los capítulos recibidos para crear uno nuevo de manera óptima, lo cual es la mejor versión. Esto

29 Ibidem, pp. 49, 50.

30 Ibidem, pp. 49, 50.

31 Ibidem, p. 177-178.

32 Ibidem, p. 175.

33 Ibidem, pp. 66-67.

se suma al trabajo del siguiente escritor y así de forma sucesiva³⁴.

1.2. La interpretación para Dworkin

Para Dworkin, la interpretación cuenta con un talante creativo y constructivo, el cual es alentado por una interacción entre el propósito y el objeto de interpretación, en lugar de imponer una visión preconcebida por el intérprete. En sus planteamientos, se trata de asignar un propósito al objeto o práctica en cuestión, con el fin de transformarlo en un ejemplo sobresaliente del formato o género al que pertenece³⁵.

Esta visión constructiva persigue asignar un propósito específico a una entidad o práctica con el objetivo de elevarla a la categoría de mejor ejemplo posible dentro de su género. Sin embargo, de esta definición inicial no se deduce que un intérprete pueda transformar cualquier práctica u obra de arte según sus deseos; por ejemplo, que alguien enfocado en la igualdad pueda razonablemente afirmar que la cortesía implica compartir riqueza³⁶.

Lo anterior, se debe a que la historia o estructura de la práctica u objeto en cuestión limita las interpretaciones disponibles, aunque el alcance de esta limitación requiere un análisis detenido. En esencia, la interpretación creativa en la perspectiva constructiva representa una interacción entre el propósito y la entidad interpretada³⁷.

En este sentido, la interpretación creativa no es una conversación, sino una construcción a la cual le interesa el propósito y no la causa, pero los propósitos fundamentales, no son en sí los del autor, sino el intérprete, pues el propósito se le impone al objeto o a la práctica para hacer de ellos la mejor versión del género o especie al cual pertenecen.

Igualmente, se aclara que, con la imposición del propósito no se quiere establecer que, el intérprete hace lo que quiere de él, ya que el intérprete cuenta con unas restricciones históricas y de la práctica misma, bajo una guía de la búsqueda de los buenos fundamentos, por ello interactúa el propósito y el objeto.

La concepción constructiva que se ha expuesto se limita a ser un análisis de la interpretación creativa. No obstante, resulta crucial notar cómo esta perspectiva constructiva puede ser moldeada de tal manera que se ajuste a los otros dos contextos interpretativos mencionados por Dworkin, los cuales en líneas de más adelante se van a retomar analíticamente.

Lo expresado, revela una profunda conexión que une todas las formas de interpretación. Un ejemplo, de acuerdo con nuestro autor, es la comprensión de una conversación ajena. En esta situación, se emplean modelos y suposiciones, como el “*principio de caridad*”, que en circunstancias normales tienen el efecto de transformar lo que el otro comunica en la mejor instancia de comunicación posible³⁸.

Por su parte el ámbito científico, acerca de la interpretación de datos, se apoya fuertemente en criterios de construcción de teorías, tales como la simplicidad, la elegancia y la verificación³⁹. Estos criterios reflejan suposiciones cambiantes y debatibles sobre paradigmas de explicación, esto es, sobre las cualidades que hacen que una forma de explicación prevalezca sobre otra⁴⁰.

En este sentido, la noción constructiva de la interpretación creativa ofrece para Dworkin una descripción general que engloba todas las formas de interpretación. En suma, podemos afirmar que toda interpretación se esfuerza por elevar a su objeto a la mejor versión posible dentro del contexto de la actividad a la que pertenece⁴¹, lo cual en el campo jurídico se asemeja a una

34 Ibidem, p. 228-229.

35 Ibidem, p. 54.

36 Ibidem, p. 54.

37 Ibidem, p. 54.

38 Ibidem, p. 55.

39 Ibidem, p. 55.

40 Ibidem, p. 55.

41 Ibidem, p. 55.

pretensión de corrección con vistas a una concepción de verdad.

Sin embargo, estas interpretaciones adquieren características distintas en diferentes contextos precisamente, ya que diversas actividades adoptan diferentes criterios de valor o éxito. Así las cosas, por ejemplo, la interpretación artística se diferencia de la interpretación científica principalmente debido a que evaluamos el éxito de las obras de arte utilizando criterios diferentes a los que aplicamos para juzgar una explicación de fenómenos físicos⁴².

Para finalizar este aparte, podemos concluir reflexionando que la posibilidad de una respuesta correcta existe y que esta viabilidad puede ser aprehendida, si bien sujeta a la inherente idea de formulación discurso veraz del interprete a partir de una actitud deontológica al interpretar, la cual implica la adopción de un punto de vista interno, que además de cognitivo, se halla un valor inherente a una práctica social en la cual el intérprete mismo participa.

2. El método y etapas de la decisión judicial en Dworkin

En la concepción de nuestro autor, existe un proceder novelístico que une el pasado con el presente en una narración judicial, donde el actual juez que decide un caso difícil de similares características se suma a su referente anterior judicial, acopiando y sumado el mejor *capítulo - precedente* de forma coherente, con el fin de acercarse a una justicia procedimental como trato igual.

Este juez "*Hércules*" orientado por principios de moralidad política, logra superar la discrecionalidad en sentido fuerte, con una construcción colectiva, pero, apoyada en una lectura moral de la constitución que acude a su

sistema legal para echar mano de los recursos de nomoárquicos.

El ambientado ejercicio de interpretación, en el contexto jurídico, se representa por nuestro autor por la narrativa de "*novela en cadena*", lo cual es un canon fundamental para alcanzar la pretensión de respuesta correcta. En la práctica o la operatividad judicial, esta concepción materializa la idea de la respuesta correcta a través de un proceso en etapas. En este proceso, los principios desempeñan un papel crucial al aportar un peso sustancial a la metodología de encadenamiento constructivo en el precedente. Este método implica la acumulación de precedentes de manera coherente, estableciendo un relato continuo, cohesionado y congruente.

En la fase ontológica o preinterpretativa, se establecen las normas y precedentes en los cuales se ha aplicado previamente un principio. Aquí se provee un contenido momentáneo a la práctica jurídica, basado en el consenso interpretativo de la comunidad política que origina la necesidad de interpretar dicha práctica. En esencia, esta etapa determina provisionalmente lo que es el derecho, es decir, el objeto jurídico con una realidad intrínseca antes de adentrarse en el análisis del contenido específico (normas y reglas de los precedentes)⁴³.

De acuerdo con Dworkin, esta fase es comparable con la interpretación literaria, respecto de la identificación de novelas individuales, obras de teatro, etc., es decir, como , por ejemplo: el proceso donde se distingue el texto de "*Moby Dick*" de otros textos literarios. La denominación "*preinterpretativa*" se utiliza con comillas, ya que incluso en esta etapa se necesita algún tipo de interpretación⁴⁴.

Las reglas sociales no vienen con etiquetas identificativas. Sin embargo, se requiere un alto nivel de consenso (tal vez sea útil definir una comunidad interpretativa como aquella que requiere consenso en esta etapa) para que la actitud interpretativa resulte fructífera. Por lo

42 Ibidem, p. 55.

43 Ibidem, pp. 68.

44 Ibidem, pp. 68.

tanto, refiere nuestro autor que, podemos obviar esta etapa en nuestro análisis, asumiendo que las clasificaciones que produce son consideradas como un punto de partida en las reflexiones y discusiones cotidianas⁴⁵.

La fase constructiva o interpretativa se ocupa del intérprete, quien se dedica a discutir y analizar el fundamento de la teoría del derecho en acción. En esta etapa, el intérprete establece una justificación general de los componentes identificados en la etapa anterior⁴⁶.

No obstante, esta justificación no implica crear una nueva práctica, sino más bien interpretar y argumentar dentro de los límites compartidos por su comunidad jurídica. En este punto, se construye una justificación creativa a partir de una mezcla de prácticas y principios implícitos presentes en la historia constitucional y judicial de la comunidad política⁴⁷.

Este proceso implica argumentar sobre el valor, si lo tiene, de una práctica con esa estructura general⁴⁸. Aunque no es necesario que la justificación abarque cada aspecto o característica específica de la práctica, debe abarcar lo suficiente como para que el intérprete pueda considerar que está interpretando dicha práctica en lugar de inventar una completamente nueva⁴⁹.

La etapa correctiva-práctica o posinterpretativa abarca una perspectiva reformadora que busca realinear la práctica del derecho para que se ajuste de manera más precisa a la justificación que se ha establecido como la más adecuada durante la etapa interpretativa. En este punto, se trabaja con nuevos precedentes que contribuyen a la construcción de la jurisprudencia⁵⁰.

Esto implica que se da lugar a la formación de reglas jurisprudenciales (*ratio decidendi*) que

reflejan una adaptación del mejor sentido de la práctica, logrando una construcción coherente y óptima con respecto a la su histórica práctica constitucional, lo que implica acercarse al objetivo de servir mejor a la justificación aceptada en la etapa interpretativa⁵¹.

Un ejemplo que usa nuestro autor, se refiere a un intérprete del concepto de cortesía podría llegar a la conclusión de que una aplicación constante de la justificación más sólida de esta práctica requeriría que las personas muestren reverencia no solo hacia la nobleza, sino también hacia los soldados que regresan de un conflicto crucial⁵².

En este ejemplo se podría proponer la creación de una nueva excepción a un patrón establecido de deferencia, como eximir de ciertas demostraciones de cortesía a los soldados recién regresados de la guerra. Además, podría considerar que una regla que imponga deferencia a un grupo específico de personas debe ser reconsiderada a la luz de dicha justificación, en caso de que dicha regla no sea compatible con ella⁵³.

En suma, estas tres fases o etapas pueden entenderse como el proceso de búsqueda de un equilibrio entre la descripción preinterpretativa de una práctica social y una justificación apropiada para esa práctica⁵⁴. El término "*equilibrio*" se toma de las ideas de Rawls, pero en este contexto de interpretación, difiere de su concepción de razonamiento sobre la justicia. Aquí, el equilibrio implica armonizar las intuiciones sobre la práctica con una fundamentación teórica que las conecta, lo cual se considera que trae legitimidad y seguridad jurídica⁵⁵.

Igualmente, en el marco de lo previamente expuesto, cuando nos encontramos ante situaciones judiciales complejas en las cuales

45 Ibidem, pp. 68.

46 Ibidem, pp. 68-69.

47 Ibidem, pp. 68-69.

48 Ibidem, pp. 68-69.

49 Ibidem, pp. 68-69.

50 Ibidem, p. 69.

51 Ibidem, p. 69.

52 Ibidem, p. 69.

53 Ibidem, p. 69.

54 Ibidem, pp. 68 - 69.

55 Ibidem, p. 68 - 69.

no hay una norma o ratio decidendi de la jurisprudencia directamente aplicable, nos vemos compelidos a recurrir a principios morales y a las ratio decidendi significativas que en el pasado se han acopiado como faros que señalan la luz de la mejor versión de la nueva decisión judicial. Este proceso implica la identificación minuciosa de la normativa relevante, la construcción de una justificación coherente para la decisión y la adaptación del sentido de esa justificación a la situación.

En este contexto, el Juez Hércules imbuido en un deber moral de corte kantiano, persigue la justicia como un fin en sí mismo. Su enfoque se basa en un razonamiento de moral política en el cual la fuerza orientadora de los precedentes se nutre de una evaluación equilibrada de argumentos de principio. A través de este proceso, se forja una regla vinculante que actúa como la justificación que sostiene la jurisprudencia en su conjunto, esto es, la regla jurisprudencial, conocida como ratio decidendi en nuestros contextos del sur.

Esta jurisprudencia surge de la interconexión coherente de elementos derivados de los precedentes interpretados históricamente. El sentido original, que enlaza el pasado con el presente, se convierte en el pegamento que une estas piezas en una narrativa en constante mejora que se sostiene en la veracidad de la actuación por el rol. Todo esto se fundamenta en el canon de concepción del derecho como una totalidad integrada.

Desde la perspectiva moral, los argumentos en el capo judicial formulan declaraciones con relación a los derechos y deberes. En lo que respecta al proceso de derivar principios de la historia institucional, especialmente, en contextos de casos complejos, esto se convierte en un ejercicio de evaluación de las justificaciones presentes en esa historia jurídica-constitucional⁵⁶. En el ámbito judicial, el propósito primordial es alcanzar la justicia, y este propósito está intrínsecamente vinculado a un canon de normatividad preexistente y derecho avanzado,

56 DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., pp.14, 50, 60, 80,152,177-178, 213, 469.

siendo la constitución el marco de referencia fundamental de donde emergen los principios de la moral política⁵⁷.

De la constitución se extraen fundamentos de equidad que aseguran a los ciudadanos un trato igualitario y un nivel de respeto, es decir, principios de dignidad. En este punto, es donde entra en juego el Juez Hércules, quien, bajo una perspectiva de filosofía moral y teoría constitucional, aporta de manera significativa a la narrativa judicial en forma de novela en cadena⁵⁸.

En este sentido, su tarea consiste en justificar integralmente la constitución, actuando como un eslabón clave en la cadena de interpretación. En este contexto colectivo de la novela en cadena, la visión del Juez Hércules se alinea con la totalidad de la justificación de la constitución, completando y superando así la vacilación que subyace en esta interpretación jurídica, lo cual concluirá en la mejor versión posible⁵⁹.

3. Colisión de principios

El escenario de la colisión de principios se desarrolla a partir de la caracterización del peso, lo que conlleva la necesidad de priorizar uno de ellos en la justificación. Este principio seleccionado se convierte en la "reason" (razonamiento) de la sentencia, actuando como la motivación y el fundamento que guían la respuesta correcta⁶⁰

En un sentido operativo, el juez que resuelve un caso difícil debe discernir el peso de los principios ya establecidos en juego. En este proceso, el peso se elabora mediante argumentaciones orientadas por la moral política. Por lo tanto, y dado que no existe una jerarquía predeterminada y los principios son dinámicos, se abre paso a la construcción planteamiento de una concepción de la verdad⁶¹.

57 Ibidem, pp.14, 50, 60, 80,152,177-178, 213, 469.

58 Ibidem, pp.14, 50, 60, 80,152,177-178, 213, 469.

59 Ibidem, pp.14, 50, 60, 80,152,177-178, 213, 469.

60 Ibidem, pp. 76-79.

61 Ibidem, pp. 76-79.

Cuando Dworkin, partiendo la lectura moral de la constitución, determina una concesión de importancia o peso se refiere a conceder sentido y coherencia a todo su sistema legal. Indispensablemente, la coherencia acoge un esquema de prioridad (el peso) o adaptación y no de arbitrio discrecional, lo cual es un reflejo de las fuentes o pilares respectivos, esto es, los principios de moral política⁶².

Es crucial recordar que la condición lexicográfica de los principios, se aplica únicamente a los dos principios de dignidad, mientras que los demás principios están sujetos a discusiones y disputas, dado que son dinámicos y carecen de una jerarquía predefinida. No obstante, estos principios se alinean coherentemente con la moral política.

Bajo esta perspectiva, las instituciones estatales legítimas tienen la autoridad para imponer a los ciudadanos vivir de acuerdo con estos principios morales-jurídicos, ya que fueron establecidos colectivamente⁶³. En este entendido, nuestro autor refiere que, cuando llegamos rápidamente a un consenso sobre las decisiones que las personas no pueden tomar por sí mismas; se carece del derecho de decidir unilateralmente, por ejemplo, acerca de qué propiedades son mías en lugar de ser de otros, o si puedo causarles daño físico o privarlos de libertad⁶⁴.

También, él refiere que estamos de acuerdo, en su mayoría, en que debemos usar cinturón de seguridad al conducir. Sin embargo, el Estado toma estas decisiones en nombre de la sociedad y nos exige obedecerlas legítimamente⁶⁵. La distinción entre estos dos tipos de decisiones radica en la diferencia entre ética y moralidad⁶⁶.

62 DWORKIN, Ronald. "El imperio de la justicia", Óp. cit., pp. 263-265.

63 DWORKIN, Ronald. "La posible democracia, principios para un nuevo debate político", 1 ed. Barcelona: Ediciones Paidós Iberoamérica S. A, 2007., p. 37.

64 Ibidem, pp. 37.

65 Ibidem, pp. 37.

66 Ibidem, pp. 37.

Nuestras creencias éticas definen lo que consideramos como una vida buena para nosotros, mientras que los principios morales definen nuestras obligaciones hacia los demás⁶⁷. El principio de responsabilidad personal otorga al Estado la autoridad para exigirnos vivir en consonancia con los principios morales colectivamente establecidos, pero no le permite dictar nuestras creencias éticas de la misma manera⁶⁸.

El punto de vista normativo se posiciona a partir de la moral política. Este se alza como un contrapeso ante la arbitrariedad y los argumentos que se erigen al margen del sistema legal y que portan consigo valores subjetivos y ajenos al conjunto de lo que es el derecho en esa práctica, lo cual es entendido como una suerte de axiología extrasistémica.

Al mismo tiempo, esta categoría opera como una suerte de corrección, delineando y regulando la racionalidad práctica desde una perspectiva de coherencia y plenitud que rebasa las convenciones tradicionales, constituyéndose como un conjunto de principios morales. A lo largo de dos siglos de evolución continua, ha desencadenado un proceso de aprendizaje y desarrollo constitucional que funge como un sólido andamio para la razón y la responsabilidad de rol, proporcionando una base robusta y argumentos sólidos que persiguen la justicia mediante la adhesión a principios constitucionales.

Ahora bien, el "balancear", como el acto de sopesar y cotejar diversas consideraciones, implica que los principios que están en juego en un juicio, compitan al tomarse una postura en una decisión judicial, pero bajo el objeto de una argumentación que se cimienta en la veracidad que le demanda el rol al juez. En esencia, el juez debe examinar y armonizar el sistema legal a partir de principios en juego para alcanzar una resolución justa y equitativa.

En la práctica durante esta actividad de sopesar, se identificación los principios que están en juego

67 Ibidem, pp. 37.

68 Ibidem, pp. 37.

en el caso en particular. La evaluación o valoración del principio implicará determinar el peso, de acuerdo con la relevancia y pertinencia del caso en cuestión. Paso seguido el operador jurídico comparará los diversos principios en disputa, lo cual lo conducirá a discernir cuáles son más cruciales y pertinentes para el caso estudiado.

Una vez surtido lo anterior se equilibrará los principios bajo examen, con el fin de determinar cómo pueden aplicarse de manera justa y equitativa, en el sentido de arribar a una decisión judicial coherente con los principios fundamentales (constitucionales) del sistema legal. Cabe aclarar que los principios que colisionan necesariamente no poseen una condición determinista, lo cual como se ha explicado da lugar a que sean balanceados.

En este sentido, de acuerdo con Dworkin cuando se afirma que cierto principio es parte de un sistema legal, se está expresando que dicho principio debe ser considerado por los operadores judiciales en caso de que sea relevante, como un criterio que guíe su decisión, lo cual da lugar a que se incline la balanza en un u otro sentido⁶⁹.

El referido ejercicio de balanceo, conforme a su peso relativo determina la orientación de una decisión como la mejor versión posible, dado que se soporta y legitima el sistema legal en su conjunto⁷⁰. Para ilustrar lo inmediatamente anterior, podemos considerar que al balancear un derecho frente un objetivo para acciones política, tendrá mayor relevancia el derecho político, porque su justificación apoya que se desdoble de la primera enmienda con el rotulado de triunfo)

Lo anterior, es expresado de forma concreta por nuestro autor, en el sentido relacionado con afirmar que un derecho político se alza como una victoria sobre el tipo de argumentos basados en

ajustes que con frecuencia son utilizados como justificación para las acciones políticas⁷¹.

Ahora, ahondando en el ejemplo de cómo la Primera Enmienda concede a los ciudadanos estadounidenses el derecho legal a escapar de la censura política, explicaremos ahora la pertinencia de este derecho constitucional partiendo de la premisa de que las personas poseen un derecho político a la libre expresión, lo cual es lo suficientemente significativo como para merecer esta forma de protección legal⁷².

En similar medida, la Constitución garantiza a los ciudadanos estadounidenses ciertos derechos que aseguran un juicio justo en caso de ser acusados de un delito. Según Dworkin justificamos estos derechos al subrayar que las personas poseen un derecho político inherente a no ser privadas de su libertad sin un juicio imparcial, aun cuando su detención pudiera conllevar algún tipo de beneficio para la comunidad⁷³.

Los derechos políticos no solo son utilizados para explicar y justificar derechos legales en el contexto judicial, como los ejemplos mencionados previamente, sino que también se emplean para criticar al gobierno de turno cuando no reconoce los derechos que consideramos debería reconocer⁷⁴.

En ocasiones, Dworkin analizó que los estadounidenses que consideran que la discriminación positiva, que otorga a las minorías preferencias especiales en procesos de admisión universitaria o en el ámbito laboral, es errónea, suelen recurrir a un derecho político para respaldar su oposición⁷⁵. En suma, los derechos políticos sirven como fundamentos sólidos no solo para establecer y defender derechos legales, sino también para censurar al gobierno cuando

69 DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 77.

70 Ver DWORKIN, Ronald, "Filosofía del derecho", Óp. cit., p. 318-319; DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Óp. cit., p. 14; DWORKIN, Ronald. "El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana", Óp. cit., pp. 21-23, 35-136, 166-167.

71 DWORKIN, Ronald, "La democracia posible: Principios para un nuevo debate político", Óp. cit., p. 49.

72 Ibidem, p. 49.

73 Ibidem, p. 49.

74 Ibidem, p. 49.

75 Ibidem, p. 49.

estos derechos legales no son reconocidos como deberían ser⁷⁶.

3.1. Su última obra y la interpretación

Partiendo de su última obra "*justicia para erizos*", se puede explorar una dimensión más abstracta de la interpretación. Esto no entra en conflicto con lo que hemos discutido hasta ahora, ya que se trata de la responsabilidad deontológica, la cual se origina en el deber de sostener una posición interna coherente, lo cual puede conducir a buscar la verdad en la interpretación como una entidad única, es decir, lo que Dworkin denomina la "*respuesta correcta*"⁷⁷.

La interpretación en esta obra es abordada desde varias perspectivas. En su planteamiento general, él argumenta que esta es una actividad intelectual fundamental al margen de la visión en la ciencia⁷⁸. Se cuestiona si existe una verdad que deba buscarse a través de la interpretación y si se puede afirmar que una interpretación es verdadera mientras que otras son falsas, o si todas son igualmente válidas, pero diferentes⁷⁹. También, se plantea la pregunta sobre la naturaleza de la verdad en la interpretación y cómo se diferencia de la verdad en la ciencia⁸⁰.

También, exploró la responsabilidad moral y la integridad en la interpretación. Sostiene que ser un intérprete moralmente responsable implica considerar dos elementos inseparables: la responsabilidad de mantenerse fiel a la propia visión epistemológica y la integridad como compromiso con su postura⁸¹, de igual modo, la responsabilidad consiste también en buscar la verdad en la interpretación⁸².

Dworkin señaló que, en el ámbito de la interpretación, particularmente, en el derecho y la literatura, surgen desafíos respecto a la afirmación de una única interpretación correcta⁸³. En general las personas evitan hacer afirmaciones categóricas y adoptan un enfoque más flexible debido a la incertidumbre en torno a la interpretación como búsqueda de la verdad⁸⁴.

El escepticismo externo, sostiene que no existe una única interpretación correcta y que las discrepancias entre intérpretes eminentes respaldan esta postura, también es problemático, ya que en sí mismo es una afirmación interpretativa. El escepticismo interpretativo es interno y respaldado por una teoría de revisión.⁸⁵

La naturaleza de la verdad en la interpretación y cómo se puede deducir la falsedad de una interpretación a partir de la verdad de otra es una cuestión crucial para nuestro autor. Los métodos de interpretación varían ampliamente entre diferentes escuelas de pensamiento, lo que plantea dudas sobre si compiten en términos de precisión o simplemente persiguen objetivos diferentes. Según Dworkin, en algunos casos, las interpretaciones son personales, lo cual plantea una dificultad al explicar el porqué una interpretación parece correcta a una persona pero no a otra.

Es importante resaltar que esta cuestión de la sinceridad crítica es particularmente crucial en casos judiciales, tanto penales como civiles. Para ilustrar, podemos imaginar y analizar el caso de un juez que decidió en un caso relacionado con la pena de muerte o un caso en el que se otorga una indemnización significativa. Después de proporcionar fundamentos sólidos para estas decisiones, el juez podría llegar a la conclusión de que existen otras interpretaciones que favorecen precisamente lo contrario de lo que argumentó inicialmente. Estas interpretaciones alternativas podrían ser igualmente razonables y válidas desde un punto de vista legal.

76 Ibidem, p. 49.

77 DWORKIN, Ronald, "*Justicia para erizos*", 1 ed electr, México: Fondo de Cultura Económica, 2014, p.127.

78 Ibidem, p. 125.

79 Ibidem, pp. 125-126.

80 Ibidem, pp. 125, 151.

81 Ibidem, pp. 103, 125, 228 - 231, 251.

82 Ibidem, pp. 102-104.

83 Ibidem, p. 128.

84 Ibidem, pp. 120, 128.

85 Ibidem, pp. 127-129.

Por lo anterior, la sinceridad crítica se convierte en un imperativo moral en el contexto judicial. Los profesionales del derecho en general deben esforzarse por buscar la verdad más allá de sus posiciones personales y prejuicios⁸⁶. Esto significa estar dispuesto a cuestionar sus propias convicciones y estar abiertos a la posibilidad de que sus interpretaciones iniciales puedan ser revisadas a la luz de argumentos razonables⁸⁷.

En últimas, la sinceridad crítica en la búsqueda de la verdad es esencial para el funcionamiento justo y equitativo del sistema judicial, ya que garantiza que las decisiones de los jueces se basen en una evaluación objetiva y completa, en lugar de estar sesgadas por sus orientaciones prejuiciosas o dogmáticas⁸⁸.

Dworkin, también, analiza los diferentes géneros interpretativos, a saber: colaborativo, explicativo, conceptual, entre otros⁸⁹. La interpretación explicativa implica la asociación con quienes crearon un objeto o acontecimiento. Se basa en la idea de que un acontecimiento tiene un significado específico para la audiencia a la que se dirige el intérprete⁹⁰.

Un ejemplo, se encuentra en el trabajo de historiadores, sociólogos o psicodinamistas. En el momento en que un historiador construye una teoría sobre el significado de la Revolución Francesa o el Holocausto, no está necesariamente vinculado con los actores históricos, como los jacobinos o los nazis⁹¹. En su lugar, su objetivo es descubrir el significado de esos eventos para aquellos a quienes se dirige o son su audiencia, para comprender cómo esos eventos impactaron en la sociedad y la cultura⁹².

De otra parte, la interpretación conceptual se enfoca en el significado de un concepto, como

“*justicia*” o “*verdad*”, los cuales pudieron ser moldeados y recreados por una comunidad en lugar de autores individuales⁹³. En este punto, la distinción entre creador e intérprete, que es característica de la interpretación colaborativa y explicativa, se esfuma⁹⁴. Esto no significa que un intérprete tenga completa libertad para darle cualquier significado a un concepto, sino que el uso del concepto, en respuesta a lo que éste considere interpretación correcta, contribuirá de alguna manera a la evolución del problema interpretativo que futuros intérpretes deberán enfrentar⁹⁵.

Por su parte la interpretación colaborativa es un concepto que puede aplicarse al ámbito del derecho, ya que se parte de la idea de que el objeto de la interpretación, en este caso, las normas o los precedentes, tiene un autor o creador original, y su propósito es continuado y desarrollado por quienes las interpretan, es decir, otros jueces. Si bien los jueces persiguen la justicia como meta, al igual que los legisladores que crearon las normas (la subordinación a los principios y precedentes), así como su intención original suelen ser una parte esencial de su tarea interpretativa.

En cuanto al valor en la interpretación en cuanto sentido, desempeña un papel importante al permitirnos trascender nuestras creencias o limitaciones personales. Cuando se busca una explicación del valor presente en una interpretación, podemos acercarnos a una verdad objetiva o al mejor sentido de esa interpretación⁹⁶. Esto implica que la interpretación no es simplemente subjetiva, sino que se basa en la justificación y explicación de principios que pueden considerarse objetivos, comunes y compartidos por la comunidad.

Finalmente, la interpretación se caracteriza como holística, ya que involucra una red de posiciones y perspectivas. Sin embargo, la responsabilidad recae en cada individuo para

86 Ibidem, p. 127.

87 Ibidem, pp. 127-129.

88 Ibidem, p. 99-110, 250-251.

89 Ibidem, p. 137.

90 Ibidem, p. 137.

91 Ibidem, p. 137.

92 Ibidem, p. 137.

93 Ibidem, p. 137.

94 Ibidem, p. 137.

95 Ibidem, p. 137.

96 Ibidem, pp. 150-151.

pensar y llegar a lo que considera correcto. En este sentido, el razonamiento interpretativo implica un ejercicio de responsabilidad moral, donde cada persona construye una teoría que justifica su posición como la mejor y la correcta, lo que lleva a una concepción de la verdad moral como un concepto interpretativo que depende de la responsabilidad individual en la búsqueda de lo correcto al mismo que es una expresión veraz.

Consideraciones

Este texto presentó a Dworkin abordando la interpretación en el contexto del derecho a partir de otros áreas de las ciencias humanas. También, se exploró puntos importantes sobre la verdad en la interpretación, la responsabilidad moral, la integridad y la importancia de la comunidad en la práctica jurídica.

Se identificó el derecho, como fenómeno social, se distingue por su práctica basada en la argumentación. Su estudio puede enmarcarse desde dos perspectivas: la visión externa y la interna. Ronald Dworkin se adentra en la visión interna, donde se busca comprender qué es el derecho y cómo se aplica.

