



UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
CENTRO SECCIONAL DE INVESTIGACIONES

Contenido Revista Academia & Derecho N° 10:

- ✦ *La cláusula democrática en la Constitución: una aproximación a su alcance*
- ✦ *El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana*
- ✦ *La evidencia digital eximiente de violación a la protección del dato personal a partir de la autoregulación*
- ✦ *Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano a partir de la Constitución de 1991*
- ✦ *El camino hacia el proceso monitorio: la integración como paradigma*
- ✦ *Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal*
- ✦ *La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia*
- ✦ *Aplicación de la teoría de la desobediencia civil y la objeción de conciencia de Rawls*

Universidad Libre Seccional Cúcuta	Revista Academia & Derecho	Publicación Semestral	ISSN: 2215-8944	Año 6 N° 10 2015	Enero - Julio	Pág. 314	Centro Seccional de investigaciones	Facultad de Derecho
------------------------------------	----------------------------	-----------------------	-----------------	------------------	---------------	----------	-------------------------------------	---------------------



DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA REVISTA ACADEMIA & DERECHO

Misión

Promover y estimular la formación, socialización, discusión, comunicación y difusión del conocimiento jurídico y de enseñanza del derecho, a través de un proceso científico y abierto a la pluralidad del pensamiento a nivel nacional e internacional.

Alcance y política editorial

Academia & Derecho es una revista jurídica que publica trabajos originales e inéditos referentes a las diversas áreas disciplinarias del derecho y su enseñanza. Las disciplinas se clasifican tradicionalmente en: Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Económico, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho del Medio Ambiente, Derecho de Minas, Derecho de Aguas, Derecho Internacional, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derecho Penal y Criminología, Derecho Procesal, Derecho Electoral, Enseñanza del Derecho, no siendo este un listado taxativo, dada la evolución misma de las relaciones humanas que permite la concepción de nuevas especialidades.

Cada número de la revista tiene un carácter misceláneo, sin perjuicio de poder editar, cuando se considere adecuado, números monográficos.

Es una publicación académica de periodicidad semestral, realizada en Colombia, Departamento Norte de Santander, por el Centro Seccional de Investigaciones y la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales de la Universidad Libre Seccional Cúcuta desde el año 2010.

Se compone básicamente por una Sección permanente: **(I)** artículos de investigación, destacándose en algunos números la sección *Reflexión grandes maestros del derecho*.

Constituye una revista arbitrada que emplea el sistema de revisión por pares a doble ciego (*double blind review*).

Los juicios presentados por los autores en sus artículos no representan la opinión ni criterio de la Institución que edita la Revista.

Indexación

La Revista Academia & Derecho se encuentra reconocida en:
Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría B, Colciencias,
Colombia.



DEFINITION AND CHARACTERISTICS ACADEMY & LAW JOURNAL

Mission

Promote and stimulate training, socialization, discussion, communication and divulgation of legal knowledge and legal education through a scientific and open process to the plurality of nationally and internationally thought.

Scope and editorial policy

Academy & Law is a legal journal that publishes original and unpublished works concerning TO the various subjectS of law and its teaching. The disciplines are traditionally classified as: Civil Law, Commercial Law, Business Law, Tax Law, Administrative Law, Constitutional Law, Environmental Law, Mining Law, Water Law, International Law, Labor Law and Social Security, Criminal Law and Criminology, Procedural law, Electoral law and Legal Education. This being a non-exhaustive list, considering the same evolution of human relationships that allows the development of new specialties.

Each issue of the journal has a various content, without prejudice to release, when appropriate, a special edition about a single theme.

It is a biannual journal, held in Colombia, Norte de Santander Department, by the Sectional Research Centre and the Faculty of Law, Politics and Social Science at the Universidad Libre de Colombia since 2010.

It is basically composed of a permanent section: (i) research articles; standing out in some issues *Thoughts of great masters of law* section.

It is a refereed journal which uses the peer review system called double-blind.

The the opinions expressed by the authors in their articles do not represent the opinion or judgment of the institution which publishes the journal.

Indexing

Academy & Law Journal is recognized:

National Bibliographic Index Ibn Publindex- Category B, Colciencias,
Colombia.



DIRECTIVAS NACIONALES

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Presidente Nacional

NICOLÁS ENRIQUE ZULETA HINCAPIÉ, Rector Nacional

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, Censor Nacional

PABLO EMILIO CRUZ SAMBONÍ, Secretario General

DIRECTIVAS SECCIONALES

CARLOS ALEJANDRO CHACÓN MORENO, Presidente Seccional

HOLGER ANDRÉS CÁCERES MEDINA, Rector Seccional

JOSÉ VICENTE CARVAJAL SANDOVAL, Decano Facultad de Derecho

MARCELA FLÓREZ ROMERO, Directora Centro Seccional de Investigaciones

SANDRO JOSÉ JÁCOME SÁNCHEZ, Jefe de Área Derecho Laboral

PÍO GERARDO DÍAZ ALVARADO, Jefe de Área Derecho Privado

JAIME ALBERTO GÓMEZ MONTAÑEZ, Jefe de Área Derecho Público

LUIS ANTONIO MUÑOZ HERNÁNDEZ, Jefe de Área Derecho Procesal / Penal (E)

LUIS ENRIQUE NIÑO OCHOA, Jefe de Área Investigaciones

FREDDY ALBERTO PABÓN MARTÍNEZ, Jefe de Área Sociales

Se autoriza la reproducción de los artículos
citando la fuente y los créditos de los autores:

Revista Academia & Derecho. Universidad Libre Seccional Cúcuta

Entidad Editora: Universidad Libre Seccional Cúcuta

Los conceptos y opiniones expresados en los artículos
son responsabilidad de los autores y no comprometen a la Universidad Libre

Forma de adquisición:
canje, suscripción o entrega gratuita

Correspondencia:
Avenida 4 N° 12N-81. Barrio El Bosque
Universidad Libre Seccional Cúcuta
Teléfono: 5 82 98 10. Extensión 107
Correo electrónico: revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co
Formato: 17 cm x 24 cm



ISSN: 2215-8944

EQUIPO EDITORIAL

EDITOR

DIEGO ARMANDO YÁÑEZ MEZA, Magister (C) en Derecho Administrativo,
Docente Investigador de Derecho Público
Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales, Universidad Libre Seccional Cúcuta.

COMITÉ EDITORIAL

LORENZO MATEO BUJODA VADELL, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca, Salamanca, España

JUAN CARLOS PELÁEZ GUTIÉRREZ, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia

MARÍA CRISTINA DEL ROSARIO GÓMEZ ISAZA, Doctora en Derecho,
Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia

MARÍA CRISTINA CHEN STANZIOLA, Doctora en Derecho,
Profesora de Derecho Mercantil, Universidad de Panamá, Ciudad de Panamá, Panamá

COMITÉ CIENTÍFICO

RODRIGO ANTONIO RIVERA MORALES, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela.

JORDI NIEVA FENOLL, Doctor en Derecho,
Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Barcelona, Barcelona, España.

LUIZ GUILHERME MARINONI, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad Federal de Paraná, Curitiba, Brasil.

JUAN CAMILO SALAS CARDONA, Doctor en Derecho,
Profesor de Filosofía del Derecho, Teorías de la Justicia y Derechos Humanos,
Universidad de Estrasburgo, Francia.



TABLA DE CONTENIDO

DERECHO CONSTITUCIONAL

La cláusula democrática en la Constitución: una aproximación a su alcance..... 53

The democratic clause in the Constitution: an approach to reach

A cláusula democrática na Constituição: uma aproximação ao seu alcance.

La clause démocratique dans la Constitution : une approximation à sa portée.

MILTON CÉSAR JIMÉNEZ RAMÍREZ

PAULO BERNARDO ARBOLEDA RAMÍREZ

El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana..... 91

The judicial Precedent and the principle of criminal legality in the colombian public contracting

O precedente judicial e o principio da legalidade penal na contratação publica colombiana

Le précédent judiciaire et le principe de légalité pénale dans les marchés publics colombiens.

JEOFREY ALFONSO TRONCOSO MOJICA

DERECHO PROBATORIO

La evidencia digital eximente de violación a la protección del dato personal a partir de la autoregulación..... 119

Defense digital evidence of violation to the protection of personal data from the self

A evidencia digital como isenção da violação à proteção dos dados pessoais a partir da auto-regulação

La preuve digitale comme exonération face à la protection des cordonnées à partir de l'autorégulation.

ANA MARÍA MESA ELNESER

DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD

Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano a partir de la Constitución de 1991 157

Trends of loss of profit in the extra-contractual liability regime of the state in colombian law since the 1991 Constitution

Tendências do lucro cessante no regime da responsabilidade extracontractual do Estado no direito colombiano a partir da Constituição de 1991

Les tendances du lucre cessant dans le régime de responsabilité extracontractuelle de l'État appliquées au droit colombiens selon la Constitution du 1991.

DÉBORA GUERRA MORENO

DERECHO PROCESAL

El camino hacia el proceso monitorio: la integración como paradigma. 185

The Road to a Monitoriy procedure: Integration as a paradigm

O caminho rumo à Ação Monitoria: A integração como paradigma

Le chemin vers l'Injonction de Payer : L'intégration d'un paradigme

ROBERTO LOUTAYF RANEA

ALVARO BENAVIDES

Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal 217

En idioma Inglés.

Considerações epistémicas respeito da decisão em matéria penal

Des considérations épistémiques par rapport à l'arrête dans la procédure pénale.

ADRIÁN POLANCO POLANCO

La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia..... 241

The ordinary jurisdiction and the restrictive indetermination represented by the malfeasance crime in Colombia

A jurisdição ordinária e a indeterminação restritiva que representa o tipo penal de prevaricato em Colômbia

La jurisdiction ordinaire et la détermination restrictive du délit de prévarication en Colombie

KRISTHELL KAREN GARCÍA VARGAS

CARLOS ALFREDO PÉREZ FUENTES

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Aplicación de la teoría de la desobediencia civil y la objeción de conciencia de Rawls..... 273

Application of the theory of conscientious objection and civil disobedience in Rawls

Aplicação da teoria da desobediência civil e a objecção de consciência do Rawls.

La mise en œuvre de la théorie de la désobéissance civile et l'objection de conscience de Rawls.

CARLOS ANDRÉS MUÑOZ LÓPEZ



Guía de autores¹

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

La Revista Academia & Derecho es el órgano de divulgación científica de la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, con periodicidad semestral en su publicación -enero-junio y julio-diciembre-. Se integran a sus contenidos ARTÍCULOS ORIGINALES en la ciencia del Derecho y su enseñanza en la Academia, con evaluación bajo la modalidad de doble ciego –*double blind review*–.

Iniciadas labores en julio-diciembre del año 2010 en forma ininterrumpida, la Revista se ocupa de publicar artículos de *carácter científico*, que se fundamentan en estudios realizados por Investigadores, Investigadores independientes, Grupos de Investigación, Centros de Investigación y Semilleros de Investigación con acompañamiento de un Investigador responsable como coautor, en el ámbito nacional e internacional en concordancia con sus temáticas jurídicas, socio-jurídicas y de educación universitaria en Derecho, que son resultados de proyectos de investigación. La publicación está dirigida a los estudiantes de derecho, abogados litigantes, jueces, funcionarios administrativos, docentes, investigadores, doctrinantes, y comunidad científica nacional e internacional.

Cada documento –artículo postulado al proceso editorial se somete a una REVISIÓN PREVIA por el Comité Editorial con el fin de analizarlo

¹ La guía de autores se formuló con fundamento en el Documento Guía del Servicio Permanente de Indexación de Revistas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas de febrero del año 2010 y el Documento Guía para el Servicio Permanente de Indexación de Revistas Seriadas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas de julio del año 2013 del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -COLCIENCIAS-.

en cuanto a su forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación conforme a la estructura definida en ésta Guía. Posteriormente, se envía el artículo a dos (2) miembros del Comité de Árbitros Externos, que en atención a los parámetros establecidos realizará la EVALUACIÓN del artículo y podrá tomar alguna de las siguientes decisiones sobre la postulación: **i) APROBADO**, **ii) APROBADO CON CORRECCIONES** o **iii) NO APROBADO POR INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EDITORIALES**. Todos los derechos de la publicación son de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

La Revista Academia & Derecho posee un formato 21,5 x 28 cm, con un tiraje gratuito de 500 ejemplares y de cumplimiento al Depósito Legal. Puede adquirirse por canje, suscripción o entrega gratuita. Los documentos no pueden exceder las 30 páginas, extensión mínima no inferior a 15 páginas, tipo de letra TIMES NEW ROMAN, tamaño 12, espacio sencillo y 2.54 cm a cada margen. Las notas al pie de página deben presentarse en tamaño 10. La numeración de las páginas se debe realizar en el margen superior derecho.

En observancia al proceso de indexación de la publicación se reciben principalmente las siguientes clases de documentos:

1. **ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN.** Es un documento que presenta la producción original e inédita, resultado de un proceso y proyecto de investigación, reflexión o revisión.
 - 1.1. **Artículo resultado de un proceso de investigación.** Es un documento que presenta de manera detallada los resultados originales de un proyecto de investigación terminado.
 - 1.2. **Artículo de reflexión.** Es un documento que presenta los resultados de un proyecto de investigación terminada y sobre un tema específico desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, recurriendo a fuentes originales.
 - 1.3. **Artículo de revisión.** Es un documento resultado de un proyecto de investigación terminado donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia y tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo.

Estas tipologías se caracterizan por presentar una cuidadosa y pertinente revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

De otro lado, excepcionalmente podrán ser objeto de proceso editorial las siguientes tipologías de documentos reconocidos:

2. **Artículo corto.** Es un documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica que, por lo general, requiere de una pronta difusión.
3. **Reporte de caso.** Es un documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
4. **Revisión de tema.** Es un documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.
5. **Carta del editor.** Es la posición crítica, analítica o interpretativa sobre los documentos publicados en la Revista que, a juicio del Comité Editorial, constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.
6. **Editorial.** Es un documento escrito por el Editor, un miembro del Comité Editorial o un Investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la Revista.
7. **Traducciones.** Es un documento que formula la traducción de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la Revista.

En cuanto a la estructura de los artículos descritos en el numeral 1, se debe tener en cuenta el siguiente esquema de trabajo frente al contenido:

- a. Todo artículo que se postula para publicación debe ser ORIGINAL E INÉDITO. Para el efecto el autor debe presentar junto al artículo la CARTA DE ORIGINALIDAD, MANIFESTACION DE INTERES Y PRESENTACION DE ARTÍCULO, la cual se encuentra ejemplificada al final de la presente Guía, Formato B.
- b. En el contenido del documento solo se numeran los puntos propios del aparte del **plan de redacción**. En otros términos, el título, resumen, palabras clave, abstract, key words, introducción, metodología, resultados de investigación y las conclusiones, no se numeran.

- c. Para todos los efectos se deben seguir las normas internacionales de citación APA (American Psychological Association).
- d. Las expresiones en latín u otro idioma deben indicarse en *letra cursiva*.
- e. En la autoría de las investigaciones postuladas al proceso editorial al menos uno (1) debe ser un docente investigador.
- f. Todo artículo que se somete a proceso editorial debe presentarse con la información que se muestra en el Formato A, el cual se encuentra ejemplificado al final de la presente Guía.

Así mismo, algunos aspectos administrativos que se deben tener en cuenta son:

- a. Si el artículo se somete a proceso editorial no debe postularse simultáneamente en otras revistas u otros medios de divulgación.
- b. El artículo puede ser retirado del proceso editorial en cualquier tiempo por el autor.

ESTRUCTURA DE LOS DOCUMENTOS QUE SE POSTULAN AL PROCESO EDITORIAL:

Título en español

Título en inglés

Nombre (s) del (los) autor (es)

Resumen

Palabras clave

Abstract

Key words

Introducción

Problema de investigación

Metodología

Esquema de resolución del problema jurídico

Plan de redacción

Resultados de investigación

Conclusiones

Referencias

Título: corresponde a la idea principal del documento. Se debe indicar en mayúscula sin exceder las 15 palabras, en lo posible, en idioma Español e Inglés. Seguidamente en pie de página se debe indicar: **1.** Si el artículo es inédito; **2.** Si el documento se clasifica como un *artículo de investigación e innovación* y corresponde a alguna de las siguientes tipologías: **a)** artículo de investigación, **b)** artículo de reflexión, **c)** artículo de revisión; **3.** El proyecto de investigación al cual se encuentra adscrito el producto (artículo); **4.** El Grupo de Investigación al cual se encuentra adscrito el proyecto y al cual se adjuntará el producto (Si aplica); **5.** La Institución a la cual pertenece o financia la investigación (filiación institucional); **6.** Nombre del Semillero de investigación que contribuyó en el proceso investigativo (Si aplica); **7.** Nombre de los estudiantes-semilleros de investigación que contribuyeron al proceso investigativo (Si aplica); **8.** Nombre de los auxiliares de investigación que contribuyeron al proceso investigativo (Si aplica).

Nombre completo del autor: Se debe señalar el nombre completo del autor o autores (3) y seguidamente en pie de página: **1.** El nombre completo del autor o autores; **2.** Nivel de formación académica en pregrado e institución de la que se es egresado; **3.** Nivel de formación académica en posgrado e institución de la que se es egresado; **4.** Membresías en institutos o semejantes (Si aplica); **5.** Cargo que en la actualidad desempeña a nivel académico y profesional e institución a la que pertenece; **6.** Correo electrónico institucional (obligatorio) y personal (opcional).

Resumen / Abstract: Es un texto que abarca en *síntesis integral* el contenido del documento. No debe exceder las 300 palabras en ningún caso. Se debe expresar en español e inglés. En el resumen se debe incluir: **1)** descripción breve del problema, **2)** alcance e importancia, **3)** el objetivo general de la investigación. Debe ser claro, coherente y sucinto, para lo cual se sugiere revisar y verificar datos, sintaxis, ortografía, no incluir referencias bibliográficas en lo posible y no caer en erratas.

Palabras clave / Key words: Deben reflejar la idea angular de las materias que se desarrollan en el artículo. Se requiere enunciación en un orden alfabético o de mayor a menor generalidad sin exceder las 10 palabras, mínimo 3, en idioma inglés y español. Las palabras empleadas deben ser relevantes e indicar los temas del contenido a fin de ayudar a su indizado cruzado. Se recomienda utilizar los términos de los tesauros especializados de las disciplinas correspondientes.

Introducción: La introducción no trata una repetición calcada del Resumen. La introducción es un texto de aproximadamente 2 o 3 páginas donde se presenta básicamente lo siguiente: **1)** descripción extensa y completa del contexto o planteamiento del problema de investigación; **2).** identificación y análisis inicial del marco teórico que se desarrolló en la investigación; **3).** hipótesis de la investigación.

Problema de investigación: Debe definirse la pregunta (¿?) que motivó la realización de la investigación. Se trata de una pregunta compleja que no puede responderse con afirmación o negación.

Metodología: Debe indicarse en síntesis el enfoque metodológico, tipo de investigación y las técnicas e instrumentos utilizados para la recolección y análisis de la información. En éste ítem se deben formular los objetivos específicos de la investigación. No debe olvidarse que estos objetivos deben cumplir el objetivo general planteado en el aparte final del Resumen y que todos ellos en conjunto responden al problema de investigación.

En este ítem el investigador puede exponer el proceso que se diseñó y empleó en el desarrollo de la investigación, en forma detallada, entre otros: **1)** criterios de selección, **2)** población, **3)** muestra.

Esquema de resolución del problema jurídico: Se trata de la enunciación, en orden temático, de cada uno de los capítulos que integran el Plan de redacción de la investigación; en otros términos, corresponde a la mención de cada uno de los tópicos que se debieron abordar para el tratamiento pleno del objeto y problema de investigación, en una semejanza de tabla de contenido que se redacta en prosa.

Plan de redacción: Es la instancia donde se desarrollan cada uno de los procesos y subprocesos temáticos que se definieron en los objetivos.

En este punto se demuestra la hipótesis de investigación y se dan los fundamentos que ofrecen soporte a las Conclusiones.

Resultados de investigación: Evidencian o no la validez de la hipótesis de investigación que se formuló en el proceso de investigación.

Conclusiones: Son los postulados finales frente a la resolución del problema jurídico y el cumplimiento del propósito definido en el objetivo general y los objetivos específicos.

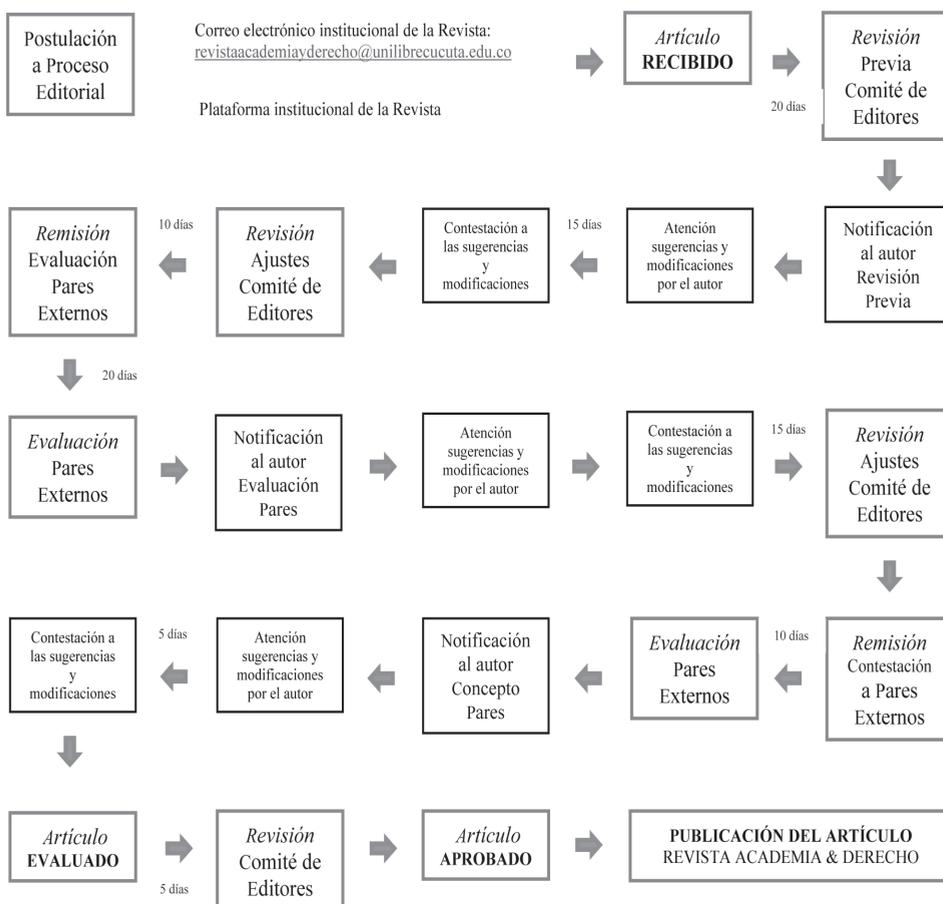
Referencias: Son las fuentes primarias y secundarias que efectivamente se emplearon en la investigación frente al cumplimiento de los objetivos de la investigación y la resolución del problema de investigación formulado.

El autor del documento que se somete al proceso editorial deberá atender las sugerencias o modificaciones que el Comité de Editores o el Comité Editorial y el Comité de Árbitros Externos le formulen al escrito en un plazo no mayor a 15 días calendario posteriores a su notificación vía correo electrónico. El Comité de Editores o el Comité Editorial se reservan el derecho de introducir las modificaciones de forma necesaria para adaptar el texto a las normas propias al proceso editorial, sin alterar el fondo de la temática tratada. Una vez se recibe el artículo en el correo electrónico institucional de la Revista o a través de la Plataforma que se ofrezca para tal fin, el autor recibe respuesta sobre cumplimiento inicial de los requisitos editoriales dentro de los 20 días calendarios siguientes a su recepción. El miembro del Comité de Árbitros Externos contará con un plazo máximo de 20 días calendario para la remisión de su concepto.

La remisión de documentos con fines de publicación en la Revista Academia & Derecho implica que los autores autorizan, a la Universidad Libre Seccional Cúcuta y al Comité Editorial, la publicación de los artículos en versión impresa en papel y también en versión electrónica y/o en página web. En este sentido, cuando el autor somete a proceso editorial cualquiera de las categorías enunciadas acepta como contraprestación por la inclusión de su documento en la Revista o en la página web, el recibo de tres (3) ejemplares de la respectiva edición. Si se requieren ejemplares adicionales el autor debe solicitarlos al Editor de la Revista.

