

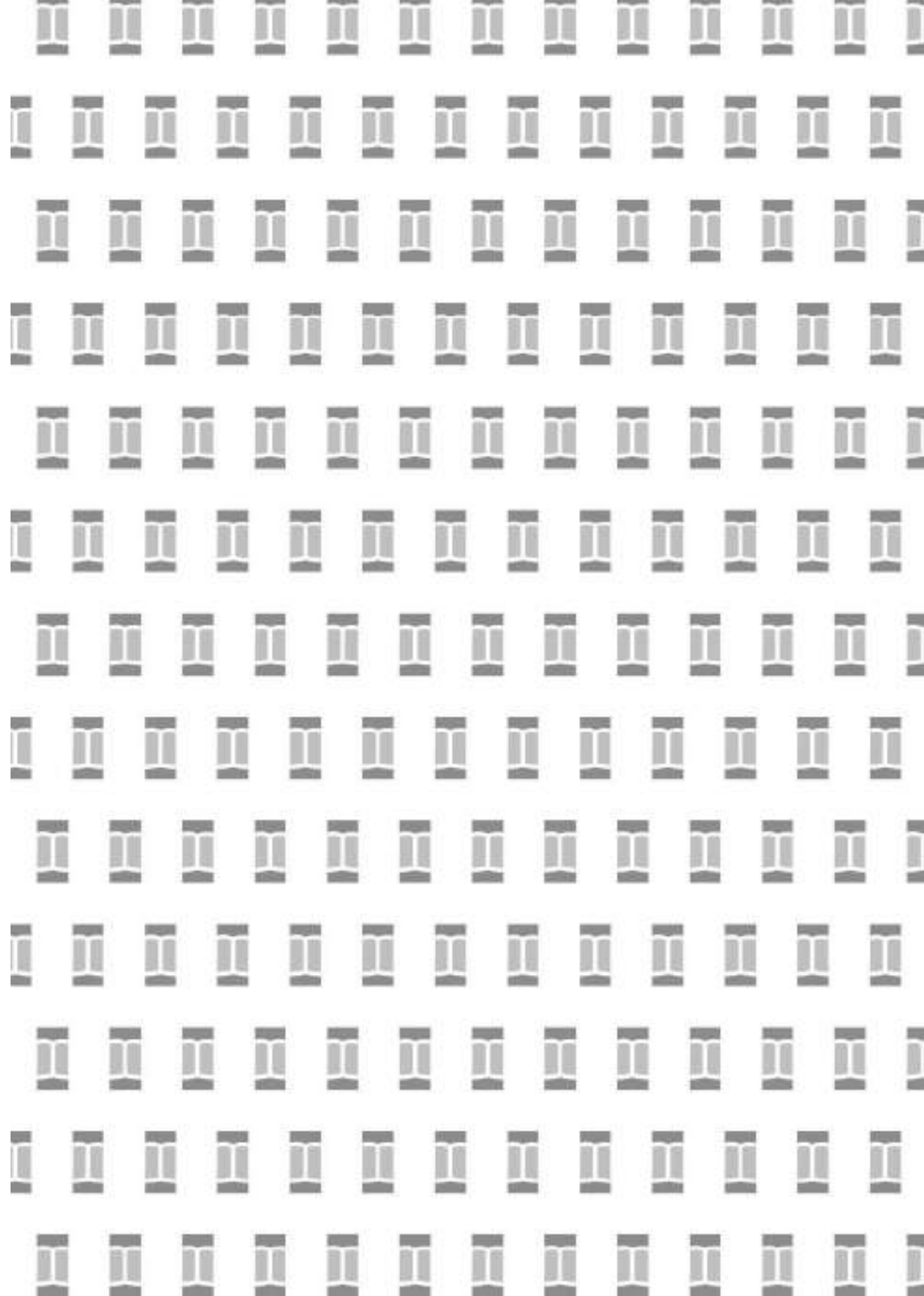
Medellín • núm. 14 • Julio a diciembre de 2020 • Publicación semestral • ISSN 2357-4615

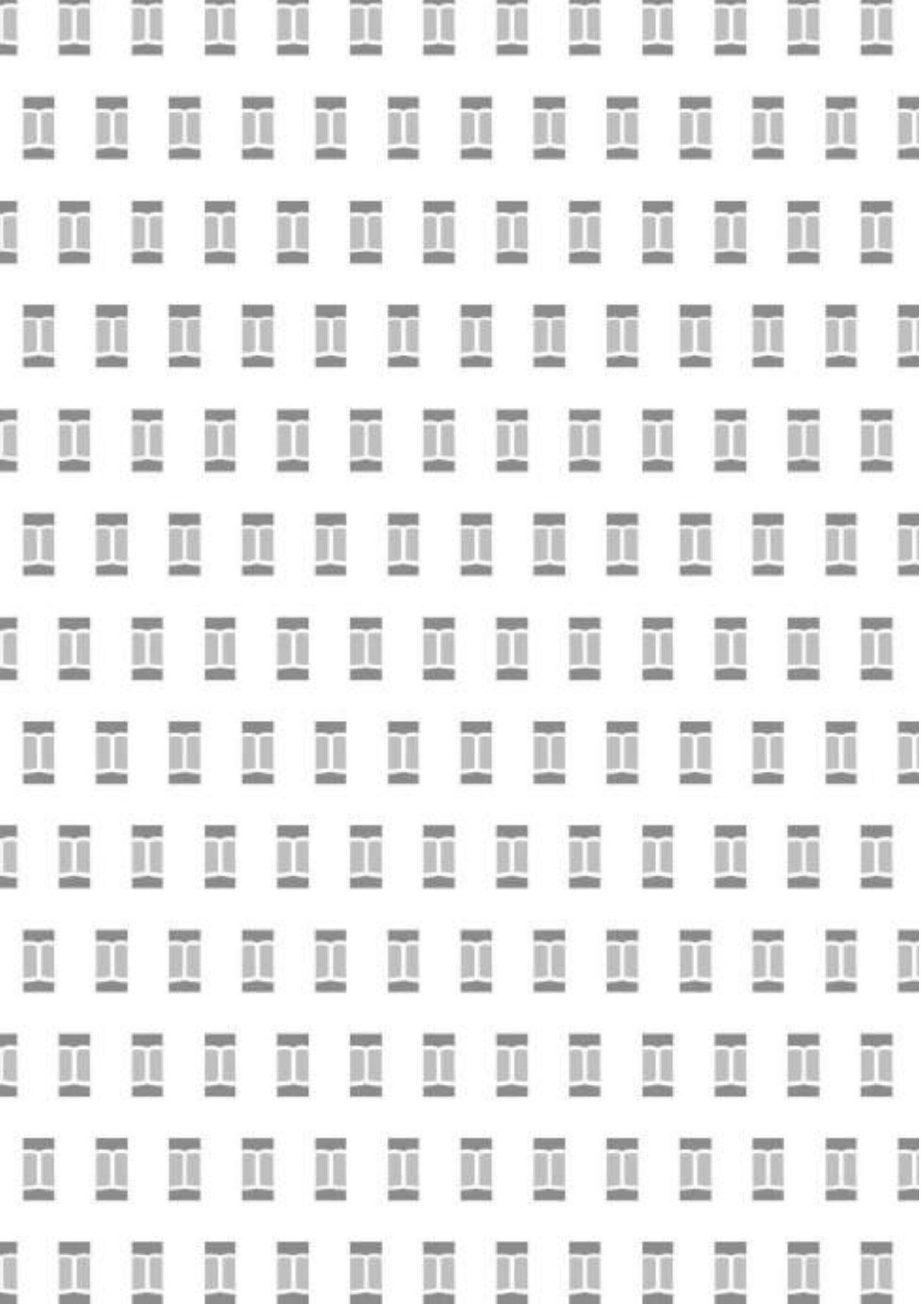
PLURIVERSO

Revista de divulgación académica • Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana • UNAULA



 Ediciones
UNAULA





PLURIVERSO

PLURIVERSO

PLURIVERSO

núm. 14 • julio a diciembre de 2020 (semestral)

ISSN: 2357-4615

Revista de divulgación académica de la Escuela de Posgrados

Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA

Grupo Pluriverso

Ediciones UNAULA

Una marca del Fondo Editorial UNAULA

© De la Edición: Universidad Autónoma Latinoamericana

© De los contenidos: los respectivos autores

Presidente Sala de Fundadores

Nelly Cartagena Urán

Rector

José Rodrigo Flórez Ruiz

Vicerrectora Administrativa

Carmen Alicia Úsuga Castaño

Vicerrector Académico

Ramón Elejalde Arbeláez

Vicerrector de Investigación

Salim Chalela Naffah

Secretario General

Carlos Alberto Mejía Álvarez

Decana de la Escuela de Posgrados

Gloria Yaneth Vélez Pérez

Editor de la Revista (Edición 14)

Sergio Luis Mondragón Duarte

Comité Editorial

Gloria Yaneth Vélez Pérez

Karen García Yepes

Sergio Luis Mondragón Duarte

Edición

Fondo Editorial UNAULA

Diseño y diagramación:

Editorial Artes y Letras S.A.S.

Correo electrónico de la revista: pluriverso@unaula.edu.co

Queda autorizada la reproducción total o parcial de los contenidos de la Revista con finalidades educativas, investigativas o académicas. Para reproducciones con otros propósitos es necesario contar con la autorización expresa de Ediciones UNAULA.

Dirección de la Universidad: Carrera 55 No. 49-51

Conmutador (57-4) 511 2199

Medellín, Colombia.

www.unaula.edu.co

pluriverso@unaula.edu.co



Tabla de Contenido

Editorial	9
Sergio Luis Mondragón Duarte	
La Justicia Digital en el Derecho Disciplinario	11
David Alonso Roa Salguero	
Responsabilidad del Estado en el uso de las redes sociales	25
Mario Felipe Daza Pérez	
Limitación de Derechos y Garantías Fundamentales en época del COVID-19. “Una posible afectación a los principios y contrapesos democráticos”	45
Juan Carlos Galvis Martínez	
Principio de legalidad: subsunción disciplinaria de las disposiciones de la Resolución 163 de 2020 de la Procuraduría General de la Nación, para aplicar el procedimiento especial del artículo 53 de la Ley 137 de 1994.....	61
Juan Manuel Aristizábal Martínez	
El control previo y concomitante de las contralorías territoriales y su necesidad en el contexto del COVID-19 en Colombia	79
Juan Camilo Velásquez Rueda	
El Derecho tributario en tiempos del COVID-19 en Colombia	95
Carlos F. Forero Hernández	



Editorial

Sergio Luis Mondragón Duarte

Este número catorce de la Revista *Pluriverso* corresponde a una edición especial sobre el COVID-19. La Revista recoge contribuciones académicas e investigativas que, redactadas desde la perspectiva crítica, reflexiva y científica de los autores, reflejan una conexión de aspectos jurídicos, económicos, políticos, sociales, culturales, ambientales y tecnológicos, con la pandemia del coronavirus, que dio lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en Colombia, con la expedición del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, y prolongado mediante Decreto 637 del 06 de mayo de 2020.

Los artículos representan el bagaje de profesionales expertos en temas de Justicia Digital, Responsabilidad Estatal, Derechos y Garantías Fundamentales, Principio de Legalidad, Control Fiscal y Derecho Tributario, enmarcados en los efectos e impactos que han sufrido los mismos en relación con el COVID-19. Así pues, el sello de esta edición se encuentra dado, tanto por la pertinencia de las temáticas, como por la rigurosidad académica y científica de los contenidos de los textos aportados por autores altamente reconocidos en el Derecho.

Estas pesquisas que entrega la Revista *Pluriverso* dan cuenta de la libertad de investigación científica que promueve la UNAULA (PEI, 2020), circunscrita no sólo a criterios académicos y científicos como tal, sino al cumplimiento de principios éticos que moderan la investigación en lo educativo, social y cultural. En ese sentido, como lo refiere Piaget (citado por Hipodec, 2018), la inteligencia es producto de un proceso de maduración física, social y ambiental, que se vislumbra desde distintas etapas en su desarrollo (sensorio-motora, pre-operacional, operaciones concretas y operaciones formales), las cuales, a su vez, se concentran en estructuras mentales heredadas, dinámicas y adaptativas, que evolucionan a partir de los ejercicios cognitivos e intelectuales que promueve el individuo o ser humano a lo largo de su vida.

El propósito de la presente edición es contribuir al crecimiento de la academia y de la investigación, desde las distintas temáticas abordadas en cada uno de los escritos, por lo que, de seguro, encontrarán un contenido fresco e innovador que les permitirá ahondar en su conocimiento, para propiciar e incentivar la generación de cambios, avances, retos, desafíos, perspectivas y prospectivas respecto de los mismos.

Sergio Luis Mondragón Duarte¹

Editor

Julio de 2020

1 Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional, Especialista en Contratación Estatal, Magíster en Derecho Público y Doctorando en Seguridad Humana y Derecho Global de la Universidad Autónoma de Barcelona. Docente Investigador del Programa de Maestría en Derecho Administrativo, Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA. Categoría “Investigador Junior” (IJ) de MINCIENCIAS. Director de la Revista de Divulgación Académica *PLURIVERSO*, de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Integrante Activo de la Alianza Internacional de Investigadores-ALININ.



La Justicia Digital en el Derecho Disciplinario

Digital Justice in Disciplinary Law

David Alonso Roa Salguero*

Introducción

En la comunidad jurídica se suele confundir el concepto de justicia digital con el de trámites electrónicos.

Lo primero se refiere a una solución tecnológica que le permite a las instituciones que imparten justicia incorporar trámites judiciales electrónicos en línea y con validez legal (Justicia Digital, 2020). Por el contrario, lo segundo, como se extrae de la definición anterior, son los que construyen, dan forma y contenido a la justicia digital, como la notificación y firma electrónica (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Rad. 2020000230, 2020)¹; esto es, toda gestión realizada dentro de la actuación disciplinaria mediante las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC).

* Secretario General del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario (CADD). Abogado Consultor y Profesor Universitario.

1 También el *Estado electrónico*, el cual garantiza la publicidad, veracidad y transparencia de la determinación comunicada por ese canal, siempre que los sujetos procesales tengan accesibilidad virtual. De lo contrario y si la información contenida en el estado es contraria a lo decidido en la providencia, se viola el debido proceso.

Así debe quedar claro que la justicia digital no es equivalente a escanear documentos o expedientes; tampoco la realización de diligencias y sesiones en canales virtuales y ‘APPS’ como Facebook, Zoom o Meet, o plataformas como Skype, pues éstas se reducen a trámites electrónicos que no alcanzan a darle contenido al concepto general².

Además de reclamar la consagración de disposiciones normativas para una justicia digital en el proceso disciplinario, se verificará si la Ley 734 de 2002 (en adelante CDU) y la modificación que hizo la Ley 1952 de 2019 (en adelante CGD), intentó regular trámites relacionados con las TIC.

Se pretende con este análisis revisar si el CGD implementó la justicia digital, no como una regla general, sino para contar con una solución jurídico-procesal ante eventualidades que impidan tramitar actuaciones en forma presencial, como ocurrió con la pandemia COVID-19 (Bonilla, 2020)³.

2 Así parece entenderlo el gobierno y la administración de justicia en Colombia. En el momento de terminar este documento, existe un proyecto de decreto legislativo fundamentado en las facultades otorgadas en el Decreto 637 de 2020. Allí se especifican todas y cada una de las actuaciones por medios electrónicos en los procesos judiciales: demandas, contestaciones, poderes, memoriales, recursos, comunicaciones, notificaciones, pruebas, providencias, expedientes, audiencias y otras, podrán realizarse y conservarse e medios técnicos y se presumirán auténticas sin requerir ningún tipo de presentación personal.

3 Según advierten expertos, administrar justicia de manera virtual en el día a día requiere planeación, estructura técnica, directrices claras y dejar atrás el miedo a la pantalla y a dejar el papel. Asimismo, dentro de los retos en justicia digital que evidenció la pandemia, se dijo en un periódico de amplia circulación nacional: “[...] en lo que respecta a la justicia, la pandemia de COVID-19 evidenció varias falencias del sistema judicial colombiano que pronto llamaron la atención de los funcionarios de la Rama, abogados y usuarios. Del temor de tener que ir a una audiencia sin siquiera un tapabocas, se pasó a preguntas de fondo sobre lo que implica tener una justicia en línea. No se trata sólo el expediente digital (del que se ha hablado por años como un reto en construcción), sino también la infraestructura para soportarlo, pasando por preguntas sobre términos judiciales, uso de herramientas web y educación para ir dejando atrás las marras de papel que aún atiborran los juzgados del país”. Ese reto se volvió una necesidad inminente.

Ilícitos disciplinarios informáticos: Ciberfaltas

En el contexto de una justicia digital la autoridad disciplinaria debe estar capacitada para la investigación y el juzgamiento de ilícitos informáticos.

Se puede definir ilícito disciplinario informático como una tipología de falta que es cometida por el servidor público o el particular que ejerce funciones públicas, mediante el uso de dispositivos tecnológicos o electrónicos (Borges, 2018)⁴ y las redes de comunicaciones.

Se trata del incumplimiento del deber funcional en el entorno digital, donde la información constitutiva de falta queda registrada en medios electrónicos utilizados por el servidor público o el particular disciplinable.

En este nuevo paradigma digital prácticamente toda la prestación laboral se desarrolla en contextos digitales (softwares, servidores informáticos, archivos digitales, etcétera), mediante el uso de sistemas de comunicación electrónica (correo electrónico, WhatsApp⁵, etcétera), quedando rastros o evidencias para probar conductas irregulares (Rojas, 2016).

Para nadie es un secreto que en la actualidad el ejercicio de funciones públicas se viene realizando por medio de dispositivos electrónicos, lo cual hace más eficiente y eficaz el cumplimiento de los deberes funcionales, pero mucho más complejo investigar y sancionar su inobservancia.

4 La doctrina afirma que “dispositivo electrónico” es una prolongación artificial de nuestra memoria que conserva datos que permiten conocer nuestras amistades, pensamientos y hasta movimientos, pudiéndose hacer un perfil psicológico concreto de la persona.

5 De acuerdo con la Corte Constitucional (Sentencia T-574 de 2017), “WhatsApp es una aplicación de mensajería instantánea que funciona a través de teléfonos inteligentes, que permite enviar y recibir mensajes a través de internet. Los usuarios pueden crear listas de distribución y grupos, lo que facilita el intercambio de videos, imágenes, grabaciones, mensajes escritos, notas de voz y contactos. Dichas conversaciones cuentan con un sistema de cifrado de extremo a extremo, lo que garantiza que sólo las personas participantes pueden tener acceso a dicha información”. **En este pronunciamiento se analizó el alcance del derecho a la intimidad frente a la divulgación de conversación virtual de grupo de WhatsApp, creado en el entorno laboral, que generó la imposición de una sanción disciplinaria en contra del accionante en su condición de trabajador de Nutresa S.A.S.**

Con el uso extendido de las TIC en el ejercicio de funciones públicas, se ha diversificado esta tipología de ilícitos disciplinarios, de manera especial con el uso de redes sociales como Twitter y Facebook, o plataformas como Zoom, Teams y Meet.

Esas aplicaciones se han convertido en la principal fuente de comunicación institucional, incluso por fuera del horario laboral (Dinero, 2020)⁶. Allí los servidores públicos interactúan con otros servidores y el resto de ciudadanos por razones de la función pública que ejercen, donde ésta se torna eficiente, pero también se originan conversaciones con insultos, injurias, calumnias, tratos irrespetuosos y conductas constitutivas de acoso laboral virtual (Torres, 2019)⁷, o en teletrabajo, tema este muy poco explorado en nuestro país (Borrero, 2020)⁸.

6 Esto ha sido reconocido también como escenario propicio en el que se comete el acoso laboral.

7 También denominado ‘acoso digital’ o ‘Network Mobbing’. Según publicación realizada en julio de 2017, por la Revista Dinero, a diferencia de naciones como Francia en donde se estableció el derecho que tienen todos los trabajadores de desconectarse de sus dispositivos móviles en horarios no laborales, en Colombia aún persisten vacíos legales y las fronteras que definen el acoso todavía son muy difusas. Ibíd. También puede consultarse el artículo electrónico: “Se puede configurar el acoso laboral vía WhatsApp?”, de Luis Alberto Torres Tarazona. Allí se señala que “hay abuso de la posición dominante, surgen efectos jurídicos al pertenecer a grupos de trabajos utilizando tecnologías o celular, se despliega el poder a partir de la subordinación que ejerce el empleador al utilizar los grupos de WhatsApp sin control ni limitación alguna. Por tanto, se violentan derechos laborales, al igual que derechos constitucionales, como la intimidad por la intervención de terceros, por el abuso de los medios electrónicos y de la mensajería instantánea vía celular fuera de horarios laborales, ya que la norma sustantiva y constitucional limita la jornada laboral (con las excepciones de ley) y el actuar del empleador, pues, en definitiva, lo que se quebranta con el acoso laboral son los derechos humanos del trabajador por la falta de control o abuso de WhatsApp”.

8 La misma publicación añadió: “Recibir mensajes intimidantes del empleador o tareas adicionales en altas horas de la noche (fuera del horario laboral) en servicios de mensajería móvil como WhatsApp o incluso Messenger Facebook **es más común de lo que se cree en países como Colombia**. Y a pesar de que las víctimas de este tipo de conductas escuchan de los expertos y sus propios colegas que esta es una forma de acoso, **ellos realmente no saben cómo actuar frente a esta situación pues la legislación colombiana se quede corta frente a la digitalización**”.

Esto no significa que todo lo digital es fuente de caos o problemas, sino que los ilícitos disciplinarios que ocurren cara a cara se reproducen también en el ámbito virtual y digital.

Ante esta situación, la doctrina y la jurisprudencia no pueden llegar tarde. Los intérpretes y aplicadores del derecho deben estar preparados para resolver oportunamente casos con esa tipología de faltas, sin perder de vista lo complejo de la obtención lícita, cadena de custodia e incorporación al proceso de las pruebas contenidas en mensajes de datos y medios tecnológicos. Especialmente, cuando la falta coincide con descripciones típicas consagradas como delito informático en la ley penal⁹.

Esta dificultad ha sido reconocida por la misma doctrina especializada, cuando autoridades judiciales o administrativas se enfrentan de forma cotidiana a la compleja labor de la incorporación de medios de convicción que provienen de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, derivada de la ausencia de legislación precisa y oportuna (Díaz, 2008).

