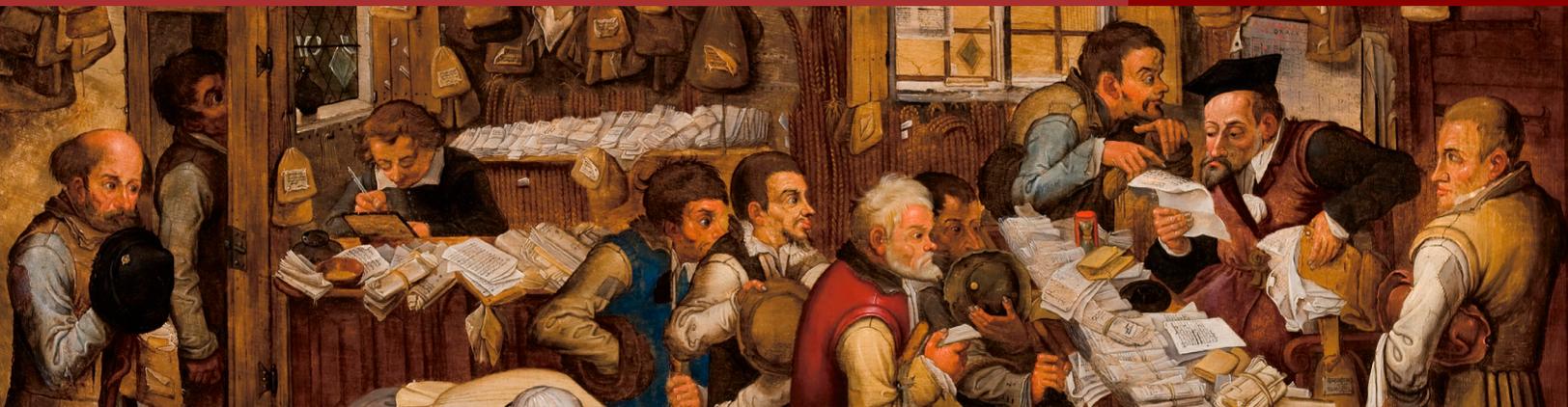


dos mil tres mil



Revista de divulgación arbitrada, dirigida a la comunidad académica y científica interesada en la ciencia política, el derecho y las áreas afines

Ediciones
Unibagué



**Universidad
de Ibagué**

Comprometidos con el desarrollo regional

dos mil tres mil

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
2019

Ediciones
Unibagué



**Universidad
de Ibagué**

Comprometidos con el desarrollo regional

Revista *Dos mil tres mil*
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Ibagué
Diciembre de 2019
Volumen 21
ISSN Digital 2539-1933
doi: <https://doi.org/10.35707/dostresmil/21>

Presidente del Consejo Superior
María Margarita Botero de Meza

Rector
Francisco César Vallejo Mejía

Decano
Luis Fernando Sánchez Huertas

Editora
Constanza Vargas Sanmiguel



<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

© Universidad de Ibagué, 2019
Carlos Ferney Forero Hernández, Juan Guillermo Correa García, Juan José Torrente Rocha,
Manuel Alejandro Gallo Buriticá, María Cristina Solano de Ojeda, Constanza Vargas Sanmiguel,
2019.

Portada: The tax-collector's office, Pieter Brueghel II.

Dirección editorial: Ediciones Unibagué
ediciones.unibague.edu.co
Universidad de Ibagué, Carrera 22, Calle 67
Barrio Ambalá, Ibagué, Colombia
Tel (57-8) 2760010. www.unibague.edu.co
publicaciones@unibague.edu.co

Contenido

Editorial	5
• Investigación	
El derecho tributario, ¿derecho administrativo o derecho económico?	7
Carlos F. Forero Hernández	
• Eventos académicos	
El vacío y el rector. Democracia y derecho en la Universidad de Caldas	34
Juan Guillermo Correa García	
Presentación del libro: Derecho y neurociencias, una relación complementaria	45
Juan José Torrente R.	
Diplomado en derecho penal económico y financiero. Otra actividad académica del Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico de la Universidad de Ibagué	50
Carlos F. Forero Hernández	
• Jurisprudencia	
Intervención de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 301 de la Ley 1564 de 2012. Sentencia C-097/18	65
Manuel Alejandro Gallo Buriticá	
Intervención de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 55 de la Ley 1819 de 2016 (Reforma Tributaria Estructural). Sentencia C-266/19	70
Carlos F. Forero Hernández	
Intervención de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué en la demanda de inconstitucionalidad contra el literal k del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017. Sentencia C-356/19	74
María Cristina Solano de Ojeda	

Editorial

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué presenta el volumen veintiuno de la revista *Dos mil tres mil*, correspondiente al año 2019. Continuamos con el firme propósito de consolidarnos como un espacio confiable de divulgación de los temas de discusión académica e investigativa a nivel regional, nacional e internacional.

La difusión de la información científica, la calidad y el seguimiento del proceso editorial han evolucionado gracias a las nuevas tecnologías; por esta razón, durante este año hemos avanzado positivamente en la migración de nuestro sistema editorial a la plataforma Open Journal Systems. Una herramienta útil para alcanzar el principal propósito de una publicación como *Dos mil tres mil*: dar visibilidad a quienes han iniciado, con buen tino, en el camino de la escritura académica, al igual que en el recorrido propio de la investigación; todo ello, al lado de publicaciones de quienes ya cuentan con una vasta experiencia en el campo del derecho, la ciencia política y afines.

Es muy valioso el espacio dedicado a los eventos académicos que se ven reflejados en esta edición de la revista, pues no se trata de un relato somero, sino de un esfuerzo por comunicar las actividades desarrolladas en entornos académicos como el de nuestra Facultad, en asocio con otras disciplinas o entre grupos de investigación. Como verán, se trata de rescatar la voz de académicos expertos en su área que, al participar en un acto significativo para los intereses de todos como comunidad del conocimiento, dejan una memoria que merece preservarse por este medio.

Finalmente, los aportes de nuestros docentes en el ejercicio democrático de discusión propuesto por las diversas demandas de inconstitucionalidad, reflejan el criterio que la academia debe abanderar para el logro de una sociedad más justa, sin que ello implique coincidencia, en todos los casos, con la postura final de la Corte Constitucional.

Agradezco a todo el equipo editorial y, en especial, a Ediciones Unibagué por su permanente apoyo para la consecución de este propósito común.

Una vez más, los lectores tienen a su disposición una nueva edición de la revista *Dos mil tres mil*, que representa la más clara muestra de que el acceso al conocimiento debe fluir como el respirar: libre, claro y permanente.

Constanza Vargas Sanmiguel
Editora
Revista *Dos mil tres mil*

Investigación

El derecho tributario, ¿derecho administrativo o derecho económico?

Tax law, administrative law or economic law?

Carlos F. Forero Hernández*

• **Recepción:** 10/05/2019 • **Aprobación:** 31/10/2019 • **Publicación:** 17/12/201

Para citar este artículo

Forero Hernández, C. F. (2019). El derecho tributario, ¿derecho administrativo o derecho económico? *Dos mil tres mil*, 21. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/2101>



* Grupo de investigación Zoon Politikon, integrante del GEDPE, Universidad de Ibagué, ORCID: 0000-0002-9108-2413, carlos.hernandez@unibague.edu.co

A mi gran maestro, Dr. Hernando A. Hernández Quintero.

Resumen. El objeto de este escrito es diferenciar a la comunidad académica sobre la conveniencia de hablar de derecho económico y no de derecho administrativo cuando se hace referencia al derecho tributario; entendiendo por derecho económico como el derecho de la intervención del Estado en la economía. Este tema tiene un enfoque interdisciplinar que vincula el derecho y la economía.

Abstract. The purpose of this article is to illustrate the academic community the convenience of discussing about economic law, and not administrative law, when referring to tax law. Understanding economic law as the right of the State intervention in the economy. This issue has an interdisciplinary approach that links law and economics.

Palabras claves

Derecho tributario, derecho administrativo, derecho económico.

Key words

Tax law, administrative law, economic law.

Introducción

Del derecho tributario es muy común afirmar, por ser parte del objeto de estudio de la hacienda pública (Plazas, 2008) o de las finanzas públicas (Miranda, 1999), que su régimen jurídico es de derecho administrativo (Olano, 2007). Otros afirman que, dentro de la clasificación general del derecho, el derecho tributario forma parte del derecho público (Ramírez, 1990). No obstante, se considera que el derecho tributario, por la evidente conexión con la política económica, es de derecho económico; entendiendo por este último como el derecho de la intervención del Estado en la economía (Ariño, 2003).

De esta manera, las líneas que siguen pretenden abordar la conveniencia de hablar de derecho económico y no de derecho administrativo cuando se hace referencia al derecho tributario; de ahí que el tipo de investigación utilizado en este ensayo es demostrativo. Para llevar a cabo este tema es necesario abordarlo de la siguiente manera: 1) Derecho administrativo y derecho económico. Ubicación del tema. 2) Del derecho tributario. Aspectos generales. 3) ¿Es de derecho administrativo el derecho tributario?

1. Derecho administrativo y derecho económico. Ubicación del tema

1.1. *Noción doctrinal de la institución: derecho administrativo*

De la institución derecho administrativo se encuentra un sinnúmero de nociones elaboradas por los estudiosos del derecho público. La tarea de elaborar una noción exacta del derecho administrativo ha sido uno de los más complejos problemas de la doctrina (Santofimio, 1996). Dicha complejidad no se presenta exclusivamente frente a la institución derecho administrativo, sino también al acto administrativo que para algunos es la piedra angular de esta rama del derecho público (Sánchez, 1995).

Sea lo primero señalar que algunos juristas han asimilado el derecho administrativo con la ciencia del derecho administrativo; pero se comparte lo explicado por Montaña Plata (2010), al señalar que son dos nociones diferentes, la primera es un cuerpo homogéneo de normas, en tanto que la segunda es aquella construcción de pautas teóricas, principios y bases de ese cuerpo normativo por parte de la doctrina. Esta precisión es bastante importante, dado que evita confusiones cuando se habla de derecho administrativo o ciencia del derecho administrativo.

Un buen sector de la doctrina ha explicado que el derecho administrativo es el derecho de la Administración pública (Ayala, 2009) o de las administraciones públicas (Santamaría, 2011), y otros, como el derecho de la función administrativa (Montaña, 2010). Reconocidos juristas definen el derecho administrativo como una rama del derecho público que estudia lo relacionado con la Administración pública; Younes Moreno (2016), por ejemplo, lo define como “la rama del derecho público concerniente a la Administración” (p. 3). En ese mismo sentido lo entiende el tratadista francés Jean Rivero (2006).

Amado Abril (2017) lo define como una ciencia jurídica que se encarga de estudiar la institución Administración pública, principalmente en sus tres componentes: 1) la función

administrativa, que alude a la organización y actuación (estructura y actividad), 2) la función pública, que hace referencia a las personas al servicio del Estado, del recurso humano y 3) la gestión pública, que se encarga de estudiar los instrumentos técnicos y económicos como la planeación, control, evaluación y rendición de cuentas.

La anterior noción resulta coherente, pero bastante amplia. Incluye entonces para su estudio además de la función administrativa, la función y gestión pública. En la actualidad no es viable asimilar la función administrativa con la función pública, ni con la gestión pública. Es posible encontrar muchas nociones acerca de esta institución, y todas relacionadas para su estudio con la Administración pública.

De las consideraciones precedentes se ha identificado que el derecho administrativo está muy relacionado con la Administración pública, es tanto que esta ha sido considerada como el principal objeto de estudio de esta rama del derecho público (Rodríguez, 2000). De acuerdo con Omar Guerrero (1997), se entiende por Administración pública como “la actividad del Estado” (p. 24), esto es, referida a la función administrativa (criterio material) (Ayala, 1994).

Por su parte, Ayala Caldas (2009) ha explicado que para definir la Administración pública se puede acudir a dos criterios, por saber: el material y el orgánico. El primero hace referencia a la función administrativa, mientras que el segundo hace referencia a la pluralidad de personas, entidades u organismos (u órganos, para algunos) estatales que cumplen la función administrativa. En el mismo sentido explica Rodríguez en su reconocida obra *Derecho administrativo general y colombiano* (2000).

La Administración pública involucra todas las funciones administrativas que ejercen los distintos órganos del Estado, sin importar a cuál rama del poder público pertenezca, incluyendo las funciones administrativas ejercidas por particulares y autorizadas por la ley; funciones en las cuales se deben aplicar principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política como son: “Igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”, dichos principios son explicados, no a profundidad, en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). En esta se afirman “funciones administrativas ejercidas por particulares”, porque la Constitución, en su artículo 210, ha señalado que “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la Ley”.

Dichas funciones administrativas se relacionan con la actividad administrativa (Montaña, 2010), la cual conduce a la actuación administrativa (Ayala, 1994), y la que se manifiesta tanto a través de actos administrativos, operaciones administrativas, así como también contratos (Rodríguez, 2000), actuaciones que, sin duda, están sometidas a la teoría del control judicial (Vidal, 2004). Estas manifestaciones deben estar sometidas siempre al cumplimiento del interés general (artículo 209, Constitución Política, 1991), de ahí que el estudio del derecho administrativo debe relacionar dicho cumplimiento. Al respecto, Santofimio Gamboa (1996) ha señalado lo siguiente: “El concepto de derecho administrativo debe comprender, como parte de

su descripción, el cumplimiento de los cometidos propios del Estado social y democrático de derecho, el interés general y el bien común” (p. 169).

Es bueno señalar que la Administración pública no se manifiesta por sí sola, está muy relacionada con otras disciplinas del conocimiento como la politología, la sociología, la economía, disciplinas que, de acuerdo con Montaña (2010), son aplicadas o desarrolladas por la ciencia administrativa o de la administración. Sobre esta explicación se cree que no hay discusión y la experiencia, o la historia, lo ha demostrado.

1.1.1. Fenómenos que dan lugar a la transformación del derecho administrativo en derecho económico

Una vez abordado sobre la institución derecho administrativo, se dará paso a los factores que dan lugar a su transformación en derecho económico, un nuevo paradigma dentro de las ciencias sociales (Pinzón, 2010). Corresponde advertir que dicha transformación no implica el desaparecimiento de la teoría del control judicial, pues, toda actuación (o actividad) administrativa no está exenta de dicho control (Tafur, 1996).

Se han identificado dos fenómenos considerados primordiales en la transformación del derecho administrativo en derecho económico: 1) la ruptura de la ecuación derecho administrativo-Administración pública y 2) la huida (o migración) del derecho público hacia el derecho privado (puede haber otros fenómenos).

De acuerdo con el primero, el tratadista argentino Juan Carlos Cassagne (1999) ha sostenido que la ruptura entre uno y otro se da por “la injerencia progresiva del derecho administrativo contemporáneo sobre esferas de actuación reservadas anteriormente con exclusividad al derecho privado” (p. 107). Dicha escisión se evidencia en la participación de particulares que cumplen funciones administrativas y, también, por la notoria participación de empresas de derecho privado para la prestación de servicios públicos. Importante decir que al evidenciar que las empresas particulares prestan servicios públicos o realizan funciones administrativas (funciones pertenecientes del derecho administrativo), no significa, como es obvio, que perderán su naturaleza de empresa privada; ellas siguen siendo empresas de derecho privado (Forero, 2017a).

Es bueno señalar que un buen sector de la doctrina no reconoce que el derecho administrativo nace y se alimenta de los contenidos del derecho privado, de importantes instituciones de derecho civil, sino a partir de la teoría del servicio público, de la prevalencia del interés general (criterio teleológico). Santofimio (2017), al respecto, ha concluido que “el derecho civil, por siglos, ha constituido el derecho común de la ciencia jurídica e incluso vanguardia importante de la teoría general del derecho” (p. 179), dentro de dicha teoría se encuentra, sin duda, el derecho administrativo.

En la actualidad, en la práctica se identifica que en la Administración pública sus actividades están aplicando con mayor rigor normas de derecho privado (principalmente normas de derecho comercial y civil). Como es el caso, por ejemplo, del régimen jurídico contractual

de las empresas industriales y comerciales del Estado, el cual forma parte del campo de estudio del derecho público, que aplica con mayor rigor normas de derecho privado (civil y comercial) en sus contratos.

De acuerdo al segundo fenómeno, es decir, de la migración del derecho público hacia al derecho privado, Molina Betancur (2007) ha explicado que hay normatividades en las cuales se señala que, para determinados escenarios relacionados con la Administración pública, no es posible aplicar de manera exclusiva normas de derecho público, también se deben observar con mayor rigor normas de derecho privado (primordialmente normas de derecho comercial y de derecho civil), como es el caso, por ejemplo: el régimen jurídico de la contratación estatal, que está fuertemente impregnada por el derecho privado.

Tratándose de contratos estatales, como aquellos negocios jurídicos celebrados por el Estado, este último se convierte en competidor igual que los particulares y se comporta como ellos. Lo anterior constituye otro ejemplo del paso del derecho público hacia al derecho privado, debido a su participación significativa en las relaciones jurídicas privadas (Forero, 2017a).

Es bueno anotar que dicha *huida* no conduce necesariamente hacia el derecho privado, sino a la aplicación de regímenes especiales frente al ordenamiento general establecido, aunque dentro del ámbito del derecho público; se caracteriza en la asistencia en los últimos años a una aplicación de principios de derecho privado a las actividades y organización administrativa del Estado (Tafur, 1996).

El abogado Barón Barrera (2016), al realizar un profundo estudio sobre la huida del derecho administrativo hacia al derecho privado, desde el neoliberalismo como en el intervencionismo, concluyó que dicha *evasión* está ligada al modelo de desarrollo, pues en el neoliberalismo el derecho administrativo huye al derecho privado, pero, sin abandonar el primero sino que se aplica con mayor rigor el segundo, en tanto que en el intervencionismo por parte del Estado, se aplica con mayor rigor el derecho administrativo, pero, sin abandonar el derecho privado. Esto lo resume Barón (2016): “Tanto en neoliberalismo como en el intervencionismo de Estado se aplica el derecho público y privado, cuya sumatoria es el derecho económico” (p. 33).

Las anotaciones precedentes permiten afirmar que el derecho económico surge a partir de la influencia recíproca entre normas de derecho público y normas de derecho privado. Por eso Barón (2016) define el derecho económico como el derecho mixto con relación al derecho público y al derecho privado. Enseguida se abordará la noción doctrinal y el carácter autónomo de la institución derecho económico, así como una de las metodologías utilizadas en el campo de estudio del derecho económico, el Análisis Económico del Derecho, AED.

1.2. Definición doctrinal de la institución: Derecho económico

Sea lo primero señalar que la relación derecho y economía ha sido un tema de discusión en la doctrina, igual sucede con el tema de la existencia del derecho económico. En la actualidad la doctrina mayoritaria reconoce la existencia de la estrecha relación entre el derecho y la

economía, tanto así que se habla de un derecho económico que se encarga de estudiar en conjunto estas dos áreas de conocimiento.

Se podría decir que el derecho económico surge a partir del estudio en conjunto entre el derecho y la economía. Algunos, entre ellos Romero Alvarado (2013), han sostenido que la relación existente entre estas dos áreas de conocimiento es sinónimo del Análisis Económico del Derecho (AED) (más adelante se abordará la noción del AED). El estudio en conjunto de estas áreas de conocimiento contribuye al objetivo de ampliar el espectro argumentativo de juristas y economistas (Franco, 2013).

Del derecho económico, igual como sucede con la institución derecho administrativo, se han dado tantas nociones como autores sobre el tema. Algunos han definido el derecho económico como el derecho de la intervención del Estado en la economía (Ariño, 2003) y, otros, como el derecho mixto con relación al derecho público y al derecho privado (Barón, 2016). Vellilla Moreno (2013) lo entiende como “el derecho del desarrollo económico” (p. 87). Para efectos de este trabajo se acogerá la primera definición.

Farina (1999) da una definición más precisa:

El conjunto de normas que rigen la organización de la economía por los poderes públicos y regulan las actividades económicas de las personas privadas y del Estado, a fin de dar cumplimiento a la política económica puesta en práctica por el Estado. (p. 46).

La definición proporcionada por Farina tiene estrecha relación con la institución intervención del Estado en la economía, la cual forma parte del campo de estudio de la política económica; es uno de los temas transcendentales de la Constitución económica (Sánchez, 2007). Entendiendo por intervención del Estado en la economía, según Hernández Quintero (1991), como “el conjunto de normas con las cuales se pretende regular y delimitar la autonomía de los particulares a fin de garantizar el logro de los intereses de la comunidad, esto es, el bien común” (p. 21).

La intervención en la economía por parte del Estado se traduce en acciones de las autoridades administrativas tendientes a regular las actividades económicas; esta debe estar, siempre, acompañada de una supervisión permanente del mercado. En la labor de dirección e intervención atribuye al Estado la función esencial de garantizar que la economía funcione adecuadamente. Dicha intervención forma parte del campo de estudio del derecho económico, más que del derecho administrativo (Vidal, 2004).

Ortega Cárdenas (2014) ha explicado que la intervención del Estado en la economía se justifica para alcanzar la equidad en la distribución y la riqueza nacional, cuando los mercados no pueden por sí solos alcanzar sus objetivos. Recuérdese que la economía es incapaz de darse sus propias reglas, esta necesita unas reglas que la protejan y en ellas se encuentran las herramientas de dirección, de intervención y de regulación.