La recepción de los documentos se debe efectuar en el Centro de Investigaciones de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, ubicada en la Avenida 4 N° 12N-81, barrio El Bosque, impreso y en CD (Word versión 6.0 en adelante) o puede ser enviado por correo electrónico institucional de la Revista: revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co.

**Figura 1. Esquema básico proceso editorial revista
Academia & Derecho**



Fuente: Comité de Editores

Formato A

Datos del autor

PEDRO JAVIER PÉREZ LÓPEZ

Documento de identidad. Cédula de ciudadanía N° 1.0-0.1-4.1-6
Pasaporte N° AN-8-7-4

Nacionalidad: Colombiana

Fecha de nacimiento: 16 de abril de 1986

Hoja de vida puede ser consultada en: CvLac o equivalente

[http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/
generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149](http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149)

Filiación Institucional:
Docente investigador Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Correo electrónico institucional: pedro.perez@universidad.edu.co

Correo electrónico personal: pedro.perez@hotmail.com

Página web de la Universidad:
<http://www.unilibrecucuta.edu.co/portal/>

Nota: Si el artículo es de autoría de varios autores (3), se debe señalar la información de cada uno.

Formato B



Señores

Revista ACADEMIA & DERECHO

Universidad Libre Seccional Cúcuta

E. S. D.

REFERENCIA: CARTA DE ORIGINALIDAD, MANIFESTACION DE INTERES Y PRESENTACIÓN DE ARTÍCULO

Cordial saludo,

Por medio de la presente me permito manifestar interés en participar en el proceso de publicación de la **Revista ACADEMIA & DERECHO** de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

El artículo se titula: “SEÑALAR EL TÍTULO DEL ARTÍCULO”, y el mismo es inédito, por lo cual no ha sido publicado ni puesto en consideración en otros medios editoriales. El artículo es un resultado del desarrollo de investigación del (Señale el Grupo de Investigación y/o Semillero de Investigación, el Centro de Investigación al cual se encuentra adscrito y el proyecto de investigación al que se le atribuye el producto). El objeto principal del artículo es: (Señale en menos de 300 palabras el contexto o descripción del problema, su importancia, hipótesis si es pertinente, objetivo general. Este párrafo debe coincidir con el Resumen del artículo)

El tipo de artículo es (señale con una X):

De investigación e innovación: Investigación _____; Reflexión _____; Revisión _____.

No es resultado de investigación: _____.

Finalmente, reitero que he leído y acepto los términos de participación establecidos en el documento: Instrucciones o Guía de Autores, publicado en la página web institucional. Por lo cual, cedo los derechos de autor en caso de ser publicado y manifiesto conocer las pautas del proceso de pares evaluadores ciegos y/o árbitros.

Atentamente,

(Señalar el nombre completo de cada uno de los autores)

Dirección: (Indique)

Celular: (Indique)

Email: (Indique)

Filiación Institucional: (Indique)



Guide d' auteurs²

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Document Traduit par Álvaro Dickson Molinares Valencia, Membre du Groupe de Recherche en Droit Administratif « Louis Antoine Macarel », Boursier du programme d'échange d'études BRACOL (BRESIL – COLOMBIE) 2015-I Université Fédérale du Paraná – Universidad Libre de Colombia (UFPR – Unilibre).

Traduction corrigée par Miguel Angel Amaya Castaño, Traducteur et Interprète Assermenté de la Colombie *Arrêté 733 du Ministère de la Justice – 1993*.

La Revue Academia & Derecho c'est l'organe de divulgation scientifique de l'Université Libre Section Cúcuta, avec périodicité semestrielle, soit deux numéros par an : l'un comprenant les mois Janvier à Juin et l'autre Juillet - Décembre. Elle comporte des contenus originaux sur la science du Droit et l'Académie dans l'Université, sous le modèle d'évaluation «double aveugle».

Après avoir commencé les travaux en juillet-décembre 2010 de façon ininterrompue, la Revue s'occupe de publier des articles de type i)

² La Revue s'est formulée avec la guide du Document Guide du Service Permanent D'Indexation de Revies de Science, Technologie et Innovation Colombiennes de Février 2010 et le Document Guide pour le Service Permanent d'Indexation des Revues Sériées de Science, Technologie et Innovation Colombiennes, Juillet 2013 du Département Administratif de Science, Technologie et Innovation -COLCIENCIAS- 1.2. Article de Réflexion : C'est un document qui présente les résultats d'une recherche finit sur un thème spécifique dès une perspective analytique, interprétative ou critique de l'auteur, recourant aux sources originales

científica ii) reflexión iii) revisión, en outre, qui se fondent en études faites par Chercheurs, Groupes de Chercheurs, Centres de Recherche et Groupes de Recherche, sur le plan nationale et internationale en concordance avec ses thématiques juridiques, sociojuridiques et d'éducation universitaire. La publication s'adresse à : des étudiants de Droit, avocats, litigants, juges, fonctionnaires administratifs, professeurs, chercheurs, juristes et à tout la communauté scientifique en générale.

Chaque document –article– se soumet à une évaluation préliminaire par le Comité Editorial à fin de l'examiner au niveau de sa forme, contenu et compléments des normes de publication selon le structure définie par la Guide D'Auteurs. Posteriori, s'envoie l'article à deux (2) membres du Comité d'Arbitres Externes qui, compte tenu des paramètres prévus, choisira la proposition de candidature de tel article, selon son : i) ACCEPTATION ou ii) ACCEPTATION AVEC DES CORRECTIONS ou iii) NON ACCEPTATION DES CONDITIONS DE LA MAISON ÉDITORIALE. Tous les droits de publications appartiennent à l'Université Libre Seccional Cúcuta.

La Revue Academia & Derecho a un format de 21,5 x 28 cm, avec une distribution gratuite de 500 exemplaires et de compliment avec le Dépôt Légal. Peut s'acquérir par échange, par abonnement ou livraison gratuite. Les documents ne peuvent pas excéder les 25 pages, extension minimum non inférieure à 12 pages, tipe de lettre Times New Roman 12, espace simple et 2.54 cm à chaque marge. Les notes au pied devront se présenter en taille 10. La numération des pages doit se faire avec la marge supérieure droite. Selon le processus d'indexage de la publication, seront reçus d'abord les suivants clases de documents:

1. **ARTICLE DE RECHERCHE ET INNOVATION:** C'est un document qui présente la production originale et inédite, le résultat d'un processus de recherche, réflexion ou révision.
 - 1.1. **Article résultat d'une recherche:** C'est un document qui présente de façon claire et détaillée des résultats originaux d'un projet de recherche aboutie.
 - 1.2. **Article de réflexion:** C'est un document qui présente les résultats d'une recherche terminée à partir d'une perspective analytique, interprétative ou critique de l'auteur, faisant recours aux sources originales.

1.3. **Article de révision:** C'est un document résultat d'une recherche terminée où sont analysés (e) (es), systématisé (e) (es) ou intégrés (es) les résultats de recherches publiées ou pas, sur un champ de science et technologie, afin de rendre compte des avancées et tendances du développement.

Se caractérise pour présenter une rigoureuse révision bibliographique d'au moins 50 références.

D'autre part, pourront être l'objet de révision éditoriale les suivantes typologies de documents reconnus:

2. **Article court:** C'est un document bref qui présente des résultats originaux préliminaire ou partiels d'une recherche scientifique qui, généralement, mérite d'une diffusion rapide.
3. **Rapport de cas:** C'est un document qui présente les résultats d'une étude sur une situation particulière afin de montrer les expériences techniques et méthodologiques considérées dans un cas spécifique. Et même une révision systématique commentée de la littérature sur des cas analogues.
4. **Révision de thème:** C'est un document résultat d'une révision critique de la littérature par rapport à un thème en particulier.
5. **Lette de l'auteur:** C'est la position critique, analytique ou interprétative sur des documents publiés dans la Revue que, selon le jugement du Comité Editorial, faire un apport important à la discussion du thème de la part de la communauté scientifique de référence.
6. **Editorial:** C'est un document écrit par l'Editeur, un membre du Comité Editorial ou un Chercheur invité sur quelques orientations dans le domaine thématique de la Revue.
7. **Traductions:** C'est un document qui formule la traduction de textes classiques ou d'actualité ou transcriptions de documents historiques ou d'un particulier intérêt dans le domaine publié par la Revue.

Quant à la structure des textes antérieurement décrits, il faut tenir en compte les faits suivants:

- a. Pour son éventuelle publication doit être ORIGINAL ET INEDIT. Pour y arriver, l'auteur doit présenter avec l'article la LETTRE D'ORIGINALITÉ, MANIFESTATION DE LA VOLONTÉ ET PRÉ-

- SENTATION D'ARTICLE, laquelle se trouve exemplifiée à la fin de ce guide.
- b. Dans le contenu du document doit uniquement énumérer les points propres du plan de rédaction. C'est-à-dire, le titre, résumé, mots-clés, abstract, introduction, key words, méthodologie, résultats de recherche et conclusions, ne doivent pas être énumérés.
 - c. Pour tous les effets, il sera obligatoire suivre les normes internationales APA (American Psychology Association).
 - d. Les expressions en latin ou autre langue doivent s'inclure en *italique*.
 - e. La paternité littéraire des recherches mises dans le processus éditoriale doit être au moins un (1) dont un devra être le chercheur.
 - f. Tout article devra suivre le Format A, lequel se trouve à la fin de ce guide.

De cette manière, il y a certains aspects administratifs à tenir en compte:

- a. Si l'article est mis en étude pour sa publication ne pourra pas se poser sa candidature dans autres revues ou d'autres moyens de publication.
- b. L'article peut être retiré du processus éditorial à tout moment par l'éditeur.

STRUCTURE DES DOCUMENTS POSTULES AU PROCESSUS EDITORIAL:

Titre en français

Titre en anglais

Nom (s) du (des) auteur(s) (es)

Résumé

Mots-clés

Abstract

Key Words

Introduction
Problème de recherche
Méthodologie
Plan de rédaction
Résultats de recherche
Conclusions
Références

Titre: Correspond à l'idée principale du document. Il faut l'indiquer en majuscule sans excéder les 15 mots, si possible, et dans la langue anglaise. Suivi d'un pied de page dans lequel il doit être indiqué : i) le projet de recherche auquel s'adscrit le document, ii) le Centre de Recherche, Groupe de Recherche avec l'institution qui finance le projet ou l'aval. S'il s'agit d'un projet indépendant et iii) les auxiliaires de recherche, élèves ou étudiants de License qui ont contribué à la réalisation de la recherche (non obligatoire).

Nom complet de l'auteur: Il faut écrire le nom complet de l' (des) auteur(s) 1) En note en bas de page le nom complet de l' (des) auteur(s) 2) Nom de la License obtenu et nom de l'institution que lui (leur) a donné ce titre 3) Niveau d'études supérieures et nom de l'institution que lui a donné(e) tel titre 4. Adhésion à des instituts similaires ou (le cas échéant) ; 5). Institution à laquelle il appartienne ; 6). Email institutionnel (obligatoire) et le personnel (facultatif).

Résumé / Abstrac: Une synthèse globale de recouvrement de texte dans le contenu du document. Ceci ne doit pas dépasser 300 mots en tout cas. Il doit être exprimé en espagnol et en anglais. Le résumé doit comprendre: 1) une brève description du problème, 2) Son importance et sa portée, 3) objectif global de la recherche. Il devrait être clair, cohérent et concis, pour lequel il est conseillé d'examiner et vérifier les données, de la syntaxe, de l'orthographe.

Mots-clés/Key words: Ces mots devront montrer l'idée des sujets qui vont se traiter tout au long de l'article. Il est nécessaire de les mettre

en ordre alphabétique et ne pas dépasser 10 mots, minimum 3, en anglais et en espagnol. Les mots utilisés doivent être pertinentes et indiquer les thèmes de contenu pour aider son contre-indexage. Il est conseillé d'utiliser les termes spécifiques ou propres de chaque discipline.

L'avant-propos: Il ne s'agit pas d'une répétition du résumé tracée. Il s'agit d'un texte d'environ deux ou trois pages environ, où il y a essentiellement: 1) approche vaste et complet dans le contexte ou la description du problème de recherche; 2). identification initiale et l'analyse du cadre théorique développé dans la recherche; 3). hypothèse de recherche.

Question de recherche: Cette question est complexe et ne peut être répondue simplement par la seule affirmation (oui) ou la seule négation (non).

Méthodologie: L'approche méthodologique et le type de recherche est à noter en bref techniques et instruments utilisés pour la collecte et l'analyse des informations. Dans cet article Ils doivent définir des objectifs de recherche spécifiques. Ne pas oublier que ceux-ci (les objectifs de la Recherche spécifiques) doivent rencontrer l'objectif global à la fin que le résumé et qu'ils répondent tous à l'ensemble de la recherche. Dans cet article, le chercheur peut expliquer le processus qui a été conçu et utilisé dans le développement la recherche, dans le détail, entre autres: 1) les critères de sélection, 2) la population, 3) l'échantillon.

Aperçu de la résolution de problème juridique: Ceci est l'énonciation, dans l'ordre thématique, de chacun des chapitres de la rédaction du plan d'enquête ; en d'autres termes, il correspond à faire la mention de tous les sujets abordés pour élucider le problème qui fait l'objet de la Recherche dans une ressemblance de table des matières écrit en prose.

Plan d'action: est l'instance où ils développent chacun des fils thématiques et des processus définis dans les objectifs. À ce stade, l'hypothèse de recherche est mise à l'épreuve et les fondations qui offrent un soutien aux conclusions sont données.

Résultats de la recherche: Ils montrent ou non la validité de l'hypothèse de recherche qui a été faite dans le processus de recherche.

Conclusions: Sont les postulés finales qui présentent la réalisation de l'effort dans la recherche et c'est ici où se répond le problème de l'investigation.

Références: Les sources primaires et secondaires utilisés efficacement dans la recherche vers la réalisation des objectifs de l'enquête et la résolution du problème de recherche formulé.

L'auteur du document qui se soumit au processus éditorial devra accepter les suggestions ou modifications que le Comité Editorial ou quelqu'un des membres du Comité de Pares Externes aient formulées au document dans un délai de 15 jours ouvrables après la notification voie e-mail.

Le Comité Editorial ou le Comité D'Arbitres Externes se réserve le droit d'introduire des modifications de forme nécessaires pour adapter le texte aux normes propres du processus éditoriale, sans modifier le fond de la thématique traité. Une fois reçu l'article dans le courriel institutionnel de la Revue l'auteur reçoit une réponse sur le compliment initiale des conditions d'édition dans les 20 jours ouvrables à sa réception. Le membre du Comité d'Arbitres Externes aura un délai maximum de 20 jours pour la remise de son concept.

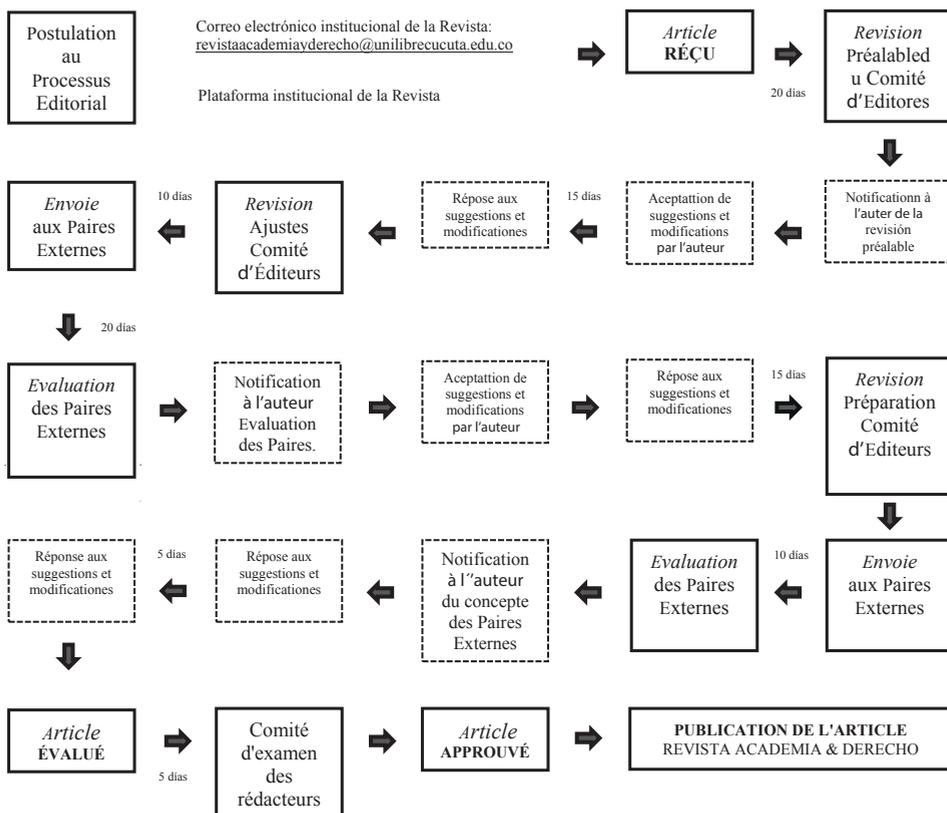
La rémission des documents qui seront peut-être publiés dans la Revue Academia & Derecho implique que les auteurs autorisent l'Université Libre Seccional Cúcuta et le Comité Editorial pour les publier en version imprimée et aussi en version électronique et/ou sur la page web. Dans ce sens, quand l'auteur pose sa candidature pour être choisi pour publier, il accepte que son œuvre sera publiée dans l'une des versions, aussi il recevra trois exemplaires de la respective édition, s'il arrive à en avoir besoin d'autres, il devra les commander au Directeur de la Revue.

La documentation peut être remise par la poste au Centre De Recherches de l'Université Libre Seccional Cúcuta située dans l'Avenue 4 N° 12N-81, cartier El Bosque, Cúcuta - Colombie ou peut être envoyé par mail au courriel revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co.

Image 1. Schema basique du processus editorial revue

Academia & Derecho

Source : Comité d'Éditeurs



Format A

Coordonnées de l'Auteur

MONSIEUR / MADAME UNTEL

Care d'Identité N° 1.-0-0.1-4.1-6

Passeport N°AN-7-8-4

Nationalité Française

Date de Naissance : 16 Avril 1986

Curriculum Vitae Disponible sur : CvLac ou équivalent

Filiation institutionale:

Professeur chercheur Université Libre Seccional Cúcuta

Email Institutionel:

Email personnel :

Page web de l'université:

Note : Si l'article appartient a plusieurs auteurs (3), il faut indiquer cette information pour chaqu'un d'eux.

Formato B

Respectés

Revue ACADEMIA & DERECHO

Université Libre de Colombia Seccional Cúcuta

RÉFÉRENCE: LETTRE D'ORIGINALITÉ, MANNIFESTATION
D'INTERES ET PRÉSENTATION DE L'ARTICLE.

Chères Salutations,

J'ai l'honneur de vous manifester mon intérêt en participer dans le processus de postulation de la **Revue Academia & Derecho** de l'Université Libre Seccional Cúcuta.

Cet article s'intitule «INDIQUEZ LE NOM DE L'ARTICLE», je donne foie qu'il est inédite et n'a pas été publié ou mis en considération pour sa publications dans d'autres moyens éditoriaux. Cet article est le résultat du développement d'une recherche du groupe «Indiquez le Groupe de Recherche lequel se trouve inscrit au projet de recherche auquel ce produit-ci est attribué ».

L'objet principale de cet article est « Signalez en moins de 300 mots le contexte ou description du problème, son importance, l'hypothèse si elle est pertinente, l'objectif général. Ce paragraphe doit coïncider avec le Résumé de l'article»

Le type de cet article est (cochez-le avec un X)

D'une recherche et innovation : Recherche _____ Réflexion _____ Révision

N'est pas le résultat d'une recherche : _____

Finalmente j'accepte les termes et conditions de participation établis dans ce document : Instruction et Guide d'Auteurs, publié sur la page web institutionnel. Pour cela, je succède, les droits d'auteur au cas d'être publié je manifeste connaître et accepter les conditions du processus de Paires Evaluateurs ou Arbitres.

Attentivement

(Indiquez le nom complet de chaque des auteurs)

Adresse : (Indiquez)

Téléphone : (Indiquez)

Courriel électronique : (Indiquez)

Filiation Institutionnel : (Indiquez)



Guia para autores³

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Traduzido por Álvaro Dickson Molinares Valencia

Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo “Louis Antoine Macarel / Bolsista do Programa BRACOL (BRASIL - COLOMBIA) 2015-I UFPR - Unilibre.

Corregido por Nylcéa Thereza de Siqueira Pedra, Tradutora e Interprete Juramentada (Português - Espanhol / Espanhol - Português) do Brasil, Matrícula JUCEPAR 12/110-T Data 28/08/12 e professora do Departamento de Letras Estrangeiras Modernas da Universidade Federal do Paraná – Curitiba - Brasil

A Revista Academia & Derecho é o órgão de divulgação científica da Faculdade de Direito, Ciência Política e Sociais da Universidad Libre de Cúcuta, com periodicidade semestral de publicação (janeiro-junho e julho-dezembro). Integram-se a ela ARTIGOS ORIGINAIS na ciência do Direito e seu ensino na Academia, segundo o modelo de avaliação *double blind review*.

Começando os trabalhos em junho-dezembro de 2010, de forma ininterrupta, a Revista publica artigos de *caráter científico*, que se

³ O guia de autores foi elaborado fundamentando-se no Documento Guia do Serviço Permanente de Indexação de Revistas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas de fevereiro de 2010 e no Documento Guia para o Serviço Permanente de Indexação de Revistas Seriadas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas de julho de 2013 do Departamento Administrativo de Ciência, Tecnologia e Inovação -COLCIENCIAS-.

fundamentam em estudos feitos por pesquisadores, pesquisadores independentes, grupos de pesquisa, centros de pesquisa e grupos de pesquisa com o acompanhamento de um pesquisador responsável como coautor, em âmbito nacional e internacional em consonância com suas temáticas jurídica, sócio jurídica, e de educação universitária no Direito, resultado de projetos de pesquisa. A publicação se dirige aos estudantes de direito, advogados litigantes, juízes, funcionários administrativos, professores, pesquisadores e comunidade científica nacional e internacional.

Cada documento –artigo– apresentado ao processo editorial é submetido a uma REVISÃO PRÉVIA pela Comissão Editorial a fim de analisá-lo em quanto à forma, conteúdo e cumprimento das normas de publicação, segundo a estrutura definida neste Guia. Posteriormente, o artigo é enviado para dois (2) membros da Comissão de Avaliação Externa, que, considerando os parâmetros estabelecidos realizarão a AVALIAÇÃO do artigo e poderão tomar alguma das seguintes decisões sobre o mesmo: **i) ACEITO, ii) ACEITO COM CORREÇÕES** ou **iii) NÃO ACEITO POR NÃO CUMPRIR OS REQUISITOS EDITORIAIS**. Todos os direitos de publicação são da Universidade Libre de Cúcuta.

A Revista Academia & Derecho tem um formato 21,5 x 28 cm, com uma tiragem gratuita de 500 exemplares, com depósito legal. Pode ser adquirida por permuta, assinatura ou entrega gratuita. Os documentos não podem superar as 30 páginas, e devem ter uma extensão mínima superior a 15 páginas, tipo de letra TIMES NEW ROMAN, tamanho 12, espaço simples e 2.54 cm de margem. As notas de rodapé devem ser em tamanho 10. A numeração das páginas deve ser feita na margem superior direita.

Em observância ao processo de indexação da publicação, são recebidos principalmente os seguintes documentos:

1. **ARTIGO DE PESQUISA E INOVAÇÃO:** é um documento que apresenta a produção original é inédita, resultado de um processo e de um projeto de pesquisa, reflexão ou revisão.
- 1.1. **Artigo resultados de um processo de pesquisa:** é um documento que apresenta de maneira detalhada os resultados originais de um projeto de pesquisa concluído.

- 1.2. **Artigo de reflexão:** é um documento que apresenta os resultados de uma pesquisa concluída, e sobre um tema específico, desde uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, recorrendo a fontes originais.
- 1.3. **Artigo de revisão:** é um documento resultado de um projeto de pesquisa concluído no qual se analisam, sistematizam e integram os resultados de pesquisas publicadas ou não publicadas, sobre um campo da ciência e tecnologia, a fim de apresentar os avanços e tendências do desenvolvimento.

Estes tipos de publicação caracterizam-se por ter uma cuidadosa e pertinente revisão bibliográfica, com, pelo menos, 50 referências.