Lo anterior no impide acudir al apoyo técnico y especializado que ello amerita, ante la dificultad jurídica que genera el manejo de la prueba en el entorno digital, para impedir que sea manipulada o alterada y conservar su originalidad, integridad y autenticidad al momento de ser valorada (Díaz, 2008).

Trámites electrónicos en el proceso disciplinario

Notificación electrónica

Al revisar tanto en el CDU como en el CGD, no se incluyó la notificación electrónica como una de las principales formas de notificación de las decisiones disciplinarias, pues la redacción del artículo 100 es idéntica a la que trae el artículo 120 de la reforma.

⁹ Es el caso de los artículos 48.1 del CDU y 65 del CGD, que remiten por tipicidad a los artículos 269 A-J.

En el CGD se mantiene la notificación por medios de comunicación electrónica de las decisiones que deban notificarse personalmente, pero atada a la aceptación previa y por escrito de los sujetos procesales¹⁰.

Dicha notificación sólo se podrá realizar por correo electrónico o fax, este último en desuso.

Con la reforma al CDU se pudo avanzar en este aspecto con la notificación por aviso que prevé el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011¹¹, para comunicar el auto de investigación e imputación por medio de las TIC, y así darle agilidad a la actuación durante esta etapa¹², ya que después de notificado el auto de citación a audiencia y formulación de cargos, las notificaciones se harán en estrados y quedará todo grabado en medio de audio o video¹³.

10 Así también está prevista en el artículo 205 de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, no debe olvidarse que, de manera reciente, la Sección Quinta del Consejo de Estado sostuvo que para realizar notificaciones electrónicas se puede prescindir de la autorización expresa de las partes. Es decir, que a pesar de que las partes no den autorización expresa, realizar la notificación por medios electrónicos permite que las mismas tengan conocimiento directo, oportuno e integral de las providencias, cumpliendo así con el principio de publicidad y la finalidad de la disposición legal. Auto 63001233300020190012011, del 17 de enero de 2020.

11 “ARTÍCULO 69. NOTIFICACIÓN POR AVISO. Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

“Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y, en todo caso, en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso. En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.”

12 Para ello debió tenerse en cuenta lo previsto en la Ley 527 de 1999 y el Capítulo IV de la Ley 1437 de 2011.

13 Artículo 226 del CGD.

Expediente electrónico

En la reforma al CDU no se tuvo en cuenta la posibilidad de conformar un expediente electrónico del proceso disciplinario. Ante cualquier situación que impidiera mantenerlos y conservarlos en medio físico, esto permitía cumplir las políticas gubernamentales de “cero papel”¹⁴, seguridad y reserva de la información.

De conformidad con el artículo 59 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), un expediente electrónico es el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contengan.

Si el proceso disciplinario es una actuación administrativa y ésta se desarrolla conforme a los principios rectores consagrados en el CPACA¹⁵, no cabe duda de que la conformación de un expediente electrónico se constituye en gran avance para el cumplimiento de los principios de celeridad, eficiencia, eficacia y economía.

¿Y la regulación de la prueba informática* o electrónica en el proceso disciplinario?

La inclusión de un régimen probatorio al proceso disciplinario con el CGD, traído del proceso penal inquisitivo contenido en la Ley 600 de 2000, se ha querido mostrar como una novedad que en realidad no es (Ramírez, 2019).

Esta afirmación es reflejo de las dificultades surgidas en el trámite de actuaciones disciplinarias durante el aislamiento preventivo obliga-

14 Directiva Presidencial 04 de 2012.

15 Artículos 114 del CGD y 3.º de la Ley 1437 de 2011.

* Aquí nos referiremos en forma generalizada y equivalente a “prueba informática” o “prueba electrónica”. Lo anterior, en atención a que importante doctrina sustituye el empleo de ese término para no limitarla al “documento electrónico”. Vásquez, M. (2009). “La prueba informática – Algunas consideraciones desde la concepción racional de la prueba”. En: Proceso, prueba y estándar, Colección Filosofía y Teoría del Derecho N.º 2, Ara Editores.

torio por la pandemia COVID-19, donde más que virtualidad, se ha exigido por la ciudadanía y asociaciones de abogados una justicia digital.

La justicia digital y la prueba informática no son ajenas al Derecho disciplinario¹⁶, no sólo por la actuación de los servidores públicos en un espacio virtual, sino por la notable influencia que tiene el uso de la informática en las actuaciones procesales¹⁷. Sin embargo, al parecer fue un tema de poca atención y relevancia en la reforma, que hoy se reclama como una necesidad.

Los avances tecnológicos obligan a que las normas que regulan las actuaciones judiciales¹⁸ y administrativas desarrollen también todo lo

16 En el CDU se consagra como falta disciplinaria gravísima: “Causar daño a los equipos estatales de informática, alterar, falsificar, introducir, borrar, ocultar o desaparecer información en cualquiera de los sistemas de información oficial contenida en ellos o en los que se almacene o guarde la misma, o permitir el acceso a ella a personas no autorizadas”. Esta falta fue reproducida en el artículo 62.5 del CGD, sin explicación alguna, clasificada como una falta relacionada con la moralidad pública.

17 Al respecto, la doctrina especializada ha considerado que “[...] las nuevas formas de realizar actos con posibles implicaciones jurídicas en escenarios electrónicos hacen más frecuentes que en el pasado las controversias que tienen origen en hechos directamente conectados con el uso de las computadoras y los medios de comunicación, planteando nuevos problemas jurídicos o replanteando viejos problemas que necesitamos discutir y resolver adecuadamente”.

18 Desde el año 2012, con la Ley 1564, se estableció en el artículo 103: “USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES. En todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura.

“Las actuaciones judiciales se podrán realizar mediante mensajes de datos. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan generar, archivar y comunicar mensajes de datos. En cuanto sean compatibles con las disposiciones de este código se aplicará lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, las que lo sustituyan o modifiquen, y sus reglamentos.

“PARÁGRAFO PRIMERO. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adoptará las medidas necesarias para procurar que, al entrar en vigencia este Código, todas las autoridades judiciales cuenten con las condiciones técnicas necesarias para generar, archivar y comunicar mensajes de datos.

“El Plan de Justicia Digital estará integrado por todos los procesos y herramientas de gestión de la actividad jurisdiccional por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones, que permitan formar y gestionar expedien-

relacionado con la incorporación y recaudo de la prueba informática o electrónica.

La ausencia de mecanismos legales, dogmáticos y jurisprudenciales con los que la autoridad disciplinaria enfrenta la valoración de este tipo de pruebas, genera incertidumbre jurídica.

Recientemente, la Corte Constitucional (Sentencia T-043 de 2020) tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el valor probatorio de capturas de pantalla extraídos de WhatsApp, donde reconoce que a través de ellos se logra un indicio, porque no es el documento electrónico original que se genera en la plataforma de mensajería, sino una simple reproducción del mismo que no causa por sí sola la necesaria convicción como para tener los hechos por ocurridos.

Sin duda, éste es un gran avance jurisprudencial, pese a aceptar que ese medio de prueba está sujeto a alteraciones y supresiones.

Sobre admisibilidad, eficacia probatoria y criterios para valorar mensajes de datos en las actuaciones judiciales o administrativas, pueden utilizarse en la actualidad las condiciones señaladas en los artículos 10 y 11 de la Ley 527 de 1999¹⁹, en virtud del principio de

tes digitales y el litigio en línea. El plan dispondrá el uso obligatorio de dichas tecnologías de manera gradual, por despachos judiciales o zonas geográficas del país, de acuerdo con la disponibilidad de condiciones técnicas para ello.

“PARÁGRAFO SEGUNDO. No obstante lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, se presumen auténticos los memoriales y demás comunicaciones cruzadas entre las autoridades judiciales y las partes o sus abogados, cuando sean originadas desde el correo electrónico suministrado en la demanda o en cualquier otro acto del proceso”.

“PARÁGRAFO TERCERO. Cuando este código se refiera al uso de correo electrónico, dirección electrónica, medios magnéticos o medios electrónicos, se entenderá que también podrán utilizarse otros sistemas de envío, transmisión, acceso y almacenamiento de mensajes de datos siempre que garanticen la autenticidad e integridad del intercambio o acceso de información. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establecerá los sistemas que cumplen con los anteriores presupuestos y reglamentará su utilización”.

- 19 “ARTICULO 10. ADMISIBILIDAD Y FUERZA PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

integración normativa, con el inconveniente que dicho principio no permite la integración con esa ley²⁰.

Al establecerse normativamente estándares legales (Nieva, 2016)²¹ de la prueba informática (Vásquez, 2009), conocidos con anticipación, se fortalecería el juicio disciplinario y los sujetos procesales tendrían mayor seguridad jurídica en las decisiones²².

“En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”. “ARTÍCULO 11. CRITERIO PARA VALORAR PROBATORIAMENTE UN MENSAJE DE DATOS. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente, habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

- 20 Ante esa dificultad se sugiere acudir a lo previsto en el artículo 247 del Código General del Proceso, contenido en la Ley 1564 de 2012, el cual señala: “ARTÍCULO 247. VALORACIÓN DE MENSAJES DE DATOS. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”.
- 21 Así como se incluyeron criterios para apreciar el testimonio en el artículo 176 del CGD. Para Jordi Nieva Fenoll (2016) un estándar le puede indicar al juez hasta qué punto debe estar convencido de un hecho para poder declararlo probado, e incluso cómo llegar a esa convicción. Cita como ejemplo el directamente relacionado con la presunción de inocencia: la convicción más allá de toda duda “razonable”, aunque reconoce la imprecisión de este último término y duda de su existencia práctica como estándar. Por ello concluye que la presunción de inocencia es un simple principio general orientador de la convicción judicial acerca de la inocencia, que trata de alejar al juez del prejuicio social de culpabilidad.
- 22 Debe reconocerse el aporte que en Colombia ha hecho la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. También el Decreto 2364 de 2012 (firma electrónica) y el Decreto Ley 2106 de 2019, por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública.

Ahora bien, la discusión no se dirige a incluirse en el listado de medios probatorios consagrados en el Código Disciplinario o si esta prueba se ajusta a la normatividad vigente, sino también a cómo la autoridad disciplinaria valora ese medio probatorio, quien debe poseer conocimientos especializados para ello y no acoger sumisamente la conclusión del experto²³.

La prueba electrónica (Vásquez, 2009)²⁴ es toda aquella información transmitida por dispositivos tecnológicos o medios electrónicos (Borges, 2018), que puede ser extraída para demostrar un hecho constitutivo de falta disciplinaria.

Al ser extraída e incorporada al proceso disciplinario surge el inconveniente que para acceder a la información, en ocasiones se requiere de una clave, la cual al ser utilizada puede afectar derechos fundamentales. Aspectos estos que deben ser atendidos por la autoridad y el experto designado para tal fin.

Su tratamiento procesal en el proceso disciplinario no es complicado, porque puede incorporarse como un documento físico o electrónico (Díaz, 2008)²⁵, junto al dispositivo del que se extrae²⁶. Esto

23 Como sostienen Acevedo Surmary, Deisy Yanet., y Gómez Ustaris, Elber Enrique (citados por Díaz Limón, Jaime Alberto, 2008) el juez no es perito en todas las materias, por lo que para emitir una sentencia justa podrían requerir del consejo de un asesor informático que cuente con habilidades suficientes para conservar la prueba, ayudar a las partes a su incorporación procesal y por último, brindar las reglas básicas para su valoración. Texto: *Los documentos electrónicos y su valor probatorio en procesos de carácter judicial*. IUSTITIA Número 9. Diciembre de 2011. ISSN: 1692-9403.

24 La doctrina asume cierta similitud entre prueba informática y la llamada prueba científica, porque “ambas aluden a determinadas circunstancias que para ser establecidas, interpretadas o valoradas es necesario recurrir a nociones que pertenecen a ámbitos especializados del saber y por ende, resulta indispensable, adecuado o idóneo, que el juzgador se sirva de expertos o consultores para adquirir las nociones técnico-científicas que requiere para emitir una mejor decisión”.

25 La doctrina denomina “documento electrónico o informático” a un archivo de texto generado por un procesador que automatice caracteres.

26 El principio de libertad probatoria en materia disciplinaria indica que “la falta y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos”. Artículos 131 del CDU y 150 del CGD.

en virtud al principio de “equivalencia funcional”, según el cual los documentos con soporte electrónico gozan del mismo valor legal y probatorio que aquellos con soporte físico (Vásquez, 2009)²⁷.

Como medio de prueba da mayor agilidad al proceso y reduce el número de folios de expedientes físicos, los cuales también se pueden escanear o manejar en forma electrónica.

En la actualidad las pruebas pueden recogerse y conservarse en medios técnicos para ser incorporadas al proceso disciplinario, pero también su práctica tiene limitaciones que afectan la celeridad, ya que al entrar en vigencia el CGD, medios de prueba como la inspección disciplinaria²⁸ se sujetan a lo previsto en el artículo 118²⁹. Es decir, que la práctica de pruebas en lugares diferentes al del conductor del proceso se podrá llevar a cabo mediante comunicación virtual, pero siempre que otro servidor público controle su desarrollo en el lugar de su evacuación³⁰.

27 Sin embargo, allí mismo se recuerda que la versión electrónica de un documento informático contiene información adicional que no contiene su impresión. En México, por ejemplo, el Poder Judicial de la Federación estima que la incorporación al proceso de pruebas electrónicas o digitales (caso de páginas web) se debe hacer a través del “hecho notorio”, lo cual es un riesgo porque la información podría desaparecer o ser modificada (Díaz, 2008).

28 Artículo 185 del CGD.

29 Esta disposición establece que para la práctica de las pruebas y para el desarrollo de la actuación se podrán utilizar medios técnicos, siempre y cuando su uso no atente contra los derechos y garantías constitucionales. Además, señala que las pruebas y diligencias pueden ser recogidas y conservadas en medios técnicos y su contenido se consignará por escrito solo cuando sea estrictamente necesario. Asimismo, la evacuación de audiencias, diligencias en general y la práctica de pruebas pueden llevarse a cabo en lugares diferentes al del conductor del proceso, a través de medios como la audiencia o comunicación virtual, siempre que otro servidor público controle materialmente su desarrollo en el lugar de su evacuación. De ello se dejará constancia expresa en el acta de la diligencia. Igual redacción posee el artículo 98 del CDU.

30 Dicha situación fue previamente advertida en varios espacios académicos por el profesor Carlos Arturo Ramírez, Magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, también para la evacuación de audiencias y diligencias.

Esta es una clara limitación en la incorporación y práctica de la prueba al proceso, porque en escenarios donde se imposibilite la presencia física de los sujetos procesales y de quien controle su desarrollo, los medios probatorios así practicados serán cuestionados por ilegales o ilícitos.

Conclusiones

La implementación legal de diversos trámites electrónicos en el proceso disciplinario, contribuyen a la puesta en marcha de una necesitada justicia digital en este ámbito.

No se trata de digitalizar documentos o escanearlos, sino de avanzar en la regulación de trámites electrónicos dentro del proceso disciplinario, como notificaciones y diligencias, la incorporación y práctica de pruebas que demuestran el hecho ilícito y la responsabilidad de los servidores públicos, o aquellas que la desvirtúan.

En todo caso, se deberá garantizar la defensa y contradicción. Así se evita, también, la manipulación o alteración de pruebas y se atienden las reglas de su incorporación al proceso sin que se afecten los derechos y garantías del investigado.

Las tecnologías de la información y la comunicación se constituyen en una valiosa herramienta social y laboral, pero también traen aparejada nuevas formas de infringir las normas disciplinarias.

Por tal motivo, se requiere de juiciosas regulaciones normativas, serios análisis jurisprudenciales y doctrinarios en materia disciplinaria, porque a partir de ahora la responsabilidad se decidirá, necesariamente, con pruebas informáticas y, ojalá, en el contexto de una aclamada justicia digital que garantice el acceso virtual al proceso de todos los sujetos involucrados.

Referencias

- Bonilla, A. (2020). “Los retos en justicia digital que evidenció la pandemia”. [Consultado el 18 de mayo de 2020]. <https://amp.elespectador.com/noticias/judicial/los-retos-en-justicia-digital-que-evidencio-la-pandemia-articulo-911231>.
- Borges, R. (2018). “La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea”. *Revista Boliviana de Derecho*, 25, 536-549. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572018000100018&lng=es&tlng=es.
- Borrero, J. (2020). “El ciberacoso como manifestación de una conducta lesiva en el marco de las relaciones laborales”. [Consultado el 18 de mayo de 2020] <https://derinformatico.uexternado.edu.co/el-ciberacoso-como-manifestacion-de-una-conducta-lesiva-en-el-marco-de-las-relaciones-laborales/>
- Corte Constitucional. Sentencia T-043 de 2020, M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional. Sentencia T-574 de 2017, M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 20 de mayo de 2020, Radicación No. 5200122130002020000230, M. P. Octavio Augusto Tejeiro.
- Díaz, J. (2008). “Incorporación de la prueba cibernética e informática: electrónica y digital”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 47, 19-42. <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/475>.
- Dinero. (2017). “Mensajes de WhatsApp fuera del horario laboral bordean las fronteras del acoso”. [Consultado 18 de mayo de 2020]. <https://www.dinero.com/empresas/articulo/acoso-laboral-en-redes-sociales-y-whatsapp/247602>.
- Justicia Digital. (2020) ¡Justicia pronta y expedita con Juicios en línea! [Consultado el 25 de mayo de 2020] <https://www.seguridata.com/justicia-digital.php>.
- Nieva, J. (2016). “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, 1-23. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5334183>.
- Ramírez, C. (2019). *Código General Disciplinario*. Compilado y concordado, Editorial Ibáñez.
- Rojas, R. (2016). “La prueba digital en el ámbito laboral, ¿son válidos los ‘pantallazos’?” En: *La prueba electrónica – Validez y eficacia procesal*. Colección Desafíos Legales, Juristas con Futuro eBook.
- Torres, L. (2019). “¿Se puede configurar el acoso laboral vía WhatsApp?” [Consultado el 18 de mayo de 2020]. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/constitucional-y-derechos-humanos/se-puede-configurar-el-acoso-laboral>
- Vásquez, M. (2009). “La prueba informática – Algunas consideraciones desde la concepción racional de la prueba”. En: *Proceso, prueba y estándar*. Colección Filosofía y Teoría del Derecho. Ara Editores.



Responsabilidad del Estado en el uso de las redes sociales¹

Responsibility of the State in the use of social networks

Mario Felipe Daza Pérez²

Resumen

Conforme con la sociedad digital actual, la interacción activa de los usuarios en plataformas como Facebook, Twitter, Instagram, Zoom, Teams, etcétera, ha hecho que se torne imperioso digitalizar las herramientas que nos gobiernan; concebir ahora las relaciones comunitarias, judiciales, administrativas telemáticamente, con ma-

-
- 1 Este trabajo se proyecta como desarrollo a una pregunta problema formulada en conferencia dictada en la Universidad Cooperativa (Sede Ibagué), en mayo de 2020, sobre: “Libertad de expresión en redes sociales: A propósito de los insultos, groserías, fake news, encriptación, anonimato y posición de garantías de los servidores públicos”.
 - 2 Abogado asesor y divulgador jurídico, especialista en derecho administrativo y máster en Derecho Público de la Universidad del Norte, actualmente candidato de la maestría en Derecho del Estado con énfasis y gobierno y desarrollo de las entidades territoriales (falta sustentación de tesis) de la Universidad Externado de Colombia. Para contacto: mario.daza@hotmail.com o en Twitter e Instagram @mariodaza. Co-fundador del Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas (CCA), miembro del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario, creador de la Red Iberoamericana de #DivulgaciónJurídica (REDIJU) y fundador y director ejecutivo del think-tank libertario: “Centro de Pensamiento Libertad y Prosperidad” (CPLP).

yor razón a partir del fenómeno de la pandemia del coronavirus, ha llevado incluso a que nuestro modo de vida se ajuste a nuevos paradigmas.

Los agentes del Estado constantemente publican, comentan, insultan, bloquean, informan en las plataformas, generando en ciertas ocasiones “daños antijurídicos”, materiales o inmateriales, de la cual irresponsablemente a veces con contenidos falsos o malintencionados lesionan los derechos de personas, esto con el fin de generar un interés nocivo en la comunidad. Todos los actos, hechos, acciones, operaciones, omisiones, pueden ocasionar, desde la perspectiva administrativa, una responsabilidad estatal, contractual o extracontractual, derivado del uso de las redes sociales.

Palabras clave: Responsabilidad estatal, daño antijurídico, redes sociales, actividad administrativa, falla de servicio.

Abstract

According to the current digital society, the active interaction of users on platforms such as Facebook, Twitter, Instagram, Zoom, Teams, etcétera, has made it imperative to digitize the tools that govern us, to now conceive of community, judicial, and administrative relations. Telematically, with greater reason, from the phenomenon of the pandemic coronavirus, which has even led to our way of life adjusting to new paradigms.

State agents constantly publish, comment, insult, block, report ..., thus generating on certain occasions “unlawful damages”, whether material or immaterial, which irresponsibly sometimes with false or malicious content infringe the rights of certain people, this in order to generate a new interest in the community. All these acts, facts, actions, operations, omissions, may cause from the administrative perspective a state responsibility either contractual or non-contractual derived from the use of social networks.

Keywords: State responsibility, unlawful damage, social networks, administrative activity, service failure.

Planteamiento del problema

Pensarían los lectores que tocar el tema de la “responsabilidad estatal en redes sociales” sería lo mismo que la “sindicación pública” realizada en “medios de comunicación”, pero no lo es; si bien existen fallos, así como doctrina acerca de este último punto, se manifiesta diferente su estudio frente al tema específico a considerar.

Es cierto que las plataformas digitales podrían adecuarse como una especie del género referido a los medios de comunicación, pero en canales diferente. Así, el punto segundo hace alusión a la prensa en sí y a su divulgación común, ya sea en noticias televisivas, periódicos, boletines, etcétera, no a las redes sociales, ilustrado en el sentido en que los agentes del Estado causen “daños” por medio de las plataformas digitales mediante comportamientos lesivos, incumpliendo con sus deberes funcionales, en contraposición a los elementos i) materiales, ii) cognoscitivos, y iii) volitivos, relacionados con la función pública.