En este contexto, sus críticas se centran en las teorías semánticas, especialmente en su negación de desacuerdos tanto teóricos como empíricos con respecto al concepto de derecho y las proposiciones jurídicas. A esta problemática la denominación el *"aguijón semántico"* y señala las limitaciones de una visión que trata al derecho como una mera colección histórica de normas.

Vimos la crítica al iusrealismo y al iusnaturalismo, bajo el argumento de que estas teorías del derecho caen en la misma trampa del aguijón semántico al enfocarse en elementos evaluativos basados en variables sociológicas, puntos de vista morales o contextuales. En cambio, él aboga por la interpretación como una solución que combina lo descriptivo y lo evaluativo.

Logramos observar que su concepto de interpretación se basa en la interpretación del arte y las prácticas sociales, ambas orientadas a entender algo creado por otros como algo separado de ellos mismos. Dworkin lo denomina *"interpretación creativa"* y acentúa la importancia de la *"actitud interpretativa"*. Esta actitud implica que las reglas y juicios de una práctica no son uniformes, sino que depende del propósito o sentido que les otorga un principio.

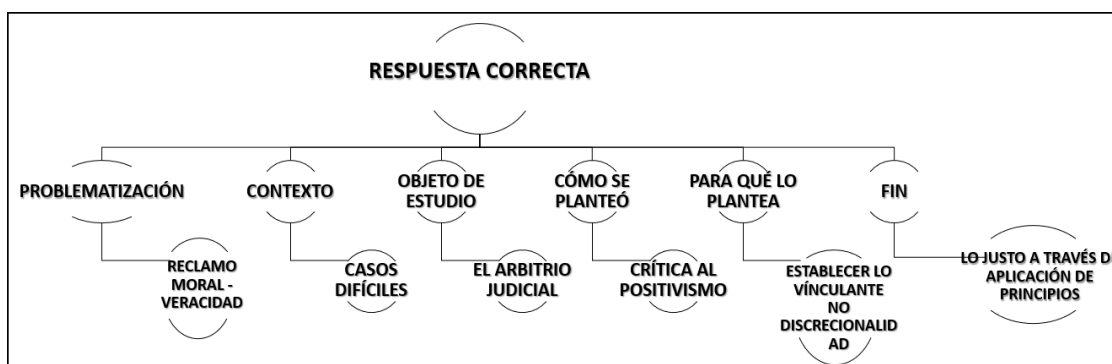
La comunidad personificada desempeña un papel fundamental en la concepción del derecho como integridad, reflejando cómo las personas se comprometen con sus convicciones y proyectos. A través del principio adjudicativo de integridad de la comunidad, que abarca principios como la equidad, la justicia y el debido proceso, se establece una entidad colectiva con responsabilidades individuales, bajo principios objetivos que se orientan hacia la justicia.

Se abordó la metodología de la novela en cadena, tomada de la literatura, se aplica en el ámbito judicial para construir la mejor versión posible del nuevo precedente, evitando la discrecionalidad y las condenas personales. Este enfoque requiere una técnica interpretativa para justificar decisiones basadas en principios. En casos difíciles con colisión de principios, se busca equilibrar los principios en disputa, guiados por la moral política y la argumentación, sin jerarquías preestablecidas.

En este punto, para ser más más precisos podemos hacer una relación de los temas abordados de forma analítica, con el fin de recoger las conclusiones más relevantes:

- Perspectiva Interna y Perspectiva Externa: Vimos como Dworkin se apartó en la perspectiva interna del derecho, la cual implica entender qué es el derecho y cómo se aplica, en particular los casos difíciles. Este aspecto lo destaca y diferencia frente a las teorías semánticas, cuyo enfoque pasa por alto desacuerdos tanto teóricos como empíricos sobre el derecho, reduciéndolo toda su apreciación a convenciones históricas en su mayoría de casos

- Iuspositivismo, Iusrealismo e Iusnaturalismo: Crítica al derecho positivo, porque en su concepción dominante se reduce a discutir problemas en la perspectiva del derecho como una colección de normas. Respecto del Iusrealismo y el Iusnaturalismo por caer en la trampa del agujón semántico, al basar sus argumentos en variables sociológicas o puntos de vista morales. Argumenta que la solución está en la interpretación.
 - Interpretación Creativa: Trabajamos la interpretación como una concepción metodológica similar al arte y en las prácticas sociales. Ambas implican interpretar algo creado por otros como una entidad distinta de uno mismo. Esto se denomina interpretación creativa, que se basa en la actitud interpretativa y busca el mejor sentido.
 - Comunidad Personificada y Derecho como Integridad: Abordamos la comunidad personificada se asemeja a cómo las personas se comprometen con sus convicciones. Dworkin argumenta que el derecho es una forma de integridad de la comunidad, basada en principios objetivos como equidad, justicia y debido proceso.
 - Metodología de la novela en cadena: se presentó a Dworkin con su propuesta de la metodología de la novela en cadena para la toma de decisiones judiciales. Los jueces construyen la mejor versión posible del nuevo precedente basado en principios, evitando la discrecionalidad personal, sobre la base de tres etapas.
 - Tres Etapas de Interpretación: Establece tres etapas en la interpretación: preinterpretativa, interpretativa y posinterpretativa. Cada una tiene su función en la construcción de un nuevo precedente, en una perspectiva de veracidad y la mejor versión.
 - Colisión de Principios: Bajo el panorama de los casos difíciles se presenta la colisión de principios. Allí, se identifica el peso de los principios en disputa y se busca una respuesta correcta balanceando o equilibrando esos principios.
 - Responsabilidad Deontológica: Dworkin defiende la responsabilidad deontológica, donde la moral se combina con el razonamiento interpretativo para buscar la verdad en la interpretación. Lo anterior, implica integridad como compromisos con sus convenciones.
- De acuerdo con el recorrido presentado, podemos fijar que Dworkin enseña una visión interna del derecho, abogando por la interpretación como una solución a los desacuerdos semánticos y promoviendo la responsabilidad moral en la búsqueda de la verdad en la interpretación jurídica. Su enfoque busca construir una teoría que justifique la posición como la mejor y correcta, basada en principios objetivos y la integridad de la comunidad.
- Por último, el trabajo de este escrito arroja que la teoría de la interpretación es un presupuesto dentro de la pretensión de respuesta correcta, la cual se sintetiza en el siguiente esquema:



Elaboración propia

Integración del litisconsorcio necesario en los procesos ejecutivos con garantía real

Integration of the necessary litisconsortium in the procedure of executions with royal guarantee.

*Jorge Antonio Coronado Flórez**

*Jose David Torrenegra Ariza***

Resumen

En la doctrina moderna existe una polémica si se debe o no vincular al deudor en el proceso ejecutivo donde se persigue la garantía real cuando la titularidad del derecho de dominio se encuentra en un tercero. Actualmente los funcionarios judiciales apoyan la teoría que no debe ser vinculado, atendiendo que, el acreedor está ejerciendo la acción real, regulada por el artículo 2452 del Código Civil, dicha norma le da derecho al acreedor perseguir el bien sin importar quién tiene la calidad de propietario, sin embargo, otro sector de la doctrina afirma que la acción real depende de la acción personal, por lo tanto, se debe vincular al deudor. Empleando la investigación básica en el presente artículo de reflexión, mediante la cual se confrontó la interpretación normativa del artículo 2452 del Código Civil, inciso 3º del numeral 1º del artículo 468 del Código General del Proceso y el artículo 68 ibídem, se concluyó que, efectivamente se debe vincular al deudor dentro del proceso ejecutivo con garantía real debido a que, no existe una disposición normativa que establezca que la integración del contradictorio solo es predicable en los procesos declarativos; el numeral 9º del artículo 100 del Código General del Proceso no excluye el numeral 3º del artículo 442 de la Obra en comento; el artículo 61 del Código General del Proceso no se rige por el principio de la taxatividad y, finalmente, el numeral

Abstract.

In modern doctrine there is a controversy as to whether or not the debtor should be linked in procedure of execution where the royal guarantee is pursued when the ownership of the domain right is in a third party. Currently judicial officials support the theory that it should not be linked, taking into account that, the creditor is exercising the royal action, regulated by article 2452 of the Civil Code, said norm entitles the creditor to pursue the property regardless of who is the owner, but, another sector of the doctrine affirms that the real action depends on the personal action, it is a legal absurdity to enforce the royal guarantee without taking into account the personal one. Using basic research in this reflection article, through which the normative interpretation of article 2452 of the Civil Code, paragraph 3 of numeral 1 of article 468 of the General Process Code and article 68 ibídem, was compared, it was concluded that, indeed, the debtor must be linked within the procedure of execution with a royal guarantee because there is no normative provision that establishes that the establishment of mandatory intervention is only predicable in the declaratory processes; numeral 9 of article 100 of the General Process Code does not exclude numeral 3 of article 442 of the Work in question; article 61 of the General Process Code is not governed by the principle of exhaustivity and, finally, numeral 1 of

* Abogado egresado de la Universidad Cooperativa de Colombia - sede Montería, correo: jorgecoronadoflorez@gmail.com

** Abogado, Magíster en derecho, Especialista en derecho público, profesor investigador del programa de derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia – sede Montería. Correo: josed.torrenegra@campusucc.edu.co

1º del artículo 468 del Código General del Proceso no excluye al artículo 61 *ibídem*.

Palabras clave: Litisconsorcio necesario, procesos ejecutivos, garantía real, prenda, hipoteca, actos jurídicos.

Historial del artículo:

Recibido: 08 de junio de 2023

Aceptado: 10 de agosto de 2023

Cómo citar este artículo:

Jorge Coronado & Jose Torrenegra., Integración del litisconsorcio necesario en los procesos ejecutivos con garantía real, 11 Just. & Der. 42 (2023).

I. Planteamiento del problema.

1.1. Descripción del problema.

La Ley 1564 de 2012 expidió el actual Código General del Proceso, norma derogatoria del Decreto 1400 de 1970 conocida como el Código de Procedimiento Civil, regulando en los artículos 422 y siguientes las actuaciones procesales que deben tener en cuenta las partes, sus apoderados y los funcionarios judiciales en los eventos que se demanden ejecutivamente obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles, sin embargo, cuando estas obligaciones se encuentren respaldadas con garantía real, sea con prenda o hipoteca a fin de garantizar una obligación principal, siendo esta última, por regla general obligaciones dinerarias, se debe tener en cuenta, varios aspectos normativos, tales como el artículo 422 y siguientes de la obra procesal en comento y en especial las disposiciones establecidas en el artículo 468 del Estatuto Procesal Civil vigente.

Por otro lado, tenemos a los litisconsortes, regulados por los artículos 60 y siguientes del Código General del Proceso. Esta figura jurídica se presenta cuando cualquiera de las partes, demandante o demandado, o también conocido en el proceso ejecutivo como, ejecutante o ejecutado¹, hay dos o más personas, las cuales tienen una relación jurídico-procesal con la

1 Para efectos prácticos, desde ahora en adelante se empleará el término de ejecutante y ejecutado.

article 468 of the General Process Code does not exclude article 61 *ibid*.

Keywords: Litisconsortium, Procedure of executions, Royal guarantee, Mortgage, Intervention.

contraparte², para mayor entendimiento, se ilustra el siguiente ejemplo hipotético. María y Pedro son demandados ejecutivamente por un banco, debido a que incumplieron la obligación que se encontraba incorporada en un título valor, en el presente caso, María y Pedro son litisconsorte, debido a que la demanda va dirigida contra dos personas que integran la parte ejecutada, mientras que el banco, la doctrina lo concibe como *parte simple*³, dado que solo está compuesta por una sola persona.

Entrando en materia, debe tenerse en cuenta que, tratándose de procesos ejecutivos con garantía real, las partes, de acuerdo a la doctrina moderna, está conformada por el acreedor quien hace de las veces de ejecutante y por el titular del derecho de dominio del bien afectado con el gravamen⁴, dicha postura se basa en lo dispuesto por el inciso 1º del artículo 468 del Código General del Proceso y el inciso 3º del numeral 1º de la norma en comento, sin embargo, se puede presentar situaciones en la que, el deudor o quien ha constituido el gravamen sobre el bien garantizado, lo enajena a un tercero, por consiguiente, los ejecutantes demandan quien aparece como titular del derecho real de dominio, sin vincular a la persona que ha constituido el gravamen, de igual forma, los

2 1 JAIME AZULA CAMACHO, MANUAL DE DERECHO PROCESAL: TEORÍA GENERAL DEL PROCESO 265 (11ª ed., 2019).

3 *Ibídem*.

4 4 JAIME AZULA CAMACHO, MANUAL DE DERECHO PROCESAL: PROCESOS EJECUTIVOS 249-252 (7ª ed., 2022).

funcionarios judiciales, no vinculan a la persona que ha constituido el gravamen, por lo dispuesto en el artículo 2452 del Código Civil, dicha norma dispone que el acreedor puede perseguir el bien en manos de quien esté.

Desde ahora se advierte que, existe una interpretación muy cerrada del artículo 2452 del Código Civil y del artículo 468 del Código General del Proceso, pues no se tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 61 del Estatuto Procesal Civil, ni los principios rectores de economía procesal, acceso a la justicia, y entre otros principios, por lo tanto, la presente investigación tiene un enfoque axiológico, porque cuestiona la interpretación que se le da a los preceptos en cita, y también tiene un enfoque fáctico, pues la interpretación cerrada de esta norma hace que se vulneren derechos fundamentales, y se congestionen los despachos judiciales, atendiendo que el actual propietario deberá promover un proceso declarativo, independiente al ejecutivo, a fin de ejercer la acción de repetición contra el antiguo propietario del bien en virtud de lo establecido por el numeral 2º del artículo 1668 del Código Civil, dicha norma preceptúa lo siguiente:

Artículo 1668. Subrogación legal. Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio:

[...]

2o.) Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.

[...]⁵.

Es pertinente realizar esta investigación a fin que no se desconozca la verdadera voluntad del legislador según se desprende del artículo 61 del Código General del Proceso, regulatorio del litisconsorcio necesario, así como, los principios de economía procesal (CONST. POL. COL., art. 29.), acceso a la administración de justicia (*Ibidem*, art. 229.)

5 CÓD. CI., art. 1668.

y la interpretación del negocio jurídico a favor del deudor (CÓD. CI., art. 1624.). Teniendo clara la voluntad del legislador, se pueden adoptar fallos más expeditos, donde no sea necesario adelantar otros procesos a fin ejercer la acción de repetición.

Finalmente, este trabajo investigativo tiene relevancia nacional debido a los pocos avances investigativos, y a la posición inmutable de las altas cortes en asegurar que no es necesaria la vinculación del deudor original debido a que el artículo 2452 del Código Civil preceptúa que se puede perseguir el bien gravado con garantía real sin importar quién sea su propietario, siendo esta una interpretación bastante cerrada, y no abierta a las posibilidades de tener en cuenta otras normas de carácter sustancial y procesal que no se oponen a lo dispuesto en la norma en cita y al artículo 468 del Código General del Proceso.

1.2. **Formulación del problema.**

Teniendo en cuenta lo anterior, se genera el siguiente interrogante, ¿Se debe vincular al deudor dentro del proceso ejecutivo con garantía real cuando se ha formulado demanda contra el titular del derecho real de dominio, en su defecto, el proceso puede tramitarse solo contra el propietario del bien afectado con el gravamen?

II. Metodología.

2.1. **Investigación básica jurídica.**

Para el profesor LARA SÁNCHEZ la investigación básica es aquella que busca la creación de nuevo conocimiento a partir de razonamientos teóricos y a través del método teórico-deductivo, tal como se presenta en la siguiente investigación⁶ que, a través de casos basados en la vida real, se hará una confrontación de la interpretación normativa efectuada actualmente por los funcionarios

6 LCONCIO LARA SÁNCHEZ, PROCESOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA 33-34, 44-51, (1ª ed., 1991).

judiciales al artículo 2452 del Código Civil y el inciso 3° del numeral 1° del artículo 468 del Código General del Proceso a fin de no vincular al deudor original al proceso ejecutivo con garantía real que busca cancelar una deuda con un bien garantizado con hipoteca, prenda o garantía mobiliaria.

La interpretación efectuada por los funcionarios judiciales, encabezada por nuestra Honorable Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional se confrontará con la interpretación que se le debe dar al artículo 61 del Código General del Proceso, en concordancia con los principios de la economía procesal y acceso a la administración de justicia.

De acuerdo al artículo 61 del actual Código General del Proceso los litisconsortes necesarios, se presentan en aquellas situaciones donde existen dos o más personas que integran una parte, sea la ejecutante o ejecutada, en la que, estrictamente se requiere la presencia de todos ellos a fin que el juez pueda adoptar una decisión de fondo, por consiguiente, la parte ejecutada puede formular excepciones previas, fundamentándose en el numeral 9° del artículo 100 del Código General del Proceso, las cuales se deben presentar a través de un recurso de reposición contra el auto que libra mandamiento de pago (CÓD. GE. PRO., num. 3°, art. 442).

En síntesis, se confrontará la interpretación normativa de los artículos 2452 del Código Civil y inciso 3°, del numeral 1° del artículo 468 del Código General del Proceso contra el inciso 1° del artículo 61 de la misma obra procesal con los artículos 29 y 229 de la Constitución Política de Colombia.

III. Estado del arte.

Debe resaltarse que actualmente no existen muchas investigaciones relacionadas con la integración del litisconsorcio necesario en los procesos ejecutivos con garantía real, pues este tema ha sido desarrollado por la doctrina y por vía jurisprudencial, sin embargo, esta figura ha sido tratada con mayor amplitud en la doctrina,

toda vez que, existen pocas sentencias de las altas cortes abordando este tema. Sin embargo, para efectos prácticos se señalarán antecedentes de investigaciones relacionadas con el litisconsorcio necesario.

En primer lugar, el doctor Carlos Alberto Matheus López⁷ manifestó que esta figura se presenta cuando hay pluralidad de sujetos, ya que integren la parte demandante, demandada o ambos, donde la presencia de todos los sujetos es obligatoria por la naturaleza de la relación jurídico-sustancial que se debate, teniendo en consecuencia, su fundamento en las normas jurídico sustanciales. Así mismo, asegura que, en la doctrina alemana, el litisconsorcio necesario es entendido como un supuesto de igualdad de situaciones procesales, pues con ocasión a la relación jurídica que se presenta entre los legitimados, la decisión del funcionario judicial debe adoptarse en la misma sentencia.

El investigador considera que con ocasión a la relación jurídico-sustancial existente entre los sujetos procesales el pronunciamiento del funcionario judicial es uno solo en una misma sentencia, lo anterior por los siguientes fundamentos: *i)* Extensión de los efectos de la sentencia a terceros, *ii)* Naturaleza de la relación jurídico-sustancial e *iii)* Imposibilidad jurídica del pronunciamiento y física del cumplimiento, ante la concurrencia de algún litisconsorte.

El investigador colige que, los efectos de la cosa juzgada necesariamente se deben extender a terceros, la imposibilidad jurídica y física de la ausencia de algún litisconsorte.

Con base en lo anterior, se concluye que la idea principal del autor es informar que para la existencia del litisconsorcio necesario se requiere de varios presupuestos procesales, tales como la extensión de los efectos de la sentencia, debe existir una relación jurídico-sustancial entre los sujetos que integran una parte, sea demandante o demandado y, finalmente, el funcionario judicial

⁷ Carlos Alberto Matheus López, *Tratamiento procesal del litisconsorcio necesario*, 24 IUS ET VERITAS. 1, 19 (2002).

no puede pronunciarse sin la presencia de todos los sujetos procesales por la indivisibilidad de la relación jurídico-sustancial.

Debe resaltarse que esta investigación extranjera de Perú, tiene aspectos similares a la normativa colombiana, pues para el autor debe existir una relación jurídico-sustancial entre los sujetos procesales, tal como lo afirma los doctores Julián Camilo Guzmán Cano y Carlos David Mejía Álvarez⁸, así mismo, además de concurrir dicho presupuesto, agregó otro muy importante y que se desarrollará en nuestra investigación “los efectos de la sentencia se extiende a terceros”.

En segundo lugar, la doctora Laura María León Orozco⁹, Juez Civil en Costa Rica, manifiesta que, en la práctica jurídica, los juzgados obligan al demandante presentar la demanda no solo contra el propietario del bien afectado con la garantía real¹⁰ sino también contra el deudor¹¹, siendo para la investigadora, una práctica anti-técnica, pues el Código Civil de ese país dispone que el garante debe ser considerado como a un fiador, por ello, la figura del garante se encuentra regulada en las disposiciones normativas de la fianza.

Señala que la vinculación al deudor ha sido reiterada por la jurisprudencia, teniendo aceptación en la comunidad jurídica, a tal punto que el Proyecto del Código Procesal Civil propone convertirla en ley la integración del litisconsorcio necesario entre el garante y el deudor.

Finalmente, la investigadora llega a cuatro conclusiones: *i)* La existencia del litisconsorcio

necesario se debe porque así lo dispone la ley o por la naturaleza jurídica de la relación material, *ii)* El litisconsorcio necesario respecto del garante en el proceso hipotecario fue creado por el Tribunal Primero Civil de Costa Rica, quien no tuvo en cuenta que, aunque el garante haga parte de la relación jurídico material, no es necesario demandarlo, debido a que se encuentra regulado de la misma forma que el fiador, *iii)* La citada jurisprudencia es contraria a derecho, debe tenerse en cuenta que el artículo 1329 del Código Civil, dicha norma dispone que el garante debe ser citado al proceso no como litisconsorte necesario, sino para que haga valer sus derechos y, finalmente, *iv)* En la práctica jurídica el garante es vinculado al proceso no para hacer valer sus derechos, sino como litisconsorte necesario, vulnerándose lo dispuesto por el Código Civil de aquella Nación.

Se detalla que la idea principal de su investigación se centra en que la jurisprudencia de Costa Rica vulnera lo dispuesto por el artículo 1329 del Código Civil, atendiendo que, los despachos judiciales ordenan al demandante vincular al garante dentro del proceso hipotecario a fin de integre el contradictorio, cuando la citada norma dispone que debe citarse al proceso para que haga valer sus derechos.

Es fundamental conocer el tratamiento de la integración del contradictorio en los procesos ejecutivos con garantía real en las legislaciones foráneas, en este caso queda como aprendizaje que, en Costa Rica el garante, esto es, la persona que constituyó la hipoteca sobre el bien perseguido en el proceso, es tratado de la misma forma que al fiador.

En tercer lugar, en el año 2010, el doctor Luis Felipe Marín Charris¹² desarrolló una investigación titulada “El demandado en el proceso ejecutivo hipotecario”, siendo importante para la nuestra debido a que, es el tema que más se aproxima con lo estudiado. Según el doctor Marín, El

8 Julián Camilo Guzmán Cano & Carlos David Mejía Álvarez, *El litisconsorcio necesario: una institución equívoca en el derecho procesal administrativo*, 4 Revista CES DERECHO 80 (2013).

9 Laura María León Orozco, *La participación del garante en el proceso hipotecario: un litis consorcio innecesario*. 109 REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS. 79, 90 (2006).

10 Conocido en ese país como tercer poseedor, por ser la persona que adquirió el derecho real de dominio afectado con la hipoteca.

11 Conocido como garante-propietario, por ser la persona que constituyó el gravamen de hipoteca con respecto al inmueble que se pretende perseguir la garantía real, dentro del proceso ejecutivo.

12 Luis Felipe Marín Charris, *El demandado en el proceso ejecutivo hipotecario*, ACTUALIDAD Y FUTURO DEL DERECHO PROCESAL: PRINCIPIOS, REGLAS Y PRUEBAS. 119, 137 (2010).

doctor CHARRIS, apoyándose en el doctor JAIME AZULA CAMACHO¹³ asegura que, el litisconsorcio necesario solo es predicable en los procesos de conocimiento, descartándose en los procesos ejecutivos, toda vez que, el funcionario judicial utiliza el poder del Estado para cobrar una prestación que no ha sido satisfecha, siendo el principal objetivo del proceso ejecutivo la satisfacción de la obligación, dicho en otras palabras, el juez no va a decidir sobre un derecho que se encuentre en controversia.

El investigador manifiesta que es factible para el juez, tratándose de obligaciones conjuntas, divisibles e indivisibles integrar el contradictorio, puesto que se puede exigir por cada uno de los acreedores o contra cada uno de los deudores. Sin embargo, en caso que el propietario del bien afectado con la garantía real sea diferente al deudor, se aplica la sustitución procesal, la cual opera *ipso iure*, en este sentido, el tercer adquirente¹⁴ no tiene ninguna limitación al momento de formular las respectivas excepciones de mérito, pudiendo ser estas tanto reales como personales. Para el autor no es posible integrar el contradictorio en los procesos ejecutivos donde se persigue la garantía real, pues este proceso no se está discutiendo la existencia del derecho, no existe incertidumbre, por lo tanto, entre el deudor y el propietario del bien afectado con garantía real no existe litisconsorcio necesario sino facultativo.

En síntesis, según el autor, en los procesos ejecutivos con garantía real no se pueden vincular al deudor dentro proceso que se persigue la garantía real debido a que la naturaleza del proceso no es declarar la existencia de una obligación, sino usar el poder coercitivo del Estado a fin de satisfacer la obligación que se encuentra insoluta.

Es importante analizar las posturas de otras investigaciones que tengan un punto de

13 2JAIME AZULA CAMACHO, MANUAL DE DERECHO PROCESAL: PARTE GENERAL 66-67 (9ª ed., 2018).

14 Conocido también como el propietario del bien afectado con garantía real que ha sido demandado dentro del proceso ejecutivo con garantía real.

vista diferente al nuestro, a fin de conocer los argumentos de la doctrina para defender la tesis que el deudor no debe ser vinculado al proceso. Esta posición, se advierte que, es la misma adoptada por el doctor JAIME AZULA CAMACHO¹⁵.

En cuarto lugar, los doctores Julián Camilo Guzmán Cano y Carlos David Mejía Álvarez¹⁶, desarrollaron un tema investigativo llamado “El litisconsorcio necesario: una institución equívoca en el derecho procesal administrativo”, donde afirman que, que el litisconsorcio necesario es una forma de vinculación al proceso, pues una determinada persona integra a una de las partes, sea la demandada o el demandante¹⁷, con el objeto de tener una sentencia de mérito. Sostienen que, el litisconsorcio debe diferenciarse del “tercero interviniente”, dado que este no hace parte de la relación jurídico-sustancial que se debate en el proceso.

En forma general, afirman que el concepto de litisconsorcio necesario no se maneja con plena lucidez en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, contrastando con la jurisdicción ordinaria, y esto se debe, según los autores, a las pretensiones de la demanda que, por regla general son de nulidad y restablecimiento del derecho. Para los autores, el litisconsorcio necesario tiene su fundamento en el derecho sustancial, por ello la norma procesal exige la presencia de todos los sujetos procesales, por otro lado, consideran que el tratamiento legislativo del litisconsorcio necesario es anti-técnico, que merece ser reformado, debido a que, en materia administrativa, todas las intervenciones son necesarias.

Los autores coligen que se deben aplicar las disposiciones normativas de la codificación civil,

15 2JAIME AZULA CAMACHO, MANUAL DE DERECHO PROCESAL: PARTE GENERAL 66-67 (9ª ed., 2018).

16 Julián Camilo Guzmán Cano & Carlos David Mejía Álvarez, *El litisconsorcio necesario: una institución equívoca en el derecho procesal administrativo*, 4 CES DERECHO. 1, 12 (2013)

17 Debe resaltarse que esta investigación se realizó en materia contenciosa administrativa, por lo tanto, no puede hablarse de ejecutante y ejecutado que solo se predica en los procesos ejecutivos.

puesto que se encuentran mejor reguladas. Por consiguiente, la idea principal se sintetiza que no existe una definición lúcida del litisconsorcio necesario en materia de lo contencioso administrativo, por lo tanto, debe acudir a las normas adjetivas civiles, pues no existe tampoco avance por vía jurisprudencial que clarifique la aplicación de esta figura que, a la vez, se confunde con la intervención de terceros, los cuales, estos no tienen ninguna relación jurídico-sustancial con las partes.

Finalmente, se advierte que, esta investigación concuerda con la nuestra, en afirmar que la integración del contradictorio no se basa netamente de una relación jurídico-procesal, sino que debe mediar una relación de índole sustancial, en la cual, el legislador obliga a los jueces vincular aquellas personas que hagan parte de la susodicha relación.

Por último y en quinto lugar, la doctora Jazmín Alejandra Piedrahita Cardona¹⁸ desarrolló una investigación a la que denominó “Obligatoriedad de vincular al litisconsorte necesario en el proceso laboral y de la seguridad social” la cual se encuentra dividida en tres enfoques, el primero consistente en los principios que se transgreden con la falta de integración del contradictorio, el segundo el litisconsorcio necesario en la pensión de sobrevivientes y, el tercero, las consecuencias jurídicas de la no vinculación del litisconsorcio necesario cuando debía integrarse en tal calidad.

Con relación al primer ítem, asegura la investigadora que, al no vincularse el contradictorio, se vulneran principios constitucionales como al debido proceso, pues este debe ser aplicado en actuaciones judiciales y administrativas (CONST. POL. COL., art. 29,), así como el principio de la defensa y contradicción, el cual abre la posibilidad de intervenir en el proceso a fin de no obtener una sentencia inhibitoria o violatoria de derechos fundamentales.

Con relación al segundo ítem, la investigadora señala que, el litisconsorcio necesario regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso se predica en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por consiguiente, las situaciones en la cual se integra el litisconsorcio necesario no se encuentran de forma taxativa, simultáneamente, la autora explica la aplicación de este principio en casos específicos en materia laboral, tales como en la pensión de sobrevivientes solicitada por el padre o la madre, concurrencia de cónyuge y compañera/o permanente, y la vinculación de la aseguradora en materia de pensión de sobreviviente.

Finalmente, con relación al último ítem, asegura la investigadora que, de no integrarse el contradictorio cuando debía hacerse se vulnera el principio constitucional a la legítima defensa, pues se estaría privando a la persona de ser oída, vulnerando el artículo 29 de la Carta Política.