Por outra parte, excepcionalmente poderão ser objeto do processo editorial os seguintes tipos de documentos:

2. **Artigo curto:** é um documento breve que apresenta resultados originais, preliminares ou parciais, de uma pesquisa científica que, de maneira geral, requer uma divulgação rápida.
3. **Relato de caso:** é um documento que apresenta os resultados de um estudo sobre uma situação específica com o fim de dar a conhecer as experiências técnicas e metodológicas consideradas em um caso específico. Inclui uma revisão sistemática comentada da literatura sobre casos análogos.
4. **Revisão de tema:** é um documento resultado da revisão crítica da literatura sobre um tema em particular.
5. **Carta do editor:** é a posição crítica, analítica ou interpretativa dos documentos publicados na Revista que, segundo a Comissão Editorial, são importantes para a discussão do tema por parte da comunidade científica de referência.
6. **Editorial:** é um documento escrito pelo editor, um membro da Comissão Editorial ou um pesquisador convidado sobre orientações no âmbito temático da Revista.
7. **Traduções:** É um documento que formula a tradução de textos clássicos ou atuais ou transcrições de documentos históricos ou de interesse particular no âmbito de publicação da Revista.

No que cabe à estrutura dos artigos descritos no número 1, deve-se considerar o seguinte esquema de trabalho para apresentação do conteúdo:

- a. Todo artigo apresentado para publicação deve ser ORIGINAL E IN-ÉDITO. Para tal, o autor deve apresentar, junto com o artigo, a CARTA DE ORIGINALIDADE, MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E APRESENTAÇÃO DO ARTIGO, exemplificada no final do presente Guia, Formato B.
- b. No conteúdo do documento só devem ser enumerados os pontos próprios do plano de redação. Em outras palavras, título, resumo, palavras-chave, abstract, key words, introdução, metodologia, resultados de pesquisa e conclusões, não se enumeram.
- c. Para todos os efeitos devem ser seguidas as normas internacionais de citação APA (American Psychological Association).
- d. As expressões em latim ou outra língua devem aparecer em *italico*.
- e. Na autoria das pesquisas apresentadas para o processo editorial pelo menos um (1) deve ser docente pesquisador.

Além disso, alguns aspectos administrativos que devem ser considerados são:

- a. Se o artigo for submetido ao processo editorial, não pode ser apresentado simultaneamente a outras revistas.
- b. O artigo pode ser retirado a qualquer momento do processo editorial pelo autor.

ESTRUTURA DOS DOCUMENTOS A SEREM APRESENTADOS AO PROCESSO EDITORIAL

Título em espanhol (é a língua oficial da revista, não?)

Título em Inglês

Nome (s) do (dos) autor (es)

Resumo

Palavras-chave

Abstract

Key Words

Introdução

Problema de Pesquisa

Metodologia

Esquema de Resolução do problema jurídico

Plano de redação

Resultados da pesquisa

Conclusões

Referências

Título: corresponde à ideia principal do documento. Deve ser identificado em maiúscula, sem exceder 15 palavras, se possível, em espanhol ou inglês. Posteriormente, em nota de rodapé, deve-se indicar. **1)** Se o artigo é inédito; **2)** Se o documento é classificado como um *artigo de pesquisa e inovação* e corresponde a alguma das seguintes tipologias: **a)** artigo de pesquisa, **b)** artigo de reflexão, **c)** artigo de revisão **3)** O projeto de pesquisa ao qual se encontra adscrito o produto (artigo); **4)** O grupo de pesquisa ao qual se encontra adscrito o projeto e a qual se se incorporará produto (Se for o caso); **5)** A Instituição a qual pertence ou que financia a pesquisa (filiação institucional); **6)** Nome do grupo de pesquisa que contribuiu na pesquisa (se for o caso); **7)** Nome dos estudantes membros do grupo de pesquisa que contribuíram com a pesquisa (se for o caso); **8)** Nome dos auxiliares de pesquisa que contribuíram com a pesquisa (aplicasse for o caso).

Nome completo do autor: deve-se indicar o nome completo do autor ou autores (3) em nota de rodapé: **1)** o nome completo do autor ou autores, **2)** Nível de formação académica em graduação e instituição na qual se formou; **3)** Nível de formação académica em pós-graduação e instituição na qual se tituló; **4)** Nome dos grupos dos quais é membro (Se for o caso); **5)** Cargo que atualmente ocupa a nível académico e profissional e instituição a qual pertence; **6)** E-mail institucional (obrigatório) e pessoal (opcional).

Resumo/Abstract: é um texto que apresenta uma *síntese* integral do conteúdo do documento, cuja extensão não deve superar as 300 palavras .

Deve ser apresentado em inglês ou espanhol. No resumo, deve-se incluir: **1)** descrição breve do problema, **2)** alcance e relevância, **3)** o objetivo geral da pesquisa. Deve ser claro, coerente e sucinto. Sugere-se revisar e verificar dados, sintaxe, ortografia, não incluir referências bibliográficas sempre que possível e não cair em erratas.

Palavras-Chave/ Key words: devem refletir a ideia principal dos elementos desenvolvidos no artigo. devem estar organizadas em ordem alfabética ou de maior a menor generalidade sem exceder as 10 palavras, com um de mínimo 3, em inglês e espanhol. As palavras utilizadas devem ser relevantes e indicar os temas do conteúdo a fim de auxiliar o conteúdo do texto. Recomenda-se a utilização dos termos dos jargões especializados das disciplinas correspondentes.

Introdução: a introdução não é uma cópia do Resumo. A introdução é um texto de aproximadamente 2 a 3 páginas onde se apresenta basicamente: **1)** descrição extensa e completa do contexto ou apresentação do problema de pesquisa; **2)** identificação e análise inicial do referente teórico desenvolvido na pesquisa; **3)** hipótese da pesquisa.

Problema de pesquisa: deve-se definir a pergunta (?) que motivou a realização da pesquisa. Trata-se de uma pergunta complexa que não pode ser respondida com afirmação ou negação.

Metodologia: deve-se indicar o enfoque metodológico, tipo de pesquisa e as técnicas e instrumentos utilizados para a coleta e análise da informação. Neste item, devem-se formular os objetivos específicos da pesquisa. Não deve esquecer-se que tais objetivos devem cumprir o objetivo geral apresentado na parte final do Resumo e que todos eles juntos correspondem ao problema de pesquisa.

Neste item, o pesquisador pode expor de maneira detalhada o processo que pensou e utilizou no desenvolvimento da pesquisa, entre outros: **1)** critérios de seleção, **2)** população, **3)** amostra.

Esquema de resolução do problema jurídico: trata-se da enunciação, em ordem temática, de cada um dos capítulos que integram o Plano de redação da pesquisa, isto é, corresponde à menção de cada um dos tópicos

que deveriam ser abordados para o tratamento pleno do objeto e problema de pesquisa, em uma espécie de tabela de conteúdo, apresentada em prosa.

Plano de redação: é a instância onde se desenvolvem cada um dos processos e subprocessos temáticos definidos nos objetivos. Neste ponto, demonstra-se a hipótese de pesquisa e se apresentam os fundamentos que oferecem suporte para as Conclusões.

Resultados da pesquisa: evidenciam ou não a validade da hipótese de pesquisa formulada no processo de pesquisa.

Conclusões: são os postulados finais diante da resolução do problema jurídico e do cumprimento do propósito definido no objetivo geral e nos objetivos específicos.

Referências: são as fontes primárias e secundárias efetivamente utilizadas na pesquisa para o cumprimento dos objetivos da mesma e da resolução do problema de investigação formulado.

O autor do documento submetido ao processo editorial deverá acatar as sugestões ou modificações que a Comissão de Editores ou a Comissão Editorial e a Comissão de Avaliadores Externos lhe formularem ao artigo em um prazo não superior a 15 dias úteis depois de sua notificação via e-mail. A Comissão de Editores ou a Comissão Editorial reservam-se o direito de introduzir as modificações de forma necessária para adaptar o texto às normas próprias do processo editorial, sem modificar a temática tratada. Uma vez recebido o artigo no e-mail institucional da Revista ou através da Plataforma para tal fim, o autor recebe resposta sobre o cumprimento inicial dos requerimentos editoriais dentro dos 20 dias úteis seguintes à recepção. O membro da Comissão de Pareceristas Externos terá um prazo máximo de 20 dias úteis para o envio de sua avaliação.

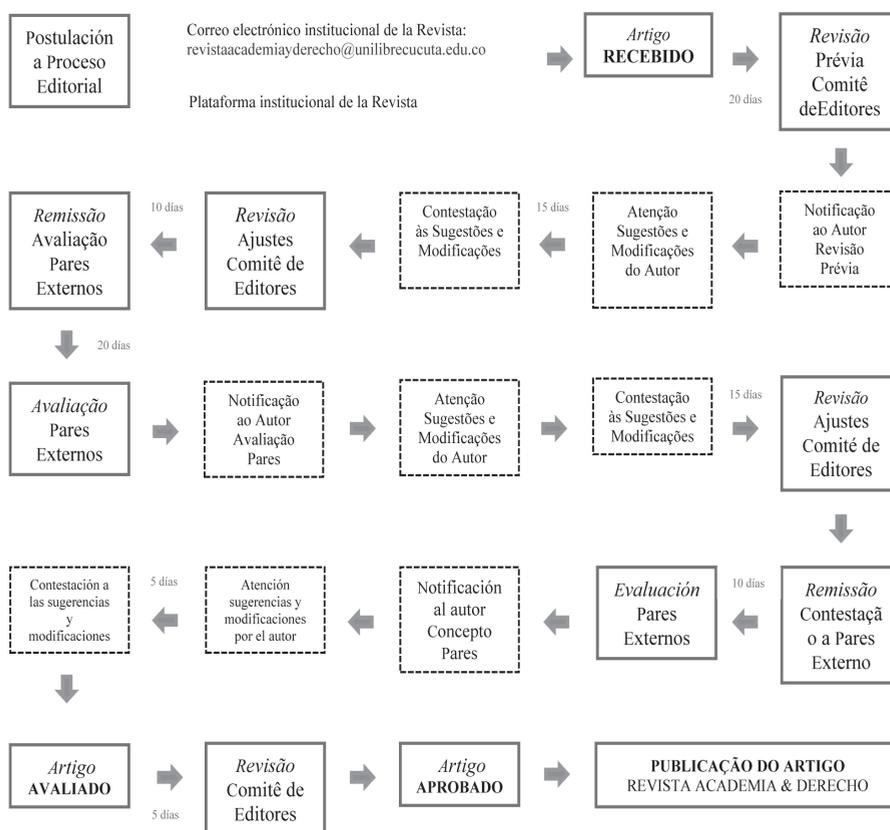
O envio de documentos com fins de publicação na Revista Academia & Derecho implica que os autores autorizam a Universidad Libre de Cúcuta e a Comissão Editorial, a publicação dos artigos em versão impressa e também em versão eletrônica e/ou na página web. Neste sentido, quando o autor submete ao processo editorial a qualquer uma das categorias enunciadas, aceita como contraprestação pela inclusão do seu documento na Revista ou na página web, o recebimento de três (3) exemplares da

respectiva edição. Para requisitar exemplares adicionais o autor deve solicitá-los diretamente ao Editor da Revista.

A entrega dos documentos realizar deve ser feita no Centro de Investigaciones da Universidad Libre de Cúcuta, na Avenida 4 N° 12N-81, bairro El Bosque, impresso e em CD (Word versão 6.0 ou superior) ou enviado para o e-mail institucional da Revista: revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co.

Figura 1. Esquema básico proceso editorial revista academia & derecho

Fuente: Comité de Editores



Format A

Dados do autor

SEU NOME

Documento de Identidade.R.G.⁴ N° 1.0.-0.1-4.1-6

Passaporte N° NA-8-7-4

Nacionalidade: Brasileiro

Data de nascimento: 16 de abril de 1986

Curriculum Vitae virtual⁵: CvLac ou equivalente

[http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149.](http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149)

Filiação Institucional

Professor pesquisador Universidad Libre de Cúcuta, Colombia

E-mail institucional seunome@universidad-edu-co

E-mail pessoal: seunome@hotmail.com

Página Web da Universidade

www.unilibrecucuta.edu.co

Nota: Se o artigo é produto de coautoria (3), deve-se indicar a informação de cada um dos autores.

⁴ Entenda-se “Cédula de Cidadania” como o Documento de Identificação Nacional (DNI), exemplo R.G.

⁵ Neste caso, pode ser o Lattes.

Formato B

Prezados senhores,

Revista ACADEMIA & DERECHO

Universidad Libre de Cúcuta

E. S. D.

REFERÊNCIA: CARTA DE ORIGINALIDADE, MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E APRESENTAÇÃO DE ARTIGO

Caros,

Por meio da presente, permito-me manifestar o meu interesse em participar no processo de publicação da **Revista ACADEMIA & DERECHO** da Universidad Libre de Cúcuta.

O título do artigo é “INSERIR O NOME DO ARTIGO” e ele é inédito, não tendo sido publicado nem submetido a outros meios editoriais. O artigo é resultado do desenvolvimento de pesquisa do (Indique o centro de pesquisa e/ou grupo de pesquisa ao qual está vinculado e o projeto de pesquisa ao qual se atribui o produto).

O Objetivo principal do artigo é (Apresente em pelo menos 300 palavras o contexto ou descrição do problema, sua relevância, hipótese -se for pertinente-, objetivo geral. Este parágrafo deve coincidir com o Resumo do seu artigo).

O tipo de artigo é (marque com um X)

De pesquisa e inovação: Pesquisa _____ Reflexão _____ Revisão _____

Não é resultado de pesquisa: _____

Finalmente, reitero que li e aceito os termos de participação estabelecidos no documento, Instruções do Guia para Autores, publicado na página web

institucional. Por isso, cedo os direitos de autoria caso este seja publicado e manifesto conhecer os trâmites processo de pares pareceres-cegos.

Atenciosamente,

(Indicar tanto seu nome quanto o nome dos demais autores, se houver)

Endereço: Indique-o

Telefone: Indique-o

E-mail: Indique-o

Filiação Institucional: Indique-a



EDITORIAL

DIEGO ARMANDO YÁÑEZ MEZA

Los retos que plantean los estándares especializados para las revistas que pretenden su circulación en índices y bases internacionales son cada vez más exigentes, siendo múltiples los esfuerzos que se deben combinar para la consolidación de un producto cuya publicación es semestral. En este contexto nada sencillo, la Universidad Libre Seccional Cúcuta, junto a sus directivas y equipo editorial, conscientes de los desafíos propios a estos procesos, ha asumido el papel que le corresponde, como única Revista reconocida por Colciencias en la departamento y como reflejo auténtico de los mandatos propios a su Visión y Misión.

Bajo la totalidad del texto que se encuentra en las líneas posteriores se abarca un gran triunfo, dado que se trata de la publicación de la Edición N° 10 de nuestra Revista, siendo desde sus inicios una tribuna abierta a la ideas y a su expresión desde el pensamiento científico.

En el proceso editorial de los artículos que se postulan y como reflexión propia de este Editorial, existe un tema de suyo apasionante en relación a los distintos Referentes que se emplean para fundamentar las investigaciones, en otros términos, sobre las fuentes del derecho que se identifican y analizan para defender una tesis, evidenciar una antítesis y postular una síntesis en cada caso concreto. Es claro ver que para alcanzar un esquema de resolución óptimo no resulta en muchos casos suficiente el estudio del derecho interno, siendo cada vez más recurrente el examen de las fuentes del derecho internacional público para encontrar una solución o perfilar con validez jurídica determinado criterio.

Desde nuestro contexto normativo se emplea entonces los conceptos del bloque de constitucionalidad o el de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, que amplían el esquema de fuentes del derecho aplicable a las investigaciones jurídicas y sociojurídica, posibilitando un

margen de apreciación más amplio para que las investigaciones sean realmente completas frente al objeto de estudio que se pretenda abordar en cualquier investigación. Desde el sistema normativo de la Constitución colombiana, a partir de su concepto y alcance real, se entiende que la exigencia de 50 referencias bibliográficas como parámetro que pretende consolidarse a modo de mínimo frente a cualquier artículo de investigación, no es un obstáculo insalvable, salvo por la más elevada exigencia frente al marco teórico de los problemas de investigación y el descubrimiento de un verdadero estado del arte. De allí la justificación de estos parámetros editoriales, que aunque no se perfilan como una barrera que debe interpretarse en sentido estricto si permiten inferir sobre los verdaderos efectos de lo que puede llegar a concluirse en una u otra investigación.

Bajo la anterior reflexión se publica la Revista Academia & Derecho en su edición N° 10, correspondiente al periodo Enero-Junio del año 2015, con la seguridad de presentar artículos que plantearán una discusión crítica con férreos fundamentos en cada uno de sus ámbitos.

La cláusula democrática en la Constitución: una aproximación a su alcance*

The democratic clause in the Constitution:
an approach to reach

Recibido: Agosto 7 de 2014 - Evaluado: Noviembre 23 de 2014 - Aceptado: Diciembre 12 de 2014

Milton César Jiménez Ramírez**

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez***

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto del trabajo colaborativo entre los proyectos de investigación denominados, “La tensión entre la Constitución y la democracia”, desarrollado por el investigador Milton César Jiménez en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, y el proyecto “Lineamientos jurídico-políticos para la elaboración de una propuesta de reforma integral constitucional del sistema de partidos políticos en Colombia en el contexto del proceso de paz de la Habana”, desarrollado por el investigador Paulo Bernardo Arboleda en el marco del Grupo Cultura y Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Cartago.

** Abogado por la Universidad de Caldas, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Derecho Público por la Universidad Externado de Colombia; Doctorando en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid); docente investigador del programa de derecho y Director de la Especialización en Derecho Administrativo, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas, filiación con la cual se gestiona este artículo.

Correo electrónico: milton.jimenez@ucaldas.edu.co.

*** Abogado por la Universidad de Medellín; Especialista en Derecho Público por la Universidad Externado de Colombia; y, Magister en Derecho por la Universidad de Medellín. Docente Investigador Tiempo Completo, Universidad Cooperativa de Colombia (UCC), Sede Cartago. Facultad de Derecho; Grupo de investigación Cultura y Derecho; Colombia.

Correo electrónico: paulo.arboledar@campusucc.edu.co.

Para citar este artículo / To cite this Article

Jiménez Ramírez, M. C., & Arboleda Ramírez, P. B. (Enero-Junio de 2015). La cláusula democrática en la Constitución: una aproximación a su alcance. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), (53-90).

El conflicto secreto entre el estado y la nación surgió a la luz precisamente al nacer la moderna nación-estado, cuando la Revolución francesa combinó la Declaración de los Derechos del Hombre con la exigencia de la soberanía nacional. Los mismos derechos esenciales eran simultáneamente reivindicados como herencia inalienable de todos los seres humanos y como herencia de específicas naciones, la misma nación era simultáneamente declarada sujeta a las leyes que supuestamente fluirían de los derechos del hombre y soberana, es decir, no ligada por una ley universal y no reconocedora de nada que fuese superior a sí misma (Arendt, 2009, p. 341).

Resumen

En el presente escrito se hace una descripción analítica de algunos de los principales elementos que componen la denominada cláusula democrática en la Constitución política de Colombia, partiendo de la premisa según la cual es componente necesario para la calidad de la democracia. Al efecto se estructurarán conceptos y fundamentos que se consideran centrales en esta propuesta, para así obtener una conclusión sobre lo indagado.

Palabras clave. Democracia, constitución, mayorías, pueblo.

Abstract

In this paper develops an analytical description of some of the main elements that make up the called democratic clause in the constitution of Colombia, based on the premise that it is a necessary component for the quality of democracy is done. In the same way will be structured concepts and fundaments that are considered central in this proposal to get related research results.

Key Words. Democracy, constitution, majorities, people.

Introducción

Para una aproximación al alcance de la cláusula democrática en la constitución, es necesario comprender que ésta se dirige a garantizar la mayor participación posible del pueblo, y que éste pueda reivindicar en cualquier momento sus derechos y el ejercicio del poder. Que el pueblo este constituido y en constitución constante por los distintos sectores de la sociedad, en los que deben estar incluidas las minorías como desarrollo del principio del pluralismo y, por ende, de la democracia.

Entonces, toma gran relevancia en el estudio del pluralismo político el papel que deben tener los grupos minoritarios dentro del escenario político. Por consiguiente, “con el pluralismo se pretende garantizar que los grupos minoritarios sean tan diferentes como quieran ser y que su diferencia sea tomada como algo valiosa dentro del debate político, debate que se enriquece con la discusión creada a partir de estas opiniones. Ese es el verdadero pluralismo, que en términos generales podemos describir como ideológico, pero que en el procedimiento legislativo adquiere una indudable faceta política” (Palacios, 2005, p. 287).

Así las cosas, en la relación democracia y constitución, se debe tener como principales pilares la cultura y la participación real y efectiva del pueblo en la toma de las decisiones trascendentales para el Estado. Estos pilares garantizarían la calidad de la democracia y la consolidación de mecanismos constitucionales de protección de esta forma de gobierno.

En este orden de ideas, los niveles de crítica, contradicción y síntesis social en países como Colombia son relativos, ya que no existe una ciudadanía activa y vigilante de las actuaciones de las autoridades públicas y políticas en general; los debates no están fundamentados totalmente en las tesis, vinculándose a la personalización, y guiados por la fuerte influencia de los medios de comunicación y la parcialización que generan fenómenos como el populismo. La manipulación lingüística de los discursos, su carencia de ideas, la nula responsabilidad política, la falta de representatividad de los partidos políticos frente a los ciudadanos, la cooptación del Estado por parte de grupos al margen de la ley, tienden una incertidumbre sobre la deliberación como carácter sustancial de la añorada democracia

Diana Hoyos señala que “el sistema democrático es desafiado constantemente por las prácticas de intimidación que los actores armados ejercen sobre

los actores políticos y sociales y por las distintas formas de influencia y control sobre las instituciones, los gobiernos y la población. En este contexto es de esperar que el funcionamiento de las instituciones, los procesos electorales, los procesos participativos y las mismas formas de hacer política se redefinan, transformen o asuman lógicas particulares como consecuencia de la influencia y control de los actores armados en aquellos territorios donde han tenido una presencia permanente o incluso en aquellos que han constituido escenarios de disputa” (2007, p. 23).

Bajo esta perspectiva, es necesario que el Estado asuma la tarea de trazar los lineamientos jurídicos y políticos para la construcción de una democracia real y efectiva. Después de que el Estado asuma esta función, es menester que plantee unos objetivos coherentes. Al respecto, Daniel Zovatto menciona:

En efecto, los procesos de reforma son asuntos muy serios y complejos, que constituyen mecanismos de adaptación útiles para ir ajustando o adecuando partes de un sistema que, o bien ya no funciona, o bien podría funcionar mejor. Además, las reformas no están exentas de riesgos. Si no se hacen explícitos los objetivos, sino se analizan adecuadamente las alternativas y consecuencias de cada una, si se equivocan los instrumentos, el resultado puede resultar contraproducente, es decir, podría agudizar la polarización y división de la sociedad, generar mayor inestabilidad, fracasar en los objetivos buscados o, simplemente, que las cosas acaben peor que como están, porque no todas las reformas arrojan los resultados previstos y muchas veces producen graves efectos secundarios no deseados (2010, p. 124).

De esta manera, frente al pilar de la relación democracia y constitución, todas las acciones del Estado deben orientarse a la construcción de una cultura política basada en la democracia participativa y el respeto por los valores y los principios propios de un Estado Social y Constitucional de Derecho. Frente el tema, Zovatto recuerda que “la eficiencia de un sistema político no depende únicamente de su diseño institucional. El comportamiento de sus actores políticos y los valores de la cultura política imperantes en el contexto sociopolítico son dos variables de gran importancia” (2010, p. 130).

Como se aprecia, esta relación entre democracia y constitución exige una efectiva adhesión de la sociedad a los postulados del Estado Social de Derecho para obtener una formación permanente de ciudadanos comprometidos.

Sobre el tema, Marcela Prieto afirma:

Vale la pena puntualizar que en este proceso, también será fundamental el desarrollo de un ejercicio de educación en democracia para la ciudadanía, pues ésta es la principal depositaria de la soberanía, es decir, la que tiene la facultad de votar y elegir a sus representantes y gobernantes. Por lo tanto, siendo de suma importancia el rol de la ciudadanía a la hora de ejercer control sobre la gestión de sus gobernantes, ésta debe aprender a exigirles a sus representantes responsabilidad en su acción pública, además de comprender los postulados programáticos que éstos defienden y procuran en el Legislativo (2010, p. 34).