Por eso tienen razón Carrillo & Pinzón (1985), al señalar que la economía requiere de reglas jurídicas que aseguren la adecuada utilización de los factores de producción, distribución y consumo de bienes y servicios: “El funcionamiento armonioso de un sistema económico determinado requiere un cierto número de reglas de derecho que aseguren la apropiación y el uso de los factores de la producción, de los productos y de los servicios”(p. 64).

Por su parte, Sánchez Agesta (1977), citado por Carrillo & Pinzón (1985), ha señalado que la intervención del Estado en la economía se puede presentar en dos planos. Uno, definiendo en el orden constitucional los principios que constituyen los supuestos de un sistema económico. Dos, estableciendo instituciones administrativas o regulaciones en el plano legislativo o reglamentario con el fin de dirigir el proceso económico o promover las reformas o desarrollos del orden económico o social. De ahí surge la importancia de estudiar los distintos tipos de intervención de poder estatal en los procesos económicos identificados por la Corte Constitucional en Sentencia C-150 de 2003:

Ahora bien, la intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en la doctrina se habla de intervención estatal global, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa; de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo el mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas. (Sentencia C-150, 2003, p. 91).

En relación con lo anterior, Barón (2016) define las herramientas que le sirven para intervenir en la economía: a) la política económica y b) la planeación económica. La primera hace alusión a las decisiones económicas para hacerle frente a la inflación y al desempleo; y la segunda se refiere a la forma deliberada que el Estado tiene para influir en las actividades económicas, de una manera eficiente y obviamente con el mínimo de costo social. En la actualidad, la doctrina ha resaltado la importancia de la planeación económica en la intervención del Estado en la economía; Myrdal (1982), citado por Carrillo & Pinzón (1985), al respecto, ha señalado lo siguiente:

La intervención estatal es la que provoca el nacimiento de la planeación, porque como las intervenciones estatales fueron aumentando cada vez en más sectores, hubo que hacer intentos para coordinarlas racionalmente, así que la planeación resultaba la alternativa mejor en medio del caos resultante de las múltiples intervenciones estatales sin coordinación y promotoras del desorden. (Carrillo & Pinzón, 1985, p. 61).

De esta manera, el derecho económico se caracteriza como el derecho del dirigismo económico del Estado con la utilización de dos importantes herramientas económicas: la política económica y la planeación económica. Es bueno mencionar que hay algunos economistas, entre ellos Adam Smith, citado por Romero (2013), que no comparten la aplicación de medidas políticas que supongan control y regulación estatal en la economía (en otras palabras, la aplicación de intervención del Estado en la economía), dado que la economía o el mercado “se regula de forma natural por las leyes de la oferta y la demanda” (p. 275). La práctica, o si se quiere la historia, ha demostrado que la economía es incapaz de manifestarse por sí sola, por el contrario, necesita de determinadas reglas, de ahí la aplicación de intervención del Estado en la economía.

En las consideraciones precedentes se encuentra una evidente diferencia entre derecho administrativo y derecho económico. El primero comprende la regulación de la función administrativa de los órganos o autoridades del Estado, incluyendo aquellas funciones administrativas ejercidas por particulares autorizados por la Ley. En tanto que el derecho económico comprende el estudio de la intervención del Estado en la economía con el empleo de dos herramientas económicas: la política económica y la planeación económica.

1.2.1. ¿Es autónomo el derecho económico?

La autonomía del derecho económico ha sido objeto de discusiones en la doctrina; algunos aceptan su carácter autónomo, otros no. Se comparte el criterio de Barón (2016), quien acepta el carácter autónomo; este autor señala que el derecho económico efectúa “una influencia recíproca entre derecho público y privado, convirtiéndose de esta manera en una rama autónoma del derecho, autónoma porque al aplicar las dos ramas del derecho corrige las inexactitudes que se presentan al aplicar una rama por separado” (p. 42).

Teniendo en cuenta al mismo autor (Barón, 2016), si se mira, por ejemplo, el derecho de los servicios públicos domiciliarios, en materia contractual su régimen jurídico es prevalentemente de derecho privado (normas comerciales y civiles), pero no excluye la aplicación de normas y principios de derecho público (Atehortúa, 2017), una aplicación híbrida de normas, tanto de derecho privado como de derecho público, que confiere al derecho económico su autonomía y, “de esa manera se vale de dicho carácter para hacer uso de la pluralidad de principios que determinan su propia naturaleza económica” (Forero, 2017b, p. 147).

1.2.2. Análisis económico del derecho (AED): una metodología de evaluación de las instituciones jurídicas con criterios económicos

Una de las metodologías más utilizada por juristas y economistas en el campo de estudio del derecho económico corresponde el Análisis Económico del Derecho (AED), conocida también como Law and Economics (en español derecho y economía). El representante más influyente de esta metodología es precisamente Richard Posner, de la escuela neoinstitucionalista (Romero, 2013).

Se entiende por AED como aquella metodología de evaluación de las instituciones jurídicas con criterios económicos (Forero, 2017a), o como lo explica Ramírez Grisales (2013) “como la aplicación de la ciencia económica para estudiar algunos aspectos relacionados con el derecho” (p. 71). Algunos asimilan a esta metodología con el estudio de la relación entre el derecho y la economía. Franco Vargas (2013) ha resaltado la importancia de estudiar y aplicar el AED por ser una herramienta que “suministra argumentos para demostrar la coherencia interna del derecho y de esa manera reducir la vaguedad y ambigüedad de conceptos indeterminados dentro del mismo derecho” (p. 7).

De acuerdo con Amador Cabra (2014) el AED está orientado a que: a) la interpretación y evaluación de las normas se realiza desde una óptica económica; b) la racionalidad con que se dota a las leyes y al sistema normativo es la misma racionalidad que utiliza la teoría micro-económica en su construcción teórica; y c) el entorno legal produzca incentivos para que los agentes se comporten eficientemente. Importante es mencionar, y con acierto lo explica Richard Posner, citado por Amador (2014), que el AED no pretende reemplazar la lógica jurídica, sino complementarla mediante el uso de la economía en relación con una gran cantidad de fenómenos jurídicos.

Uno de los aportes que han hecho los juristas y economistas con el empleo del AED es el estudio de la eficiencia (Amador, 2014). Este es aplicable en todos los escenarios, es decir, en el derecho público y en el derecho privado. La eficiencia, para efectos de este escrito, hace referencia a que los agentes económicos optimicen el uso del tiempo y de los demás recursos. Esta institución ha sido estudiada con la noción de economía que igualmente ha sido estudiada con la noción de ahorro, de ahí la denominación: eficiencia económica.

Amador Cabra (2014) explica que la eficiencia para el AED es relevante porque permite establecer cuáles son las condiciones para que los consumidores y productores optimicen en el mercado: “La categoría eficiencia económica se refiere al mejor uso alternativo que los agentes económicos hacen de los factores productivos” (p. 27). Franco (2013) señala que la eficiencia económica está relacionada con la eficiencia en término de Pareto, esto es, “una asignación de recursos es eficiente si no es posible mejorar a uno o a varios individuos sin necesariamente empeorar a otro u otros” (p. 32).

Abordadas las nociones de derecho administrativo y de derecho económico, así como los factores que dan lugar a la transformación del derecho administrativo en derecho económico, enseguida se relacionará la noción y los principios constitucionales del derecho tributario.

2. Del derecho tributario. Aspectos generales

2.1. Noción doctrinal de la institución: derecho tributario

Sea lo primero señalar, de acuerdo con Barros Carvalho desde su reconocida obra *Teoría de la norma tributaria* (2016), que la tarea de elaborar una noción exacta del derecho tributario no es sencilla. También se ha discutido en la doctrina sobre si el derecho tributario es un derecho

autónomo o no (Avellaneda, 1997), es uno de los sucesivos debates y muchos de ellos acalorados, pero siempre interesantes.

Según Olano García (2007), el derecho tributario es “aquella parte del derecho administrativo que expone los principios y las normas relativas a la imposición y a la recaudación de los tributos y analiza las consiguientes relaciones entre el Estado y los particulares en materia tributaria” (p. 143). De esta manera, el derecho tributario es de derecho administrativo.

El derecho tributario está conformado por un conjunto de leyes que son fuente de la obligación tributaria. Dichas leyes definen los sujetos (activo y pasivo), el hecho gravable, la base gravable y la tarifa. Los procedimientos administrativos que establecen en las leyes que hacen posible la aplicación de las normas generales de obligaciones tributarias, a nuestro criterio, son de derecho administrativo, más que de derecho tributario, porque hacen referencia a procedimientos que permiten realizar el recaudo, control, investigación, liquidación, discusión, cobro, etc.

El derecho tributario estudia la pretensión crediticia tributaria (Bravo, 2012), específicamente los tributos (Barón, 2016). Por eso Plazas Vega, en su reconocido artículo *Relación entre el derecho de la hacienda pública y el derecho tributario* (2008), ha definido el derecho tributario como “el conjunto de normas jurídicas que regulan los tributos” (p. 121). Esta rama del derecho tiene por objeto el estudio de los tributos.

El tributo es un recurso que el Estado obtiene por medio de la coerción, que nace de su poder de imperio y tiene su expresión a través de la Ley (Insignares & Sánchez, 2010). Este se caracteriza como una fuente de los ingresos públicos, pues, tal como lo explica Ortega (2014), las fuentes de los ingresos públicos son: los impuestos, tasas y contribuciones, que son la tripartita clasificación del tributo (Avellaneda, 1997); por eso Barón (2016) define el derecho tributario como el derecho de los ingresos públicos.

En relación con el impuesto, como una de las fuentes de los ingresos públicos, este cumple un importante papel en el gasto público, pues su justificación económica es financiar parte del gasto público que no fuere financiable con otros recursos, tales como, entre otros, los de dominio público; es, entonces, un verdadero instrumento financiero (Muñoz, 2010). Si el gobierno desea realizar un mayor gasto público, eso implica también un aumento de recaudo de impuestos (o tributos) precisamente para su cobertura.

Por eso tiene razón Cadavid Arango (2014) al señalar que: “En cumplimiento de sus fines, el Estado realiza gastos, por lo que debe procurar recursos económicos para cubrirlos. Los ingresos del Estado provienen entre otras fuentes, de los tributos” (p. 222). Con el impuesto el Estado recauda los medios para cumplir adecuadamente sus propósitos.

Ramírez Cardona (1990) también ha señalado que para atender los gastos del Estado la estrategia más utilizada son los impuestos directos a los ciudadanos por la propiedad y la renta (impuesto de renta, por ejemplo), y los indirectos provenientes del consumo y la importación o exportación de bienes (Impuesto al Valor Agregado, IVA, por ejemplo). En relación con lo

anterior se comparten las reflexiones ofrecidas por Bravo Arteaga (2009) al señalar que el gasto público implica efectos positivos en la economía de un país:

En el momento de la realización del gasto o de la inversión por parte del Estado, se produce un efecto expansivo en la economía, por regla general, especialmente si los recursos se colocan en los sectores más pobres de la población, que tienen una elevada propensión al consumo. (Bravo, 2009, p. 71).

Se tiene, entonces, que el fin fundamental del impuesto está en la recaudación de los recursos necesarios para realizar los gastos e inversiones públicas, para “el cumplimiento de la política fiscal del Estado y el mejoramiento social y económico del pueblo” (Barón, 2016, p. 85). No se debe perder de vista que el impuesto no solamente tiene una finalidad puramente fiscal, sino también económica.

Se puede afirmar que el gasto público y el impuesto (o el tributo) son instituciones más importantes en el campo de estudio de la política tributaria (instrumento económico que utiliza el Estado para el estudio de recaudo de tributos), así como también de la política fiscal como aquel instrumento económico que permite estimular o desestimular la economía (o sectores económicos) a través de la imposición y recaudo de impuestos; ambas políticas son dependientes de la política económica y, por tanto, forman parte del derecho económico y no del derecho administrativo el cual estudia la función administrativa.

Por su parte, respecto de las relaciones jurídicas tributarias, es decir, relaciones entre los sujetos activos y pasivos frente a determinados tributos, se considera que estas no hacen parte del derecho administrativo, son propias del derecho tributario; por eso, un buen sector de la doctrina ha definido el derecho tributario como el derecho de las relaciones jurídicas tributarias. De esta manera, el derecho tributario estudia las relaciones jurídicas tributarias (Estado y contribuyentes) y no las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, menos a la función administrativa, estas últimas son propias del derecho administrativo.

Si se relaciona el derecho administrativo con el derecho tributario en lo que tiene que ver con la obtención efectiva del tributo, pues, se requieren de ciertas autoridades administrativas para realizar los cobros o recaudos de tributos, control, investigaciones, etc. (Briceño, 2012); también se relaciona con el derecho administrativo, la imposición de sanciones frente al incumplimiento de normas tributarias, escenario que se conoce como el derecho administrativo sancionador (Forero, 2016).

2.1.1. Fundamento constitucional del sistema tributario y sus principios

Los estudiosos del derecho tributario han sostenido que en el campo de estudio del régimen tributario (o del sistema tributario, para algunos) se ha fundamentado en una serie de principios que hacen coherentes las relaciones entre contribuyentes y Estado. No se puede perder de vista del debate en la doctrina que ha surgido sobre si los principios son criterios auxiliares de la actividad judicial y administrativa o son estudiados como fuentes del derecho.

El principio más profundizado por la doctrina es el señalado en el numeral 9 del artículo 95 de la Constitución Política, el cual señala el deber del ciudadano a “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”, una clara manifestación del principio de solidaridad (Muñoz, 2010).

El fundamento constitucional del sistema tributario se encuentra en el artículo 363 de la Carta Política al señalar que “el sistema tributario se funda en principios de equidad, eficiencia y progresividad” —continúa la norma— “las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad”. De este artículo y otras disposiciones relacionadas con el sistema tributario (o con el derecho tributario) han permitido a la doctrina afirmar la existencia de la constitucionalización del derecho tributario; con la nueva Carta se constitucionalizó el derecho tributario.

En la literatura jurídica es posible encontrar un sinnúmero de principios aplicables al sistema tributario; pero en esta oportunidad se indicarán los mencionados en el citado artículo 363.

El principio de equidad. Cruz de Quiñones, citada por Avellaneda Bautista (1997), explica que este principio opera cuando las cargas tributarias recaen en los contribuyentes en proporción a su capacidad de pago; se da la equidad horizontal cuando los contribuyentes pagan iguales impuestos siendo iguales sus niveles de renta; se da la equidad vertical cuando los contribuyentes pagan distinta cantidad de impuesto, dado a los diferentes niveles de renta.

El principio de eficiencia. Hace referencia a que el recaudo del tributo se realice con los menores costos y con las mayores facilidades para el contribuyente en el correspondiente pago. Ariza Sánchez (2000) explica que este principio está relacionado “con los fines u objetivos que persiguen los tributos y la forma en que se obtienen” (p. 10).

El principio de progresividad. Se asimila a la equidad vertical, es decir, a la capacidad de pago; hace referencia en que a los contribuyentes se les grave con impuestos según su capacidad de pago, pues a mayor capacidad económica corresponde un mayor impuesto.

Este principio no es aplicable a todos los tributos, solo a aquellos donde se tiene en cuenta, para la determinación del tributo, la capacidad económica o contributiva del sujeto pasivo, mayor capacidad económica se imponga una mayor carga impositiva, como es el caso, por ejemplo, el impuesto de renta de personas naturales, el cual la tarifa aumenta dependiendo de los ingresos o renta. Se considera, entonces, que el IVA (Impuesto sobre el Valor Agregado), que es un impuesto indirecto, sigue siendo regresivo pues no se toma en cuenta la capacidad económica o de pago de los contribuyentes, pero su creación o establecimiento se justifica por su fácil recaudo.

El principio de irretroactividad de las normas tributarias. De acuerdo con Avellaneda (1997) este principio consiste en que las normas tributarias no pueden regular hechos tributarios sino a partir de su promulgación, es decir, “no pueden tener vigencia sobre períodos anteriores a la misma Ley” (p. 111). Respecto de los impuestos de período, el artículo 338 de la Carta Política precisó que las leyes, ordenanzas o acuerdos que “regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a

partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”.

Otro principio que forma parte del campo de estudio del poder tributario (como aquella función normativa de crear, modificar o derogar los tributos) (Insignares & Sánchez, 2010) es el principio de legalidad del tributo y hace referencia que no debe haber un tributo sin representación. La Alta Corporación constitucional ha señalado que el principio de legalidad del tributo tiene las siguientes características:

a) Es expresión de representación popular y del principio democrático, b) materializa el principio de pre-determinación del tributo, según el cual una *lex previa y certa* debe señalar los elementos de la obligación fiscal, c) brinda seguridad a los ciudadanos frente a sus obligaciones fiscales, d) responde a la necesidad de promover una política fiscal coherente e inspirada en el principio de unidad económica, especialmente cuando existen competencias concurrentes donde confluye la voluntad del Congreso y la de las asambleas departamentales o de los concejos municipales, e) no se predica únicamente de los impuestos, sino que es exigible también frente a cualquier tributo o contribución (en sentido amplio), f) de conformidad con el mandato constitucional contenido en el artículo 338, no solo el legislador, sino también las asambleas y los concejos están facultados para fijar los elementos constitutivos del tributo, g) la ley, las ordenanzas y los acuerdos, sin resignar sus atribuciones constitucionales, pueden autorizar a las autoridades de los distintos niveles territoriales, dentro de los límites señalados en ellas, para fijar las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes. (Sentencia C-891, 2012).

De esta manera, la Constitución Política establece los principios que orientan el régimen tributario o el sistema tributario (para algunos), y actúa como criterio de interpretación y orienta a la actuación del Estado en materia impositiva. Es de señalar que estos principios no son aplicables exclusivamente a los impuestos o tributos, pues, los beneficios tributarios, las exenciones tributarias, por ejemplo, también deben aplicar dichos principios.

Es la Constitución Política la primera herramienta de protección para los contribuyentes, evitando que el Estado, a través del Legislador (quien goza de la soberanía fiscal), cometa arbitrariedades en detrimento del contribuyente; por eso tiene razón Romero (2013) al señalar lo siguiente:

Así, desde la óptica del derecho, el problema está en ¿cómo establecer los principios doctrinales con objeto de regular las relaciones jurídicas tributarias? Estos nacen de manera que su función sea ejercer control en el marco de actuación tanto del sujeto pasivo como del sujeto activo, y para ello se debe establecer un régimen jurídico específico, dicho régimen es: la Constitución. Para que se cumplan, deben convertirse en derecho positivo constitucional, solo así evita que el Estado cometa abusos, arbitrariedades y discriminación en detrimento del contribuyente, es allí donde nace el principio de proporcionalidad o de justicia que hoy prevalece en nuestra actual Constitución Política. (Romero, 2013, pp. 274-275).

Es bueno decir que hay conductas que afectan de manera negativa al sistema tributario como es el caso, por ejemplo, la evasión fiscal (o evasión tributaria, para algunos), conducta que reduce o evita el impuesto. La Corte Constitucional en varias ocasiones ha señalado que la evasión se evidencia a partir de la violación de la normatividad que rige el sistema tributario, ya sea por acción u omisión del contribuyente, que da lugar a un menor recaudo de impuestos por parte del fisco (entre otras: Sentencia C-015, 1993).

2.1.2. *¿Es autónomo el derecho tributario?*

Se ha preguntado con frecuencia en la academia respecto de la autonomía del derecho tributario. Algunos señalan que es un derecho autónomo, otros señalan que no lo es. Muñoz Martínez (2010) afirma que el derecho tributario es autónomo:

El punto que queremos destacar en esta oportunidad es precisamente el del reconocimiento de plena autonomía al derecho tributario como rama jurídica que se ubica en el derecho público, porque el sujeto de las relaciones jurídicas que regula es el Estado, los intereses que tutela son de orden colectivo y los fines a los que atiende son de utilidad general. (Muñoz, 2010, p. 57).

Avellaneda (1997) afirma que el carácter de autónomo se identifica a partir de la especialidad que reviste. Es posible afirmar que el derecho tributario no es un derecho autónomo frente a todo el ordenamiento jurídico; pues, tal como se explicó y a manera de ejemplo, el derecho tributario no puede salirse del marco institucional señalado por la Constitución Política (por el derecho constitucional), donde se encuentran límites en los principios que informan el régimen o sistema tributario (los señalados en el artículo 363, por ejemplo).

En relación con lo anterior, un buen sector de la doctrina ha afirmado que en el derecho tributario se debe aplicar en primer lugar los principios constitucionales (Ariza, 2000), otros han señalado que se debe aplicar en primer lugar los principios elementales de la macroeconomía (Miranda, 1999). Se considera que el derecho tributario, igual como sucede con el derecho económico, se encuentra desarrollado, y en ella convergen o fusionan como en ninguna otra, los principios jurídicos y los económicos.

3. **¿Es de derecho administrativo el derecho tributario?**

Es muy común afirmar que el derecho tributario, por ser parte del objeto de estudio de la hacienda pública o de las finanzas públicas, es de derecho administrativo (Olano, 2007). No obstante, en el presente trabajo se pretende afirmar que es de derecho económico, entendido como el derecho de la intervención del Estado en la economía.

En esta oportunidad se expone la relación del derecho tributario con la noción de la institución derecho económico como el derecho de la intervención del Estado en la economía, para concluir que no es conveniente hablar de derecho administrativo cuando se hace referencia al derecho tributario, sino propiamente de derecho económico.