Introducción

El artículo 90 constitucional³ es la base para la responsabilidad extracontractual estatal en Colombia, es el fundamento que reprocha cuando uno de sus agentes en relación de sus funciones genera un “daño”, cuando actúan en su ejercicio, causando así una lesión, lo que indicaría que un reparo patrimonial del perjuicio causado le podría ser imputado a partir de esa acción, ya sea por realizar ciertas conductas encaminadas a informar mal, como pueden ser las deriva-

3 El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 expresa: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

das de alocuciones, publicaciones, trinos, comentarios, etcétera, en dichas redes sociales⁴.

La sección tercera del Consejo de Estado⁵ ha marcado los derroteros para que se pueda hablar o no en el país de una responsabilidad extracontractual estatal en cualquier sentido (por hecho del legislador, actos terroristas, etcétera), en todo caso, sea cual sea el tema, debe reunir ciertos elementos para que pueda ser reprochado, los cuales han sido fijados por la jurisprudencia, las cuales son las siguientes:

i) Daño o lesión material o inmaterial, y que este sea cierto, determinable o determinado, causado a una o varias personas.

ii) Conducta omisiva, o en nuestro caso **activa**, imputable a esa autoridad que trina, comenta o publica en cierta red social la noticia dañosa o malintencionada.

iii) Nexo de causalidad entre ambas, que este “daño antijurídico” se cause a raíz de ese comportamiento que tuvo el agente del Estado en relación con su ejercicio de “funciones públicas”.

Regímenes de responsabilidad estatal

Para no adentrarnos de lleno en la tipología que existe actualmente, este artículo abordará las categorías principales de responsabilidad estatal: i) objetivo, y ii) subjetivo, sin entrar a detallar las figuras de atribución que corresponden ya sea a a) el daño especial, b) el riesgo excepcional, etcétera

i) El objetivo, se mira el daño sin la intención o voluntad del sujeto, sin interesarnos si el agente actuó con dolo o la culpa grave o no, por tanto, este no sería el tipo de responsabilidad que se daría en la

4 De la misma forma podría acontecer cuando se deriva de un contrato por el incumplimiento de una de sus obligaciones.

5 Se puede revisar la sentencia del 8 de octubre de 2016 del Consejo de Estado, Exp. 38139, M. P. Andrade Rincón.

reflexión, porque no se adecúa a sus criterios específicos, ejemplo de ello tenemos: a) la ocupación de inmueble, b) expropiación por motivos de utilidad pública, c) daños al medio ambiente, d) daño especial, e) productos defectuosos, etcétera

ii) El subjetivo, el que nos interesa, en cambio se debe demostrar la culpa grave o el dolo del sujeto agente, con fundamento en el artículo 90 constitucional relacionado con el “daño antijurídico”, generado por el comentario o publicación falso o malintencionado en la red social (nexo causal), que en este caso sería porque ha actuado no conforme a derecho, lo cual daría como consecuencia, si se cumple con los presupuestos descritos, una “falla probada del servicio” y no “presunta”.

De allí que sea importante saber a qué régimen de responsabilidad debemos adecuarnos en ese tema, porque de ahí se derivan los “títulos de imputación”, que serían mostrados por esa conducta, actividad, hecho, operación o acto⁶ cometido por el sujeto agente, ocasionado por una falla del servicio, por un lado, y por otro, en una lesión de un derecho fundamentalmente protegido (honor, buen nombre, intimidad, etcétera); entonces, dependerá si el perjuicio es material (patrimonial) o extrapatrimonial (inmaterial).

Causas de la responsabilidad estatal en las redes sociales

Ya hemos dicho que se necesitan tres elementos básicos para que pueda hablarse de una responsabilidad del Estado en Colombia en materia de redes sociales, pero además de esto, se deben analizar características que son necesarias para diagnosticar si se debe reparar

6 Revisar al respecto la sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2019, Exp. 46806. M. P. Pazos Guerrero, ya que estableció siguiendo otras providencias cuando procede la reparación directa por la expedición de actos administrativo, esto por una manifestación de la administración en causa de perjuicios al sujeto pasivo. En el mismo sentido, ver la sentencia del 12 de mayo de 2020 del Tribunal Administrativo de Boyacá, rad. 150012331003201100022-00, M. P. Afanador García.

e indemnizar directamente o no esa “falla del servicio” o “incumplimiento contractual”, la cual debe ser probada, a partir de las causas que la originaron.

En sí, se realizaría una imputación no solo subjetiva (dolo o culpa grave), sino también objetiva⁷, en el deber de integrar ese hecho dañoso derivado ya sea de los actos, hechos, actividades, operaciones, acciones, omisiones, etcétera, que causaron esa lesión a determinadas personas (en el caso del contrato serían las obligaciones quebrantadas), independientemente de los criterios de exoneración que se den, ya sea i) hecho de un tercero, ii) culpa exclusiva de la víctima, iii) fuerza mayor o caso fortuito, etcétera⁸.

Elementos adicionales del daño en materia de responsabilidad estatal por redes sociales

Para el profesor Luis Felipe Botero (2017), siguiendo al tratadista Javier Tamayo Jaramillo, expresa que el “daño” es:

Aquella amenaza, privación o alteración al núcleo de protección (NP) de un sujeto de derecho, individual o colectivo, causado por otro sujeto de derecho, individual o colectivo [que en este caso sería el sujeto agente], de tal intensidad que un sistema de derecho justo no puede aceptar como irrelevante, tenga o no efecto económico mensurable. En consecuencia, no toda lesión (o afectación negativa de su interés) es daño, no todo daño es indemnizable, y

7 Mirar al respecto el trabajo de Rojas-Quiñones, Sergio & Mojica-Restrepo, Juan Diego, “De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana”, 129 Vniversitas, 187-235 (2014). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.caio>.

8 Hasta ahora se ha hecho un estudio de la teoría de la equivalencia de las condiciones, causa próxima, causa eficiente, causa adecuada, incluyéndose ahora la teoría de la imputación objetiva desarrollada por el derecho civil y penal delictivo, criterios como: i) el riesgo permitido; ii) el principio de confianza; iii) la posición de garante; iv) la acción a propio riesgo; v) la prohibición de regreso, y vi) el fin de protección de la norma, y precisamente este planteamiento se aplica ahora en la responsabilidad evitando los errores por sí solo originados por la teoría causalista.

no todo daño indemnizable es reparable mediante el pago de una suma de dinero, asimismo, toda amenaza o alteración del NP de un sujeto de derecho es daño cuando se reúnen las condiciones de intensidad y relevancia, y, por tanto, los remedios en sustanciales y procesales han permitido a las víctimas un mecanismo de protección/tutela (p. 102).

Es común que los gobernantes tomen decisiones por las redes sociales, lo cual se pueden tomar éstas como órdenes (escritas u orales), actos, hechos, operaciones, acciones, etcétera; ejemplo de esto han sido las comunicaciones enviadas por el Presidente, Alcalde o Gobernador a los administrados en pleno fenómeno del coronavirus, estableciendo medidas o manifestaciones de poder, exteriorizadas mediante plataforma digital.

Además del criterio del dolo o culpa grave (también, la indemnización por incumplimiento de contrato), el daño⁹ y nexo causal, como hemos dicho, se deben analizar criterios adicionales para poder hablar de una verdadera responsabilidad del Estado¹⁰, con ocasión del uso de las redes sociales, ya sea por la publicación de noticias falsas o comentarios dañinos, esto, con base en tres elementos que son:

- i) **Material**, que es la divulgación masiva de información “errónea”.
- ii) **Cognoscitivo**, que es el conocimiento efectivo de la falsedad de la información que se fabrica o divulga), y
- iii) **Volitivo**, que es la intención de engañar o confundir al público o a una fracción de él mediante el acto, operación, hecho, acción, actividad, etcétera.

9 Por otro lado, Tamayo Jaramillo (2015) define el daño como “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y de la cual haya que responder otra”.

10 Para Luis Felipe Botero Aristizábal, en “Nuevas reflexiones sobre el daño”, determina que “la amenaza puede ser daño, cuando se advierta con un grado de certeza mayor de la materialización de ese daño puede constituirse”.

El daño ocasionado en materia estatal por noticias falsas o malintencionadas en comentarios, publicaciones, trinos, etcétera

Fernando Pantaleón (1996) afirma que:

Frente a las informaciones objetivamente verídicas (y que no vulneren el derecho a la intimidad) no existe, ni debe existir, remedio jurídico alguno, por dañosas que puedan resultar para la fama de aquel a quien se refieren, y por malévola y execrable que haya sido la intención de quienes las publicaron. En este mismo punto sigue afirmando que juzga también poco sensata la responsabilidad objetiva de los titulares de los medios de información cuando los perjudicados son cargos o servidores públicos; o personajes públicos: por haber participado voluntariamente en controversias o debates públicos, y en esa medida. En dichos supuestos, me inclino, antes bien, por imponer responsabilidad únicamente en los casos de conocimiento de la falsedad de la información o de temerario desprecio hacia la verdad. Yo no lo haría; pero estimo que, para una responsabilidad civil no punitiva, dicha posibilidad cabe en el marco constitucional (p. 296).

Según Catalina Botero, el concepto de noticias falsas¹¹ o “*fake news*”, aunque no es asunto nuevo, se hizo popular recientemente luego de que Donald Trump comenzará a utilizarlo masiva y recurrentemente para referirse a cualquier problema que no resultara afín a sus intereses políticos o personales. En este sentido, el presidente estadounidense y otros gobernantes han acuñado el término para blindarse de las críticas y, en no pocos casos, para justificar la regulación o la prohibición de ese tipo de información.

En lo que respecta a la “honra” y “honor” debe hacerse una aclaración ya que constituyen dos nociones totalmente distintas, aunque sean consideradas como sinónimos en el universo jurídico, existe una diferencia de uso entre ellos a la hora de no lesionar un derecho constitucionalmente protegido en el marco de la responsabilidad estatal.

11 En Bolivia se aprueba norma que sanciona penalmente a quien desinforme por el tema de coronavirus, ver al respecto el Decreto 4231 de 2020, acto que endurece la sanción con penas de hasta de diez años de prisión.

El “honor” se refiere a la conciencia del propio valor, independiente de la opinión ajena; en cambio la “honra” o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno –el sentimiento interno del honor–, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros –honra–, tal como lo expresa la sentencia C-063 de 1994 de la Corte Constitucional.

Dice la co-directora de la “Junta de Supervisión de Facebook”, siguiendo la sentencia del 25 de enero de 2007, *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria* del Tribunal Europea de Derechos Humanos que:

El elemento volitivo es particularmente útil para distinguir las “*fake news*”. La sátira –aunque no necesariamente–, puede consistir en la publicación de información falsa, a sabiendas de su falsedad, pero sin la intención de engañar o confundir al público¹². La sátira, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, goza de una protección especial y reforzada de parte del derecho a la libertad de expresión (*Vereinigung Bildender Künstler v. Austria* del Tribunal Europea de Derechos Humanos, 2007).

12 Aunque ya hemos dicho en otras publicaciones que lo que verdaderamente sujeta al “dolo” o esa “mala intención” es el “conocimiento”, y no precisamente la voluntad. Cfr. “En defensa de un dolo puramente cognitivo”, de Mario Felipe Daza Pérez, 2020, se expresa que: “De este modo prohíjo lo que expresa Bustos Ramírez, en parte Díaz Pita, Feijoo Sánchez, Anton Oneca y Luis Greco, que el conocimiento es suficiente y necesario (ya que en nada altera el dominio) para saber que un hecho es doloso o no, póngase a pensar en una persona que esté jugando ruleta rusa obligadamente, que un sujeto le impone al otro que tenga que disparar, sólo tiene un cartucho y le da la vuelta a la manzana del revólver y si dispara lo puede matar (¡es claro!), habrá voluntad porque si lo hace lo liberará al disparar salga o no la bala, pero mucho antes de la voluntad sabe que si lo hace va a morir (conocimiento)”.

Las acá llamadas “noticias falsas o malintencionadas”, según esta misma autora:

Se encuentran, por lo tanto, en principio, amparadas por la presunción general de cobertura del derecho a la libertad de expresión. Es cierto que, en ciertos casos, las denominadas “*fake news*” pueden llegar a ser constitutivas de alguna de las categorías de discursos no protegidos. Se trata, sin embargo, de casos absolutamente excepcionales en los cuales es necesario que se demuestre que, con independencia de la verdad o falsedad de la información, se trata de uno de los tipos de discurso prohibido. En otras palabras, las “noticias falsas” no constituyen [daño *per se*] una categoría independiente de discurso no protegido¹³ (Vereinigung Bildender Künstler v. Austria del Tribunal Europea de Derechos Humanos, 2007).

En el reciente Comunicado de Prensa R78/20¹⁴ de la Organización de Estados Americanos [OEA] del 18 de abril de 2020, se expresa que:

Los funcionarios públicos [léase agente del Estado] no deberían efectuar, avalar, fomentar ni difundir declaraciones que saben o deberían saber razonablemente que son falsas, que constituyan desinformación, o que muestran un menosprecio manifiesto por la información verificable. En contextos como el actual, en el que se vive una crisis de salud pública, la información oficial debe contar, dentro de lo razonable, con base científica”, esto en lo que respecta a las “*fake news*” concernientes al coronavirus (OEA, 2020).

13 Ibid., p. 72.

14 Cfr. CIDH y RELE expresan preocupación por las restricciones a la libertad de expresión y el acceso a la información en la respuesta de Estados a la pandemia del COVID-19, de la cual expresan: “Sobre el particular, la Resolución adoptada por la CIDH establece que los funcionarios públicos [agentes del Estado] deben observar especial cuidado en sus pronunciamientos y declaraciones respecto de la evolución de la pandemia, y ser conscientes de que están expuestos a un mayor escrutinio y a la crítica pública, aun en períodos especiales. Asimismo, la Comisión recuerda que los funcionarios públicos tienen el deber de asegurarse que con sus pronunciamientos no están lesionando los derechos de quienes contribuyen a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento, tales como periodistas, medios de comunicación y organizaciones defensoras de derechos humanos”.

Sobre la base de un análisis que ha hecho el Instituto de Prensa Internacional, la Fundación Bruno Kessler, Pew Research Center, Newsguard, Blackbird, y el Reuters Institute, en conjunto con la Universidad de Oxford y la Alianza Coronavirus Facts (2020), se ha determinado con respecto a la “libertad de expresión en las redes sociales” en lo atinente a las noticias falsas y los comentarios malintencionados del coronavirus, lo siguiente:

Ciento doce millones de posteos, realizados en sesenta y cuatro idiomas, detectaron que un cuarenta por ciento de los mensajes provenían de fuentes poco fiables, falsa o manipulada, el mismo porcentaje para los ciento setenta y ocho millones de *tweets* fueron producidos por bots, de ciento noventa y un sitios web han publicado referencia incorrecta sobre esta enfermedad, más de ocho millones de correos electrónicos han sido bloqueados por Google, todos ellos circulados en más de setenta países y en más de cuarenta idiomas (párr. 1).

En este punto, García Amado (2011), expresa que:

Cuando se habla de responsabilidad jurídica se hace referencia a la atribución a un sujeto de la responsabilidad por un daño que han padecido una persona (física o jurídica) o un bien jurídico. Por bien jurídico podemos entender aquí un interés o estado de cosas que, conforme a las normas de un sistema jurídico, es merecedor de esa protección reforzada mediante coacción que brinda el Derecho (pp. 125-132).

Desde esta arista, el agente del Estado debe tener primero una atribución de función pública, esto es, que se conozca su mala intención (conocimiento) en reproducir esa notificación falsa y con ella cause un daño (voluntad) que sea doloso o culposo, y además comprobable, es decir, imputado subjetivamente y objetivamente, esto significa que exista una prohibición de regreso, un riesgo jurídicamente relevante que se haya concretizado (nexo causal), por medio de una conducta que no esté protegida por la norma (discurso), y que una vez trinado,

comentado o publicado el comentario x, y o z en la red social haya contado con una divulgación masiva con rasgos de causar lesión o perjuicios a terceros (material).

Falla del servicio a causa de una noticia falsa o malintencionada publicada en las redes sociales

El marco de la responsabilidad estatal ha evolucionado con el tiempo desde la teoría de la responsabilidad indirecta, pasando por la responsabilidad directa, la teoría por la culpa, falta o falla en el servicio, hasta llegar a la culpa por el daño antijurídico, que le ha permitido a la sociedad ir adecuando la responsabilidad de las actuaciones del Estado a las nuevas realidades y circunstancias, sin dejar de lado los planteamientos clásicos, que lo dotan de un marco jurídico sólido. En estos nuevos tiempos el alcance de la obligación debe extenderse por lógica a los medios electrónicos en los que el Estado ha comenzado a actuar y a relacionarse con los ciudadanos, bajo el mandato de ley, que así lo ordena (Becerra, J. *et al.*, 2015).

De este modo, así como la licitación pública es la regla general en la modalidad de selección en la contratación estatal, la falla del servicio es el común en la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁵, y esto obliga a que deba ser probado ese acto ilegal, hecho, omisión, acción, operación, etcétera. Es posible, entonces que exista un daño antijurídico o incumplimiento de las obligaciones, por ejemplo, derivado de un pánico económico, presentado cuando una autoridad x, y o z, induce en error mediante comunicación, acto, acción, operación, norma blanda, alocución, promulgado en *Twitter*, YouTube, Facebook, etcétera, a ciertos sectores en un tema de mercados, generando grandes pérdidas a personas.

15 “La falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado”. Ver al respecto la sentencia del 7 de marzo de dos mil doce, rad. 20042, M. P. Andrade Rincón.

Asimismo, podría presentarse que un servidor público, cumpliendo una función, pública suministre cierta información confidencial de la cual tiene conocimiento en investigaciones de inteligencia, violando la reserva del proceso y alterando el orden público y la seguridad nacional¹⁶, de la cual puede ocasionarse un daño inmaterial a un derecho constitucionalmente protegido, tal cual como lo es la honra o el buen nombre.

Actualmente, no tenemos precedentes locales enmarcados frente a esos hechos, esto es, relacionados con la responsabilidad estatal derivada por contenido de redes sociales en materia contractual o extracontractual, pero en revisión de la jurisprudencia contenciosa administrativa pudimos encontrar algunas providencias que nos pueden servir para nuestro propósito.

Frente a todo esto hemos dicho que debería darse un daño (o un incumplimiento de las obligaciones), un dolo o culpa grave del agente servidor público (o también del contratista¹⁷) que haya actuado no conforme con derecho en consonancia con un nexo causal, y en relación de las actividades con la entidad o bajo el manto del canal institucional, entendido como criterio material, en sentido general (en ejercicio de función pública), es decir, no sólo basta que sean opiniones personales en armonía con la descripción de su cuenta, sino también que su contenido esté inmerso en una relación especial de sujeción.

Desde este enfoque, un ministro de Hacienda o cualquiera otra autoridad revestida de facultades para expedir actos, ordenar, ejecutar una operación administrativa, puede causar una manifestación de la voluntad por medio de red social, piénsese si el Presidente mediante un comentario expresa algo en específico sobre el mercado de valores, resultando

16 Consejo de Estado, sentencia del 25 de abril de 2017, Exp. 36934, M. P. Jaime Enrique Rodríguez.

17 Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, “las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula pena”.

ulteriormente falso, causando repercusiones económicas a empresas, esto es, en ejercicio de sus funciones, ya sea como servidor público¹⁸ o como particular, en vinculación o relación con estas facultades, podría causarse entonces en últimas una reparación directa o indemnización por incumplimiento, dependiendo la particularidades del caso.

De allí que pueda provenir una responsabilidad fiscal, penal o disciplinaria y también administrativa (o viceversa), siempre que haya relación o nexo con el Estado¹⁹; si no fuera así se tomaría como perjuicio civil en sentido iusprivatista²⁰.

-
- 18 Al respecto, tenemos el caso de la sentencia del 6 de septiembre de 2017, Exp. 31534, M. P. Díaz del Castillo, “aquí la Procuraduría General de la Nación emitió un comunicado que difundió en su boletín, en el que de manera asertiva pone en evidencia una defraudación contra el erario público y el patrimonio de algunos docentes, que vincula a la actora. Señaló la publicación a la demandante por la expedición de certificaciones falsas, en su condición de pagadora del Colegio Externado Nacional Camilo Torres y se la relaciona con la compulsa de copias para que, tanto la Fiscalía como la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, adelantaran las investigaciones pertinentes. A lo que se suma la amplia difusión de la noticia en la prensa hablada y escrita, entre el 15 y el 16 de febrero de 1994, esto es, una vez los medios conocieron el Boletín fechado el día 14 anterior. Refiere que la afectación de su honra y buen nombre, además de un profundo dolor y sufrimiento, le generó un estado de depresión que no tendría que soportar, si se considera que se limitó a certificar como correspondía, acorde con las hojas de vida de los docentes; al punto que ninguna investigación se adelantó en su contra, sin perjuicio de que así lo difundió la demandada. Siendo así, la actora aboga por que se declare la responsabilidad personal y conexas del Procurador General, del Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa y de la Abogada Comisionada que conoció del asunto, dado que el comunicado y su difusión les competían en razón de sus funciones y jerarquía vulneración de derechos fundamentales a la honra, buen nombre y debido proceso”. Véase también sentencia del 25 de mayo de 2016, rad. 35323, M. P. Rojas Betancourth, sobre: “Difusión de información errónea sobre supuestos colaboradores o integrantes de grupos guerrilleros”.
- 19 Tenemos el caso de un tweet del expresidente Uribe, en el que le impusieron una medida privativa de la libertad. Luego, precluyeron la investigación, pero demandó por error judicial.
- 20 Ver al respecto, “Am i Facebook?: Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales on-line por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto” de Ana Soler Presas, 2011, “Responsabilidad civil derivada de la vulneración de los derechos de la personalidad en la red de Lorena Parra Membrilla, 2017 o “La responsabilidad de las redes sociales: el caso de Ashley Madison” de Alejandro Platero Alcon, 2017.

El meollo de esto, en todo caso, sería la cuantificación de ese daño con relación a los perjuicios indemnizables de la actividad extracontractual o incumplimiento contractual. Se podría exigir, además, ciertos reproches conforme a una posible desviación del poder del servidor público, lo cual daría inicio de una vez a que se incoe el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o la reparación directa por ese trino, alocución o comentario publicado en la red social, convertido ahora en norma blanda, acto administrativo verbal, escrito o simbólico bajo el criterio material.