De lo anterior, se extrae que la idea principal de la autora se sintetiza que, no integración del litisconsorcio necesario vulnera derechos fundamentales al debido proceso, legítima defensa regulados por el artículo 29 de la Constitución Política.

Esta investigación se encuentra enfocada en la integración del contradictorio en casos de pensión de sobrevivientes, predicable en materia laboral, no aplicable, en los procesos ejecutivos con garantía real, sin embargo, de dicha investigación se extrae una información valiosa para la presente investigación, y es que el artículo 61 del Código General del Proceso, norma reguladora del litisconsorcio necesario no predica en qué situaciones se aplica esta figura, por lo tanto, las situaciones que se aplica esta figura no son taxativas, así las cosas, es deber del funcionario judicial, realizar un raciocinio a fin de verificar si realmente se debe o no integrar el litisconsorcio, reuniendo los presupuestos que consagra la norma en cita.

18 Jazmín Alejandra Piedrahita Cardona, *Obligatoriedad de vincular al litisconsorte necesario en el proceso laboral y de la seguridad social*, 19 UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA 1-19 (2020).

IV. Marco teórico.

En este ítem se estudiarán varios aspectos a tener en cuenta *i)* Definición del litisconsorcio necesario, *ii)* Integración del litisconsorcio necesario en los procesos ejecutivos con garantía real en la doctrina, e, *iii)* Integración del litisconsorcio necesario en los procesos ejecutivos con garantía real para los funcionarios judiciales.

4.1. Definición del litisconsorcio necesario.

A partir de los artículos 53 y siguientes del Código General del Proceso se regula lo concerniente a las partes, terceros y los apoderados judiciales. Cabe resaltar que, las partes en materia de procesos ejecutivos están conformada por el ejecutante, quien es la persona natural o jurídica que formula una demanda a fin de satisfacer una obligación clara, expresa y actualmente exigible, mientras que, la parte ejecutada, es la persona natural o jurídica llamada a satisfacer esa obligación contenida en un título ejecutivo¹⁹. La doctrina moderna, define a la parte *“aquel que interviene en el proceso reclamando un derecho para sí o para un tercero”*²⁰⁻²¹. Ahora

19 JORGE PARRA BENÍTEZ, DERECHO PROCESAL CIVIL 627-628 (2ª ed., 2021).

20 2 JAIME AZULA CAMACHO, MANUAL DE DERECHO PROCESAL: PARTE GENERAL 66-67 (9ª ed., 2018).

21 Se debe aclarar que, según el doctor JORGE PARRA BENÍTEZ solo existe una situación en la cual se puede reclamar un derecho a favor de un tercero, este evento se predica para la agencia oficiosa. Dicha figura se encuentra regulada en el artículo 57 del Código General del Proceso consistente en que una persona puede contestar demanda o formularla a nombre de otra, sin mediar poder, siempre y cuando la que se encuentre legitimada por activa o pasiva se encuentre impedido, para la prosperidad de la agencia oficiosa, la norma exige al actor prestar caución dentro de los 10 días siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda, sin embargo, la parte deberá ratificarse de la demanda dentro de los 30 días, so pena de decretarse la terminación del proceso, y en caso de hacer antes del vencimiento de los 10 días siguientes a la notificación del auto admisorio, el agente oficioso se eximirá de prestar la caución (Parra Benítez, 2021).

Por otro lado, en el caso del demandado, el agente oficioso debe contestar la demanda alegando dicha situación, y una vez venza el término de traslado, el funcionario judicial ordenará suspender el proceso por el término de 30 días a fin que la parte

bien, cabe agregar que, cuando una parte, sea la ejecutante, ejecutada o ambas está compuesta por una sola persona la doctrina lo llama como *simple*, mientras que, cuando está compuesta por dos o más personas lo denomina *plural*²², en este último evento, es lo que se conoce como litisconsorcio, propiamente dicho, es decir, cuando una parte, sea la ejecutante, ejecutada o ambas están compuestas por dos o más personas sean naturales o jurídicas, agregando que, de acuerdo al artículo 53 del Código General del Proceso las partes también pueden ser patrimonios autónomos y los concebidos (*ibídem*).

Atendiendo que ya se tiene claridad sobre qué es un litisconsorcio de forma general, podemos estudiar qué se entiende por litisconsorcio necesario, dicha figura se encuentra regulada por el artículo 61 del Código General del Proceso, que a su tenor dispone lo siguiente:

Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

realice la ratificación, so pena de no tenerse por contestada la demanda, así mismo, en la misma providencia, el juez deberá ordenar al agente oficioso presentar caución dentro del término de 10 días, que se cuenta a partir del siguiente a la notificación por estado, sin perjuicio que el proceso se encuentre suspendido (Parra Benítez, 2021).

22 1 JAIME AZULA CAMACHO, MANUAL DE DERECHO PROCESAL: TEORÍA GENERAL DEL PROCESO 247 (11ª ed., 2019).

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio²³. (Subraya y cursivas fuera del texto).

Como se puede observar del primer inciso de la citada norma, se debe integrar el litisconsorcio necesario cuando la controversia haya que resolverse de forma uniforme y esta no se pueda decidir sin la concurrencia de las personas que hayan intervenidos en dichas relaciones o actos jurídicos²⁴. Por otro lado, teniendo en cuenta que la ley no define el litisconsorcio necesario, ha sido labor de la doctrina otorgarle un significado.

En primer término, el doctor JAIME AZULA CAMACHO, señala que el litisconsorcio necesario es predicable a aquellas situaciones donde la relación jurídica material entre el extremo activo o pasivo de una parte era inescindible. Del mismo modo, advierte que en aquellos eventos en los que solo concurre una parte que es titular de la relación jurídica material, era menester citar a aquellos que no han comparecido al proceso²⁵.

Por otro lado, el doctor JORGE PARRA BENÍTEZ, indica que el litisconsorcio necesario se encuentra regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso, proviniendo de una relación jurídico sustancial unitaria entre dos o más personas que componen una parte, sea la demandante o la demandada. Recalca que esta titularidad de la relación sustancial puede provenir sobre actos

jurídicos, por la naturaleza jurídico sustancial o por disposición legal, por ello, era menester que todos los partícipes de dichos actos comparezcan al proceso para hacer valer sus intereses²⁶.

En este sentido, se puede realizar las siguientes conclusiones a fin de poder entender en qué situaciones se presenta el litisconsorcio necesario.

En primer lugar, la integración del litisconsorcio tiene su origen de una relación jurídico-sustancial que puede provenir de la ley o a través de un acto o negocio jurídico. Cabe resaltar que existen varios autores que apoyan la teoría que la integración del litisconsorcio necesario se debe a una relación jurídico-sustancial, tales como los doctores JULIÁN CAMILO GUZMÁN CANO y CARLOS DAVID MEJÍA ÁLVAREZ²⁷, CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ²⁸ y JORGE PARRA BENÍTEZ²⁹.

En segundo lugar, la integración del litisconsorcio necesario es de origen legal cuando la ley expresamente obliga al dirigir la demanda contra determinadas personas o presentada por determinadas personas. El doctor JORGE PARRA BENÍTEZ a título de ejemplo cita los siguientes procesos *i*) Proceso de servidumbre debe citarse a todas las personas que aparezcan como titulares de derechos reales principales sobre el predio sirviente o dominante, *ii*) En los procesos de expropiación también debe dirigirse la demanda contra los titulares de derechos reales principales sobre el bien objeto de litigio, *iii*) Procesos de deslinde y amojonamiento; al igual que los anteriores, debe dirigirse contra todos los titulares de derechos reales principales, *iv*) En los procesos divisorios; la demanda debe dirigirse contra todos los comuneros, *v*) En los procesos declarativos de resolución del contrato de compraventa la

23 CÓD. GE. PRO., art. 61.

24 *Ibidem*.

25 2 JAIME AZULA CAMACHO, MANUAL DE DERECHO PROCESAL: PARTE GENERAL 66 (9ª ed., 2018).

26 JORGE PARRA BENÍTEZ, DERECHO PROCESAL CIVIL 129-130 (2ª ed., 2021).

27 Julián Camilo Guzmán Cano & Carlos David Mejía Álvarez, *El litisconsorcio necesario: una institución equívoca en el derecho procesal administrativo*, 4 Revista CES DERECHO 80 (2013).

28 Carlos Alberto Matheus López, *Tratamiento procesal del litisconsorcio necesario*, 24 Revista IUS ET VERITAS 69-71 (2002).

29 JORGE PARRA BENÍTEZ, DERECHO PROCESAL CIVIL 129-130 (2ª ed., 2021).

sentencia debe cobijar a todos los contratantes y, vi) En los procesos de sucesión debe demandarse a todos los herederos³⁰.

En tercer lugar, los efectos de la sentencia se aplican a todos, pues como lo señala el doctor CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ³¹, el juez debe valorar si la sentencia produce efectos contra terceros a fin de citarlos al proceso y puedan ejercer su derecho a la legítima defensa y contradicción, como lo dispone el artículo 29 de la Constitución Política. Esta labor se caracteriza por ser una labor intelectual y se debe aplicar raciocinio a fin de no vulnerar derechos fundamentales tales como debido proceso, contradicción, legítima defensa, y acceso a la justicia, dicha posición es reiterada por la doctora JAZMÍN ALEJANDRA PIEDRAHITA CARDONA³².

En cuarto y último lugar, debe advertirse que, las situaciones en las que se integran el litisconsorcio necesario no son taxativas, pues el mismo artículo 61 del Código General del Proceso hace la precisión que cuando por la naturaleza de la relación o acto jurídico debe resolverse de manera uniforme, el juez debe hacer comparecer a todos los que intervienen en dicha situación, es decir, este principio va ligado con el previamente explicado, pues el juez debe estudiar si la sentencia produce efectos a terceros, a fin de citarlos al proceso. Debe recordarse que la doctora PIEDRAHITA CARDONA determinó que no existe una norma explícita que reglamente en qué situaciones se debe integrar el contradictorio³³, que puede ser ya sea la parte ejecutante o la parte ejecutada.

4.2. Integración del litisconsorcio necesario en los procesos ejecutivos con garantía real en la doctrina.

La doctrina no tiene un criterio uniforme para optar si existe litisconsorcio necesario en los procesos ejecutivos con garantía real cuando el bien ha sido vendido o cedido a un tercero, por lo tanto, estudiaremos varias posiciones de autores reconocidos.

4.2.1. Jaime Azula Camacho³⁴.

El doctor CAMACHO plantea dos situaciones fácticas, la primera, cuando el propietario del bien afectado con el gravamen lo enajena a un tercero y el segundo caso es cuando el propietario del bien lo grava con prenda o hipoteca a fin de garantizar una deuda ajena. Para el jurista en ambas situaciones la demanda debe dirigirse solo contra el actual propietario del bien, aplicándose exclusivamente lo dispuesto por el inciso 3° del numeral 1° del artículo 468 del Código General del Proceso.

El doctor CAMACHO descarta de plano tener que vincular al proceso al deudor original, por varias razones.

En primer lugar, el litisconsorte necesario tiene su origen de la indivisibilidad de la relación jurídico-material entre varios sujetos procesales, situación que, no se predica para los procesos ejecutivos, pues solo se aplica en los procesos declarativos verbales, donde el derecho que se discute es incierto y le corresponde al juez declarar la existencia del mismo a través de una providencia judicial³⁵.

En segundo y último lugar, tampoco opera el litisconsorte necesario porque la situación del deudor y del propietario del bien es

30 *Ibidem*.

31 Carlos Alberto Matheus López, *Tratamiento procesal del litisconsorcio necesario*, 24 Revista IUS ET VERITAS 66-69 (2002).

32 Jazmín Alejandra Piedrahita Cardona, *Obligatoriedad de vincular al litisconsorte necesario en el proceso laboral y de la seguridad social*, 19 UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA 3-6 (2020).

33 Jazmín Alejandra Piedrahita Cardona, *Obligatoriedad de vincular al litisconsorte necesario en el proceso laboral y de la seguridad social*, 19 UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA 14-16 (2020).

34 JAIME AZULA CAMACHO, MANUAL DE DERECHO PROCESAL: PROCESOS EJECUTIVOS 249-252 (7ª ed., 2022).

35 JAIME AZULA CAMACHO, MANUAL DE DERECHO PROCESAL: PARTE GENERAL 66-67 (9ª ed., 2018).

independiente, contra el primero solo se ejerce la acción personal y contra el segundo la acción real, la cual se caracteriza porque se persigue el bien en manos de quien esté de acuerdo a lo establecido por el artículo 2452 del Código Civil, así mismo, refiere el doctor CAMACHO que la relación jurídico-material no se debe predicar entre los sujetos que integran una parte, sino con relación con la contraparte, por consiguiente, es desvirtuarle la integración del litisconsorcio.

4.2.2. *Hernán Fabio López Blanco*³⁶.

En caso que el bien afectado con el gravamen sea vendido a un tercero, o en el caso que el bien sea utilizado para garantizar una deuda ajena, debe ser obligatoriamente vinculado al proceso ejecutivo. El doctor LÓPEZ BLANCO expone 12 razones por la cual debe citarse al deudor, sin embargo, nosotros expondremos las razones más relevantes, las cuales las concretamos en seis razones, a saber.

En primer lugar, para el doctor LÓPEZ BLANCO la prenda e hipoteca son derechos reales accesorios de garantía, la existencia de estos derechos depende de una obligación principal, la cual se encuentra asegurada con las susodichas garantías, por consiguiente, si el derecho principal se extingue, los derechos accesorios corren con la misma suerte.

En segundo lugar, para el autor, es un despropósito jurídico adelantar un proceso para hacer efectiva la garantía real sin realizar el pago de la obligación, manifiesta que existe una íntima relación entre la obligación principal y la garantía real, toda vez que ambas se debaten en un mismo proceso.

En tercer lugar, la demanda ejecutiva con garantía real tiene dos finalidades: *i)* La efectividad de la obligación que no ha sido satisfecha por el deudor y, *ii)* La venta en pública subasta el bien dado en garantía real, por lo tanto, para el jurista,

la demanda debe reunir los requisitos de la demanda ejecutiva y los requisitos de la demanda ejecutiva con garantía real, en este sentido, debe ir dirigida contra el deudor y contra el titular del derecho real de dominio según lo dispone el certificado de Instrumentos Públicos.

En cuarto lugar, el litisconsorcio necesario es una figura jurídica regulada actualmente por el artículo 61 del Código General del Proceso, dicha norma es aplicable a todos los procesos, no solo a los declarativos, pues no debe confundirse el litisconsorcio con la intervención adhesiva o coadyuvancia, estas últimas sí son aplicables solo a los procesos de conocimientos. Así mismo, el doctor LÓPEZ BLANCO se apoya en la teoría del doctor RAMIRO BEJARANO³⁷, en sostener que el litisconsorcio necesario puede ser de dos clases: *i)* Propio; cuando así lo dispone la ley, *ii)* Impropio; es la exigencia que surge en el proceso por la relación material entre los sujetos procesales, tal como se presenta entre el deudor y el propietario del bien, en el proceso ejecutivo que se persigue la garantía real.

En quinto lugar, según el doctor LÓPEZ BLANCO, no se puede lograr la efectividad de la garantía real por el solo hecho de haberse constituido una prenda o hipoteca sobre un bien, necesariamente debió incumplirse la obligación. En este sentido, entre el deudor y el propietario del bien, existe una relación que por su naturaleza no puede ser decidida sin la presencia de dos titulares, en este caso, el deudor y el titular del derecho real de dominio, siempre y cuando no coincida en la misma persona.

En sexto y último lugar, se debe obligatoriamente vincular al deudor para así evitar perjuicios, toda vez que, para el doctor LÓPEZ BLANCO debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 2453 del Código Civil, dicha norma dispone que: *“será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella”*, por consiguiente, no es posible que el propietario del bien gravado con garantía

36 HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO PARTE ESPECIAL, 561-570 (2ª ed. 2018).

37 RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, APUNTES PARA UNA TEORÍA DE LOS TERCEROS, 41 (1ª ed., 1980).

real subroge el acreedor, atendiendo que el deudor no compareció al proceso. El funcionario judicial solo puede adoptar una decisión de fondo cuando el propietario del bien y el deudor son partes procesales, de lo contrario, el ejercicio de contradicción del propietario del bien se enervaría.

4.2.3. *Ramiro Bejarano Guzmán*³⁸.

Para el doctor RAMIRO BEJARANO la demanda debe formularse contra el actual propietario del bien gravado con la garantía real, esto es, la hipoteca o la prenda. En caso que la titularidad del dominio mute al momento de la presentación de la demanda y la inscripción de la medida de embargo, el registrador de instrumentos públicos deberá informarle al funcionario judicial que, la medida de embargo se encuentra inscrita. En este sentido, para el jurista, se debe sustituir el ejecutado con el actual propietario del bien. Ahora, en caso que el deudor sea la persona que haya constituido la garantía real, y esta persona venda el bien a un tercero, se debe la demanda dirigir contra este tercero, sin necesidad de vincular al deudor al proceso, pues no existe litisconsorcio necesario entre el deudor y el propietario del bien.

4.2.4. *Jorge Parra Benítez*³⁹.

Para el Doctor PARRA BENÍTEZ la demanda debe dirigirse contra el actual propietario del bien por lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 468 del Código General del Proceso, por lo tanto, cuando el bien gravado con la garantía ha sido cedido a un tercero, la demanda debe ser dirigida contra este último, y el registrador de instrumentos públicos deberá inscribir la medida de embargo sin importar esta situación por lo ordenado por el artículo 2452 del Código Civil. En este sentido, para el doctor PARRA BENÍTEZ, se aplica en este evento

una “sustitución del demandado en el proceso para la efectividad de la garantía real”.

Se puede colegir que para el doctor PARRA BENÍTEZ no se debe vincular al deudor original, atendiendo que, cuando se ha cedido el bien afecto con garantía real el ejecutado se sustituye de forma oficiosa, por ejemplo, C es propietario de un inmueble que se encuentra registrado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, sin embargo, lo afecta con una hipoteca sin límite de cuantía a favor de un banco a fin de respaldar un crédito de 200 millones de pesos incorporados en un título valor. Posteriormente, C vende el inmueble a M, y no cumple la obligación pactada en el título valor. En caso que el banco promueva un proceso ejecutivo con garantía real, para el doctor PARRA BENÍTEZ, M sustituye oficiosamente a C, por el hecho de ser la actual propietaria del inmueble afectado con la garantía real.

4.3. Integración del litisconsorcio necesario en los procesos ejecutivos con garantía real para los funcionarios judiciales.

4.3.1. *Corte Constitucional.*

Mediante Sentencia C-192 de 1996 la Corte Constitucional⁴⁰ resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano J.L.P.A. contra el inciso tercero del artículo 554 del Código de Procedimiento Civil⁴¹, dicha norma preceptuaba lo siguiente:

40 C.C., 8 de mayo de 1996, Sentencia C-192 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía.

41 Actualmente esta norma fue derogada por el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), sin embargo, debe advertirse que, el proceso ejecutivo hipotecario fue reemplazado por el proceso ejecutivo con garantía real, regulado por el artículo 468 de la norma antes citada. Debe resaltarse que, a pesar que el artículo 554 del Código de Procedimiento Civil se encuentra derogado, el artículo 468 se encuentra redactado similar, pues también exige que la demanda sea presentada contra el propietario del bien que se encuentra afecto con el gravamen

38 Ramiro Bejarano Guzmán, Capítulo 19 - Proceso Ejecutivo (IV), (julio 24, 2018), <https://www.youtube.com/watch?v=jYqtYplmI58&list=WL&index=5>

39 JORGE PARRA BENÍTEZ, DERECHO PROCESAL CIVIL 689-691 (2ª ed., 2021).

La demanda para el pago de una obligación en dinero con el solo producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, además de cumplir los requisitos de toda demanda ejecutiva, deberá indicar los bienes objeto de gravamen.

A la demanda se acompañará título que preste mérito ejecutivo, así como el de la hipoteca o prenda, y si se trata de aquella un certificado del registrador respecto de la propiedad del demandado sobre el bien inmueble perseguido y los gravámenes que lo afecten, en un período de veinte años si fuere posible. Cuando se trate de prenda sin tenencia, el certificado deberá versar sobre la vigencia del gravamen. El certificado que debe anexarse a la demanda debe haber sido expedido con una antelación no superior a un (1) mes.

La demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble, la nave o la aeronave materia de la hipoteca o de la prenda. (CÓD. PRO. CI., art. 554.). (Cursivas y subrayas fuera del texto).

Para el demandante el inciso tercero del artículo 554 del Código de Procedimiento Civil, redactado de igual forma que el inciso tercero, del numeral 1° del artículo 468 del Código General del Proceso, vulnera los derechos a la legítima defensa, a la participación de todos en las decisiones que los afectan, la primacía de los derechos inalienables de las personas, a no ser sometidos a tratos degradantes y acceso a la administración de justicia⁴².

El Alto Tribunal al estudiar la constitucionalidad de la norma antes citada, tomó de referencia al doctor CÉSAR GÓMEZ ESTRADA⁴³, en el sentido que consideraron a la hipoteca como una garantía de índole real, permitiendo el acreedor hipotecario embargar y rematar el bien sin importar quién tenga la titularidad del derecho real de dominio,

real, siendo esta situación en particular objeto de estudio en la presente investigación.

42 C.C., 8 de mayo de 1996, Sentencia C-192 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía.

43 CÉSAR GÓMEZ ESTRADA, DE LOS PRINCIPALES CONTRATOS CIVILES 462 (2ª ed., 1987).

pues esta garantía fue diseñada para garantizar el pago de un crédito que no ha sido satisfecho. Por consiguiente, para la Corte, el acreedor tiene dos derechos, persecución y de preferencia.

Con relación al derecho de persecución, la Corte afirma que se encuentra regulado por el artículo 2452 del Código Civil, dicha norma dispone que, el acreedor puede perseguir el bien en manos de quien se encuentra, mientras que el derecho de preferencia, fundamentándose en el libro del doctor GÓMEZ ESTRADA⁴⁴, sostiene que con el producto de la venta del inmueble dado en garantía se destina el pago al crédito insoluto, sin perjuicio de la prelación de créditos de primera clase regulada por el artículo 2495 y siguientes del Código Civil.

Para la Corte Constitucional la demanda ejecutiva con garantía real debe dirigirse contra el propietario del bien gravado con hipoteca o la prenda, debido a que, el acreedor tiene dos acciones, la primera es la personal, la cual solo va dirigida contra el deudor y la segunda la real, dirigida contra el propietario del bien afecto con la garantía real, sin embargo, en caso que el acreedor quiera ejercer ambas acciones, tanto la real como la personal, la demanda deberá dirigirla contra el propietario del bien y contra el deudor.

Con relación al tercer poseedor del bien gravado con la garantía real, resalta la Corte que se pueden presentar tres situaciones, *i)* Cuando el propietario del bien gravado con la garantía real paga la deuda insoluta, *ii)* Cuando el bien afecto es embargado y rematado para pagar el crédito insoluto y, *iii)* Cuando el bien ha sido hipotecado para respaldar una deuda ajena.

En el primer evento, según el Alto Tribunal Constitucional, opera la subrogación prevista en el numeral 2° del artículo 1668 del Código Civil, esto significa que, los derechos del acreedor se subrogan al *solvens*, por lo que, este último podrá ejercer las acciones pertinentes contra el deudor, procediendo las reales y las personales,

44 CÉSAR GÓMEZ ESTRADA, DE LOS PRINCIPALES CONTRATOS CIVILES 466 (2ª ed., 1987).

de acuerdo a la situación fáctica⁴⁵, en el segundo evento, para la Corte, opera la subrogación establecida en el artículo 2453 del Código Civil, pudiendo el propietario del bien, promover un proceso contra el deudor a fin de obtener una indemnización compensatoria con ocasión al remate del bien dentro del proceso ejecutivo, incluyendo en dicha indemnización las mejoras que se hayan efectuado en el bien afectado con la garantía real y, en el último evento, para el Órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, se aplica la subrogación reglamentada en el artículo 2454 del Código Civil, esto es, se aplican las mismas reglas del artículo 2453 del Estatuto Civil.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, para la Corte Constitucional no se quebranta el derecho a la defensa del propietario del bien cuando se promueve el proceso ejecutivo con garantía real, toda vez que, para el Alto Tribunal, el deudor no es parte procesal. El artículo 554 del Código de Procedimiento Civil disponía que la demanda debe dirigirse contra el actual propietario⁴⁶, así mismo, el ejecutado puede proponer todas las excepciones establecidas en la ley, tanto las reales como las personales, por consiguiente, la Corte declaró exequible el inciso 3º del artículo 554 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, debe resaltarse que, en el año 1997 el ciudadano L.V.T. demandó el artículo 554 del Código de Procedimiento Civil, porque vulneraba los artículos 58, 228 y 229 de la Constitución Política. A juicio del demandante, la norma en cita daba a entender que se limitaba al acreedor hacer efectivo el pago de la obligación con la garantía real solo con el producto del remate del bien gravado, así mismo, cuestiona la citada norma en el sentido que, considera que no existe la posibilidad de adelantar un proceso ejecutivo singular con la finalidad de pagar el saldo insoluto. Una vez estudiada la demanda, la Corte realiza un

análisis del derecho real de hipoteca, coligiendo una vez más que, el acreedor tiene la facultad de escoger la acción real y la personal, pudiendo ejercerlas simultáneamente, así mismo, desarrolló el derecho de preferencia y persecución de los bienes que son gravados con la garantía real⁴⁷.

4.3.2. Corte Suprema de Justicia.

Para el Órgano de cierre de la justicia ordinaria, no se debe vincular al deudor dentro del proceso ejecutivo con garantía real debido a que, el acreedor tiene la facultad de escoger a quién ejecuta en virtud del principio de la solidaridad, de igual forma, advierte que entre el deudor y el propietario del bien no son litisconsortes necesarios, porque la responsabilidad de cada uno es independiente, por lo tanto, pueden ser debatidas procesalmente sin que el otro esté presente en el proceso, finalmente, advierte el Alto Tribunal que puede suceder que el propietario del bien afectado con la garantía real, transfiera a un tercero la titularidad del derecho de dominio, en este caso, se presentan dos situaciones, contra el propietario del bien, solo procede la acción real, conllevando consigo que puede ser demandado dentro del proceso ejecutivo a fin de rematar el bien y pagar el crédito no satisfecho, y contra el deudor, solo procede la acción real, pudiendo embargar bienes propios del deudor, a fin de pagar el saldo insoluto⁴⁸.

4.3.3. Consejo de Estado.

En sentencia de fecha 5 de marzo de 2021, el Órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoció de un proceso de acción de reparación directa contra la Nación – Rama Judicial con ocasión a que el propietario de un bien afectado con garantía real fue demandado dentro de un proceso ejecutivo con garantía real el cual respaldó la deuda de un tercero (este no

45 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ & EDUARDO OSPINA ACOSTA, RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES 363-365 (8ª ed., 2020).

46 Recuérdese que el artículo 468 del Código General del Proceso está redactado de la misma forma.

47 C.C., 19 de agosto de 1997, Sentencia C-383 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

48 C.S.J., Sala Casación Civil, 15 de julio de 2015, STC9158 de 2015, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

fue demandado). Por reparto correspondió al Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito Judicial de Bogotá, el cual declaró probada las excepciones de mérito formulada por la parte ejecutada, consistente en la prescripción, sin embargo, en sede de apelación, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial revocó la decisión adoptada por el *A-quo*, y, por consiguiente, ordenó seguir adelante la ejecución y ordenó rematar el bien gravado con la hipoteca.

En virtud de lo anterior, el Consejo de Estado estudió si es o no procedente vincular al deudor dentro del proceso ejecutivo con garantía real que se adelanta contra el propietario del bien gravado con hipoteca, coligiendo que, no es necesaria la vinculación del mismo puesto que, el derecho real de hipoteca lo confiere al acreedor perseguir el bien sin importar sobre quien recae el ejercicio del derecho real de dominio, exceptuando en los casos que el bien haya sido adquirido en subasta pública. Por lo tanto, para el Alto Tribunal, la demanda debe dirigirse solo contra el propietario del bien afectado con la garantía real, sin embargo, en caso que el acreedor opte por ejercer la acción real, deberá dirigirla contra el deudor directamente⁴⁹.

V. ¿Se debe vincular al deudor al proceso ejecutivo donde se persigue la garantía real?

Como se indicó en la parte introductoria de este artículo de reflexión, se pretende responder si se debe vincular al deudor dentro del proceso ejecutivo con garantía real cuando se ha formulado demanda contra el titular del derecho real de dominio, en su defecto, el proceso puede tramitarse solo contra el propietario del bien afectado con el gravamen. A este interrogante, se advierte de entrada que, efectivamente se debe

vincular al deudor original por las siguientes razones.

Previo a explicar las razones que se debe vincular al deudor, debemos contextualizarnos con dos situaciones fácticas. La primera tenemos que *A* es propietario de un inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 123-4567 debidamente inscrito en la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos, posteriormente, *A* adquiere un crédito por el valor de 200 millones de pesos colombianos y para garantizar su pago, constituye hipoteca abierta sin límite de cuantía sobre el inmueble antes referido, sin embargo, a los dos años, transfiere a título de venta el inmueble afectado con la garantía real a *B*, sin haberse cancelado la deuda. En el segundo evento tenemos que *A* quiere adquirir un crédito con una entidad bancaria por el valor de 200 millones, sin embargo, no tiene bienes para garantizar su pago, así que, *B*, ofrece su inmueble a fin de gravarlo con hipoteca, con el objeto de respaldar una deuda ajena.

Partiendo de las anteriores situaciones fácticas, entremos a explicar las razones por la cual se debe vincular al deudor dentro del proceso ejecutivo con garantía real.