3.1. Desde la noción del derecho económico como el derecho de la intervención del Estado en la economía

La institución intervención del Estado en la economía es desarrollada ampliamente por juristas y economistas (Palacios, 1975). Es una institución propia de la denominada Constitución económica (denominación bastante difundida en Alemania) y, por tal razón, hace parte del derecho económico (Vidal, 2004). Dicha institución no se escapa del apoyo del derecho tributario o de la política tributaria (Barón, 2016) y de ahí surge la relación economía y derecho.

Cuando en el mercado se presentan distorsiones surge la necesidad de intervención por parte del Estado para que introduzca las correcciones apropiadas. De las correcciones se encuentra, desde el punto de vista tributario, entre otras y las más comunes, la posibilidad de utilizar los impuestos (Piffano, 2012) como verdaderos instrumentos económicos. Por sus distorsiones, la economía requiere de la intervención por parte del Estado.

Lo anterior es un claro ejemplo de aplicación de la política tributaria, como una de las herramientas económicas que tiene el Estado para intervenir en la economía (Miranda, 1999). La política tributaria es una política de carácter económico que vincula la realidad económica del sector privado con el Estado (Quiroga, 2016). Uno de los principales objetivos de dicha política corresponde a la estabilidad económica del país. En este orden, se considera que el derecho tributario es el derecho de la intervención del Estado en la economía a través de la política tributaria.

De esta manera, el Estado perfectamente puede utilizar los impuestos para corregir distorsiones en el mercado, y según sea la modalidad del impuesto, o incidencia sobre determinado sector de la economía, puede tener alguno o algunos de estos efectos: a) contribuir a atenuar las fluctuaciones económicas; b) contribuir a la redistribución del ingreso nacional; c) desalentar el consumo suntuario y superfluo; d) fomentar el ahorro forzoso o inversión de los empresarios, en lugar de la distribución de utilidades entre los socios (Ortega, 2014).

En relación con lo anterior, se comparte la explicación de Miranda Talero (1999) al señalar que “el sistema moderno impositivo utiliza diferentes posiciones frente a los contribuyentes para intervenir en la economía del país” (p. 151). De ahí que la política tributaria se comporta como una de las verdaderas herramientas económicas que cuenta el Estado para corregir las distorsiones del mercado.

Por su parte, los economistas enseñan que hay dos reglas para ser aplicadas en la intervención en la economía por parte del Estado para efectos de aumentar o reducir la actividad económica, y ambas aplican la política tributaria, por saber: 1) Para aumentar el nivel de actividad económica, incrementar los gastos del gobierno o reducir los impuestos; 2) para reducir el nivel

de actividad económica, disminuir los gastos del gobierno o aumentar los impuestos (Charles Pool & M. LaRoe, 1991).

La intervención del Estado en la economía es una tarea prioritaria (o indispensable) en un Estado social de derecho como el nuestro, pues, está orientada, siempre, hacia la consecución del bienestar general. Dicha consecución se obtiene, entre otros, a través del gasto público, de manera preferente el gasto público social. Se comparte por quienes afirman que la intervención estatal en la economía es un instrumento para el cambio social en la búsqueda de un desarrollo de la sociedad (Carrillo & Pinzón, 1985).

El gasto público también es una forma de intervención en la economía por parte del Estado, es una necesidad estatal (Parra & Patiño, 2010); de ahí cumple un importante papel el tributo, pues, su fin fundamental está en la recaudación de los recursos necesarios para poder realizar los gastos e inversiones del Estado (Muñoz, 2010). El tributo tiene una finalidad financiera de cobertura del gasto público, en función reguladora de la economía y de la sociedad.

Por eso Miranda (1999) ha señalado que la política tributaria se ha convertido por excelencia en una herramienta económica para que el Estado pueda recaudar fondos destinados a satisfacer las necesidades de sus asociados; la política tributaria debe ser vista como un instrumento para la promoción de inversión (Piza, 2013). Desde luego, el Estado debe invertir adecuadamente los recursos públicos, pues, de ahí se logra satisfacer el interés general.

Como se evidenció, el empleo de las políticas tributarias para las correcciones (o subsanar, si se quiere) de los déficits fiscal también es una forma de intervención del Estado en la economía. En las últimas administraciones se ha identificado la importancia que cobra la utilización de políticas tributarias como respuesta a la necesidad de recursos para subsanar el déficit fiscal, pues, se han ideado diversas estrategias para incrementar los ingresos públicos (incrementar las tarifas de los impuestos) y disminuir los gastos de la misma manera (Parra & Patiño, 2010).

A su turno, Velilla Moreno (2013), al explicar los principios de origen intervencionista, ha señalado que la expedición de leyes tributarias se comporta como una de las tantas formas de intervención del Estado en la economía y, por tal razón, forma parte del campo de estudio de la denominada Constitución económica, así como también del denominado derecho económico. Es decir, la intervención del Estado en la economía se manifiesta también a través de la expedición de leyes tributarias, eso sí, ajustadas siempre a los principios del sistema tributario y en miras de mejorar la economía (o corregir las distorsiones del mercado).

3.1.1. Los beneficios tributarios también son formas de intervención del Estado en la economía con el fin de estimular determinadas actividades económicas

También es una forma de intervención en la economía por parte del Estado con el empleo de la política tributaria, los conocidos beneficios tributarios. Hernández Quintero (2015) ha señalado que la intervención del Estado en la economía puede efectuarse de múltiples formas “bien puede tratarse de estímulos a la iniciativa privada, como la creación del Certificado de

Reembolso Tributario (CERT) para los exportadores, fomento a través de créditos [...] para los agricultores [...]” (p. 56).

Dichos estímulos deben estar orientados a estimular (o incentivar) determinadas actividades económicas o para incrementar la producción y comercialización determinados bienes. Estos forman parte del campo de estudio de los incentivos que explican los economistas en el AED. Según la RAE un incentivo “es un estímulo que se ofrece a una persona, grupo o sector de la economía, con el fin de elevar la producción y mejorar los rendimientos” (Franco, 2013, p. 118).

La Corte Constitucional también ha señalado que los beneficios tributarios son formas de intervención del Estado en la economía al señalar lo siguiente:

La facultad de dirección e intervención en la economía, que se reconoce al Estado social de derecho con miras a facilitar su función de promotor de la dinámica colectiva hacia la consecución de las condiciones materiales que garanticen la eficacia real de los derechos fundamentales de las personas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 334 de la Constitución se lleva a cabo por mandato de la ley a través de diversos procedimientos, dentro de los cuales se encuentran las actividades de fomento. A través de las actividades de fomento el Estado interviene para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos también para promover la productividad y la competitividad.

Ahora bien, las formas de intervención para fomento de la economía o de un sector de ella, pueden revestir diversas modalidades. Por ejemplo, el legislador puede estimular un sector económico mediante la política tributaria, adoptando exenciones, tasas o tarifas reducidas al sector económico que considera oportuno fomentar. (Sentencia C-1108, 2001, p. 28).

Los beneficios tributarios son aquellos que implican reducción (o eliminación, para algunos) de la carga tributaria con el objetivo de estimular determinadas actividades económicas. La Corte Constitucional en Sentencia C-989 (2004) ha resaltado que el beneficio tributario es todo aquello que disminuya la base gravable o el impuesto a pagar, eso sí, acorde a los principios de justicia, equidad y progresividad:

Si bien existen en la legislación tributaria disposiciones que consagran disminuciones de la carga tributaria, no todas ellas tienen el propósito de estimular, incentivar o preferenciar determinados sujetos o actividades, sino que pretenden no perjudicar o hacer efectivos los principios de justicia, equidad y progresividad. Por lo tanto, para que una determinada disposición se pueda considerar como un beneficio tributario, debe tener esencialmente el propósito de colocar al sujeto o actividad destinataria de la misma, en una situación preferencial o de privilegio, con fines esencialmente extrafiscales. (Sentencia C-989, 2004, p. 20).

De esta manera, dichos beneficios son disposiciones de dirigismo económico y son amparados por la Constitución (artículo 334), cuando están acordes a los principios del sistema tributario que se han mencionado con alguna anterioridad.

Por su parte, como se evidenció, los beneficios tributarios generan una menor imposición para los contribuyentes (disminuir su carga tributaria), eso sí, en aras de estimular determinadas actividades; implican también un alto gasto fiscal (o alto costo fiscal, para algunos) para el Estado, dado que representan un menor recaudo de los tributos. Plazas (2019) es partidario de la eliminación de la totalidad de los incentivos y beneficios tributarios en aras de incrementar el recaudo. Pero, otros consideran que el establecimiento de los beneficios tributarios a actividades privadas se justifica porque coadyuva el desarrollo económico, la redistribución del ingreso y la riqueza.

Estos beneficios se diferencian de las minoraciones estructurales, en razón a que estas últimas no involucran un gasto fiscal para el Estado (Sarmiento, 2013), son de carácter indispensable e imprescindible (Sentencia C-540, 2005). Sobre el concepto y la distinción de las minoraciones estructurales con los beneficios tributarios, la Corte Constitucional ha explicado lo siguiente:

Acogió, entonces, este Tribunal la distinción establecida por la doctrina fiscal entre beneficios tributarios y las así denominadas genéricamente minoraciones estructurales, según la cual estas últimas si bien reducen la carga impositiva o excluyen o exonera a un determinado sujeto del deber de contribuir representan simplemente un reconocimiento de los principios de tributación, y sin ellas el sistema tributario o un determinado impuesto, no podrían ser calificados a primera vista como justos equitativos y progresivos. En otras palabras, aquellas previsiones legales que solamente pretenden reconocer y hacer efectivos los más elementales principios de la tributación no constituyen verdaderos incentivos, sino simplemente maneras o formas de no hacer de un tributo una herramienta de castigo o un elemento de injusticia.

Las minoraciones estructurales, a pesar de suponer un tratamiento diferente de los sujetos gravados, se caracterizan porque no tienen como propósito principal incentivar o crear preferencias sino coadyuvar a la definición y delimitación del tributo y a la aplicación práctica de los principios de tributación. Su finalidad no es incentivar, estimular o preferir determinados sujetos o actividades sino simplemente “no perjudicar”, es decir, realizar los principios de justicia, equidad, progresividad y capacidad económica. Por eso operan al interior del tributo y contribuyen a la exacta definición y cuantificación del supuesto de hecho, de la base gravable y del monto de la tarifa tributaria, por lo tanto, afectan a la riqueza o al sujeto gravado con base en consideraciones que obedecen fundamentalmente a su aptitud para contribuir a sufragar los gastos públicos. (Sentencia C-540, 2005, pp. 13-14).

De las minoraciones, Plazas (2019) ha señalado dos consideraciones. Una, estas no deben ser consideradas como gasto público indirecto por la vía de la renuncia a la recaudación. Dos, estas no son de recibo en el régimen del impuesto sobre la renta, sino en general en el de los tributos que integran el sistema y, entre ellos, en el del Impuesto sobre el Valor Agregado (IVA).

Volviendo con el tema de los beneficios tributarios, no menos importante es anotar que la gran incidencia que poseen los beneficios tributarios, tanto en los contribuyentes como en el presupuesto del gasto público nacional, es conveniente y necesario en la planeación tributaria del Estado tener en consideración que la disminución en el recaudo fiscal se debe encontrar ple-

namente respaldada en el presupuesto de gastos del Estado, para evitar futuros déficits fiscales que ponen en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas (Sentencia C-870, 2014).

Con base en lo anterior, se comparte la recomendación que ofrece el tributarista Sarmiento Pérez (2013) al señalar que “los beneficios tributarios deben contar con una correspondencia clara y precisa respecto de las medidas de los incentivos y los objetivos que se planea alcanzar, respaldados con una labor continua de seguimiento y evaluación” (p. 300).

Como se señaló en alguna oportunidad, el establecimiento de los beneficios tributarios no está exento de críticas en la doctrina, es tanto que algunos proponen su eliminación (Plazas, 2019). Se encontraron fuertes críticas doctrinarias frente a los beneficios tributarios, al afirmar que estos incentivos, así estén acordes a los principios de justicia, equidad y progresividad, generan consecuencias negativas como la disminución en el recaudo, así como también inequidad entre empresas e individuo. Por ejemplo, Macías Cardona, Agudelo Henao y López Ramírez (2007) señalan lo siguiente:

Son diversos los planteamientos disponibles sobre las estrategias para aumentar el recaudo [...] pero existen otras corrientes que hacen un énfasis especial en las exenciones, resaltando su influencia adversa. La disminución en el recaudo por cuenta de las exenciones en renta ha adquirido relevancia desde que se implementó un conjunto complejo e inestable de beneficios tributarios, introducidos en sucesivas reformas que autorizaron “ingresos que no constituyen renta ni ganancia ocasional”, [...] “deducciones en el impuesto sobre la renta” [...] y “descuentos tributarios en el impuesto sobre la renta”. (Macías, Agudelo & López, 2007, p. 71).

Teniendo en cuenta lo abordado en esta parte, es posible afirmar sin rodeos que es conveniente hablar de derecho económico cuando se hace referencia al derecho tributario, por la estrecha conexión que existe entre la intervención del Estado en la economía con el derecho tributario o con la política tributaria.

Es bueno señalar que hay autores que consideran que el régimen jurídico tributario es de derecho económico. Ramírez Cardona (1990), por ejemplo, señaló que el derecho tributario está ubicado dentro del derecho económico en general, que “tiene que ver con el grado de intervencionismo del Estado en la economía y el alcance de la función social de la propiedad privada” (p. 9). En el mismo sentido ha explicado Palacios Mejía (1999), citado por Franco (2013), al incluir en el derecho económico el derecho tributario, así como también el derecho presupuestal.

Barón Barrera (2016) también ha explicado que el derecho tributario es un derecho económico “pues confluyen en él derecho privado y derecho público” (p. 88), para este autor, se repite, el derecho económico es un derecho mixto con relación al derecho privado y al derecho público.

De otro lado, el jurista de derecho penal económico Prías Bernal (2004) también ha señalado que el derecho tributario forma parte del derecho económico, desde luego este jurista no explica las razones para ubicar al derecho tributario dentro del derecho económico.

3.1.2. *La aplicabilidad de la política económica en el derecho tributario*

Se había mencionado en alguna oportunidad que una de las herramientas que le sirven al Estado para intervenir en la economía es la política económica, y forma parte del campo de estudio de la Constitución económica y del derecho económico. Como se evidenció, en el derecho tributario también se aplica la política económica, pues la política tributaria es dependiente de la política económica, y, por tal razón, forma parte del derecho económico y, por qué no, del Análisis Económico del Derecho (AED).

En el derecho tributario como campo específico de la teoría económica, la política económica se presenta como una disciplina positiva que tiene por objeto el estudio de los efectos económicos producidos por la función tributaria (Muñoz, 2010), de ahí surge la conexión entre la política económica con la política tributaria y, por tanto, es conveniente hablar de derecho económico y no de derecho administrativo, como lo han sostenido algunos juristas del derecho público, cuando se refiere al derecho tributario. Es necesario recordar que en el derecho administrativo se estudia la función administrativa (criterio material).

Es pertinente señalar que la política económica a partir del tributo puede manifestarse, entre otros, en estos momentos: a) el de la detracción de una parte de la riqueza privada para ser transferida al Estado y b) el de la erogación por parte de este para efectuar el gasto o la inversión pública (Bravo, 2009). De esta manera, se puede afirmar que el gasto público se constituye como el verdadero estímulo para la economía; de ahí la importancia que cobra en la obtención de recursos, a través de los tributos, para la ejecución de dicho gasto, generando a su vez estabilidad y desarrollo económico.

Por su parte, la Legislación española ha señalado la función del tributo como un verdadero instrumento de política económica que excede de su finalidad recaudatoria, pues así lo da a entender el numeral 1 artículo 2 de la Ley General Tributaria (conocida como LGT):

Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sometimiento de los gastos públicos.

Los tributos, además de ser medio para obtener los recursos necesarios para el sometimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución. (Ley 58, 2003, numeral 1, artículo 2).

3.1.3. *¿Por qué no la denominación “derecho económico público”?*

En la academia se han preguntado si es conveniente o no hablar de derecho económico público cuando se hace referencia al derecho tributario, definido como el derecho de la economía pública legislada, o como el derecho del orden público económico (Velilla, 2013), que coincide con la línea de investigación adoptada en este trabajo: el derecho de la intervención del Estado en la economía.

Algunos afirmarían que esta denominación resulta coherente. En este trabajo se considera inconveniente esta denominación porque implícitamente se están aceptando otras clasificaciones, se constituiría en una lista interminable, entre otras: derecho económico privado, derecho económico constitucional, derecho económico internacional; presentándose así una “disputa de clasificaciones” (Carrió, 1990, p. 98).

Buena parte de las controversias consiste en problemas de clasificación, abordados como si se tratare de cuestiones de hecho [...] Las clasificaciones no son ni verdaderas, ni falsas, son serviciales o inútiles [...] las disputas clasificadoras de los juristas pueden ser interminables si en lugar de allegar argumentos valorativos, en favor de un modo de clasificar, los contendores se empeñan en mostrar que la clasificación propia —y no ajena— refleja la verdadera (naturaleza de las cosas), o es la única clasificación compatible con la (esencia) de los objetos clasificados. Mucho tiempo y mucha tinta se habrían ahorrado con solo recordar cosas tan simples. (Carrió, 1990, pp. 99-100).

De esta manera, en este trabajo se critica la denominación *derecho económico público*, pues el derecho económico es uno solo, así esté en el contexto o escenario del derecho público o del derecho privado. Resulta coherente utilizar la denominación *derecho económico* y con ello se evita confusiones.

3.1.4. La aplicación del AED en el derecho tributario

En el campo de estudio del derecho económico, una de las metodologías más utilizadas por juristas y economistas es el Análisis Económico del Derecho (AED) conocida también como Law and Economics (en español, derecho y economía). El cual consiste, como ya se indicó, en una metodología de evaluación de las instituciones jurídicas con criterios económicos.

Uno de los estudios que han desarrollado a partir del AED es la eficiencia. La eficiencia es también aplicable en el derecho tributario; pues, con acierto lo explica Barón (2016), la eficiencia en materia tributaria consiste en que “el recaudo tributario y los objetivos perseguidos por este deben hacerse al menor costo posible” (p. 89), pese a que en la práctica se ha identificado dificultad en la recaudación de tributos. Sobra anotar que la experiencia ha demostrado que los impuestos indirectos (IVA, por ejemplo) son de fácil cobro, en tanto que los directos (impuesto de renta, por ejemplo) son de difícil cobro.

Permite, entonces, concluir que es conveniente hablar de derecho económico y no de derecho administrativo cuando se hace referencia al derecho tributario, por la evidente conexión que existe de la institución de intervención del Estado en la economía con el derecho tributario o con la política tributaria.

Conclusiones

- El derecho económico es definido como el derecho de la intervención del Estado en la economía. En tanto que el derecho administrativo es el derecho de la Administración pública o de la función administrativa.

- El régimen tributario (o el sistema tributario, para algunos), el cual forma parte del campo de estudio del derecho tributario, tiene su fundamento en la Constitución Política, sometido a unos principios constitucionales, entre otros, progresividad, eficiencia, equidad; por tal razón, el derecho tributario no puede ser concebido como un derecho autónomo.
- El tributo como objeto de estudio del derecho tributario (o de la política tributaria) tiene incidencia práctica en el intervencionismo del Estado en la economía, pues, el Estado utiliza la política tributaria —la cual forma parte de la política económica— a través del establecimiento y regulación de tributos para intervenir en la economía en casos de distorsiones en el mercado.
- Se concluye sin rodeos, y está demostrado, que es conveniente hablar de derecho económico y no de derecho administrativo, cuando se hace referencia al derecho tributario, por la estrecha conexión que existe entre la institución: intervención del Estado en la economía con el derecho tributario o con la política tributaria; debe recordarse que en el derecho administrativo se estudia lo relacionado con la función administrativa.
- En el campo de estudio del derecho tributario, por ser un derecho económico, es perfectamente aplicable el Análisis Económico del Derecho (AED), el cual permite estudiar las normas jurídicas tributarias con criterios económicos. Con la implementación del AED contribuye a aplicar de manera adecuada el principio de eficiencia tributaria.

Referencias

- Amado Abril, J. H. (2017). *Del Derecho Administrativo Global [notas de clase] Maestría en Derecho Administrativo*. Pereira, Colombia: Universidad Libre.
- Amador Cabra, L. E. (2014). Análisis Económico del Derecho. En *Serie de Derecho Económico No. 3* (pp. 13-50). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Ariño Ortiz, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Ariza Sánchez, C. E. (2000). *Principios del derecho tributario*. Ibagué: Ediciones Unibagué.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2017). Teoría económica en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios [notas de clase] Maestría en Derecho Administrativo. Pereira, Colombia: Universidad Libre
- Avellaneda Bautista, C. A. (1997). *La ciencia tributaria (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Multiletras Editores Ltda.
- Ayala Caldas, J. E. (1994). *Elementos del Derecho Administrativo colombiano (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Ayala Caldas, J. E. (2009). *Estructura de la rama ejecutiva en Colombia (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Barón Barrera, G. A. (2016). *Transformación del derecho administrativo en derecho económico (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.