Lo que sí debemos tener claro es que el daño ocasionado, ya sea material (daño emergente o lucro cesante), pero, sobre todo, el inmaterial (intimidación, buen nombre), podría ubicarnos en la afectación de derechos constitucional y convencionalmente protegidos, como vulneración de garantías fundamentales individuales²¹, por lo que la transgresión a la honra es la lesión misma, esto es, contando con el análisis de las características ya mencionadas, que son: i) material, ii) cognoscitivo, y iii) volitivo, siendo visible siempre que va a ser demostrado no sólo ese daño, sino también la mala intención, es decir, el dolo, o en este caso de la responsabilidad estatal, la culpa grave.

La jurisprudencia más reciente que hemos revisado del Consejo de Estado sobre estos hechos, acciones, etcétera, abarcan el tema de la difusión de los medios de comunicación o de información falsa (mas no de redes sociales) con relación a la responsabilidad administrativa incluida en la sentencia del 12 de diciembre de 2019, Exp. 50075, M. P. Velásquez Rico²², en el que se consideró que:

21 Ver al respecto, la sentencia SC-10297-2014 de 05-08-2014 de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil), M. P. Salazar Ramírez.

22 Los hechos fueron que “la señora x se desempeñó como secretaria de Educación de Cundinamarca entre 2001 y 2003. En 2004 el gobernador de Cundinamarca y la entonces secretaria de Educación de Cundinamarca divulgaron, por medio del diario El Tiempo, que, en esa dependencia, durante el período de gestión de la actora, se pagaron salarios a “maestros muertos”, entre otras anomalías, lo que provocó que se iniciaran procesos de responsabilidad fiscal en su contra. Finalmente, los procesos se archivaron en su favor debido a que las irregulari-

Una vulneración del derecho a la honra, al buen nombre y a su imagen debe ser reparado, al habersele imputado la comisión de una conducta punible sin que existiera prueba de ello. Además, señaló que el *a quo* cometió una falta absoluta de valoración del material probatorio (Consejo de Estado, 2019).

Al respecto, ha dicho la sentencia de la Corte Constitucional T-260 de 2010, y la providencia, también del Consejo de Estado del 24 de abril de 2017, Exp. 36934, M. P. Rodríguez Navas, expresó:

Con fundamento en lo anterior, se vulneraría el derecho al buen nombre o a la honra, cuando, sin fundamento alguno, se propagan entre el público –bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas– informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen (Corte Constitucional, sentencia T-260 de 2020).

Aquí estamos frente a la acción de un agente del Estado (al emitir una opinión) con evidentes connotaciones sociales (que también pueden ser por la omisión difícilmente comprobable). Imagínense que en época del coronavirus un funcionario *x* profiere un “*fake new*” por trino o comentario en cualquier red social sin tener la base científica para ello, obteniendo como resultado, una asonada²³, rebelión²⁴ o se-

dades no existieron”; también revisar, referente a la responsabilidad del Estado por señalamientos públicos o sindicación de una persona a través de medios de comunicación, sentencia de 24 de abril de 2017, Exp. 23001-23-31-000-2005-00376-01(36934), M. P. Rodríguez Navas.

- 23 “Los que en forma tumultuaria exigieran violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirán en prisión de uno a dos años”.
- 24 “Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis a nueve años y multa de cien a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

dición²⁵, esto por el temor o pánico de los ciudadanos en una desmejora en la salud pública, ocasionándose así graves daños.

Digamos que, del ejemplo anterior, se podría desprender perjuicios cuantiosos, entre ellos, a favor de ciertos establecimientos de comercio, personas, etcétera; indistintamente de la responsabilidad disciplinaria o penal que pueda atribuirse al sujeto agente. Ahora, desde el campo administrativo, ese daño ya sea material o inmaterial (indemnizable incluso por incumplimiento contractual) ocasionado en la esfera de los derechos fundamentales²⁶ debe ser reparado por esa falla del servicio, pero que en últimas la tendrán que pagar los mismos ciudadanos, a diferencia de la civil.

Poniendo otro caso, pero real, que se presentó en el 2018, cuando se generó pánico económico²⁷, causado por *tweet*, en el que se incitó a los ciudadanos a retirar su dinero porque al parecer serían embargadas sus cuentas por Estados Unidos si no la sacaban a tiempo, la Superfinanciera²⁸ decidió interponer una denuncia por este delito.

25 “Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de dos a ocho años y multa de cincuenta a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

26 De Cupis, Adriano (1975), en “Daño: Teoría general de la responsabilidad civil”, en el que indica que “el derecho tutela, el daño vulnera”, p. 109.

27 Artículo 302 de la Ley 599 de 2000 dice: “El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación público información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un Fondo de Valores, o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de treinta y dos a ciento cuarenta y cuatro meses, y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes. En las mismas penas incurrirá el que utilice iguales medios con el fin de provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios. La pena se aumentará hasta en la mitad, si como consecuencia de las conductas anteriores se produjere alguno de los resultados previstos”.

28 Ver “Superintendencia Financiera denunció publicaciones en Twitter por pánico económico”, 2018.

Desde ese enfoque podríamos decir que pudo ocasionarse mal intención por noticia falsa divulgada, ahora, en caso tal que se hubiese demostrado que ese comentario en red social ocasiona un daño debería ser reparado a terceros.

Desde otro plano, ¿qué pasa si un funcionario de cualquier categoría realiza comentarios sobre política que lleven a insistir en la votación de algún candidato, o que un comentario trate de incidir en una decisión de otro, o peor, que mediante manifestaciones se vulnere la reserva de un proceso sancionatorio? Todo ello llevaría presuntamente a una responsabilidad que puede ser atribuible al Estado, ya sea contractual o extracontractualmente.

Conclusión

Se pudo plantear un abrebocas en este breve ensayo de lo que podría ser una responsabilidad estatal por el uso de las redes sociales por sus agentes, ya sea desde el plano contractual o extracontractual. Tuvimos algunas respuestas, pero muchas más preguntas. Decía Aristóteles: “la duda es el principio de la sabiduría”, y con más razón en ese tema, tal cual como lo es la libertad de expresión, que apenas comienza a forjarse en el país desde el año 2016 y con cierto desarrollo a partir del 2019²⁹, aun así, podremos concluir ciertas cosas.

En este punto, la responsabilidad del Estado se configuraría por el daño y por una imputación que se da, ya sea contractual o extracontractualmente, cuando exista un perjuicio o lesión causado por esa “falla del servicio” o “incumplimiento de las obligaciones”, el cual puede ser ocasionado cuando se haya presentado un uso de los poderes exorbitantes, ya sea obligando al contratista a ejercer cierta conducta conforme a una publicación o comentario en una red social; o que por medio de un acto, hecho, actividad u operación, el agente del Estado divulgue o comparta cierta información falsa o malintencionado de lo que pueda resultar perjuicios económicos, morales, etcétera

29 Ver al respecto la sentencia T-155 y la SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional.

Se debe analizar entonces frente a un reproche, quién emite el contenido, así como el contexto, la cultura (adecuación social), y la coyuntura; igualmente, hacia quien va dirigido, es decir, si es una empresa privada o una entidad estatal³⁰; qué tanta difusión tuvo; si fue por cuenta oficial, si tenía investidura o no, si es el competente, si cumple con los criterios descritos en la jurisprudencia, si incurrió en daño con dolo o culpa grave como imputación subjetiva³¹, y ahora objetiva, todos ellos serán los elementos de juicio pertinentes para establecer si hubo responsabilidad estatal como consecuencia de un contenido fraudulento, manipulado, insultante, etcétera, en una red social.

30 Al respecto ver “La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de información y comunicación (TIC)” de Becerra, Jairo, Lorenzo Cotino Hueso, Claudia Bibiana García Vargas, Marco Emilio Sánchez Acevedo, Jheison Torres Ávila, 2015.

31 “Es claro que la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene establecido que cuando respecto de una persona se publica una información que posteriormente se demuestra falsa, ello comporta un claro menoscabo a los derechos a la honra y al buen nombre de la persona afectada, lo que a su vez constituye un daño inmaterial, reparable por la vía del contencioso de responsabilidad extracontractual de la administración, en la medida en que el daño sea imputable a esta última”, véase sentencia del 5 de abril de 2013 del Consejo de Estado, Exp. 27281, M. P. Rojas Betancourth.

Referencias

Becerra, J., Cotino, L., García, C., Sánchez, M., Torres, J. (2015). *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación*, Universidad Católica de Colombia.

Di Lellis, D. S. (4 de mayo de 2020). Il virus delle fake news. https://rep.repubblica.it/pwa/commento/2020/05/04/news/il_virus_delle_fake_news-255653078/?refresh_ce

García, A. (2011). “Responsabilidad Jurídica”. En: Revista en Cultura de la Legalidad, 1, pp. 125-132. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2163/1098>.

Pantaleón, F. (1996). “La constitución, el honor y el espectro de la censura previa, Revista Derecho Privado y Constitución”, 10. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/181950.pdf>.

Roa, D., y Daza, M. (2017). *Deber funcional y libertad de expresión en redes sociales: Un diálogo sobre la responsabilidad del servidor público*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Sánchez, J. F. (2018). *Redes sociales: Del daño virtual a la responsabilidad legal*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Tamayo, J. (2017). “Reflexiones sobre la ontología del daño y la relación entre daño y perjuicio”. En: Nueva reflexiones sobre el daño. Medellín: Editorial Legis.



Limitación de Derechos y Garantías Fundamentales en época del COVID-19. “Una posible afectación a los principios y contrapesos democráticos”¹

Limitation of Rights and Guarantees Fundamentals in time of COVID- 19. “A possible impact on democratic principles and counterbalances”

Juan Carlos Galvis Martínez²

Resumen

A raíz de la propagación mundial del virus 2019-nCoV o COVID-19, se generó una crisis mundial, y Colombia no es caso aparte, pues después de la declaratoria como pandemia por la OMS, el 11 de marzo de 2020 (Marchiori & Tobar, 2020), el Gobierno Nacional, días después,

-
- 1 Artículo de reflexión. Por medio de la investigación exploratoria se busca mostrar un problema jurídico en la expedición de decretos ordinarios para restringir derechos fundamentales, lo que podría devenir de una inconstitucionalidad de estas decisiones.
 - 2 Profesor investigador asociado de la Escuela de Posgrados de Policía “Miguel Antonio Lleras Restrepo” (ESPOL), a la Escuela de Investigación Criminal “Teniente Coronel Elkin Molina Aldana” (ESINC), y de la Fundación Universitaria Juan N. Corpas, donde lidera el semillero de investigación “Bioética y Derecho Médico”. Miembro fundador y del consejo directivo del Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas, Abogado Especialista en Derecho Administrativo y candidato a Magíster en Derecho Administrativo Universidad Santo Tomas, seccional Tunja. Correo electrónico: juancarlosgalvis89@gmail.com.

por medio del Decreto 417 de 2020, declaró el Estado de Excepción por la Emergencia Económica, Social y Ecológica. Paso seguido ordenó el confinamiento de los ciudadanos mediante Decreto 457 de 2020, y la extendió con el Decreto 531 de 2020. Muchas críticas han implicado estas decisiones, entre los juristas y estudiosos del derecho, resaltando a los constitucionalistas y administrativistas. Las formas en la toma de decisiones del ejecutivo, tienen una razón de ser y cuentan con límites y finalidades.

Varias han sido las intervenciones jurisprudenciales en las cuales se han evidenciado los requisitos de una declaratoria de los Estados de Excepción. Para el caso que nos ocupa, el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, que su declaratoria y las medidas encaminadas a su control debe ser por decretos legislativos, mas no por las otras modalidades que existen bajo las potestades extraordinarias del Gobierno Nacional. Por ello, al observarse que se han tomado medidas como manejo de la crisis producida por el COVID-19, en las que se han restringido derechos y garantías fundamentales, se atisba una grave inconstitucionalidad en las decisiones, que puede servir como precedente para el futuro y para permitir que se violenten los contrapesos que impuso la Constitución, como salvaguarda de los principios democráticos del Estado Social y de Derecho.

Palabras clave: Conmoción, estados de excepción, decretos, teleología, inconstitucionalidad.

Abstract

Following the global spread of the 2019-nCoV or COVID-19 virus, a global crisis was generated and Colombia is not the case apart; then, after the declaration as a pandemic by the WHO on march 11, 2020 (Marchiori & Tobar, 2020), the National Government days later, through decree 417 of 2020, the state of emergency due to the economic emergency, social and ecological; Next step ordered the confinement of citizens through decree 457 of 2020 and extension through de-

cree 531 of 2020. Many criticisms have been made of these decisions, amid the jurists and law studies, highlighting the constitutionalists and administrativists. The forms in executive decision making have a reason for being and have limits and teleology.

Several have been the jurisprudential consequences, in which it has been shown what are the requirements of a declaration of states of emergency and, in the case that it does not occupy the state of economic, social and ecological emergency, its declaration and the measures aimed at its control must be by legislative decrees, but not by the other modalities that exist under the extraordinary powers of the National Government; For this reason, when observing that measures have been taken to manage the crisis caused by COVID-19, in which fundamental rights and guarantees have been restricted, a serious unconstitutionality in the decisions can be seen, which can serve as a precedent for the future and to allow the contracts imposed by the constitution to be violated, as a safeguard of the democratic principles of the Social State and of Law.

Keywords: Shock, states of exception, decrees, teleology, unconstitutionality.

Introducción

Desde un enfoque exploratorio se mostrará cómo los Estados de Excepción se impusieron en la Constitución de 1991 como límite al autoritarismo, que devenía del ejecutivo antes de que existieran, respecto del cual se logró poner cargas y contrapesos, para proteger el sistema democrático del Estado Social de Derecho. Es de tener en cuenta que la Constitución del 1991 se promulgó basada en garantías, imponiendo límites a los que están en el poder para que no sobrepasen sus potestades, por encima del bien común y de sus ciudadanos de a pie.

Con la presencia de la crisis mundial, a raíz del COVID-19, se han tomado decisiones en Colombia en las cuales se han afectado los de-

rechos fundamentales y las libertades individuales; situación que origina discusión entre los protectores o defensores de los principios constitucionales. Así pues, al analizar los contenidos del Decreto 457 de 2020, por medio del cual se ordena el confinamiento obligatorio, y del Decreto 531 de 2020, que dio lugar a la ampliación o extensión de la medida, se observan errores que llevan a un análisis de su inconstitucionalidad, pues existen límites y contrapesos para la restricción de derechos y garantías fundamentales en los Estados de Excepción.

Estados de Excepción en el régimen constitucional colombiano

Lo primero por abordar es que, desde una visión histórica antes del Constituyente de 1991, existía el Estado de Sitio para dar control a las alteraciones del orden público, concepto que hoy evolucionó a convivencia y seguridad ciudadana. Igualmente, se concebía la emergencia económica que, como su nombre reza, direccionaba la intervención estatal ante la crisis de esa naturaleza. En ese sentido, al concebir de forma errónea los estados anormales, respecto de los cuales se convertía una excepcionalidad en la regla general, se produjeron varias críticas que se intentaron corregir en la Constitución Política de 1991 (Younes, 2016), entre ellas, una de las prioridades de esa Constituyente fue analizar la inclusión de los Estados de Excepción y que su categorización se diera bajo los preceptos de la naturaleza de la emergencia, y no de su ímpetu (Vanegas, 2011).

De ahí que, al promulgar el Estatuto de Derechos de 1991, se establecieron los estados de excepción y, al intentar dar una aproximación al concepto o aclaración de ellos o de sus clases, se comenzó tener en cuenta: (i) que no son poderes exorbitantes, ni extremos, pues se predica que deben tener un control; (ii) la restricción de derechos, que debe tener como propósito generar la conservación del mismo bien protegido por el estado de excepción; (iii) la limitante de estos derechos, que no se debe hacer en razón a su destrucción, sino su restricción provisoriamente; (iv) esta restricción provisoria se debe

enfocar a la obediencia y a la búsqueda que se restablezca todo a la normalidad.

En ese orden de ideas, se resalta una paradoja, pues las libertades públicas y los derechos fundamentales se restringen en pro de los mismos bienes públicos a los que tienen derecho todos los habitantes. De allí se sobrepone el control que debe ejercer la Corte Constitucional sobre estos Decretos, toda vez que los mismos limitan o restringen libertades y derechos (Corte Constitucional, 1994).

Según lo mencionado en los estados de excepción, se limitan libertades y derechos, pero, ¿en qué consisten los llamados Estados de Excepción? Esos Estados Excepcionales son aquellos que están establecidos en el capítulo VI de la Constitución Política, artículos 212 al 215 (Asamblea Constituyente, 1991), cuya expedición se da a la luz de un estado de las cosas excepcionalísimas, que sale del flujo normal del Estado de Derecho, y que amenaza el sano desarrollo de la convivencia y la seguridad ciudadana, el orden económico, social, ecológico y la salubridad, desde la visión de una emergencia.

De otro modo, dichos Estados han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional como:

Esta Corporación ha reconocido que en los Estados pueden existir situaciones excepcionales que ponen en peligro la existencia de los mismos, la estabilidad institucional y la convivencia democrática, que no pueden enfrentarse con los instrumentos jurídicos ordinarios y por ello imponen la necesidad de una respuesta estatal diferente (Corte Constitucional, 2002).

Al tener un acercamiento desde la mirada doctrinal y jurisprudencial a los estados de excepción, se deben mencionar que no todos son iguales y que existen unas categorías, como lo son:

A) El Estado de Conmoción, establecido en el artículo 213 de la Constitución, que podrá ser declarado por el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, cuando se enfrente un atentado

severo contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana, y que por su gravedad no se logre controlar con las herramientas ordinarias de orden policivo. Su duración será de noventa días, prorrogables hasta por dos periodos iguales, y la segunda prórroga se hará con control previo del Congreso de la República. Mientras subsista su declaratoria, el Gobierno Nacional tendrá exclusivamente las facultades necesarias para frenar las causas de la perturbación (Asamblea Constituyente, 1991).

B) El Estado de Guerra Exterior, instituido en el artículo 212 de la Constitución Política, y que podrá ser declarado por el Presidente con la firma de todos los Ministros, y se dará en casos que, como su nombre lo dice, de guerra, las facultades para su control serán estrictamente las necesarias para rebatir la agresión y defender la soberanía y lograr la normalidad. Su declaratoria se dará, previa autorización del Senado. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno durante ese Estado de Guerra, suspenderán las leyes incompatibles con él, tendrán vigencia durante su duración y quedarán extintas una vez se restablezca la normalidad (Asamblea Constituyente, 1991).

C) El Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, normado en el artículo 215 de la Constitución, en donde se otorga la potestad al Presidente, de declararlo con la firma de todos los Ministros, y cuya duración será por el término de treinta días en cada periodo, sin que supere los noventa durante al año calendario. Al decretarlos, el Gobierno podrá emitir decretos con fuerza de ley, tendientes de forma exclusiva a afrontar el trance producido (Younes, 2016). En ese Estado se tendrán en cuenta las siguientes situaciones:

- No se podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores
- Los decretos sólo deberán ser expedidos en virtud de la crisis y su manejo
- El control de estos decretos está en cabeza de la Corte Constitucional
- Se podrán establecer tributos hasta la nueva vigencia fiscal, los cuales podrán obtener la categoría de permanentes, siempre y cuando el gobierno nacional los declare así

- El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria, podrá derogar, modificar o adicionar estos decretos
- El Presidente y los ministros serán responsable por declarar la emergencia sin razones previstas, así como por el abuso en el ejercicio de las facultades otorgadas durante la emergencia (Asamblea Constituyente, Artículo 215, 1991)

Facultades extraordinarias legislativas del ejecutivo

Es menester referir que, como se dijo al inicio del presente escrito, en la búsqueda de limitantes al Poder Ejecutivo, se organizaron los Estados de Excepción para evitar lo que sucedía con los anteriores Estados de Sitio. Pero hubo la necesidad de otorgar algunas facultades extraordinarias; pues al ser éste el encargado del control, la mitigación, y de desplegar las acciones para retomar la normalidad después de un estado de excepción, bajo ese ejercicio, tiene facultades extraordinarias legislativas.

Lo anterior no significa que el ejecutivo cuente con una potestad infinita y sin control alguno, situación que toma más sentido al precisar que tiene la facultad de expedir decretos con fuerza de ley para conjurar la crisis y evitar su expansión, los cuales deben guardar relación con la emergencia, contar con el visto bueno de los ministros y aplicar el principio de proporcionalidad, al limitar derechos fundamentales para encaminar su naturaleza a la conminación de la crisis, y evitar la toma de decisiones que genere responsabilidad y, por último, que el control de constitucionalidad de esas disposiciones está asignado a la Corte Constitucional, con ocasión a su categoría de legislativos, caso contrario si fueran de índole administrativo u ordinarios, toda vez que allí tomaría su control de legalidad el Consejo de Estado.

Para profundizar un poco en el tema, se debe aclarar qué es un decreto y qué clases existen, no sin antes hacer un pequeño recuento de la jerarquía normativa en nuestro Estado de Derecho, en el que al autor Libardo Rodríguez (2017) menciona:

Que una estructura jerárquica está conformada por diez niveles, donde en primer lugar se encuentra la Constitución, acompañada por el Bloque de Constitucionalidad, conformado por tratados internacionales en materia de derechos humanos, firmados y ratificados por Colombia. A continuación, consagra a la ley, que incluye las leyes expedidas por el Congreso y los decretos presidenciales de contenido legislativos. Posterior a esto, consagra los decretos y demás actos del Presidente, que se expiden con base en la ley (p.46).

Dichos decretos, en atención a su destino, se clasifican de acuerdo con criterios orgánicos y funcionales, en el cual el orgánico se presume por la autoridad que los dicta, y el funcional, como su nombre lo dice, apremia a las funciones que cumple. En ese orden de ideas, existen dos clasificaciones principales: los decretos de contenido administrativo y los decretos de contenido legislativo.

Los de contenido administrativo se conocen, también, como decretos ordinarios y corresponden a disposiciones dictadas por el Gobierno Nacional, bajo premisas constitucionales que tienen el carácter de actos administrativos, y su contenido se somete a las leyes en general y a las que sirven de soporte (Quinche, 2011). Por ello, su fuerza vinculante es inferior a la de las leyes y a la de los decretos de contenido legislativo. Su distribución se da en tres frentes: los decretos reglamentarios, los decretos que desarrollan leyes marco y los decretos ejecutivos.