En primer lugar, debemos partir del litisconsorte necesario, regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso, el cual establece lo siguiente: *“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas”* (CÓD. GE. PRO., art. 61.), en este sentido, se observa lo siguiente. El litisconsorte necesario se debe integrar por dos razones, *i)* Cuando la ley así lo dispone y, *ii)* Por la naturaleza de la relación sustancial. En el caso bajo estudio, solo nos interesa desarrollar la segunda situación, pues la primera no amerita discusión.

La norma expresamente consagra que cuando el proceso verse sobre un acto jurídico respecto del cual, por su naturaleza deba resolverse de

49 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C, 5 de marzo de 2021, 25000-23-36-000-2013-00639-01, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

forma uniforme, se debe integrar el contradictorio sobre aquellas personas que intervinieron en la creación de dichos actos jurídicos. Así las cosas, debemos saber qué es un acto jurídico, a fin de conocer en qué situaciones se debe integrar el contradictorio.

Los doctores GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ & EDUARDO OSPINA ACOSTA manifiestan que acto jurídico o también conocido como negocio jurídico, *“es la manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos”*⁵⁰, consecuentemente, para la constitución de un acto jurídico, se requieren de dos elementos: *i)* Que una o más personas manifiesten su intención de contraer una obligación, y *ii)* Que la intención de esas personas sea que el acto jurídico produzca plenos efectos jurídicos, por lo tanto, para las personas poder obligarse, se debe reunir los presupuestos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil, *i)* Ser legalmente capaz, *ii)* Que el consentimiento no adolezca de vicios, *iii)* Debe recaer sobre un objeto lícito y, *iv)* Debe tener una causa lícita. A su vez, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

La obligación principal, por regla general es dineraria, incorporada en un título valor o un contrato de mutuo con interés, el cual obligatoriamente, para su constitución, debe reunir los presupuestos del artículo 1502 del Código Civil, por ende, para su constitución debió tener una causa lícita, objeto lícito, consentimiento y debió otorgarla una persona legalmente capaz. En el mismo sentido, la hipoteca es un contrato de garantía real, también debe ser considerado un acto jurídico. La regla general es que la hipoteca se otorga para garantizar obligaciones dinerarias, pues recuerdese que existen tres tipos de prestaciones, *i)* Hacer, *ii)* No hacer y, *iii)* Dar, sin embargo, tratándose de obligaciones en dinero, se le debe dar un tratamiento distinto, por tener un régimen especial⁵¹.

50 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ & EDUARDO OSPINA ACOSTA, *TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DEL NEGOCIO JURÍDICO* 17-23 (8ª ed., 2022).

51 ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ, *OBLIGACIONES* 639-696 (1ª ed., 2020).

El artículo 61 del Código General del Proceso dispone que se debe integrar el contradictorio aquellas personas que han creado el acto jurídico, es necesario por lo tanto, vincular al proceso aquellas personas que hayan participado en el negocio jurídico. Retomado a las dos situaciones fácticas mencionadas anteriormente, con relación al primer evento, A debe ser vinculado al proceso por dos razones, en primer lugar, es la persona que celebró el contrato de mutuo, que usualmente es incorporado en un título valor, sea pagaré o letra de cambio y, en segundo lugar, es la persona que constituyó la hipoteca a fin de respaldar el crédito. Sin embargo, con relación al segundo evento, es decir, cuando se constituye una garantía real para respaldar una deuda ajena, el deudor debe ser vinculado al proceso, debido que fue la persona quien constituyó el acto jurídico que dio origen a la obligación dineraria.

La segunda razón por la cual se debe vincular al deudor original, es por la clasificación de los títulos ejecutivos. Debe recordarse que, la doctrina ha realizado una amplia clasificación de los títulos ejecutivos, sin embargo, para efectos del presente artículo solo nos interesa dos de esta clasificación: *i)* Los títulos ejecutivos unitarios, aquellos que constan en un solo documento y, *ii)* Los títulos ejecutivos complejos, aquellos que constan en varios documentos⁵².

Los procesos ejecutivos donde se persigue la garantía real la obligación se encuentra en un título complejo, debido a que, la garantía real se constituye en un documento separado creado por el propietario del bien y el título valor o el contrato de mutuo es creado por el deudor y acreedor. Pues, recuerdese lo siguiente: *i)* El artículo 2412 del Código Civil dispone que solo puede constituir prenda aquella persona que tiene la facultad de enajenarla, es decir, el propietario, y, por otro lado, el artículo 2413 y 2415 dispone que un tercero puede constituir la prenda sobre un bien ajeno, siempre y cuando el propietario de la cosa no la reclame, *ii)* El artículo 2439 del Código Civil establece que, por regla general, la hipoteca debe

52 JORGE PARRA BENÍTEZ, *DERECHO PROCESAL CIVIL* 629-630 (2ª ed., 2021).

ser constituida por aquella persona que tiene la capacidad de enajenarlo, es decir, el propietario, sin embargo, el propietario puede constituir la hipoteca para respaldar una deuda ajena, es decir, el caso que se estudia y, *iii*) Finalmente, se hace referencia a los títulos valores complejos, no existe una disposición normativa que haga referencia a su existencia, pero su existencia se fundamenta por lo dispuesto por el artículo 422 del Código General del Proceso, dicha norma preceptúa que se pueden demandar ejecutivamente obligaciones claras, expresas y exigibles, por lo que, para poder promover un proceso ejecutivo con garantía real, se debe aportar junto con el escrito de la demanda (CÓD. GE. PRO., num. 2°, 82, 83, num. 3°, art. 84) el título objeto de recaudo, que usualmente es un título valor y el acto jurídico de constitución de la prenda o hipoteca, de lo contrario, no se puede hacer valer la garantía real.

Descendiendo al caso bajo estudio, es decir, *“A quiere adquirir un crédito con una entidad bancaria por el valor de 200 millones, sin embargo, no tiene bienes para garantizar su pago, así que, B, ofrece su inmueble a fin de gravarlo con hipoteca, con el objeto de respaldar una deuda ajena”*, se debe vincular al deudor, es decir, A, por ser la persona que creó la letra de cambio, el pagaré o suscribió el contrato de mutuo con interés debiéndose esta vincular por lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 61 del Código General del Proceso.

En tercer lugar, se debe vincular al deudor original, debido a que la decisión que adoptará el juez afecta tanto al deudor como al propietario del bien en diferentes perspectivas. Veamos cuáles son:

Con relación al deudor, debe recordarse que este se ha obligado a cumplir con una obligación dineraria, por ser el suscriptor del contrato o del título valor, mediante la cual se compromete a pagar una suma determinada de dinero, por lo tanto, llegado el caso de promoverse el proceso ejecutivo por parte del acreedor, este busca que se satisfaga la deuda (CÓD. GE. PRO, art. 423), por lo que, si el deudor no es vinculado, y sobre el crédito todavía existe un capital insoluto, el propietario del bien tiene dos opciones, pagar

la deuda ajena o dejar que el bien gravado con garantía real sea rematado y vendido en subasta pública. Por consiguiente, con el producto de la venta, se extinguirá la obligación por el pago total de la obligación, siempre y cuando con el producto de la venta se cancele el capital e intereses (CÓD. Cl., num. 1°, art. 1625 y 1626 y ss.).

Con relación al propietario del bien, es la persona directamente afectada con el proceso ejecutivo con garantía real, porque el bien está siendo perseguido a fin de poder cobrar un saldo insoluto, de salir próspero el proceso, perderá el bien en la subasta pública, mediante el cual se garantizó una obligación dineraria.

En cuarto y último lugar, es una apreciación que quienes defienden la postura que el deudor original no debe ser vinculado al proceso ejecutivo con garantía real ni los que defienden la tesis contraria han estudiado a detalle.

Para quienes defienden la teoría que la garantía real es accesoria a la deuda, la doctrina que apoya la vinculación del deudor original al proceso ejecutivo con garantía real, manifiestan que la hipoteca y la prenda son derechos reales accesorios porque su existencia depende de una obligación principal⁵³, siendo la obligación principal usualmente una obligación dineraria. Esta teoría se fundamenta en los siguientes preceptos normativos: *i*) El artículo 2410 del Código Civil dispone que la prenda es una garantía accesoria a una obligación principal, *ii*) El artículo 2457 de la misma obra establece que la hipoteca se exige junto con la obligación principal y por la cancelación de la misma por parte del acreedor, *iii*) El artículo 2537 del Código Civil preceptúa que la acción hipotecaria prescribe junto a la principal.

Para quienes apoyan la teoría que no debe ser vinculado, estando en esta posición los jueces de la república, siendo esta interpretación la más aceptada, debido a que, son quienes resuelven los conflictos jurídicos, se basan en que el acreedor tiene dos acciones, una persona y otra real, por

53 LUIS GUILLERMO VELÁZQUEZ JARAMILLO, BIENES 55-56, 117 (13ª ed., 2014).

lo tanto, él es quien decide cuál ejercer, además, el propietario del bien se puede subrogar a fin de cobrar la deuda ajena.

Finalmente, cabe advertir que no apoyamos ninguna de las dos teorías por las siguientes consideraciones: *i)* A las luces del artículo 229 de la Constitución Política, todas las personas tienen derecho de acceder a la justicia, siendo esta norma la que creó el derecho de acción. La Norma Superior no distinguió las clases de acciones, para ella es una sola, sin embargo, para la ley civil existe la real y la personal, *ii)* Cuando el acreedor promueve el proceso ejecutivo con garantía real está ejerciendo las dos acciones, tanto la real como la personal, dado que, como se reitera, el derecho de acción es uno solo, y la prueba de ello es que, la finalidad del proceso ejecutivo es la satisfacción de una deuda, en este caso, que se pague en su totalidad la obligación dineraria, correspondiendo al capital e intereses, por ello es que el artículo 431 del Código General del Proceso preceptúa que, a través del auto que libra mandamiento de pago, ordenará al ejecutado a pagar la deuda dentro de los cinco días siguientes a la notificación de dicha providencia⁵⁴, es decir, en primer lugar se ejerce la acción personal, no estando obligado cumplirla el propietario del bien, pues este responde solo cuando el deudor es renuente, por lo que, se vulnera el derecho a la defensa debido a que se le está cobrando al ejecutado una deuda que no ha consentido en ningún acto jurídico, solo se obligó a responder con el bien afecto con la garantía real cuando la obligación no es cumplida por el deudor, *iii)* En caso que el ejecutado sea notificado y sea renuente a pagar la deuda insoluble, es cuando entra a funcionar la acción real, la cual, opera desde el auto que ordena seguir adelante la ejecución (CÓD. GE. PRO., num. 3°, art. 468), dado que, en esta providencia se ordena el remate y poner en subasta pública el bien afectado con la garantía real.

54 Esta norma también es aplicable a los procesos ejecutivos con garantía real debido a que integra la parte general de los procesos ejecutivos. Mientras que el artículo 468 de la misma obra son disposiciones que además de las generales también se deben tener en cuenta.

VI. Conclusiones.

En este punto, no se reiterará las razones por la cual se debe vincular al deudor original dentro del proceso ejecutivo con garantía real, sino que se expondrán cuáles fueron las razones que nos llevaron a colegir y defender dicha teoría que, debe ser puesta en práctica por los funcionarios judiciales y acogida por los profesionales en el derecho.

En primer lugar, como lo advierte el doctor HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, la integración del litisconsorcio necesario no es predicable únicamente para los procesos declarativos⁵⁵, como lo hacen algunos autores como el doctor JAIME AZULA CAMACHO⁵⁶ y el doctor LUIS FELIPE MARÍN CHARRIS⁵⁷. El inciso 1° del artículo 61 del Código General del Proceso expresamente señala que: *“cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas”* (subrayado nuestro), por lo que, la única limitación que establece la norma es que el juez deba resolver un conflicto jurídico, en la cual, la decisión que este adopte afecte a todos los titulares de la relación jurídico sustancial deben concurrir obligatoriamente al proceso con la finalidad de hacer valer sus intereses. No es aceptable la postura de los autores JAIME AZULA CAMACHO y el doctor LUIS FELIPE MARÍN CHARRIS, debido a que, la norma en estudio no hace referencia que el litisconsorcio únicamente es predicable a los procesos declarativos, por consiguiente, la postura de los nombrados autores no tiene ningún fundamento normativo, el cual no debe tenerse en cuenta para la toma de

55 HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO PARTE ESPECIAL, 563-564 (2ª ed. 2018).

56 JAIME AZULA CAMACHO, MANUAL DE DERECHO PROCESAL: PARTE GENERAL 66-67 (9ª ed., 2018).

57 CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ, *Tratamiento procesal del litisconsorcio necesario*, 24 Revista IUS ET VERITAS 69-71 (2002).

decisiones por parte de los funcionarios judiciales, toda vez que, el inciso 1° del artículo 230 de la Constitución Política establece que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley, esto es, lo regulado en los códigos de carácter sustancial y procedimental.

En segundo lugar, el numeral 3° del artículo 442 del Código General del Proceso dispone que los hechos que configuren excepciones previas deben formularse a través del recurso de reposición contra el auto que libra mandamiento de pago, en este sentido, debe recordarse que el numeral 9° del artículo 100 *ibídem* dispone que es causal de excepción previa la no integración del contradictorio, por lo que, es totalmente aplicable en los ejecutivos, dado que el artículo 442 no excluye esta causal como sí lo aseguran varios autores.

En tercer lugar, apoyamos la posición de la doctora JAZMÍN ALEJANDRA PIEDRAHITA CARDONA⁵⁸, en indicar no existen situaciones fácticas establecidas de cuándo se debe integrar el contradictorio, dado que, el artículo 61 del Código General del Proceso no se rige por el principio de la taxatividad, en este sentido, el funcionario judicial debe realizar un análisis racional, para así evaluar si la situación fáctica presentada se debe integrar o no el contradictorio.

En cuarto lugar, el numeral 1° del artículo 468 del Código General del Proceso no excluye al artículo 61 del Estatuto Procesal, todo lo contrario, se complementan. La demanda en primer lugar debe dirigirse contra el propietario del bien afectado con la garantía real por orden expresa del numeral 1° del artículo 468 del Código General del Proceso, y así mismo, la demanda debe dirigirse contra la persona que se encuentra en calidad de obligado en el título valor o en el acto jurídico que contiene la obligación principal por lo preceptuado por el inciso 1° del artículo 61 del Estatuto Procesal Civil vigente. Se debe advertir que, cuando el ejecutante presenta la demanda,

está ejerciendo las dos acciones, tanto la real, como la personal.

En quinto y último lugar, la no vinculación al deudor dentro del proceso ejecutivo donde se persigue la garantía real vulnera el derecho de contradicción, al debido proceso, la igualdad y el derecho a aportar y controvertir pruebas. En este escenario procesal el deudor puede alegar hechos que el propietario del bien afectado con la garantía real desconoce, y que constituyen excepciones de mérito de conformidad a lo establecido por el 282 del Código General del Proceso, tales como pago parcial o total de la deuda, rescisión, nulidad, o alguna excepción a la acción cambiaria, siendo información relevante al proceso, debido a que, los numerales 3°, 4°, y 5° del artículo 443 *ibídem*, establece que el juez de conocimiento debe pronunciarse si los hechos alegados por el ejecutado constituyen excepciones de mérito, por consiguiente, no seguirá adelante la ejecución en la suma prevista por el auto que libra mandamiento de pago.

Por otro lado, se limita las pruebas que se practicarán en el proceso, pues si el propietario del bien conoce aquellos hechos, no se podrá interrogar al deudor, quien fue partícipe de la creación del acto jurídico que dio origen a la obligación. Debe recordarse que, el inciso 1° del artículo 198 del Código General del Proceso establece que, el interrogatorio de partes se debe practicar a petición de la parte interesada o de forma oficiosa, por lo que, si no se cita al deudor, se pierde la única oportunidad para interrogarlo y esclarecer los hechos que dieron origen a la acción ejecutiva. Ahora bien, se debe advertir que no es posible citar a rendir interrogatorio en la forma prevista por el artículo 220 *ibídem*, toda vez que, es predicable a los testigos, es decir, aquellas personas ajenas al proceso, las que no fueron partícipes para la constitución de los actos jurídicos que se discuten en el proceso. Esto debido a que, el artículo 211 del Estatuto Procesal Civil dispone que el testigo debe gozar de imparcialidad, por lo tanto, el ejecutante, podrá solicitar al juez de conocimiento su tacha como lo dispone la norma en cita.

58 JAZMÍN ALEJANDRA PIEDRAHITA CARDONA, *Obligatoriedad de vincular al litisconsorte necesario en el proceso laboral y de la seguridad social*, 19 UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA 14-16 (2020).

Así las cosas, se colige que la no vinculación al deudor en el proceso ejecutivo dificultaría el derecho al debido proceso y a aportar pruebas al propietario del bien afectado con la garantía real, pues si el deudor conoce hechos constitutivos de excepciones de mérito, y este no es vinculado al proceso, el ejecutado o propietario del bien deberá iniciar otro proceso judicial más complejo que el proceso iniciado por el acreedor, por ejemplo, la acción de subrogación de los derechos del acreedor regulado por el artículo 2453 del Código Civil, en concordancia con lo establecido por el numeral 2° del artículo 1668 *ibídem*, correspondiente a un proceso judicial de carácter declarativo, por consiguiente, en primer lugar, el propietario del bien deberá agotar la conciliación como requisito de procedibilidad (LEY 2220 DE 2022, art. 68), por otro lado, demostrar ante el juez que fue demandado ejecutivamente con ocasión a que el deudor no efectuó el pago de la obligación dineraria ante un tercero y, en tercer lugar, el propietario del bien, en caso de obtener una sentencia favorable, deberá promover un proceso de ejecución de la sentencia en la forma prevista por el artículo 306 del Código General del Proceso. Dicho en otras palabras, mientras el acreedor para la ejecución de las sumas de dinero debe promover un solo proceso para el cobro de la obligación dineraria, el propietario del bien, a fin de recuperar el valor del bien rematado deberá agotar la conciliación, promover la acción de subrogación del derecho del acreedor y, finalmente un proceso de ejecución de sentencia.

La conciliación contencioso-administrativa contra las cuerdas: retos de la figura en Colombia

Administrative settlement against the ropes: challenges of this instrument in Colombia

Juan Pablo Gómez-Moreno*

Resumen

La conciliación administrativa en Colombia se presentó como una opción más eficiente para la solución de conflictos, pero su uso en la práctica ha demostrado lo contrario. Este escrito aborda los factores que afectan su efectividad, incluyendo la ambigüedad en la regulación y la intervención de entes de control. Uno de los principales problemas es la falta de uso de la conciliación administrativa por parte de las entidades públicas, problema en el que se enfocará este artículo debido a los impactos que genera la ineficacia de la conciliación administrativa en la congestión judicial y la solución alternativa de conflictos. En ese sentido, para que la conciliación administrativa cumpla su objetivo de resolver conflictos de manera más eficiente, es necesario abordar estos desafíos.

Palabras clave: Conciliación, Colombia, derecho administrativo, entes de control, recursos públicos.

Abstract

Administrative conciliation in Colombia was presented as a more efficient option for conflict resolution, but its use in practice has shown the opposite. This paper addresses the factors that affect its effectiveness, including ambiguity in regulation and the intervention of control entities. One of the main problems is the lack of use of administrative conciliation by public entities, a problem that will be the focus of this article due to the impacts of the inefficiency of administrative conciliation on judicial congestion and alternative dispute resolution. In this regard, in order for administrative conciliation to fulfill its objective of resolving conflicts more efficiently, it is necessary to address these challenges.

Keywords: Mediation, Colombia, administrative law, control entities, public funds.

Historial del artículo:

Recibido: 08 de junio de 2023

Aceptado: 15 de agosto de 2023

Cómo citar este artículo:

Juan Pablo Gómez-Moreno., La conciliación contencioso-administrativa contra las cuerdas: retos de la figura en Colombia, 11 Just. & Der. 62 (2023).

* Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes (Colombia). Especialista en Derecho de los Negocios Internacionales y Magister en Derecho Privado de la misma institución. Es asociado de Adell & Merizalde (Bogotá) y profesor en la Universidad de los Andes y la Universidad El Bosque. Correo: jp.gomez1102@gmail.com.

I. Introducción

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) son herramientas a través de las cuales las partes que tienen una controversia pueden resolverla sin necesidad de acudir ante el sistema de justicia formal.² Estos mecanismos fueron desarrollados con el objetivo de buscar formas distintas de solucionar las disputas que surgen en el tráfico jurídico, brindarle a las partes salidas más eficientes, y permitirle al sistema de administración de justicia mayor flexibilidad y descongestión.³ Como lo reconoce ampliamente la doctrina, hoy en día los MASC son una de las figuras jurídicas de mayor interés en el estudio del derecho y la solución de disputas.⁴

Como lo establece Carrasco,⁵ los MASC pueden ser de carácter autocompositivo o heterocompositivo. Los primeros son aquellos en el que son las mismas partes quienes le dan solución a una controversia, mientras que los segundos hacen referencia a los que se valen de un tercero para que sea este el encargado de definir el conflicto.⁶ Según el artículo 64 de la Ley 44 de 1998, la conciliación es “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas *gestionan por sí mismas* la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador” (énfasis propio). De conformidad con esta definición, la conciliación es un MASC autocompositivo, ya que son las partes, aunque medie entre ellos la ayuda de un tercero, quienes deciden dirimir sus diferencias, así como los términos de este acuerdo.⁷

De manera similar, la Corte Constitucional ha definido la conciliación como un MASC a través del cual las partes resuelven sus diferencias respecto de un asunto conciliable con la ayuda de un tercero neutral calificado.⁸ Ahora bien, es pertinente aclarar que, en el caso de la conciliación, a pesar de la intervención de un tercero, el mecanismo se considera de naturaleza autocompositiva. En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha definido que “la conciliación se basa en el acuerdo entre las partes, puesto que el conciliador carece de la facultad de imponer su decisión a las personas”, lo que la diferencia del arbitraje.⁹

De la definición de conciliación adoptada en la jurisprudencia constitucional, es relevante destacar el concepto de “asunto conciliable”, ya que, como se verá más adelante, no todos los temas pueden someterse a conciliación. A su vez, es relevante hacer referencia a la Ley 640 de 2001, la cual en su artículo 3 establece que la conciliación puede ser judicial o extrajudicial. Así, esta será judicial cuando se realice en el marco de un proceso judicial y extrajudicial cuando se lleve a cabo antes o por fuera de este.¹⁰ El presente artículo se concentra en la conciliación en materia de lo contencioso-administrativo, es decir, de manera general, en las controversias surgidas en el marco de relaciones jurídicas con el Estado y sus entidades adscritas.¹¹

Con estos conceptos claros, es posible adentrarse en el detalle de los objetivos y la estructura de la presente investigación. Puntualmente, este escrito busca estudiar la regulación y los avances realizados en la conciliación contencioso-administrativa y mostrar que, si bien se han hecho importantes aportes en este ámbito, aún existen importantes retos que deben ser asumidos desde la política pública. En

2 Martha Eugenia Lezcano Miranda, *La justicia de todos: mecanismos alternativos de solución de conflictos* (2016).

3 *Id.*

4 Javier La Rosa Calle & Gino Elvio Rivas Caso, *Teoría del conflicto y mecanismos de solución* (2018).

5 Marta Blanco Carrasco, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica* (2009).

6 *Id.*

7 Miguel Ángel Montoya Sánchez & Natalia Andrea Salinas Arango, *La conciliación como proceso transformador de relaciones en conflicto*, Opinión Jurídica Universidad de Medellín; Vol. 15, núm. 30 (2016); 127-144 (2016).

8 C.C., 17 de septiembre de 2008, Sentencia C-902/08, M.P. Nilson Pinilla.

9 C.C., 28 de mayo de 2002, Sentencia C-417/02, M.P. Eduardo Montealegre.

10 *Id.*

11 Andrés Fernando Ospina Garzón, *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿un viaje de ida y vuelta?* (2009).

particular, el artículo se enfoca en el problema de la ineficacia de la conciliación cuando esta puede implicar consecuencias que podrían llevar a que un acuerdo conciliatorio fuera improbadado, anulado o ni siquiera suscrito. Así, la tesis de este proyecto es que algunas de las circunstancias que rodean actualmente esta figura pueden causar un desincentivo a las partes que, en condiciones distintas, habrían accedido a una conciliación, causando así *de facto* la ineficacia de la conciliación como MASC.

De acuerdo con tal objetivo, este texto se divide en seis secciones. La Sección II se ocupa de presentar brevemente el estado de la conciliación en Colombia, mostrando un contexto general de su regulación, el objetivo de descongestión judicial que esta persigue, algunos de sus factores característicos y su funcionamiento en el caso puntual de la jurisdicción contencioso-administrativa. La Sección III trata de los aportes que ha hecho la jurisprudencia a la adecuada comprensión de este MASC en el caso de conciliaciones adelantadas por entidades públicas, resaltando la importancia que se le ha dado a los mecanismos de control judicial de los acuerdos conciliatorios y los criterios que se han establecido para analizar si estos serían o no procedentes. Esta sección también se refiere a los retos que surgen de la ambigüedad en estas regulaciones.

Posteriormente, la Sección IV se refiere a algunos retos adicionales que tiene la conciliación en el contexto de las controversias ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, resaltando el rol de los entes de control en la evaluación que hacen las entidades de derecho público sobre la pertinencia o no de suscribir un acuerdo conciliatorio. A partir de este contexto, se destacan las tensiones que causa la figura entre las partes involucradas en estos acuerdos y los desincentivos del sistema para acudir a este MASC. A partir de esto, la investigación ilustra la ineficacia de la conciliación administrativa en el estado de cosas actual. Además, en esta sección se desarrollan estudios de caso que ilustran algunas de las preocupaciones destacadas, mientras que la Sección VI concluye recopilando

las consideraciones de este artículo y ofreciendo algunas reflexiones sobre el futuro de la conciliación administrativa.

II. Conciliación administrativa en Colombia

II.1. Regulación de la conciliación en sentido general

El MASC de la conciliación ha estado en el sistema jurídico colombiano al menos desde 1825, cuando la Ley 13 establecía que “ningún proceso se adelantaría *sin intentar la conciliación* ante los alcaldes municipales o parroquiales” (énfasis propio). Desde entonces, esta figura se ha desarrollado cada vez más en Colombia a través de normatividad consecutiva. Así, en 1920, con la Ley 120, se incorporaron disposiciones sobre conciliación en materia laboral, mientras que, en 1934, a través de la Ley 14, se hizo referencia a la posibilidad de transigir materias civiles, injurias y casos de divorcio ante los jueces de paz. Más adelante, en 1948, el Decreto 2158 se refirió nuevamente al ámbito del derecho laboral, aportando una regulación más específica de la conciliación en estos contextos. De esta forma, la historia de la legislación muestra que la conciliación era un asunto sobre el que se discutía incluso desde antes de la nueva Constitución.

Ahora bien, con la Constitución Política de 1991, junto a la cual aparece más adelante el Decreto 2651, se establece un nuevo marco ideológico en torno a los MASC en sentido general y a la conciliación en específico. En particular, la norma mencionada es expedida con el objetivo de tomar medidas para descongestionar los despachos judiciales y esta regulación hace referencia a la conciliación en todo su primer capítulo. Esto muestra la importancia que cobró la figura a partir de la reforma constitucional. Es así como, en el mismo año, también surgió la Ley 23 de 1991 que reguló específicamente las normas

sobre conciliación en materia contencioso-administrativa. Posteriormente, el Decreto 173 de 1993 se refiere particularmente la conciliación prejudicial y la Ley 446 de 1998, nuevamente con miras a objetivos como la “descongestión, eficiencia y acceso a la justicia,” incluye novedades regulatorias sobre este MASC.

Finalmente, con la Ley 640 de 2001, se hace un recuento exhaustivo de la figura y se dictan disposiciones sobre diversos asuntos como sus calidades principales, el acuerdo conciliatorio y las materias conciliables. Además, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución Política, la conciliación es uno de los MASC mediante los cuales “[l]os particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia [...]” Esto muestra que, desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución, se le dio a la conciliación, junto con otros MASC, un estatus privilegiado en el sistema jurídico que muestra cómo, desde el nuevo orden jurídico, el Estado les da una prevalencia a estas alternativas porque considera que sirven a un propósito del que se benefician a su vez la sociedad civil y el sistema judicial.¹²

II.2. La descongestión judicial como derrotero

Del recuento regulatorio anterior, es evidente que la descongestión judicial ha sido siempre un objetivo clave de la conciliación, ya que permite resolver las controversias por acuerdo directo de las partes, ahorrándose las dilaciones del trámite judicial. Esta es una visión que también se refleja en la doctrina especializada. Como lo señalan Tejada y Vargas,¹³ la búsqueda de mayor interés de las partes en la conciliación también surge como resultado de la congestión

de los despachos judiciales en el país, con lo que se buscaba un procedimiento rápido y eficaz para dar fin a las controversias. En ese sentido, es pertinente señalar que el problema de demoras y falta de garantías en el sistema de administración de justicia que justifica este nuevo normativo constituye una de las bases de la crisis de los sistemas judiciales en distintas partes del mundo.¹⁴

Además de ser un mecanismo que cobra protagonismo en un nuevo universo constitucional desde 1991, en los años subsiguientes la conciliación se convierte en un asunto fundamental para la política pública y el diseño institucional. De esta forma, la conciliación es adoptada como un contenido programático de la política de Estado con la creación de la Dirección de MASC, una dependencia adscrita al Ministerio de Justicia y con funciones extensas de promoción de conocimiento y uso activo de mecanismos como la conciliación en todo el país. Así, como lo resaltó en su momento la Corte Constitucional, el Estado Social de Derecho supone ver a la conciliación como “(...) un instrumento que busca lograr la descongestión de los despachos judiciales, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia (...)”¹⁵

Esto muestra que la conciliación, como es el caso de los MASC en sentido general, conlleva la protección de garantías fundamentales para las partes directamente involucradas y para la comunidad entendida de forma amplia.¹⁶ En línea con lo anterior, es muy importante resaltar que, aparte de la descongestión misma del sistema judicial, la conciliación les ofrece a las partes involucradas en ella muchas otras ventajas, entre las cuales se cuentan “(...) la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica *demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial*”

12 Emiliano Carretero Morales & Cristina Ruiz López, *Mediación y resolución de conflictos* (2018).

13 Mario Cesar Tejada González & Lizeth Vargas Sánchez, *La conciliación obligatoria dirigida a entidades públicas como requisito para acceder a la segunda instancia judicial*, 23 *Prolegómenos* 151–164 (2020).