- Barros Carvalho, P. (2016). *Teoría de la norma tributaria (2.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Editorial Temis.
- Bravo Arteaga, J. R. (2009). *Nociones fundamentales de derecho tributario (3.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Legis.
- Bravo González, J. D. (2012). Procedimiento tributario territorial-principios estructurales de unidad nacional y autonomía de las entidades territoriales. En *Estudios críticos de jurisprudencia tributaria Tomo II* (pp. 329-337). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Briceno de Valencia, M. T. (2012). El procedimiento contencioso administrativo tributario en la Ley 1437 de 2011. En *Instituciones del derecho administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011* (pp. 384-414). Bogotá, Colombia: Ediciones Consejo de Estado – Banco de la República.
- Cadavid Arango, L. A. (2014). *Fundamentos de derecho comercial, tributario y contable (4.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Mc Graw Will.
- Carrió, G. R. (1990). Notas sobre derecho y lenguaje. Documento compartido en PDF en la Maestría en Derecho Administrativo. Pereira, Colombia. Universidad Libre.
- Carrillo, F. & Pinzón, J. (1985). *Sector financiero y delincuencia económica (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Editorial TEMIS.
- Cassagne, J. C. (1999). *Derecho Administrativo Tomo I (7.ª Ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Lexis Nexis-beledo Perrot.
- Charles Pool, J. & M. LaRoe, R. (1991). *Cómo comprender los conceptos básicos de la economía (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Norma.
- Colombia. Ley 1437 del 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Constitución Política de Colombia (1991). Colombia: Legis. Recuperada de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- España. Ley 58 del 2003. Ley General Tributaria, LGT. Recuperada de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>
- Farina, J. M. (1999) *Contratos comerciales modernos (2.ª Ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Forero Hernández, C. F. (2016). La conveniencia de implementación del derecho tributario sancionador para reprimir a la conducta omisiva del agente retenedor o recaudador de consignar las respectivas sumas (Trabajo de grado para obtener el título de Abogado). Universidad de Ibagué, Ibagué, Colombia.
- Forero Hernández, C. F. (2017a). Los riesgos y la ecuación económica en los contratos estatales. *Temas y reflexiones*, (6), 43-57. Recuperado de <https://hdl.handle.net/20.500.12313/180>
- Forero Hernández, C.F. (2017b). El régimen jurídico del presupuesto público, ¿derecho administrativo o derecho económico? *Revista Gestión y Finanzas*, 1(2), 6-17. Recuperado de <http://revistas.ut.edu.co/index.php/gestionyfinanzas/article/view/1764/1363>

- Forero Hernández, C. F. (2017c). El régimen jurídico de los actos administrativos del Banco de la República, ¿derecho administrativo o derecho económico? *Dos mil tres mil*, 19, 141-159. Recuperado de <https://revistas.unibague.edu.co/dosmiltresmil/article/view/53>
- Franco Vargas, M. H. (2013). *Derecho y economía. Una aproximación teórica (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Editorial Leyer.
- Guerrero Orozco, O. (1997). *Principios de la Administración Pública (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Escuela Superior de Administración Pública, ESAP.
- Hernández Quintero, H. A. (1991). *De los delitos económicos en la actividad financiera (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.
- Hernández Quintero, H. A. (2015). *De los delitos económicos en la actividad financiera (7.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Ibáñez.
- Insignares Gómez, R. & Sánchez Peña, M. C. (2010). El poder tributario: organización estructura en el estado colombiano. En *Curso de derecho tributario, procedimiento y régimen sancionatorio* (pp. 67-112). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Macías Cardona, H. A., Agudelo Henao, L. F. & López Ramírez, M. R. (2007). Los métodos para medir la evasión de impuestos. *Semestre Económico*, (20), 67-85. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/economico/article/view/681>
- Miranda Talero, A. (1999). *El derecho de las finanzas públicas. Actualizado (2.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Molina Betancur, C. M. (2007). La contratación estatal: Entre derecho público y privado. En *Los Contratos en el Derecho Privado (1.ª Ed.)* (pp. 721-750). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad del Rosario Editorial Legis.
- Montaña Plata, E. A. (2010). *Fundamentos de derecho administrativo (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Muñoz Martínez, G. (2010). Derecho tributario: concepto y fundamento de su autonomía científica. En *Curso de derecho tributario, procedimiento y régimen sancionatorio* (pp. 29-66). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Olano García, H. A. (2007). *Preguntas y respuestas de Derecho Administrativo (3.ª ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Ortega Cárdenas, A. (2014). *Hacienda Pública. Las finanzas del Estado (5.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Ecoe Ediciones.
- Palacios Mejía, H. (1975). *La economía en el derecho constitucional colombiano (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Biblioteca ANIF de Economía.
- Parra Jiménez, O. D. & Patiño Jacinto, R. A. (2010). Evasión de impuestos nacionales en Colombia: años 2001-2009. *Revista Facultad de Ciencias Económicas*, 18, (2), 177-198. <https://doi.org/10.18359/rfce.2279>

- Piffano, H. L. (2012) *Análisis Económico del Derecho Tributario (1.ª Ed.)*. La Plata, Argentina: Ediciones Universidad Nacional de La Plata.
- Pinzón Camargo, M. A. (2010). *Del Derecho y la Economía al Derecho Económico*. Working Paper nro. 1. Recuperado de https://works.bepress.com/mario_pinzon/14/
- Piza Rodríguez, J. R. (2013). Evolución del impuesto sobre la renta en el sistema tributario colombiano. En *El impuesto sobre la renta y complementarios. Consideraciones teóricas y prácticas (3.ª Ed.)* (pp. 23-67). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- Plazas Vega, M. A. (2008). Relación entre el derecho de la hacienda pública y el derecho tributario. En *La autonomía del derecho de la hacienda pública y el derecho tributario*. (pp. 79-115). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad del Rosario.
- Plazas Vega, M. A. (2019). *La ley de financiamiento desde una visión de hacienda pública y derecho tributario (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Editorial Temis.
- Prías Bernal, J. C. (2004). *El ilícito tributario ante el derecho penal (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Quiroga Natale, E. A. (2016). De la Hacienda Pública [notas de clase] Maestría en Derecho Administrativo. Pereira, Colombia: Universidad Libre
- Ramírez Cardona, A. (1990). *Derecho tributario. Del derecho sustancial tributario (4.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Temis.
- Ramírez Grisales, R. S. (2013). *La autorregulación en el Derecho Administrativo (1.ª Ed.)*. Medellín, Colombia: Ediciones Librería Jurídica Sánchez Ltda – Centro de Estudios de Derecho Administrativo, ceda.
- Rivero, J. (2006). *Derecho Administrativo (9.ª Ed.)*. Traducido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. París, Francia: Ediciones Dalloz París.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2000). *Derecho Administrativo. General y colombiano (12.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Editorial Temis.
- Romero Alvarado, L. M. (2013). Derecho y economía. *Derecho y realidad*, 11 (21), 271-284. <https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n21.2013.4842>
- Sánchez Torres, C. A. (1995). *Teoría general del acto administrativo (1.ª Ed.)*. Medellín: Ediciones Biblioteca Jurídica Diké.
- Sánchez Torres, C. A. (2007). *Constitución Económica (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” - Universidad Sergio Arboleda (Bogotá).
- Santamaría Pastor, J. A. (2011). *Los principios jurídicos del derecho administrativo (1ª Ed.)*. Madrid, España: Ediciones Wolters Kluwer.
- Santofimio Gamboa, J. O. (1996). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia
- Sarmiento Pérez, P. E. (2013). Beneficios tributarios del impuesto sobre la renta en Colombia. En *El impuesto sobre la renta y complementarios. Consideraciones teóricas y prácticas (3.ª Ed.)* (pp. 273-303). Bogotá, Colombia: Ediciones Universidad Externado de Colombia.

- Sentencia C-015 (1993). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-1108 (2001). Corte Constitucional de Colombia. Magistrados ponentes: Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-150 (2003). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C-989 (2004). Corte Constitucional de Colombia. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C-540 (2005). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-870 (2014). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Sentencia C-891 (2012). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Tafur Galvis, Á. (1996). *Estudios de derecho público. Acto administrativo y el concepto de derecho administrativo (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Velilla Moreno, M.A. (20013). *Introducción al derecho económico y de los negocios (1ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones: Editorial Planeta Colombiana S.A.
- Vidal Perdomo, J. (2004). *Derecho Administrativo (12.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Editorial Legis Universidad del Rosario.
- Younes Moreno, D. (2016). *Curso de Derecho Administrativo (10.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Editorial Temis S.A.

Bibliografía recomendada

- Barón Barrera, G. A. (2016). *Transformación del derecho administrativo en derecho económico (1.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.
- Ramírez Cardona, A. (1990). *Derecho tributario. Del derecho sustancial tributario (4.ª Ed.)*. Bogotá, Colombia: Ediciones Temis.

Eventos académicos

El vacío y el rector. Democracia y derecho en la Universidad de Caldas¹

The void and the rector. Democracy and law at Universidad de Caldas

Juan Guillermo Correa García²

• **Recepción:** 14/05/2019 • **Aprobación:** 14/06/2019 • **Publicación:** 17/12/2019

Para citar este artículo

Correa García, J. G. (2019). El vacío y el rector. Democracia y derecho en la Universidad de Caldas. *Dos mil tres mil*, 21. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/2102>



¹ Esta ponencia se presentó en el marco del Segundo encuentro de Filosofía Política y del Derecho, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, el Área de Filosofía y los grupos de investigación Eulogos y Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué, durante los días 2 y 3 de mayo de 2019. Su postulación se ha aceptado por considerarse una fehaciente muestra del rigor del evento científico del cual hizo parte.

² Magíster en Derecho con Énfasis en Teoría del Derecho, Secretario General de la Universidad de Caldas, Manizales, Colombia. orcid: 0000-0002-8364-0614. juancorreagarcia@ucaldas.edu.co

Resumen. En el año 2017, haciéndole frente a la consigna de profundizar la democracia, la Universidad de Caldas modificó sus normas para elegir al rector de la institución. En el año 2018 se inició el proceso para designar a quien ocuparía el cargo durante el periodo estatutario 2018-2022. Las normas fueron insuficientes para resolver el problema que suscitó el resultado del proceso. El rector fue posesionado en medio de protestas en las que se objetó discrecionalidad, arbitrariedad, ilegalidad e ilegitimidad. Ese caso, presentado de manera narrativa a lo largo del texto, tiene un poder explicativo que permite entender que los vacíos, lagunas o anomias no provienen de las normas y por ello la analogía es posible incluso con aquella norma de la que se reputa el vacío, que el hecho de que haya votación en un proceso no quiere decir que haya democracia, que la democracia no es posible sin reglas, sin el derecho, y que, con o sin democracia, la legitimidad es mucho más que un asunto de votos.

Abstract. In 2017, facing the slogan of deepening democracy, Universidad de Caldas modified its rules to appoint the rector of the institution. In 2018, the process to designate who would hold the position during the 2018-2022 statutory period began. The rules were insufficient to solve the problem that raised the outcome of the process. The rector took office amid protests in which discretion, arbitrariness, illegality and illegitimacy were objected. This case, presented in a narrative manner throughout the text, has an explanatory power that allows understanding that gaps, breaches or anomies do not come from the norms, and therefore, the analogy is possible even with that norm of which it is considered to be void, the fact that there is voting in a process does not mean that there is democracy; democracy is not possible without rules, without laws, and that, with or without democracy, legitimacy is much more than a matter of votes.

Palabras claves

Universidad de Caldas, rector, vacío, laguna, anomia, elecciones, votaciones, democracia, derecho.

Key words

Universidad de Caldas, rector, void, breach, anomie, elections, voting, democracy, law.

Primero fue el vacío, luego el rector, pero ese no fue el comienzo...

El comienzo o la democracia

Corría el año 2017 y el Consejo Superior de la Universidad de Caldas, su máximo órgano de dirección y gobierno, discutía una reforma al Estatuto General de la institución, su norma jurídica más importante. En un momento así, las oportunidades de cambio están al orden del día y los profesores y estudiantes de la alma máter, ora convencidos de que todo lo demás estaba bien, ora inclinados a estimar que nada podía ser más urgente, concentraron su atención en lo que llamaron *la profundización de la democracia*³.

Es conocido de todos que las universidades públicas son autónomas y, en virtud de ello, pueden darse y modificar sus estatutos, así como designar sus autoridades académicas y administrativas (Ley 30, 1992, art. 29). Pues bien, en el discurso del momento y en términos muy francos, profundizar la democracia no era más que modificar los estatutos para instituir la elección directa del rector y de otros cargos unipersonales, académico-administrativos, de menor jerarquía, aunque no de menor relevancia.

Elegir directamente al rector era el propósito, lo que quería decir que los tres estamentos de la institución, conformados cada uno y en su orden por los profesores, estudiantes y graduados, convocados a consultas alrededor de un conjunto de candidatos, determinarían con su voto mayoritario el nombre de quien vendría a despachar cada mañana desde esa oficina en la que, como en ninguna otra, se sirve puntualmente el café.

Esa elección así representaba un problema, para algunos menor, para otros no menor: la ley. Preceptúan las normas nacionales que a los rectores de las universidades públicas los designa y remueve su Consejo Superior, en la forma que prevean los estatutos (Ley 30, 1992, art. 65). Hay profesores y estudiantes que dicen que allí perfectamente cabe entender que ellos eligen a quien ha de ser designado; hay consejos superiores que dicen que designar significa elegir. La Real Academia de la Lengua, para usar un argumento tan recurrente como inútil en materia del uso del lenguaje, dice que designar es “señalar o destinar a alguien o algo para determinado fin” (Real Academia Española, s.f.).

El debate no se hizo esperar. Nunca tocó fondo, eso sí. Se habló poco de democracia y mucho sobre semántica, en los términos que quedaron expuestos en el párrafo que precede. Puede ser que la democracia en la Universidad no sea tanto participar en la elección de quien decide por todos, sino, quizás mejor, participar todos en las decisiones de quien es elegido, sobre todo cuando la experiencia enseña que el elegido hace lo que quiere una vez investido, pero no es inusual que el contenido ceda terreno ante la forma cuando los intereses prefieren el poder, antes que el equilibrio⁴.

³ Valga decir que tanto profesores como estudiantes tienen asiento en el Consejo Superior de la Universidad y representan dos de los nueve votos que suman la totalidad de los integrantes de la corporación. Cuando se discuten asuntos de particular interés, como era el caso, están acompañados de otros tantos profesores y estudiantes que desde las afueras del recinto donde se sesiona hacen consignas, cantan, aplauden y zapatean para exigir la realización de sus aspiraciones.

⁴ Con justicia no se habló sobre la composición del Consejo Superior, las calidades de sus integrantes y sus funciones, pues un debate de esa naturaleza desviaría la atención hacia asuntos que lamentablemente exceden el debate interno universitario y que implican la modificación de leyes de la República. Pero, sin dudarlo, y por razones que no necesitan explicitarse aquí, una discusión profunda sobre democracia en la Universidad debe comenzar por allí.

Sabrán el lector ponderar el resultado, hacer sus cuentas sobre vencedores y vencidos y hundir sus dedos para medir la profundidad que alcanzó la democracia⁵ con la disposición normativa registrada en el art. 19 del acuerdo nro. 047 de 2017 que arrojó la controversia:

1. ELECCIÓN: La designación del rector de la Universidad de Caldas se regirá por el siguiente procedimiento:
2. El Consejo Superior hará una convocatoria pública.
3. Los aspirantes presentarán sus hojas de vida ante la Secretaría General para la verificación de requisitos.
4. Entre quienes cumplan con los requisitos, el Consejo Superior realizará una consulta en cada uno de los estamentos universitarios de docentes, estudiantes y graduados. Dicha consulta se realizará de manera electrónica o virtual.
5. Efectuada la consulta, la Secretaría General remitirá al Consejo Superior los nombres de los candidatos más votados por cada estamento. Deberán llegar al Consejo Superior tres candidatos. En el evento que se repitan nombres y no se conforme la terna, esta se completará con el segundo más votado, en su orden, por el estamento docente, el estamento estudiantil y el estamento de graduados.
6. El Consejo Superior designará al rector, previa sustentación de las propuestas de gobierno de los candidatos, para lo cual deberá reunir por lo menos 5 votos a su favor de los integrantes del Consejo.

El vacío o el derecho

Como todo buen legislador, el Consejo Superior se esforzó por prever todos los casos que podrían ocurrir en el proceso de designación del rector. Desde luego fracasó. Pero esto no pasa porque falte la inteligencia, sino porque al mundo le sobra material para enseñar que nada es como se piensa.

⁵Toda medición de un avance en la profundidad supone necesariamente el conocimiento de un punto de partida. Por esa razón se cita en esta nota la disposición normativa objeto de reforma, correspondiente al art. 20 del acuerdo nro. 064 de 1997 del Consejo Superior Universitario, "Por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad de Caldas":

ELECCIÓN: La designación del Rector(a) de la Universidad de Caldas se regirá por el siguiente procedimiento:

- a. El Consejo Superior hará una convocatoria pública para la designación de Rector.
- b. Los aspirantes presentarán sus hojas de vida ante la Secretaría General para la verificación de documentos.
- c. Entre quienes cumplan con los requisitos, el Consejo Superior realizará una consulta en cada uno de los Estamentos universitarios de docentes, estudiantes y egresados. Dicha consulta se realizará de manera electrónica o virtual.
- d. Efectuada la consulta, la Secretaría General remitirá al Consejo Superior los nombres de los candidatos más votados por cada Estamento. En todo caso deberá llegar al Consejo Superior un mínimo de tres candidatos. En el evento de que se repitan los nombres y no se conforme la terna, esta se completará con el tercero más votado en el estamento docente.
- e. El Consejo Superior designará al Rector, previa sustentación de las propuestas de gobierno de los candidatos, para lo cual deberá reunir por lo menos 5 votos a su favor de los integrantes del Consejo.

Bien podrá leerse lo que sigue en la recién citada norma que la institución ha dejado atrás:

Efectuada la consulta, la Secretaría General remitirá al Consejo Superior los nombres de los candidatos más votados por cada Estamento. En todo caso deberá llegar al Consejo Superior un mínimo de tres candidatos. En el evento de que se repitan los nombres y no se conforme la terna, esta se completará con el tercero más votado en el estamento docente. (Acuerdo nro. 064, 1997, art. 20).

Asimismo se leerá en la norma vigente, igualmente precitada:

Efectuada la consulta, la Secretaría General remitirá al Consejo Superior los nombres de los candidatos más votados por cada estamento. Deberán llegar al Consejo Superior tres candidatos. En el evento que se repitan nombres y no se conforme la terna, esta se completará con el segundo más votado, en su orden, por el estamento docente, el estamento estudiantil y el estamento de graduados. (Acuerdo nro. 047, 2017, art. 19).

La sesión en la que se discutió la nueva disposición transcurrió entre un ir y volver sobre algunas hipótesis. Se concibió la probabilidad de que algún candidato fuera el más votado en dos estamentos, así es que como estaba decidido que debía conformarse una terna, fue oportuno prever que sería ternado el segundo con más votos de profesores. Alguien dijo que aun así era posible que no se logaran los tres nombres, de manera que se optó por seguir con el segundo que obtuviera más votos de estudiantes. Y para que de una vez quedaran saldadas las dudas, el segundo candidato con más votos de graduados sería ese tercero en el extraordinario caso de que llegados a este punto el asunto no estuviera resuelto.

Primero los profesores, luego los estudiantes y al final los graduados, esto por un orden de importancia que tienen los estamentos en la Universidad y que nadie discute. Valga decir que a favor de esta prelación se escuchó en el recinto que eran los profesores quienes permanecían más tiempo directamente vinculados con la institución y alrededor de ella construían su plan de vida.

Pues bien, corría ya el año 2018 y era el momento de convocar a los estamentos para participar en la consulta que arrojaría los tres nombres de entre los cuales el Consejo Superior elegiría al rector de la Universidad de Caldas para el periodo estatutario 2018-2022. La consulta se realizó el 25 de abril y los resultados fueron los siguientes⁶:

Tabla 1. Consulta estamento docente

Plancha	Nombre del candidato	Votos
1	Andrés Felipe Betancourth López	227

⁶ Tomados del expediente nro. 11001-03-28-000-2018-00069-00, Consejo de Estado. C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, contenido del proceso judicial iniciado en contra del nombramiento del rector de la Universidad de Caldas para el periodo estatutario 2018-2022.

Plancha	Nombre del candidato	Votos
2	Gabriel Gallego Montes	213
3	José Jesús Ramos Giraldo	4
4	Alejandro Ceballos Márquez	101
5	José Alexander Rivadeneira Salgado	3
6	Francisco Arturo Vallejo García	11
7	Oscar Danilo Mesa Patiño	4
8	Juan Carlos Gómez Montoya	25
9	Voto en blanco	22

Fuente: Consejo de Estado (2018)

Tabla 2. Consulta al estamento estudiantil

Plancha	Nombre del candidato	Votos
1	Andrés Felipe Betancourth López	1579
2	Gabriel Gallego Montes	1569
3	José Jesús Ramos Giraldo	30
4	Alejandro Ceballos Márquez	367
5	José Alexander Rivadeneira Salgado	386
6	Francisco Arturo Vallejo García	523
7	Oscar Danilo Mesa Patiño	10
8	Juan Carlos Gómez Montoya	133
9	Voto en blanco	278

Fuente: Consejo de Estado (2018)

Tabla 3. Consulta al estamento de graduados

Plancha	Nombre del candidato	Votos
1	Andrés Felipe Betancourth López	669
2	Gabriel Gallego Montes	590

Plancha	Nombre del candidato	Votos
3	José Jesús Ramos Giraldo	23
4	Alejandro Ceballos Márquez	301
5	José Alexander Rivadeneira Salgado	144
6	Francisco Arturo Vallejo García	97
7	Oscar Danilo Mesa Patiño	20
8	Juan Carlos Gómez Montoya	230
9	Voto en blanco	84

Fuente: Consejo de Estado (2018)

En efecto, justamente en el estreno de la norma, ocurrió lo inesperado: el candidato con el número uno en la plancha, se quedó con el primer lugar en todos los estamentos; así como el candidato con el número dos se quedó con el segundo lugar en todos los estamentos; entonces, el vacío. Claramente con esos resultados y la regla disponible no podía conformarse una terna. No era menos claro, según la misma regla, que debía conformarse. Por lo demás, no había instrucción alguna para el caso que no se pudiera conformar. Sin embargo, era inevitable decidir, y no porque fuera de trascendental importancia hacerlo (que lo era), sino porque incluso un muy apropiadísimo salir corriendo comportaba una decisión.