En cuanto a los decretos de contenido legislativo, son actos expedidos por el ejecutivo, con fuerza material de ley, con base en las facultades extraordinarias y teniendo en cuenta que, en el Estado de Derecho, el poder legislativo está en manos del Congreso. Se clasifican en decretos ley, decretos legislativos, el decreto del plan nacional de desarrollo, los decretos estatutarios regulares, y los decretos autónomos (Bonilla, Otero & Zubiría, 2016).

Facultades legislativas en Estados de Excepción

De acuerdo con lo mencionado, se deben priorizar cuáles son los decretos que son objeto de reproche y estudio en el presente, por ende, es vital establecer cuáles son los decretos legislativos, que no son otros que los llamados a ser proferidos, como ya se ha atisbado en los diferentes estados de excepción, caso que se presenta en la actualidad en Colombia, por el virus 2019-nCoV o COVID-19 (Cortes M, 2020).

Dichos decretos están instituidos en los artículos 212 a 215 de la Constitución Política de 1991, y son los mecanismos que, mediante las facultades extraordinarias atribuidas al poder ejecutivo, permiten la declaratoria de la crisis, su control, la implementación de actuaciones tendientes a su moderación y a lograr que la normalidad retorne. Otro aspecto por destacar es que dichos decretos tienen fuerza vinculante de ley. Dicho esto, se empieza a mostrar una de las grandes limitantes en un estado de excepción, respecto de su declaratoria y toma de medidas.

Esos decretos deben prever un requisito de validez formal, establecido en el artículo 214-1 de la Constitución, que se concreta con la firma del Presidente de la República y de los ministros. Asimismo, deben cumplir sustancialmente la precisión de la unión con su cometido, enfocando su contenido en dirección al estado que se pretende declarar, bien sea conmoción interior, guerra o emergencia social, económica y ecológica.

Su control automático de constitucionalidad se debe dar al día siguiente de la expedición por la Corte Constitucional y esto lo diferencia de los decretos leyes. Su duración en el Estado de Guerra y Conmoción es transitoria y suspende las leyes que sean contrarias. En cambio, en el de emergencia social y económica, durarán de forma indefinida hasta que el Congreso de la República los modifique o derogue, en caso de no hacerse durarán hasta la siguiente vigencia fiscal, a no ser que el Congreso les otorgue el carácter de permanente (Galeano, 2012).

Según el análisis hecho por la Corte Constitucional, las medidas tomadas al respecto de los estados de excepción, deben cumplir al menos unas características formales: (a) Que la declaratoria se motive y consigne las razones que dieron lugar al Estado de Excepción; (b) Que el decreto tenga la firma del Presidente y sus ministros; (c) Que el tiempo de su vigencia no supere la siguiente vigencia fiscal (Corte Constitucional, 1992).

Control de Constitucionalidad y legalidad de las decisiones en Estados de Excepción

En cuanto al control de legalidad de los actos que declaran los Estados de Excepción e imponen medidas tendientes a conjurar las crisis, como base constitucional están los artículos 212 al 215, y en el ámbito legal se cuenta con la Ley 137 de 1994, “Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia” (Congreso de Colombia, 1994), que impone los criterios legales para la declaratoria y los funda en los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad; además, impone prohibiciones: (a) Suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales; (b) Interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado; (c) Suprimir y modificar los organismos ni [sic] las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

En lo que respecta al control de estas decisiones, la Constitución establece que, en lo referido a los decretos legislativos, su control estará a cargo de la Corte Constitucional (Asamblea Constituyente, Artículo 215, 1991). En cambio, en lo que respecta a los decretos ordinarios, su revisión se hará por el Consejo de Estado, también se incluye un control posterior por el Congreso de la República, que tendrá la facultad de otorgar carácter de permanente a algunos de ellos.

Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en Colombia producido por el virus COVID-19

Desde diciembre de 2019 se dieron los primeros casos de contagio por el virus SARS-CoV-2. El 11 de marzo de 2020 se dio la declaratoria de la Organización Mundial de Salud como pandemia, situación que se veía venir y el Gobierno Nacional no fue ajeno a esto (Marchiori & Tobar, 2020), razón por la cual, mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, por un periodo de treinta días, se anunció el ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 215 de la Constitución y se menciona la posibilidad de adopción mediante decretos legislativos, de las medidas necesarias para conjurar la crisis y evitar su extensión.

Posterior a la declaratoria del Estado de Excepción mencionado, Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional ordenó el aislamiento preventivo obligatorio en todo el territorio nacional, coartando la libre locomoción, la libertad de reunión, la libertad de empresa y una cantidad de garantías de los habitantes del territorio. Situación que se repitió con la expedición del Decreto 531 del 8 de abril de 2020, por medio del cual se extendió el aislamiento preventivo obligatorio.

Al enfrentarse a un Estado de Excepción el ejecutivo, conforme a sus facultades extraordinarias, tenía la obligación y debía buscar las estrategias para resistir o conjurar la crisis y no permitir su expansión, siempre en aras de retornar a la normalidad; por ello, tomó la decisión de restringir algunos derechos de los ciudadanos.

Análisis de las decisiones de aislamiento

En virtud del autoritarismo que se presenciaba en Colombia, hasta antes de la Constitución de 1991, se debieron imponer límites al ejecutivo para que no se presentaran violaciones a los derechos fundamentales y a las garantías, por medio de decisiones que en ocasio-

nes resultaban arbitrarias. Los Estados de Excepción son muestra de aquellos términos, pues establecen las condiciones para la toma de decisiones, sus límites y controles posteriores.

Dentro de los límites existentes están el control o la restricción de derechos y garantías fundamentales, el caso de los Decretos 457 y 531 de 2020; con ellos se delimitan muchos derechos y la crítica se concentra en que, si bien es cierto que el artículo 215 de la Constitución establece las condiciones para declarar el Estado de Excepción de Emergencia Económica, Social y Ecológica, también impone condiciones de cómo hacerlo, pues no es de cualquier forma. Prueba de ello, es la clase de disposición por medio de la cual se hace declaratoria, se toman medidas y se imponen cargas a los particulares.

Es de resaltar que el ejecutivo actuó bien al decretar la emergencia por medio de un Decreto legislativo, pero al restringir gran cantidad de garantías y derechos fundamentales con las decisiones mencionadas, erró, pues al realizar un simple análisis de la formalidad de dichas decisiones se observa que son decretos ordinarios, que su fundamento se da en el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana.

Lo anterior no deviene de un mero formalismo, debido a que Colombia es un Estado Social y Democrático de Derecho, sus decisiones deben propender por su exaltación y respetos a las cargas y contrapesos; toda vez que el ejecutivo no puede tomar decisiones tendientes a restringir derechos, avocando el Estado de Excepción y la crisis, por fuera de un decreto legislativo, teniendo en cuenta la fuerza que posee éste para hacerlo por un decreto ordinario, como lo ha manifestado la Corte Constitucional (1992):

De otra parte, debe recordarse que, atendiendo a su propia naturaleza, la Constitución califica el estado de emergencia como un ESTADO DE EXCEPCION. En tal virtud, la interpretación de su alcance ha de ser restrictiva, y su declaratoria y aplicación han de estar sometidas a los más estrictos controles, **precisamente porque aún bajo su**

vigencia impera el Estado Social de Derecho que consagra el artículo 1.º de la Constitución (Negrita y cursiva fuera de texto original).

Así las cosas, uno de los grandes pilares de la discusión se centra en el control de constitucionalidad o legalidad, divisando que la guardiana de la Constitución y, de paso, de los derechos fundamentales, es la Corte Constitucional y posteriormente el Congreso, motivo por el cual está llamada, en conexión a lo dicho en el artículo 215, a ejercer control sobre los decretos de índole legislativo de los Estados de Excepción y de acuerdo con el precepto de la Ley 137 de 1994, en lo concerniente a los decretos de índole general, o llamados también decretos ordinarios, su control de legalidad se da por el Consejo de Estado (Congreso de Colombia, 1994).

Un decreto ordinario inclinado a cercar o limitar derechos fundamentales es inconstitucional, e indiscutiblemente como ya se dijo, no es sólo una crítica a la formalidad, sino que se debe tener en cuenta que éste sería un precedente constitucional y legal para los Estados de Excepción venideros, dejando a la merced las garantías de una democracia; además, que la teleología de las decisiones extraordinarias del ejecutivo se facultan, cada una con una dirección establecida (Corte Constitucional, 2009), y como se ha mostrado en los decretos ordinarios, en su mayoría son llamados a determinar situaciones de índole administrativo.

Respecto de las posibles soluciones al conflicto, es pertinente mencionar que la intención del ejecutivo al coartar derechos fundamentales mediante los Decretos 457 y 531 de 2020, fue frenar la crisis producida por el COVID-19; por ende, su propósito está enfocado a los fines del Estado. Así las cosas, una posible salida para solucionar la encrucijada jurídica de las formas en los Decretos mencionados, es tener presente el principio de la materia sobre las formas. Se debe prever que, así las formas indiquen que los Decretos 457 y 531 de 2020 son ordinarios, el contenido de los mismos no lo es. En primer lugar, porque no son reglamentarios de ninguna ley, ni la desarrollan,

ni son ejecutivos, sino que limitan derechos en atención a la emergencia por el COVID-19. Por tanto, en la materia son decretos legislativos, y así el Gobierno Nacional no los haya sometido a un control constitucional, la Corte puede solicitarlo de oficio, para garantizar el principio *pro homine*, como garantía de la exigencia inmediata de la protección a los derechos fundamentales (Drnas de Clément, 2015).

Consecuentemente, otra posibilidad es atender a la teleología del constituyente y permear dichos decretos teniendo en cuenta su forma, por medio del control de legalidad, en cabeza del Consejo de Estado, institución que también tiene naturaleza de ser una Alta Corte, es un órgano constitución y judicial; además de tener la responsabilidad de cumplir los mandatos de la Carta de 1991.

Por último, y no menos importante, se podría tener en cuenta por el ejecutivo la Resolución 01 de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de la cual se elevan recomendaciones en materia de derechos humanos y de las decisiones a tomar por los Estados en su materia; unas enfocadas a la proporcionalidad de las restricciones, y otra al aspecto técnico, pues no se podrían decretar ni limitar todas las garantías (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

Conclusiones

Los Estados de Excepción, como su nombre reza, son un caso fuera de lo normal, por ende, su declaratoria debe hacerse sólo cuando sea necesario y bajo unas características, principios y restricciones, atendiendo a los parámetros y garantías constitucionales.

El Gobierno Nacional cuenta con facultades extraordinarias para legislar ante la presencia de alteraciones al sano desarrollo estatal, cuenta con la potestad de expedir decisiones reflejadas en diferentes clases de decretos, unos de tipo legislativo y otros de índole administrativo.

El control de legalidad de los actos expedido por el Poder Ejecutivo en los Estados de Excepción varía de acuerdo con el contenido de la

decisión. De ahí que se tiene como regla general que, los de contenido legislativo, sean controlados por la Corte Constitucional, y los de contenido administrativo u ordinarios, por el Consejo de Estado.

Los Decretos 457 del 22 de marzo y 531 del 8 de abril de 2020, por medio de los cuales el Gobierno Nacional impuso la medida de confinamiento obligatorio, bajo una mirada formal, son inconstitucionales; toda vez que restringen derechos y garantías fundamentales y apoyan su decisión en el Código de Seguridad y Convivencia Ciudadana, además de ser posteriores a la declaratoria del Estado de Excepción, declarado bajo el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, y no haberse incluido dichas medidas en el mismo; aunado a esto, nuestro Estado Social y Democrático de Derecho cuenta con cargas y contrapesos que imponen límites a lo ejecutivo, de allí su limitación para coartar derechos y libertades, sin observar, entre otros, el principio de proporcionalidad.

Se resalta que la intención del Gobierno Nacional, en imponer medidas de aislamiento obligatorio, están encaminadas a conjurar la crisis, de ahí que su error no está en su propósito, sino del cómo lo hizo; por ello, unas posibles soluciones pueden ser priorizar el principio de la materia sobre las formas e interpretar los decretos objeto de reproche como legislativo y que su control recaiga en la Corte Constitucional; otra puede ser atender a los principios teleológicos del constituyente y permitir que el Consejo de Estado los revise; y, por último, no permitir que vuelva a suceder y atender a las recomendaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Referencias

Bonilla A., Otero M., & Zubiría N. (2016). “Los Decretos Autónomos, una posible facultad *sui generis* del Presidente de la Republica”, Revista *Universitas Es-tudiantes*. N° 14: pp. 93-110.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 01 de 2020. Pandemia y derechos humanos en las Américas, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

Corte Constitucional (1992). Sentencia C-004 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1994). Sentencia C-179 del 13 de abril de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (2009). Sentencia C-136 de 2009, M. P. Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional (2002). Sentencia de la C-802 de 2002 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Cortés, Manuel (2020). “Coronavirus como amenaza a la salud pública”. *Revista Médica de Chile*. Núm. 148, pp. 123-129.

Drnas de Clement, Z. (2015). “La complejidad del principio *pro homine*”. *Revista Jurisprudencia Argentina*. Fascículo 12, pp. 98-111

Galeano Rey, Juan (12 abril de 2012). “Clasificación de los decretos en la Constitución Política de 1991”. <http://decretoscolombianos.blogspot.com/>

Marchiori Buss, P. & Tobar, S. (2020). “La COVID-19 y las oportunidades de cooperación internacional en salud”. *Cardernos de Saude Publica*.

Quinche, M. F. (2011). Los Decretos Presidenciales en el Sistema Normativo. Doctrina y Ley.

Rodríguez, L. (2017). Derecho Administrativo general y colombiano. Temis.

Vanegas Gil, P (2011). “La Constitución colombiana y los Estados de Excepción: veinte años después”. *Revista Derecho del Estado*. Núm. 27 pp. 261-290

Younes Moreno, D. (2016). *Derecho Constitucional colombiano*, 14 Ed. Medellín: Editorial Legis.



Principio de legalidad: subsunción disciplinaria de las disposiciones de la Resolución 163 de 2020 de la Procuraduría General de la Nación, para aplicar el procedimiento especial del artículo 53 de la Ley 137 de 1994¹

Principle of legality: disciplinary subsumption of the provisions of Resolution 163 of 2020 of the Procuraduria General de la Nacion, to apply the special procedure of article 53 of Law 137 of 1994

Juan Manuel Aristizábal Martínez²

Resumen

El derecho disciplinario en Colombia se encuentra consagrado de manera general en el Código Disciplinario Único – Ley 734 de 2002, y en el nuevo Código General Disciplinario – Ley 1952 de 2019. Sin embargo, para los Estados de Excepción decretados dentro de nuestro país, la Ley 137 de 1994 consagra un régimen disciplinario aplicable

1 Artículo de reflexión académica.

2 Abogado de la Universidad Autónoma Latinoamericana, especialista en Derecho Administrativo. Estudiante de la Maestría en Derecho Administrativo de la facultad de posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia; correo electrónico: juanaristimar@gmail.com.

en los eventos relacionados con estos estados, los cuales involucran los Estados de Guerra Exterior, de Conmoción Interior y de Emergencia Económica, Social y Ecológica, mediante procedimiento especial de carácter verbal, el cual debe aplicársele el proceso de subsunción de tipicidad como presupuesto del principio de legalidad de la estructura de la responsabilidad disciplinaria, régimen que es únicamente aplicable por la Procuraduría General de la Nación.

Palabras clave: derecho disciplinario, principio de legalidad, estado de excepción, subsunción típica y procedimiento disciplinario.

Abstract

Disciplinary law in Colombia is generally enshrined in the Single Disciplinary Code - Law 734 of 2002, and in the new General Disciplinary Code - Law 1952 of 2019. However, for the states of exception decreed within our country, Law 137 of 1994 establishes a disciplinary regime applicable in events related to these states, which involve the States of Foreign War, Internal Shock and Economic, Social Emergency and Ecological, through a special procedure of a verbal nature, which must be subject to the typology subsumption process as a presupposition of the principle of legality of the structure of disciplinary responsibility, a regime that is only applicable by the Procuraduría General de la Nación.

Keywords: disciplinary law, principle of legality, state of exception, typical subsumption and disciplinary procedure.

Introducción

La Presidencia de la República de Colombia expidió los decretos 417 del 17 de marzo de 2020 y 637 del 06 de mayo de 2020, “Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional” para la atención de las actuaciones estatales de la pandemia del COVID-19. En este sentido, las autoridades públicas han desplegado actuaciones en el marco de sus funcio-

nes constitucionales y legales para conjurar la situación de crisis, y en esa línea, la Procuraduría General de la Nación no ha sido ajena a ello. De manera específica, dicho órgano de control disciplinario expidió la Resolución 163 del 13 de abril de 2020, en la que fijó los criterios para la atención de los procesos disciplinarios relacionados con la Emergencia Económica, Social y Ecológica. Este acto administrativo de carácter general, desde sus consideraciones y su parte resolutive, permite aseverar que la voluntad del órgano de control, al expedir dichos criterios, es la aplicabilidad de la misma en cualquier tipo de falta disciplinaria, el procedimiento a seguir para el adelantamiento de estas actuaciones; e inclusive, la tramitación del régimen disciplinario especial del artículo 53 de la Ley 137 de 1994, dándole competencia a los funcionarios que ejercen la función disciplinaria en otras entidades.

Visto lo anterior, se encuentra entonces necesario realizar una apreciación desde la técnica jurídica de la aplicabilidad de dicha normatividad, para lo cual se hace la siguiente pregunta: ¿Cuál sería la aplicabilidad de la Resolución 163 de 2020 de la Procuraduría General de la Nación, desde los criterios de subsunción disciplinaria, para el procedimiento especial del artículo 53 de la Ley 137 de 1994?

Para absolver tal planteamiento se procederá a conocer las acepciones de las principales instituciones jurídicas que regulan el Estado de Excepción en Colombia, así como el régimen disciplinario que, de manera especial la ley, ha consagrado en estos eventos, la concepción del principio de legalidad dentro de los procedimientos sancionatorios administrativos y lo que implica el ejercicio de la subsunción en materia disciplinaria. Y una vez realizado lo anterior, se aplicará este ejercicio en los supuestos de dicho régimen disciplinario, analizándolo al tenor de lo señalado en la Resolución 163 de 2020 de la Procuraduría General de la Nación.

En este sentido, se aplicará una metodología cualitativa para analizar y comprender cada uno de los elementos de relevancia para el

presente artículo, y a su vez realizar un proceso de entendimiento de los conceptos expuestos, aplicando la interpretación o hermenéutica –desde la técnica o aplicabilidad del derecho– que permitan denotar e inferir los criterios y su verdadera materialización dentro de los procedimientos disciplinarios a que hubiera lugar para ello.

Aplicabilidad del artículo 53 de la Ley 137 de 1994

El capítulo 6° del título 7° de la Carta política de Colombia, consagra el régimen constitucional de los estados de excepción. Dentro de estos, el artículo 215 señala:

Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes (...) (Constitución Política, artículo 215).

Al tenor de la citada figura jurídica, el Ejecutivo Nacional, en cabeza del Presidente de la República, aplicó esta medida mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, “Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional”, lo que se realizó inicialmente por el término de treinta días calendario, decisión que nuevamente se adoptó con la declaración de emergencia realizadas el 6 de mayo de 2020³, todo para la atención del Estado de

3 Decreto Legislativo 637 de 2020.

la pandemia denominada COVID-19, declarado como emergencia de salud pública nacional el 30 de enero de 2020, y como pandemia el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud⁴.

Señalado lo anterior, es menester afirmar que, dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país, existe una legislación especial –estatutaria– que tiene aplicabilidad en dichos estados en Colombia, la cual corresponde a la Ley 137 de 1994, “Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia”, cuyo ámbito de aplicación al tenor del artículo 1° (Estados de Guerra Exterior, Conmoción Interior y Emergencia Económica, Social y Ecológica), regula las facultades aplicables por el gobierno en esas eventualidades, en las cuales las circunstancias extraordinarias no permitan el establecimiento de la normalidad con los poderes ordinarios del Estado. Al efecto, es importante resaltar que el uso de las facultades de dicha ley “(...) no pueden ser utilizadas siempre que se haya declarado el estado de excepción, sino, únicamente, cuando se cumplan los principios de finalidad, necesidad, proporcionalidad, motivación de incompatibilidad (...)” (Ley 137 de 1994, artículo 9°), con el seguimiento de las condiciones y requisitos de la normatividad.

Por otra parte, se estableció un control automático de legalidad para los actos administrativos de carácter general en desarrollo de los decretos legislativos que declaran dichos estados, el cual se realizará por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según corresponda, ya sea en lo territorial o en el orden nacional (Ley 137 de 1994, artículo 20).

Dentro de la normatividad aplicable a los estados reglamentados por dicha ley, se consagró un régimen disciplinario especial que tendría validez en los tres eventos, y de manera textual señala lo siguiente:

4 <https://www.paho.org/es/tag/enfermedad-por-coronavirus-covid-19>. Consultado el 16 de mayo de 2020.

Artículo 53. Régimen Disciplinario. Siempre que un funcionario administrativo obstaculice grave e injustificadamente el cumplimiento de las medidas legislativas de excepción o se extralimite en su ejercicio, podrá ser destituido previo el adelantamiento de proceso breve, por la Procuraduría General de la Nación, la cual podrá, asimismo, cuando la falta sea grave, ordenar la suspensión inmediata y provisional del funcionario investigado. (...) (Ley 137 de 1994, artículo 53).

Para la tramitación de este régimen disciplinario, debe tenerse en cuenta la calidad de funcionarios aforados; así como también seguirse el procedimiento especial, el cual se adelantará verbalmente con este trámite:

- a) El agente de la Procuraduría competente citará por el medio más expedito que resulte pertinente y con indicación de los motivos determinantes de la acción disciplinaria, al funcionario investigado para que comparezca al proceso dentro de los tres días siguientes a la citación, para la realización de una audiencia especial;
- b) Llegada la fecha de la audiencia se informará al investigado sobre los motivos de la acusación;
- c) El funcionario expone inmediatamente sus descargos, por sí o por medio de apoderado, y solicitará las pruebas que resulten pertinentes;
- d) El agente de la Procuraduría practicará las pruebas que resulten conducentes, en el término de cinco días y a más tardar dentro de los dos días siguientes resolverá lo pertinente mediante decisión motivada.
- e) Si procediere el recurso de apelación, éste se concederá en el efecto devolutivo. (*Ibídem*).