14 Michele Taruffo & Mónica Bustamante, *Proceso judicial y cultura: una mirada global* (2013).

15 C.C., 17 de marzo de 1999, Sentencia C-160/99, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

16 Fernando Díaz, *Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica* (2013).

(énfasis propio).¹⁷ Así, para la Corte Constitucional, la conciliación debe buscar “(...) evitar litigios de larga duración y mejorar las relaciones entre las partes, en la medida en que el procedimiento garantice imparcialidad, rapidez, confiabilidad y reconocimiento del acuerdo logrado.”¹⁸

II.3. Factores característicos de la conciliación

En este punto, es crítico resaltar tres factores primordiales de la conciliación en Colombia, los cuales han sido reconocidos por la ley y recopilados también por las altas cortes, como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.¹⁹ El *primero* es que la conciliación es solemne, lo que quiere decir que se exige una formalidad para que los acuerdos alcanzados produzcan efectos jurídicos.²⁰ En el caso de la conciliación este requisito formal es el de la suscripción de un acta de conciliación por las partes que hayan conciliado.²¹ Adicionalmente, el acta respectiva debe contener obligaciones claras, expresas y exigibles, es decir, siguiendo al Consejo de Estado, que estas deben (i) aparecer determinadas en el título correspondiente; (ii) ser fácilmente inteligibles y entenderse en un solo sentido; y (iii) poder demandarse para su cumplimiento por no estar pendiente un plazo o condición que las suspenda.²²

El *segundo* de estos factores es que la conciliación implica que los acuerdos plasmados por las partes en el acta de conciliación hacen

tránsito a cosa juzgada y prestan mérito ejecutivo. Esto significa que lo conciliado no debe ser sometido a ninguna autoridad para efectos de tener plena validez, ya que los acuerdos conciliatorios tienen carácter definitivo.²³ Dicho de otra forma, como lo ha aclarado la Corte Suprema de Justicia, una vez avalado el acuerdo por parte del conciliador, la controversia queda resuelta de fondo y es posible proceder con su ejecución.²⁴ En ese sentido, la conciliación se diferencia de otros MASC como la transacción, esta última inspirada en las normas que regulan el derecho privado y reflejada por tanto en el Código Civil, por cuanto, aunque el acuerdo resultante en ambas hace tránsito a cosa juzgada, sólo en la conciliación este tiene los mismos efectos de una sentencia judicial, pues presta mérito ejecutivo.²⁵

El *tercer* factor, como se había anticipado, es que existen ciertos asuntos que son conciliables, de manera que la conciliación no puede versar sobre cualquier tema. Estos temas susceptibles de conciliación son los que puedan ser resueltos a través de (i) transacción; (ii) desistimiento; o (iii) los que expresamente determine la ley.²⁶ A su vez, como lo ha reiterado el Consejo de Estado en su propia jurisprudencia, no son conciliables (i) los derechos ciertos e indiscutibles; (ii) los conflictos de carácter tributario; y (iii) las controversias en las que haya ocurrido la caducidad de la acción.²⁷ Como lo señala Arias,²⁸ la razón detrás de esta lista de temas “no conciliables” es que se trata de asuntos de naturaleza eminentemente pública o que tienen un alto interés para la comunidad. Sobre este punto, hay autores que consideran

17 C.C., 17 de marzo de 1999, Sentencia C-160/99, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

18 C.C., 17 de septiembre de 2008, Sentencia C-902/08, M.P. Nelson Pinilla.

19 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección Cuarta, 7 de septiembre de 2015, 54001-23-31-000-2008-00381-01(48894), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

20 *Id.*

21 Ley 640 de 2001, art. 1.

22 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - 31 de enero de 2008, 44401-23-31-000-2007-00067-01 (34201), C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

23 C.S.J., Sala Penal, 18 de noviembre de 2020, SP-45142020 (55345), M.P. Eugenio Fernández Carlier.

24 *Id.*

25 C.S.J., Sala Plena, 12 de diciembre de 1991, 2326, M.P. Pedro Escobar Trujillo y Pablo Cáceres Corrales.

26 Ley 640 de 2001, art. 19.

27 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - 12 de diciembre de 2014, 05001-23-33-000-2013-00472-02 (20184), C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

28 Melba Arias, *La Conciliación en derecho de familia* 113-114 (2003).

que, de hecho, la mayoría de las cuestiones del tráfico jurídico se pueden conciliar.²⁹

II.4. Conciliación contencioso-administrativa

Similar a lo que ocurrió con la figura en la jurisdicción ordinaria, en el caso de lo contencioso-administrativo y como resultado de la congestión judicial existente cuando se dio el desarrollo de los MASC después de la Constitución de 1991, la conciliación apareció como una alternativa más eficiente que la justicia formal. Ahora bien, en este ámbito, las regulaciones han tratado con especial precaución la conciliación administrativa, planteando criterios estrictos respecto de esta. A manera de ejemplo, aunque la Ley 640 de 2001 establecía en su artículo 23 que este tipo de conciliación la podía adelantar ante “los Agentes del Ministerio Público” o “los conciliadores de los centros de conciliación,” la Corte Constitucional decidió declarar inexecutable este último apartado porque la facultad de administrar justicia otorgada a los particulares bajo el artículo 116 de la Constitución debía ser otorgada de forma “excepcional.”³⁰

Como lo ha resaltado el Consejo de Estado, la conciliación contencioso-administrativa es *prima facie* un gran logro del sistema jurídico colombiano, ya que “[c]uando en los procesos contencioso administrativos el Estado acude a ella, *está cumpliendo su función originaria de paz y pluralismo y convoca a la sociedad a seguir su ejemplo*” (énfasis propio).³¹ Ahora bien, en materia de lo contencioso administrativo, un aspecto diferencial de la conciliación es que esta es un requisito de procedibilidad para darle continuidad a una controversia.³² En particular, la doctrina ha

hecho énfasis en la conciliación obligatoria como mecanismo para la eficiencia procesal.³³ Los autores a favor de este mecanismo han destacado situaciones como los casos con suficiente precedente jurisprudencial como para decidir la cuestión por las partes y de manera expedita.³⁴ Además, Ballén³⁵ apunta que esto resultó en la efectiva descongestión del sistema judicial en el ámbito contencioso-administrativo.

En línea con lo anterior, como lo muestra Dussán,³⁶ la conciliación en asuntos de lo contencioso-administrativo podría ser vista como una herramienta muy efectiva en la realidad. Al respecto, las cifras de la Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado reflejan que, de 10.886 audiencias de conciliación celebradas ante agentes del Ministerio Público en 2004, 3.840 de estas resultaron en un acuerdo conciliatorio, lo que implica alrededor de un 35% de los casos.³⁷ Esto generó un ahorro patrimonial para el Estado de COP \$545.450.329.915, según la diferencia entre la cuantía pretendida y la cuantía acordada.³⁸ Lo anterior refleja que la conciliación contencioso-administrativa sería *prima facie* un mecanismo efectivo para la solución de controversias que, en el evento de la inoperatividad de esta figura, serían sometidas ante esta jurisdicción.

Es así como varios autores han reconocido que la conciliación es uno de los MASC más utilizados y eficaces con los que cuenta el ordenamiento

29 Jorge Hernán Gil, La conciliación extrajudicial y la amigable composición 69 (1ª ed., 2003).

30 C.C., 22 de agosto de 2001, C-893/01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

31 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – 30 de septiembre de 1999, Auto Rad. 16251, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

32 C.P.A.C.A., art. 161.

33 Jaime Andrés Devia, La conciliación como requisito de procedibilidad en el derecho administrativo colombiano: ¿una forma eficaz para la solución de conflictos? (2020).

34 Bruno Toscano & César Mauricio Ortiz, *La eficacia de la audiencia del artículo 70 de la ley 1395 de 2010* (2012) (tesis de la Especialización en Derecho Administrativo, Universidad Militar Nueva Granada) 17.

35 Rafael Ballén, *Causas de la congestión en la jurisdicción contenciosa administrativa.*, 9 Prolegómenos, Derechos y Valores 33–57 (2006), 1.

36 Omar Dussán, *La conciliación en la jurisdicción contenciosa administrativa*, 12 Prolegómenos, Derechos y Valores 229–238 (2009), 235.

37 Id.

38 Id.

jurídico colombiano.³⁹ Ahora bien, para que proceda la conciliación contencioso-administrativa, la ley establece algunas consideraciones relevantes, que han sido replicadas por la jurisprudencia.⁴⁰ Dada la extensión del tema y el foco de este artículo, la presente investigación no tratará cada uno de ellos de manera extensa, aunque sí se mencionan de forma sumaria. Cabe precisar que, siendo un negocio jurídico, la conciliación exige las características de validez que deben predicarse de estos: (i) la capacidad legal de las partes; (ii) el consentimiento de estas exentos de vicios, (iii) el objeto lícito; y (iv) la causa lícita.⁴¹ De esta forma, no será válida aquella conciliación que carezca de alguno de estos elementos, ya que estaría viciado el acto jurídico mismo.

Sumado a lo anterior, en términos del objeto de la conciliación *ratione materiae*, se ha determinado que, desde el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa, son conciliables los “conflictos de carácter particular y contenido económico” que correspondan a medios de control de (i) nulidad y restablecimiento del derecho; (ii) reparación directa y (iii) controversias contractuales.⁴² Así, para sintetizar estas exigencias, cabe decir que, para que proceda la conciliación administrativa, deberán concurrir los siguientes elementos:⁴³ (i) acuerdo conciliatorio soportado con pruebas; (ii) justificación de las obligaciones establecidas; (iii) que sea acorde con la ley; (iv) que no lesione el patrimonio público; (v) que se cuente con la representación debida de las partes que decidan conciliar; (vi) que el conciliador tenga la capacidad jurídica para realizar el acuerdo; y (vii) que la acción respectiva no haya caducado.

39 Jaime Camilo Bermejo, *La conciliación prejudicial contenciosa administrativa*, 11 *Jurídicas CUC* 107-134 (2015).

40 C. de Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, 7 de septiembre de 2015, 54001-23-31-000-2008-00381-01(48894), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

41 Cód. Civ., art. 1502.

42 Min. Interior y Justicia, Decreto 1716 de 2009, art. 2.

43 Mady Juliana Montaña, *La conciliación extrajudicial en materia contencioso-administrativa: aplicación en la reparación directa*, 5 *Global Iure* 195-210 (2017).

Adicionalmente, la conciliación administrativa cuenta con dos características adicionales que serán gran parte de las discusiones que siguen en este escrito. Estos factores se refieren, sobre todo, al funcionamiento de la conciliación administrativa en la práctica y responden a dos preguntas sobre los aspectos clave de estas conciliaciones. De un lado, la pregunta sobre *¿quiénes deciden la pertinencia o no de que una entidad pública lleve a cabo una conciliación?* En este punto, se introduce el concepto de los comités de conciliación. En el artículo 75 de la Ley 446 de 1998, modificado por el Decreto 1716 de 2009 y la Directiva Presidencial 5 de 2009, se crea esta figura. Según Montaña⁴⁴, la principal función de estos comités es “(...) el estudio, análisis y formulación de políticas públicas sobre la prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses de la entidad (...)”. Entre otras cosas, los comités de conciliación deben decidir sobre la procedencia o no de conciliaciones entre las entidades y sus respectivas contrapartes, lo que implica realizar los respectivos análisis detrás de estas medidas.

De otro lado, la pregunta sobre *¿quién tiene la última palabra respecto de estos acuerdos y cómo llega a la decisión sobre su aprobación o rechazo?* Al respecto, el artículo 73 de la Ley 446 de 1998 establece que el juez administrativo no puede homologar el acuerdo conciliatorio cuando “no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.” Esto quiere decir que la conciliación administrativa no se agota con el acuerdo de las partes ni con la supervisión de los agentes del Ministerio Público, sino que exige la homologación de la autoridad judicial.

A su vez, la autoridad deberá fundamentar su decisión, lo que implica la aparición de un estándar para evaluar la procedencia o no del respectivo acuerdo. En sentido general, la ley exige que el acuerdo conciliatorio esté suficientemente soportado y no sea contrario a la ley o al erario. Aunque se trata de conceptos que parecen sencillos a simple vista, las secciones subsiguientes mostrarán que se trata de términos altamente ambiguos que resultan poniendo a las partes de la

44 *Id.*, en 203.

conciliación administrativa, y en últimas a la figura misma, contra las cuerdas.

III. Vaguedad y ambigüedad de la jurisprudencia

A partir de los criterios establecidos en la sección anterior, la jurisprudencia ha desarrollado criterios adicionales para la procedencia de la conciliación contencioso-administrativa que son de gran importancia. Ahora bien, esta sección no se enfocará en hacer un recuento exhaustivo de la jurisprudencia, sino de plantear algunos de los puntos clave del desarrollo jurisprudencial y sus respectivos retos. En primer lugar, un punto fundamental para las conciliaciones con entidades públicas es que aquello que sea conciliado no resulte en detrimento de las partes, particularmente del patrimonio público.⁴⁵ Como ya se indicó, este requisito es crítico en la medida que está acompañado de mecanismos de protección como el hecho de que los acuerdos conciliatorios negociados por entidades públicas están sujetos a un control de legalidad que llevará a cabo el juez de lo contencioso administrativo.⁴⁶ El alcance de esta revisión lo ha aclarado el Consejo de Estado en su jurisprudencia, que establece sobre el particular lo siguiente:

La validez y eficacia de ese negocio jurídico en asuntos administrativos, está condicionada a la homologación por parte del juez quien debe ejercer un control previo de la conciliación con miras a verificar que se hayan presentado las pruebas que justifiquen la misma, que no sea violatoria de la ley o que no resulte lesiva para el patrimonio público en la medida en que la ley establece como requisito de validez y eficacia de la conciliación en asuntos administrativos la previa aprobación u homologación por parte del juez, hasta tanto no se produzca esa aprobación la conciliación no produce ningún efecto y por consiguiente

las partes pueden desistir o retractarse del acuerdo logrado, no pudiendo por tanto el juez que la controla impartirle aprobación u homologarla cuando media manifestación expresa o tácita de las partes o una ellas en sentido contrario.⁴⁷

Se destaca de esta definición entonces que la conciliación debe estar soportada por pruebas suficientes. Esto implica para las partes la carga de ofrecer argumentos de fondo que respalden las alegaciones de la cuantía que pretenden, pero sobre todo que cuenten con el respaldo fáctico de estas consideraciones. En palabras del Consejo de Estado, esto se conoce como el principio según el cual "(...) el Estado no puede reconocer por vía de conciliación liberalidades."⁴⁸ Así, en la misma decisión, dice la corporación que, en materia contencioso administrativa, la conciliación debe estar precedida de "(...) un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso."⁴⁹

Aunque este es un primer paso importante para la comprensión de los requisitos de la conciliación administrativa, ya que permite saber que esta exige el cumplimiento de unos aspectos "materiales," el lenguaje del Consejo de Estado no es suficientemente claro como para saber particularmente qué es lo que se espera de las partes involucradas en la conciliación. En otras palabras, *¿qué son pruebas suficientes?* De tal manera, de esta y otra jurisprudencia concordante, sólo es posible concluir que el objetivo de la conciliación no es meramente legalizar los acuerdos de las partes.⁵⁰

En apariencia, otras decisiones de la misma corporación podrían resultar de utilidad para

45 Ley 446 de 1998, art. 73.

46 Ley 640 de 2001, art. 14.

47 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 1 de julio de 1999, 15721; C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo, 3 de marzo de 2010, 26675.

48 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 30 de septiembre de 1999. Número de radicado 49 *Id.*

50 C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 1 de marzo de 1996, 11485, C.P. Daniel Suárez Hernández.

aclarar esta cuestión. Por ejemplo, si en la jurisprudencia pudieran encontrarse referencias adicionales no sólo a lo que deben contener estos acuerdos conciliatorios desde un punto de vista formal, sino a las cualidades específicas que se esperan de dichos soportes, podría resolverse este problema de vaguedad en el lenguaje. Así, según el Consejo de Estado, para que proceda el acuerdo conciliatorio, debe existir “una *adecuada y razonable demostración de los hechos* que, en determinado momento, permitan deducir una *alta probabilidad* de que el ente público comprometido pudiera ser sujeto pasivo de una condena⁵¹ (...)” (énfasis propio).

Estos términos parecerían dar mayores indicaciones respecto de las expectativas que se tienen de un acuerdo conciliatorio válido, ya que estos ofrecen mayor contexto sobre las características de la información que respalda el acuerdo. Sin embargo, al revisar estas formulaciones, surgen otras incógnitas. De una parte, ¿a qué se refiere la corporación con una “adecuada y razonable demostración de los hechos”? De otra parte, ¿qué quiere decir una “alta probabilidad” de condena? Esos puntos no son del todo claros tampoco.

El carácter “adecuado y razonable” de los argumentos de las partes es una variable que dependerá del juez de cada instancia y se trata de un asunto que será decidido *ex post*, una vez las partes ya hayan llegado a un acuerdo que consideren justo. Adicionalmente, la “alta probabilidad” de condena es una métrica extremadamente ambigua, pues estará al criterio de los comités de conciliación determinar si, al pasar esto a una matriz de riesgos legales, esto se refiere a un valor por encima del 50% o en un rango mayor, por ejemplo, entre el 75 y el 100%. De acuerdo con esta investigación, estas dificultades interpretativas sólo se refuerzan a medida que el Consejo de Estado agrega consideraciones adicionales al estándar de evaluación de los acuerdos conciliatorios, lo que hace la labor de

las entidades públicas extremadamente compleja. En línea con este argumento, cabe destacar que la misma corporación dice sobre estos acuerdos que

(...) deben presentarse sobre *diferencias debidamente acreditadas*, con elementos probatorios que *fácilmente* le permitan al juzgador establecer la *realidad del conflicto y la bondad de la conciliación, los costos económicos del mismo y cuál sería su proyección frente a los intereses tanto del ente público, como de la misma comunidad* (énfasis propio).⁵²

Nuevamente, no es claro cuándo las diferencias del acuerdo conciliatorio quedan “debidamente acreditadas.” Esto muestra nuevamente que la falta de claridad del estándar se mantiene. Sin embargo, es el lenguaje adicional de la decisión el que resulta más interesante. De una parte, según la corporación, las pruebas que soportan la conciliación deben permitirle al juez establecer una cantidad significativa de asuntos. Entre estos están, por una parte, la “realidad del conflicto”, la “bondad de la conciliación” y “los costos económicos del mismo”. Estas cuestiones parecen ser razonables, ya que se refieren *in limine* a los asuntos que están dentro de la esfera de análisis de los comités de conciliación. De esta forma, parece que el Consejo de Estado se refiere a una descripción del caso y un análisis de costo-beneficio, que incluirá, por supuesto, una revisión del impacto económico de la potencial controversia. Ahora bien, sobre este punto, sólo cabe preguntarse hasta qué punto estos comités están en condiciones de elaborar análisis “suficientes” teniendo en cuenta la naturaleza técnica de la disputa o cuando se trata de reclamaciones o de asuntos financieros complejos.

Por otra parte, esta providencia parece ir todavía más allá y referirse a otros temas. Con respecto a las cualidades del material probatorio, se dice que este debe permitirle entender al juez la fundamentación del acuerdo conciliatorio “fácilmente.” En la medida que el significado de este término no es autoevidente, cabe la pregunta sobre si, por ejemplo, se exige

51 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 9 de marzo de 2000, Auto Rad. 16758, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

52 *Id.*

implícitamente un estándar de “materialidad” de las pruebas. En palabras de teoría procesal, esto sería el “estándar de la prueba” del acuerdo conciliatorio, es decir, si la justificación de la conciliación administrativa, además de existir y demostrar que las partes realizaron un esfuerzo genuino y trazable de determinar las causas y fundamentos de la conciliación, debe tener una calidad específica.⁵³ En Colombia, no se suelen hacer estas distinciones, ya que, como lo explica Cuello,⁵⁴ se entiende que el estándar de la prueba por defecto es el de generar la convicción del juez a partir de un sistema de valoración de la prueba basado en la sana crítica.

Sin embargo, en ciertos ámbitos del derecho hay estándares de prueba diferentes, como la evidencia “clara y suficiente” o una demostración “más allá de toda duda razonable”.⁵⁵ En ese orden de ideas, parecería que, cuando el Consejo de Estado habla de evidencia que pueda llevar a conclusiones “con facilidad”, está en uno de estos estándares más altos o exigentes. ¿Es entonces este el caso de la conciliación contencioso-administrativa? Si a las entidades públicas se les exige un mayor grado de prueba en estos casos no es claro, además que no está previsto en la ley, de manera que pareciera tratarse de un criterio extraño, que no corresponde a lo que está establecido en la norma. De tal manera, es clave tener presente que este tipo de estándar de la prueba se ha reiterado en la jurisprudencia que ha desarrollado la idea de que el acuerdo conciliatorio no debe resultar lesivo para el patrimonio público. En continuidad de este estándar, el Consejo de Estado ha indicado en decisiones posteriores que:

El sólo acuerdo de voluntades de las partes o el reconocimiento libre y espontáneo que alguna de ellas manifieste en torno de las razones de hecho y de derecho que contra ella se presenten, si bien es necesario no resulta suficiente para que la conciliación

sea aprobada en materia Contencioso Administrativa, puesto exige el legislador que, al estar de por medio los intereses y el patrimonio público, el acuerdo conciliatorio deba estar soportado de tal forma que en el momento en el cual se aborde su estudio, al juez *no le quepan dudas* acerca de la procedencia, la legalidad y el beneficio –respecto del patrimonio público– del mencionado acuerdo conciliatorio. Así las cosas, cualquier afirmación –por más estructurada y detallada que este sea– por medio de la cual se reconozca un derecho como parte del objeto del acuerdo conciliatorio y que genere la afectación del patrimonio público, debe estar debidamente acreditada mediante el material probatorio idóneo que produzca en el juez la convicción de que hay lugar a tal reconocimiento (énfasis propio).⁵⁶

En clara distinción respecto de lo que ocurre en Colombia con estos criterios, la doctrina española señala la forma en que opera la conciliación en este país, mostrando un funcionamiento completamente opuesto. Puntualmente, al describir la operatividad de la figura de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 29 de 1998, Parada⁵⁷ indica que “[s]i las partes llegan a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el juez o el Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros” (énfasis propio).

A diferencia de lo que ocurre con la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, en este la conciliación administrativa se tiene por el objetivo primario de la administración de justicia y se respeta por regla general, siendo la excepción cuando esta resulte abiertamente contraria a derecho. En Colombia, las decisiones emitidas a la fecha no sólo son vagas y ambiguas, sino que parecen sugerir que la evidencia del acuerdo conciliatorio debe cumplir con unos criterios de “materialidad” que no están establecidos en la ley.

53 Jordi Ferrer Beltrán, La valoración racional de la prueba (2018).

54 Gustavo Cuello Iriarte & Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, La sana crítica, sistema de valoración de la prueba judicial (2007).

55 Carmen García, Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica (2013).

56 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 3 de marzo de 2010, Auto Rad. 37644.

57 Ramón Parada, Derecho Administrativo I 660-661 (2012).

Por supuesto, en línea con esta investigación, debería establecerse una diferencia entre la “mera liberalidad” y la “materialidad.” Según Aguilar,⁵⁸ existe una distinción entre la facultad que tienen las entidades públicas de transigir disputas y la “mera liberalidad” de estas, ya que “(...) en la primera no hay un ejercicio de libertad del agente, sino un espacio más amplio de decisión, limitado siempre por expresos mandatos normativos”. Como lo pone García,⁵⁹ “(...) el derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa,” es decir, para las entidades públicas “(...) no hay un espacio ‘franco o libre de Ley’, en el que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre.”

Lo anterior quiere decir que tener la facultad de conciliar una controversia no es equivalente a un derecho irrestricto de hacerlo. Pero ¿quiere esto decir que debe acreditarse cierto grado de “materialidad” de la prueba para que proceda el acuerdo? Parecería que esto es lo que exige tácitamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo que promueve la ineficacia de la conciliación administrativa. Como lo reseña Holguín,⁶⁰ es por este tipo de realidades que se ha propuesto que el control de legalidad se remueva de los poderes del juez administrativo y se traslade al Ministerio Público, quien suele ser más respetuoso de los acuerdos de las partes.

IV. Otros retos de la figura

IV.1. El rol de los entes de control

Según Restrepo,⁶¹ además de los objetivos de descongestión judicial, la conciliación contencioso-administrativa busca fomentar

una cultura que favorezca actitudes favorables a la solución pacífica de disputas. De acuerdo con los artículos 267 y 277 de la Constitución, la Contraloría y la Procuraduría tienen a su cargo actividades de control y vigilancia de las actuaciones de los funcionarios públicos. Como parte de estas funciones, las entidades de control deben supervisar asuntos como las conciliaciones suscritas por parte de las entidades públicas, ya que deberán adelantar investigaciones por el mal uso de los recursos públicos o conductas sancionables disciplinariamente si identifican irregularidades en estos acuerdos.

De igual forma, la Ley 2220 de 2022, mediante la cual se expidió el Estatuto de Conciliación, incorporó competencias específicas a la Contraloría en materia de conciliación administrativa. Esta ley, por lo demás, hace referencia a principios relevantes, como el que las conciliaciones administrativas tienen como finalidad la salvaguarda del interés y el patrimonio público.⁶² Asimismo, en esta ley, se dispone que las entidades administrativas envueltas en un trámite de conciliación deben notificar de esto a la Contraloría, para que la entidad decida si participa o no del trámite correspondiente.⁶³ Asimismo, el Decreto Ley 403 de 2020 establece en sus artículos 57 y 66 que la Contraloría podrá ejercer control concomitante y preventivo sobre el uso de los recursos públicos a través de la asistencia, con voz, a las audiencias de conciliación ante la Procuraduría.

Ciertamente, es necesaria la improbación en casos donde el acuerdo conciliatorio carece de soportes suficientes o cuando no cumpla con otros requisitos de ley. En ese sentido, como lo reconoce la doctrina, la creación de entidades fiscalizadoras como la Contraloría y el Ministerio Público son una demostración de la protección del interés público en la normatividad.⁶⁴ Sin embargo, como destaca Montaña,⁶⁵ otras razones por las

58 Juan Pablo Aguilar, *Derecho administrativo y transigibilidad*, REVISTA ECUATORIANA DE ARBITRAJE 249–269 (2014), 256

59 Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo* 440 (2001).

60 Carlos Holguín, *Guía Institucional de Conciliación en Administrativo* 67 (2007).

61 Beltrán de Jesús Restrepo, *La conciliación como solución de conflictos*, 58 ESTUDIOS DE DERECHO 164–180 (2017).

62 Ley 2220 de 2022, art. 3.

63 *Id.*, arts. 106.9.

64 Jorge Correa, *Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho*, REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO 135–161 (2006).

65 *Op. cit.* Montaña (2017), 207-208.

que no prosperan estos acuerdos conciliatorios son el hecho de que “la cultura de litigio está muy arraigada y los miembros de los comités temen seguir siendo investigados por las decisiones que adoptan.” A continuación, se discute un estudio de caso que ejemplifica la intervención de la Contraloría en una conciliación que llevó a su invalidación.

Sin duda, el rol de los entes de control para proteger el erario y la legalidad en las actuaciones de las entidades públicas es de gran importancia. De hecho, en el caso que se va a discutir, se logró identificar una conciliación viciada por corrupción. Sin embargo, las entidades de control no pueden operar de manera irrestricta en su capacidad para revisar los acuerdos conciliatorios. Para determinar el grado de intervención en estos asuntos ya existen criterios en la ley. Según el artículo 90 de la Constitución, los agentes del Estado deben responder ante este por las condenas que reciba por daños “(...) consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo (...)”. Esta regla es el fundamento de la llamada acción de repetición, la cual se puede activar contra servidores públicos que, por su negligencia, han causado responsabilidad al Estado.

Como se puede apreciar, este tipo de acción exige un estándar de prueba extremadamente alto, pues se trata de “culpa grave” o “dolo.” De esta forma, para castigar a funcionarios públicos por acuerdos conciliatorios, las entidades de control deberían evitar la intervención cuando las entidades públicas, de buena fe y en ejercicio de su buen juicio, realizan una labor diligente para llevar a cabo una conciliación, aunque se considere que este acuerdo no era el más favorable.

*Caso Dragacol y Ministerio de Transporte*⁶⁶

En julio de 1998, la sociedad Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S.A. (Dragacol) presentó una solicitud de iniciación

de arbitraje ante la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB) en contra del Ministerio de Transporte. La compañía solicitaba el pago de COP \$2.377.183.758, adicionales a la indemnización de perjuicios respectiva. Aunque la CCB citó a las partes a la audiencia de conciliación extrajudicial y no se llegó a un acuerdo, las partes decidieron desistir del proceso en noviembre de 1998 debido a que sus representantes habían presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación (CAC) de la CCB una solicitud de conciliación extrajudicial.

En el acuerdo conciliatorio, el Ministerio de Transporte le reconoció a Dragacol la suma de COP \$26.000.000.000 por concepto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato y la indemnización resultante de un incumplimiento de los contratos. Por su parte, Dragacol desistiría del arbitraje y dos procesos ejecutivos adelantados contra la entidad. Como resultado de este acuerdo, el Ministerio de Transporte alcanzó a desembolsarle a Dragacol la suma de COP 17.600.000.000.