Por su parte, Ayala manifiesta que para cambiar el oscuro panorama de Colombia, se debe formar un ciudadano políticamente comprometido “(..), esto es, no sólo preparado para comprender, desde el análisis de los hechos -noticiosos, económicos o políticos- lo que sucede a otros para conformar grupos de investigación y de presión que develen la corrupción y la violencia, tanto la que existe y se orquesta en el Estado, como en las empresas privadas y, por supuesto, en los propios grupos armados ilegales” (2011, p. 105).

Así mismo, Ayala sostiene que:

(...) ese nuevo ciudadano debe tener la capacidad de cuestionar y revisar elementos estructurales y contextuales, como: el modelo económico y político vigente; el actuar de las élites tradicionales que han privatizado el Estado, generando exclusión y reduciendo a su mínima expresión los mecanismos y canales de ascenso social; asuntos como la penetración de redes mafiosas –narcotráfico, contrabando, tráfico de influencias, clientelismo–, enquistadas no sólo en el propio Estado, sino en las prácticas cotidianas de la sociedad civil; y desde luego, elaborar un autoexamen alrededor del tipo de ciudadanía que hoy se impone por cuenta de la forma convencional de hacer política internamente y de un proceso de globalización que exacerba el individualismo y expone, como máximo referente de éxito social, conseguir fortuna a cualquier costo (2011, pp. 105-106).

De este modo, con el presente artículo se quiere realizar una descripción analítica de los principales elementos de la cláusula democrática, como principio presente en la constitución política y cuya realización es necesaria para la calidad de la democracia. En consecuencia, se elaborará una revisión de los más relevantes componentes existentes en la constitución política colombiana relativos a la democracia; asimismo, se hará un acercamiento a

conceptos que se interpretan como determinantes en el debate democrático, tales como el concepto de pueblo y mayorías.

Problema de investigación

¿Cuáles son los principales componentes de la cláusula democrática, conforme a la constitución política de Colombia?

Metodología

Pasando a los aspectos metodológicos para la elaboración de este artículo, se utilizó el método bibliográfico o documental; este método “consiste en la captación por parte del investigador de datos aparentemente desconectados, con el fin de que a través del análisis crítico se construyan procesos coherentes de aprehensión del fenómeno y de abstracción discursiva del mismo para así valorar o apreciar nuevas circunstancias” (Botero, 2003, p. 109).

Como se evidencia, los documentos y la bibliografía cobran gran importancia en la investigación documental, ya que no son simples listados de textos a ser consultados en una unidad documental (biblioteca, archivo, hemeroteca, etc.), sino que es necesario aplicar toda una técnica investigativa que consiste en organizar, seleccionar y relacionar, a través de un riguroso trabajo, la información que se encuentra en ellos. Por consiguiente, en la aplicación del método documental o bibliográfico, el investigador debe cuidarse de reunir, entre otros, los libros, documentos y archivos pertinentes al objeto del proyecto de investigación que se plantea; proceso anterior que se realiza a la selección de fuentes bibliográficas.

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo y es de tipo jurídica, comprendiendo el área del derecho constitucional y, por tanto, simultáneamente a la metodología bibliográfica, se centrará en adelantar un análisis jurídico-político de la democracia.

Asimismo, se estudiará el tema propuesto desde un enfoque hermenéutico, pues se quiere interpretar los textos para fijar sus verdaderos sentidos. En otras palabras, este enfoque busca la comprensión, el sentido y la significación de la cláusula democrática en el contexto de la Constitución.

Esquema de resolución del trabajo

Dadas las cosas, se desarrollará el artículo en tres partes. La primera, destinada a explorar el concepto de democracia en la constitución; la segunda, a describir los principales atributos que consagra la constitución a favor de la democracia, tanto así, que se pueda entender la existencia de una cláusula democrática, como un principio que reúne varios mandatos a desarrollar en la mayor medida posible. En la tercera parte, se considerará el impacto de la cláusula democrática y la calidad de la democracia. Finalmente, se expone una breve conclusión sobre la indagación realizada, en la que se adoptará una posición sobre la necesidad de una práctica colectiva para la construcción de la democracia.

1. Hacia un concepto de la Democracia en la Constitución

1.1 Para avanzar con claridad se requiere entender el significado del concepto democracia, según su consagración constitucional. Al efecto, entendiéndose que no se habla de democracia constitucional directamente, sino del alcance de lo que significa la democracia diseñada por el constituyente originario.

Si partimos del constituyente originario, es procedente decir que la democracia en sí misma genera o diseña lo que será la democracia del futuro (Touraine, 2000; Bobbio, 1985; 1992). Así, el poder constituyente originario, es un órgano de representación popular, organizado en forma de Asamblea Nacional, con un objetivo central en un Estado, la creación de una constitución, entendida como máximo referente normativo y expresión de un pacto social de entendimiento mínimo, o civilidad. Pero dicha tarea supone la definición de las cualidades de una constitución (Hesse, 1983), particularmente de la organización del Estado, la delimitación y uso de su territorio, la consagración y garantía de los derechos fundamentales, el control del poder, y la democracia¹. Elemento que supone que hablamos de un constitucionalismo moderno en el que la constitución garantiza los fundamentos mínimos para la existencia de una democracia (Gargarella, 2004; Godoy, 2010).

¹ La constitución también define cómo será el Estado, como se expresarán los ciudadanos, cuáles son los límites de poder estatal y del monopolio de la fuerza (Weber, 2002), cuáles son las competencias del poder instituido.

Pero también se presupone que el órgano promotor de la constitución está política y jurídicamente legitimado, debido a su elección popular y por detentar un encargo relevante, como la creación de una constitución con cláusula democrática. Es el momento de mayor expresión de la voluntad política (Schmitt, 2009), suficiente para fundamentar que se respete la norma constitucional y el proyecto social estipulado, especialmente el de la participación democrática. Este momento histórico en cada sociedad, puede ser asimilado en el pensamiento de Ackerman (2011), como una instancia de política constitucional, esto es, un ejercicio excelso de la política que la hace diferente del ejercicio común de la misma.

Dadas las cosas, podemos entender que la democracia surge en la constitución de un momento democrático encaminado a la creación de una norma, siendo salvaguardada bajo la garantía jurídica y política que se establece para esa disposición. Sin embargo, no puede desconocerse que la fuerza de la democracia podría dejar sin efecto o reformar indefinidamente esa norma constitucional, siempre y cuando la cláusula democrática se ejerza bajo los cauces institucionales dispuesto para ese momento político.

Significa esto, que la existencia de la democracia en una constitución exige respetar la racionalidad de los procedimientos; podrá una norma reformarse indefinidamente, siempre y cuando, se cumpla con los procedimientos contemplados en la norma de instauración democrática. Bien podría decirse, que la reforma de una constitución con cláusula democrática exige que dicha reforma de la propia constitución sea conforme, esto es, constitucional y democrática. No será por tanto legítima la reforma amparada en la democracia, o en la fuerza de las mayorías, si dichas mayorías no se expresan bajos los cauces ordinarios².

1.2 ¿Cómo puede definirse de manera concreta la cláusula democrática?

La democracia puede ser entendida como un procedimiento que implica la participación popular y la resolución de conflictos o la toma de decisiones

² Autores como Joel Colón Ríos (2013) conceptúan que incluso la reforma de una constitución debe ser constitucional; la propia constitución debe contemplar mecanismos de reforma, o supresión total o parcial, que deben cumplirse como canal de expresión democrática. Bajo este esquema, incluso una asamblea nacional constituyente debe ser constitucional, siendo constitucional las mayorías pueden decidir libremente.

a través de la regla de mayorías, siempre con sujeción a la decisión adoptada pese a las diferencias existentes entre los participantes, quienes renuncian a emplear medios que desconozcan la voluntad mayoritaria. Observemos de forma precisa los conceptos indicados constitutivos de la democracia en la constitución, y por tanto, de la cláusula democrática:

1.2.1. La participación popular (el pueblo)

La democracia implica la difusión del poder en el pueblo, significa que en cada persona reside una autonomía que le permite decidir por cuenta propia y ser participe de un proceso colectivo de decisión. Las formas decisionales, bien la electoral, o la que se establezca en determinados ámbitos³, garantizan que todos puedan participar y que su decisión sea inviolable, pese a que no sea la favorecida por el sentimiento mayoritario.

La democracia significa que solo el poder, entendido como fuerza, dominio, coacción, organización, reside, se legitima y reformula desde el pueblo.

¿Pero qué es el pueblo?

El concepto pueblo se utiliza de forma general en el lenguaje jurídico y político, pero no deja de ser un abstracto a quien recurre quien requiere de legitimidad; pareciera un concepto sacro⁴, todo lo que avala se convierte en admisible o justificable. El pueblo puede referirse, de forma ilustrativa, a:

³ Cuando se menciona la expresión ámbito, se quiere significar que la democracia es una regla de aplicación en todo lugar, que supone que cada persona cuenta y posee autonomía para expresar su pensamiento y actuar conforme a él; pero a la par, aceptando que su criterio puede ser el minoritario y, por tanto, gozar de menor aplicación que el de la mayoría.

⁴ Se expresa el pueblo como un concepto sacro, pues la práctica política recurre a este concepto como justificador de cualquier medida o política, expresando frases como: ...es lo que quiere el pueblo, el pueblo se ha pronunciado, etc.; se recurre a un ser abstracto, a un querer de un todo, dándose que en la mayorías de las ocasiones el pueblo no se ha pronunciado, o solo lo ha hecho a través de sus intérpretes modernos: Los encuestadores, quienes con su poder pueden modificar la voluntad y prácticas de las personas.

- (i) El conjunto de pobladores y ciudadanos de un territorio nacional con la garantía de la autonomía para determinarse y sustentar la existencia de un orden socio jurídico, en cuyo marco manifiestan sus prácticas pluriculturales, las que a la par, generan identidad⁵. Esta propuesta puede ser problemática, pues implicaría que gobiernos dictatoriales, al subyugar a sus pobladores, evitaran la constitución del pueblo mismo, pues estaría despojado de su virtud principal, su libre expresión y capacidad de decidir.
- (ii) Un concepto formal, que aunque convoca a todos los pobladores, materialmente solo convoca a determinados sectores, generando una exclusión no justificada, especialmente porque las condiciones sociales solo motivan la participación de determinados grupos. También puede ser un concepto en detrimento progresivo, debido al desinterés popular en la participación, a la falta de confianza en las instancias de decisión, o la creencia de que participar no es práctico, no sirve.

De la misma manera, puede que la población se encuentre sin medios económicos o institucionales que impiden o limitan sus posibilidades para participar, o tal posibilidad solo representa un derecho que no han ejercido ni interesa ejercer, pues sus preocupaciones están circunscritas a los problemas diarios de subsistencia, como pasa para la población en situación de pobreza extrema⁶, que es el pueblo excluido.

⁵ Pese a considerarse que la identidad pluricultural es esencial en la formación del concepto pueblo, el escrito se centra en la capacidad decisional como elemento trascendental de lo democrático.

⁶ Según información brindada por el Gobierno a los medios de comunicación, entre el periodo 2010-2014, la pobreza extrema (aquellos que cuentan con menos de 1,25 dólares al día) en Colombia paso del 13.4% de la población al 8.4%, lo que implica que más de 3 millones de personas salieron de la pobreza extrema. Mientras, en situación de pobreza, a junio de 2010 esta estimación rondaba el 39% de la población, a junio de 2014, la línea de pobreza se ubicó en 29,3%. Dentro de las estrategias del gobierno para combatir la pobreza se encuentran, red unidos y familias en acción. Ver: <http://www.portafolio.co/economia/pobreza-colombia-2014>

Para el DANE (2014) durante el periodo 2013-2014, el porcentaje de personas en situación de pobreza extrema a nivel nacional fue de 8,4 %; en las cabeceras, de 5,4 %; y en el resto, de 18,2 %. Información tomada de: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-sociales/pobreza>.

Si esto es así, ¿los que deciden en la democracia electoral (los votantes) pueden entenderse razonablemente como el pueblo? ¿Es representativo el número de votantes frente al déficit de participación electoral?

Si bien quienes participan de lo electoral son parte del pueblo, no son por ese solo hecho totalmente representativos de la colectividad que supone el concepto pueblo. En verdad, son determinantes, pues han participado de la institucionalidad y eso genera un carácter vinculante del resultado democrático. El pueblo debe ser una invocación y una expresión mucho más mayoritaria e incluyente del pluralismo existente en un determinado territorio. Por tanto, es relevante rebatir los estados de baja participación popular, como lo son los ambientes de amplia abstención en la decisión electoral, de desinterés o falta de conocimiento de la vida política; lo que puede clasificarse como parte del llamado *apartheid* institucional.

Bajo este concepto se ha tratado de reflejar todas aquellas circunstancias institucionales y sociales, que impiden o afectan la libre inserción de las poblaciones en la sociedad, o que impiden que participen de las decisiones democráticas, desde la elección de un representante, un administrador, hasta la posibilidad de reclamar un servicio público. Para García Villegas y Espinosa (2013) se trata incluso del derecho al estado, del derecho a tener derechos; de la prerrogativa de que el estado cumpla con su cometido como organización socio jurídico para mantener el orden público⁷.

El *apartheid* tiene calado profundo en las preguntas que se han formulado, pues ayuda a establecer un nexo entre el déficit de participación,

⁷ La constitución política de Colombia en su artículo 2 define los fines del estado, así: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

y por tanto, deficiente nivel decisorio⁸, y la pobreza, como forma gravosa de exclusión. Si la democracia es la garantía de participación de las mayorías, y estas no son las que están decidiendo debido a sus bajos niveles de acceso al

⁸ En Colombia se han presentado niveles de abstención electoral, que se reitera no obedecen a una crítica del pueblo a sus políticos sino en gran parte a los niveles de exclusión y ausencia de canales de participación. Así, según la Registraduría Nacional (2014), los años 1958, 1970, 1974 y 1998 reflejaron la mayor participación de los colombianos en elecciones presidenciales, superando el 50%. El año 1974 fue el año que demostró el nivel más alto de intervención política de los colombianos para elegir como Presidente de la República, con una votación del 58.47%. Pese a este dato es más diciente la conclusión que adopta este ente frente a la relación participación y crecimiento del censo electoral, indicando que a pesar de que el censo electoral creció de 1958 a 2010, en un promedio de 1.893.699 ciudadanos por cada elección presidencial, es decir en aproximadamente un 7.69% por periodo presidencial y en un 99.97% en los últimos 52 años, la participación política siempre ha fluctuado en el 56.52%. Por otra parte los años con más baja participación política fueron: 1994 que en la primera vuelta reportó un 33.95% siendo la participación más baja en los últimos 17 comicios, seguida de 1966 con un 40,07%; 1978 con un 40,34% y 1998 en la segunda vuelta presidencial con un 40.99%. Datos consultados de: <http://www.registraduria.gov.co/Asi-participan-los-colombianos-en.html>. De otro lado, frente a las elecciones al congreso de 2014, el profesor Nicolás Liendo (2014), del Centro de Pensamiento de la Universidad Sergio Arboleda, estima que: “los bajos niveles de participación electoral de Colombia (que no son un fenómeno nuevo de esta elección) son los más bajos de toda Latinoamérica, y de los más bajos del mundo. En promedio, la participación en Colombia ha estado en los últimos 20 años por debajo del 45%. Múltiples factores podrían dar cuenta de este fenómeno: desde la no obligatoriedad del voto, pasando por la cultura política colombiana y el clientelismo, hasta el desgaste de los partidos políticos y/o la insatisfacción o desapego con los valores democráticos. Lo cierto es que el 9 de marzo de un potencial electoral de 32.835.856 ciudadanos habilitados para sufragar, sólo 14.310.367 ciudadanos ejercieron su derecho. Pero si uno observa detenidamente, de los que votaron para Senado tan solo 11.672.251 votos fueron válidos, mientras que los votos blancos acumularon el 5,21%, los votos no marcados 5,88% y los votos nulos el 10,38%. Esto refleja que aquel 43% sería mucho menor en lo que a participación efectiva se refiere. En Cámara los votos nulos superaron el 12%, mientras que el porcentaje de votos en blanco se mantuvo en el 5% y los votos no marcados disminuyeron levemente al 3,42%. ...” Consultado de: <http://www.usergioarboleda.edu.co/centro-de-pensamiento/balance-de-las-elecciones-legislativas-2014.htm>

Sobre estos aspectos también es dicente el análisis electoral de la MOE (1998-2010): <http://moe.org.co/kit/datos-electorales>

mínimo vital, nuestra democracia adolece de un problema de calidad radical; de un defecto que impide su adecuada práctica. De igual manera, si se clama por un incremento en el número de votantes en las urnas como falla radical de la democracia, tal vez es más denso el vacío de la deliberación, que puede ser interpretada como la virtud más poderosa para la existencia y posteridad del poder en manos de todos.

- (iii) Un concepto procedimental, que solo convoca a los ciudadanos ante decisiones electorales de distribución política del poder instituido. Mientras, la presencia del pueblo en los momentos de la política constitucional, aquellos que definen de forma histórica o trascendente sus derechos, son escasos, debido a la pretensión de permanencia de las decisiones que adopta el poder instituido, y a la ausencia de crítica deliberativa.

El pueblo, por tanto, se convierte en cuerpo validador del ejercicio del poder por determinados actores políticos, quienes solo reclaman la participación popular ante la política ordinaria, la política común electoral para la obtención de mayorías, tanto en lo nacional como en lo territorial⁹. Posterior a este ejercicio, lo más conveniente para el gobernante o representante, será gozar de la soledad de la transacción del poder. Esto genera en la ciudadanía, en la esencia del pueblo, un desinterés, un repudio a ser instrumentalizado, a ser un simple validador del poder; pero a la par también se presenta la insuficiencia popular para asociarse y controlar el poder. Todo esto incrementa la existencia de un poder tocado electoralmente por el pueblo, pero cada vez más carente de vigilancia y contradicción. Por ello, una democracia procedimental es meramente formal, de oportunidades sin sustancia, en defecto de una democracia real, con participación y deliberación de los integrantes del pueblo.

⁹ La política nacional posee una dependencia de la política territorial, tanto que la lleva a ser tolerante con determinados actos de dominación, de manejo burocrático, electoral, etc., ya que la lógica de lo territorial se mueve con la lógica de los líderes tradicionales con estilo gamonal; y esa práctica, más allá de lo cuestionable que sea, es determinante para la consecución de las mayorías que en cierto caso se requieran, bien las legislativas o las presidenciales. En síntesis, no se cuenta con la suficiente crítica de las directivas nacionales de los partidos políticos sobre las lógicas territoriales, en parte porque lo nacional goza de igual ilegitimidad, lo que genera un elemento antidemocrático y de difícil transformación.

- (iv) Por su parte, Ackerman (1991), ve el pueblo como una invocación colectiva, un nosotros, que refleja el pensamiento legítimo de la democracia en momentos históricos determinados, tales como la expedición de la constitución americana, el pacto social de Roosevelt, la igualdad de derechos; sin que existan límites a esa expresión, ya que el pueblo siempre conserva el poder de reformar toda ley, incluso la constitución como ley superior. Por tanto, la democracia, la expresión del pueblo se evidencia especialmente en momentos constitucionales en los que la política es excelsa y supera su versión ordinaria; en esos casos, el pueblo actúa por sí mismo evitando la insuficiencia de la representación institucional.
- (v) Del lado de Waldron (2005), se concibe el pueblo como ente representado. El pueblo está representado en el legislador, quien puede ser entendido como la expresión más adecuada, pues es a través del legislador que una sociedad puede tomar grandes decisiones, el parlamento es el centro del debate. A la par, cada ciudadano posee un derecho fundamental de participación que puede ser ejercido de la forma más amplia, tanto así, que considera impertinente que una constitución limite con mayorías especiales el poder de reforma de los ciudadanos, o del legislador como representante popular¹⁰. Por ello, la constitución debe ser una ley ordinaria, de forma que no restringe o impida la capacidad decisional del pueblo; un pueblo integrado por seres conscientes y autónomos de sus derechos y deberes en la vida política. La participación es así el derecho de los derechos.

1.2.2. La regla de mayorías. ¿Quiénes son las mayorías?

El concepto pueblo se asimila esencialmente al de mayoría; a expresión y decisión de la mayoría de los integrantes de la sociedad; lo que plantea una premisa práctica, entre más mayoritaria sea la participación popular más legítima será la decisión que se adopte. No se trata de que una mayor participación asegure una alta corrección, pues mayorías y corrección no son necesariamente una constante; de hecho mayoría y la legitimación que

¹⁰ Waldron (2005) es uno de los críticos más severos y fundamentados de la revisión judicial, o el control judicial de los jueces a las leyes, pues no concibe como un funcionario sin representación democrática puede dejar sin aplicación los actos de un cuerpo representativo del pueblo.

ella entrega, debido a su representatividad, no hace toda decisión razonable. Es lo que ha hecho perpetua la tensión entre democracia y libertades. Las democracias en uso del ejercicio electoral mayoritario han dado paso a regímenes totalitarios¹¹; la limitación legislativa de las libertades civiles¹², o al beneplácito de cualquier acción gubernamental basado en la relación carismática entre mayorías y poder, como lo narra el populismo¹³, o la democracia plebiscitaria (Weber, 2002)¹⁴.

Pero quiénes son las mayorías. En sociedades bien ordenadas (Rawls, 2006) al contar con los mínimos vitales asegurados serían todos los ciudadanos independiente de su participación, pues no existiría razón que les impida participar. Sería una opción que vincularía los mínimos materiales necesarios para la existencia digna con el carácter participativo popular. Mientras, en sociedades en consolidación, donde existen sectores ampliamente excluidos, como las personas en condiciones de pobreza extrema, que son amplia mayoría, significa que el pueblo no está presente en las decisiones democráticas. En países donde la abstención no solo se explica por la crisis de representatividad, por el desinterés en la política, sino por el apartheid institucional, la democracia se encuentra en peligro pues su fundamento popular se encuentra menguado.

De esta manera, si ordinariamente en un Estado de Derecho moderno se indica que la democracia se ve afectada por la incidencia de factores de poder que desafían la legalidad y la constitución, tales como las corporaciones, capaces de promover la creación, interpretación y aplicación del derecho, la economía y la política, según sus intereses; o que los representantes del pueblo,

¹¹ Por ejemplo la legitimación democrática mayoritaria del régimen nazi en Alemania.

¹² La creación de leyes que limitan los derechos fundamentales, como la ley de punto final que existió en Argentina, que impedía juzgar adecuadamente los crímenes contra los derechos humanos cometidos en la época de la dictadura. O la ley que en Rusia prohíbe las manifestaciones por la reivindicación de los derechos de las personas homosexuales.

¹³ Bien puede ejemplificar esta relación, el beneplácito del pueblo venezolano al gobierno del entonces Presidente Hugo Rafael Chávez.

¹⁴ Weber estima respecto a la democracia plebiscitaria que: “el tipo más importante de la democracia de jefes- es, según su sentido genuino, una especie de dominación carismática oculta bajo la forma de una legitimidad derivada de la voluntad de los dominados y sólo por ella perdurable. El jefe (demagogo) domina de hecho en virtud de la devoción y confianza personal de su séquito político...” (2002, p. 215).

los legisladores fieles intérpretes de los intereses populares han descuidado la comunicación necesaria con la realidad; donde los partidos políticos son cada vez más jerárquicos, empresas electorales y de captación burocrática (Londoño, 2010, p. 13; Gutiérrez, 1999, p. 223; Roll, 2002; Pizarro, 2008); el carácter mayoritario de la democracia se ve desarticulado, pero más que eso, la voluntad política popular no es la preponderante, el pueblo ha sido suplantado por la voluntad de las facciones de poder, lo que genera el cuestionamiento sobre qué soberanía popular es la que sustenta el ordenamiento. Así, la democracia puede reducir su fundamento mayoritario y de expresión de la voluntad popular.

En este marco, existen factores de poder que pueden generar la dominación de las mayorías, o de los sectores poblacionales participantes, crean un determinismo capaz de movilizar y unificar posiciones, de motivar que se replique lo que quiere el poder. Se habla en concreto del populismo.

El populismo es una práctica que puede ser utilizada tanto por izquierda como por derecha, por cualquier tendencia del espectro político. Busca reducir el razonamiento público y explicar los dilemas y decisiones importantes de la sociedad de una forma ligera; busca satisfacer las mayorías decisorias¹⁵, bien expresando los sentimientos o frustraciones de esas poblaciones, o asumiendo aquello que otros o la misma comunidad no han podido realizar¹⁶. Es un juego de promesas, de expresiones, de modos, e incluso de estilos y marketing¹⁷.

¹⁵ Podemos entender por mayorías decisorias aquellas que integran la masa de ciudadanos con capacidad de participar en la democracia electoral; por lo general, e imperfectamente (pues la clase pobre está excluida), constituidas por la clase alta y media. Están en un nivel de información superficial, sujeto a la divulgación de los medios de comunicación institucional, lo que puede confluir con bajos niveles de crítica al poder.