En ese momento, podría haberse declarado la inexistencia de la terna, en cuyo caso se repetiría el proceso de consulta; pero, en lugar de ello, se prefirió optar por su conformación y dar de esa manera eficacia a la votación de todos los actores en el proceso. Hubo quien dijera que lo más democrático no era ni aquella ni esta alternativa, sino más bien la conformación de una dupla con los dos candidatos más votados, lo cual nunca se entendió bien, pues además de que era una propuesta contraria a la norma que exigía una terna, negaba la legítima votación obtenida por lo demás candidatos que podían obtener ese tercer lugar, en abierta oposición al principio de participación que inspira la democracia, aplicado desde luego a las reglas de juego definidas para la elección del rector.

Después se diría que la decisión fue discrecional, arbitraria e ilegal, dado el particular curso del proceso que los hechos dibujaron luego, pero esa noche del 25 de abril cuando los precitados resultados se tradujeron en una terna, al final de un día atravesado por la espera, los malentendidos y la ansiedad, la comunidad universitaria descansó satisfecha.

Para hallar el tercer nombre era preciso enfrentarse al vacío provocado por ese infortunado encuentro entre un hecho que revelaba un problema y una norma que no ofrecía ninguna solución. Cabe aclarar que el vacío no está en el hecho, pues este es lo que es, está lleno de ser, de un ser diferente al vacío; tampoco está en la norma, que regula los hechos que regula, perfectamente completa para esos efectos. El vacío está en la conjunción⁷.

⁷ Para ahondar en la materia, puede verse: Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2013). *Sistemas normativos* (2.ª ed.). Bogotá, Colombia: Astrea SAS - Universidad de Medellín.

La Ley 153 de 1887 en su art. 8 determina que “cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”. En virtud de ello, fue que para hallar el tercer nombre se usó precisamente esa norma que en un inicio no permitió encontrarlo, esto por cuanto era esa una norma, quizás la única, que regulaba un caso o materia semejante.

Se suele creer que de una norma se sigue el vacío (o anomia), pero no es así; de una norma no se sigue una ausencia de norma. El vacío es la resultante de una conjunción, como quedó dicho antes. Si una norma diseñada para regular un conjunto de casos se encuentra con un caso que no cabe en su conjunto, entonces esa norma, valga la obviedad, no es una norma para el caso, de donde se sigue, esto sí, que dicha norma puede ser usada en ese caso por analogía, que es exactamente de lo que habla en primera medida la Ley 153 precitada. Esto es importante porque quienes creen que de una norma se sigue el vacío creen a su vez que dicha analogía no es posible, esto por cuanto concluyen que no puede llenarse un vacío con la misma norma que lo genera, dado que:

(...) si de la misma norma es posible extraer la solución, no se trataría de una anomia, (vacío, laguna, ausencia de solución por parte de la norma para una situación fáctica concreta), habría norma para resolver el caso concreto y no nos encontraríamos en debate jurídico alguno. (Consejo de Estado, Expediente 11001-03-28-000-2018-00069-00, 2018)⁸.

Identificada la norma aplicable al caso y considerando que una lectura gramatical de la misma conduciría a la conclusión que propició el vacío, se encontró ajustado aplicar la interpretación teleológica de la que trata la doctrina constitucional (para seguir al paso lo prescrito en el art. 8 de la Ley 153 de 1887, antes mencionada), que “se basa en la identificación de los objetivos de la legislación, de manera que resulta justificada una interpretación del precepto legal, cuando ese entendimiento concuerda con tales propósitos” (Corte Constitucional, sentencia C- 054 de 2016, p. 27).

Fue así como se concluyó que en la norma se había fijado un camino descendente, con pasos de prevalencia entre estamentos (siendo primero el de docentes, luego el de estudiantes y al final el de graduados), para resolver el evento de la repetición de nombres en la conformación de la terna, con lo que, al repetirse los nombres en el primer nivel de votación y en el segundo, debería descenderse al tercer nivel, respetando el mismo orden de prevalencia, de manera que la terna fuera resuelta con el candidato más votado allí en el estamento de docentes⁹. Los resultados fueron los siguientes:

⁸ Tomado del escrito de demanda presentado en contra del nombramiento del rector de la Universidad de Caldas para el periodo estatutario 2018-2022, expediente nro. 11001-03-28-000-2018-00069-00, Consejo de Estado. C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁹ Habrá quien afirme que era posible desde el comienzo hacer uso de la interpretación teleológica, con lo cual nunca habría habido vacío, entonces no hubiera sido necesario arribar a la misma norma por analogía, y quizás tenga razón. Sin embargo, y esta es desde luego una discusión de capital valía, la elección del método de interpretación en el derecho no debe ser el resultado de una conveniencia de ocasión, sino de una postura ética.

Tabla 4. Resultados

Nivel de votación	Estamento que designa	Candidatos	Estamento		
			Docente	Estudiantil	Graduados
Primer	Docente Estudiantil Graduados	Andrés Felipe Betancourth López	227	1579	669
Segundo	Docente Estudiantil Graduados	Gabriel Gallego Montes	213	1569	590
Tercer	Docente	Alejandro Ceballos Márquez	101	367	301

Fuente: Consejo de Estado (2018)

El rector. Democracia y derecho

Reunido el 16 de mayo de 2018, el Consejo Superior eligió como rector de la Universidad para el periodo estatutario 2018-2022 a Alejandro Ceballos Márquez, el hombre que resultó del vacío. Cinco días después, en el evento de posesión, mientras todos los asistentes entonaban en el Centro Cultural Universitario Rogelio Salmona el himno nacional, acompañados por la orquesta sinfónica de la Institución, un grupo de profesores y estudiantes se tomaron el recinto. Alegaban discrecionalidad, arbitrariedad, ilegalidad e ilegitimidad en la designación.

La posesión legal tuvo lugar ese mismo día en un recinto alterno. La posesión material tuvo que esperar unos días más porque el ingreso al edificio donde está ubicada esa oficina en la que, como en ninguna otra, se sirve puntualmente el café, estaba bloqueado con las sillas en las que los estudiantes se sientan para aprender sobre democracia y otros contenidos.

La discrecionalidad, la arbitrariedad y la ilegalidad se predicaban, en lo esencial, de las razones que sirvieron de fundamento a la conformación de la terna, con lo que se cuestionaba a una instancia distinta al Consejo Superior, dado que este no hacía parte del Comité que la conformaba. La objeción de ilegitimidad era para el Consejo Superior, que designó al candidato con menos votos en la terna.

Para resolver lo primero se instauró ante el Consejo de Estado una demanda que en única instancia fue fallada por la corporación advirtiendo, entre otras cosas, que la conformación de la terna no fue discrecional ni arbitraria ni ilegal, con lo que de paso respaldó los razonamientos expuestos en el título antecedente. El rector de la Universidad de Caldas para el periodo estatutario 2018-2022 era Alejandro Ceballos Márquez¹⁰.

¹⁰ Ver sentencia del 13 de diciembre de 2018, expediente nro. 11001-03-28-000-2018-00069-00, Consejo de Estado. C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Con ese fallo muchos entendieron resuelto también lo segundo, pero otros recordaron que no todo lo legal es legítimo y que, a no dudarlo, no puede ser legítima, por antidemocrática, la elección como rector del candidato con menos votos en la terna, como sí hubiera sido legítima la elección del candidato con más votos, e incluso del segundo, según se escuchó decir en la Universidad a los más prestantes integrantes de los estamentos. Y esto quizás podría ser cierto, de no ser porque la democracia no es, sin más, un asunto de votos.

Michelangelo Bovero (2014) ha escrito:

El régimen democrático es una variante específica del juego político y se distingue de los demás regímenes, es decir, de las demás formas posibles del juego político, por sus reglas específicas. Si no sabemos cuáles son estas reglas, no sabemos a qué juego estamos jugando. Si no establecemos qué reglas son democráticas, no podemos juzgar si los regímenes reales a los que damos el nombre de democracias lo merecen realidad. (2014, pp. 16-17).

No hay democracia sin reglas (léase derecho, si se quiere), así como tampoco sin votos (una de sus reglas), según se le conoce. Tampoco hay democracia en la Universidad de Caldas, pese a que hay reglas, y hay votos: el mecanismo de elección a través de una terna en el que puede resultar elegido el candidato con menos votos permite concluirlo así sin esfuerzo, si esto desde luego se lo compara con las reglas del régimen democrático que relata Bovero en el texto precitado, el cual, valga decirlo por la relevancia del autor en la materia, ha sido construido sobre la base de específicas afirmaciones teóricas de Norberto Bobbio. Ahora bien, que esto de que no haya democracia sea bueno o sea malo, depende; habrá que discutirlo en su oportunidad.

Sin democracia y con reglas en la institución para elegir al rector, de conformidad con las cuales podrá ser elegido cualquiera de tres, de los tres más votados en una consulta, podría entenderse que haya reservas con las reglas del juego, pero no con los resultados del mismo, si fueron bien aplicadas las reglas ¿O quedará realmente alguna razón para estimar más legítima la elección de uno cualquiera de los que conforman la terna?

Referencias

- Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2013). *Sistemas normativos* (2.ª ed.). Bogotá, Colombia: Astrea SAS - Universidad de Medellín.
- Acuerdo nro. 064 (1997). Consejo Superior Universitario. Universidad de Caldas.
- Acuerdo nro. 047 (2017). Consejo Superior Universitario, por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad de Caldas.
- Bovero, M. (2014). ¿Crepúsculo de la democracia? En M. Bovero & V. Pazé (Eds.), *La democracia en nueve lecciones* (pp. 15-25). Madrid, España: Trotta.
- Colombia. Ley 153 de 1887 (24 de agosto). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la Ley 57 de 1887. Diario oficial. Año XXIII. Nro. 7151. 28, agosto, 1887. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1792950>

- Colombia. Ley 30 de 1992. Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior. Recuperado de https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-86437_Archivo_pdf.pdf
- Designar. (s.f.). En *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=D5s74KK>
- Expediente nro. 11001-03-28-000-2018-00069-00. (13 de diciembre de 2018) Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Contentivo del proceso judicial iniciado en contra del nombramiento del rector de la Universidad de Caldas para el periodo estatutario 2018-2022. Recuperado de <http://anterior.consejodeestado.gov.co/documentos/tables5/F11001032800020180006900%20LJBB.pdf>
- Sentencia C-054. (10 de febrero de 2016). Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30021554>

Eventos académicos

Presentación del libro: Derecho y neurociencias, una relación complementaria

Law and neurosciences, a complementary relationship

Juan José Torrente R.¹

• **Recepción:** 13/05/2019 • **Aprobación:** 14/06/2019 • **Publicación:** 17/12/2019

Para citar este artículo

Torrente-Rocha, J. J. (2019). Presentación del libro: Derecho y neurociencias, una relación complementaria. *Dos mil tres mil*, 21. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/2103>



¹ Profesor del programa de Psicología. Universidad de Ibagué. ORCID: 0000-0002-4142-1560. juan.torrente@unibague.edu.co

Resumen. Este documento resume y comenta la importancia del estudio realizado por el Dr. Cesáreo Rocha sobre la vinculación entre el derecho y las neurociencias aplicadas al análisis de la imputabilidad. Desde una aproximación psicológica, el texto presenta los principales aportes del libro *Derecho y neurociencias, una relación complementaria* de una manera clara y apoyada en la interdisciplinariedad del discurso.

Abstract. This document summarizes and discuss the importance of the study conducted by the lawyer Cesáreo Rocha about the link between law and neurosciences applied to the imputability analysis. From a psychological approach, the text presents the main contributions of the book *Law and Neurosciences, a complementary relationship* in a clear and supported way in the interdisciplinarity of discourse.

Palabras claves

Derecho, neurociencias, interdisciplinariedad.

Key words

Law, neurosciences, interdisciplinarity.

El día de hoy nos reúne la obra del Dr. Cesáreo Rocha, a quien admiro por su constancia profesional y por el interés permanente en las cuestiones sociales a favor de la dignidad humana. Quiero aprovechar la oportunidad para expresar con palabras llenas de afecto, el profundo agradecimiento a Cesáreo, por ser el académico de la familia que por sus logros ha inspirado a las mentes más jóvenes y principiantes en el campo de la investigación y el saber, y en las cuales me incluyo.

Ya en materia, quiero presentarles este maravilloso escrito titulado *Derecho y neurociencias, una relación complementaria*, del que resalto tres aspectos fundamentales: el estilo, la estructura y el propósito. Espero que este análisis sea solo una invitación que despierte la curiosidad de los estudiantes y profesionales que nos acompañen, para que, más allá de verlo como un libro de consulta, se convierta en uno de los primeros referentes de la actitud interdisciplinar que todos deberíamos contemplar en los tiempos de la sociedad en red.

El primer elemento que quiero resaltar tiene que ver con el proceso de redacción. El estilo guarda una fiel relación con la escritura de los juristas, de citas textuales que describen con palabras exactas las definiciones de términos centrales, el respaldo con evidencias resultado de la lectura minuciosa y sistemática de los últimos textos en materia de neurología, psicología y psiquiatría, y el posterior comentario que encierra las ideas principales de lo expuesto. Este proceso es sin duda alguna fruto de un manejo literario que solo los grandes llegan algún día a poseer, pero también refleja la riqueza que solo una buena conversación puede ofrecer. Aunque debamos llamar *entrevista* a esta herramienta de recolección de información, la capacidad de Cesáreo de hacer las preguntas adecuadas, de dudar de lo preestablecido y de escuchar con atención, hicieron de este proceso una experiencia interesante y valiosa.

En segundo lugar, me centro en la estructura del libro, en su contenido, y para ello es preciso decir que aunque se divida formalmente en dos partes, tiene en realidad cinco subtemas bien diferenciados, que describiré a continuación:

El primer subtema tiene que ver con *el cerebro anatómico*, desde su intrincada estructura, pasando por el sistema de redes que permiten pensar y emocionarse, hasta las implicaciones de la inteligencia, la importancia del olvido y la forma como todo esto se integra para dar paso a la acción, al comportamiento.

El segundo subtema, referido al *cerebro social*, las bases de la consciencia y las capacidades humanas que permiten razonar y aprender, como elementos introductores, es el de *la imputabilidad*, un concepto de base psicológica, definida como la capacidad de comprender la ilicitud, puede obedecer como bien lo presenta el Dr. Cesáreo a una incapacidad de comprensión, una incapacidad de determinación, un trastorno mental o una inmadurez psicológica, todas ellas prevenibles mediante la educación en el afecto, en la norma, en el respeto por la libertad del otro y en el bien común.

Por ejemplo, con base en la consideración del psiquiatra y profesor Jean Furtos (Rey, 2013) de que el hombre como animal social y político tiene lazos sociales organizados que le permiten

vivir en sociedad, el Dr. Cesáreo arguye que el cambio de los tiempos ha llevado a la sociedad en una lucha implacable contra el tiempo, que no responde a lo social, sino al anhelo individualista por colmar un deseo de inmediatez, de eliminar el esfuerzo por conseguir las metas, suplido por un *encanto cibernético*, y que termina transformando los estilos de vida y la forma como se conciben los límites a la libertad frente a la norma jurídica que, entre otras cosas, crea las condiciones adecuadas para el delito.

Ejemplos como el citado enfatizan en las contingencias de interrelación, más que en los hechos particulares de la conducta, énfasis que permite valorar el aprendizaje de patrones conductuales y modos de afrontamiento de la realidad que no solo dependen de predisposiciones genéticas, de accidentes o de enfermedades. Este planteamiento posibilita el contemplar la idea de que el delito también puede ser el resultado de la falta de control emocional, afectivo y social en un *cerebro sano*, y que no es necesario patologizar el comportamiento y etiquetarlo para que sea atendido con urgencia.

El tercer subtema pone en contexto lo que hasta ahora pareciera un libro de neuroanatomía y neurofisiología. Con base en publicaciones recientes en materia de salud mental en Colombia, el Dr. Cesáreo pinta con palabras la situación actual del país más allá de las cifras, y presenta la *alexitimia*, la *anosognosia* y la *resiliencia*, tres condiciones socioculturales de la humanidad, pero más aún de los colombianos. Decir que somos alexitímicos, anosognósicos y resilientes no es novedoso; pero, asociar dichos conceptos a la realidad social sí lo es, una realidad cargada de actitudes generalizadas por la mayor parte de la población, e incluso reflejada en los discursos más actuales de la política colombiana.

Por su parte, el cuarto subtema presenta a la *tecnología como herramienta de innovación* que permite hacer una lectura precisa sobre las facultades mentales en uso y tiempo real; incluso, logra profundizar en las implicaciones técnicas de la inteligencia artificial que, aunque peligrosa, nunca supera la humana, como lo afirma el autor. Trae a colación el tema, precisamente para explicar la flexibilidad o plasticidad cerebral en los procesos de aprendizaje y des-aprendizaje, importantes para pensar en que es posible una rehabilitación del enfermo mental, cosa que para los psicólogos puede ser tan natural como para los abogados la existencia de la Ley misma.

Al respecto, resalta para el autor una necesidad *imperiosa* como respaldo a la Ley 1616 de 2013 de Salud Mental, la obligación de nosotros como sociedad de generar redes de apoyo para que el proceso de rehabilitación mental no se pierda en el egreso de la persona, y no termine siendo un trabajo estéril como lo asegura el Dr. Oscar Dueñas de la Clínica de Nuestra Señora de la Paz.

Finalmente, el quinto subtema responde al objetivo principal del libro, *la influencia de las neurociencias en el derecho y la responsabilidad penal sobre la imputabilidad*. En términos generales, hace una exposición de las razones por las cuales el operador judicial o el profesional en derecho debe incorporar en su decisión, las circunstancias particulares que rodean a la persona antes de concluir su presunta responsabilidad o liberación, apoyándose en el aporte de las neurociencias.

De esta manera, el ejercicio regulatorio de la conducta deja de ser parte inherente del derecho para ser una obligación compartida.

Lo anterior, me permite instalarme en el tercer elemento que anuncié y resaltar los aportes invaluable que esta obra genera para el mundo del conocimiento, es decir su propósito: el hecho de buscar la interdisciplinariedad como enlace natural entre las ciencias de la conducta humana, las ciencias sociales. La interdisciplinariedad como tercer y último elemento de análisis viabilizará en un futuro, no muy lejano, enfrentar el comportamiento delictivo desde una postura más justa; entendiendo que las neurociencias, la filosofía, la moral y la bioética son complementos inseparables para analizar al ser humano desde su misma complejidad.

Por ello, profesionales del derecho, de la psicología, de la psiquiatría, de las neurociencias, estudiantes, y todos los presentes, los invito a tener la curiosidad de preguntarnos por lo que a simple vista es evidente, la valentía al enfrentar un campo desconocido, y la humildad para reconocer en otros un aporte valioso a nuestra existencia, a la forma como comprendemos el mundo.

Mil gracias a Cesáreo por esta segunda edición de su libro *Derecho y Neurociencias*.

Referencias

Rocha Ochoa, C. (2017). *Derecho y neurociencias, una relación complementaria*. Bogotá, Colombia: Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Eventos académicos

Diplomado en derecho penal económico y financiero. Otra actividad académica del Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico de la Universidad de Ibagué

Diploma Course in Economic and Financial Criminal Law. Another academic activity of the Economic Criminal Law Study Group at Universidad de Ibagué

Carlos F. Forero Hernández*

• **Recepción:** 26/09/2019 • **Aprobación:** 01/10/2019 • **Publicación:** 17/12/2019

Para citar este artículo

Forero Hernández, C. F. (2019). Diplomado en derecho penal económico y financiero. Otra actividad académica del Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico de la Universidad de Ibagué. *Dos mil tres mil*, 21. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/2104>



* Grupo de investigación Zoon Politikon, integrante del GEDPE, Universidad de Ibagué, ORCID: 0000-0002-9108-2413, carlos.hernandez@unibague.edu.co

Resumen. El texto pretende presentar la reseña del Diplomado en Derecho Penal Económico y Financiero como otra actividad del Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico, GEDPE, de la Universidad de Ibagué, que se llevó a cabo a comienzos del mes de abril del año 2019. En el texto encontramos temas de debate como la responsabilidad penal de la persona jurídica, carácter de *ultima ratio* del derecho penal, deficiencia política criminal, prueba del delito de lavado de activos, bien jurídico de los delitos tributarios, entre otros.

Abstract. The text aims to present the review of the Diploma Course in Economic and Financial Criminal Law as another activity of the Economic Criminal Law Study Group, GEDPE, at Universidad de Ibagué, which was carried out at the beginning of April, 2019. In the text we find topics of debate such as criminal liability of a legal person, nature of the *ultima ratio* of criminal law, criminal policy gap, proof of the crime of money laundering, legal good of tax crimes, among others.