Posteriormente, la Contraloría interpuso en contra de Dragacol y el Ministerio de Transporte una acción popular encaminada a que se determinara la invalidez del acuerdo conciliatorio. De acuerdo con el ente de control, el acuerdo conciliatorio de la referencia había ido en contra de los derechos de defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa. La Contraloría les solicitó a los jueces del caso que declararan que el acuerdo conciliatorio carecía de efectos jurídicos. En septiembre de 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la totalidad de las pretensiones de la Contraloría en primera instancia. Sin embargo, en mayo de 2002, se interpuso un recurso de apelación del que conoció la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Esta última se pronunció el 31 de mayo del mismo año y decidió conceder el recurso de las accionantes, considerando que se habían desconocido el principio de moralidad administrativa y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público. Entre otras consideraciones, esta corporación determinó

66 Para este caso, refiérase a C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta -, 10 de julio de 2002, 25000-23-24-000-1999-9001-01, C.P. Ligia López Díaz.

que las pretensiones de Dragacol en el acuerdo conciliatorio "(...) carecían del debido sustento (...)" y eran más bien "(...) aspiraciones desmedidas y sin respaldo legal (...)" que habían dado lugar a investigaciones adicionales de responsabilidad penal, así como procesos disciplinarios y penales. Para el Consejo de Estado, no se contaba con el respaldo de la responsabilidad del Ministerio Público y los consecuentes derechos de Dragacol a ser indemnizada.

De esta decisión, cabe además resaltar que, según el Consejo de Estado, (i) hubo conceptos materia de conciliación que eran inexistentes; (ii) no se probaron los perjuicios que se le habían reconocido a Dragacol; y (iii), como resultado de lo anterior, las sumas conciliadas excedían su justo valor. Como resultado de la decisión, se dejó sin efectos la conciliación extrajudicial y se le ordenó al Ministerio de Transporte restituir las sumas que le había pagado a Dragacol como consecuencia del acuerdo conciliatorio.

IV.2. Tensión entre autonomía y control

En la medida que se trata de un MASC autocompositivo, un aspecto fundamental de la conciliación es la autonomía de la voluntad de las partes. Así lo ha reconocido, por ejemplo, el Consejo de Estado al establecer que, por este medio, las partes dan solución al conflicto mediante la determinación del alcance de la conciliación misma.⁶⁷ Al respecto, es relevante mencionar que, tal es la libertad de disposición de las partes, que la conciliación puede hacerse sobre todo o parte de las materias en disputa entre las partes.⁶⁸ En igual sentido, la Corte Constitucional ha establecido que la conciliación es un proceso mediante el cual las partes de una controversia, en ejercicio de su libertad dispositiva, deciden si llegan o no a un acuerdo, conservando siempre la posibilidad de acudir ante la jurisdicción para que sea esta la sede en la que se resuelva el respectivo

conflicto.⁶⁹ De tal manera, el lenguaje de las altas cortes sobre la conciliación siempre ha resaltado la autonomía de la voluntad de las partes en estos procesos.

A pesar de lo anterior, la conciliación administrativa está en extremo regulada y eso hace que se genere una tensión, en el núcleo mismo de la figura, sobre el grado de acción de las entidades públicas. A pesar de estar basada en la autonomía de las partes, como se mostró antes, la conciliación administrativa está reglada y exige homologación posterior. Como lo pone Dussán,⁷⁰ esta aprobación del acuerdo conciliatorio supone "menor disposición de la autonomía de la voluntad en entidades públicas". De esta forma, una investigación realizada en esta materia por el Ministerio de Justicia muestra que las entidades públicas no se sienten cómodas aproximándose a una conciliación, ya que "[e]n la mentalidad de muchos servidores públicos existe la creencia según la cual es mejor esperar una sentencia judicial que conciliar, para así no comprometer el erario a su cargo y disposición ni correr riesgos políticos."⁷¹

Por otra parte, la norma que regula las funciones de los comités de conciliación dispone que estos organismos deberán determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación.⁷² Adicionalmente, la norma impone la carga a los miembros de estos comités de tener en consideración las "pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se cocilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada".⁷³ Esto quiere decir que, si bien en la dimensión sociológica de la conciliación administrativa parece claro que los comités de conciliación carecer de incentivos para conciliar, una problemática distinta surge de la revisión de la dimensión normativa y funcional de su rol, pues no solo pueden conciliar, sino que la norma indica que deben hacerlo cuando estén dadas las circunstancias adecuadas.

67 C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 3 de marzo de 2005, 23875, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

68 *Id.*

69 C.C, 10 de agosto de 2011, Sentencia C-598/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

70 *Op. Cit.* Dussán (2009).

71 La Conciliación en el Derecho Administrativo 11 (1998).

72 Decreto 1069 de 2015, art. 2.2.4.3.1.2.5, num. 5.

73 *Id.*

Este es un aspecto que no solo aparece en la ley, sino que hace parte también de la práctica de las cortes y entes de control que están encargados de supervisar este tipo de decisiones. A manera de ejemplo, en la Circular 004 emitida por el Procurador General de la Nación, se exhorta a los miembros de los comités de conciliación a incidir positivamente en la descongestión judicial a través de mecanismos como la conciliación administrativa. En un tono menos amigable, la misma Circular dispone que

El Ministerio Público estará atento y aplicará los correctivos disciplinarios y ordenará la compulsación de copias para las investigaciones penales y fiscales que resulten pertinentes, cada vez que se encuentre que los comités de conciliación o los representantes legales de las entidades públicas se abstienen de dar viabilidad a acuerdos conciliatorios que resulten beneficiosos para el patrimonio público y sean respetuosos del ordenamiento jurídico, apoyados en razones ajenas al interés general, por ejemplo cuando busquen evitar que se inicien acciones de repetición o investigaciones disciplinarias contra los jefes, directores, representantes legales o superiores jerárquicos de las respectivas entidades, o cuando pretendan impedir que se afecten rubros presupuestales de la administración de turno, sin consideración a la existencia real de la obligación indemnizatoria.⁷⁴

En ese sentido, los entes de control y la jurisprudencia les anuncian también a los funcionarios públicos que, cuando deban suscribir una conciliación y no lo hagan, también estarán sujetos a sanciones. Como lo muestra Segura,⁷⁵ una de las causales por las que los miembros de los comités de conciliación pueden incurrir en una responsabilidad disciplinaria es por “[n]egarse a conciliar cuando exista amplia probabilidad de condena para la entidad pública, la existencia de acervo probatorio que fundamenta el por qué debe conciliarse y de una jurisprudencia reiterada de

las altas cortes aplicable al caso.” En términos de Henao,⁷⁶ “(...) si jurídicamente la entidad observa que asiste razón a su contraparte, y que dicha razón es avalada por el ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia, *no tiene sentido provocar un proceso o insistir en él*” (énfasis propio). Ante esta disonancia, las entidades públicas quedan enfrentadas, sin herramientas, a un dilema en el que sus miembros pueden ser sancionados o investigados por acción o por omisión, lo que causa una tensión fuerte entre la autonomía y el control en la conciliación administrativa.

Según esta investigación, dicha tensión debe ser resuelta de una manera que les permita a las entidades públicas “reconciliarse” con el uso de la conciliación administrativa como un mecanismo al que pueden aproximarse sin temor de por medio. En particular, la autonomía de las partes de estos acuerdos se debería interpretar con mayor fuerza vinculante a partir de indicios como el cambio legislativo que supuso la Ley 446 de 1998. Particularmente, antes de su entrada en vigencia, no podían conciliarse los asuntos que eran resueltos por vía de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. Al respecto, el Consejo de Estado explicó en su momento que esto era porque, al tenor del Decreto-Ley 2651 de 1991, el margen de acción de las entidades era restringido y no podía versar sobre acciones que tenían “(...) como fundamento la infracción de normas de derecho público (...)”.⁷⁷ Por lo tanto, estas estaban limitadas a acciones de controversias contractuales “que son aspectos directa y exclusivamente relacionados con un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad”.⁷⁸

En esta línea, Vargas⁷⁹ afirma que, aunque la descongestión del sistema judicial es una causa del crecimiento de los MASC en los últimos años, se trata

74 Procuraduría General de la Nación, Circular 004 de 2009.

75 Sandra Liliana Segura, La conciliación extrajudicial contenciosa administrativa: su efectividad en las entidades del Estado 39 (2019).

76 Juan Carlos Henao, La Conciliación en el Derecho Administrativo (1996).

77 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 25 de mayo de 2000, Auto Rad. 17078, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

78 *Id.*

79 Héctor Vargas, *Participación De Los Ciudadanos En Gestión De Conflictos*, Revista Derecho del Estado 297-346 (2013), 5.

de una tendencia más grande que hace “(...) que hoy aun los bienes jurídicos más tutelados por el derecho público sean susceptibles de la intervención de ciudadanos para su gestión”. En ese sentido, es ilustrativo también lo que dijo la Corte Constitucional en decisión que declaró la inexecutable de una parte del artículo 65 de la Ley 270 de 1996 por considerar que no puede equipararse la conciliación a una condena contra el Estado.⁸⁰ Particularmente, la corporación resaltó que esto es así porque, a diferencia de una condena, “(...) la conciliación es una de las formas alternativas de terminar con un proceso que se presenta antes de que el juez dicte la respectiva sentencia”.⁸¹ Por lo tanto, en la medida que ni siquiera las investigaciones contra funcionarios públicos que actúan con dolo o culpa grave son equiparables con la conciliación, las entidades de control y jueces administrativos deberían considerar acercarse a estos acuerdos con mayor deferencia.

El caso de las sentencias de unificación del Consejo de Estado es un aspecto a considerar como punto de partida de casos en los que la norma parece incentivar la conciliación en lugar de frenarla. La citada norma del Decreto 1069 de 2015 es un reflejo de otras reglas jurídicas incorporadas en el entramado legal colombiano, como es el caso de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, que apuntan a la seguridad jurídica y la uniformidad legal. El artículo 10 de la mencionada ley, por ejemplo, dispone la importancia de que las autoridades apliquen de manera uniforme las disposiciones legales cuando los supuestos jurídicos y fácticos sean los mismos. Por otra parte, el artículo 102 se refiere expresamente a la extensión de jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, cuando se acrediten las mismas circunstancias.

A manera de ejemplo, el Consejo de estado ha establecido algunos parámetros que deben tener en consideración quienes revisan la legalidad de estas conciliaciones. Entre otras consideraciones, esta corporación expresó que tal análisis no puede consistir en “la aprobación judicial mecánica de

80 C.C., 5 de febrero de 1996, Sentencia S-037/96, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

81 *Id.*

las conciliaciones de las partes, sin parar mientes en la indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación, se puedan producir al tesoro público”.⁸² De igual manera, la jurisprudencia de esta misma entidad dispone que las autoridades deben improbar las conciliaciones administrativas “cuando la fórmula de arreglo sea evidentemente lesiva, desequilibrada, desproporcionada o abusiva en contra del particular, afectado por la actuación u omisión del Estado”.⁸³ Ahora bien, cabe decir que, si bien estos parámetros dan cierta orientación general sobre la forma en que deben proceder los funcionarios al suscribir o aprobar estos acuerdos, no agotan la totalidad de las complejidades fácticas y jurídicas a las que se enfrentan estos funcionarios en la práctica.

IV.3. Temores y desincentivos a las partes

Como lo resalta Benalcazar,⁸⁴ “(...) la conciliación es posible en el derecho administrativo (...) porque existen elementos que no son estrictamente reglados y, por tanto, son susceptibles de discusión en su aplicación práctica”. Esto quiere decir que, en los asuntos que se someten a conciliación, cierto grado de indeterminación sobre las reclamaciones sometidas a arreglo es inevitable. En el caso de las entidades públicas y sus funcionarios, no hay que perder de vista de nuevo que la celebración de este tipo de acuerdos puede detonar investigaciones de responsabilidad fiscal en su contra por la administración de recursos públicos.⁸⁵ Por lo tanto, las entidades de control y jueces a cargo de homologar los acuerdos conciliatorios no deberían aproximarse a estos con un estándar de perfección o incluso con el estándar de materialidad que, como se mostró

82 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 13 de octubre de 1993, Auto Rad. 7891, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

83 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera -, 28 de abril de 2014, Auto Rad. 41834, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

84 Juan Carlos Benalcazar, El proceso contencioso administrativo en el Código Orgánico General del Proceso (COGEP), Revista de Derecho Ius Humani 273–290 (2016).

85 *Op. Cit.* Segura (2019).

atrás en la Sección III, ha establecido *de facto* el Consejo de Estado.

Sobre este punto, es necesario aclarar que, si bien la sola existencia de estos controles e incluso el que efectivamente se adelanten investigaciones resultantes de estos hechos no limita *prima facie* la capacidad de las entidades públicas de suscribir acuerdos conciliatorios, el efecto práctico de estas medidas sí puede ser una prevención que *de facto* evita que estos acuerdos lleguen a realizarse. Como lo resalta también Agudelo,⁸⁶ los funcionarios públicos son reticentes a la conciliación por la “(...) concepción de que el acuerdo conciliatorio puede generar responsabilidad de tipo administrativa y fiscal, prefiriendo que sea el juez quien decida sobre el conflicto en el curso de un proceso judicial (...)” De esta forma, las “segundas instancias” encargadas de supervisar estas conciliaciones deberían evitar caer en el ya conocido “sesgo retrospectivo,” según el cual se juzgan inadecuadamente desde el futuro conductas del pasado, esperando que, como ya se conoce el desenlace, los actores involucrados hubieran elegido la “mejor opción.”⁸⁷

Al final, estas diferencias irreconciliables entre la posición de quienes deben tomar las decisiones, como es el caso de los miembros de los comités de conciliación, y los que juzgan estas acciones, como ocurre con los entes de control y jueces administrativos, sólo crean desincentivos para que las partes acudan a la conciliación administrativa. Esto no tiene otro resultado que reducir a este mecanismo a la ineficacia práctica, ya que tanto entidades públicas como sus contrapartes no tendrán buenas expectativas de lo que pueda suceder con la conciliación que puedan acordar. En términos de Guerra y Lozano⁸⁸, una consecuencia de la falta de autonomía y fuerza normativa de la conciliación lleva a que esta sea percibida por las partes como intrascendente,

pues las partes llegan a considerar que “(...) haya o no acuerdo, el juez tiene la última palabra, y lo de la conciliación extrajudicial es una injustificada pérdida de tiempo”. A continuación, se discute otro caso en el que se echó para atrás el acuerdo de las partes.

*Caso Commsa e INVIAS*⁸⁹

El Concesionario del Magdalena Medio (“Commsa”) y el Instituto Nacional de Vías (“INVIAS”) suscribieron el contrato de concesión No. 0388 en virtud del cual Commsa debía llevar a cabo los diseños definitivos, obras de construcción, operación y mantenimiento de cierto proyecto vial, que pasaba por alrededor de cinco departamentos del país y que tenía una extensión de más de 500 kilómetros. En junio del 2000, mediante la Resolución 002282, el INVIAS declaró la caducidad del contrato por un incumplimiento grave de Commsa. El concesionario interpuso un recurso de reposición, el cual fue resuelto en Resolución No. 004260 de octubre del 2000, confirmando en su mayoría la decisión anterior, que incluía una cláusula penal por US \$137,100,000.

Luego de estos hechos, las partes suscribieron una serie de acuerdos sobre distintos aspectos financieros, jurídicos y contractuales asociados con el respectivo contrato, a partir de los cuales lograron llegar a un acuerdo conciliatorio respecto de sus diferencias previas en el proyecto. En mayo de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien era el encargado de conceder en primera instancia la homologación de la conciliación administrativa, aprobó el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes. No obstante, en diciembre de 2004, el Consejo de Estado revocó la aprobación del acuerdo entre las partes. Sobre el acuerdo conciliatorio, la corporación precisó que

86 Juan Felipe Agudelo, Eficacia de los fines de la conciliación en el ámbito de lo contencioso administrativo: ¿realidad o utopía? (2020).

87 Ulrich Hoffrage & Rudiger Pohl, Hindsight bias (2003).

88 Oswaldo Guerra & César Lozano, Ineficacia de la conciliación en lo contencioso administrativo 25 (2014).

89 Para este caso, refiérase a C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera -, 9 de diciembre de 2004, 25000-32-26-000-2002-1216-01 (27921), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Ni las razones de conveniencia ni las razones de equidad, constituyen elemento suficiente para conciliar los efectos patrimoniales de una decisión de la administración, pues, para que proceda la conciliación debe superarse el test de legalidad, y superado este, el juzgador velará porque el acuerdo no resulte lesivo para el patrimonio público; verificará que existan las pruebas necesarias que lo respalden (...) Estas dos condiciones esenciales, muestran en todo caso que la conciliación frente a actos administrativos además de ser conveniente debe ser fundamentalmente legal, porque, no por razón diferente, la ley exige la eficacia probatoria para proteger el patrimonio público (...) De esta manera, someter al riesgo de pérdida un patrimonio con el argumento de que la negociación representa eventuales ventajas futuras es una decisión perfectamente lícita en el tráfico privado de las finanzas pero inaceptable e ilegal en el marco de las actividades públicas (énfasis propio).⁹⁰

Como lo indica Gamboa,⁹¹ cuando la conciliación no es implementada correctamente, puede convertirse en un procedimiento de mero trámite, entorpeciendo la administración de justicia y aumentando los costos de las partes. Entre otras causas, la doctrina ha identificado que uno de los grandes obstáculos de la conciliación es que la comunidad no cuenta con una cultura en negociación de conflictos, pero sobre todo que los conciliadores “(...) no han desarrollado las plenas habilidades de conciliar, generando una desconfianza frente a la real potencialidad de esta institución” (énfasis propio).⁹² Así, en la sentencia C-1195 de 2001, la Corte Constitucional⁹³ aclaró que la justicia formal no siempre resulta en la solución efectiva de controversias jurídicas. En particular, la corporación resaltó las circunstancias en las que las condiciones establecidas por el legislador pueden resultar en una restricción de

la capacidad del sistema de administración de justicia de ofrecerle a las partes el goce efectivo de sus derechos.⁹⁴

De acuerdo con las cifras históricas de la Procuraduría entre 2009 y 2014, de un total de 282.160 solicitudes de conciliación tramitadas ante estas entidades, 237.642 resultaron sin acuerdo de las partes, lo que corresponde a alrededor de un 84% de los casos sin llegar a la solución efectiva de la controversia.⁹⁵ En contraste con la inoperancia de la figura, autores como González⁹⁶ muestran que la conciliación en materia contencioso administrativa está marcada por “(...) una dramática congestión de la jurisdicción contenciosa, un elevado número de litigios y unas escandalosas cifras en lo que respecta a las demandas y a las condenas contra el Estado.” En tal medida, la información estadística disponible también muestra que, por una parte, aunque la conciliación administrativa puede representar ciertos ahorros al Estado como se analizó en la Sección II, es significativa la cantidad de conciliaciones que fracasan; y, por otra parte, el desuso de la figura es más común a media que avanza el tiempo, con lo que parece que cada vez las entidades públicas y sus contrapartes ven una menor utilidad en esta.

V. Conclusiones

No existe una pauta clara a partir de la cual las entidades públicas puedan analizar con confianza la procedencia o no de un acuerdo conciliatorio. En particular, los estándares establecidos en las decisiones de las altas cortes, aunque establecen alguna orientación sobre prácticas que deben ser evitadas y señales de alarma, también tiene un importante nivel de ambigüedad. A manera de ejemplo, si bien las entidades pueden estar al tanto de que deben prevenir escenarios de ausencia de

90 *Id.*

91 César Leonidas Gamboa, *Las virtudes y los vicios de la conciliación extrajudicial: dualidad discursiva de la justicia moderna* (2005).

92 Humberto Martínez Neira, *Retos de la Justicia* 204 (1996).

93 C.C., 15 de noviembre de 2001, Sentencia C-1195/01, M.P. Manuel José Cepeda, Marco Gerardo Monroy.

94 *Id.*

95 *Op. Cit.* Guerra y Lozano (2014), 22.

96 Sergio González, *Conciliación extrajudicial en asuntos contencioso-administrativos: hacia un nuevo paradigma*, Revista Digital de Derecho Administrativo 57-76 (2010).

soporte probatorio o justificaciones basadas en una conveniencia hipotética de la conciliación, carecen de herramientas claras para determinar cuándo el acuerdo en cuestión podría resultar lesivo para el patrimonio público. Siguiendo esta línea de pensamiento, puede pensarse que, hasta tanto no exista claridad sobre este punto, nunca sería conveniente para una entidad pública arriesgarse a suscribir este tipo de acuerdos.

Actualmente, es positivo el control de legalidad de los jueces administrativos y los entes de control por cuanto permite evitar esquemas abusivos como el de *Dragacol* y, en esta medida, se convierte en una herramienta importante de prevención de la corrupción y otras prácticas que puedan conllevar una afectación del patrimonio público. Sin embargo, estos controles no deben ser tan estrictos que asfixien la motivación de las partes ni su capacidad de actuar de manera independiente y de resolver las controversias a través de la negociación, ahorrándose el desgaste administrativo y financiero de un escenario contencioso. Sobre todo, en proyectos de infraestructura, en los que garantizar la continuidad del servicio o la pronta terminación de las obras es esencial, ya que estas involucran intereses públicos como el acceso de las comunidades a estas obras.

Para el desarrollo de mejores prácticas, un buen punto es contar con el soporte de expertos para elaborar la fórmula de arreglo correspondiente que va a quedar en el acuerdo conciliatorio. En ese sentido, puede buscarse el apoyo de profesionales en la parte técnica para estudiar las disputas entre las partes, la viabilidad de que estas prosperen y, sobre todo, en la parte financiera, para tener un visto bueno, desde una opinión neutral, de que la conciliación es viable y corresponde a la realidad económica de las partes. Por supuesto, esto puede llevar a cuestionamientos por parte de las entidades de control y la rama judicial. En parte porque las autoridades podrían tratar de contradecir los acuerdos conciliatorios con dictámenes independientes de los comisionados por las partes. Dado que es muy viable que expertos diferentes lleguen a conclusiones distintas, esta interferencia de las autoridades puede una vez más llevar a erosionar la utilidad de la conciliación.

Otro punto que debería tenerse en cuenta es si las entidades de control ya han emitido decisiones en el pasado relacionadas directa o indirectamente con la controversia que una entidad está considerando conciliar. Al respecto, cabe precisar que, en estos casos, es probable que existan procesos paralelos a la controversia sobre asuntos económicos o contractuales, como procesos de responsabilidad fiscal o disciplinaria contra contratistas o funcionarios de las entidades públicas. En ese sentido, los pronunciamientos previos pueden servir como guía para que la entidad comprenda el punto de vista de los entes de control y tenga una mejor opinión de la viabilidad o no de un acuerdo conciliatorio. De esta forma, es notorio que, si el acuerdo desconoce o contraría los hallazgos de los entes de control, no resultaría conveniente para la entidad pública en cuestión seguir adelante con este. Sobre este punto, la tensión entre el acuerdo y las decisiones de los entes de control no sólo pueden resultar inconvenientes para la entidad pública, sino que resultarían en actuaciones contradictorias del Estado.

En últimas, la conciliación en Colombia abre la puerta a que las partes logren llegar a acuerdos consensuados en los que, idealmente, se establezcan pautas equitativas que permitan el mejor acuerdo posible incurriendo en menos costos y tiempo, así como permite disminuir la congestión del sistema judicial. Ahora bien, las reflexiones presentadas anteriormente también dejan clara la encrucijada en la que las entidades públicas se encuentran, pues aún a pesar de los beneficios expuestos en términos de costos, tiempo y posibilidad de ganancia de pleitos con baja viabilidad jurídica, los criterios legales desarrollados en la jurisprudencia aún son ambiguos y pueden ser una camisa de fuerza que supone múltiples riesgos legales y disciplinarios para las entidades y funcionarios que buscan llegar a un acuerdo conciliado de buena fe.

Aplicación retroactiva y prospectiva del cambio de precedente en el Consejo de Estado colombiano. Análisis y propuesta de solución *

Retroactive and prospective application of the change of precedent in the Colombian Council of State. Analysis and proposed solution

Lina Marcela Aragón Samboni **

Andrés Felipe Molano Idrobo ***

Resumen

Este artículo se ocupa de reflexionar acerca de la aplicación en el tiempo del cambio de precedente en el Consejo de Estado y, en particular, sobre lo problemático que resulta la aplicación del efecto retroactivo (o retrospectivo) para la garantía de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Para ello, se analizan bajo el método inductivo algunos casos fallados por este órgano judicial, en los cuales se observa la modulación de efectos temporales y se presenta también una propuesta académica, con la que se pretende ofrecer una solución que armonice la retroactividad y la salvaguarda de los mencionados principios.

Palabras clave: Precedente judicial, cambio de precedente, efecto prospectivo, efecto retroactivo, efecto retrospectivo, principio de seguridad jurídica, principio de confianza legítima.

Historial del artículo:

Recibido: 08 de junio de 2023

Aceptado: 10 de agosto de 2023

Cómo citar este artículo:

Lina Aragón & Andrés Molano., Aplicación retroactiva y prospectiva del cambio de precedente en el Consejo de Estado colombiano, 11 Just. & Der. 80 (2023).

* Artículo de reflexión. Este texto surge como resultado del trabajo autónomo de sus autores y expone algunos aspectos abordados en el trabajo de grado denominado: "Efectos temporales del cambio de precedente en el Consejo de Estado colombiano. Un análisis desde los principios de seguridad jurídica y confianza legítima" (sin publicar), presentado en el año 2022 para optar al título de abogados de la Universidad del Cauca.

** Abogada de la Universidad del Cauca y Especialista en Derecho Administrativo de la misma universidad. Correo: linamas@unicauca.edu.co

*** Abogado de la Universidad del Cauca. Cursando actualmente la Especialización en Derecho Público en la Universidad Externado de Colombia. Correo: felipe.andres@unicauca.edu.co

Abstract

This article reflects on the application over time of the change of precedent in the Colombian Council of State and how problematic is the application of the retroactive (or retrospective) effect for the guarantee of the principles of legal certainty and legitimate confidence. For this purpose, we analyze, under the inductive method, some cases decided by this judicial body, in which we can observe the modulation of temporary effects, and we also present an academic proposal, with the aim of offering a solution that harmonizes retroactivity and the safeguarding of the principles.

Keywords: Judicial precedent, change of precedent, prospective effect, retroactive effect, retrospective effect, principle of legal certainty, principle of legitimate confidence.

Introducción

El objetivo principal de este artículo consiste en visibilizar el fenómeno del cambio de precedente en el Consejo de Estado colombiano y, concretamente, la aplicación generalizada del efecto retroactivo (o retrospectivo) por parte de este órgano judicial. Con ello, lo que se pretende es exponer que esta aplicación se ha traducido en el desconocimiento de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, así como en la trasgresión de derechos fundamentales de las personas, quienes habiendo acudido a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ven que varios años después se resuelven sus asuntos conforme un precedente que no estaba vigente al momento de la ocurrencia de los hechos y/o de presentar la demanda y cuyas consideraciones ya no resultan favorables a sus intereses.

En tal sentido, este trabajo surge con la finalidad de comprender el tema del cambio de precedente desde un punto de vista mucho más práctico, como es su aplicación en el tiempo y el impacto jurídico que ello puede tener, pues si bien la variación o modificación del precedente resulta necesaria para dinamizar el derecho y adaptarlo a los nuevos requerimientos sociales, aquella no se puede convertir en un instrumento de inestabilidad, ya que el cambio de criterio jurídico debe hacerse, no solo atendiendo a mejores argumentos, sino también en conjunto con un análisis respecto de su aplicación en el tiempo y las posibles repercusiones que aquel tendrá para los usuarios de la administración de justicia.

El cuerpo de este trabajo se compone de cuatro apartados y un acápite final conclusivo. En el primero, se expone brevemente el tema del precedente judicial, enfocado en el contexto jurídico colombiano, y se alude a la relación que tiene con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

El segundo apartado, se ocupa de presentar la idea de lo que se concibe como cambio de precedente y los efectos temporales que puede tener el mismo, es decir, los efectos prospectivo y retroactivo (o retrospectivo). A su vez, en el tercer

apartado, se expone el análisis de algunos casos fallados por el Consejo de Estado, en donde se evidencia la modulación de efectos temporales, con las implicaciones que las mismas tienen frente a la garantía de los principios antes mencionados.

Por su parte, en el cuarto apartado, se presenta una propuesta de solución construida con base en algunos aportes emanados de la doctrina nacional y extranjera y en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Por último, se presentan unas conclusiones y recomendaciones sobre el tema.

Para el análisis de la información se utilizó el método inductivo, por cuanto se adelantó un estudio de sentencias y doctrina, examinando las situaciones particulares que allí se plantean para, a partir de estas, formular algunas reglas o características más generales que pueden resultar aplicables a casos similares. Asimismo, la investigación que da origen a este documento se encuadra dentro de una investigación cualitativa con un contexto dogmático-jurídico, para la cual se escogió una perspectiva jurídico-propositiva, en la medida en que estas últimas buscan evaluar deficiencias en el sistema jurídico para proponer o aportar posibles soluciones al mismo.

I. El precedente judicial en Colombia y su relación con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima

El precedente judicial, en el contexto jurídico colombiano, puede ser entendido como una sentencia o un conjunto de sentencias previas, cuyos argumentos centrales contienen una, o varias razones jurídicas (*ratio decidendi*), que sirven de fundamento para resolver los casos posteriores que resulten similares en su componente fáctico y jurídico. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado un concepto en los siguientes términos:

"(...) el precedente, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto

de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.”² (Negritas de la Corte).