Como ya se señaló, esta es una norma de carácter estatutario, y por ende, debió surtirse un análisis de constitucionalidad previo. Así las cosas, en la Sentencia C-179 de 1994, la Corte Constitucional, con relación a las funciones de la Procuraduría General de la Nación, conteni-

das en dicho artículo, precisó que “(...) viene simplemente a reiterar dichas competencias, las que obviamente no sólo rigen durante la época de normalidad, sino también en los periodos de excepción”. Y a la par consideró que el proceso disciplinario debe adelantarse acorde con las normas constitucionales que rigen el debido proceso, el derecho a la defensa, la controversia probatoria y la posibilidad de la respectiva interposición de recursos, garantías que deben ser eficaces para la defensa del disciplinado (Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 1994).

Colíguese entonces de los anteriores planteamientos que, en el marco de los estados de Guerra Exterior, Conmoción Interior y Emergencia Económica, Social y Ecológica, se ha consagrado en dicha norma estatutaria un régimen disciplinario especial aplicable en dichos eventos, figura que se ha consagrado únicamente para la Procuraduría General de la Nación en reiteración de sus funciones constitucionales, en el cual debe concordarse el debido proceso y el derecho de contradicción y defensa, únicamente en los eventos y de la manera dispuesta en la norma especial.

Principio de legalidad y proceso de subsunción disciplinaria

Dentro de los principios que aplican al derecho disciplinario –con devenir en el derecho administrativo sancionatorio– se encuentra consagrado el principio de legalidad. Este principio ha sido entendido por la jurisprudencia como el que “exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reproachable se encuentre tipificada en la norma –*lex scripta*– con anterioridad a los hechos materia de la investigación –*lex previa*”, y tiene una doble garantía la cual se desarrolla así: material, que implica la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y formal, que determina la existencia de la conducta en la ley, que puede hacer remisión normativa, manteniendo en todo caso los elementos estructurales de la conducta antijurídica en la ley (Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 2015).

La noción del principio de legalidad se encuentra integrada a los mandatos de optimización que deben regir el procedimiento disciplinario. Dicho principio dentro del rito disciplinario vigente señala lo siguiente⁵: “Artículo 4°. Legalidad. El servidor público y el particular, en los casos previstos en este código, sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente en el momento de su realización” (Ley 734 de 2002, artículo 4°). Entonces, es claro que el principio de legalidad comporta el elemento tipicidad sobre el cual se estructura –por ser un elemento de la falta– la responsabilidad disciplinaria.

Adentrándose en el proceso de subsunción en el aspecto de la tipicidad, es menester identificar lo que implica este proceso. El Consejo de Estado, en un fallo jurisdiccional que denotó importancia en ese aspecto, entre otros, consideró que la motivación de la decisión disciplinaria debe conllevar el proceso de subsunción típica de la conducta desplegada a la persona inculpada con la norma sancionatoria aplicable, y posteriormente pasa a definir el proceso de “subsunción típica –o adecuación típica– de la conducta, entendido como la secuencia lógica expresa de razonamiento jurídico encaminada a determinar si una determinada realidad fáctica encuadra bajo las definiciones y prescripciones establecidas en la ley escrita” (Consejo de Estado, sentencia del 26 de marzo de 2014, Rad. 2013-00117-00(0263-13)). Así, el proceso de subsunción normativa, según la doctrina expuesta por Agudelo Girado, cumple una doble finalidad:

- i) El uso de un enunciado de subsunción cumple una doble finalidad:
 - i) Opera de acuerdo con una lógica deductiva, como la operación mediante la cual se declara que un hecho jurídicamente relevante se adecúa a la norma jurídica que lo determina.
 - ii) Opera como herramienta de identificación o pertenencia de un elemento a su sistema. En el caso del derecho, bajo el uso de un enunciado de

5 Véase también el artículo 4° de la Ley 1952 de 2019, que entrará en vigencia el 1 de julio de 2021.

subsunción se declara al ser una norma jurídica general aplicable a un caso particular, que dicha norma hace parte del sistema jurídico en términos de validez donde, el operador judicial en el momento de determinar solución normativa hace un examen de la aplicabilidad de la norma jurídica en cuestión, presentándose como criterio primigenio de aplicabilidad de las normas jurídicas su validez y, si ésta es válida, es, por lo tanto, una norma jurídica que hace parte del sistema jurídico (Agudelo Giraldo, 2017, p. 24)

En esta medida, el proceso de subsunción de tipicidad, dentro del marco del principio de legalidad del proceso disciplinario, implica la adecuación de la conducta, tanto de la norma –ley– de la cual surge el tipo, así como la norma complementaria o de reenvío que integra la modalidad del tipo disciplinario a reprochársele al sujeto pasivo de la acción. Esto, en palabras de la citada sentencia del Consejo de Estado (Sentencia del 26 de marzo de 2014, Rad. 2013-00117-00), implica que el juicio debe desarrollar dos elementos propios del reproche disciplinario, respecto a la conducta objetiva acaecida por el disciplinable, así como también de las normas enrostradas, en las cuales encuadra su conducta y que son contrarias a derecho.

Sin embargo, previo a esto, es menester reiterar que, con relación a la adecuación típica, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades, fijando su posición respecto a la adecuación típica de la norma en materia disciplinaria “con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación”, y “para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador (...)”, y por lo tanto, con relación al juicio de tipicidad y al concepto de violación “(...) es válido el establecimiento de tipos disciplinarios que ostentan un grado de determinación menor que los tipos penales, sin que ello signifique que la imprecisión definitiva en la descripción de la conducta sancionable conduzca a la violación del principio de tipicidad” (Corte Constitucional, Sentencia C 030 de 2012).

Continuando con los elementos del procedimiento de subsunción típica desarrollado en los términos de la jurisprudencia, se tiene que estos implican: i) establecer los componentes de la normas invocadas como violadas, acorde con los criterios textual, sistemático y teleológico de interpretación –con el desarrollo constitucional que hubiera; y ii) establecer los componentes de cada norma e indicar por qué la conducta del sujeto pasivo constituyó una violación de éstas, es decir, la especificación de la conducta encuadrada en los componentes legales de los componentes normativos de los tipos disciplinarios imputados (Consejo de Estado, Sentencia del 26 de marzo de 2014, Rad. 2013-00117-00).

Entonces, es claro que dentro del elemento de tipicidad de la falta disciplinaria, debe desarrollarse un proceso de adecuación de la conducta objetiva con la descripción normativa consagrada, a fin de determinar su correspondencia, es decir, que lo acontecido en el mundo de los hechos encuadre dentro de los presupuestos de las normas reglamentarias de la materia, y que allí se produzca una valoración de los elementos de la norma contenedora del reproche –o del renvío, si es del caso– disciplinario.

Análisis de los tipos disciplinarios del artículo 53 de la Ley 137 de 1994 al tenor de lo dispuesto en la Resolución 163 de la Procuraduría General de la Nación

Como ya se señaló, el Gobierno Nacional de Colombia ha decretado un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el cual –en el momento de redacción– se encuentra vigente.

Para ello, la Procuraduría General de la Nación, como órgano de control, que es autónomo y no pertenece a la Rama Ejecutiva, tiene funciones disciplinarias respecto a quienes ejercen funciones públicas, la cual ya ha sido definida y validada en el pronunciamiento de la Corte Constitucional de 1994; y en ese sentido, el Procurador General de la Nación puede expedir normas relativas a la formulación de políticas y criterios en materia de control disciplinario y los actos

administrativos necesarios para el funcionamiento de la entidad (Decreto Ley 262 de 2000, artículo 7°).

Así las cosas, el Procurador General de la Nación expidió el 13 de abril de 2020 la Resolución n.º 163 de 2020, “por la cual se fijan criterios para el manejo de procesos disciplinarios relacionados con la Emergencia Económica, Social y Ecológica”, resolución dentro de la cual se adoptaron diversas decisiones de trámite con relación a los procesos disciplinarios adelantados en la Procuraduría General de la Nación. En la parte resolutive de la citada resolución, se aseveró que dicho órgano de control venía advirtiendo de presuntas conductas irregulares que al parecer constituían faltas disciplinarias, de servidores públicos que estarían “(...) incumpliendo sus deberes, extralimitándose en el ejercicio de sus derechos y funciones, incurriendo en prohibiciones legales y violando el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses (...)” (Procuraduría General de la Nación, Resolución 163 de 2020).

Igualmente, se estableció en el artículo segundo lo siguiente:

Artículo Segundo. Los servidores públicos con funciones disciplinarias evaluarán y podrán disponer la aplicación del procedimiento especial regulado por el artículo 53 de la Ley Estatutaria 137 de 1994, frente a conductas relacionadas con la Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Del texto transcrito se encuentra pertinente realizar dos afirmaciones: la primera de estas hace referencia a la posibilidad, en todo caso optativa, voluntaria y discrecional, del operador disciplinario de instancia para aplicar la Ley 137 de 1994, y en todo caso, dichas conductas deben estar relacionadas con el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. En este sentido, debe aclararse que la **relación** es entendida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁶ como “conexión, correspondencia de algo con otra cosa”, así

6 Consulta del término Relación en el Diccionario de la RAE: <https://dle.rae.es/relaci%C3%B3n>.

como también se entiende como “conexión, correspondencia, trato, comunicación de alguien con otra persona”, entre otras acepciones. Entonces, la aplicación de la Resolución 163 de 2020 de la PGN, solo puede ser en las conductas, ya sea por acción u omisión, por las faltas disciplinarias acaecidas con ocasión de la declaratoria de emergencia adoptada mediante el Decreto 417 de 2020 del Gobierno Nacional y los otros que se expidieren en el mismo sentido. Sobre el particular, **es fundamental realizar una precisión respecto a la competencia**, ya que como se indicó en la Ley 137 de 1994, la misma sólo es aplicable por la Procuraduría General de la Nación, y el artículo transcrito indicó dicha actuación discrecional para los servidores públicos con funciones disciplinarias, **entendiéndose que son únicamente los que la ostentan dentro de la Procuraduría General de la Nación**, y por ende, se excluye a las otras entidades con funciones disciplinarias.

Así, es claro que si las conductas se cometen en la misma temporalidad en la cual se encuentra vigente la declaratoria del estado de emergencia, pero los hechos objetivos no están relacionados, con razón u ocasión, derivados o por la emergencia, **no le será aplicable la Resolución 163 de 2020 de la PGN, y por ende, el artículo 53 de la Ley 137 de 1994**. Entonces, la expedición del acto administrativo de carácter reglamentario de un órgano de control, delimitó, en un sentido de concatenación, la naturaleza de las conductas a los requisitos de la resolución y posteriormente, a su evaluación y aplicabilidad de la ley.

Por su parte, y para desarrollar el presente evento, resulta importante traer a colación que constituye falta disciplinaria la “(...) incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses (...)” (Ley 734 de 2002, artículo 23)⁷.

7 Véase también el artículo 26 de la Ley 1952 de 2019, que entrará en vigencia el 1 de julio de 2021.

Independiente del proceso aplicable, es claro que las conductas que hacen referencia al Estado –en este caso de emergencia económica, social y ecológica– tienen un condicionamiento propio, surgido de la voluntad del legislador, por medio de norma estatutaria, que condiciona y define no solo el contexto –Estado de guerra exterior, conmoción interior o emergencia–, sino también la configuración de las conductas a reprochar por esta normatividad. Dichas conductas son entendidas cuando un “funcionario administrativo obstaculice grave e injustificadamente el cumplimiento de las medidas legislativas de excepción o se extralimite en su ejercicio” (Ley 137 de 1994, artículo 53).

Es forzoso concluir que si, de manera expresa, el Procurador General de la Nación no señaló que las conductas determinadas para la aplicación de la Resolución 163 de 2020 podrían determinarse en incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, incursión en prohibiciones legales o violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, la motivación de dicho acto administrativo deja entrever que la voluntad de este funcionario es la aplicación del artículo 53 de la Ley 137 de 1994 en todas estas modalidades de falta disciplinaria, **lo cual es claro que sería un yerro por ilegalidad, al tenor de lo dispuesto por el legislativo en la citada ley** por clara y evidente aplicación del principio de legalidad.

De la lectura sistemática del artículo 53 de la Ley 137 de 1994 se tiene que, aplicando el proceso de subsunción típica que deviene del principio de legalidad en materia disciplinaria, es claro que este articulado integra varios elementos, los cuales se consideran importantes desarrollar previamente al análisis de la tipicidad. El primero de estos hace referencia a la temporalidad en el sentido que, en concordancia con el artículo 9° *ibídem*, sólo sería aplicable a conductas cometidas en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, es decir, mientras éste se mantenga en vigencia o en su defecto, en

la vigencia de un acto administrativo de carácter general derivado de éste. Con relación a la destinación como determinación del sujeto pasivo de la acción disciplinaria, las conductas de esta normatividad sólo son aplicables para funcionarios administrativos, afirmación que exonera a los particulares en ejercicio de la función pública; a miembros de la fuerza pública, siempre y cuando no ejerzan autoridad administrativa; y a funcionarios jurisdiccionales. Y finalmente, dentro del componente de tipicidad de la falta disciplinaria, **la misma implica la obstaculicen grave e injustificada o la extralimitación en el ejercicio de las medidas legislativas de excepción – entiéndase de guerra exterior, conmoción interior o emergencia económica, social y ecológica.**

Dicho artículo 53, es decir, las condiciones establecidas en éste para el juicio disciplinario, comportaría así la norma de índole legal que soportaría el proceso de renvío normativo que sería necesario a complementar en uno de los decretos legislativos de excepción. En otras palabras, para iniciar el juicio de reproche con la subsunción de tipicidad, primeramente se deberá determinar la existencia de una o ambas condiciones, con relación a la extralimitación o a la obstaculización –la cual debe ser grave e injustificada y no de mera conducta o superficial– de las disposiciones adoptadas en los decretos expedidos por el ejecutivo en el marco de los estados de excepción.

En la lógica concordante, **lo que se deberá reprochar es la obstaculización grave e injustificada, o la extralimitación en el ejercicio, de las disposiciones adoptadas en los decretos legislativos expedidos en el marco del estado de excepción** –en este caso, del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

En efecto, se tiene entonces que el verbo del concepto de violación a desarrollarse en la imputación de los cargos disciplinarios deberá contener el precepto de obstaculizar o, en su defecto, de extralimitar; y a partir de allí, complementar el reproche disciplinario con un decreto legislativo expedido para atender específicamente el Estado de

Excepción decretado, en cualquiera de sus modalidades ya indicadas.

En esa medida, si dentro del marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Económica, un sujeto disciplinable comete una infracción desde el aspecto típico, la cual se realiza con ocasión, en razón, o con relación a dicho estado de emergencia, si la misma no contempla una infracción a un decreto legislativo expedido para conjurar dicho estado de excepción, **no será aplicable el procedimiento del artículo 53 de la Ley 137 de 1994**. Es decir, dentro del análisis teleológico de dicha normatividad, si el derecho disciplinario busca la buena marcha de la administración pública, esta disposición garantiza el cumplimiento de las normas adoptadas para la atención a los Estados de Excepción por las autoridades administrativas.

Así las cosas, la Resolución 163 de 2002 de la Procuraduría General de la Nación, que permite la aplicación del procedimiento estipulado en el artículo 53 de la Ley 137 de 1994, sólo será legalmente válido, aplicando la subsunción de tipicidad como presupuesto del principio de legalidad, en los eventos en los cuales la infracción disciplinaria comporte una transgresión de los decretos legislativos expedidos para la atención de dicho estado de excepción, y por ende, de manera optativa, la elección del procedimiento disciplinario ordinario, o del especial verbal que consagra el mismo articulado.

Conclusiones

En nuestro país, dentro de la legislación aplicable a los Estados de Excepción –Guerra Exterior, Conmoción Interior y Emergencia Económica, Social y Ecológica– el legislador consagró un régimen especial en materia disciplinaria –artículo 53 de la Ley 137 de 1994– el cual es únicamente aplicable por la Procuraduría General de la Nación. Para tal fin, dicha entidad expidió la Resolución 163 de 2020, en la cual validó la posibilidad de emplear de manera discrecional dicho proceso frente a las conductas relacionadas con la Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Las conductas que se analicen disciplinariamente en aplicación del artículo 53 de la Ley 137 de 1994, se deberán tramitar con el procedimiento allí descrito, el cual es especial y verbal, y únicamente puede proseguirse contra funcionarios administrativos. Para estos, la subsunción de los tipos disciplinarios debe comportar, en primera medida, una conducta que se traduzca en una obstaculización grave e injustificada, o en una extralimitación en el ejercicio de las medidas de legislativas de excepción; ya que este punto, el cual implica la segunda medida, es que la norma vulnerada sea una medida adoptada en los decretos legislativos de Estado de Excepción. Por ende, para la aplicación de la Resolución 163 de 2020 de la Procuraduría General de la Nación, deberá ser una de las disposiciones adoptadas para conjurar el Estado de Emergencia Económico, Social y Ecológico; y no cualquier modalidad de falta disciplinaria, aunque se cometiere en razón o con ocasión de dicho estado excepcional.

Referencias

Agudelo Giraldo, O. A. (2017). “Subsunción y aplicación en el derecho”. En: O. A. Agudelo Giraldo, M. A. Prieto Salas, J. E. León Molina & Y. Reyes Alfonso. *Lógica aplicada al razonamiento del derecho* (pp. 23-58). 2ª ed. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18868/1/Logica-aplicada-al-razonamiento-del-derecho_Cap01.pdf

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991.

Congreso de Colombia. (2 de junio de 1994). Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia [Ley 137 de 1994]. *Diario Oficial* n.º 41379 de junio 3 de 1994.

Congreso de Colombia. (5 de febrero de 2002). Por la cual se expide el Código Disciplinario Único [Ley No. 734 de 2002]. *Diario Oficial* n.º 44.708 de 13 de febrero de 2002.

Congreso de Colombia. (28 de enero de 2019). Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario [Ley 1952 de 2019]. *Diario oficial*. Año CLIV. n.º 50850 del 28 de enero de 2019.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. (26 de marzo de 2014). Sentencia radicado n.º 11001-03-25-000-2013-00117-00(0263-13). [M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren].

Corte Constitucional. (13 de abril de 1994). Sentencia C-179 de 1994. [M. P. Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (22 de septiembre de 1999). Sentencia C-708 de 1999. [M. P. Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional (5 de marzo de 2002). Sentencia C-155 de 2002. [M. P. Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional (18 de febrero de 2003). Sentencia C-124 de 2003. [M. P. Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional. (1 de febrero de 2012). Sentencia C 030 de 2012. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (1 de julio de 2015). Sentencia C-412 de 2015. [M. P. Alberto Rojas Ríos].

Organización Panamericana de la Salud. (2020). Enfermedad por el Coronavirus (COVID-19). Recuperado de <https://www.paho.org/es/tag/enfermedad-por-coronavirus-covid-19>

Presidencia de Colombia. (22 de febrero de 2000). Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la

Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores, y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos. [Decreto 262 de 2000]. *Diario Oficial* n.º 43.904 del 22 de febrero de 2000.

Presidencia de Colombia. (17 de marzo de 2020). Decreto 417 de 2020. Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional. *Diario Oficial* año CLVI n.º 51259 del 17 de marzo de 2020.

Presidencia de Colombia. (6 de mayo de 2020). Decreto 637 de 2020. Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional (Sin Diario oficial).

Procuraduría General de la Nación. (13 de abril de 2020). Por la cual se fijan criterios para el manejo de procesos disciplinarios relacionados con la Emergencia Económica, Social y Ecológica [Resolución 163 de 2020].



El control previo y concomitante de las contralorías territoriales y su necesidad en el contexto del COVID-19 en Colombia

The prior and concomitant control of the territorial comptrollerships and their need in the context of COVID-19 in Colombia

Juan Camilo Velásquez Rueda¹

Resumen

En el presente artículo de reflexión académica se pretende reabrir el debate, no zanjado, en torno al control preventivo por las contralorías territoriales en el actual contexto de indebido manejo de los recursos públicos durante la pandemia del COVID-19. Lo anterior, toda vez que son numerosas las denuncias que existen en los entes territoriales, y principalmente en municipios y departamentos, por el mal manejo de los fondos. No obstante, y producto del control posterior, la posibilidad de los órganos fiscales de vigilar, a modo de advertencia y de forma concomitante, el manejo de los recursos públicos es limitada, pues sólo hasta la ocurrencia del pago parcial o total de los contratos o su respectiva liquidación podrían entrar a operar las contralorías te-

1 Abogado de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho procesal penal y derecho administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Actualmente es candidato a Magíster en derecho administrativo de la misma Universidad. Correo electrónico: juancamilovr@msn.com.

rritoriales teniendo en cuenta los criterios establecidos en la Ley, estos, desde “la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”, como criterios de evaluación en el desempeño de las funciones administrativas, al igual que el artículo 268-2 constitucional que incluye la eficiencia, eficacia y economía como criterios relevantes en el ejercicio de la inspección ejercida por el órgano de control fiscal.

Palabras clave: Control previo, control fiscal, gestión fiscal, COVID-19, contralorías territoriales, entes territoriales

Abstract

This academic reflection article aims to reopen the debate, not settled, about preventive control by the territorial comptrollers in the current context of improper management of public resources during the COVID-19 pandemic. The above, given that there are numerous complaints that exist at the territorial level, municipalities and governments, due to mismanagement of funds, however, and as a result of subsequent control, the possibility of the fiscal bodies to monitor, by way of warning and Concomitantly, the management of public resources is limited, since only until the occurrence of the partial or total payment of the contracts or their respective liquidation could the territorial comptrollers come into operation taking into account the criteria established in the Law, this is “the efficiency, economy, equity and the valuation of environmental costs” as evaluation criteria in the performance of administrative functions, as well as article 268-2 which includes efficiency, effectiveness and economy as relevant criteria in the exercise of the inspection carried out by the fiscal control body.

Keywords: Previous control, fiscal control, fiscal management, COVID-19, territorial comptrollers, territorial entities

Introducción

Según el artículo 267 de la Constitución política de Colombia, la vigilancia y el control fiscal es una función pública que ejerce de forma prevalente la Contraloría General de la República, la cual, así como ocurre con las contralorías territoriales, vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, lo que el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 denomina Gestión Fiscal.