Palabras claves

Derecho penal económico, derecho administrativo sancionador, delito económico, responsabilidad penal de la persona jurídica, lavado de activos, delito tributario.

Key words

Economic criminal law, administrative law penalties, economic crime, criminal liability of a legal person, money laundering, tax crime.

Mis compañeros del Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico (GEDPE) de la Universidad de Ibagué me han conferido el privilegio de efectuar una pequeña reseña del Diplomado en Derecho Penal Económico y Financiero que se llevó a cabo a comienzos del mes de abril del año 2019.

El Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico (GEDPE), adscrito al Grupo Zoon Politikon, de la Universidad de Ibagué, fue creado a inicios del año 1995. Actualmente cuenta con un semillero de investigación con la participación de profesores interdisciplinarios y estudiantes de diferentes semestres. Realiza “Jornadas de derecho penal económico” con profesores invitados e integrantes del módulo de derecho penal de la Facultad de Derecho; gracias a dichas actividades se han publicado varios libros.

Figura 1. Cuadernos de derecho penal económico, realizados por el GEDPE



Fuente: El autor

A comienzos del mes de abril del año 2019, el citado Grupo desarrolló como otra actividad académica el primer Diplomado en Derecho Penal Económico y Financiero. El objetivo de este curso fue lograr un entendimiento sobre la relación que existe entre el Derecho Penal y la intervención del Estado en la economía, relación que se conoce como el Derecho Penal Económico o Derecho Penal Socioeconómico.

En la presentación del diplomado se señaló que es un curso de calidad y no de cantidad, no por los temas especializados que revisten, sino porque los módulos son orientados por los profesores: Dr. Hernando A. Hernández Quintero, profesor titular de la Universidad de Ibagué y profesor emérito de Colciencias; Dr. Nilson Pinilla Pinilla, exmagistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia; Dr. Adolfo Murillo Granados, actual magistrado de la Jurisdicción Especial para la Paz, JEP; Dra. María Cristina Solano de Ojeda, profesora de tiempo completo de

la Universidad de Ibagué; Constanza Vargas Sanmiguel, profesora de la Universidad de Ibagué; Juan Camilo Varón Sepúlveda, litigante y catedrático de la Universidad de Ibagué; Germán Ruiz Sánchez, juez de la República y catedrático de la Universidad de Ibagué; Carlos F. Forero Hernández, docente de la Universidad de Ibagué y Roby Andrés Melo Arias, juez de la República y catedrático de la Universidad del Tolima.

El contenido del diplomado fue el siguiente: a) Intervención del Estado en la economía y delito económico; b) Fundamentos de derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal económico; c) Del acaparamiento, especulación, agiotaje, pánico económico y exportación e importación ficticia; e) Delitos contra el sistema financiero; f) Urbanización ilegal y contrabando; g) Lavado de activos, omisión de control e enriquecimiento ilícito de particulares; h) La prueba del delito de lavado de activos; i) Delitos económicos tributarios; j) Delitos de corrupción privada y administración desleal. Durante el desarrollo del curso se compartieron a los participantes varios artículos elaborados y publicados por el Grupo de Estudios.

Estos temas que, sin lugar a dudas, han sido objeto de sucesivas discusiones en la doctrina y en la jurisprudencia, muchos de ellos acalorados, pero siempre enriquecedoras, pues, tales debates hacen parte del arte de la argumentación jurídica y con ellos contribuyen a presentar sus puntos de vistas. Desde luego, el estudio de los temas abordados en el diplomado no debe ser estático, sino dinámico, pues el derecho debe adecuarse a realidades y necesidades sociales cambiantes, por eso tiene razón el profesor Hernández Quintero (2015) al afirmar que:

El derecho penal económico se ha convertido en una de las ramas más dinámicas de la ciencia jurídica, porque las variaciones constantes en los fenómenos económicos obligan al legislador a renovar y modificar las normas con las que se pretende ordenar esta actividad y desde luego, sancionar a quienes se apartan de los lineamientos del Estado en esta materia. (p. 35).

Es pertinente enseguida citar algunas reflexiones aportadas por los conferencistas durante el desarrollo del curso.

El curso se inicia con el profesor Hernández Quintero, orientando el módulo “Intervención del Estado en la economía y el delito económico”, correspondiente a los tres primeros capítulos del libro *Los delitos económicos en la actividad financiera*, octava edición (2018). Aporta dos importantes reflexiones. Una, la intervención del Estado en la economía, señalada en el artículo 334 de la Constitución Política de 1991, se ha convertido en uno de los temas centrales de la denominada Constitución Económica y, por tanto, forma parte del campo de estudio del Derecho Económico y del Derecho Penal Económico.

Dos, el delito económico, también conocido como delito socioeconómico, se ha caracterizado, y sigue caracterizando, como aquel ilícito que lesione o ponga efectivamente en peligro la intervención del Estado en la economía; es una noción en sentido estricto. Sin perder de vista que existen otras conductas que atentan contra el orden público económico, para cuya conservación se ha encargado la denominada alta policía económica, integrada por autoridades administrativas, que se pueden designar como contravenciones o infracciones administrativas.

Figura 2. Los delitos económicos en la actividad financiera, octava edición (2018)



Fuente: El autor

El siguiente módulo, “Fundamentos del derecho administrativo sancionador y la relación con el derecho penal económico” fue orientado por Nilson Pinilla Pinilla. El exmagistrado señaló tres interesantes conclusiones. Una, el derecho administrativo sancionador se encuentra constitucionalizado; advierte, además, que una de las disposiciones constitucionales que debe ser observada, sin excepciones, por las autoridades administrativas en ejercicio de la potestad sancionadora corresponde al artículo 29 de la actual Constitución Política, del debido proceso; implica lo anterior que no puede haber un acto administrativo sancionatorio sin haber agotado previamente el debido proceso.

Dos, se debe resaltar la importancia del Estado social de derecho en el derecho punitivo del Estado, dentro de este último encontramos el derecho penal económico y el derecho administrativo sancionador, respetando siempre la dignidad humana (artículo 1.º, Constitución Política, 1991) de las personas que se encuentran involucradas en los procesos de índole sancionatorio.

Y, como tercera conclusión, la experiencia, o la historia si se quiere, ha demostrado que el Legislador en su tarea de elaboración de normas penales no se está respetando el carácter de *última ratio* del derecho penal. Se están tipificando penalmente conductas ilícitas que perfectamente son controlables por otros medios de control social, por el derecho administrativo sancionador, por ejemplo; lo anterior es un claro ejemplo de una deficiente política criminal por parte del Legislador en Colombia (Pinilla Pinilla, 1989).

Figura 3. Participantes del diplomado, 22 de junio de 2019



Fuente: Fotografía de Julieth Gutiérrez Bravo

Del siguiente módulo denominado “Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador” se extractaron cuatro importantes reflexiones que aportaron en el desarrollo del curso. Una, en la literatura encontramos muchos argumentos en contra de la posibilidad de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, entre otras, por incapacidad de acción, de pena y de culpabilidad. Cada una de estas razones fueron explicadas en el artículo: *Tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia*, elaborado por Ruíz Sánchez (2009).

Dos, en el derecho administrativo sancionador, en materia tributaria, cambiaria y financiera, por ejemplo, se ha aceptado sin dificultad la responsabilidad de las personas jurídicas, pero sus consecuencias jurídicas no son de carácter privativas o restrictivas de libertad, como sucede en el derecho penal, sino que por lo general son de carácter pecuniaria, multas, por ejemplo.

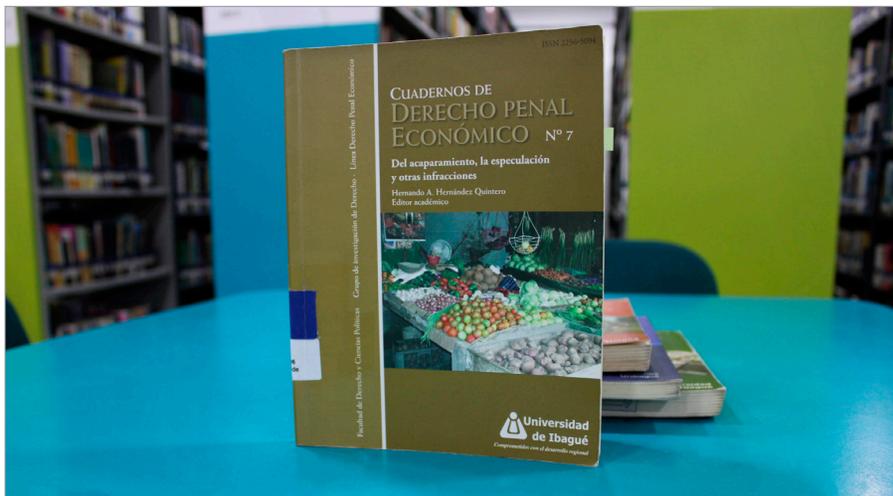
Tres, se debe tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico colombiano encontramos normas que afectan a la persona jurídica por la comisión de determinados delitos: la suspensión y cancelación de la personería jurídica de las entidades, eso sí, cuando existan motivos fundados para inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas (artículo 91, Ley 906, 2004). Y el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 autoriza aplicar estas medidas a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra

el patrimonio público, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizado por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

Y, cuatro, con estas normas citadas da a entender que estamos a muy poco de aceptar la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia. Hernández Quintero (2017) está de acuerdo de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas con la aplicación de las mencionadas normas, pero no solo en los punibles que afectan los recursos públicos, sino también de ilícitos contra el orden económico social, el delito de lavado de activos, por ejemplo.

El catedrático Juan Camilo Varón Sepúlveda orientó el módulo “Del acaparamiento, especulación, agiotaje, pánico económico, y exportación e importación ficticia”. En el desarrollo del mismo compartió y explicó la tesis elaborada por la profesora Tatiana Vargas Nieto (2017) según la cual los delitos de exportación ficticia, aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado y el fraude de subvenciones se integren en un solo tipo penal con el propósito de facilitar su estudio y aplicación; esta es una de las importantes conclusiones que resaltó en su orientación.

Figura 4. Cuadernos de derecho penal económico No. 7.
Del acaparamiento, la especulación y otras infracciones (2013)



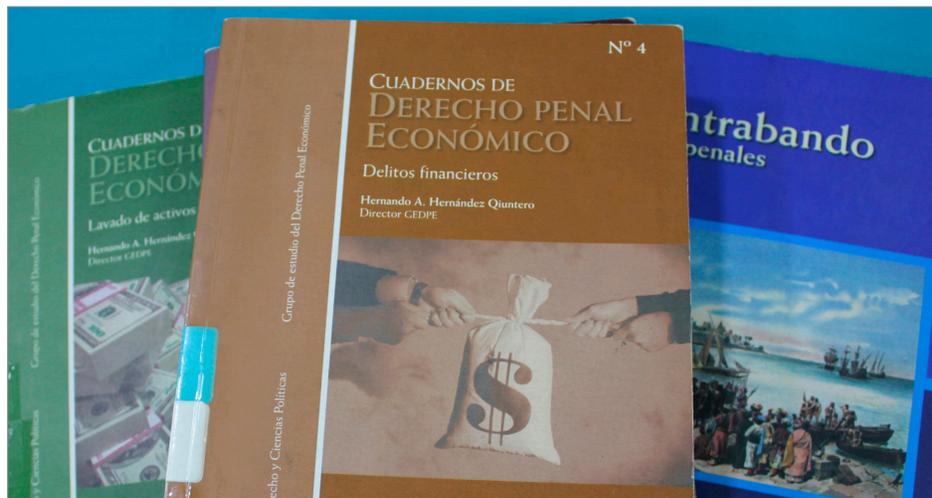
Fuente: El autor

Una vez abordado el análisis dogmático de los punibles de pánico económico, especulación y agiotaje, el profesor Varón señaló, tal como lo explicó Hernández Quintero (2015) en su obra, que es indispensable estudiar el ingrediente subjetivo para que el ilícito pánico económico se perfeccione, y hace referencia al propósito de provocar o estimular el retiro de capitales nacionales o extranjeros o en la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios.

Roby Andrés Melo Arias, juez de la República y catedrático de la Universidad del Tolima, orientó el módulo “Delitos contra el sistema financiero”. Aporta dos reflexiones de suma importancia. Una, el derecho penal financiero surge con el estudio en conjunto del derecho financiero con el derecho penal, y este debe ser considerado como especie del género derecho penal económico.

En este módulo se desarrolló a profundidad el tipo penal de delito de captación masiva y habitual de dineros (artículo 316). Este delito económico-financiero se identifica, como ejemplos, con las defraudaciones de las firmas DMG, de David Murcia Guzmán, DRFE, dinero fácil, rápido y efectivo de Carlos Alfredo Suárez, entre otros. Y comparte la tesis elaborada por Hernández Quintero (2015), según la cual la factibilidad del concurso de delitos entre este delito y la nueva figura del no reintegro de dichos dineros tipificada en el artículo 316A del Código Penal, como segunda reflexión.

Figura 5. Cuadernos de derecho penal económico No. 4. Delitos financieros (2010)



Fuente: El autor

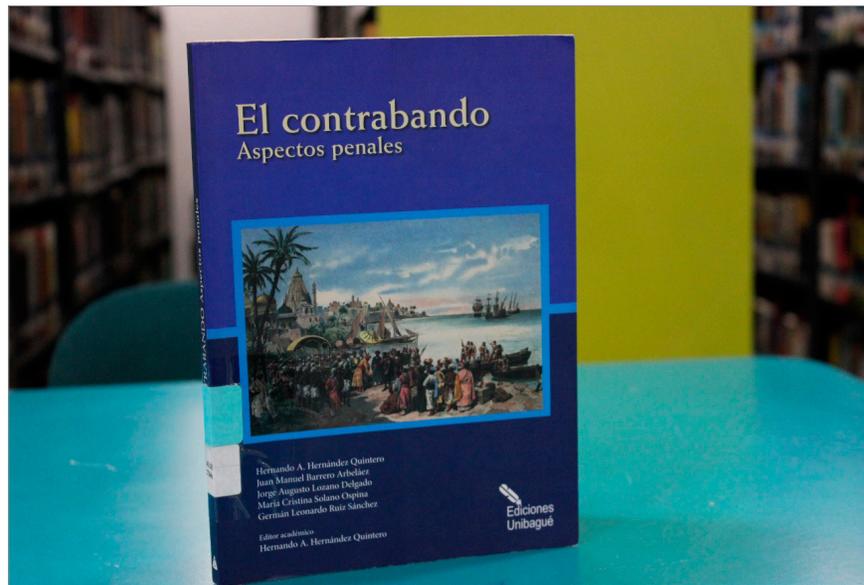
Continúa el módulo “Urbanización ilegal y contrabando” con la Dra. María Cristina Solano de Ojeda, autora de varios artículos de derecho penal económico y docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ibagué. La profesora expuso cinco conclusiones, mencionaré dos de ellas que, a mi juicio, son las más importantes.

Explicó que la tipificación como delitos a las conductas ilícitas relacionadas con la urbanización ilegal se justifican, porque dichas urbanizaciones generan consecuencias nefastas para la sociedad, maltrato de las personas menos favorecidas y, sobre todo, han dado lugar a la pérdida de muchas vidas humanas; por tal razón, el Legislador ubicó a estos delitos dentro del Título X del Código Penal, de los delitos contra el orden económico social; esta conclusión fue reflejada

en su artículo *Responsabilidad penal por omisión de los servidores públicos en las urbanizaciones ilegales* (Solano de Ojeda, 2012).

Se finaliza el módulo con una importante conclusión referente al delito de contrabando. Señala que el contrabando, lejos de ser un delito monosubjetivo, requiere la participación plural de muchas personas, “se trata de verdaderas empresas con división de trabajo, que van desde los actos preparatorios como la consecución de las mercancías, empaque, transporte y luego, todo aquello que se debe realizar para que el *matute* ingrese o salga del país” (Solano de Ojeda, 2016, p. 116). Requiere entonces de la presencia de empresarios, importadores, exportadores y comercializadores y, por su puesto, autoridades administrativas que omiten los controles. Esta conclusión también está reflejada en su artículo *El favorecimiento de contrabando* (Solano de Ojeda, 2016).

Figura 6. El contrabando. Aspectos penales (2016)



Fuente: El autor

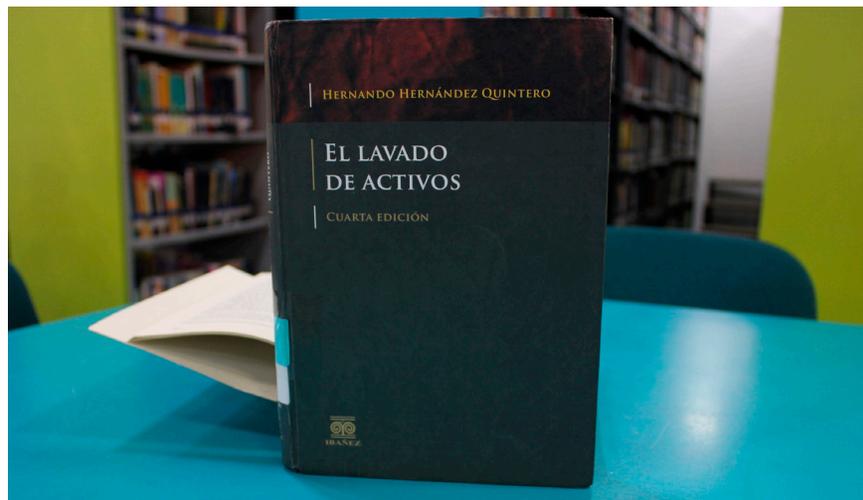
Nuevamente el profesor Hernández Quintero con el módulo “El delito de lavado de activos”, autoridad de este tema tan amplio y a su vez complejo, comparte sus conocimientos a partir de su libro *El lavado de activos*, cuarta edición (2017). Primero explica, con el objeto de ubicar a los participantes del curso en la comprensión del tema, la noción en sentido amplio y restringido de este punible. Profundiza las fases en el lavado de activos, advirtiendo que la obtención de los recursos materia del lavado es indispensable para que se dé las siguientes etapas de colocación, estratificación (o mezcla) e integración a la economía de origen.

Luego expone los métodos tradicionales utilizados para el lavado de activos, una lista inagotable. Advierte que este delito, por reunir la característica de delito autónomo (artículo 323), se acepta el concurso real con los punibles del cual proviene el bien al que se pretende dar apariencia de legalidad, por ejemplo, el enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327).

En el desarrollo del módulo, Hernández Quintero aportó dos importantes críticas. Una, por su defectuosa redacción del delito de omisión de control (artículo 325) propone eliminarlo de nuestro ordenamiento jurídico; este delito fue creado para atender a las recomendaciones internacionales para la prevención del lavado de activos y terminó privilegiando la conducta de los funcionarios del sector financiero que, con el propósito de ocultar el origen o procedencia del dinero ilícito, omitan sus deberes profesionales; de ahí la conveniencia de ser suprimido.

Dos, el profesor no comparte la adopción en algunas decisiones judiciales del concepto de la carga dinámica de la prueba, que traslada al sindicado la obligación de probar el origen de los bienes que posee o transporta, invirtiendo así la carga de la prueba; recomienda aplicar sin excepciones el artículo 7 de la Ley 906 de 2004, del respeto de la presunción de inocencia, al señalar que corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal y “en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria” (Hernández Quintero, 2017). Tesis que comparto.

Figura 7. El lavado de activos, cuarta edición (2017)



Fuente: El autor

Constanza Vargas Sanmiguel, autora de varios artículos de derecho penal económico y apasionada por el derecho probatorio penal, orientó el módulo "La prueba del delito de lavado de activos". En su intervención dejó tres importantes conclusiones. Una, el litigante en derecho penal y el ente investigador, para que prosperen sus objetivos, deben analizar y manejar muy

bien el tema de los elementos materiales probatorios; de ahí que el derecho probatorio se ha convertido como la columna vertebral del derecho procesal, no basta con tener suficientes conocimientos en derecho procesal si no sabe cómo probar.

Dos, se debe reconocer que el delito de lavado de activos, señalado en el artículo 323 del Código Penal colombiano, es un delito económico de difícil probar, y así lo ha demostrado la experiencia. Y, tres, la utilización de la carga dinámica de la prueba en los procesos penales de juzgamiento de algunos delitos, como el del lavado de activos, puede generar consecuencias gravosas a los procesados penalmente, afecta al debido proceso, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, que son garantías señaladas en la actual Constitución Política (artículo 29). Sobre este tema tan complejo, la profesora Vargas publicó un artículo titulado *Onus probandi y lavado de activos, ¿reacción judicial a la impunidad?* (2019).

El siguiente módulo, “Los delitos económicos tributarios” fue orientado por el suscrito. Señalé, como primera conclusión, que en la consecuencia jurídica del delito tributario de omisión del agente retenedor o recaudador (artículo 402), es conveniente que el legislador en un futuro no lejano, establezca las cuantías o topes para determinar cuándo estamos frente a infracción tributaria y cuándo delito, tal como lo ha hecho con los otros dos delitos tributarios, omisión de activos e inclusión de pasivos (artículo 434A) y defraudación o evasión tributaria (artículo 434B).