¹⁶ Pueden identificarse los gobiernos de Presidentes latinos como Uribe o Chávez, como la expresión política de lo que las sociedades no habían podido conseguir, particularmente para acabar con sus males; bien el conflicto armado, la lucha frontal contra la insurgencia, o el cambio político. Estos representantes se presentaron como única solución a los problemas de sus naciones, tanto que sin ellos, la población que avaló su permanencia en el poder y consintió todas sus políticas, movidas por su carisma y lenguaje, se entiende sin dirección y expresa la ausencia de líderes de igual nivel en el espectro político; lo que significa la reducción de la política. Este populismo latino se presenta tanto en la izquierda como en la derecha.

¹⁷ El populismo puede representar un dominio de la masa electoral o de la comunidad política a un nivel en el que el análisis es mínimo, en el que se aprueba lo defendido por

Estos populismos que en muchos casos van acompañados de excesos de poder, bien dictaduras o autoritarismos, son visto como amenazas para la democracia, pues dotan de un poder de discrecionalidad enorme a quien domina las masas, pues las propuestas que se eleven son avaladas en lo electoral, haciendo en lo formal todo lo decidido plenamente democrático, pero en análisis, transformando la democracia en una democracia plebiscitaria, o democracia delegada¹⁸ (Botero, 2011, p. 168). En otras palabras una democracia que solo se concibe positiva si es ejercida por un representante en particular. A veces incluso, se hace ver que sin ese representante la democracia y el Estado no serían nada, que la población quedaría abandonada. En cierto sentido, populismo es congruente con el adanismo, con un cesarismo severo¹⁹.

El populismo en Colombia, e incluso como una variable común en el mundo latinoamericano, ha significado que el Presidente de la República de turno se constituya en el centro de gravedad del poder. De este modo, la democracia también se tiene que comprender desde la perspectiva del hiperpresidencialismo, pues supone una posible fuente populista, pero en todo caso, que afecta los niveles de interacción democrática, pues genera la

el representante. El poder populista está acompañado de univocidad, de contundencia, de exclusión, pues todo aquel que esté en contradicción con lo defendido por la mayoría puede atentar contra la unidad. También se califican de populistas movimientos de amplio o creciente apoyo popular, particularmente posterior al paso de la crisis económica europea o como expresión del movimiento de los indignados. Bien puede ejemplificar esto, el caso de Podemos en España, o Syriza en Grecia. Sin embargo, deben evaluarse sus actuaciones en política, pues también se utiliza la expresión populista para calificar los movimientos políticos que pueden rebatir las ideas y dominio de los partidos políticos tradicionales.

¹⁸ La democracia delegada puede ser interpretada para los efectos de este escrito, como aquella que lleva a que la población acepte transar la democracia y su institucionalidad por medios ilegales o inadecuados para garantizar bienes que califican como supremos, tales como la seguridad o la propiedad. Bien, puede pasar que se renuncia a la fuerza armada institucional por medios paraestatales que garanticen la seguridad, tal es el caso del paramilitarismo en Colombia.

¹⁹ El populismo genera un estilo de adanismo y cesarismo; se cree que el líder o representante es el único que puede tomar decisiones y resolver problemáticas graves, que con él surge todo. En el cesarismo se toma un estilo de gobierno dominante, excesivo, que supera la separación de poderes, lo que es preocupante en el presidencialismo latino.

existencia de un actor que altera el ejercicio del poder tratando de acumular más poder del que en el sistema jurídico y político se le concede, hasta tal vez desembocar en una asimilación entre el gobernante y la actividad del Estado.

Resulta pertinente aclarar el término hiperpresidencialismo, al respecto se encuentra que:

El hiperpresidencialismo supone que la figura del presidente se convierte en un centro de gravedad del poder público e, incluso, del privado. No hablamos, pues, de que el centro del poder sea la institución de la Presidencia, que es la que más fácilmente puede caer en el nuevo centro gravitatorio personalista, puesto que, en culturas jurídico-políticas como la nuestra, el presidente termina siendo la Presidencia. Tampoco es el Poder Ejecutivo quien se convierte en el centro, pues también sucumbe al mayor poder que concentró el presidente, como persona.

Prácticamente el presidente se desempeña, si así lo desea, como un ministro del ramo y los ministros pasan a ser viceministros, lo que desvirtúa, para citar un caso, el contrapeso (de un lado, inter-rama, pues el ministro –y no el presidente– responde ante el Congreso, y, del otro, intra-rama inter-institucional, pues el ministro debe limitar al presidente) establecido en la Constitución en la figura del ministro, lo que explica, entre otras razones, la obligación constitucional de que toda ley sea sancionada por el presidente y por el ministro del ramo (Botero, 2011, pp. 173-174).

Retornando al eje populista, se encuentra que esta clase de líderes constituyen una intrusión perturbadora en la incómoda articulación entre liberalismo y democracia y suscitan el espectro de una tiranía con apoyo popular (Panizza, 2009, p.34).

Apoyo popular que se expresa como mayoritario, y que se mueve por hilos de poder, por carismas populistas (Panizza, 2009, p.35), que son vistos como peligros para la democracia, pues están cerca de constituirse en dictaduras de las mayorías, en cuerpos radicales que todo lo que desean lo legitiman en el hecho de ser mayorías.

Valga decir, significa esto que la cláusula democrática no solo implica una regla de mayorías, sino que exige una normalidad mínima en el proceso democrático, exige una razonabilidad de las mayorías, según la cual sea posible la coexistencia de los intereses de todos los pobladores.

Así las cosas, las mayorías deben limitar su amplio poder de decisión, deben coexistir con las minorías, y no pueden adoptar decisiones que eliminen sus derechos; los derechos son límites que no pueden ser desconocidos por las mayorías (Dworkin, 1999). Sin embargo, esta es una limitación fundamentada en la síntesis entre democracia y liberalismo, de la democracia liberal. Un liberalismo que pretende restringir el poder mayoritario para garantizar los derechos individuales, pues en estricto sentido, toda decisión mayoritaria será democrática, pese a que genere una limitación a los derechos de las minorías. De ahí, que exista una tensión constante entre democracia y liberalismo, entre cláusula democrática y constitución. La carta puede proteger los derechos individuales, pero las mayorías pueden pretender eliminarlos o restringirlos en exceso.

Esta disputa, que es permanente, aunque exista la fórmula contramayoritaria²⁰, según la cual la democracia posee una limitación en los derechos de las personas, los cuales están por encima del sentir de la colectividad. Pese a esta dificultad contramayoritaria²¹, que ha sido replicada con fortaleza por el constitucionalismo, y especialmente por los jueces, goza de crítica por autores que defienden la prevalencia de la democracia, o al menos la aplicación de tal fórmula de forma deferente²². Es un dilema que persiste en la práctica y estudio de la tensión constitución y democracia, pero que desborda el alcance de este trabajo.

De otro lado, existe una tendencia conservadora, que tiende a confundir toda reclamación o exigencia social con el populismo, y por equivalencia, como demagógicas (Panizza, 2009). Y esto puede ser cierto, pero no necesariamente en todas las ocasiones. Pues aunque es claro que se pueden presentar casos de

²⁰ La constitución promueve premisas contramayoritarias, la garantía de las libertades fundamentales son un ejemplo. El hecho de que las mayorías no puedan decidir sobre ellas, no puedan eliminarlas o limitarlas injustificadamente, supone para unos una garantía para las minorías (Dworkin, 1996); pero para otros una restricción injustificada a la democracia (Tushnet, 2012; Kramer, 2011).

²¹ La expresión dificultad contramayoritaria gozó de mayor aplicación a partir de la obra del constitucionalista americano Alexander Bickel (1962), en la que presenta su reflexión sobre si la justicia es la rama menos peligrosa para vigilar los derechos.

²² Una visión deferente frente a la democracia es la que representan autores como John Hart Ely (1997) en su obra *democracia y desconfianza*; o Reval Siegel y Robert Post (2013) con su doctrina del constitucionalismo democrático.

naciones en las que el deseo de derechos sociales, o de un cambio político, o de la redención nacional, puedan utilizarse como plataforma política, motivando un respaldo mayoritario. No es condición necesaria, que cada vez que una comunidad, asociación, partido, reclamen la realización de un derecho este fundamentado en razones populistas.

Por ello, siempre conviene evaluar con prudencia estos fenómenos; revisando su grado de exigibilidad jurídica y política, fundamentación, deliberación en distintos espacios, evidenciando el carácter colectivo de la reclamación, o la presencia de condiciones de protección especial o vulnerabilidad; pero más que eso, evaluar si las peticiones pueden ser exigibles por encima de la presencia de un determinado líder, porque si aparecen como inescindibles, podría sustentarse un intento populista, o la mala sustentación de una posición jurídica, o política.

También es preciso, revisar la concepción según la cual el legislador es representante de las mayorías. Premisa o presunción de la teoría democrática, que más allá de la crisis de representatividad, conviene resaltar (Gargarella, 1999; 2010a). El legislador es elegido por mayorías, es el representante más legitimado por su apoyo popular y por su misión como intérprete de las necesidades sociales, junto al ejecutivo; pero incluso, más que éste, por su tarea de control político. Sin embargo, una cosa es su legitimidad democrática, que más allá de la cultura y consciencia de los electores, posee el legislador; y otra, que siempre actué como mayorías o representándolas. El legislador hace parte de empresas electorales (Sartori, 2005) que pretenden captar el dominio del poder institucional, que invierten recursos y que obtienen financiación que debe ser redimida (Roll & Ballén, 2010; Pizarro León-Gómez, 1998); el legislador recibe favores que debe saldar. En ese proceso podemos decir que el legislador tiene sus propios intereses y los de otros, pero no necesariamente los del público (García Villegas, 2007; Rodríguez & Botero, 2004). No desarrolla necesariamente leyes generales, impersonales y abstractas²³; no desarrolla siempre el bien común.

²³ El carácter de la ley como máxima expresión del pueblo, como voluntad mayoritaria es influjo del código civil francés, la que fue trasladada a la visión latina, entre ellas la colombiana (Art. 4 del código civil). Eso hace que el legislador sea incontrovertible, que como garante del pueblo sus actos se presuman correctos; que sus expresiones

El legislador está sometido o adaptado al *lobby*, que le presenta, sustenta y ayuda a defender proyectos de interés corporativo, de masas financieras o de cuello blanco (Therborn, 2014), o de distintos órdenes de poder. Si pudiéramos llegar tan a fondo en una investigación y describir cuántas de las leyes y reformas de toda clase²⁴ son de iniciativa originaria, y cuántas del mundo corporativo o de grupos de poder, podríamos definir con certeza qué tan mayoritario es el legislador, y si aprovecha su legitimidad democrática para cubrir cualquier acto de ese carácter sacro que entendemos en lo colectivo posee la democracia. Determinaríamos si la técnica legislativa es una competencia que preocupa para expedir normas con corrección, o si la competencia predominante debe ser las comunicaciones y el establecimiento de contactos personales que puedan retribuirse en transacciones de poder.

1.2.3. La Resolución de los conflictos a través de la heterocomposición

Resulta determinante en la definición de la democracia, la renuncia a la autocomposición, la sujeción al esquema institucional establecido para la resolución de cualquier diferencia. La respuestas individuales o por medios no contemplados en la ley, que es el producto de las mayorías, es una actuación antidemocrática. Esta visión supone una posición ética, la sujeción a los medios sociales para aplicar justicia y a sus decisiones; es la garantía de la suficiencia y realización de la regla de mayorías. Igualmente, es un soporte para la institucionalidad del estado, para el monopolio de la fuerza y para la prerrogativa de la autoridad legítima.

Expuesta la definición mínima de la cláusula democrática, es pertinente revisar que atributos especiales le puede otorgar el poder constituyente originario, en especial la constitución de 1991, y su incidencia en la calidad de la democracia.

sean casi infalibles, pues para el derecho, dónde no distingue el legislador no le es dado distinguir a nadie.

²⁴ Toda clase de reformas o de normas pueden ser objeto de los factores de poder, o de las denominadas nuevas masas, capaces de suplir la voluntad popular, sin importar la naturaleza de la norma, como la constitución. O la capacidad que de afectar cualquier deliberación si de por medio se encuentra el objeto de sus transacciones comerciales, son ejemplo, el caso de la influencia de las empresas tabacaleras, o de las farmacéuticas.

2. Atributos constitucionales de la cláusula democrática

La constitución política promueve el principio de la calidad de la democracia. Valga decir, una premisa general y abierta que promueve a modo de mandato de optimización la mayor realización posible de la democracia, de la aplicación de la regla de mayorías en el más amplio espacio de participación y crítica. Espacio que no puede ser predeterminado, ni contar con la potencialidad de afectar la voluntad mayoritaria.

La calidad de la democracia también puede ser entendida como la presencia de oportunidades que permitan la libre interacción de las personas, la gestión de sus intereses, la inclusión en las garantías sociales a las que pueden acceder otros, la crítica y oposición al poder y la aspiración a poder ejercerlo.

Asimismo, promueve el desarrollo de la democracia en todos los ámbitos sociales, como una práctica recurrente en la vida social. Toda comunidad política requiere que la democracia supere la participación en las decisiones relevantes para su subsistencia y estabilidad, únicamente a través de la expresión electoral; y, avance hacia instancias de inclusión, respeto y tolerancia por el otro en todos los espacios sociales, como la familia, las asociaciones civiles, los partidos políticos, los centros educativos, los barrios, entre otros. La democratización constante de las prácticas sociales es la evidencia de la interiorización de la democracia como práctica (Dahl, 1999).

La democracia como práctica de calidad requiere de las siguientes modalidades, las cuales parten de la línea base democrática, que es la democracia representativa como canal tradicional de manifestación de la voluntad popular; canal que funciona por la elección que los ciudadanos hacen de sus representantes, como defensores de sus intereses y derechos:

2.1. La democracia deliberativa

La deliberación se considera como un principio fundamental para la realización de cualquier constitución y para el desarrollo de la democracia (Benhabib, 2007, pp. 47-79). Es una cláusula insustituible en las constituciones, esto es, que ningún poder constituido con poder de reforma puede eliminarla o reducirla, pues solo es viable que se haga por representantes directos del pueblo, por el poder constituyente originario.

La democracia deliberativa²⁵ es la garantía de comunicación social, de la contradicción y la síntesis; del disenso y el consenso (Cohen, 1997; 1998; 2007). Es un fundamento de la crítica al poder institucional y a cualquier factor de poder (Estlund, 1997; Elster, 1998).

Al respecto Gargarella explica:

La concepción «deliberativa» de la democracia parte de la idea de que un sistema político valioso es aquel que promueve la toma de decisiones imparciales, esto es, decisiones que no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración. En este sentido, afirma que la democracia resulta defendible porque favorece, mejor que cualquier otro sistema, la toma de decisiones imparciales. Pero tal afirmación no implica una defensa dogmática o ciega de cualquier sistema de gobierno democrático, si por tal se entiende — simplemente— aquel sistema organizado a partir del voto periódico de los ciudadanos. No solo se defiende la democracia porque en ella se valora el sufragio, sino también, fundamentalmente, porque se valora el proceso que antecede al sufragio, que es un proceso de reflexión colectiva. Según veremos, quienes apoyan esta visión «deliberativa» de la democracia entienden que la principal virtud de la democracia es la de que en ella se facilita y promueve la discusión pública: si tal discusión faltara, luego, no sería razonable esperar que las decisiones que se adoptaran resultaran ser unas decisiones imparciales, ni tampoco quedarían demasiadas buenas razones para apoyar tal sistema político como particularmente valioso (Gargarella, 1996, pp. 157-158).

²⁵ Para profundizar sobre esta modalidad de la democracia, se recomiendan los siguientes textos: Kozicki, K. (2004). Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, (41), pp. 43-57.; Marti, J. L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid, España: Marcial Pons.; Neto, C. P. de S. (2006). *Teoría constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro, Brasil: Renovar.; Nino, C. S. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, España: Gedisa.; y Oquendo, A. (2008). Democracia deliberativa en Nino y Habermas. En: Alegre, M.; Gargarella, R. & Rosenkrantz, C. F. (Orgs). *Homenaje a Carlos Santiago Nino* (pp. 269-305). Buenos Aires, Argentina: La Ley/Facultad de Derecho-UBA.

Adicionalmente, la democracia deliberativa asegura que no se centralice el debate de lo público en lo electoral, sino que exista una mayor vocación de la práctica democrática, de dialogo colectivo, capaz de construir nuevas formas de convivencia social o resolución a los conflictos. La democracia deliberativa es el reconocimiento de que existe un dialogo social, un dialogo popular, que tiene mucho que expresar, tanto que supera los debates ordinarios de las urnas.

2.2. La democracia participativa

Esta versión de la democracia requiere la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda optar por participar en las decisiones sociales (Bonavides, 2008), en toda decisión que pueda afectar su autonomía. La participación supone no solo el derecho a ser consultado, a decidir, a elegir, sino también a representar, sin limitaciones particulares. Por ejemplo, resulta criticable por muchos que puedan resultar elegidos a corporaciones territoriales o incluso al Congreso de la República, ciudadanos de escasa edad, o que no han incursionado en partidos políticos, o que no cuentan con formación política o incluso profesional. Surge la cuestión como un dilema para la democracia, empero, el liderazgo democrático como representación legítima de intereses no requiere necesariamente de una formación estricta, pues normalmente la defensa de los intereses nace de la pertenencia a una comunidad o grupo. Esa pertenencia puede hacer aceptable la participación y representación de otros ciudadanos ante cualquier organismo.

Sobre el tema, Pedro Pablo Vanegas señala:

La participación política se constituye como pilar fundamental en la nueva concepción del Estado: su reconocimiento como valor constitucional, la reafirmación dentro de los principios constitucionales y su desarrollo en la carta de derechos; en últimas, el salto cualitativo de la democracia meramente representativa a una democracia participativa, que se evidencia con la incorporación de institutos o mecanismos de participación ciudadana (2008, p. 84).

Al respecto, es importante mencionar que el principio democrático se refleja en los principios de la igualdad y de la libertad como configuradores del Parlamento, lugar en el cual se involucran en las actividades legislativas los principios mayoritario, minoritario y de la publicidad como garantes del sistema político al permitir el pluralismo y la participación de todos los

miembros de la sociedad en la toma de las decisiones trascendentales para el desarrollo viable del país (Palacios, 2005).

En este orden de ideas, la democracia participativa -por ejemplo- se materializó en Colombia mediante la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 (ANC), lo que puede ser un hito constitucional y político; esta ANC era un órgano deliberativo y decisorio (Buenahora, 1991; Cepeda, 2007; De la Calle, 2004; Manrique, 1991; Lemaitre, 2009) que permitió la participación activa de diversas fuerzas políticas, sociales, económicas, culturales, etc., del país. En consecuencia, “para efectos de este análisis se entiende por fuerzas políticas cada uno de los diez partidos o movimientos que contaron con el derecho a voz y voto en la Asamblea: el Partido Liberal con 24 delegatarios, la Alianza democrática M-19 con 19 miembros, el Movimiento de Salvación Nacional (MSN) con 11 constituyentes, el Partido Social Conservador (PSC) con 5 delegatarios, los Conservadores Independientes con 4 miembros divididos en dos grupos; la Unión Patriótica (UP), los indígenas, la Unión Cristiana (UC), el Ejército Popular de Liberación (EPL), cada una de estas con dos delegatarios; y , el Movimiento Estudiantil con uno, para un total de setenta y dos (72) constituyentes” (Cepeda, 2007, p. 365).

La cláusula democrática se fundamenta en las definiciones que hace la carta constitucional de 1991, así, en el artículo primero se define a Colombia como un Estado democrático, participativo y pluralista; y, en el artículo tercero se reconoce al pueblo como soberano exclusivo del cual emana el poder público. Lo que implica una invocación constitucional y democrática constante para la que democracia se ejerza en el mayor grado posible, privilegiando la intervención y gestión directa del pueblo en los asuntos de interés social.

En síntesis, la democracia participativa es un imperativo de integración deliberativa; convoca a todos los actores de la población, con el fin de que desarrollen en igualdad de condiciones, conforme a la lógica de sus derechos y necesidades, bien políticas sociales o económicas, una respuesta práctica que resuelva sus requerimientos, sin que sea indispensable la intervención de otros agentes políticos (Corte Constitucional, sentencia C 105 de 2013, p. 22).

2.3. La democracia pluralista

La democracia pluralista es una versión que hace más progresiva la democracia participativa, debido a la variable esencial de la inclusión (Garzón,

2008), y por tanto, de la prohibición de señalamientos fundados en criterios sospechosos de clasificación²⁶.

El pluralismo exige un tratamiento incluyente que facilite la participación de las minorías, o de los sectores con diferencias políticas, culturales, sociales, étnicas, en las decisiones de las mayorías. El pluralismo representa una modulación de la fuerza de la democracia, reduce la potencia de que las mayorías puedan radicalizarse.

De esta manera, el principio del pluralismo político se incluyó en el preámbulo de la Constitución Política de 1991 como principio orientador de la misma, entendiéndose por éste, las diversas ideologías políticas que comparten un mismo escenario político de manera complementaria o de manera antagónica, dentro de un ambiente propicio de tolerancia, respeto por el pensamiento diferente y de compromiso con el desarrollo de un programa político en particular o en común. En tal sentido, estas interacciones políticas se presentan sin que estas diversas posiciones se eliminen entre sí.

El objetivo central del pluralismo es asegurar la máxima expresión de la diversidad y su coexistencia con las mayorías.

2.4. La participación como derecho de los derechos

La democracia como expresión mayoritaria supone una tensión constante con la constitución como esquema liberal, o de control del poder; la constitución en si misma promueve la democracia, estipula la cláusula democrática, pero también la limita, ya que reduce su capacidad decisonal frente a los derechos fundamentales. Esta cuestión, que relata como una norma, que por esencia debe proteger derechos, puede limitar los temas que puede decidir, limitar, eliminar o reformular una democracia; tal problemática puede ser resuelta

²⁶ Los criterios sospechosos de clasificación constituyen una forma de proteger a las personas en condiciones de debilidad manifiesta, o que poseen características de diversidad que tradicionalmente han servido para discriminar, segregar o impedir un trato igualitario. Tales como la raza, el sexo, el género, el pensamiento político, la condición socio económica, la religión, entre otros. La prohibición de utilizar esta serie de criterios para limitar los derechos se encuentra descrita en el artículo 13 de la constitución política, sobre la cláusula general de igualdad.

a través de una premisa que se aspira sea fundamental socialmente, que la participación sea el derecho de los derechos (Waldron, 2005).

Tal premisa fundamental no supone que la libertad sea reducida o desconocida en su valor intrínseco, o en su importancia como bien social. Significa que la participación es un derecho tan abierto y amplio, perteneciente a todos, que puede fomentar la decisión de qué tanta libertad o no quiere tenerse. Es un derecho decisorial que no puede restringirse, lo que se convierte en una cualidad democrática, e incluso indicador de calidad de la democracia.

Siendo esto procedente, no corresponde a organismos como la rama judicial decidir si una sociedad determinada debe tolerar el consumo de dosis mínima de drogas; si el aborto es admisible como derecho fundamental de las mujeres, o solo en algunos casos; si las parejas del mismo sexo pueden contraer matrimonio, por mencionar algunos casos de típica confrontación en un Estado; sino que por el contrario le correspondería a los órganos democráticos, como es el Congreso, representante del pueblo; o incluso sería más justificable recurrir directamente al pueblo para que decida.

3. La cláusula democrática y la calidad de la democracia

La existencia de una cláusula democrática, o de una disposición normativa que resguarde la existencia formal y material de la participación ciudadana y del ejercicio del poder popular sobre una concepción realmente mayoritaria, hace que las cualidades de la constitución en origen en contradicción con la democracia, puedan ser utilizadas para asegurar la calidad democrática²⁷.

En efecto, la democracia requiere de cualidades fundantes resguardadas constitucionalmente, y que son factores esenciales, como el sufragio universal; la libre concurrencia y competición igualitaria en las elecciones populares;

²⁷ La calidad de la democracia, también implica su evaluación, su control, su rendición de cuentas, como un proceso ciudadano y político constitucional que pretende verificar el cumplimiento de los caracteres mínimos de una democracia y de aquellos que la hacen óptima, lo que requiere una valoración axiológica. La evaluación de la democracia no puede ser ineludiblemente una comparación con las democracias emblemáticas (la antigua Grecia, la democracia en América (USA), el modelo nórdico, etc.), pues sería desconocer el valor de la democracia como proceso e idiosincrasia.

un régimen de partidos²⁸ y un estatuto de oposición, y la disposición de alternativas de información, a lo que habría que complementar, la necesidad de poder ejercer la libertad de expresión²⁹ en la medida más amplia posible, como sustento deliberativo; adicionalmente, la vocación constante a la expresión popular, al ejercicio y defensa de intereses, sin que exista constreñimiento alguno³⁰ (Diamond y Morlino, 2004, p.3).