El mismo artículo señala, en relación con la Contraloría General de la República y en virtud del Acto Legislativo 04 de 2019, que el control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público, lo cual no ocurre en relación con las contralorías territoriales, pues tal disposición no se hizo extensivo a éstas de alguna forma, para evitar que en las regiones ocurra lo que constitucionalmente la Corte llamó coadministrar por los órganos de control fiscal.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, el control fiscal es posterior y selectivo para las contralorías territoriales, por ende, el presente artículo pretende abordar cómo es necesario hacer extensivo el control preventivo y concomitante que tiene la Contraloría General de la República, luego del Acto Legislativo 04 de 2019, toda vez que en el actual contexto internacional signado por el COVID 19, y amparados los entes territoriales en la declaratoria de calamidad pública o emergencia sanitaria, la mayor parte de los contratos celebrados son directos y en la totalidad del territorio nacional existen graves denuncias por el mal manejo de los recursos, dejando a las contralorías territoriales en simples espectadores hasta tanto se pague de forma parcial o total el contrato, por la existencia del viejo control posterior que trajo sobre sí la Constitución Política de Colombia de 1991.

Para la ejecución de esta reflexión académica se formuló como objetivo general: Determinar si el control preventivo y concomitante como

herramienta de vigilancia al manejo de los recursos es una necesidad para las Contralorías territoriales en el contexto de la pandemia mundial y en el escenario de una base económica clientelar y corrupta en el país.

El Control Fiscal Territorial en Colombia a la luz del COVID-19

Con la ya derogada Ley 20 de 1975, la Contraloría General de la República, tenía dentro de sus facultades el control previo como uno de los sistemas de control de los recursos públicos, lo cual en su momento fue concebido como una herramienta que garantizaba el cabal y correcto manejo de los gastos del tesoro o la hacienda nacional.

No obstante, esta figura también traía consigo algunos inconvenientes, especialmente porque la Ley 20 entregaba herramientas para la vigilancia, pero el control terminaba desgastando a la administración y, en algunos momentos, coadministrando. Por ejemplo, el parágrafo del artículo 4 de la mencionada Ley establecía que “la Contraloría General dispondrá que cada establecimiento público envíe mensualmente a la dependencia respectiva, una relación detallada de los giros refrendados acompañada de los comprobantes del caso, así como también de una copia de la nómina pagada durante el término señalado”, o el artículo 9º, señalaba que “el Contralor no autorizará pagos por contratos administrativos, si no se le allega copia auténtica del *Diario Oficial* o de un periódico de amplia circulación donde se vaya a ejecutar el contrato, en que aparezca publicado el extracto que para cada caso vise el auditor o revisor fiscal correspondiente”. En todo caso, las características fundamentales del control previo estaban descritas en el artículo 2º del Decreto 925 de 1976 en el cual se enunciaba:

El control previo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos (Ley 925, 1976)

El Dr. Diego Younes Moreno describiría el control previo como el que:

se ocupa entre otros aspectos de examinar: la óptica numérico legal del gasto, en especial si se da cumplimiento a la Ley de apropiaciones presupuestales; si el monto del gasto ha sido autorizado por el funcionario competente y los giros se efectuaron con exactitud de acuerdo con los valores autorizados; también examina si hay disponibilidad suficiente para cubrir los gastos; si se trata por la modalidad de avances en dinero, se revisa si los avances están ya legalizados, como sucede por ejemplo con los viáticos que pagan a los funcionarios públicos destacados en comisión... Igualmente, tiende el control previo a verificar la exactitud de las operaciones respaldadas en documentos, facturas, comprobantes, órdenes de compra (Younes, D., 1987, pág. 87).

Si bien la intención de vigilar los fondos públicos mediante el control previo en su momento fue plausible, aunque hoy día no tenemos un diagnóstico detallado que permita verificar las bondades del control previo en la hacienda pública, medido especialmente en índices de corrupción y correcto manejo de los fondos o recursos públicos, el control previo fue objeto de reiteradas críticas, al punto que la Constitución de 1991 sólo admitió el control posterior y selectivo por los órganos de control.

La Corte Constitucional (Corte Constitucional, C-103, 2015), señaló las principales críticas al control previo, así: (i) propiciaba la intrusión directa del organismo de vigilancia en la toma de decisiones ejecutivas, intromisión que frecuentemente obstaculizaba, cuando no vetaba, el normal desenvolvimiento de la Administración; (ii) el ejercicio del control previo, pese a sus connotaciones administrativas, no implicaba responsabilidad administrativa alguna para la Contraloría y, además, comprometía la necesaria independencia y autonomía del ente fiscalizador; (iii) paradójicamente, se consideraba que dicho sistema constituía un foco de corrupción.

Acorde con la anterior discusión, la Corte Constitucional se pronunció diferenciando entre funciones de la administración y facultades de los órganos de control en materia de vigilancia fiscal:

[...] un análisis sistemático de las disposiciones constitucionales y de los propios debates en la Asamblea muestra que la voluntad del Constituyente fue evitar ante todo la coadministración por los órganos de control, por lo cual quiso distinguir, sobre todo en materia de gasto, la función ejecutiva administrativa (ordenación del gasto) de la función de control (verificación de su legalidad y eficacia y eficiencia de gestión). Así, no sólo el artículo 119 atribuye a esa entidad la “vigilancia de la gestión fiscal”, sino que, además, el citado informe ponencia sobre la estructura del Estado, tantas veces mencionado por la actora y por los intervinientes que coadyuvan la demanda, luego de señalar que los actos de la Contraloría no deberían ser calificados de “administrativos”, aclara el sentido de esa precisión, en los siguientes términos: En todo caso, la función fiscalizadora ejercida por los organismos de vigilancia o supervisión financiera, contable o fiscal, de ninguna manera puede llegar a detentar poderes capaces de causar interferencia o determinar coparticipación en la actividad administrativa. En otros términos: en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración, pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediablemente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito (...) Por ello, y para evitar la llamada dictadura de los contralores, supervisores y auditores, mucho más grave que el de los administradores o gobernantes, es por lo que todos los ordenamientos civilizados trazan una determinación tajante entre la capacidad ordenadora del gasto y la competencia supervisora del mismo. Se aspira que ésta, en ningún caso, pueda invadir la órbita de aquella, ideal que apenas corresponde al orden natural de las cosas y que no siempre, infortunadamente, es logrado en la realidad. Ni aun los sistemas de mayor rigidez, ya bastante escasos, como el colombiano, que establecen el llamado control preventivo, pueden favorecer un esquema de supervisión que vaya a implicar veto a la capacidad decisoria y dispositiva de los administradores. Semejante disposición desplazaría los poderes plenos de la administración hacia el organismo contralor, dando origen a una confusión de funciones verdaderamente insólita en

que los entes jurídica y políticamente responsables de administrar, se verían detenidos en su actividad administrativa por una agencia de simple vigilancia a la cual el ordenamiento no le confiere ni poder ni responsabilidad alguna sobre la función administrativa, y que en consecuencia, careciendo de aptitud legal para acometerla, es por ello, al mismo tiempo, jurídica y políticamente irresponsable de los actos u omisiones propios de la administración. La Constitución adopta el principio de la no intervención de la Contraloría en las actividades de la administración, al disponer en el inciso 2º del artículo 59 que ‘la Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización’. Este mandato, que es determinante, y que, por serlo, no se presta a dudas de ningún género, ni a interpretaciones casuísticas, está en vigor” (Corte Constitucional, C-189, 1998).

En ese sentido, y con el fin de definir las características de las Contralorías, la Constitución, artículo 267, estableció que son un órgano de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, que goza de competencias y funciones dependiendo del orden al cual pertenezca, las cuales son ejercidas de manera independiente, tanto en las actuaciones que ejecuten como en sus funciones.

Acorde con lo anterior, el legislador promulgó la Ley 42 de 1993, la que, en su artículo 4, contemplaba que “el control fiscal es una función pública que vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”. Tal control es posterior y selectivo, por lo menos para las contralorías territoriales. Por su parte, el artículo 8 de la Ley 42 de 1993, señala los principios de la vigilancia fiscal, los cuales fueron ampliados mediante decreto 403 de 2020, pues al lado de los tradicionales principios de eficacia, eficiencia, economía, se encuentran los de equidad, concurrencia, coordinación, desarrollo sostenible, valoración de costos ambientales, efecto disuasivo, especialización técnica, inoponibilidad en el acceso a la información, tecnificación, integridad, oportunidad, prevalencia, selectividad y subsidiaridad.

A partir de los sistemas de control, financiero, legalidad, gestión, resultados, revisión de cuentas y evaluación de control interno, empleados por las Contralorías (Decreto 403, 2020), la protección de los recursos públicos tuvo un segundo momento con la expedición de la Ley 610 de 2000, la cual estructuró el trámite ordinario e inquisitivo de la responsabilidad fiscal. Según el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, reformado por el artículo 124 del Decreto 403 de 2020, lo que pretende el proceso de responsabilidad es

[...] el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal (Ley 610, 2000).

Esta clase de responsabilidad tiene las siguientes características, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional (Corte Constitucional, C-840, 2001):

- i) Es meramente resarcitoria, y de carácter meramente administrativo
- ii) Es de carácter patrimonial pues el gestor fiscal responde con su patrimonio
- iii) Es personal porque quien responde es la persona que maneja o administra los recursos públicos que, en este caso, es el supervisor o interventor

La fuente de la responsabilidad se deriva de lo que el legislador denominó como Gestor Fiscal, pues no todo funcionario deberá responder, sino aquellos que, como lo contempla la misma sentencia C-840 de 2001 (Corte Constitucional, C-840 de 2001), tengan poder decisorio y determinante en el tráfico jurídico económico de la entidad, a saber:

“Como bien se apreciaba, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que, en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, al tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado” (Corte Constitucional, C-840, 2001).

En resumen, y con el fin de delimitar los elementos de la responsabilidad, la Ley 610 de 2000 contempló tres fundamentos para estructurar el proceso, a saber: i) La existencia del daño, el cual debe ser cierto, determinable y cuantificable; ii) Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado; iii) Un nexo causal entre los anteriores, según lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000.

Por otra parte, mediante Acto Legislativo 4 de 2019 y su posterior reglamentación en el decreto 403 de 2020, fueron modificados los artículos 267, 268, 271, 272 y 274, de la Constitución política de 1991 y, en ellos, como se señaló con anterioridad, se dotó únicamente a la Contraloría General de la República de control preventivo y concomitante, el cual tiene carácter excepcional y no es vinculante, es decir, “no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de ad-

vertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público” (Constitución 1991, artículo 267).

Si la reforma se puede calificar como necesaria, no se hizo extensivo el control preventivo y concomitante a las contralorías territoriales, en gran parte debido a las críticas que existen sobre éstas, ya que algunas de ellas son verdaderos fortines políticos de gamonales regionales y locales; otras, por su parte, se encuentran en una delicada situación financiera, al punto que pueden ser intervenidas directamente por la Contraloría, gracias a los cambios contenidos en virtud del Acto legislativo 04 de 2019 y su decreto reglamentario. No obstante, es imperioso reabrir el debate sobre estas facultades en el contexto actual de corrupción ampliamente denunciado por motivo del COVID -19.

Con la identificación del nuevo coronavirus, COVID-19, el gobierno nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el cual mediante su decreto faculta el uso de la modalidad de contratación directa, toda vez que el artículo 2, numeral 4º, de la Ley 1150 de 2007, literal a) establece la posibilidad de este tipo de contratación por una “urgencia manifiesta”, esto es, a) Situaciones relacionadas con los *Estados de Excepción*, tales como: i) guerra exterior, ii) conmoción interior, **iii) emergencia económica, social y ecológica; y b) Hechos de calamidad**, tales como fuerza mayor o desastre, es decir, circunstancias que pongan gravemente en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas, como ocurre actualmente.

Luego de la declaratoria del Estado de Emergencia, los gobiernos municipales y departamentales han utilizado la modalidad de contratación directa para hacer compras de alimentos o insumos de protección o médicos, en algunos eventos con evidentes sobrecostos, sin que a la fecha las contralorías territoriales hayan dado cuenta de los sistemas de control de un informe o hallazgos consolidados producto de una auditoría integral por la existencia expresa del control posterior.

La Contraloría General de la Republica ha manifestado que los hallazgos más evidentes en el actual contexto signado por el virus han sido los siguientes:

***Un reducido reporte de la información precontractual y contractual:** ausencia de estudios previos y estudios de mercado y/o [sic] sector; ausencia de oferta económica de los contratistas; ausencia de información sobre beneficiarios y valores unitarios dentro de los estudios previos y ofertas económicas. ***Presuntos sobre costos en el valor de la compra:** en alimentos que componen los kits de mercado; elementos de protección sanitaria y elementos médicos para la atención de la emergencia; especulación de precios e irregularidades; e infraestructura tecnológica para la emergencia (*call center*). ***Y ambigüedades precontractuales y contractuales:** las obligaciones en algunos contratos son genéricas; no se especifican ítems, cantidades y beneficiarios en el estudio previo; no se determinan responsabilidades en la supervisión contractual, hay inconsistencias entre la oferta económica y el valor del contrato; y se dan ofertas económicas con sumatorias económicas a la establecida en los ítems de la misma, generando contratos con valores erróneos (Contraloría General de la República, 2020).

No obstante lo anterior, en ciudades, por ejemplo, las del área metropolitana del Valle de Aburrá, que tienen sus propias contralorías, no se ha adelantado informes completos de auditoría con motivo de los sobre costos durante la pandemia. Pareciera ser que la Contraloría General de la República ha hecho uso especial del control prevalente en ese sentido, más allá de unidades de reacción inmediata sin que a la fecha conozcamos los resultados de las mismas y un par de compulsas de investigaciones a órganos disciplinarios o penales, en parte porque los contratos se encuentran en etapa de ejecución y la Constitución Política de 1991 vetó cualquier tipo de control preventivo en los órganos de control sobre la contratación adelantada por los respectivos entes territoriales.

Es decir, una de las mayores críticas que amerita la discusión sobre las facultades de las contralorías territoriales en el actual contexto, corresponde a que los órganos de control, pese a la existencia de graves denuncias, sólo actúan cuando ya el daño se encuentra parcial o totalmente consolidado, en otras palabras, con la materialización del mismo. Lo anterior, se infiere incluso que las contralorías sólo pue-

den actuar cuando se ha presentado un pago al contrato, y muchos de ellos fueron contratos con un solo pago o al final del mismo, previo cumplimiento del objeto convenido, lo que quiere decir que el órgano de control debe permanecer inmóvil mientras el daño patrimonial tiene lugar y se consolida, con las consecuencias que ello trae, pues un proceso de responsabilidad generalmente tiene una duración de años, y en algunas ocasiones se desvirtúa alguno de los elementos, por ejemplo, el nexo causal, o la imposibilidad de resarcir el detrimento, por la insolvencia económica de los investigados.

Lo anterior se ha convertido en una barrera para la efectiva materialización de los principios que gobiernan el control fiscal, especialmente para la defensa del patrimonio público, pues así el daño sea previsible e inminente, la Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 267, sólo permite el control preventivo y concomitante, el cual tiene carácter excepcional, y no es vinculante, para la Contraloría General de la Republica, no así para las contralorías territoriales.

La carta constitucional concibió inicialmente el control como posterior y selectivo, antes de la expedición del Acto Legislativo 04 de 2019, es decir, cuando los actos de gestión fiscal ya han sido gestionados; la existencia de control posterior para las contralorías territoriales no puede sostenerse por el temor a “torpedear” los actos de la administración, más aún cuando las denuncias por posibles irregularidades fiscales en el contexto del COVID-19, muchas de ellas por ciudadanos y veedurías ciudadanas, exigen resultados concretos y en tiempo real, es decir, que su control realmente se de en términos de eficiencia y eficacia, que propenda por proteger y defender el patrimonio, y no únicamente identificar y registrar el daño una vez éste se configura, para proceder a su posterior enjuiciamiento y cobro.

En síntesis, el control preventivo y concomitante es una necesidad para los órganos de control territorial, y el tema del COVID-19 así lo demuestra, pues la consagración de tal control a partir de un riesgo probable, ampliamente denunciado por distintos actores, puede

brindar herramientas para contener actos de corrupción y evitar o prevenir el daño, es decir, un modelo cuyo centro sea la prevención del daño y no sólo su identificación posterior, mediante la actuación oportuna del órgano de control fiscal.

Conclusiones

La corrupción es un virus endémico en Colombia. Ni siquiera en tiempos de pandemia mundial los actos de corrupción disminuyen en el país, al punto que actualmente la Contraloría General de la República, en informe publicado el día 22 de mayo de 2020, señala que han encontrado ciento dieciocho contratos con sobrecostos por unos cuatrocientos veinte mil millones de pesos, y gracias a las doscientas veintisiete alertas tempranas han logrado prevenir el mal uso de veinticinco mil millones de pesos (Canal RCN, 2020).

No obstante, y en medio de tal situación, las sesenta y cinco contralorías, departamentales, municipales y distritales, han brillado, en términos de efectiva vigilancia y control, por su ausencia, incluso la participación ciudadana se ve menguada, pues las denuncias formuladas sólo tienen eco cuando el daño se encuentra ya consolidado. Por lo anterior el artículo demuestra que las herramientas de prevención del daño frente al riesgo actual es una necesidad, es decir, se requiere medidas anticipadas y en defensa del patrimonio público, realizando un seguimiento en tiempo real y de forma concomitante sobre las operaciones financieras, de gestión, de resultados y las demás formas de control fiscal, lo anterior por las contralorías territoriales.

Si lo mencionado anteriormente, es decir, la necesidad de fortalecer el control fiscal territorial mediante el ejercicio del control preventivo y concomitante, podría contribuir a realizar en tiempo real y con un alto grado de eficacia y eficiencia la vigilancia fiscal, el Acto Legislativo 04 de 2019 y el decreto 403 de 2019 son respaldo constitucional y legal, pero a las acciones misionales de la Contraloría General de la República, y, sin duda, alguna alineación bastante intrusiva

en las competencias y funciones de las contralorías territoriales; por ende, la intención de brindar control preventivo y concomitante, el cual no deja de ser excepcional, parece que lejos está de ser un cometido para los órganos de control fiscal territorial, pues la exposición de motivos del Acto Legislativo 04 de 2019 fue clara en afirmar que se requiere terminar la dispersión funcional, la inexistencia en la gestión y el acefalismo en el control fiscal, es decir, fortalecer centralmente la Contraloría General de la República, avivar las críticas sobre el modelo de control territorial, y menguar o debilitar misionalmente el ejercicio del control fiscal en los municipios y departamentos que cuentan con contraloría.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de 1991. http://secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

Congreso de la República de Colombia. (20 de abril de 1975). “Por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones” [Ley 20 de 1975].

Congreso de la República de Colombia. Decreto Legislativo (11 de mayo de 1976). “Por el cual se determinan los procedimientos generales de control fiscal y de auditoría, el alcance que deben tener el control previo y la contabilidad general de la Nación y se dictan normas sobre estadística” [Ley 925 de 1976].

Congreso de la República de Colombia. (26 de enero de 1993). Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen [Ley 42 de 1993].

Congreso de la República de Colombia. (18 de agosto de 2000). “Por medio de la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías” [Ley 610 de 2000].

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2011). “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” [Ley 1474 de 2011].

Congreso de la República de Colombia (18 de septiembre de 2019). “Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal” [Acto legislativo 04 de 2019].

Younes D. (1987) *Régimen del Control Fiscal*. Bogotá: Temis.

Corte Constitucional de Colombia. (1998) Sentencia C-189 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (2001) Sentencia C-840. M. P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia. (2005) Sentencia C-103. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Contraloría General de la Republica. (2020). Alertas de la Contraloría por sobrecostos. <http://contraloria.gov.co>.

Canal RCN (2020) “Tres gatos cazan mejor”. <https://noticias.canalrcn.com/justicia/tres-gatos-cazan-mejor-la-rata-de-la-corrupcion-entes-de-control-sobre-resultados-de>



El Derecho tributario en tiempos del COVID-19 en Colombia¹

Tax law in times of COVID-19 in Colombia

Carlos F. Forero Hernández²

Resumen

El texto pretende analizar los decretos 419 del 18 marzo (sistema de devolución o compensación del IVA) y 568 del 15 de abril (impues-

- 1 Con algunas modificaciones, el texto corresponde a la ponencia “Derecho tributario en tiempos del COVID-19” realizada por el autor en el Simposio “Consideraciones del COVID-19 a partir del derecho penal y los derechos humanos” que se realizó en la Universidad Juan de Castellanos (Tunja) el 5 de mayo de 2020.
- 2 Abogado egresado de la Universidad de Ibagué. Contador público de la Universidad San Martín (Bogotá). Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Ibagué. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre (Pereira). Diplomado en Derecho Penal Económico y Financiero de la Universidad de Ibagué. Doctorando en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás (Tunja). Docente de pregrado en las Universidades de Ibagué y San Martín (Ibagué). Docente de las Especializaciones en Derecho Administrativo y Penal de la Universidad de Ibagué. Director y editor de la Revista Dos mil tres mil de la Universidad de Ibagué. Director del Semillero de Investigación de Derecho Administrativo “Jaime Vidal Perdomo” del programa de Derecho de la Universidad de Ibagué. Ejerce como asesor tributario con énfasis en procedimientos de discusión gubernativa y en procesos contenciosos administrativos. Miembro activo del Colegio de Contadores Públicos de Colombia, CONPUCOL, sede Ibagué. Integrante del Grupo de Estudios de Derecho Penal Económico, GEDPE, de la Universidad de Ibagué. carlos.hernandez@unibague.edu.co.

to solidario por el COVID-19) del presente año, expedidos en tiempos del COVID-19 en Colombia. Se analiza también la aplicabilidad del delito tributario de omisión del agente retenedor o recaudador (Ley 599, 2000, artículo 402) cuando el agente recaudador recauda el IVA y no lo consigna, teniendo la obligación de hacerlo, pero lo utiliza para evitar la crisis financiera de su empresa.

Palabras clave: Devolución del IVA, impuesto solidario por COVID-19, omisión del agente retenedor o recaudador.

Abstract

This text aims to analyze decrees 419 of march 18 (IVA refund and/or compensation system) and 568 of april 15 (solidarity tax by COVID-19) of this year, issued at the time of COVID-19 in Colombia. The applicability of the tax crime of the withholding agent or collector (Law 599, 2000, artículo 402) is also analyzed when the collecting agent who collects IVA and does not record them having the obligation to do so, but uses it to avoid the crisis financial of your company.

Keywords: IVA refund, solidarity tax by COVID-19, omission of the withholding agent or collector

Introducción

En Colombia, en tiempos del COVID-19, el Gobierno, como forma de intervenir en la economía para corregir sus disfuncionalidades, ha expedido numerosos decretos relacionados con el derecho tributario. Hasta el 8 de mayo de 2020 se han expedido aproximadamente doce decretos que adoptan medidas en materia tributaria, sin contar con los de asuntos laborales que, de alguna manera, se relacionan con el derecho tributario.