Como segunda conclusión, es conveniente reubicar los delitos económicos tributarios de omisión del agente retenedor o recaudador, de omisión de activos e inclusión de pasivos inexistentes y de defraudación o evasión tributaria dentro del Título X del Código Penal, de los delitos contra el orden económico, en virtud del bien jurídico protegido y por el carácter de delitos económicos que poseen dichos ilícitos, y no como lo ha establecido el Legislador al ubicarlos en el Título XV del citado Código, como delitos contra la administración pública. Esta propuesta quedó reflejada en el libro *Aspectos actuales del derecho penal económico en Colombia* publicado en nuestra casa de estudios (Forero Hernández, 2019).

Figura 8. Visita del Magistrado de la JEP Dr. Adolfo Murillo Granados a la Universidad de Ibagué, 21 de junio de 2019

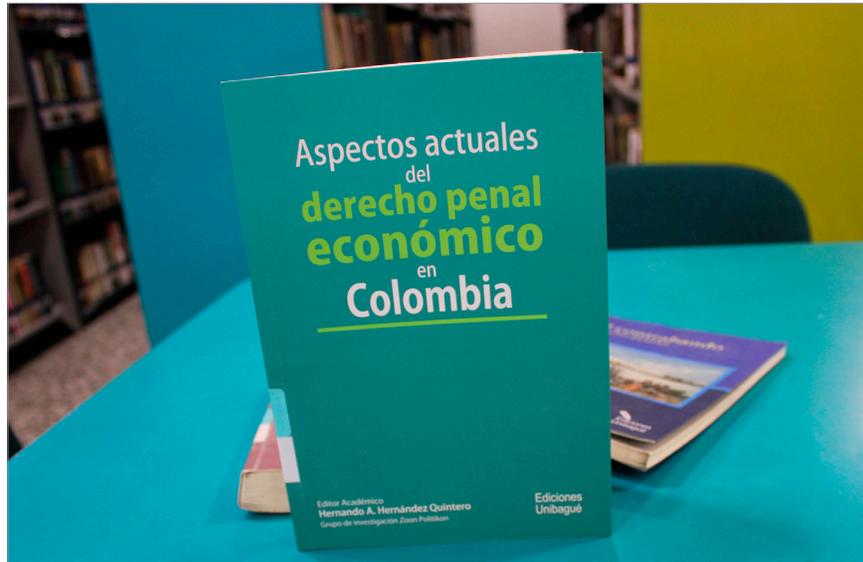


Carlos F. Forero Hernández, docente. Dr. Hernando A. Hernández Quintero, profesor titular de la Universidad de Ibagué y profesor emérito de Colciencias. Magistrado de la JEP, Dr. Adolfo Murillo Granados. Tatiana Vargas Nieto, docente.
Fuente: Germán E. Gómez Carvajal

Se finaliza el diplomado con el jurista Adolfo Murillo Granados con el módulo “Corrupción privada y administración desleal”. El magistrado comienza explicando que la ética debe ser aplicada con frecuencia en nuestro diario vivir para combatir la corrupción pública y privada; la tarea de aplicar la ética no solamente se realiza desde la academia, sino también desde los hogares. Dos, para el conferencista, el derecho penal es un derecho que protege a bienes jurídicos, más que a la vigencia de las normas; protege a intereses jurídicos relevantes.

Tres, señala el magistrado que los delitos de corrupción privada (artículo 250A) y administración desleal (artículo 250B) quedaron mal ubicados en el Título VII del Código Penal, como delitos contra el patrimonio económico; en verdad son por excelencia delitos socioeconómicos y, por tanto, debieron ser ubicados dentro del Título X, de los delitos contra el orden económico social, y con ello contribuye a facilitar un mejor estudio y aplicación. Es bueno señalar que, al tener relación con la corrupción privada y administración desleal, el jurista abordó sobre la competencia desleal y el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, temas que lo encontramos también en su artículo “Implicaciones penales de la competencia desleal” (2019), escrito junto con la Dra. Mónica Caicedo Lozada.

Figura 9. Aspectos actuales del derecho penal económico (2019)



Fuente: El autor

En la clausura del diplomado, 22 de junio de 2019, se contó el acompañamiento de la docente e integrante del Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico, Tatiana Vargas Nieto, quien siguió los pasos del maestro Hernando Quintero para escribir temas relacionados con el delito de lavado de activos. Se contó también el acompañamiento del magistrado Murillo Granados; los profesores de la Facultad de Derecho e integrantes del Grupo de Estudios manifiestan su sentimiento de agradecimiento, de admiración y de aprecio al Dr. Murillo por el apoyo que ha brindado a la escuela del derecho penal económico; para la Universidad de Ibagué es un privilegio tenerlo como docente de posgrados y de diplomados.

En dicha clausura, el magistrado manifestó el agradecimiento al Grupo de Estudios, especialmente al director, Dr. Hernández Quintero, por la cordial invitación para participar en el diplomado como conferencista. Manifiesta además que tiene fe que, con el esfuerzo del Dr. Hernández, la Facultad de Derecho de la Universidad de Ibagué ofertará al público la Maestría en Derecho Penal con énfasis en Derecho Penal Económico, y se convertirá como el histórico resultado de varios años de esfuerzo, de actividades que han realizado, y seguirán realizando, el citado Grupo.

Figura 10. Clausura del diplomado, 22 de junio de 2019



Carlos F. Forero Hernández, docente de la Universidad de Ibagué. Magistrado de la JEP, Dr. Adolfo Murillo Granados.
Tatiana Vargas Nieto, docente de la Universidad de Ibagué. Fuente: Fotografía de Julieth Gutiérrez Bravo

El GEDPE manifiesta el agradecimiento a quienes participaron en el diplomado, dado que sus aportes y reflexiones compartidos en el desarrollo del mismo enriquecen a la escuela de derecho penal económico que cuenta la Facultad de Derecho de la Universidad de Ibagué.

Especial agradecimiento para el Dr. Hernando A. Hernández, quien dirige el Grupo de Estudios con mucha entrega, paciencia, perseverancia y pasión por el derecho penal económico, es tanto que está trabajando fuertemente para ofertar a la comunidad académica la Maestría en Derecho Penal con énfasis en Derecho Penal Económico; al presentar dicha propuesta, y con mucho entusiasmo, afirmó: “Quien lo proponga, lo hará, eso lo sabemos, desde luego, empeñando con perseverancia” (Hernández Quintero, 2018).

Los integrantes del GEDPE manifiestan el sentimiento de agradecimiento al señor decano de la Facultad de Derecho, Dr. Luis Fernando Sánchez Huertas, por la revisión y apoyo de las propuestas y de las actividades presentadas por el Grupo; su apoyo contribuye al fortalecimiento de nuestra escuela del derecho penal económico. Agradecen a la coordinadora de extensión del Centro de Educación Permanente (CEP) Ana Milena Rodríguez Andrade, y su equipo de trabajo, por su gestión en la oferta del diplomado, que no fue tarea fácil.

Referencias

- Forero Hernández, C.F. (2019). El delito de omisión del agente retenedor o recaudador en Colombia, ¿un delito socioeconómico? En *Aspectos actuales del derecho penal económico en Colombia*. Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué, (pp. 65-109). <https://doi.org/10.35707/9789587543216>
- Hernández Quintero, H. A. (2015). *Los delitos económicos en la actividad financiera (7.ª ed.)*. Bogotá: Ediciones Ibáñez.
- Hernández Quintero, H. A. (2017). *El lavado de activos (4.ª ed.)*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Hernández Quintero, H. A. (2018). *Los delitos económicos en la actividad financiera (8.ª ed.)*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Hernández Quintero, H. A. (2018). Socialización de la oferta del Diplomado en Derecho Penal Económico y Financiero en el Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico (GEDPE) de la Universidad de Ibagué.
- Murillo Granados, A. y Caicedo Lozada, M. (2019). Implicaciones penales de la competencia desleal. En *Aspectos actuales del derecho penal económico en Colombia*. (pp. 111- 135). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué. <https://doi.org/10.35707/9789587543216>
- Pinilla Pinilla, N. (1989). Fundamentos de derecho administrativo sancionatorio. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 11(39).
- Ruíz Sánchez, G. L. (2009). Tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. En *Cuadernos de derecho penal económico n.º 3*. (pp. 55-88). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.
- Solano de Ojeda, M. C. (2012). Responsabilidad penal por omisión de los servidores públicos en las urbanizaciones ilegales. En *Cuadernos de derecho penal económico n.º 6*. (pp. 161-186). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué.
- Solano de Ojeda, M. C. (2016). El favorecimiento de contrabando. En *El contrabando. Aspectos penales*. (pp. 85-118). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué. Recuperado de <http://repositorio.unibague.edu.co:80/jspui/handle/20.500.12313/1228>
- Vargas Nieto, T. (2017). Consideraciones sobre la unificación de los tipos penales de fraude a subvenciones, exportación e importación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. *Dos mil tres mil 19* (1), 61-77. Recuperado de <https://revistas.unibague.edu.co/dosmiltresmil/article/view/48>
- Vargas Sanmiguel, C. (2019). Onus probandi y lavado de activos, ¿reacción judicial a la impunidad? En *Aspectos actuales del derecho penal económico en Colombia* (pp. 209-224). Ibagué, Colombia: Ediciones Unibagué. <https://doi.org/10.35707/9789587543216>

Jurisprudencia

Intervención de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 301 de la Ley 1564 de 2012. Sentencia C-097/18

Manuel Alejandro Gallo Buriticá

• **Publicación:** 17/12/2019

Para citar este artículo

Gallo Buriticá, M. (2019). Intervención de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 301 de la Ley 1564 de 2012. Sentencia C-097/18. *Dos mil tres mil*, 21. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/2105>



Las demandas de inconstitucionalidad hacen parte del ejercicio democrático mediante el cual el ciudadano acude a la jurisdicción constitucional, en busca de proponer por parte de la Corte el análisis de una norma que se acusa de contradecir la Constitución.

Las universidades del país son invitadas a participar en el trámite inicial que surte la demanda, con el propósito de proporcionar su interpretación jurídica entre la norma demandada y la Constitución Política. Este ejercicio previo a la decisión final de la Corte Constitucional se ha convertido en un espacio valioso de expresión de la voz académica en el contexto práctico de una decisión judicial.

El lector encontrará a continuación, el concepto proyectado por el profesor Manuel Alejandro Gallo Buriticá y presentado por Luis Fernando Sánchez Huertas, decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, en representación de esta unidad académica en el trámite de la demanda de inconstitucionalidad de la norma dispuesta en el artículo 301 de la Ley 1564 de 2012. Esta controversia jurídica fue resuelta mediante la Sentencia C-097/18 que puede ser consultada aquí.

Concepto

1. Norma demandada

Artículo 301 de la Ley 1564 de 2012 (aparte demandado en negrilla):

La notificación por conducta concluyente surte los mismos efectos de la notificación personal. Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda registro de ello, se considerará notificada por conducta concluyente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la manifestación verbal.

Quien constituya apoderado judicial se entenderá notificado por conducta concluyente de todas las providencias que se hayan dictado en el respectivo proceso, inclusive del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo, **el día en que se notifique el auto que le reconoce personería**, a menos que la notificación se haya surtido con anterioridad. Cuando se hubiese **reconocido personería** antes de admitirse la demanda o de librarse el mandamiento ejecutivo, la parte será notificada por estado de tales providencias.

Cuando se decrete la nulidad por indebida notificación de una providencia, esta se entenderá surtida por conducta concluyente el día en que se solicitó la nulidad, pero los términos de ejecutoria o traslado, según fuere el caso, solo empezarán a correr a partir del día siguiente al de la ejecutoria del auto que la decretó o de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

2. Síntesis de los fundamentos de la demanda

El demandante considera que las expresiones señaladas desconocen el derecho a la igualdad real, consagrados en los artículos 13 de la Constitución, el preámbulo y el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre. Sustenta su acusación planteando que los

aportes señalados establecen una distinción irrazonable entre la forma en que opera la notificación por conducta concluyente de la parte que interviene de manera directa en el proceso, y la que interviene por medio de apoderado judicial.

Lo anterior debido a que quien confiere poder a un abogado se notifica por conducta concluyente en un momento posterior, respecto de quien interviene a nombre propio. El demandante advierte que el medio escogido por el legislador otorga una ventaja adicional a quien ya se encontraba en una situación más favorable, toda vez que le concede más tiempo a la parte que se encuentra representada por apoderado judicial, ya que cuenta con los días que tarda el despacho en reconocerle personería jurídica y en notificar dicha determinación, a pesar de estar habilitado para actuar desde el momento del otorgamiento del poder, según el demandante.

3. Concepto en torno los argumentos propuestos en la demanda

Con el fin de estudiar la constitucionalidad de la norma demandada, se hará referencia al criterio de comparación utilizado por el demandante y el fin buscado por el inciso segundo del artículo 301 del CGP.

3.1. *Indebida escogencia del tertium comparationis*

La Corte Constitucional, en sentencia C-811 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo, estableció la etapa de análisis del juicio integrado de igualdad, de la siguiente manera:

(i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.

El demandante indicó que el criterio de comparación está construido por los dos supuestos de hecho previstos en el artículo 301 del CGP. El primero, por el sujeto procesal (parte o tercero) que interviene directamente en el proceso, a quien se le considera notificado por conducta concluyente en la fecha de presentación personal del escrito o de la manifestación verbal, caso en el cual, a partir del día siguiente, comienzan a correrle los términos procesales para actuar en el proceso y presentar los recursos si es del caso.

Por otro lado, se compara la situación de quien interviene a través de abogado. En este caso la notificación por conducta concluyente de todas las providencias del proceso, se surte con la notificación del auto que reconoce personería jurídica, es decir no desde la presentación del poder, sino que debe ingresar el expediente al despacho, proferirse un auto de reconocimiento de personería y notificación por estado. Lo cual genera una situación favorable, pues este contará

con un plazo adicional, el cual corresponde según el actor, al tiempo que tarde el juez en proferir el auto de reconocimiento de personería jurídica y su notificación personal.

Sin embargo, el criterio de comparación utilizado por el demandante es superficial, ya que en el presente caso los extremos de comparación propuestos regulan dos situaciones jurídicas diferentes. Como punto de partida debe tenerse en cuenta que el inciso primero del artículo 301 del CGP no regula, como lo pretende hacer parecer el demandante, la situación de la parte que actúa directamente sin apoderado judicial, sino que reglamenta la notificación por conducta concluyente de quien manifiesta que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, intervenga o no por medio de apoderado judicial.

Así las cosas, el inciso segundo se refiere a la notificación por conducta concluyente, no de quien interviene por medio de abogado, sino de quien lo hace y además no manifestó expresamente conocer determinada providencia, ya que en caso de expresarlo así, por ejemplo en el poder otorgado, su notificación se regiría por el primer inciso y no por el segundo, así interviniera por medio de apoderado judicial.

De esta manera lo ha entendido el tratadista López Blanco al señalar, por medio de un ejemplo, lo siguiente:

Un ejemplo ilustra la regulación: iniciado un proceso el demandado que no se ha notificado de alguna de estas providencias, le otorga poder a un abogado sin hacer referencia expresa a que conoce las mismas, pues si así fuera operaría la notificación por conducta concluyente prevista en el inciso primero.¹

3.2. Fin buscado por el inciso segundo del artículo 301 del CGP

El caso objeto de estudio versa sobre una decisión en el marco de la amplia configuración legislativa en cuanto al diseño de los procedimientos. Para efecto de determinar su razonabilidad y proporcionalidad es necesario recordar que la Corte ha sostenido que dicho juicio adopta una modalidad leve, intermedia o estricta, según su grado de intensidad. Al respecto, la sentencia C-354 de 2009 sintetizó la postura de este Tribunal, así:

De acuerdo con la jurisprudencia, la regla general en el control de constitucionalidad es la aplicación de un test leve de proporcionalidad en el examen de una medida legislativa, criterio que se fundamenta en el principio democrático, así como en la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas.

El test leve se orienta a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo esta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita, cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, idóneo para alcanzar el fin propuesto.

¹ López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso Parte General. Dupre Editores. 2016. Pág. 760

La disposición consagrada en el inciso segundo no realiza una discriminación a la parte que acude al proceso sin abogado, simplemente se limita a diferenciar la posición de aquella parte que conoce la providencia y así lo manifiesta de aquella que no lo hace. Además, acorde con la naturaleza de la función del abogado, da por sentado que aquel apoderado reconocido como tal dentro del proceso, debe tener conocimiento de las providencias que allí se han dictado

En el mismo sentido, según Hernán Fabio López Blanco, el artículo objeto de estudio busca eliminar aquellas maniobras dilatorias de algunos abogados, que recibían el poder de quien aún no había sido notificado por primera vez dentro del proceso, de providencias como los autos admisorios de la demanda o el mandamiento de pago, y al reconocérseles personería actuaban, buscando evitar que se diera la notificación.²

4. Conclusión

En este orden de ideas, no cabe duda que las razones expuestas por el demandante no son claras, ni suficientes, por lo que la Corte Constitucional debe declararse inhibida. En subsidio, considero que las expresiones censuradas por el demandante, se encuentran acorde a la Constitución Política y a la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, ya que no vulneran el derecho a la igualdad, por el contrario, dicha disposición busca eliminar dilaciones injustificadas que se presentaban en vigencia del Código de Procedimiento Civil.

²López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso Parte General. Dupre Editores. 2016. Pág. 759

Jurisprudencia

Intervención de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 55 de la Ley 1819 de 2016 (Reforma Tributaria Estructural). Sentencia C-266/19

Carlos F. Forero Hernández

• **Publicación:** 17/12/2019

Para citar este artículo

Forero hernández, C. F. (2019). Intervención de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 55 de la Ley 1819 de 2016 (Reforma Tributaria Estructural). Sentencia C-266/19. *Dos mil tres mil*, 21. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/2106>



Las demandas de inconstitucionalidad hacen parte del ejercicio democrático mediante el cual el ciudadano acude a la jurisdicción constitucional, en busca de proponer por parte de la Corte el análisis de una norma que se acusa de contradecir la Constitución.

Las universidades del país son invitadas a participar en el trámite inicial que surte la demanda, con el propósito de proporcionar su interpretación jurídica entre la norma demandada y la Constitución Política. Este ejercicio previo a la decisión final de la Corte Constitucional se ha convertido en un espacio valioso de expresión de la voz académica en el contexto práctico de una decisión judicial.

El lector encontrará a continuación, el concepto proyectado por el profesor Carlos Forero y presentado por Luis Fernando Sánchez Huertas, decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, en representación de esta unidad académica en el trámite de la demanda de inconstitucionalidad de la norma dispuesta en el artículo 55 de la Ley 1819 de 2016. Esta controversia jurídica fue resuelta mediante la Sentencia C-266/19 que puede ser consultada aquí.

Concepto

1. Contenido de la acción

El actor Juan Esteban Sanín Gómez invoca la declaratoria de inconstitucionalidad del apartado “no obligadas a llevar contabilidad”, contenido en el artículo 55 de la Ley 1819 de 2016 (Ley de Reforma Tributaria Estructural), que modifica el artículo 75 del Estatuto Tributario (Decreto 624, 1989). En efecto, para el accionante el citado apartado infringe los artículos 13 (derecho a la igualdad) y 363 (equidad tributaria). Es pertinente citar la norma:

Artículo 75. Costo fiscal de los bienes incorpóreos formados. El costo fiscal de los bienes incorpóreos formados por los contribuyentes no obligados a llevar contabilidad, concernientes a la propiedad industrial, literaria, artística y científica, tales como patentes de invención, marcas, derechos de autor y otros intangibles, se presume constituido por el treinta por ciento (30 %) del valor de enajenación.

A juicio del accionante, dichas vulneraciones surgen (o se dan) por el trato diferente a dos grupos determinados: “obligados” y “no obligados a llevar la contabilidad”; se está frente a una discriminación que no obedece a ningún propósito constitucional o legal.

2. Concepto técnico

La norma parcial demandada, a mi juicio, está ajustada a la Constitución por dos razones:

2.1. Facilidad del cálculo de deducciones a aquellos contribuyentes no obligados a llevar contabilidad

Esta norma fue creada, según la exposición de motivos de la Ley 1819 de 2016 (Zamara & Zamara, 2017), para facilitar el cálculo de deducciones a aquellos contribuyentes no obligados a llevar contabilidad, pues, como lo demuestra la práctica, dichos contribuyentes no han tenido la

posibilidad de tomar contablemente las deducciones en el paso de la formación de determinado intangible.

Para los obligados a llevar contabilidad, como es obvio, no se presentan dificultades en el cálculo de las deducciones por amortización a lo largo del tiempo de la formación de un determinado intangible, dado que tienen soportes contables (o documentos contables, para algunos); sin perder de vista que la contabilidad es considerada como un medio de prueba (artículo 772, Decreto 624, 1989), eso sí, que se lleve en debida forma (artículo 773, Decreto 624, 1989).

Es pertinente señalar que en la actualidad los obligados a llevar la contabilidad están aplicando normas internacionales de información financiera (NIIF) (Ley 1314, 2009) que facilitan la contabilidad de los costos de bienes intangibles; por tal razón, resulta razonable que la presunción que señala la norma (artículo 55, Ley 1819, 2016) se aplicara para los no obligados a llevar contabilidad.