Con frecuencia, desde la doctrina y la jurisprudencia se acogen distintas nociones de precedente judicial dependiendo de las partes de una sentencia que se consideran relevantes para ser utilizadas -posteriormente- como fundamento normativo de una providencia con la cual se pretende resolver un caso similar. No obstante, tanto la doctrina *más autorizada*³, como la Corte Constitucional⁴ y el Consejo de Estado⁵ coinciden en que, respecto de los precedentes, lo que realmente vincula a los jueces es la *ratio decidendi*

que subyace en las sentencias, ya que pasajes que pueden constituir *obiter dicta* y que no influyen en la resolución del caso, carecen de la trascendencia suficiente para considerarlos como obligatorios.

Por otra parte, también las altas cortes⁶ se han ocupado de establecer cuáles serían los aspectos por verificar, en aras de establecer que existe un precedente aplicable al caso actual que se resuelve, los cuales se contraen en: *i)* identificar la base factual del caso previo y determinar si hay semejanza entre aquella y el caso sometido a resolución; *ii)* establecer la *ratio decidendi* y si la premisa normativa que se aplicó es pertinente para resolver el caso actual y; *iii)* revisar si esa regla previamente fijada se encuentra vigente, o no ha sido modificada a través de un fallo posterior.

Ahora bien, los precedentes pueden ser clasificados de distintas formas acudiendo a factores como su carácter vinculante, o la corporación que los expide⁷. Desde el punto de vista de la obligatoriedad, existen los precedentes vinculantes y los meramente persuasivos, “[e]n el primer caso, los precedentes deben ser aplicados a un caso nuevo. En el segundo, los precedentes no necesariamente deben ser seguidos, pero existen buenas razones para hacerlo”⁸. Esta clasificación también puede relacionarse con la fuerza que cada ordenamiento les otorga a las decisiones judiciales, por ejemplo, cuando se establece que aquellas son una fuente principal del derecho.

2 C.C., 17 de octubre de 2013, Sentencia T-714 de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3 Como Michele Taruffo, para quien el precedente “no es todo lo que se dice en la decisión en cuestión, sino la *ratio decidendi*, es decir, la regla de derecho a la cual el juez ha hecho referencia para calificar jurídicamente los hechos jurídicos concretos controvertidos en la decisión y (precisamente) para decidir sobre estos (...)” en: Michele Taruffo. Consideraciones sobre el Precedente. Revista Ius Et Veritas. N.º 53, 330, 332 (2016). Por su parte, Carlos Bernal Pulido, refiere que “no todo el texto de una sentencia constituye precedente”, pues el carácter de precedente solo se predica de la *ratio decidendi*, la cual define como “la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica” en: Carlos Bernal Pulido. El precedente en Colombia. Revista Derecho del Estado N.º 21, 81, 90-91 (2008).

4 Desde la sentencia SU-047 de 1999, la Corte ha venido indicando que la *ratio decidendi* es el fundamento normativo de la decisión judicial, pues la define como la “*formulación del principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial*” y, por ende, es a ello a lo que le reconoce el valor de precedente. Al respecto, ver entre otras, las sentencias T-439 de 2000, SU-1300 de 2001, T-292 de 2006, C-539 de 2011.

5 En sentencia de unificación del 06 de agosto de 2019, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo definió al precedente como “la decisión o el conjunto de decisiones que sirven de referente al juez para pronunciarse sobre un determinado asunto, por guardar una similitud en sus presupuestos fácticos y jurídicos y respecto de los cuales la *ratio decidendi* constituye la regla que obliga al operador jurídico a fallar en determinado sentido” en: C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 06 de agosto de 2019, 15001-33-33-007-2017-00036-01, M.P. Rocío Araujo Oñate.

6 Al respecto, ver sentencia T-970 de 2012 y sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 04 de septiembre de 2016, 68001-23-31-000-2009-00295-01 (57279). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

7 Desde el punto de vista institucional, existen precedentes verticales y horizontales. Los primeros, se refieren a una decisión judicial previa tomada por un juez de mayor jerarquía y, por su parte, los segundos aluden a aquella decisión previa hecha por un juez o tribunal de la misma jerarquía. Cuando el precedente proviene de decisiones proferidas por el mismo juez que pretende resolver el caso actual, algunos autores, como Marina Gascón, han optado por llamarle auto-precedente.

8 MARINA GASCÓN, LA RACIONALIDAD Y EL (AUTO) PRECEDENTE: BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL FUNDAMENTO Y LAS IMPLICACIONES DE LA REGLA DEL AUTO-PRECEDENTE, EN FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA TEORÍA DEL PRECEDENTE JUDICIAL 67 (CARLOS BERNAL PULIDO ET AL. ED., 2015).

En Colombia opera actualmente un modelo en el que se reconoce la trascendencia de las decisiones judiciales, debido, entre otras cosas, a la (re)interpretación de las fuentes del derecho consagradas en el artículo 230 de la Carta Política y también a la doctrina constitucional⁹, según la cual se considera que las sentencias proferidas por las altas cortes constituyen precedente judicial y resultan vinculantes para los jueces y autoridades administrativas, por provenir de órganos cuya función constitucional es la de unificar la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones¹⁰ y porque ello “*redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico*”¹¹.

De igual forma, la labor legislativa también ha resultado relevante, en la medida en que con la expedición de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- se ha elevado a rango legal el valor vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial que expide el Consejo de Estado (art. 270 del CPACA), e incluso se han diseñado mecanismos para lograr la extensión de sus efectos a casos similares¹². En palabras de Quinche Ramírez, se ha dado una “*positivización del precedente judicial*”¹³.

También podría sostenerse que, en general, toda sentencia que expide el Consejo de Estado así no sea de aquellas que encajan en la tipología de sentencia de unificación, puede tener la connotación de precedente judicial, debido a la consagración misma que tiene la

corporación como órgano de cierre y unificador de jurisprudencia. De hecho, la Corte Constitucional, se refirió en la sentencia C-588 de 2012 a la posible pérdida de valor de las sentencias que no son de unificación e indicó que “[l]as demás sentencias del Consejo de Estado siguen teniendo su valor como precedente del órgano de cierre de lo contencioso-administrativo”¹⁴.

Con todo, debe indicarse que la importancia del precedente judicial radica, fundamentalmente, en los valores y principios que promueve: igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima, coherencia del sistema jurídico, entre otros. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que existe una relación directa entre estos y el precedente judicial:

“5.1. La interrelación entre el precedente, la igualdad, la buena fe (entendida como confianza legítima) y la seguridad jurídica

*El respeto del precedente obedece, entre otros: (i) a la protección del derecho fundamental a la **igualdad** (art. 13 Constitucional), en virtud del cual resulta arbitrario resolver casos con elementos fácticos similares o análogos de manera diferente; (ii) al principio de **buena fe** (art. 83 Superior), el cual “incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos”; criterios a partir del cual se desarrolla la confianza legítima, la cual se erige a partir de expectativas favorables, que generan convicción de estabilidad sobre determinadas situaciones jurídicas que permiten reclamar el respeto de expectativas legítimas con protección jurídica; y (iii) a razones de **seguridad jurídica**, en atención a que las normas deben tener un significado estable para*

9 Doctrina compuesta por, entre otras, las sentencias T-123 de 1995, T-566 de 1998, C-836 de 2001, T-194 de 2011, C-539 de 2011, C-816 de 2011, SU-053 de 2015, C-621 de 2015 y SU-354 de 2017; en donde se sostiene que las decisiones de las altas cortes tienen un carácter vinculante por ser expedidas por órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia y, por lo tanto, no deben ser desconocidas, dado que esto garantiza los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica.

10 Así lo sostuvo la Corte en la sentencia C-816 de 2011.

11 Al respecto, ver la Sentencia C-335 de 2008.

12 En el artículo 102 del CPACA se establece el mecanismo de extensión de la jurisprudencia de unificación a terceros por parte de las autoridades administrativas.

13 MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ, EL PRECEDENTE JUDICIAL Y SUS REGLAS 128 (2016).

14 C.C., 25 de julio de 2012, Sentencia C-588/12, M.P. Mauricio González Cuervo.

guiar la conducta de los seres humanos y, por ende, los jueces deben interpretarlas y aplicarlas de manera coherente, de forma tal que sus decisiones judiciales sean razonablemente previsibles.”¹⁵ (Resaltado propio).

En el caso de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, estos no tienen una consagración expresa en la Constitución Política de 1991, sin embargo, son principios implícitos que tienen plena aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano.

En primer lugar, la seguridad jurídica ha sido entendida como la *“idoneidad del Derecho para lograr ese saber a qué atenerse”¹⁶*, así mismo, es comprendido *“como aquella cualidad que tiene el ordenamiento jurídico relativo a la certeza del Derecho cuando el mismo se aplica”¹⁷* y como la *“aplicabilidad del principio de legalidad y el carácter previsible de las normas jurídicas”¹⁸*. En últimas, este principio se comprende como aquel que garantiza la certeza, estabilidad y previsibilidad de que las normas y reglas jurídicas que fundamentan la actuación de un ciudadano, por ser conocidas y encontrarse vigentes en determinado momento, serán respetadas y/o aplicadas posteriormente a su situación particular¹⁹.

Por su parte, el principio de confianza legítima se erige como un principio de protección que implica que *“ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un comportamiento determinado respecto de otro sujeto o de la comunidad jurídica en su conjunto, producen efectos jurídicos”²⁰*. Viana Cleves lo entiende como un principio que *“otorga al administrado el poder de exigir una protección jurídica de sus expectativas legítimas cuando, al tener razones objetivas para confiar en la estabilidad de la situación jurídica preexistente, la alteración repentina de la misma, sin haber sido proporcionados el tiempo y los mecanismos necesarios para su adaptación a la nueva situación, desencadena una alteración grave de sus condiciones económicas y patrimoniales.”²¹*

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que este principio *“se fundamenta en la protección de las expectativas ciertas, razonables y fundadas que tienen los administrados con relación a las actuaciones del Estado”*. En últimas, se considera que con este *“se amparan unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, que se materializan en comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas”²²*.

Conforme a lo anterior, puede decirse que este principio protege las esperanzas o expectativas legítimas que se crean en el ciudadano a raíz de

15 C.C., 31 de agosto de 2018, Sentencia T- 360/18, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

16 César García Novoa, El principio de seguridad jurídica en materia tributaria 21 (2000).

17 C.C., 05 de junio de 2013, Sentencia C-328/13, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

18 Gabriel Valbuena Hernández. La defraudación de la confianza legítima: aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado 204 (2008).

19 Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado destacan de este principio los elementos de certeza y previsibilidad del sistema jurídico, así como el respeto y confianza de que se aplicaran en un futuro, ver entre otros, Humberto Ávila. Teoría de la Seguridad Jurídica (2012), José Luis Cea Egaña, *La seguridad jurídica como derecho fundamental*, 11 Revista de derecho 1,47(2004), Atilo Anibal Alterini, La inseguridad jurídica (1993), también, C.C., 29 de enero de 1999, Sentencia SU-047/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Auto de Unificación, 28 de marzo de 2019, 15001-23-33-000-2003-00605-01, C.P. William Hernández Gómez y C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta,

06 de agosto de 2020, 19001-03-28-000-2020-00040-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez.

20 Sylvia Calmes, Du principe de la protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français, citado por Gabriel Valbuena, La defraudación de la confianza legítima: Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado 153-154 (2008). Este planteamiento también es acogido por Pedro José Jorge Coviello quien indica que este principio *“ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez”* de cualquier actuación estatal que sean *“jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla”* en Pedro José Jorge Coviello, La protección de la confianza del administrado (2004).

21 María José Viana Cleves, El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano 162 (2007).

22 C. Edo. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 29 de enero de 2019, 11001-03-28-000-2018-00031-00. C.P. Rocío Araujo Oñate

una omisión, actuación, o decisión, adoptada por una autoridad estatal, las cuales implantan una serie de criterios en los que el ciudadano confía y a los que adecua su conducta, con miras a obtener el mismo resultado determinado y preestablecido por la administración. De modo que, este principio evita que el ciudadano se vea sorprendido con situaciones que no conocía, que no le eran previsibles y que van en contravía de esa convicción que se creó con la conducta de la autoridad estatal²³.

De igual forma, el principio de confianza legítima protege las expectativas y/o esperanzas legítimas que se crean con los fallos reiterados expedidos por los órganos judiciales que tienen la competencia de unificar criterios, los cuales, como ya se decía, constituyen precedente judicial. Lo anterior, implica que, ante cambios del precedente judicial por altas cortes, como el Consejo de Estado, que sean intempestivos y abruptos, el principio impone que se debe respetar la confianza que le ha sido creada al ciudadano y a la cual atemperó su conducta en un momento determinado, a fin de que el operador judicial que conozca su caso adopte y aplique la misma postura que previamente había sido establecida para resolver un asunto similar. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

“La jurisprudencia que se ha referido a este principio constitucional, vinculándolo a la imposibilidad que tiene el Estado de modificar intempestivamente las reglas de juego que gobiernan sus relaciones con los particulares,

23 El Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2019, referenciada en la anterior nota a pie de página, establece cuatro (4) elementos que se requieren para que se configure la confianza legítima y que se corresponden con los planteados por María José Viana y Gabriel Valbuena Hernández, los cuales se pueden resumir como: (i) la existencia de un hecho claro y preciso que permita concluir la voluntad estatal tendiente a producir efectos jurídicos, (ii) legitimidad de la confianza que corresponde a que *“la convicción del destinatario sea genuina”*, (iii) exteriorización de la confianza del administrado que consiste en actuar u omitir una conducta ante el Estado y (iv) exista una defraudación de la confianza legítima, considera como *“una actuación intempestiva e inesperada de la autoridad”* que modifique las reglas aplicables en las relaciones entre administrados y Estado.

ha establecido su aplicación en dos frentes: el primero permite suponer que determinada regulación se mantendrá, cuando existen razones objetivas para ello y, el segundo, que las decisiones adoptadas por determinada autoridad pública serán consistentes con las expectativas de protección jurídica que se ha formado el ciudadano.

(...) de lo que se trata es de que las autoridades judiciales estén dispuestas a “adoptar la misma decisión cuando concurren los mismos presupuestos de hecho y derecho, sin que les sea permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas que no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos”²⁴. (Negrilla fuera del texto).

De manera que, estos dos principios poseen una clara relación con el precedente judicial, por cuanto la seguridad jurídica es un fundamento y un fin que se persigue al establecerse un determinado precedente, comoquiera que a través de este se da claridad y certeza, tanto al ciudadano como a todos los operadores judiciales, sobre las reglas jurídicas que se fijan para resolver un asunto, evitando con ello que se profieran decisiones injustas, arbitrarias y dispares. Así mismo, como el operador judicial tiene el deber de respetar y aplicar el precedente judicial, tal exigencia previene que se presenten situaciones de incertidumbre, inestabilidad e inseguridad jurídica.

En conclusión, ambos principios se convierten en una protección para el ciudadano, ante las modificaciones del precedente judicial del Consejo de Estado, pues exigen que no se desconozcan las posturas previas y que se tengan en cuenta las mismas para resolver un determinado asunto.

24 C.C., 03 de mayo de 2012, Sentencia T- 319A/12. M.P. Luis Ernesto Vargas.

II. El cambio de precedente y sus efectos temporales

La revocación o el cambio del precedente (*overruling* en el *common law*) es un fenómeno que se presentará cuando el operador judicial decida establecer un criterio jurídico distinto para resolver el caso bajo examen, apartándose, sea con razón suficiente o no, de la manera como previamente se había resuelto, por él mismo (precedente horizontal y auto-precedente) o por un superior, (precedente vertical) algún caso similar en cuanto al componente fáctico y jurídico²⁵.

Ahora bien, la variación de un precedente, salvo que ocurra con demasiada frecuencia, no debería implicar un problema para los ciudadanos, pues sería desacertado pretender que los jueces no puedan cambiar de opinión y que el derecho se petrifique ante la necesidad de regular una realidad social que es dinámica y cambiante. No obstante, a pesar de lo valioso que puede resultar el cambio de criterio judicial, en algunas ocasiones, la variación puede deberse a circunstancias que no son propiamente justas y razonables, por ejemplo, Ospina Garzón²⁶ señala que existen causas legítimas e ilegítimas del cambio de precedente y, dentro de estas últimas, se encontrarían todas aquellas circunstancias en donde lo que prevalece es la veleidad del operador judicial y la desviación del poder jurisdiccional.

25 Tal concepto se adapta a partir de los conceptos propuestos por Patricia Campos Mello, *La función de los precedentes como un filtro argumentativo*, en *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* 67 (Carlos Bernal Pulido ET AL. ed., 2015). Y por Álvaro Cuesta Simanca, *Responsabilidad del Estado por aplicación retroactiva de cambios de jurisprudencia* (2012). Otros autores, como Carlos Bernal Pulido y Miguel Alvarado Esquivel también presentan sus propias definiciones, no obstante, no resultan del todo precisas y acuden más a las razones que pueden fundamentar un cambio de precedente que a explicar ciertamente en qué consiste.

26 Andrés Fernando Ospina Garzón. *Los cambios de jurisprudencia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿veleidad o independencia del juez?*, en *Contribuciones para el sistema de precedentes jurisprudencial y administrativo* 41 (José Luis Benavides ed., 2014).

Con todo, en Colombia, se ha reconocido que los jueces pueden apartarse del precedente, sin embargo, deben exponer las razones que fundamentan esa decisión. Al respecto, la Corte Constitucional ha concretado los requisitos para que el juez, tanto individual como colegiado, se aparte del precedente, indicando que:

"(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia).

(ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)"²⁷.

Cumplidos esos dos principios, esto es, el de transparencia y el de razón suficiente, puede considerarse que el apartamiento del precedente es válido y que no resulta arbitrario para quien acude a la administración de justicia. De igual forma, el componente argumentativo debe ser de tal calidad, que permita dilucidar claramente los motivos que hacen imperativo el cambio de postura.

En el caso del Consejo de Estado, la variación del precedente se puede constatar en algunas sentencias donde simplemente se abandona una línea jurisprudencial pacífica sobre un determinado tema y se implanta un nuevo criterio²⁸, o cuando se profiere una sentencia

27 Id.

28 Como, por ejemplo, en las sentencias donde se modificó la postura frente al régimen subjetivo de responsabilidad del Estado por prestación del servicio de salud, pues en 2006 se abandonó el criterio de la falla presunta y se retornó el régimen general de la falla probada del servicio con ocasión de la Sentencia de la Sección Tercera del 31 de agosto de 2006, 68001-23-31-000-2000-09610-01 y con otros pronunciamientos de ese mismo año. O también en los casos de responsabilidad por la prestación deficiente del servicio de gineco-obstetricia, donde en virtud de la sentencia de la Sección Tercera, del 7 de diciembre de 2004, radicado 14767, se abandonó la tesis sobre la aplicación del régimen objetivo y se analizó la imputación en estos casos conforme al régimen subjetivo de falla probada del

de unificación jurisprudencial y, si bien podría argumentarse que en estas últimas solamente se “unifican” criterios, lo cierto es que debe analizarse que estos fallos se suscitan, generalmente, con ocasión de posturas divergentes dentro de la misma jurisdicción, con lo que se tiene que hay procesos que vienen siendo sustanciados o fallados en primera instancia conforme una determinada postura y otros conforme a otra distinta. En tal sentido, sentar jurisprudencia puede implicar, para algunos ciudadanos, que su caso sea finalmente resuelto de una manera diferente a como se esperaba que fuera fallado hasta antes de que se expediera la sentencia de unificación. De manera que, es allí cuando también se puede hablar de cambio de precedente, aunque formalmente solo se diga que es una unificación de jurisprudencia.

Ahora bien, cuando se presenta un cambio de precedente conviene preguntarse si el nuevo criterio se aplica solamente a los casos que se presentarán en el futuro, o si debe aplicarse también al caso actual que se resuelve y a todos los que están pendientes por decisión judicial. En el primer caso, se trata de una aplicación prospectiva del cambio de precedente y, en el segundo supuesto, se trata de una aplicación retroactiva del mismo.

Lo que se ha denominado como “efecto prospectivo”, o una revocación prospectiva del precedente “(*prospective overruling, non-retroactive judicial law making*)”²⁹, implica:

“que el caso actual enjuiciado sería resuelto conforme al antiguo criterio, anunciándose en la misma sentencia el nuevo criterio jurisprudencial, que sólo sería aplicable para casos posteriores, variando, no obstante, los criterios para la aplicación de la nueva doctrina, ya que puede circunscribirse a cualquier caso que se resuelva con posterioridad a la emanación de la sentencia,

*o sólo a los hechos enjuiciados en procesos que se inicien con posterioridad a la sentencia, o sólo a los hechos que se produzcan con posterioridad a la sentencia.”*³⁰

En tal sentido, un sistema o efecto prospectivo indica que el cambio de precedente, o la aplicación de las nuevas razones de peso para decidir (*ratio decidendi*), deben aplicarse hacia el futuro, es decir que, el nuevo criterio no afecta el caso concreto que se resuelve, sino que solo será aplicable a los casos que surjan con posterioridad a la variación.

Por su parte, el “efecto retroactivo” o revocación retroactiva del precedente (*retrospective overruling, adjudicative retroactivity*)³¹ implica “*la aplicación del nuevo criterio al caso actual enjuiciado y a cualquier otro caso que haya de ser resuelto con posterioridad donde resultara aplicable la misma fuente del Derecho seleccionada o interpretada con el nuevo criterio jurisprudencial.*”³²

De manera que, la aplicación del cambio de precedente en estos casos es de forma “inmediata”, con lo que, además de aplicar el cambio de precedente (o el nuevo criterio que se implanta en la sentencia) a los casos futuros, se estará afectando también al caso *sub judice* y a todos los demás que se encuentran pendientes por fallo judicial.

Ahora, conviene precisar que la aplicación de un efecto retroactivo no implica que se alteren situaciones jurídicas consolidadas antes del cambio de precedente, pues la resolución de los asuntos fallados bajo la órbita del precedente que se encontraba vigente no es susceptible de ser alterada en virtud del nuevo criterio jurídico, ya que sería como atentar contra el principio de cosa juzgada y afectar derechos adquiridos. Lejos de ello, el efecto retroactivo se centra solamente en que las nuevas consideraciones jurídicas se aplican a los casos cuyos supuestos fácticos se dieron con anterioridad al cambio de precedente, pero respecto de los cuales todavía no se tiene

servicio, pero con flexibilización frente a la prueba de la falla, al considerar indicios como el desarrollo normal del embarazo hasta el momento del parto.

29 MARTIN OROZCO MUÑOZ, La creación judicial del derecho y el precedente vinculante 248 (2011).

30 Id.

31 Id.

32 Id.

una decisión judicial definitiva. Por ello, y para evitar confusiones, a veces se opta por llamarlo efecto retrospectivo.

Bajo esa perspectiva y entrando en materia, se debe indicar que el Consejo de Estado acude a modular sus sentencias conforme los efectos temporales que ha identificado la doctrina. Sin embargo, una revisión de las sentencias expedidas por este órgano, permite evidenciar que la regla general es la aplicación retroactiva³³ del cambio de precedente y solo en contadas excepciones se acude al efecto prospectivo³⁴. Además, la usanza de este efecto como regla general ha sido reconocida expresamente por la misma corporación³⁵.

33 Al respecto, véase las Sentencias de Unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018, radicación No. 52001-23-33-000-2012-00143-01 (IBL aplicable a pensionados del régimen de transición) y del 09 de agosto de 2016, radicación No. 11001-03-25-000-2011-00316-00 (alcance del control judicial de los actos administrativos proferidos en ejercicio de la acción disciplinaria). De la Sección Segunda del 25 de abril de 2019, radicación No. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19 (asignación de retiro soldados profesionales). De la Sección Tercera del 28 de agosto de 2014, radicación No. 26251 (reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de muerte y de daño inmaterial por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados) y del 28 de agosto de 2014, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz, radicación No. 31172 (perjuicios morales a reconocer a las víctimas en casos de lesiones personales).

34 Como en las Sentencias de Unificación la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 27 de marzo de 2007, radicación No.: 76001-23-31-000-2000-02513-01 (acción idónea para reclamar la indemnización por el no pago, o no pago oportuno de las cesantías definitivas) y del 29 de enero de 2019, radicación No. 11001-03-28-000-2018-00031-00 (sobre la inhabilidad consagrada en el artículo 179.5 de la Constitución). También las Sentencias de Unificación de la Sección Quinta del 07 de junio de 2016, radicación No. 11001-03-28-000-2015-00051-00 (sobre la incompatibilidad prevista en los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, así como la aplicación de los principios pro homine y pro electoralem en materia electoral y los efectos de las declaraciones de nulidades electorales por vicios subjetivos) y del 26 de septiembre de 2017, radicación No. 15000-23-4100-000-2015-02491-01 (en relación con la regla consistente en el deber de los jueces de resolver todas las causales de invalidez señaladas por la parte actora en las demandas de nulidad electoral).

35 Al respecto, en C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 28 de agosto del 2018, 5001-23-33-000-2012-00143-01, C.P. Cesar Palomino Cortés, se indica: “La Sala Plena

De igual forma, es posible verificar que el Consejo de Estado prefiere muchas veces acoger el concepto de “retrospectividad”, en lugar del de “retroactividad”, no obstante, con ello no se indica otra cosa sino que el cambio de criterio debe ser aplicado inmediatamente, afectando a los procesos pendientes por resolución judicial y a los que se presenten a futuro. Por lo que, en la práctica, es lo mismo que el efecto retroactivo.

Esta modulación de efectos y la utilización indistinta de los conceptos de retroactividad y retrospectividad se puede verificar en algunos apartes de las consideraciones, o también en la parte resolutive de las sentencias. Sin embargo, lo relevante es que en muy pocos fallos se exponen las razones por las cuales se privilegió la escogencia del efecto retroactivo, lo que resulta problemático, porque no solo se altera la expectativa que se tenía de que el asunto fuese fallado conforme a un determinado criterio judicial, sino que tampoco se entiende por qué, en ese preciso caso, resultaba necesario aplicar inmediatamente las nuevas consideraciones.

III. Algunas sentencias del Consejo de Estado en donde se modulan los efectos temporales

Empecemos por la excepción, es decir, los casos en los que se aplica el efecto prospectivo. En primer lugar, tenemos la sentencia de unificación del 27 de marzo de 2007³⁶, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por medio de la cual se estableció que la acción de reparación directa era improcedente para reclamar el pago de la indemnización moratoria que se genera ante la ausencia de pago, o no pago oportuno, de las cesantías definitivas de los funcionarios públicos.

de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva (...)”.

36 C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 27 de marzo 2007, 76001-23-31-000-2000-02513-01, C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

Para fundamentar la escogencia del efecto prospectivo, la Sala acudió al respeto de la seguridad jurídica y del derecho de acceso a la administración de justicia y señaló que los casos que habían sido iniciados a través de la acción de reparación directa debían continuar así hasta su culminación, pues el criterio jurisprudencial solo era aplicable a partir de su ejecutoria. En tal sentido, el principio de seguridad jurídica se utilizó para proteger a los ciudadanos que demandaron con base en el criterio jurisprudencial anterior.

Este aspecto resulta relevante, porque es la primera vez en que la Sala contempla que, sobre un asunto netamente procesal, el efecto prospectivo sea más útil para evitar que se configure una situación que sería imposible de sanear o corregir después de instaurarse la demanda y de agotarse las distintas etapas procesales.

La aplicación de este efecto, también se observa en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2019³⁷ del Consejo de Estado, en la que se unificó el criterio temporal respecto a la inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución, estableciéndose que dicha inhabilidad se configura y materializa desde el día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular y culmina en la fecha de la elección del candidato. Esta regla de unificación fue modulada por el Consejo de Estado, al establecer que tendría *“aplicación a partir del próximo proceso electoral que se lleve a cabo para elegir Congresistas.”*³⁸

Para fundamentar la modulación, se acude a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, así: *“la jurisprudencia constante y reiterada de la Corporación configura una base sólida y objetiva a partir de la cual, el demandado confió, genuinamente y justificadamente, en que la inhabilidad por parentesco sólo se configuraba si el*

*pariente ejercía autoridad el día de los comicios, pues así lo había dicho la Sala Plena.”*³⁹

Interpretación que permite destacar que, para el Consejo de Estado, la jurisprudencia que es constante y reiterada es generadora de confianza legítima y amerita protegerse ante los cambios del precedente, lo que, en últimas, solo se lograría al privilegiar un efecto prospectivo.

Por otra parte, el efecto prospectivo también se usó para defender el debido proceso de la parte demandada en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017⁴⁰, expedida por la Sala Plena de la Sección Tercera, en la cual se unificó el criterio frente a los perjuicios que pueden ser reconocidos cuando se presenta la muerte o lesión de aquella persona que se desempeña como “ama o amo de casa” en una familia. Aquí, se consideró que la aplicación prospectiva garantizaba el derecho al debido proceso y a la defensa, toda vez que con la nueva postura se implantaba la posibilidad de reconocer nuevos perjuicios que no pudieron ser controvertidos durante el proceso.

Ahora bien, al acoger el efecto prospectivo se garantizan los principios de seguridad y confianza legítima, en la medida en que se evita que se apliquen situaciones intempestivas y sorpresivas que no existían al momento en que se demandó o, incluso, cuando se ejerció el derecho de contradicción y defensa. En otras palabras, es una herramienta que protege a todas las partes en un litigio, ante las nuevas reglas que se implantan por la modificación al precedente.

Así mismo, el efecto prospectivo evita que se presente incertidumbre e inestabilidad en el ordenamiento jurídico y lo mantiene estable, duradero y confiable, en donde las reglas reiteradas se respetan y se aplican para salvaguardar al ciudadano que actuó conforme a lo que previamente había sido establecido y que

37 C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 29 de enero de 2019, 11001032800020180003100. C.P. Rocío Araujo Oñate.

38 Id.

39 Id.

40 C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sala Plena Sección Tercera, 27 de junio de 2017, 50001- 23-31-000-2000-30072-01. C.P. Hernán Andrade Rincón.

espera que sea aplicado al momento de resolver su asunto particular.