Se advierte que en el texto no se relacionarán todos los decretos en materia tributaria expedidos en tiempos del COVID-19, pues por su extensión se impide abordarlos. Solamente se analizará, eso sí, no a profundidad, sino a modo de crítica, los decretos 419 del 18 de

marzo y 568 del 15 de abril de 2020. El primero alude al sistema de devolución o compensación del impuesto sobre las ventas (IVA) y, el segundo hace referencia al impuesto solidario por el COVID-19.

Igualmente se analiza la aplicabilidad del delito tributario de omisión del agente retenedor o recaudador, consagrado en el artículo 402 del Código Penal, cuando el agente o responsable recauda el IVA y no lo consigna teniendo la obligación de hacerlo, pero lo utiliza para evitar la crisis económica financiera de la empresa. Este evento se ha presentado en algunas pequeñas empresas en la ciudad de Ibagué ante la crisis generada por el COVID-19.

Para llevar a cabo esos temas el texto se dividirá de la siguiente manera: a) intervención del Estado en la economía en Colombia en tiempos del COVID-19, b) el mecanismo de devolución del IVA, c) el impuesto solidario por el COVID-19, y d) la aplicabilidad del delito tributario de omisión del agente retenedor o recaudador en tiempos del COVID-19. Se anhela que los temas tratados sean de buen recibo por los lectores.

Intervención del Estado en la economía en Colombia en tiempos del COVID-19

Se afirma que la economía necesita de reglas. Lo anterior se debe a que la experiencia ha demostrado con suficiencia que la economía no está en la capacidad de darse sus propias reglas. Ante esa incapacidad, aparece el Estado, que es el director e interventor de la economía de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política de 1991, como responsable de corregir las distorsiones del mercado y dar las reglas con arreglo a las cuales éste se desarrolla. Esta intervención y dirección se conoce como la aplicación del orden público económico. Así pues, por razones de orden público, el Estado interviene en la economía.

En tiempos del COVID-19, el Estado colombiano se vio obligado a intervenir en la economía para rectificar las disfuncionalidades del

mercado. De esta forma, por motivos de orden público, el Estado interviene para establecer reglas para reducir o conjurar la crisis en la economía generada por el COVID-19. Una de las principales formas de intervención es la regulación económica (mediante decretos, por ejemplo). Lo anterior es una prueba más de que el mercado no puede funcionar por sí mismo sin la existencia y la acción previa del Estado.

La intervención en la economía funge como una tarea estatal prioritaria en el contexto de un Estado Social de Derecho, pues interviene para corregir las disfuncionalidades, siempre en miras de garantizar el interés general. Por eso tiene razón el maestro Hernández Quintero (2015) al concluir que “la intervención del Estado en la economía es 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. 55).

En ocasiones esta intervención implica que el Estado participe de la oferta o demanda, fije precios de los bienes o servicios, restrinja el mercado mediante tributos, imponga sanciones penales o administrativas por infracciones contra normas (entre ellas, las económicas), otorgue beneficios tributarios, cree empresas industriales o comerciales del Estado, etcétera; la cual, desde luego, está precedida y acompañada de una vigilancia constante del mercado.

Como se señaló en varias ocasiones, en tiempos del COVID-19 el Gobierno ha expedido decretos que adoptan medidas tributarias para corregir o conjurar la crisis. Hasta el 8 de mayo se ha expedido aproximadamente doce decretos relacionados con el derecho tributario; desde luego se encuentran otros decretos que adoptan medidas laborales que, de alguna manera, inciden en el derecho tributario. Estas son también formas de intervención del Estado en la economía para rectificar las disfuncionalidades del mercado. Enseguida se analizará, no a profundidad, los decretos 419 del 18 de marzo y 568 del 15 de abril de 2020, ambos relacionados con la ciencia tributaria.

El mecanismo de devolución o compensación del IVA. No es nada de aplicación de justicia distributiva

Mediante decreto 419 del 18 de marzo de 2020, se reglamenta el mecanismo de devolución del impuesto sobre las ventas (IVA) a un millón de hogares vulnerables. He de resaltar que tal devolución o compensación para la equidad del sistema tributario tiene como antecedente el artículo 21, de la Ley 2010 del 28 de diciembre de 2019 (Ley de Crecimiento Económico), la cual se implementará de manera gradual en los términos que defina el Gobierno nacional. Por eso se dice Decreto reglamentario, y no Decreto Legislativo, orientado a conjurar la crisis económica causada por el COVID-19, como equivocadamente, y con el mayor respeto que se merecen, han pretendido explicar algunos tributaristas bajo el argumento de que fue expedido en el marco de Estado de Emergencia.

Según el Decreto, corresponde al Departamento Nacional de Planeación realizar el seguimiento a los resultados del esquema de compensación del impuesto sobre el IVA; así lo estableció igualmente el artículo 21 de la citada Ley 2010 de 2019. Esta asignación resulta coherente por cuanto el DNP es una autoridad especializada en realizar estudios respecto de la aplicación del mecanismo de devolución o compensación del IVA. Pero la dificultad está en que Colombia no cuenta con suficiente experiencia administrativa para hacer ese tipo de devoluciones. Aquí ha de tenerse en cuenta que un sistema tributario no puede ser viable si no cuenta con una administración tributaria eficiente.

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, afirma que el mecanismo de devolución de IVA ayudará a reducir la pobreza y la desigualdad (*El Tiempo*, 30/04/2020). Sin embargo, tal afirmación no está exenta de críticas, pues a mi juicio el mecanismo no reduce la brecha de desigualdad porque no es progresiva, más cuando el IVA, como lo demuestra la experiencia, termina siendo regresivo, debido a que no toma en cuenta la

capacidad de pago de los contribuyentes de ese impuesto indirecto. Así pues, considero que el mecanismo no cumple con la justicia distributiva, porque no consulta la capacidad de ingresos o de pago de los contribuyentes.

Por eso se comparte lo explicado por el investigador de ODEPS (Observatorio de Desarrollo y Política Social), Federico Corredor, al señalar lo siguiente: “Si cada hogar elegible para la devolución recibe una transferencia por el valor exacto que pagó en IVA, necesariamente los hogares con más ingreso dentro de los pobres recibirán un mayor monto mayor que aquellos aún más pobres” (*El Espectador*, 13/12/2019). Así las cosas, el famoso sistema de devolución o compensación del IVA no es nada de aplicación de justicia distributiva. Ha de resaltarse que la devolución del IVA implica una reducción de ingresos para el Estado, toda vez que la misma tendrá un costo fiscal grande en razón a que dejarán de efectuar dicho recaudo.

El impuesto solidario por el COVID-19. Un tributo no ajustado a la Constitución ni al bloque de constitucionalidad

Por medio del Decreto Legislativo 568 del 15 de abril de 2020 se creó el impuesto solidario por el COVID-19, con destinación específica a la inversión social en la clase media vulnerable y los trabajadores informales. Se crea el tributo para hacer efectivo el principio de solidaridad, obteniendo recursos para inversión social en la clase media vulnerable y los trabajadores informales.

Los sujetos pasivos del tributo son, entre otros, los servidores públicos y pensionados de salarios o pensiones mensuales periódicos de \$10.000.000 o más. Su tarifa será progresiva e irá del 15% al 20%, dependiendo de la remuneración percibida y actuarán como agentes de retención del mismo las entidades públicas que efectúen el pago. Además, es un tributo transitorio, por cuanto se estableció que va a partir del 1 de mayo y hasta el 31 de julio de 2020.

Según el decreto 568 de 2020, el 42,4% de los trabajadores en Colombia trabajan por cuenta propia, lo que hace que su situación laboral se vea gravemente afectada por las medidas de política pública en salud adoptadas para contener el COVID-19. Por lo anterior, resultó necesario para hacer efectivo el principio de solidaridad, tomar medidas de carácter tributario tendientes o conducentes a la obtención de recursos que permitan afrontar la crisis económica.

El decreto es, a mi juicio, contrario a la Constitución Política de 1991, específicamente al artículo 215, que destaca que, durante los Estados de Excepción, “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores (...)”. Lo anterior es reiterado por la Ley 137 de 1994 (artículo 50), que regula los Estados de Excepción en Colombia, y hace parte del bloque de constitucionalidad, según lo establecido en la Sentencia C-578 de 1995.

Así las cosas, el mismo se considera violatorio en la medida en que dicho impuesto hace que disminuyan los ingresos procedentes del empleo, y, por tanto, se desmejoren los derechos sociales del trabajador. Desde luego, algunos doctrinantes consideran que no es contrario a la Constitución Política de 1991, por cuanto cobijan solamente a los que perciben igual o más de \$10.000.000, de ahí la aplicación del principio de proporcionalidad y de progresividad tributaria.

Esta norma es contraria, igualmente, al principio tributario de equidad horizontal, pues este axioma señala que los individuos con igual capacidad tributaria deben ser tratados equitativamente en el sentido de que ellos soportan una proporción igual de la carga del sistema impositivo (Forero, 2019a), lo cual vulnera los derechos de los empleados o trabajadores, en la medida en que el solo hecho de ser servidor público, por ejemplo, propicia un tratamiento desigual frente a los demás contribuyentes.

Dificultad de aplicación del delito tributario de omisión del agente retenedor o recaudador en tiempos del COVID-19

El delito tributario de omisión del agente retenedor o recaudador señalado en el artículo 402 del Código Penal, se da cuando el recaudador, por ejemplo, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por concepto del impuesto sobre las ventas (IVA), por ejemplo, dentro de dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración tributaria. Incurre, igualmente, en ese delito cuando omite recaudar determinados tributos, estando obligado a ello, como ocurre por ejemplo con el IVA (Forero, 2019b).

Para evitar la responsabilidad penal por el delito tributario, el legislador previó la posibilidad de extinguir la acción penal cuando el responsable del IVA (o recaudador del IVA) extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, eso sí, junto con las sanciones e intereses, siendo beneficiario de solución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento dentro del proceso penal.

Algunas empresas de la ciudad Ibagué, ante la crisis generada por el COVID-19, y para evitar la crisis financiera de las mismas, se vieron obligadas a utilizar los dineros por concepto de recaudo del IVA, los cuales no fueron consignados, a pesar de estar obligadas a hacerlo, dentro del término señalado por el Gobierno nacional. A mi juicio, este es un claro ejemplo de un evento de estado de necesidad consistente en salvar la empresa.

A partir de lo anterior, puede cuestionarse si los responsables del IVA incurrieron o no en el delito de omisión del agente retenedor o recaudador señalado en el citado artículo 402 penal, frente a lo cual se puede decir que, si se revisa de nuevo el artículo 402 del Código Penal, se identifica que no hay posibilidad de ser exonerado de la responsabilidad penal por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, amparándose bajo el argumento de estado de necesidad

consistente en salvar la empresa (y de forma indirecta, evitar despidos de trabajadores). Pero resulta perfectamente aplicable las disposiciones que señalan los eventos de responsabilidad penal previstas en la parte general del Código Penal, específicamente en el numeral 7 del artículo 32, al destacar que “no habrá lugar a responsabilidad penal cuando (...) se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente” (Ley 599, 2000, artículo 32).

De esa manera, ha de señalarse que, de acuerdo con el artículo 665 del Estatuto Tributario (Decreto 624, 1989), no hay lugar a declarar la responsabilidad penal por el delito tributario en estudio, para el caso de las sociedades que se encuentren en: a) procesos concordatarios; b) en liquidación forzosa administrativa; c) en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, o d) hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas (así como las retenciones en la fuente causadas).

Conclusiones

Los Decretos expedidos en tiempos del COVID-19 son formas de intervención del Estado para corregir las disfuncionalidades de la economía. Muchos de ellos tienen relación con la ciencia tributaria. Empero, se identifica que estas normas no están acordes con los principios del sistema tributario, así como del bloque de constitucionalidad respecto de la protección de los derechos sociales del trabajador. Por un lado, con el sistema de compensación o devolución del IVA este impuesto indirecto termina siendo un tributo regresivo, pues no toma en cuenta la capacidad de pago de los contribuyentes. Por el otro, con el impuesto solidario por el COVID-19 hace que reduzca de manera evidente su ingreso por concepto de sus labores y de ahí su afectación de derechos sociales del trabajador.

Finalmente, se concluye que es perfectamente aplicable el evento de estado de necesidad como causal de exoneración de responsabilidad penal por el delito tributario de omisión del agente retenedor o recaudador para aquellos responsables del IVA; por ejemplo, no consignar los recursos por concepto del tributo indirecto dentro del término señalado por el Gobierno nacional (teniendo la obligación de hacerlo), pero dicha omisión se da por la utilización directa de los mismos para salvar la empresa (y de forma indirecta, evitar despidos de trabajadores) ante la crisis generada. Así pues, se considera que el Legislador, en un futuro no lejano, debe preocuparse por establecer la causal de exoneración de responsabilidad penal, debido a estados de necesidad como los consagrados en el artículo 402 del Código Penal, para contribuir con ello a una mejor interpretación jurídica al respecto.

Referencias

Colombia. Decreto 624 de 1989. “Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.

Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578 de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Forero Hernández, C. (2019a). “Derecho tributario, ¿Derecho administrativo o derecho económico?” En: Revista *Dos Mil Tres Mil*, 21. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/2101>.

Forero Hernández, C. F. (2019b). “El delito de omisión del agente retenedor o recaudador en Colombia, ¿un delito socioeconómico?” En: *Aspectos actuales del derecho penal económico en Colombia* (65-110). Ediciones Unibagüé.

Hernández Quintero, H. A. (2015). *Los delitos económicos en la actividad financiera*. Medellín: Ediciones Ibáñez.

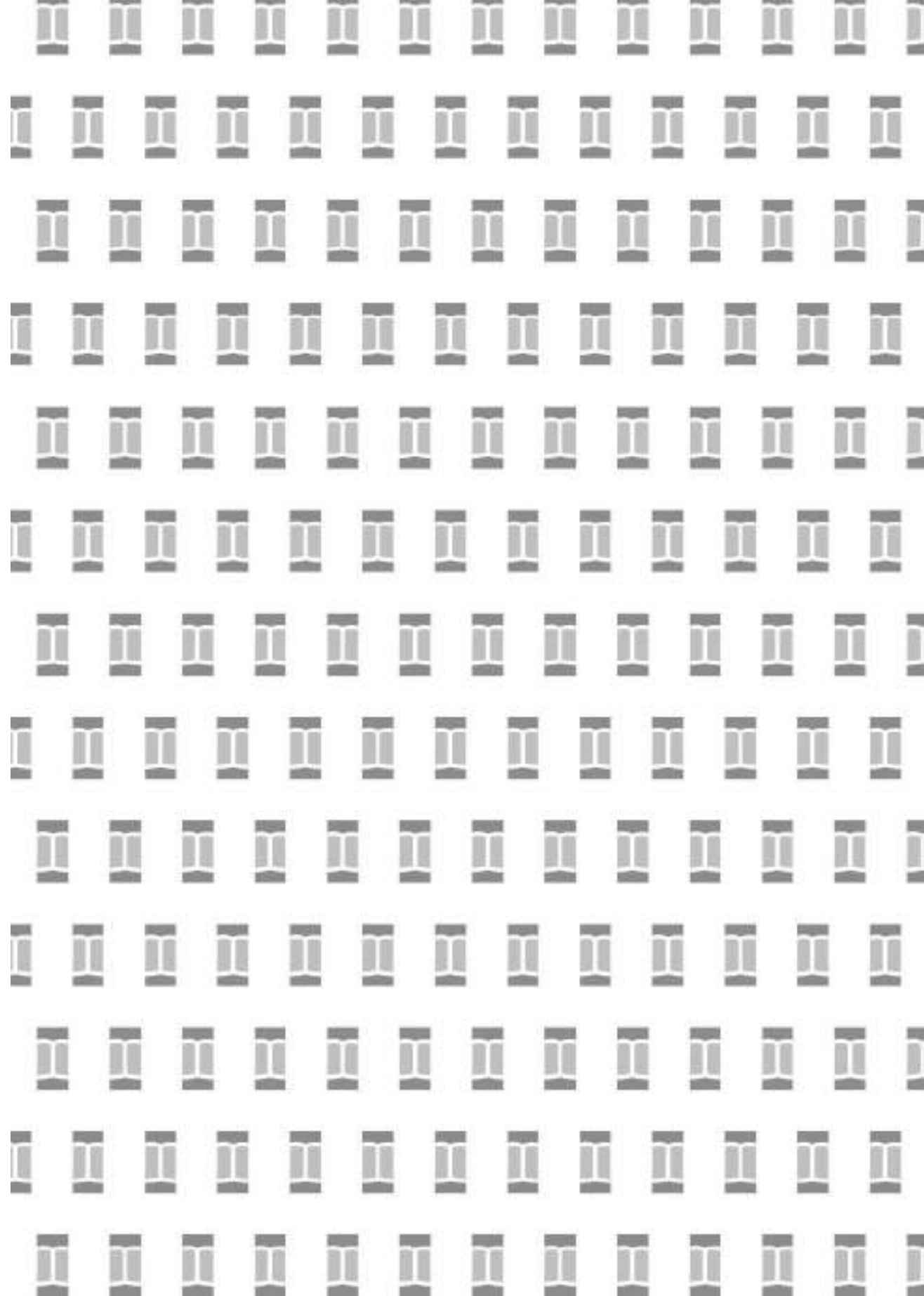


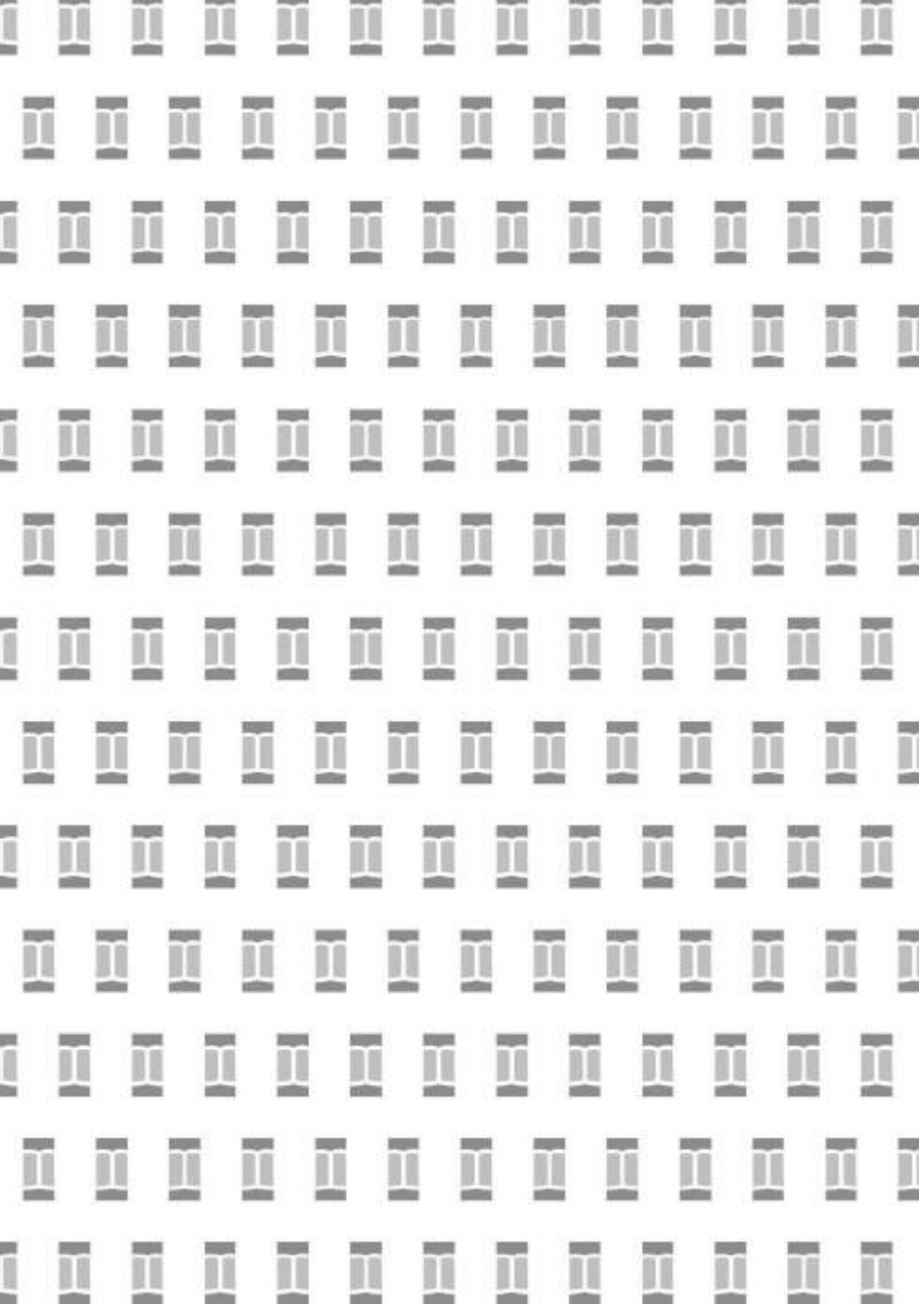
PLURIVERSO

Primera edición julio de 2020

Fuentes tipográficas: ZapfEllipt BT 10,5 puntos para texto
corrido, y Swis721 Cn BT en 20 puntos para títulos.







Contenido

Editorial	
Sergio Luis Mondragón Duarte	9
La Justicia Digital en el Derecho Disciplinario	
David Alonso Roa Salguero	11
Responsabilidad del Estado en el uso de las redes sociales	
Mario Felipe Daza Pérez	25
Limitación de Derechos y Garantías Fundamentales en época del COVID-19. "Una posible afectación a los principios y contrapesos democráticos"	
Juan Carlos Galvis Martínez	45
Principio de legalidad: subsunción disciplinaria de las disposiciones de la Resolución 163 de 2020 de la Procuraduría General de la Nación, para aplicar el procedimiento especial del artículo 53 de la Ley 137 de 1994	
Juan Manuel Aristizábal Martínez	61
El control previo y concomitante de las contralorías territoriales y su necesidad en el contexto del COVID-19 en Colombia	
Juan Camilo Velásquez Rueda	79
El Derecho tributario en tiempos del COVID-19 en Colombia	
Carlos F. Forero Hernández	95