Por lo anterior, a mi juicio, dicho tratamiento diferente no implica la vulneración del derecho de igualdad que señala el artículo 13 constitucional; por el contrario, se justifica. Tampoco vulnera el principio de equidad tributaria, dado que no hay tratamiento tributario diferenciado injustificado. Respecto del principio de equidad, específicamente del tratamiento tributario diferenciado injustificado, es pertinente citar un apartado de una providencia de la Corte Constitucional:

El principio de equidad tributaria ha sido definido por la Corte como una manifestación específica del principio general de igualdad y comporta la proscripción de formulaciones legales que establezcan tratamientos tributarios diferenciados injustificados, ya sea porque desconozca el mandato de igual regulación legal cuando existan razones para tratamiento desigual, o porque se desconozca el mandato de regulación diferenciada cuando no existan razones para tratamiento igual (Sentencia C-397 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

2.2. La finalidad de las presunciones en materia tributaria

Como se evidenció, la norma en cuestión está asociada al campo de estudio de las presunciones al señalar que el costo fiscal de los bienes incorporales formados por los contribuyentes no obligados a llevar contabilidad, “se presume” constituido por el treinta por ciento (30 %) del valor de la enajenación. Tal presunción tiene justificación para un tratamiento diferente, aplicable a contribuyentes “no obligados a llevar contabilidad”.

Es importante tener en cuenta que, con las presunciones, facilita a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) la ejecución de tareas de administración y fiscalización, controlando la evasión, por ejemplo. Recordemos, además, que la Ley 1819 de 2016 fue creada para la lucha contra la evasión. Sobre la creación de presunciones como medios efectivos para combatir ciertas modalidades de elusión y evasión fiscal, la Corte Constitucional ha señalado:

(...)

En concepto del accionante, el artículo demandado contiene una presunción de derecho violatoria de la equidad tributaria. Al respecto, es preciso señalar que es precisamente en aras del desarrollo de

este principio y del de la eficiencia en la recaudación de los tributos, consagrados en el artículo 363 superior, que el legislador se ha valido de este tipo de técnicas jurídicas, con el objetivo fundamental de evitar la evasión tributaria, principal aspecto desestabilizador del principio de equidad y de igualdad ante las cargas públicas.

Los hechos consagrados en el artículo 34 demandado, sobre los cuales el legislador estructuró la presunción demandada, no son otra cosa que aspectos indicativos del nivel de ingresos que puede tener el contribuyente, pues estima el legislador que no sería lógico que, por ejemplo, un comerciante tenga a su servicio más de ocho trabajadores, o realice consignaciones por más de setenta millones de pesos, y que sus ingresos anuales sean inferiores a la suma indicada en este mismo artículo.

(...)

Sobre la validez de las presunciones en materia tributaria, ha señalado la Corte:

Consagración de presunciones. Se trata de un recurso obligado de la legislación tributaria para establecer hechos cuya prueba puede ser más fácilmente suministrada por el contribuyente, como quiera que la obtención directa y singular de la respectiva información sería demasiado costosa y difícil para la Administración. Las presunciones ordinariamente se basan en índices externos y globales de actividad económica o de frecuencia en la verificación de un hecho, socialmente convalidados. Según la naturaleza de la presunción y la política fiscal que la anime, ella puede o no admitir prueba en contrario. En todo caso, el establecimiento de presunciones se ha mostrado efectivo para dificultar el ejercicio de ciertas modalidades de evasión y elusión fiscales y abarcar en el universo de contribuyentes y rentas, categorías de contribuyentes y tipos rentas esquivas a su inclusión con grave desmedro de la equidad tributaria. Sentencia C-015 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. (...)

De acuerdo con lo anterior, esta Corte encuentra que no están llamados a prosperar los cargos formulados por el actor, puesto que resulta constitucionalmente admisible que, precisamente en función de la equidad tributaria, y para evitar la evasión y la elusión de los tributos, el legislador consagre presunciones, de hecho o de derecho, como la contenida en la disposición acusada (subrayado es propio) (Sentencia C-091 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Estas son las razones por las cuales considero que el apartado en cuestión (“no obligados a llevar contabilidad”) no es contraria a la Constitución Política de 1991. No es conveniente declarar inconstitucional la norma parcial demandada, pues, a los contribuyentes no obligados a llevar contabilidad se les van a presentar dificultades, y ha sucedido, en la realización del cálculo de los costos fiscales de los bienes incorpóreos formados.

Referencias

- Zamara Vásquez, F. Z. & Zamara Martínez, C. (2017). *Reforma tributaria comentada. Ley 1819 de 2016*. Bogotá, Colombia: Legis
- Sentencia C-091 (2002). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-091-02.htm>
- Sentencia C-397 (2011). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-397-11.htm>

Intervención de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué en la demanda de inconstitucionalidad contra el literal k del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017. Sentencia C-356/19

María Cristina Solano de Ojeda

• **Publicación:** 17/12/2019

Para citar este artículo

Solano de Ojeda, M. (2019). Intervención de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué en la demanda de inconstitucionalidad contra el literal k del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017. Sentencia C-356/19. *Dos mil tres mil*, 21. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/2107>



Las demandas de inconstitucionalidad hacen parte del ejercicio democrático mediante el cual el ciudadano acude a la jurisdicción constitucional, en busca de proponer por parte de la Corte el análisis de una norma que se acusa de contradecir la Constitución.

Las universidades del país son invitadas a participar en el trámite inicial que surte la demanda, con el propósito de proporcionar su interpretación jurídica entre la norma demandada y la Constitución Política. Este ejercicio previo a la decisión final de la Corte Constitucional se ha convertido en un espacio valioso de expresión de la voz académica en el contexto práctico de una decisión judicial.

El lector encontrará a continuación, el concepto proyectado por la profesora María Cristina Solano de Ojeda y presentado por Luis Fernando Sánchez Huertas, decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, en representación de esta unidad académica en el trámite de la demanda de inconstitucionalidad de la norma dispuesta en el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017. Esta controversia jurídica fue resuelta mediante la Sentencia C-356/19 que puede ser consultada aquí.

Concepto

1. De la demanda de inconstitucionalidad

La ciudadana Sonia Marleny Osorio Botero solicita a Honorable Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de la disposición de la referencia, que contempla como causal de exoneración del servicio militar obligatorio, cuando hayan alcanzado la mayoría de edad a: **K. Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil.** Agrega, como decisión alternativa, en caso de que no se acepte la inconstitucionalidad, la de la “exequibilidad condicionada de la misma en el entendido de que sus preceptos también cobijan a las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento.” (Texto entre comillas extraído de la demanda)

La accionante Sonia Osorio sustenta la demanda en una supuesta violación al “derecho a la igualdad, a la honra y a la dignidad humana de una población vulnerable denominados transgénero y así someterlos a situación de trato discriminatorio”. (Texto entre comillas extraído de la demanda). Como normas violadas cita los artículos 1, 13, 16 y 21 de la Carta Constitucional, la Declaración Universal de los derechos humanos, artículos 1, 2, y 3 y la Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José) artículo 5. Normas consagradas al respeto de la dignidad humana, a la no discriminación, al principio de igualdad real, a la protección de las personas con debilidad manifiesta, a la integridad personal entre otros.

Puntualmente, considera que:

La identidad de género y la identidad sexual son aspectos inherentes a los individuos que hacen parte de su fuero interno, pero deben tener la posibilidad de ser exteriorizados plenamente por ser

reconocidos y respetados, incluso de generar o excluir de ciertas consecuencias jurídicas... (Hoja 7 de la demanda).

Además, entendemos que el cambio de sexo apareja para la persona que lo realiza, rechazo y discriminación como afirma el demanda, de tal manera que la convierte en un sujeto vulnerable y muy posiblemente víctima de violencia por alguna parte de la sociedad que no acepta a las personas diversas. Siendo este el punto que permite a la accionante, demandar que el Estado, permita a la mujer que ha cambiado su sexualidad hacia la masculina, decidir si presta o no el servicio militar obligatorio.

Por lo tanto, se acusa a la Ley 1861 de 2017 de haber incurrido en una omisión legislativa, al dejar por fuera de las excepciones para prestar el servicio militar a las personas que habiendo sido inscritas en el registro civil como mujeres deciden cambiar por la de hombres. Además, la nueva condición de hombre pasa a sustituir en el registro a la de mujer. Omisión legislativa que la demanda de inconstitucionalidad ha calificado de relativa o parcial, lo que le da la competencia a la Corte Constitucional para ejercer el control que se le solicita.

Entrando en materia, se afirma que el reclutamiento que reglamenta la Ley 1861 de 2017, “desconoce el derecho de las mujeres colombianas que hubiesen cambiado su componente de sexo femenino a masculino en su registro civil de nacimiento a poder decidir si presta el servicio militar o no...” (Hoja 15 de la demanda).

2. Concepto de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué

Atendiendo la invitación que la H. Corte Constitucional ha hecho a la Universidad de Ibagué, representada para este propósito por el suscrito Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, procedemos a considerar lo siguiente: El Servicio militar obligatorio ha sido concebido por nuestro país, como una más de las formas de cumplir con los fines del Estado, en su particular deber de mantener el orden público. El mandato, como dice la Corte Constitucional en la Sentencia T-099 de 2015, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado, no es absoluto y por lo tanto se le han reconocido límites mediante la ponderación de los derechos fundamentales, como los de libertad de conciencia y de cultos.

Precisa que las normas que reglamentan el servicio militar obligatorio tienen como destinatarios exclusivos a los hombres; y, en consecuencia, excluyen a las mujeres. No dice nada sobre las personas que no se identifican como hombre o mujer, no obstante que hay personas que no se reconocen, hombre o mujer ya que participan de las dos condiciones, sin que una se imponga o anule la otra, o porque naciendo hombre o mujer no se reconozcan como tales. No obstante, que muchos niños al nacer son sometidos a procedimientos para asignarles uno de los sexos. Transformación que acarrea consecuencias para el proyecto de vida que cada persona se propone alcanzar. Siendo esta una razón más, para que el Estado se ocupe de permitir el cambio de sexo, con lo cual ayuda, a que el proyecto de vida que se propone alcanzar sea una realidad.

Valga la pena traer a colación que, al contrario de lo que ocurre en Colombia, algunos países como Australia, Nueva Zelandia, Nepal, Pakistán, India, Estados Unidos y Canadá entre otros, reconocen la existencia de un tercer sexo. En Australia, por ejemplo, el Tribunal Supremo en 2014 reconoció que, además de mujeres y hombres, hay un género neutro, que puede registrarse. El género se conoce como no específico.

En la legislación nacional, aunque la ley y el precedente han registrado derechos a favor las personas que no se igualan a un hombre o mujer, la identificación debe inscribirse bajo uno de los dos contextos, cuando, además, haya dejado de tener el componente del sexo masculino o femenino en su registro civil. Es decir, existe una contradicción dialéctica entre lo que pregona la ley y la jurisprudencia, cuando reconoce derechos a los transexuales pero atributo de la personalidad se limita a ser identificado como hombre o mujer.

Bajo este contexto, surge la necesidad de precisar algunos puntos relacionados con el servicio militar obligatorio para los hombres, voluntario para las mujeres y hombres que están incurso en las causales exoneraciones del artículo 12 de la Ley 1861/17. Como se desprende de la citada Ley, la obligación de los hombres de prestar el servicio militar, contiene excepciones que deben ser acreditadas, como ocurre con la del artículo 12 literal k que exonera a “los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil”. Como se puede concluir de la lectura del literal, no se contempló la situación de la mujer que haya cambiado de sexo e inscrito en el registro, su condición de varón. Agrega la norma la Ley que los llamados al servicio “deben ser sometidos a un proceso de inscripción, valoración médica sorteo, concentración, incorporación y clasificación que implica una limitación a los derechos fundamentales” (Sentencia T-099 de 2015).

De manera que existe un silencio en el literal K que, a juicio del accionante, constituye una clara omisión legislativa, al desconocer la situación de las mujeres que dejan de serlo para asumir el rol propio del sexo masculino. Imprevisión que ignora la conducta social que no ha asumido del todo el cambio de sexo, como un derecho de quienes se sienten en cuerpo extraño y quieren encontrar su propia identidad en este proceso. Pero más que todo, para nosotros es el desconocimiento de la ley, de la existencia de los llamados intersexuales. Intersexualidad que lejos de excluirlos, por ejemplo del servicio militar, sería preciso adoptar programas que les permitieran coadyuvar con los fines del Estado.

Profundizando un poco en la supuesta omisión, no resulta claro afirmarla porque, en aras del principio de igualdad, una mujer que se transforma en varón, lo hace porque su proyecto de vida es ser hombre y por lo tanto espera que se le reconozca como tal. Por eso, puede plantearse que hay una voluntad clara de asumir íntegramente el rol masculino. De donde surge la obligación de aquel hombre que antes era mujer, de prestar el servicio militar obligatorio, salvo que estén incurso en otra causal, de las varias que excluyen a los varones. Después de todo, hay otra verdad que no puede desconocerse y es, que en la sociedad hay sectores que se muestran intolerantes con quien se deciden por el cambio de sexo, y por eso son objeto de rechazo, burla,

discriminación e incluso violencia. Por eso, aquí habría que revisar si tal conducta puede ser causal de exclusión del servicio.

Colombia Diversa y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social sostuvieron para la Sentencia T-009 de 201 que:

Las personas transgénero no solo enfrentan fuentes obstáculos sociales, sino también barreras legales que reflejan la marginalización (sic) a la que se ven sometidas en su diario vivir. Estos obstáculos se originan, en gran medida, por la concepción binaria que tiene el Estado del género y que divide a la población en dos categorías: hombre y mujer. **Esta calificación dificulta e incluso imposibilita la identificación de las personas transgénero dentro de la sociedad y por ello, constituye una forma de violencia estatal.**

Es decir, la persona que decide cambiarse de mujer a hombre o viceversa, para encontrar su verdadero yo, choca con la sociedad y se encuentran en un estado de debilidad manifiesta que le impide, a pesar de su deseo compartir integralmente el rol de varón, que es el elemento que genera la obligación de prestar el servicio militar.

Con el propósito de ahondar un poco más en preferencias sexuales nos referimos a la sentencia de tutela de 2015 citada que dice:

(...) la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás. Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental "la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales", lo cual implica "la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social(...)" Toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico control judicial, esto es a un escrutinio estricto (...) T-009/15.

En este sentido, pareciera entenderse que cuando la persona ha cambiado de sexo se le debe brindar un trato acorde con él, porque de lo contrario se estaría discriminando al hombre que antes estaba registrado como mujer, por ese hecho. Porque insistimos con la Corte:

Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto. (Sentencia T-009/15).

Segregar a los hombres, que lo son en virtud de su propia decisión, contraría la Constitución, porque se trataría de una discriminación por sexo y ese no es el querer del legislador, por lo que repetimos no es clara la omisión de que se acusa a la norma.

Uno de los aspectos a considerar es el del **derecho a la igualdad**, sobre el cual la Corte ha reconocido, a partir del artículo 13 de la Constitución, tres dimensiones: En primer lugar, **la existencia de una regla de igualdad ante la ley**, que implica imparcialidad del Estado al aplicar el derecho, a todas las personas. En este caso, podríamos entenderlo como el derecho de la persona que cambia de sexo para ser tratada como hombre, porque ese es su proyecto de vida. En segundo lugar, una prohibición de discriminación de las personas en el trato, como en razón del sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión u opinión política. Nuevamente podría pensarse que excluir a quien ha cambiado de sexo en razón del cambio, sería un acto discriminatorio prohibido desde el punto de vista de la igualdad de trato. Y, en tercer lugar, la existencia de un “mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material entendido como el deber público de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional (acciones afirmativas)”. Tercera dimensión del derecho a la igualdad, en aras de proteger a personas discriminadas, que puede ser la base sobre la cual se opte por excluirlas del servicio militar obligatorio. (Sentencia T-009 de 201)

Igualdad o desigualdad que, a decir de la Corte, tiene sentido en la medida en que logre responder tres interrogantes: ¿Igualdad entre quienes? ¿Igualdad en qué? E ¿Igualdad con base en qué criterio? Y es entonces cuando nos confundimos respecto de la respuesta acertada al primer interrogante. Es decir, si la igualdad se debe establecer entre el que nació y permaneció varón, o entre la persona que al nacer se inscribió como mujer y luego por su propia decisión hizo el cambio a varón, porque en este caso no sería posible predicar la igualdad absoluta debido a condiciones biológicas, inevitables y sociales no deseadas. Lo que nos permitiría decir que el legislador no podía suponer que el cambio de sexo en el registro autorizaba de facto igualdad entre hombres y mujeres que habían optado por esa calidad sexual.

Creemos que partiendo de los conceptos de mujer transgénero y hombre transgénero se debe reconocer que hay un tercer sexo que aunque asuma identidad femenina o masculina, es diferente a ellas. Y, en este caso el legislador ha incurrido en una omisión legislativa al no excluir, del servicio militar obligatorio, a las mujeres que cambiaron su sexo por el de hombres. Desde este punto de vista, creemos que sí es posible admitir una igualdad entre quienes deciden como opción de vida, el cambio de género, porque hay una orden de fomentar la igualdad de oportunidades o igualdad material. Es así que, existe el deber público de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a grupos discriminados o marginados de manera sistemática o histórica, a través de prestaciones concretas o cambios en el diseño institucional.

Porque, como lo señala la Corte Constitucional T-099/15 en materia de orientación de la sexualidad o rol de género hay:

(...) un proceso social y cultural que determina un sexo específico, no como criterio esencial de identificación ni mucho menos como categorías únicas. **Distinto a la identidad de género que reconoce a cada individuo su condición de hombre, mujer o transexual, marcando una diferencia**

en este último ya que la relación se da entre el individuo y el proceso cultural. Así, como teniendo en cuenta el caso de los intersexuales o hermafroditas, que aunque comparten lo anterior a posteriori, a priori están determinados por un hecho impuesto desde el nacimiento.

También, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-450 de 2013 con ponencia de Mauricio González Cuervo, dice:

Sin embargo, a partir de las pruebas recabadas y de los estudios analizados en la presente sentencia, se desprende que existen personas **intersexuales** que no pueden clasificarse como hombres o mujeres desde su nacimiento debido a razones médicas y biológicas, lo cual no equivale a la negación de sus derechos fundamentales. El sexo de un individuo no determina su condición de ciudadano ni su calidad de ser humano, y no puede de ninguna manera convertirse en un criterio excluyente o nugatorio de los derechos de toda persona y de todo ciudadano, como lo es el derecho a la personalidad jurídica. En otras palabras, desconocer a un intersexual sus derechos por esta razón significaría degradarlo y negar su calidad de ser humano.

Entendemos, que para la Corte, además de mujeres y hombres hay otros grupos de personas que en la sentencia se denominan intersexuales, como lo dijo en sentencia T-771 de 2013, cuando afirmó:

El término transgénero constituye una denominación genérica con el que se ha designado a aquellas personas cuya identidad de género y/o sexual es diferente a las expectativas convencionales basadas en las características físicas sexuales o el sexo que les fue asignado al nacer. El término es genérico toda vez que es empleado para describir una pluralidad de expresiones, experiencias e identidades, e incluye, entre muchas otras, a personas transexuales, transgénero, travestidos, intergénero, transformistas, *drag queens* y *drag kings*. Así mismo, adoptó la noción de persona trans como la relativa a aquella “(...) que transita del género asignado socialmente a otro género. En ocasiones, el papel de género asignado por la sociedad no coincide con la perspectiva de la persona, de modo que a veces un sujeto de sexo masculino, se identifica psicológicamente con lo femenino. En este caso, a lo largo de su ciclo vital, estas personas rechazan el rol masculino asignado por la sociedad, asumen su identidad femenina y transitan hacia un rol social femenino”.

En suma, para el máximo tribunal constitucional se deben reconocer tres géneros, claramente diferenciados y cada uno con derecho a la protección del Estado. De lo anterior surge la pregunta ¿Si cuando una persona **trans** cambia de un sexo al otro, su transformación es total? Y creemos que la respuesta es negativa, porque aunque acuda a las cirugías, a las hormonas o medicamentos que les ayuden a la transformación aceptados por el sujeto, hay otros de contenido social que, muchas personas del grupo no aceptan. Personas que discriminan, ofenden y atacan a quienes son y se sienten diferentes a los estereotipos femenino y masculino, que transforman su vida y solo por esto son diferentes.

De manera que en caso del servicio militar obligatorio para varones, por estos debe entenderse aquellos que nacieron y crecieron bajo estos parámetros, mientras otros que llegaron a ser hombres en virtud acciones derivadas de su sentir y voluntad. Estos últimos, no deben ser

obligados a prestar el servicio militar obligatorio, porque se les avoca a situaciones complejas de discriminación social. Sin embargo, no debe prohibírseles y, por el contrario, dejarse a la decisión del sujeto, como ocurre con las mujeres y otro grupo de personas.

Para resumir, diremos que el problema de la norma demandada es más que una omisión. Desconoce que cuando una mujer se transforma en hombre su situación no es igual a la de quienes se han reconocido como tales desde el nacimiento, y por lo tanto obligarlos al servicio militar constituye una violación a las obligaciones del Estado, de proteger a las personas de todo acto de discriminación. En este caso creemos que el literal k citado, como lo señala la demanda, es constitucional pero omitió decidir en igualdad la situación de las mujeres que cambian de sexo, para exonerarlas del servicio obligatorio.

Como consecuencia de lo dicho, solicitamos a la Corte Constitucional que se acceda a las pretensiones, de la accionante señora SONIA MARLENY OSORIO BOTERO de condicionar la aplicación de la norma para recoger en ella y, exonerar del servicio militar obligatorio a los hombres, que lo son en virtud de su transformación de mujer a varón.

40
AÑOS



**Universidad
de Ibagué**

Comprometidos con el desarrollo regional