Sin embargo, como se indicó anteriormente, la regla general en el Consejo de Estado es que el cambio de precedente sea aplicado de forma retroactiva, lo que no solo termina vulnerando los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, sino que también, en algunas ocasiones, resulta en una vulneración de derechos fundamentales.

Uno de los fallos que conviene destacar, es la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018⁴¹, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en donde se unificó el criterio interpretativo en relación con la aplicación del ingreso base de liquidación (IBL) que debe tenerse en cuenta en los casos de exfuncionarios públicos beneficiarios del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993.

Esta unificación, derivó de la necesidad de asumir una posición que se alineara con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, frente al tema del IBL de la Ley 100 de 1993, y buscaba asimismo, terminar con la dispersión de criterios dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los cuales estaban generando decisiones diferentes para asuntos con los mismos supuestos de hecho.

El Consejo de Estado, al momento de defender el efecto temporal retroactivo, señaló lo siguiente:

“115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud

del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.” (Se destaca).

Sin perjuicio de lo dicho por la Sala, lo cierto es que en el fallo no se expuso un análisis frente a las implicaciones que traería el efecto retroactivo, en cuanto a las expectativas y/o esperanzas de quienes buscaron una reliquidación de sus pensiones con base en el precedente anterior, ya que en ninguna parte del fallo se argumenta la necesidad de que el nuevo criterio se aplique de forma inmediata a todos estos casos.

Este fallo, defraudó por completo la confianza legítima de las personas que, razonablemente, podían prever que su caso iba a resultar favorable, debido al conocimiento de la postura jurisprudencial, constante y reiterada, que accedía a la reliquidación pensional en estos casos. Además, con esta decisión, se configuró una vulneración del derecho a la igualdad, dado que, personas cuyos casos se resolvieron antes de la sentencia de unificación, tienen pensiones reliquidadas de forma diferente de aquellas personas cuyos casos no se fallaron prontamente, a pesar de tener los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Algo similar sucedió en la sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021⁴², proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera, en la cual se unificó el monto de los perjuicios morales en casos de privación injusta de la libertad, los cuales fueron reducidos considerablemente y se modificó también el estándar probatorio exigido a las víctimas indirectas para demostrar el daño moral.

41 C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 28 de agosto de 2018, 52001-23-33-000-2012-00143-01. C.P. César Palomino Cortés.

42 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sala Plena Sección Tercera, 29 de noviembre de 2021, 18001 – 23- 31 -001-2006-00178-01. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

El efecto retroactivo, se defiende argumentando que lo que vincula de una regla jurisprudencial es *"su enunciación precisa en la sentencia en la que se adopta"*⁴³ y que es esto lo que crea la expectativa legítima. Asimismo, que el derecho a la igualdad se garantiza aplicando la providencia de forma similar a los casos próximos a resolverse, pues se alega que *"la fecha en la cual se presentó la demanda no tiene en este caso ningún tipo de relevancia para estructurar tal derecho"*⁴⁴.

No obstante, el primer argumento no resulta ser cierto, dado que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha señalado que la jurisprudencia constante y reiterada también es generadora de confianza legítima⁴⁵, sin que se limite a la existencia de una regla expresa contenida en la sentencia. A su vez, el segundo argumento, desconoce lo manifestado por la misma jurisprudencia de la corporación, pues en algunos casos ha tenido en cuenta la fecha de presentación de la demanda para aplicar, o no, alguna regla jurisprudencial, ya que se considera que no es viable resolver un asunto con reglas que no estaban vigentes cuando ocurrieron los hechos⁴⁶.

43 Id.

44 Id.

45 Esta argumentación se encuentra en la sentencia de Unificación del 29 de enero de 2019 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de Rocío Araujo Oñate, previamente analizada cuando se abordaron los casos de efecto prospectivo.

46 En sentencia del 02 de marzo de 2020 de la Subsección B de la Sección Tercera (Radicado 39947 – C.P. Martín Bermúdez Muñoz) no se aplicó la regla jurisprudencial contenida en la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012 (Rad. 24.897), porque esta regla jurisprudencial no se encontraba vigente al momento de los hechos. La regla consistía en que no se podía ejecutar a una entidad pública persiguiendo el pago de prestaciones sin la existencia de un contrato válido y con sustento solo en haber sufrido un enriquecimiento sin justa causa. También, en la sentencia del 10 de diciembre de 2020 de la Subsección B de la Sección Tercera (Radicado 47.757 – C.P. Alberto Montaña Plata), no se aplica el precedente que determinó las excepciones que pueden proponerse en un proceso ejecutivo, donde el título ejecutivo está compuesto por un acto administrativo, ya que los hechos del caso habían sido previos al establecerse esa postura. Por lo tanto, se respeta la interpretación anterior en la que se permitía alegar la nulidad del acto administrativo como excepción de mérito.

Por otra parte, para justificar la aplicación de este efecto, se creó una regla jurisprudencial concerniente a que, sin que importe la instancia en la que se encuentre el proceso, se pueden allegar pruebas que demuestren el perjuicio moral alegado, lo que termina desconociendo las propias normas procesales de lo contencioso administrativo y excediendo las competencias del juez.

Otro caso en el que se aplicó el efecto retroactivo corresponde a la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020⁴⁷, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera, mediante la cual se unificó la jurisprudencia frente al término de caducidad del medio de control de reparación directa, en asuntos relacionados con delitos de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos.

Debe destacarse que, si bien en este fallo no se determina expresamente que se acoge un efecto retroactivo, la aplicación se deduce porque la nueva regla sobre el término de caducidad fue aplicada al caso examinado por la Sala y ello deriva en que se declare la excepción de caducidad, al considerar que los demandantes, que eran familiares de la víctima directa, habían acudido a la administración de justicia siete años después de ocurrida la muerte extrajudicial de su pariente, sin que aparentemente se demostrara la imposibilidad de haber demandado durante el término establecido en la ley.

Esta aplicación retroactiva no solo afectó a las víctimas del caso concreto, sino también a aquellos procesos que estaban próximos a fallarse. De uno de estos casos da cuenta la sentencia de tutela del 30 de abril de 2021⁴⁸, en donde se analiza una providencia de segunda instancia proferida en un proceso cuyos supuestos fácticos son iguales al caso analizado en la sentencia de unificación, pues

47 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sala Plena Sección Tercera, 29 de enero de 2020, 85001-33-33-002-2014-00144-01. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

48 C. Edo., Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B. 30 de abril de 2021, 11001-03-15-000-2020-04068-01. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

la muerte extrajudicial había ocurrido en el año 2007 y la demanda se había presentado en el año 2014, es decir, siete años después.

En este último caso, en segunda instancia se aplica el nuevo criterio y se declara la caducidad del medio de control, sin embargo, los afectados interponen una acción de tutela, la cual resulta favorable al considerar que había un desconocimiento del precedente en el que se fundamentó la demanda y porque, al haberse modificado un presupuesto procesal, se dice que el ciudadano *“no puede ni debe verse afectado con los cambios repentinos de la jurisprudencia”*⁴⁹, pues, cuando esto sucede, la aplicación de la nueva regla debería regir en procesos futuros.

La sentencia de tutela termina demostrando lo problemático del efecto retroactivo, porque, a pesar de que los dos casos tenían los mismos supuestos fácticos y jurídicos, terminaron resolviéndose de una forma distinta, pues si bien se tutelaron los derechos fundamentales en el segundo caso y se ordenó expedir un fallo de reemplazo, no resultó igual en el asunto que se falló en la sentencia de unificación, pues al revisarse el expediente⁵⁰, se logra constatar que los demandantes interpusieron una acción de tutela contra la providencia, pero la misma no fue favorable en ninguna instancia. Es aquí, donde se evidencia también que la aplicación injustificada del efecto retroactivo no promueve el papel unificador del Consejo de Estado.

También frente a un aspecto procesal, se presentó la aplicación retroactiva del precedente en la sentencia de unificación del 13 de julio

2021⁵¹, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por medio de la cual se estableció que la acción de grupo resultaba improcedente para perseguir la indexación e intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío del reajuste salarial.

Nueva interpretación que se indicó que debía ser aplicada a todos los casos que estuvieran pendientes de resolución, tanto en vía judicial como administrativa. Para argumentar la escogencia del efecto retroactivo, se dijo simplemente que no se afectaban derechos adquiridos o fundamentales de las partes.

Sin embargo, no se comparte tal apreciación, porque al modificar un aspecto procesal, como lo es la procedencia de un medio de control, esto trae como consecuencia que se altere la confianza legítima y se transgreda la seguridad jurídica y derechos fundamentales como el acceso a la administración de justicia, igualdad y debido proceso, de los ciudadanos que acudieron a la administración de justicia con base en ese medio de control que alguna vez se consideró como idóneo para perseguir las pretensiones laborales.

Aunado a ello, los procesos pendientes no van a poder ajustarse a la nueva postura y ello trae como consecuencia que se tenga que proferir una sentencia inhibitoria, por indebida escogencia del medio de control o, simplemente, desestimar las pretensiones de la demanda por aspectos formales sin efectuar un análisis de fondo. Todo ello deja desprotegidos a los interesados, quienes son igualmente usuarios de la administración de justicia.

Estos dos casos últimos casos se traducen en situaciones intempestivas e inesperadas para los demandantes, a quienes se les modificaron las reglas procesales durante el transcurso del proceso y se les exigió atemperarse a nuevos parámetros que no estaban establecidos al

49 Id.

50 En la “Consulta de Procesos” de la página web de la Rama Judicial, se puede verificar que dentro de la acción de tutela con radicado No. 11001031500020200338100, promovida por Juan José Coba y otros, en contra de la providencia dictada por la Sección Tercera, le correspondió decidir en primera instancia a la Sección Quinta, que profirió sentencia el 03 de septiembre de 2020 denegando el amparo y, en segunda instancia, la Sección Segunda confirmó la decisión, mediante sentencia del 21 de octubre de 2020.

51 C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 13 de julio de 2021, 05001-33-31-009-2006-00210-01. C.P. William Hernández Gómez.

momento en que se ejerció el derecho de acción y que, claramente, no van a poder cumplir.

De acuerdo con lo expuesto, el efecto prospectivo es el que contribuye a garantizar en mayor medida los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues impide que se apliquen reglas o interpretaciones que no conocía el ciudadano al momento de acudir a la administración de justicia. Asimismo, la aplicación prospectiva evita que se defraude la confianza legítima del ciudadano, porque como las reglas se aplican a futuro, entonces no permite que se presenten situaciones intempestivas y abruptas que desconozcan las expectativas y/o esperanzas legítimas que se crearon con el precedente anterior.

Así mismo, la prospectividad se acompasa con la realidad de la congestión y la mora judicial que aqueja a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, debido a que impide que los costos de las deficiencias en la administración de justicia se trasladen a los usuarios, cuyos asuntos deberían haber sido decididos años atrás conforme a un precedente anterior. En otras palabras, el efecto prospectivo evita que sea el ciudadano quien deba soportar las consecuencias de esos cambios intempestivos de precedente y tiende a que sea el Estado, quien asuma los efectos derivados de no haber garantizado una justicia oportuna.

No obstante lo anterior y, pese a la defensa que desde varios ámbitos se puede hacer del efecto prospectivo, lo cierto es que en el Consejo de Estado prevalece el cambio retroactivo de precedente y es una realidad difícil de cambiar. Por lo tanto, y entendiendo también que podrían existir buenas razones para aplicar inmediatamente un nuevo criterio jurisprudencial, resulta importante presentar una propuesta de solución que posibilite armonizar las dos perspectivas.

IV. Propuesta de Solución

Lo primero que se debe indicar es que, desde la doctrina y la jurisprudencia ya se han venido expresando algunas propuestas de solución a la problemática que plantea la definición de los efectos temporales del cambio de precedente. Por ejemplo, el Consejo de Estado ha intentado establecer algunas pautas a tener en cuenta al momento de optar por alguno de los efectos temporales, así en la sentencia del 04 de junio de 2019, la Sala indicó que ante el cambio de precedente deberían analizarse aspectos como los siguientes:

"29.- Para efectos de determinar si la aplicación retroactiva o retrospectiva del cambio de precedente judicial vulnera la seguridad jurídica y el principio de confianza legítima deben tenerse en cuenta, entre otros factores, los siguientes: (i) si la conducta del individuo dependió o no de la regla jurisprudencial vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos objeto de juzgamiento. Es decir, si su actuar dependió del conocimiento previo y calculabilidad de la regla sentada en el precedente que posteriormente es objeto de modificación; y, (ii) el grado de la fuerza normativa material del precedente modificado, para lo cual es necesario estudiar la corrección de la regla sentada en éste."⁵².

No obstante, algunas de estas pautas tienden a ser muy restrictivas, pues por ejemplo, se alude a los casos en que no se haya cuestionado lo bien fundado del precedente y lo cierto es que, como lo dice Ricardo Ezqueda *"en la mayoría de los casos las partes no discuten lo ajustado al ordenamiento que era la postura reformulada (...) o, aún peor, estos virajes se adoptan cuando ya los actores del conflicto no pueden intervenir pues el proceso se encuentra en etapa de fallo"*⁵³.

52 C. Edo., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 04 de junio de 2019, 11001-03-15-000-2013-01628-00. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

53 Ricardo Andrés Ricardo Ezqueda, *La aplicación retroactiva y retrospectiva del precedente judicial según el Consejo de Estado colombiano*, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal N°. 47, 210 (2018).

Por otra parte, las autoras Marina Gascón⁵⁴ y Laura Serrato⁵⁵ consideran que la solución puede depender del análisis sobre la favorabilidad del cambio de precedente. En el caso de esta última autora, la favorabilidad es para “*el sujeto más débil de la relación*”⁵⁶, o el que “*se encuentra en la posición o condición de mayor vulnerabilidad*”⁵⁷. Lo anterior, resulta jurídicamente viable, según enfatiza, de conformidad con el principio *pro homine* y los “*criterios derivados del in dubio pro libertatis, la condición más beneficiosa, el favor debilis, e incluso el principio de equidad*”⁵⁸.

Por otro lado, Ricardo Ezqueda, acude a unos denominados “remedios procesales”, con los que plantea una serie de soluciones dependiendo del momento en que se presente el cambio de precedente aplicable a determinado asunto, pues, a su juicio, es posible que las partes presenten argumentos a favor o en contra de la aplicación del nuevo precedente y se decreten pruebas con el fin de verificar la existencia de los hechos que permitirían aplicar el nuevo criterio jurisprudencial⁵⁹.

Sin embargo, estos remedios resultarían ineficaces en algunos asuntos donde, por ejemplo, lo que se modifica es la interpretación que tiene el juez respecto al alcance de alguna norma, como en el caso de la sentencia de unificación del año 2018 sobre el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, pues allí no habría tenido cabida la solicitud de pruebas que hiciese la parte demandante, ni mucho menos los argumentos que presentase el abogado para no aplicar el nuevo criterio jurisprudencial, dado que se trataba de un asunto en donde el Consejo de Estado buscaba alinearse con el precedente de las otras altas cortes y pretendía que de esa

misma manera se fallaran los demás procesos en curso.

De igual forma, con estos “remedios” se le estaría dando a la problemática una suerte de resolución caso a caso y quedaría a merced del operador judicial otorgarles a las partes las oportunidades correspondientes para que estas se pronuncien frente a la posible aplicación del nuevo precedente judicial.

Entonces, no obstante lo valioso de las propuestas, cada una por separado resultan siendo insuficientes considerando la magnitud de la problemática que se presenta. Por ende, conviene adoptar una actitud propositiva y ofrecer una propuesta más amplia, en la que se integren varios de los aspectos mencionados y se armonice la retroactividad y la salvaguarda de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

En tal sentido, la propuesta consiste en que en todos los casos en que el Consejo de Estado pretenda modificar o cambiar su propio precedente, se debería realizar y exponer dos tipos de análisis: en primer lugar, un análisis acerca de la necesidad y las bondades del cambio de precedente (justificación del cambio en sí mismo), cumpliendo en todo caso, con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para apartarse del precedente -principios de transparencia y de razón suficiente- y; en segundo término, un análisis sobre el efecto temporal que considera más adecuado para aplicar en ese asunto (justificación del efecto temporal).

Se trata entonces de que la corporación argumente, no solo que abandona un precedente y por qué se aparta del mismo, sino que también justifique por qué las nuevas consideraciones jurídicas deberían aplicarse inmediatamente a los procesos que se encuentran en curso y ello debería hacerse teniendo en cuenta criterios como los que se acaban de mencionar. De manera que, la argumentación que fundamenta la escogencia del efecto temporal del cambio de precedente no sería la misma que justifica el cambio en sí mismo, pues aunque irían de la mano, representan dos aspectos diferentes con sus propias implicaciones jurídicas.

54 Supra nota 8.

55 Laura Serrato Perlaza, *Aplicación en el tiempo del cambio de precedente judicial en las tres altas cortes: dinámica actual y propuesta de solución* (2019) (tesis pregrado, Universidad Externado de Colombia).

56 Id. en 50.

57 Id. en 51.

58 Id. en 64.

59 Id. en 212-213.

Ahora, en el marco de ese segundo análisis sobre el efecto temporal, se debe acudir a la verificación de ciertos criterios que le permiten al juez establecer la procedencia de una eficacia retroactiva o prospectiva del cambio de criterio y sopesar así, las ventajas y desventajas que representa cada alternativa. Los criterios a tener en cuenta serían los siguientes: **i)** el tipo de precedente que se modifica y el grado de confianza que se podía tener frente al criterio jurídico que se abandona; **ii)** si alguna de las partes basó su conducta exclusivamente en la regla jurisprudencial anterior; **iii)** si el nuevo precedente introduce un cambio frente a aspectos procesales o impone una carga que, después de iniciado el proceso, sería imposible de cumplir para alguna de las partes; **iv)** la favorabilidad que puede representar el nuevo precedente y; **v)** si se presenta una colisión entre principios.

i) El tipo de precedente que se modifica y el grado de confianza que se podía tener frente al criterio jurídico que se abandona:

Corresponde analizar si el precedente que se modifica estaba contenido en una sentencia de unificación; o provenía de un conjunto de sentencias que, aunque no son de aquellas consideradas como de unificación, sí comprendían una línea jurisprudencial uniforme y pacífica sobre un determinado tema; o si lo que se está haciendo es unificar posturas dispersas dentro de la jurisdicción. Este aspecto está relacionado con el grado de confianza que podía generar el precedente que se abandona, toda vez que si aquel se encontraba contenido en una sentencia de unificación, resulta factible concluir que habría generado una expectativa de resolución judicial que es digna de protección bajo el efecto prospectivo. Por el contrario, si los pronunciamientos eran disonantes y la jurisprudencia estaba dispersa, entonces el cambio de precedente podía haber sido previsible y, por ende, el ciudadano estaba en capacidad de comprender que su caso podría ser decidido

conforme un criterio que no necesariamente le sería favorable.

Es deseable que, cuando se pretenda variar el precedente vinculante y unificado de la corporación, se modulen los efectos temporales hacia el futuro y, solo excepcionalmente, se acuda al efecto retroactivo, el cual, en todo caso, debería estar precedido de una argumentación suficiente que permita evidenciar por qué resulta procedente, ya sea por la favorabilidad que pueden representar las nuevas consideraciones, o porque entran en juego principios jurídicos que, confrontados con la igualdad, la confianza legítima y la seguridad jurídica, resultan siendo prevalentes.

ii) Si alguna de las partes basó su conducta exclusivamente en la regla jurisprudencial anterior:

Es decir, analizar si la conducta desplegada por alguna de las partes se basó enteramente en la regla jurisprudencial que se encontraba vigente al momento en que ocurrieron los hechos o se inició el proceso judicial. Por ejemplo, si la parte demandante alega la responsabilidad del Estado conforme un título de imputación que manejaba la Sección Tercera, o si afirma que presentó la demanda oportunamente y que no ha operado la caducidad conforme lo establecido en algún precedente de la corporación.

Lo mismo sucedería en caso contrario, si la parte demandada sustentó su defensa en las consideraciones judiciales anteriores. No obstante, resultaría prevalente para el análisis de este factor la posición de la parte demandante, pues es quien acciona y pone en movimiento el aparato judicial y, por ende, si actuó amparada en las consideraciones del Consejo de Estado, puede decirse que todo el proceso tiene como base de inicio la postura jurisprudencial de la corporación.

Se trata entonces de considerar si el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado fue

determinante para que se iniciara el respectivo proceso judicial, pues en tal caso, debería tenerse en cuenta la expectativa legítima que tendrían los actores frente a la prosperidad de sus pretensiones, máxime si el precedente en el que basaron su conducta se encontraba contenido en una sentencia de unificación jurisprudencial.

De nueva cuenta, son deseables los efectos prospectivos del cambio de precedente en estos casos, sin embargo, podría justificarse la aplicación retroactiva con base en la favorabilidad o en la prevalencia de un principio jurídico.

iii) Si el nuevo precedente introduce un cambio frente a aspectos procesales o impone una carga que, después de iniciado el proceso, sería imposible de cumplir para alguna de las partes:

Con asuntos de orden procesal se alude, por ejemplo: al medio de control que se debía invocar en la demanda, a la jurisdicción y competencia y al término de caducidad de la acción, entre otros. Por otra parte, la imposición de cargas sería, por ejemplo: la prueba de algún elemento necesario para la prosperidad de las pretensiones, como en el caso del cambio de paradigma en cuanto al reconocimiento de perjuicios morales en favor del hermano de quien fue privado de su libertad injustamente, pues el precedente, al momento de presentar la demanda, solo les exigía a los demandantes la demostración de su estado civil, es decir, solo la acreditación de parentesco con la víctima directa, para presumir el dolor y la aflicción constitutivos de daño moral⁶⁰.

60 C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sala Plena Sección Tercera, 29 de noviembre de 2021, 18001 – 23- 31 -001-2006-00178-01. C.P: Martín Bermúdez Muñoz. Cuyo análisis se presentó previamente al analizar los casos donde se aplicó el efecto retroactivo.

En estos casos, tal como lo ha considerado en algunas ocasiones el Consejo de Estado⁶¹, si se privilegia la eficacia retroactiva del cambio de precedente, además de vulnerar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, el juez estaría atentando también contra el derecho de acceso a la administración de justicia, pues al modificar retroactivamente el precedente frente a estos temas procesales se da al traste con la oportunidad del ciudadano de obtener justicia y reparación, ya que, por ejemplo, en el tema de la caducidad, un nuevo criterio permitiría que se profiriera un fallo inhibitorio o que no decida de fondo el asunto y, ante el paso del tiempo, no habría posibilidad de acudir nuevamente a la jurisdicción.

En tal sentido, resulta necesario que en estos asuntos se les dé continuidad a las actuaciones y al proceso en sí mismo, permitiéndole culminar conforme al criterio jurisprudencial anterior, lo que implica que el cambio de precedente deba ser siempre prospectivo o a futuro.

iv) La favorabilidad que puede representar el nuevo precedente:

La argumentación frente a la favorabilidad del nuevo precedente permitiría justificar la procedencia excepcional del efecto retroactivo, pues se concuerda con Gascón y con Serrato en que los efectos temporales del nuevo precedente deben ser analizados de la mano con la favorabilidad que pueden representar las nuevas consideraciones jurídicas para el caso. Sin embargo, debe precisarse, como bien lo indica esta última autora, que la favorabilidad debe entenderse para quien se encuentre en desventaja frente al Estado, o sea el extremo débil de una relación jurídica con el mismo.

61 Como en la sentencia de unificación del año 2007, analizado previamente en los casos de aplicación del efecto prospectivo y que se refería al medio de control adecuado para demandar el pago de la indemnización moratoria por no pagar oportunamente las cesantías.

Ahora bien, en materia constitucional podría resultar sencillo determinar si un precedente nuevo resulta más garantista que el anterior, por tratarse generalmente de asuntos relacionados con derechos fundamentales. Igualmente, sería factible en casos de responsabilidad extracontractual del Estado, o de derecho administrativo laboral, por identificarse fácilmente cuál es la parte que se encuentra en desventaja frente al Estado. No obstante, existirán asuntos que se ventilen al interior de la Jurisdicción donde puede resultar imposible, o por lo menos complejo, establecer cuál es el extremo débil de la litis, como por ejemplo en procesos en donde ambas partes sean entidades públicas.

De manera que, en este punto se debe propender por verificar que, al ser el nuevo criterio favorable y optar por un efecto prospectivo, se estaría retardando injustificadamente la operatividad de la nueva regla jurisprudencial, lo que haría necesario entonces acudir al efecto retroactivo y aplicar inmediatamente las nuevas consideraciones, tanto al caso *sub judice*, como a los que se encuentran en trámite dentro de la jurisdicción, a fin de que estos puedan ser fallados conforme un criterio jurisprudencial que les resultaría mucho más favorable.

v) Si se presenta una colisión entre principios:

Este criterio implica tener en cuenta que en los casos de cambio de precedente siempre se va a encontrar una tensión entre distintos principios jurídicos, pues por un lado, estarán los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima y, por otra parte, estarán aquellos principios que se considera que pueden justificar una variación inmediata del precedente.

En esa medida, deberá acudirse a la ponderación⁶², con el fin de superar la colisión

62 La ponderación es una teoría creada por Robert Alexy, que permite que, ante la existencia de una colisión de principios

que se presenta entre principios y determinar si, en el caso concreto, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima deben ceder frente a otros principios que resultan prevalentes. Esto dotará de mucho más sentido la escogencia de cualquiera de los dos efectos temporales y evitará que se presente un desconocimiento injustificado de estos principios.

V. Conclusiones y recomendaciones

En suma, el precedente judicial en Colombia tiene fuerza vinculante, especialmente, el que deriva de la jurisprudencia de las altas cortes. De igual forma, la importancia del precedente radica en los valores y principios que promueve, como la seguridad jurídica y la confianza legítima, los cuales protegen a los ciudadanos ante los cambios intempestivos de criterio judicial, ya que son garantía para el mantenimiento de las expectativas o esperanzas legítimas que se crean a partir de las sentencias judiciales.

Por otra parte, los jueces tienen el deber de respetar y aplicar el precedente judicial, sin embargo, no está vedada la posibilidad de apartarse del mismo, siempre y cuando se brinden las razones que justifican tal decisión. Al respecto, cuando se presenta un cambio de precedente, las nuevas consideraciones se pueden aplicar solamente a los casos futuros (efecto prospectivo), o al caso actual que se resuelve y a todos los que están pendientes por resolución judicial (efecto retroactivo o retrospectivo).

El Consejo de Estado varía su precedente con ocasión de algunas sentencias donde se abandona una línea jurisprudencial, o también cuando profiere una sentencia de unificación. En estos casos, la aplicación retroactiva del cambio de precedente es la regla general y solo en contados casos se aplica el efecto prospectivo. No obstante,

en un determinado caso, se pueda otorgar un mayor peso a uno de ellos de acuerdo con las circunstancias fácticas y con ello poder adoptar una decisión. Ver: Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1993).

no hay un criterio uniforme para determinar en qué casos se debe aplicar uno u otro efecto temporal. Con todo, lo cierto es que del análisis de algunas sentencias se desprende que el efecto retroactivo desconoce los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, sin perjuicio también de la afectación a derechos fundamentales como la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia.

En atención a la problemática, se presenta una propuesta consistente en que el Consejo de Estado, en los casos en que se pretenda variar su precedente, exponga las razones que justifican dicho cambio y asimismo, una argumentación sobre la escogencia del efecto temporal que aplica. En esa medida, si bien se trataría de una doble argumentación y un incremento de trabajo para el operador judicial, resulta una exigencia mínima si se tiene en cuenta que se podría evitar que en estos casos los ciudadanos se vean asaltados en su buena fe y vean frustrado su derecho de acceso a la administración de justicia. Lo anterior, por cuanto un cambio retroactivo de precedente y además, sin argumento que lo justifique, deviene en una actuación arbitraria dentro de un sistema que defiende el valor vinculante del precedente judicial.

Finalmente, a modo de recomendación, conviene señalar que cuando se presente un caso de variación retroactiva del precedente y se apliquen en segunda instancia las nuevas consideraciones en perjuicio de los derechos y garantías fundamentales de alguna de las partes, es posible acudir al mecanismo de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues si bien la Corte Constitucional mantiene una doctrina muy consistente frente a la procedencia excepcional de este mecanismo, se considera que, ante un cambio de precedente retroactivo que vulnere injustificadamente las expectativas legítimas de los ciudadanos, la parte que se considere afectada puede promover esta acción, con el fin lograr la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia y así mismo, promover la sujeción del juez al precedente anterior, pues es factible que el juez constitucional ordene la

expedición de un nuevo fallo respetuoso del mismo, tal y como se pudo constatar con la Sentencia de tutela del 30 de abril de 2021⁶³, cuyo análisis se presentó dentro de uno de los ejemplos de aplicación retroactiva del precedente.

63 C. Edo. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B, 30 de abril de 2021, 11001-03-15-000-2020-04068-01. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Justicia y Derecho

Revista de la Facultad de Derecho,

Ciencias Políticas y Sociales

- ISSN 2323-0533
- Versión impresa



Universidad
del Cauca

- E-ISSN 27112470
- Versión digital

Volumen 11 Enero - Diciembre de 2023

Agradecimientos a revisores

El Comité Editorial agradece a los siguientes profesionales que evaluaron anónima y voluntariamente los artículos presentados en este volumen:

Andrea Alarcón Peña

Brajhan Santiago Obando Obando

Carlos Andrés Pérez-Garzón

Edgar Andrés Quiroga Natale

Héctor Antonio Domínguez Mosquera

Jhon Hamilton Chamorro Chamorro

Jorge Olver Mondelo Tamayo

José López Oliva

Juan Sebastián Hernández Martínez

Laura Marlen Beltran Osorio

Laura Rodarte