Dadas estas características, es menester en democracia la verificación de aspectos necesarios para la calidad de la misma, los que para Diamond y Morlino (2004, p.4), actúan como factores de evaluación, siempre teniendo como premisa que todo régimen debe respeto a las libertades civiles, aspecto que evidencia que se asume la idea de una democracia constitucional, o que la democracia se legitima en la medida que motive sus prácticas en torno a los derechos y al control del poder. Tales aspectos son³¹:

- i) Procedimientos: Consiste en la verificación y seguimiento preciso del procedimiento de adopción de las decisiones normativas, de los acuerdos sociales o democráticos; entre ellos, el acuerdo, el consenso y el disenso

²⁸ Diamond y Morlino (2004), requiere como cualidad mínima democrática que en el espectro de los partidos exista al menos un partido serio, condición que podemos interpretar como una organización con estatutos democráticos y garantes de derechos para la comunidad y sus miembros, que emita propuestas sociales, que compita con ideas y candidatos preparados, que salvaguarde la práctica democrática y se someta a sus decisiones.

²⁹ La libertad de expresión, cláusula deliberativa constitucional, implica la posibilidad de control, de diálogo, de síntesis, de información, de contradicción. Pero a la par, puede actuar como un excelente criterio de evaluación acerca de la existencia de la democracia, bien muchos regímenes, no frontalmente dictatoriales, ejercen prácticas que limitan el ejercicio informativo, impidiendo el acceso a fuentes, tergiversando la información pública, etc. Es tan grave que un gobierno impida la libre difusión de noticias a un canal privado, como que ejerza excesivamente la disposición de los medios públicos, o que brinde información parcializada respecto a los datos de desempleo, por ejemplo.

³⁰ Una democracia para ser poder popular, no puede tolerar ninguna forma de constreñimiento o autoritarismo electoral. Lo que para Colombia significa una dura prueba, debido a las lógicas electorales existentes, tanto en lo nacional como en lo territorial; a la sujeción entre opinión-votación y burocracia.

³¹ El esquema de aspectos o dimensiones corresponde a la propuesta de Diamond y Morlino (2004), sin embargo, sus contenidos definitorios son prudentemente reconsiderados en este trabajo.

constitucional. Para Gil Calvo, representa también el respecto por las reglas explícitas (normas escritas) y las implícitas (el contenido moral) de lo correcto en un ámbito democrático determinado, o como lo llama, del juego limpio. (Gil Calvo, 2010, p.31)

- ii) **Contenidos:** Implica la garantía de una estructura adecuada de lo que se pretende someter a decisión, la calidad y razonabilidad de las propuestas; su coherencia con la regla de derecho y con las decisiones políticas, económicas y sociales adoptadas, y los resultados o consecuencias que de ellas se derive. Es clave en este aspecto el proceso que adelante en una sociedad determinada para trabajar sobre valores exclusivamente de abstención (libertades civiles clásicas, o negativas), o para llegar a valores positivos, de contraprestación (derechos sociales fundamentales), pues pueden definir de forma directa el contenido y la consecuencia de lo que se entiende y construye bajo el esquema democrático.
- iii) **Resultados:** Elemento centrado en la relación entre procedimientos, métodos, contenidos y la satisfacción del ciudadano como promotor democrático y sujeto beneficiario o afectado por las decisiones democráticas; igualmente, por el grado de interiorización de la decisión democrática y su evolución en el marco del dinamismo democrático y social.

Ahora, estos aspectos deben materializarse a través de distintos valores; en el primero harían presencia la legalidad y la responsabilidad en la ejecución de los procedimientos democráticos, se trata de la garantía del imperio de la ley, como voluntad general (Gil Calvo, 2010). El ámbito de la responsabilidad exigirá la evidencia de los procedimientos, su transparencia y gestión mediante la extensión del mecanismo de la rendición de cuentas, frente a lo que hay ser categórico, no basta con un sistema de transparencia y rendición de cuentas como esquema racional que cumplan las instituciones; debe ser un sistema aplicado por todos los actores de la sociedad (lo público y lo privado) y controlado críticamente por los ciudadanos, es decir, exige interés, conocimiento y participación³². En el segundo elemento, se requieren la realización de la libertad e igualdad, tanto para decidir como para ser respetado y considerado

³² En Colombia existen múltiples esquema de rendición de cuentas, sistemas de control de la gestión pública, veedurías ciudadanas, pero el interés ciudadano es mínimo. Por ello, como se concluye, no basta con contar con el sistema, éste debe irrigarse como práctica social y exige del ciudadano responsabilidad de su rol como sujeto político.

por las decisiones mayoritarias; y en el último, corresponsabilidad y legitimidad, como respuesta a las demandas sociales y símbolo de generación de confianza pública (Morlino, 2009; Gil Calvo, 2010)³³.

En una democracia guiada por principios que promuevan su calidad, todos tienen el derecho y el deber de participar, pero también deben asumir los buenos o malos resultados de la práctica democrática; todos tienen el derecho a que sus demandas sean atendidas (Gil Calvo, 2010). Morlino (2004) ha agregado a estos componentes, el reconocimiento del valor de la poliarquía³⁴, pero especialmente el de la equidad, la rendición de cuentas, la transparencia y una fuerte regla de respeto al Estado de derecho³⁵.

³³ Mientras los demás valores son propuestas directas de Leonardo Morlino (2004), el valor relativo a la legitimidad es propuesto por el profesor Enrique Gil Calvo.

³⁴ La poliarquía es un elemento necesario para entender y evidenciar la calidad de la democracia, significa la existencia en la sociedad de distintas opciones de poder; opciones que emiten pensamiento, propuestas, y formas de ejecutarlas. Una sociedad sin poliarquía equivale a un régimen democrático vacío y que solo utiliza las formas democráticas para legalizar la materialidad de un poder unívoco, de un monopartidismo, o una única forma de pensamiento. Poliarquía es vocación y gobierno de muchos, en la que todos son igualmente considerados. Dahl (1956) fundamentó esta categoría democrática bajo la idea que todos pueden expresar sus preferencias y existe un acuerdo (y progresivamente consenso) sobre la deseabilidad de contar con normas que regulen la sociedad y hagan respetable el acuerdo social. Tales reglas pueden resumirse así: 1. Habrá poliarquía en la medida en que se acepten ampliamente el acuerdo social; 2. la poliarquía es consenso sobre las reglas que se exponen; 3. el consenso sobre las reglas debe crecer con la instrucción social sobre la norma; 4. El consenso depende de la instrucción social; 5. La poliarquía es también instrucción social constante sobre cualquier norma que regule el comportamiento. 6. La instrucción social sobre las normas aumenta con el nivel del consenso o acuerdo sobre las elecciones posibles entre las alternativas políticas. 7. Con el consenso sobre las alternativas políticas aumenta la poliarquía. 8. El consenso sobre las normas aumenta el consenso sobre la instrucción social. (1956, pp. 86-88).

³⁵ Muchos consideran, que el debate sobre los derechos y la democracia requieren para hacer legítimos estos institutos de la efectividad de los derechos sociales, pues es demanda social y un requisito para probar que la democracia le sirve en la vida real a la población; sin embargo, pese a la contundencia de esta necesidad, es igualmente ineludible consolidar elementos fundantes como el respeto a los derechos fundamentales y el estado de derecho. Es decir, se trata de consolidar la plataforma mínima sobre la que debe descansar ordinariamente cualquier esquema de convivencia social.

Estos aspectos y valores pueden ser posibles, si la cláusula democrática es entendida como un principio para cuya ejecución los poderes constituidos, todas las fuerzas institucionales, emplean sus mejores esfuerzos; si están comprometidos con la constitución y con la materialización de sus objetos institucionales, con el fomento de una cultura democrática constitucional. Por ejemplo, una gestión institucional puede ser una buena forma de fomentar la inclusión a través del servicio público. Premisa aplicable a la gestión privada, máxime si se prestan servicios a la generalidad, o si la gestión empresarial afecta derechos constitucionales. No deben existir diferencias en el respeto y compromiso que piden los valores democráticos, ni en los niveles de participación con los que debe adoptarse una decisión, pues se trata del respeto a la regla de derecho, punto regulador de la sociedad, de su entendimiento y cultura, y especialmente, contenido esencial de la cláusula democrática. Se trata de tomarse en serio la democracia y los derechos.

Así, sí el principio democrático es visto como un mandato de realización exponencial constante, y no como un simple carácter programático que solo se desarrollará con el paso del tiempo y con la existencia de recursos económicos, o incluso como una complicación para aplicar política o adoptar decisiones, puede ser la constitución como norma superior, un elemento que fomente la garantía y calidad de la democracia. Y es que esta garantía, aparte de lo expuesto, puede estar especialmente concentrada en la definición de la participación y la deliberación como derecho fundamental; en la defensa de las minorías como principio y esquema de control de la fuerza de las mayorías.

Si la constitución posee herramientas jurídicas que defienden su fuerza normativa, que hacen que mantenga una posición frente a la realidad social, como aquellas dispuestas para los derechos fundamentales, o las que imponen requisitos de mayorías o procedimientos para reformar la constitución; con la misma fuerza normativa puede defenderse la ejecución de la cláusula democrática y fomentar efectivamente la inclusión de la población en las decisiones estatales. Significa que lo jurídico puede ser un instrumento idóneo para hacer que la lucha de intereses políticos no termine provocando y consintiendo la exclusión del pueblo por mayorías irreales, valga decir, por mayorías aparentemente incluidas por su capacidad de acceder a lo institucional, pero que al final de cuentas no son las mayorías, pues éstas se encuentran en apartheid institucional, abatidas por circunstancias sociales de la desigualdad y la pobreza extrema.

Dadas las cosas, el reto es que la cláusula democrática promueva la calidad de la democracia, haciendo que los mecanismos normativos de la constitución puedan ser usados no solo desde lo vertical, en el rol institucional, sino que puedan ser usadas desde lo horizontal, en el pueblo mismo, con la exigencia de la inclusión como elemento de responsabilidad democrática; se trata de poder ejercer la política como expresión de la realización de la democracia. La política como práctica no solo estatal, o de los que tradicionalmente la ejercen, sino como una práctica colectiva popular, comunitaria, o de expresión de intereses legítimos.

No se trata de desplazar al Estado y la política institucional de la gestión de los intereses populares, se trata de evitar que solo exista univocidad, de promover que exista deliberación y apropiación de los derechos y del alcance de la democracia; del ejercicio del poder que corresponde a cada persona.

Conclusiones: democracia y Constitución

La síntesis de la democracia debe ser la síntesis de la constitución. Solo si la población, el colectivo, lo popular, entiende la norma constitucional como una construcción colectiva, un cuerpo viviente y deliberativo; como disposición regulativa de su comportamiento y su sociedad, con cualidades de exigencia directa por estar dispuestos en la constitución como norma de normas, la cláusula democrática puede fomentar la calidad de la democracia, motivando, entre otras expresiones, una política y una gestión colectiva del poder y de los intereses legítimos.

La materialización de los mandatos constitucionales deben cumplirse siguiendo la fundamentación básica de la democracia, lo que implica afianzar una cultura y una práctica de la participación popular más allá de lo electoral, aunque esta etapa es un paso determinante para evitar el asentamiento del apartheid institucional; a su vez, debe avanzar hacia grados de democracia profunda, del barrio a la ciudad, de la ciudad a la nación, debe constituirse en la regla de resolución de conflictos, de expresión de preferencias, de coexistencia. Aún en nuestro país rondamos entre los deseos de vivir una gran democracia, la democracia modelo, pero sin arraigar sus elementos más básicos, como se ha expuesto a lo largo del trabajo con la identificación de los componentes de la cláusula democrática en la constitución. No contamos aún con prudentes niveles de inclusión de los distintos sectores poblacionales, de participación,

de pluralidad, de deliberación, lo que requiere que los actores sociales trabajen frontal y propositivamente en consolidar esta base democrática, que es la base de convivencia, del acuerdo (consenso) mínimo.

Estos esfuerzos institucionales, y en general, de todos los actores sociales debe resguardar y generalizar la participación efectiva de los ciudadanos, bajo un esquema de oportunidades iguales y efectivas (voto, opinión, ideas, síntesis, etc.), que faciliten la discusión, el cuestionamiento, la rendición de cuentas, la revisión del devenir de lo público, la reflexión sobre opciones distintas a las que normalmente asume una comunidad. Esto supone la posibilidad de la consolidación de un derecho de acceso a la información pública, completa, transparente, sustentada, justificada, de manera que el ciudadano (de forma inclusiva) pueda determinar la razonabilidad de cualquier decisión que afecte la sociedad, o sus derechos e intereses, como consecuencia de un buen proceso político.

Lo democracia necesita también de una base liberal, por lo que se deben profundizar los niveles de respeto y sustentación de toda actuación conforme a los derechos constitucionales. Es la manera de asegurar que la democracia y el Estado de derecho cuenten con los elementos constitutivos de una práctica jurídica política respetable, pero además, la manera de evidenciar que la democracia y los derechos le sirven a la población, condición de legitimidad progresiva en las relaciones sociales.

La clave de la cláusula democrática será garantizar la mayor participación posible del pueblo, y que éste pueda reivindicar en cualquier momento sus derechos y el ejercicio del poder. Que el pueblo este constituido y en constitución constante por los distintos sectores de la sociedad, en los que deben estar incluidas las minorías. Una gestión estatal excluyente u omisiva motiva la segregación social, marginación, desinterés en la defensa de los derechos, desemboca en la reducción de la democracia, en la imposibilidad de alcance de la poliarquía.

Referencias

- Ackerman, B (1991). *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ackerman, B (2011). *La Constitución Viviente*. Madrid: Marcial Pons.
- Arendt, Hannah. (2009). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial.

- Ayala, G. (2011). *Paramilitarismo en Colombia. Más allá de un fenómeno de violencia política*. Cali: Universidad Autónoma de Occidente.
- Benhabib, S. (2007). Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. En Werle, D. L. & Melo, R. S. (Orgs.). *Democracia deliberativa*. (pp. 47-79). São Paulo, Brasil: Singular, Esfera Pública.
- Bickel, A (1962). *Theleastdangerousbranch: Thesupremecourtatthe bar of politics*. Indianapolis: Bobbs Merrill.
- Bobbio, N. (1985). ¿Podrá sobrevivir la democracia? En: G. Germani (ed.), y E. Arrioli, (Trad.). *Los límites de la democracia*. (1). pp. 56-57. Buenos Aires, Argentina: Clacso.
- Bobbio, N. (1992). *El futuro de la democracia*. (J. Fernández Santillán, Trad.). Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica.
- Bonavides, P. (2008). *Teoría constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por umarepolitização da legitimidade* (3ª Ed.). São Paulo, Brasil: Malheiros.
- Botero, A. (2003). La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas. *Opinión jurídica*: (4), julio-diciembre; pp. 109- 116.
- Botero, A. (2011). Una presidencia sin ejecutivo y sin Estado: la concentración del poder público colombiano en la contemporaneidad. *Ambiente jurídico*, (13), pp. 155-181.
- Buenahora, J. (1991). *El Proceso Constituyente. De la Propuesta Estudiantil a la Crisis del Bipartidismo*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Cepeda Espinosa, M. (2007). *¿Cómo se hizo la Constitución? Mitos y realidades*. Bogotá: Legis.
- Cohen, J. (1997). Deliberation and democratic legitimacy. En J. Bohman & W. Rehg (Orgs.). *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge, Mass., London: MIT Press.
- Cohen, J. (1998). Democracy and liberty. En J. Elster (Org.). *Deliberative democracy* (pp. 185 - 231). Cambridge: Cambridge University Press.
- Cohen, J. (2007). Procedimento e substância na democracia deliberativa. En D. Werle; R. S. Melo (Orgs.). *Democracia deliberativa* (pp. 115-144). São Paulo, Brasil: Esfera Pública.
- Colón Ríos, J. (2013). *La Constitución de la Democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política*. Bogotá.
- DANE (2014). *Pobreza y condiciones de Vida 2013-2014*. Recuperado el 30 de septiembre de 2014:
<http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-sociales/pobreza>
- Dahl, R. (1956). *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Dahl, R. (1999). *La democracia: una guía para los ciudadanos* (F. Vallespín, Trad.) Madrid, España: Taurus.
- Dworkin, R. (1999). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law: The moral Reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- De la Calle Lombana, H. (2004). *Contra todas las apuestas: Historia íntima de la Constituyente de 1991*. Bogotá: Planeta.
- Hart Ely, J. (1997). *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre editores.
- Hoyos, D. (2007). Evolución del sistema de partidos en Colombia (1972-2000) una mirada a nivel local y regional. En: Autor. (Comp.), *Entre la persistencia y el cambio*. (21-47). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Elster, J. (1998). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Estlund, D (1997). *Democracy and Decision: The pure theory of electoral preferences*. Cambridge: Cambridge University Press.
- García Villegas, M. (2007). Sobre balas y votos: violencia política y participación electoral en Colombia, 1990-1994. En D., Hoyos. (Ed.), *Entre la persistencia y el cambio. Reconfiguración del escenario partidista y electoral en Colombia*. (pp. 84-117). Bogotá: Universidad del Rosario.
- García Villegas, M. y Espinosa, J (2013). El Derecho al Estado. Los Efectos Legales del Apartheid Institucional en Colombia. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contra-mayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- Gargarella, R. (1999). *Crisis de la representación política*. México: Fontamara.
- Gargarella, R. (2004). Constitución y democracia. En S. Albanese; A. Dalla; R. Gargarella; A. Hernández & D. Sabsay (Orgs.). *Derecho Constitucional* (p. 69-85). Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.

- Gargarella, R. (2010). *Nos los representantes: crítica a los fundamentos del sistema representativo* (2ª Ed.). Buenos Aires, Argentina: Miño y Dávila.
- Garzón, E. (2008). Pluralismo, diferencia y desigualdad. *Revista Estudios de Filosofía*, No. especial que recoge las Memorias III Congreso Iberoamericano de Filosofía. Universidad de Antioquia, Instituto de filosofía (oct). pp. 171-187.
- Gil Calvo, E (2010). *Calidad Democrática: enfoque teórico y posible medición*. En: *Calidad Democrática y Buen Gobierno*. Madrid: Federación Española de Municipios y Provincia. P. 28-53.
- Godoy, M. G. & Chueiri, V. K. (2010). Constitucionalismo e democracia: soberanía e poder constituyente. *Revista Direito*, FGV, 6(01), pp. 159-173.
- Gutiérrez, F. (1999). La reforma política: Una evaluación crítica. *Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, (11), pp. 215-228.
- Haberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*. México: Universidad Autónoma de México.
- Hesse, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Kozicki, K. (2004). Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, 41, pp. 43-57.
- Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo popular y Control de Constitucionalidad*. Barcelona: Marcial Pons.
- Lemaitre Ripoll, J. (2009). *El derecho como conjuro*. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores.
- Leido, Nicolás (2014). *Centro de Pensamiento de la Universidad Sergio Arboleda*. Recuperado el 02 de junio de 2014, de Balance de las elecciones legislativas 2014: Abstención, votos en blanco y votos nulos: <http://www.usergioarboleda.edu.co/centro-de-pensamiento/balance-de-las-elecciones-legislativas-2014.htm>
- Londoño, J. (2010). Partidos políticos: ¿Más, menos, o mejores? *Revista Política Colombiana. El nuevo ajedrez político*: Contraloría General de la República, (5), pp. 8-21.
- Manrique, A. (1991). *La Constitución de la Nueva Colombia*. Medellín: PNUD-Alcaldía de Medellín.
- Martí, J. L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid, España: Marcial Pons.

- Misión de Observación Electoral (MOE) (2014). *Datos Electorales*. Recuperado el 16 de julio de 2014: <http://moe.org.co/kit/datos-electorales>.
- Morlino, L. (2009). *Democracia y Democratizaciones*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Morlino, L. & Diamond, L. (2004). *The Quality of Democracy*. En: Workingpaper 20. Stanford: Center on Democracy, Development, and The Rule of Law Stanford Institute on International Studies.
- Neto, C. P. de S. (2006). *Teoría constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro, Brasil: Renovar, 2006.
- Nino, C. S. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, España: Gedisa.
- Oquendo, A. (2008). Democracia deliberativa en Nino y Habermas. En: Alegre, M.; Gargarella, R. & Rosenkrantz, C. F. (Orgs.). *Homenaje a Carlos Santiago Nino*. (pp. 269-305). Buenos Aires, Argentina: La Ley/Facultad de Derecho-UBA.
- Palacios, A. (2005). *Concepto y control del procedimiento legislativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Panizza, F. (2009). *El Populismo como Espejo de la Democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Pizarro León-Gómez, E. (1998). El Financiamiento de las Campañas Electorales en Colombia. *Revista de Derecho Público*, (9). Bogotá: Universidad de los Andes, pp. 23-54.
- Pizarro León-Gómez, E. (2008). Gigantes con pies de barro: los partidos políticos en Colombia. En: Mainwaring, S., Bejarano, A. & Pizarro León-Gómez, E. (Eds.), *La crisis de la representación política democrática*. Bogotá: Norma.
- Post, R & Siegel, R (2013). *Constitucionalismo Democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Prieto, M. (2010). La importancia de nuestros partidos políticos para el desarrollo de la democracia. *Revista Política Colombiana. El nuevo ajedrez político*: Contraloría General de la República, (5), 22-39.
- Rawls, J (2006). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de la Cultura Económica de México.

- Registraduría Nacional del Estado Civil (2014). *Así participan los colombianos en las elecciones Presidenciales*. Recuperado el 30 de septiembre de 2014: <http://www.registraduria.gov.co/Asi-participan-los-colombianos-en.html>
- Rodríguez Raga, J. & Botero, F. (2004). Elecciones Legislativas y Reforma Electoral en Colombia. *Revista de Ciencia Política*, 26(1), pp. 138-151.
- Roll, D. (2002). La crisis de los partidos políticos colombianos. En: Roll, D. (Ed.), *Rojo difuso azul pálido los partidos tradicionales en Colombia entre el debilitamiento y persistencia*. (pp. 55-77). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Roll, D. & Ballén, L. (2010). Las dificultades del financiamiento de la política en Colombia y sus repercusiones en el sistema de partidos: algunas reflexiones sobre la “parapolítica”. En: D., Roll. (Coord.), *¿Democracias prepago? El control de la financiación de la política, un reto para Colombia y Latinoamérica*. (pp. 53-102). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Sartori, G (2005). *Partidos y Sistemas de Partidos: Marco para un Análisis*. Madrid: Alianza Editorial.
- Schmitt, C (2009). *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza Editorial.
- Sentencia C -105 (6 de marzo de 2013). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez*. Bogotá D.C., Colombia.
- Therborn, G (2014). *¿Nuevas Masas?* Recuperado de: Newleftreview.es. Segunda época. P.5-18.
- Touraine, A (2000). *¿Qué es la Democracia?* (H. Pons, Trad.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Tushnet, M (2012). *¿Por qué la Constitución Importa?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vanegas Gil, P. (2008). *Estudios de Derecho Electoral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- Weber, M (2002). *Economía y Sociedad*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España.
- Zovatto, D. (2010). La reforma política en América Latina: Evolución, actualidad, tendencias y efectos. *Revista Política Colombiana*. *El nuevo ajedrez político*: Contraloría General de la República, No. 5, 108-133.

El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana*

The judicial precedent and the principle of criminal legality in the colombian public contracting

Recibido: Junio 16 de 2014 - Evaluado: Agosto 19 de 2014 - Aceptado: Noviembre 14 de 2014

Jeofrey Alfonso Troncoso Mojica**

Para citar este artículo / To cite this Article

Troncoso Mojica, J. A. (Enero-Junio de 2015). El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), (91-118).

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto de investigación que corresponde al resultado final de la tesis de Maestría en Derecho Penal realizada en la Universidad Santo Tomás Bogotá.

** Abogado de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, especialista en Derecho Administrativo, en Gerencia Financiera, en Derecho Penal y Criminología de la misma Universidad, Especialista en Derecho Probatorio de la Universidad Sergio Arboleda. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca de España, candidato a Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Sergio Arboleda, Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Asesor – Consultor Jurídico de entidades públicas y privadas. Profesional independiente ante las jurisdicciones ordinaria, constitucional, de lo contencioso administrativo y disciplinario.
Correo electrónico: jeofrey0215@gmail.com

Resumen

Este trabajo intenta analizar los requisitos legales esenciales de los contratos estatales, como núcleo de la protección penal, a fin de establecer si pueden los jueces por vía interpretativa definir los requisitos esenciales del contrato, sin vulnerar los principios de legalidad estricta y de reserva de ley. También analiza, si dogmáticamente resulta adecuada la protección del principio de legalidad de la administración pública.

En desarrollo del problema de investigación, se tomaron la interpretación jurisprudencial de la conducta prohibida y al ser confrontada con la tendencia de las convocatorias públicas, -durante los últimos tres años- permitió inferir que la amenaza de pena no ha logrado su propósito disuasorio (prevención general negativa), ni de prevención prospectiva del delito (prevención general positiva), pues las malas prácticas de eludir los procesos contractuales resultó ascendente. Por ello es necesario replantear la actual política criminal y fijar nuevas alternativas de criminalización en el contexto de la globalización económica.

Palabras clave: Contrato estatal, requisitos legales esenciales, reserva legal, legalidad estricta.

Abstract

This study aims to analyze the essential elements of the public contract, as a nucleus of legal protection, in order to ascertain whether judges are allowed to define, by interpretation, such elements without violating the principles of strict legality and legal reserve. Furthermore, this study also analyzes whether the preservation of the principle of legality of public contracting is dogmatically adequate.

In development of the research problem, the jurisprudential interpretation of the prohibited conduct was examined in relation to the tendency of open call for tenders –during the last three years-, which led us to conclude that the threat of punishment has not fulfilled its deterrent effect (negative general prevention) nor that of the positive general prevention, since the bad practice of circumvent the contract procedures turned out to be on the increase. For this reason, it is necessary to reconsider the current criminal policy and set up new criminalization alternatives in the context of economic globalization.

Key words: Public contract, essential legal elements, legal reserve, strict legality.

Introducción

En Colombia, la política criminal para enfrentar la corrupción originada en la contratación estatal tiene como primer antecedente legislativo el Código Penal del año 1936, que elevó a la categoría de delito varias conductas desviadas de la actividad contractual. Más tarde, el anteproyecto de Código Penal del año 1976 dedicó un capítulo a la celebración indebida de los contratos de la administración pública, bajos seis modalidades delictivas, con las que el Estado buscaba un mayor grado de intervención penal en la contratación pública, ante el aumento progresivo de la corrupción originada de los contratos de obra, de concesión, de compra, prestación de servicios, entre otros.

Dado el uso frecuente de la contratación con particulares y el desarrollo legal sobre la materia, se expidió el Código Penal del año 1980, el cual recogió en un capítulo tres modalidades delictivas propuesta en el anteproyecto de Código del año 1976, entre ellas, el delito de “*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*”. Días más tarde, el Decreto 141 de 1980 adicionó como ingrediente normativo del tipo el adjetivo calificativo “*esenciales*”, prohibiéndose el trámite, la celebración y la liquidación del contrato, sin la verificación de los *requisitos legales esenciales*. Con esta reforma se restringió el ingrediente valorativo del tipo, pues no cualquier requisito legal omitido tipificaba el delito, a partir de allí se requería de una exigencia normativa específica: debía tratarse de requisitos legales “*esenciales*” del contrato estatal.

En principio no existía mayor controversia sobre la significación del tipo prohibitivo, pues la jurisprudencia había aceptado pacíficamente que por tratarse de un tipo en blanco, debía acudir a las normas extrapenales del momento –como fueron el Decreto 150 de 1976 y después el Decreto 222 de 1983–, aunque dispersas (unas para la Nación, los departamentos y municipios, otras para las intendencias y comisarías), ellas fijaban de manera expresa algunos requisitos especiales de la contratación pública, que diferenciaban el contrato estatal de los negocios derivados del derecho civil y comercial.

Al expedirse el vigente Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993), surgieron problemas hermenéuticos respecto del ingrediente normativo del tipo penal, ya que ninguna definición ni interpretación auténtica

hizo el Estatuto Contractual sobre el tema. En efecto, sin mayor aporte a esta ambigüedad dogmática, la Ley 80 sólo dispuso que los contratos estatales se perfeccionan con el acuerdo escrito sobre el *objeto* y la *contraprestación*. Esta situación conllevó a un cambio de postura de la Corte Suprema de Justicia – vigente aún-, según la cual, además de los requisitos esenciales regulados por el derecho privado, existían otros con relevancia penal, contenidos en la “axiología” de la Carta Política, que son previos, concomitantes y posteriores a la celebración del contrato estatal (Casación Penal, 2000).

A partir de ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sentó el dogma conforme al cual, los principios constitucionales y legales de la administración pública son los requisitos *esenciales* del contrato estatal, aludidos por el tipo normativo. Posición respaldada por la Corte Constitucional (sentencias C-917 de 2001, C-976 de 2001, T-193 de 2010), convirtiéndose dicha hermenéutica judicial en subregla vinculante, al tenor de la sentencia de constitucionalidad C-836 de 2001, sin existir un juicio de ponderación previo respecto de los principios de *ley estricta* y de *reserva de ley* del derecho penal y del pragmatismo derivado de la aplicación del exaltado precedente.

Más allá del utilitarismo en la política criminal del Estado y la eficacia mediática que representa la aplicación del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, frente al fenómeno de la corrupción generada en los contratos estatales, este artículo analizará si la intervención penal basada en las subreglas de juicio creadas por la jurisprudencia pacífica de las Altas Cortes, resulta dogmáticamente ajustada al principio de tipicidad y adecuada válidamente hacia la real protección de bienes jurídicos, en nuestro Estado democrático de derecho.

Problema de investigación

Lo expresado en precedencia, conlleva a formular el siguiente problema hermenéutico:

¿De qué manera la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al determinar los contenidos y alcances de la prohibición penal, podría incurrir en violación de los principios de reserva de ley y ley estricta ante la omisión normativa del Legislador?

Metodología

Para desarrollar los objetivos propuestos se partió de teorías del derecho, de la sociología jurídica, criminología y ciencias económicas, las cuales fueron analizadas dentro de un razonamiento lógico y crítico, para formular reflexiones y otras perspectivas respecto de la hermenéutica trazada por la jurisprudencia, aplicando los métodos deductivo, analítico, dialéctico y sintético de investigación.

Plan de redacción

1. Delimitación del problema

El ingrediente normativo del tipo penal, presenta una doble deficiencia dogmática: La primera, porque el tipo base introdujo un concepto jurídico ajeno al derecho penal y no desarrollado por la teoría de la contratación administrativa, como son los requisitos *esenciales* del contrato estatal. La segunda, porque la norma de complemento (Estatuto de Contratación) no estableció de manera taxativa, clara ni precisa el elemento valorativo de la prohibición penal. Todo lo cual conllevó a la jurisprudencia a trazar con *fuerza vinculante* y bajo la amenaza de una conminación penal, lo que a su juicio resultaba eficiente para combatir uno de los factores de corrupción:

“...El análisis que hace la Sala del ‘aspecto objetivo del delito’ entraña, entonces, comparar la conducta imputada con el tipo penal, a partir de la Constitución Política y de lo pertinente de la Ley 80 de 1993, es decir, con fundamento en una concepción material, axiológica jurídica, conjunta y conglobada de tipo penal, de acuerdo con la cual éste comporta una definición que se extrae de los valores sustanciales que prevé la Carta. Dicho de otra forma, su estudio implica ubicarlo dentro del ordenamiento jurídico entero, que se mira en sus interrelaciones. ... Leer en la norma algo diverso a que los principios constitucionales subyacen a las actividades de tramitación, celebración y liquidación de los contratos, resulta vano y necio....”. (Casación Penal, 17.088, 2000).

La jurisprudencia de la Corte Suprema –con ciertos matices en varios fallos–, convertida en precedente judicial por la Corte Constitucional (sentencias C-917 de 2001, C-976 de 2001, T-193 de 2010), ha fijado el criterio

uniforme según el cual, dentro de los requisitos legales esenciales del contrato estatal están materialmente incorporados también, como componentes suyos y por encima de otras exigencias, los principios constitucionales y legales de la contratación pública, bajo el entendido que el *deber ser* de los trámites previos, de la celebración y liquidación de los contratos de la administración, devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas que sirven de fundamento al contemporáneo Estado Social de Derecho.

Las elaboraciones académicas y jurisprudenciales en torno a los requisitos esenciales del contrato estatal, buscan mecanismos o argumentos jurídicos para diferenciar los elementos básicos del contrato de derecho privado de los propios del contrato público, resultando –en la mayoría de los casos– coincidentes respecto de los presupuestos de validez (competencia y capacidad respectivamente para consentir el negocio, objeto y causa lícita, solemnidades especiales en cuanto al objeto y las contraprestaciones), pero sin respuesta uniforme en cuanto al vacío desentrañado por la falta de definición legal del tipo normativo, núcleo de la prohibición criminal.

Por ello, desde el plano de la *tipicidad penal*, la definición inequívoca de tales requisitos esenciales –presupuesto estructurante del delito–, al no aparecer taxativa ni claramente definido en las reglas extrapenales de complemento (Estatuto de Contratación Estatal, ni en otra norma administrativa), origina elaboraciones jurisprudenciales que, si bien ofrecen justificaciones teleológicas sobre la barrera de protección de la norma, en la práctica se constituyen en dogmas judiciales que buscan soluciones pragmáticas ante la vaguedad del tipo normativo y con ello enviar un buen mensaje de respuesta a la sociedad, frente a la lucha contra el fenómeno de la corrupción proveniente de la contratación pública.

En efecto, la tesis argumentativa expuesta por la jurisprudencia para la validez del tipo penal analizado, se asienta en la protección del bien jurídico de la administración pública y del principio de legalidad, pero en el fondo se trataría de una decisión político-criminal que sirve sólo para mostrar cuantitativamente la respuesta estatal contra uno de los factores que más corrupción administrativa y desigualdad social genera en nuestro país, pues los resultados de la percepción ciudadana sobre la corrupción (IPC), realizada por la ONG Transparencia Internacional para el año 2014, ubicó a Colombia en el puesto número 94 de 175 países evaluados en el Mundo, y en el lugar 17 de 31 naciones del continente Americano (Transparency International, 2014).

Finalmente, atendiendo la interpretación gramatical del tipo normativo, en este trabajo se partirá de dos conceptos sustancialmente diferenciados: la contratación pública y el contrato público. La contratación estatal, pública o administrativa, es el conjunto de procedimientos, trámites y gestiones de la administración íntimamente ligados a la celebración, ejecución, terminación y liquidación de los contratos que requiere el Estado. Mientras que el contrato estatal, público, de la administración pública o administrativo es el acto jurídico individual generador de las obligaciones y prestaciones para las partes suscribientes.

No obstante, desde las categorías dogmáticas conquistadas a partir del “derecho penal liberal” y ratificadas en el Estado democrático de derecho, la situación podría resultar alarmante si se pondera con dos principios limitantes de la intervención penal, como son el de *ley estricta* y el de *reserva de ley*, según los cuales, el delito debe ser definido de modo claro, expreso e inequívoco en una norma penal, y sólo el legislador puede crear, modificar o suprimir estas normas, respectivamente. Por lo cual resulta importante un estudio transversal y contextual de la norma.

2. Análisis de la jurisprudencia y su validez en el derecho penal

La Corte Constitucional ha reiterado que el cambio político de un Estado Liberal de derecho (fundado en la soberanía nacional y en el principio de legalidad), a un Estado Social de derecho (basado en la soberanía popular, cuyos fines esenciales son servir a la comunidad y la garantía de efectividad de los principios, derechos, deberes y libertades), presupone la renuncia a las teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia político-criminal. Por consiguiente, sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es, conforme al marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas (sentencia C-070 de 1996).

Mediante sentencia C-133 de 1999, la Corte Constitucional precisó que el principio de legalidad en materia penal garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos, en tanto les permite conocer cuándo y por qué motivos podrían ser objeto de penas, bien privativas de la libertad o de otros derechos, para impedir la arbitrariedad o la intervención indebida por parte de las autoridades encargadas de aplicar las sanciones.

Pese a la clasificación de los tipos en blanco y su aceptación en nuestro ordenamiento, la doctrina constitucional condiciona la aplicación de esta técnica legislativa a la existencia de normas complementos –anteriores a la comisión del hecho– que definan de forma *clara e inequívoca* aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco, cuyos contenidos le sirvan al intérprete y específicamente al juez penal, para precisar la conducta tipificada como punible y así realizar una adecuada integración normativa que cumpla con los requisitos para la plena realización del principio de *legalidad estricta*. Es decir, para los tipos penales en blanco, la norma jurídica complementaria igualmente debe cumplir con las exigencias sustanciales de *preexistencia, claridad y univocidad* que caracterizan el principio de tipicidad penal (artículo 6-2º Código Penal).

En la sentencia de constitucionalidad que origina esta disertación, la Corte reitera su precedente respecto del tipo en blanco, señalando que si bien la regla general consiste en que el tipo objetivo contenga una descripción completa de la conducta merecedora de sanción, también el derecho penal permite excepcionalmente que, dada la naturaleza de la actuación que se quiere reprimir y la dinámica de la interacción social de determinados comportamientos humanos, el legislador pueda considerar necesario –en ciertos casos de temática especial– un reenvío normativo:

“siempre y cuando tal remisión sea clara e inequívoca. Es decir, que no quede al arbitrio de la autoridad penal, la creación del tipo, ni expuesto el procesado a una arbitrariedad de la autoridad del Estado, por la ambigüedad en la descripción de la conducta considerada como delito” (Sentencia C-917 de 2000).

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que en los tipos penales en blanco o de reenvío, la conducta prohibida no se encuentra definida íntegramente por el legislador, sino que debe acudir a un precepto del ordenamiento jurídico para precisar con nitidez su contenido, alcance y adecuación típica, atendiendo los frecuentes cambios de la realidad social. En tal sentido, considera la Corte que no se viola el principio de reserva de ley cuando el legislador señala los elementos básicos para delimitar la prohibición y remite a otras instancias el complemento, pero a condición de que éste sea claro y permita establecer sin equívocos la conducta punible y su sanción (Casación Penal, 23899, 2005).

Respecto a la estructura de los tipos penales en blanco, la jurisprudencia citada distingue dos elementos: el *núcleo esencial* y el *complemento*. El primero, corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador, quien debe señalar con toda claridad y precisión los requisitos básicos de la conducta punible y la respectiva punibilidad, además del reenvío expreso o tácito a otro precepto. El complemento, en cambio, especifica las condiciones en que tiene lugar el núcleo, ya sea de índole penal o extrapenal, a condición de que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene competencia para proferirlo. Tanto el núcleo esencial como el complemento, integran una sola conducta típica.

Ahora bien, la dogmática penal, entendida como metodología para una adecuada interpretación del derecho penal sustantivo (normas *ius cogens*), ofrece variadas categorías para el entendimiento sistemático del delito y sus consecuencias. Una de las mayores conquistas dogmáticas en el marco del derecho penal liberal y garantizador que emerge del Estado de Derecho, fue el principio de *tipicidad* (FERNÁNDEZ, 2013, p. 202), especialmente las exigencias de *taxatividad*, *precisión* y *claridad* en la definición del delito, desarrollo superlativo del principio de legalidad del delito, pregonado por los iluministas para impedir el arbitrio judicial al momento de la intervención penal.

Por consiguiente, si una de las características fundantes del principio de tipicidad del delito es la taxatividad, claridad y univocidad del comportamiento prohibido, pretender que el supuesto de hecho del tipo en blanco se halle en los principios basilares de la estructura operativa de la administración pública (normas de optimización), y no en reglas específicas de determinación que le permitan a los destinatarios conocer el sentido completo de la prohibición penal y de contera el alcance de la amenaza de pena, podría constituir un evidente desconocimiento del principio de tipicidad (estricta legalidad), sobre el cual se legitima la intervención estatal en la libertad de los ciudadanos y demás destinatarios del derecho penal.

Nótese que en el ámbito constitucional los principios deben apreciarse en el aspecto deontológico, mientras que los valores, como categoría suprema, se conciben en el plano axiológico. Ello implica que no necesariamente los principios tengan la misma naturaleza en el esquema iusfilosófico, pues como normas deontológicas están desprovistos de los imperativos propios del derecho penal y de contera sólo sirven para la creación de las leyes y la labor interpretativa de los jueces, en tanto que mirado como normas preceptivas, los

principios organizan las instituciones del Estado, determinan las competencias de éstas y de las autoridades.

En consecuencia, la aplicación del tipo penal que se analiza, bajo la perspectiva decantada por la jurisprudencia, enfrenta los principios orgánicos de la administración pública –que los hace extensivo a la contratación estatal– con dos de los valores axiológicos fundantes del Estado Social de Derecho, como son el principio de legalidad, límite del *ius puniendi* (estricta legalidad del delito), y el derecho a la libertad. Tensión ante a la cual, el *Estado legislador* debe garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, y por su parte, el *Estado juez* debe interpretar las normas siempre a favor de tales derechos. Adicionalmente, los principios de la administración pública no tienen carácter axiológico en el modelo del Estado Social de Derecho, pues son el *medio* o los lineamientos generales para garantizar los cometidos institucionales, pero no el fin.

De otra parte, la determinación jurisprudencial de un catálogo de requisitos legales esenciales de la contratación estatal, formulados para rescatar la utilidad de un precepto plagado de ambigüedad y vaguedad legislativa, en aras de contrarrestar uno de los factores generadores de corrupción administrativa, violaría el principio de *reserva de ley* -limitante del poder punitivo del Estado-, especialmente en lo que respecta a la potestad de configuración normativa del Congreso de la República para crear, modificar o determinar el régimen de responsabilidad al que se someten los servidores del Estado (artículo 124 de la Carta Política).

En efecto, bajo el derrotero de la protección de los principios constitucionales de la administración pública –en especial el de legalidad–, en la Sentencia de octubre 6 de 2004, expediente 16.066, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Edgar Lombana Trujillo, modula el alcance expansivo de su jurisprudencia del año 2000 y en evidente *rol* legislativo regula la aplicación del tipo normativo, precisando los requisitos legales esenciales del contrato estatal, así:

[...] Principios que toman cuerpo en los requisitos que la ley de contratación exige sean cumplidos en las distintas fases del proceso de contratación pública. **2.1.2.1. Unos previos a la celebración del contrato que de ser omitidas impiden su nacimiento**, son ellos: a. Competencia del funcionario para contratar. b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar. c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente.

d. La Licitación o el concurso previo. **2.1.2.2 Requisitos concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular, son ellos:** a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos. b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista. c. La firma del contrato por las personas autorizadas. **2.1.2.3. Requisitos posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el contrato la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado; son los siguientes:** a. La aprobación por parte de la entidad competente. b. El pago del impuesto de timbre. c. La publicación del contrato en el órgano competente, para efectos de la publicidad del acto... [Negrillas fuera del texto].

Como se advierte, la precisión del *supuesto de hecho* del tipo complementario, fue el resultado de una actividad intelectual del poder judicial y no del debate y aprobación democrática propia de la actividad legislativa. Con lo cual una segunda crítica al precedente judicial analizado, estribaría en desconocer el principio de *reserva de ley*, pues más que un dinamismo hermenéutico inherente al poder interpretativo de las altas Cortes de Justicia del país, por lagunas legales, se estaría vaciando al Congreso de la República de la competencia exclusiva y excluyente de expedir los tipos penales.

3. Ubicación teórica del precedente objeto de análisis

La *jurisprudencia de conceptos* fue el primer momento del positivismo jurídico en Alemania, tomada del derecho romano por Savigny y desarrollada inicialmente por Von Ihering, donde el simple análisis sintáctico o significación de las normas que conformaban los códigos sería suficiente para resolver los problemas de interpretación en el derecho, ya que los principios generales del derecho y la analogía se tomaban excepcionalmente para la construcción de un marco conceptual restrictivo, ante los casos de deficiencias o inadecuación de las descripciones legales (Fernández, 2009, pp. 352-354).

En una segunda etapa de Ihering, nace la jurisprudencia de intereses como limitante a la interpretación contra legem de la Escuela del Derecho Libre de Radbruch y en contraposición a la histórica jurisprudencia de conceptos. Es el cambio de paradigma que convertiría al juez en verdadero creador del derecho, al considerar que las reglas e instituciones debían responder a la

satisfacción de ciertas necesidades sociales, donde el protagonista principal era la razón del juez, quien estaba llamado a solucionar los problemas de laguna legal (Sánchez, 2007, pp. 72-77).

La jurisprudencia de intereses, fue desarrollada en el derecho civil por Philipp Heck. Sin embargo, esa facultad valorativa o dogmática teleológica del juez –no de mera subsunción– sufrió duras críticas, al cuestionarle de haber servido de fundamento al Estado totalitario del partido Nacionalsocialista, donde los jueces interpretaban las leyes para colaborar con los propósitos del “*Führer*” y del régimen fascista que operó en la Alemania del III *Reich*. Por lo cual, las fracturas entre las interpretaciones formal (jurisprudencia de conceptos) y la pragmática del derecho (jurisprudencia de intereses), debió ser superada en los actuales estados sociales de derecho, con la *jurisprudencia de los valores* (Gutiérrez, 2002, p. 75), cuyo mayor énfasis es la protección de los derechos fundamentales. Esta será el punto de partida para el análisis del precedente *supra*.

En los actuales estados sociales y democráticos de derecho, donde la acción estatal gira alrededor del ser humano (concepción antropocéntrica), y no viceversa como sucedía en los estados liberales (teoría estatocéntrica del Estado), se exige al juez –al momento de interpretar las normas penales– una actividad hermenéutica respetuosa de los derechos fundamentales y en ese sentido más creativa que la otrora jurisprudencia de intereses, defendida hace un siglo por Heck, pues uno de los errores del desarrollo actual de la teoría del derecho, es considerar que toda creación del derecho se basa normalmente en una racionalidad social y no en una irracionalidad social, por lo que debe partirse de una conexión racional entre las normas jurídicas y el comportamiento social humano (Garzón, 1999, pp.157-158).

La doctrina dominante en el derecho penal, considera que con el tenor literal de un precepto, el legislador crea un marco de regulación que debe ser concretado con la labor interpretativa del juez, acorde con el significado textual de la norma, la concepción histórica del legislativo, el contexto sistemático penal y la teleología de la ley, sin desbordar los límites que imponen los fundamentos políticos y jurídico penales del principio de legalidad. Bajo esta perspectiva, hallar el punto de convergencia entre la actividad legislativa y la potestad hermenéutica del juez, resulta un reto bien crítico dentro del principio de legalidad del delito.

Para ello, debe partirse de dos conceptos separados que se vinculan a las normas jurídicas: los deberes jurídicos y los derechos subjetivos. En la conexión funcional de esos deberes y derechos, se concreta la conducta humana deseada por los hombres a través de la creación de normas que constituyen la vivencia de los valores jurídicos, y por consiguiente la condición para la creación, modificación o extinción de las vinculaciones normativas entre los deberes jurídicos y derechos subjetivos. Empero, debe partirse de la consideración que en los estados democráticos de derecho, esas normas jurídicas dimanar exclusivamente del poder legislativo.

Para Hart, el juez goza de discrecionalidad relativa debido a la autonomía funcional que le es propia y al resolver los casos fáciles emplea la subsunción, mientras que en los casos difíciles habrá más de una solución correcta posible, donde la libertad para decidir está limitada por la semántica del texto de la norma, los precedentes judiciales, el deber de imparcialidad y las formalidades exigidas para la expedición del fallo. Dice que la naturaleza indeterminada de una norma, surge del lenguaje -su verdadero insumo- y del desconocimiento pleno de hechos presentes y futuros, lo que conllevará indudablemente a su cambio (Dueñas, 2006, pp. 20, 30). Todo lo cual permite concluir, que la labor interpretativa del juez se encuentra fundada en un concepto subjetivo como es la voluntad, que podría inclusive degenerar en un decisionismo.

Contrario a la proposición de las varias soluciones posibles, Ronald Dworkin expone su teoría de la única respuesta correcta, conforme a la cual los jueces deben argumentar sus decisiones –por encima de las subjetividades– basados en las reglas previstas para el caso específico y en los principios para ampliar la cobertura de casos. En tal sentido, los principios más que simples declaraciones de buena voluntad, son mandatos para lograr un objetivo colectivo o derechos individuales de jerarquía superior en el ordenamiento (Dueñas Ruiz, 2006, pp. 32-34). La respuesta correcta, será aquella donde el juez, al que Dworkin denomina “Hércules”, justifique con una teoría de principios el “peso” que corresponda a las reglas del derecho, ante el supuesto de presentarse colisión entre los preceptos jurídicos (Alexy, 2002, pp. 8,10).

Alexy, influenciado por Dworkin empieza por concebir que tanto las reglas como los principios son normas jurídicas, pero estudia la interacción de los elementos ontológicos y sociológicos en el sistema jurídico y sus consecuencias, para darle solución a problemas jurídico-dogmáticos suscitados por las normas confusas. Alexy se muestra de acuerdo con la teoría de Dworkin

en diferenciar las fórmulas de colisiones entre reglas y principios. En el caso de conflicto entre reglas la solución es fácil: “todo o nada”, pero en el caso de los principios no sucede lo mismo, pues Dworkin ante la colisión de estas normas, plantea que debe darse valor decisorio al principio de relativamente mayor peso (Alexy, 2002, pp. 9-11).

El profesor Alexy señala que para la correcta interpretación del ordenamiento jurídico debe establecerse el núcleo de la diferencia entre los principios y las reglas. Dice que los principios son normas que buscan regular en la mayor medida posible determinadas eventualidades jurídicas y fácticas, siendo “mandatos de optimización” que pueden cumplirse en diversos grados; en cambio, las reglas son determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente, pues sólo se exige una específica medida de cumplimiento. Para el jurista alemán, los principios y los valores son lo mismo, pero el primero apreciado en el aspecto deontológico, y los valores desde el punto de vista axiológico (Alexy, 2002, pp. 13, 14, 16).

Alexy parte de la categoría superior de los derechos fundamentales enlistados por las constituciones democráticas, cuya protección vincula al órgano legislativo, al ejecutivo y por supuesto al aparato judicial. Por consiguiente, en caso de ambigüedades en la interpretación de la ley, el juzgador ponderará en el caso concreto el impacto sobre los derechos fundamentales, para evitar al máximo que los mismos puedan resultar lesionados con su decisión (Alexy, 2002, pp. 34, 35). Se plantea entonces, un sistema jurídico en el que la validez jurídica, moral y social de la norma se apoya en la intangibilidad de los derechos fundamentales institucionalizados.

Por su parte, Habermas confronta los modelos normativos liberal-burgués y el republicano con su lectura de los derechos fundamentales, optando por un modelo identificado con el segundo, que agrupa una teoría de la sociedad o de la acción comunicativa, un patrón de decisión judicial deontológico que involucre justicia para todos -en oposición al axiológico que busca fallos buenos para algunos-, un paradigma reflexivo del derecho, y por último, un modelo de democracia sólido que propenda por la deliberación y participación de la opinión pública (Mejía, 2009, p. 70).

La postura de Habermas, no aborda el tema de la validez de la norma desde la óptica planteada por Alexy, pues se enfoca tanto en la legitimidad

política, bajo el entendido de que en todo Estado democrático el derecho se fundamenta en una soberanía popular plural, como en la validez jurídica que parte de un principio consensual de legitimación –o discursivo–, donde se privilegian las condiciones comunicativas de los diversos colectivos (Mejía, 2009, pp. 55-57). Todo lo cual, se opondría al hecho de que mediante sentencias un selecto grupo de juristas institucionalizados, sin tomar en consideración las estructuras de la acción comunicativa, sean los que determinen axiológicamente el contenido de las normas jurídicas difusas, para restringir de su libertad y ciertos derechos fundamentales a los ciudadanos.

Si examinamos la problemática del precedente analizado desde el constitucionalismo moderno, tenemos que el neoconstitucionalismo en la tesis de Prieto Sanchis, pregona la delimitación precisa e infranqueable entre los derechos fundamentales y la ley, en la cual existe un modelo argumentativo de ponderación de las relaciones normativas que impone al Legislador el deber de sustentar todas las restricciones a los derechos fundamentales, para evitar la arbitrariedad y realizar al máximo los mandatos materiales determinados en las normas constitucionales a que están sometidos tanto el órgano legislativo como el judicial, este último quien cuenta con funciones específicas de control negativo-positivo para inaplicar las normas legales que no permitan dicha maximización (Bernal Pulido, 2006, pp. 12, 13, 17).

En el lado opuesto del debate, el positivismo constitucionalista con la tesis de García Amado, sostiene que los jueces cumplen funciones de control negativo puro de las normas legales y en tal sentido deberán inaplicarlas, cuando adviertan vulneración abierta de la semántica de enunciados constitucionales; mientras el legislador, tiene la misión de elegir entre las distintas alternativas de realización del derecho, los significados acordes con la Constitución y la soberanía popular. Esta corriente del positivismo jurídico, parte de una interpretación semántica de las normas, basada en los términos y enunciados constitucionales (Bernal, 2006, p. 16).

Ferrajoli, en su teoría del garantismo penal, advierte que luego de la Segunda Guerra Mundial, el principio de legalidad estricta o de taxatividad y precisión empírica de los tipos penales, sufrió una descalificación teórica de sus bases epistemológicas, aunado a la inflación del derecho penal que viene siendo utilizado como instrumento de sustitución de otras funciones de control, al punto de presentarse a una disfunción del lenguaje legal que privilegia formulaciones equívocas, oscuras y de compromiso, respecto de las

cuales, doctrina y jurisprudencia se muestran inciertas en cuanto a su rango constitucional y alcance normativo (Ferrajoli, 2001, p. 385).

Ferrajoli, pese a reconocer que existe una inevitable discrecionalidad de los jueces que comprometen tanto su poder cognoscitivo del juicio como su deber de sujeción a la ley, también asegura que la inmunidad del ciudadano frente a las intervenciones arbitrarias de sus derechos fundamentales, está garantizada por el principio de reserva de ley¹ o sometimiento del juez solamente a la norma legal, y de ello se deriva el nexo entre la verdad procesal condicionada a estricta legalidad o taxatividad del tipo objetivo y la libertad del ciudadano (Ferrajoli, 2001, pp. 39, 40, 918).

Desde otra perspectiva, si tomamos como referente la moral y el concepto deontológico en que se fundamentan las políticas institucionales contra la corrupción administrativa, nada mejor que el enfoque utilitarista sobre las reglas jurídicas de John Rawls, quien las concibe como el conjunto de convenciones o hábitos -por encima del ser humano- que definen los deberes, roles, movimientos, sanciones y defensa que deben ser respetadas y aplicadas en los diferentes entornos de la vida social para así evolucionar, donde la acción dependerá de una regla que defina un hábito o práctica determinada, sin la cual no puede existir. En tal sentido, dado el contenido moral de esas reglas o hábitos, se justificaría toda intervención estatal. (Melkevik, 2006, pp. 214 y 215.)

En ese sentido, independiente de la discusión conceptual, trátase de neoconstitucionalismo o de positivismo constitucionalista, tampoco tendría cabida la interpretación jurisprudencial que viene dándose al ingrediente normativo del tipo objeto de este artículo, primero, porque la restricción a todo derecho fundamental debe ser debidamente sustentada por el legislador, y segundo, porque los jueces deben ejercer el poder interpretativo negativo de inaplicar las normas legales en eventos de abierta degradación de los mandatos de maximización; verbi gracia, porque la norma legal atenta ilegítimamente contra el derecho a la libertad de los ciudadanos, el principio de legalidad

¹ El texto original hace referencia a la “*estricta legalidad*” como la sujeción del juez a la ley (pág. 918 párrafo final); sin embargo, estimo que se quiso hacer mención al principio “*de mera legalidad*”, así denominado y advertido previamente por el autor (páginas 34 párrafo final y 35 párrafo primero, aparte tercero).

del delito o el postulado orgánico de la separación de los poderes públicos, entre otros.

4. Inconvenientes hermenéuticos por la aplicación del precedente

Otro análisis frente a la postura de la jurisprudencia que se estudia, tiene que ver con el ingrediente normativo del tipo y su correspondencia con el principio de tipicidad consagrado en el Código Penal, en virtud del cual nadie puede ser juzgado sino conforme a las *leyes claras e inequívocas preexistentes* al acto que se le imputa. Como se expuso en líneas anteriores, el precedente sentó la línea interpretativa conforme a la cual los *requisitos legales esenciales* del contrato estatal son los *valores y principios* constitucionales y legales de la administración pública, más los requisitos de validez de la contratación privada. Esta textura abierta podría dar lugar a la indeterminación del tipo valorativo, desconociendo el principio de univocidad de la conducta prohibida, sumado a la eventual pretermisión del principio de reserva de ley.

Por cuenta de la amplitud valorativa del tipo normativo y de la tensión entre el deber de protección de los derechos fundamentales y el deber funcional de control sobre la administración pública, resulta importante –a nuestro propósito– el examen de tipicidad del comportamiento prohibido, frente a la dogmática vigente en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de verificar si además del vaciamiento de las competencias legislativas o violación del principio de reserva de ley, podría estarse infringiendo el postulado de *lex stricta*, por ambigüedad del elemento valorativo del tipo. Fenómenos duramente criticados por los ilustrados en el siglo XVIII.

En el derecho colombiano, la jurisprudencia constitucional ha dedicado valiosos prolegómenos sobre la interpretación judicial en las labores de realización de los derechos y libertades individuales, y la aplicación del derecho positivo a las realidades sociales que dicha actividad comporta. Por ende, toda hermenéutica judicial debe guardar coherencia con las normas constitucionales (Sentencia C-1026 de 2001), y ante dos interpretaciones posibles, el juez debe inclinarse por aquella que, en grado superlativo, resulte más adecuada a los mandatos superiores, o, frente a dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez escogerá en forma razonada la que mejor satisface los dictados del constituyente.

No obstante, el precedente examinado vuelve más difuso la aplicación del tipo normativo, al punto que la definición de la conducta prohibida (elementos esenciales), parecería depender de la valoración especial de cada caso y de la posición pragmática que asuma el juzgador para reprimir las irregularidades surgidas de los procesos contractuales. Bajo ese entendimiento, no parecen concebidos los *derechos fundamentales* como el objeto y el límite (principio - fin) del poder jurisdiccional en la interpretación de las normas jurídicas, ya que el juez debe ser garante de principios fundamentales de aplicación inmediata (art. 1º, 85, 93 C. Pol.), estando legitimado para oponerse a la aplicación de una regla legal, cuando la misma resulte contraria a los postulados constitucionales (control negativo), pero jamás podrá reemplazar el poder de autorregulación que en los estados democráticos el pueblo delega soberanamente al legislativo.

Con lo cual, podrían sacrificarse –entre otros– el derecho a la libertad de las personas y el principio de legalidad del delito, postulados iusfilosóficos que permean de contenido axiológico las normas rectoras del Código Penal, como esencia del sistema dogmático de aplicación de la ley criminal. Ahora bien, es cierto que la ley penal comporta una severa restricción de los derechos fundamentales, pero a su vez constituye un mecanismo de convivencia pacífica, de protección de esos derechos y de otros bienes constitucionales. Por tal razón, la ley penal es concebida como la expresión de la voluntad popular, realizada en un proceso donde se garantizan el principio democrático y el pluralismo político, cuya respuesta estatal debe ser idónea, proporcional a la conducta objeto de pena y operar únicamente cuando no hay otras alternativas.

Por lo anterior, al momento de la intervención penal o concreción de la conducta prohibida, el juez tiene a su cargo la ponderación de los derechos y garantías fundamentales del ser humano a quien se le imputa la comisión del delito, sopesados con la observancia de los principios y deberes de administración pública que el artículo 209 de la Carta Política impone, más el condicionante de que en materia de responsabilidad de los servidores del Estado sólo el legislador puede establecer su régimen de responsabilidad (artículos 6º, 121 y 124 *ibídem*).

Por consiguiente, pese a que nuestra jurisprudencia se ha inclinado por la teoría liberal del derecho en la línea de Hart, el ámbito de interpretación del tipo penal no le permite al juez suplir el déficit legal ni las lagunas normativas que en materia de intervención del derecho de libertad le compete exclusivamente al

legislador, por cuanto la discrecionalidad hermenéutica del juzgador encuentra en los derechos fundamentales y en los preceptos constitucionales una clara limitante, cuyo desconocimiento comporta arbitrariedad. De tal suerte, que la disminución de derechos subjetivos y de axiomas supremos, entre ellos la *libertad*, *legalidad estricta* y *reserva de ley*, únicamente pueden ser objeto de limitación en virtud de disposiciones claras y restrictivas, emanadas del órgano legitimado por el soberano (artículo 28 Carta Política).

Las reglas sobre contratación estatal, a través del tiempo, además del fin legítimo perseguido en cuanto a la adecuada prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, buscan paralelamente asegurar la objetividad en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, mediante un sistema reglado que garantice la igualdad de oportunidades, la publicidad y demás instrumentos de la administración pública. Más allá de la misión prestacional del Estado con que siempre se justifica la antijuridicidad del delito en estudio, hay una realidad económica-social latente que podría colapsar el desarrollo o sostenibilidad de la sociedad: la *libre competencia económica*. Por lo cual, podríamos estar ante a una acción lesiva del orden económico a cargo del Estado, más allá de la *legalidad formal* que pregona con insistencia la jurisprudencia.

En efecto, desde la perspectiva de la desviación de intereses (factores motivacionales), se vulnera la *libre competencia empresarial*, en virtud de la monopolización de hecho de los contratos estatales que representan los acuerdos ilícitos entre funcionarios y ciertos contratistas (cárteles de la contratación)², ya que para poder contratar con la administración pública los empresarios excluidos deben concertar sobornos con los ordenadores del gasto (Tiedemann, 2007, p. 174). De esa forma se abre un paso a los “oligopolios”, conformados

² Mediante las Resoluciones No. 54693 y 54695, ambas del 16 de septiembre de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio, sancionó a personas naturales y jurídicas pertenecientes al denominado “Grupo Nule” por conductas anticompetitivas derivadas de acuerdos en la contratación pública que adelantó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en el año 2007, para la interventoría de los contratos conocidos públicamente como de Bienestarina y de Hogares, por violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitaciones o concursos), artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010.

por un selecto grupo de empresarios que canalizan la contratación, trayendo consigo efectos nocivos para el interés general.

La primera consecuencia perceptible de la ausencia de libre competencia, es la baja de la inversión de las grandes empresas (nacionales y extranjeras), dado el trato inequitativo, el aumento de los costos asociados al contrato, la disminución de la tasa de retorno y la incertidumbre que ello genera, asociado al fracaso del objeto de la contratación. Todo lo cual, conduce a que la inversión privada en proyectos públicos sea reemplazada por fuentes ilícitas provenientes de organizaciones criminales, quienes utilizan la contratación pública para su financiación a través de operaciones de lavados de activos con empresas de fachadas (Castro, 2009, pp. 75-76), permitiéndoles el fortalecimiento de su actuar criminal y un *estatus* político-social simbólico³.

La segunda consecuencia de quebrantar la libre competencia, es el incremento subrepticio de los bienes y servicios objeto de contratación, toda vez que al existir un acuerdo ilícito producto de sobornos y de prácticas corruptivas, debe inflarse el monto real del contrato para crear un punto de equilibrio para el contratista o éste debe bajar ostensiblemente el volumen o calidad del bien o servicio contratado, reduciendo la calidad de vida de los coasociados o impidiéndole el acceso a servicios públicos a las clases más necesitadas y deprimidas (Castro, 2009, p. 77).

Desde ese aspecto, se advierte que a pesar de la creciente apertura económica de los últimos años –reflejada en los tratados de libre comercio suscritos por el Estado Colombiano– y la tendencia a la mejora de nuestra economía, resulta notoria la disminución de los procesos de licitación pública y de otras convocatorias abiertas para la escogencia de los contratistas. Lo cual evidencia que el verdadero problema no ha sido resuelto por el derecho penal con el discurso político-criminal de la intangibilidad de los principios y valores de la administración pública, concretamente de los postulados

³ Entre otros casos, pueden citarse por vía de ejemplo, la sentencia de única instancia No. 32081 de octubre 28 de 2009 contra el ex Gobernador de Casanare William Hernán Pérez Espinel, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero; y la condena impuesta el 11 de septiembre de 2013 contra el ex Gobernador de Sucre Salvador Arana, ambas condenas por financiamiento de grupos armados ilegales a través de contratos de la administración pública.

de legalidad, el interés general, la igualdad, moralidad pública, eficacia, planeación, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad a que alude reiteradamente la jurisprudencia. Por lo que el precedente objeto de estudio requiere igualmente de una seria revisión, no sólo en cuanto a la legalidad del tipo –ley estricta y reserva de ley-, sino al bien jurídico objeto de tutela penal.

Vista así las cosas, el precedente judicial analizado genera un problema dogmático perceptible desde tres aristas: 1) el legislador no determinó de forma clara, precisa y expresa los supuestos de hecho del tipo penal, 2) el juez es quien determina el elemento normativo del tipo y, 3) la lesividad material del bien jurídico tutelado por el magisterio penal (antijuridicidad) no fue categórica.

Como se advierte, la jurisprudencia ha partido de un enfoque funcional del delito, donde la pena yace como confirmación del orden establecido, desconociéndose que para el mismo HEGEL el delito además de dirigirse contra la libertad en su aspecto externo, también involucra otra alta determinación del individuo como es el honor, por lo que el delito siempre será concebido como un ataque contra la libertad, pese a su contenido específico (Lesch, 2000, pp. 25-26). Por ello, la indeterminación del tipo penal analizado, sumado a la textura abierta de la prohibición -delineada por el precedente judicial-, podrían conllevar a un amplio margen de arbitrio judicial que expone en alto riesgo los derechos fundamentales de las personas, la libre competencia económica de las empresas y los cometidos estatales que se persiguen con la contratación pública.

Conclusiones

Por vía interpretativa la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, estableció unas pautas generales según las cuales los principios constitucionales que orientan la función administrativa y las condiciones de validez de los contratos del derecho privado, son los requisitos legales *esenciales* del contrato estatal que componen el tipo normativo del delito “contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, tipificado en el artículo 410 del Código Penal Colombiano; interpretación que estaría desconociendo los principios de legalidad estricta y de reserva de ley.

Los principios, valores y la axiología de la administración pública que integran el tipo de prohibición, son argumentos de validez utilizados por la jurisprudencia para contrarrestar la corrupción originada en la contratación

pública y legitimar la vigencia del tipo penal bajo estudio, pero en la práctica se sigue utilizando el contrato estatal como medio eficaz para las prácticas corruptas, resultando ineficaz la aplicación del precedente judicial sobre la materia, en cuanto a la prevención general buscada con la norma penal.

Después de una revisión de las normas penales y especialmente respecto de la evolución de la teoría del delito, se constató que el principio de tipicidad sigue manteniendo las exigencias de claridad, taxatividad y univocidad de la conducta prohibida, las cuales garantizan que la intervención del Estado en la libertad de las personas no quede sometida al arbitrio o capricho de los jueces.

La tipicidad de los “principios y valores” de la administración pública, no resultaría acorde con el axioma de intervención mínima del derecho penal, puesto que dentro del sistema normativo, los principios están llamados a servir de fundamento de todo el ordenamiento jurídico, actuar como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas de derecho y a servir de fuente integradora del derecho, en específicos casos de laguna normativa.

El desarrollo jurisprudencial examinado vuelve más difusa la aplicación del tipo normativo con que se ataca la criminalidad originada en la contratación pública, al punto que la definición de la conducta prohibida (requisitos legales esenciales), parecería depender de la valoración especial de cada caso y de la posición pragmática que asuma el juzgador penal, para reprimir las fortuitas o voluntarias irregularidades surgidas de los procesos contractuales, conduciendo inclusive a posturas violatorias de la seguridad jurídica.

Si bien las elaboraciones académicas que la jurisprudencia ha entregado a la problemática serían de vital importancia para el fundamento teórico de una definición legal, no puede perderse de vista que ante la inexistencia de *precisión y taxatividad* normativa respecto de los requisitos esenciales del contrato estatal, estas posiciones resultan inadecuadas -desde el punto de vista dogmático- para sustentar la declaratoria de responsabilidad penal en los casos concretos, dado el evidente doble *rol* de legislador y juzgador que en la práctica estaría asumiendo la judicatura, frente a la ambigüedad de la norma penal.

El precedente judicial apunta a combatir una de las causas generadoras de la corrupción pública, pero no debe perderse de vista que de no existir límites claros de aplicación del tipo penal, podría revivirse el superado método de interpretación legal conocido como la *jurisprudencia de intereses*,

tergiversada por el “FÜHRER” y el régimen fascista que operó en la Alemania del III *Reitch*, con lo cual se sacrificarían los principios fundantes del derecho penal liberal, divulgados por BECARÍA y reformulados por Feurbach; se desconocería el principio de legalidad estricta, una de las mayores conquistas del derecho penal y el principio de intervención mínima, defendido por Ferrajoli.

Los principios de la función administrativa aplicados a la contratación estatal, más que postulados *ius filosoficos* o axiológicos, constituyen preceptos deontológicos o deberes legales a que está sujeta la administración pública. El derecho penal no puede proteger principios ni valores en abstracto, sino bienes jurídicos en concreto que salvaguarden los derechos fundamentales y sociales, ya que de esta forma se legitima y se delimita el poder punitivo del Estado, quien cuenta con instrumentos jurídicos adecuados y eficaces para salvaguardar la legalidad de los procesos contractuales.

Resultados

El delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, tipificado en el artículo 410 del Código Penal, viola el principio de estricta legalidad por carecer de definición clara, expresa e inequívoca del ingrediente normativo.

La jurisprudencia desconoce el principio de reserva de ley, al determinar por vía interpretativa la significación y alcance de la prohibición penal, a pesar de la indeterminación de las normas nuclear y de complemento del tipo en blanco.

Al determinar la jurisprudencia que los requisitos legales esenciales del contrato estatal -señalados por el tipo penal-, son los principios axiológicos de la Constitución Política que irradian la función administrativa, se amplía la textura de la norma prohibitiva dando lugar al arbitrio judicial, por cuanto los principios constitucionales “*se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados*” (sentencia T-406 de 1992) y no a supuestos fácticos concretos.

La protección criminal del *principio de legalidad* de la administración pública, resulta dogmáticamente inadecuada para contrarrestar la corrupción originada en la contratación estatal indebida, ya que el núcleo de la tutela penal potencialmente serían el deber de selección objetiva y el derecho de *libre competencia económica* de las empresas.

Referencias

- Agudelo Betancur, Nódier (2004). *La Estructura del Delito en el nuevo Código Penal*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Nueva edición.
- Alexy, Robert (2002). Derecho y Razón Práctica. *Filosofía del Derecho y Política* (2a reimposición corregida). México: Biblioteca de Ética.
- Bernal Pulido, Carlos (2006). *El neoconstitucionalismo al debate: Temas de derecho público* (1a edición). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, Carlos (2006). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Tercera reimposición.
- Bernate Ochoa, Francisco (2007). *La Legitimidad del Derecho Penal*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición.
- Cancio Meliá, Manuel (1998). *Los orígenes de la Teoría de la Adecuación Social*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Segunda reimposición a la primera edición.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo (2009). *Corrupción y delitos contra la administración pública—Especial referencia a los delitos en la contratación pública* (1a edición). Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo (2009). *La Corrupción en la Contratación Pública en Europa*. Editorial Ratio Legis. Salamanca, España. Primera edición.
- Contraloría General de la República (2011). Economía Colombiana No. 332. “La infraestructura en Colombia: vicisitudes del régimen contractual”. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional. Consultado en la siguiente web: http://www.contraloria.gov.co/c/document_library/get_file?uuid=d26c3186-77a8-465b-9795-0c95df81c2eb&groupId=10136
- Correa Palacio, Ruth Stella (2007). El ejercicio de los poderes del estado en el contrato estatal. V Jornadas de Contratación Estatal - Congreso Reforma del Régimen de Contratación Pública. Cartagena (Bolívar). Octubre 1º y 2.
- Correa Palacio, Ruth Stella (2007). V Jornadas de Contratación Estatal. Cartagena, octubre 1º y 2. Memorias consultadas en la siguiente página web: http://incoes.org/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=46&Itemid=16
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-133 de marzo de 1999, expediente D-2152, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, expediente No. D 3375, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-070 de noviembre 22 de 1996, expediente D-1021. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-1026 de septiembre 26 de 2001, Magistrado Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-976 de septiembre 12 de 2001, expediente D-3477, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-193 de marzo 23 2010. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 23899, sentencia de diciembre 12 de 2005. M.P. Marina Pulido de Barón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de diciembre 19 de 2000. Radicación U.I. 17.088. Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Departamento Administrativo nacional de Estadística DANE: <http://www.dane.gov.co/files/nomenclaturas/ciui/CIIURev31AC.pdf>.
- Dueñas Ruiz, Óscar José (2006). *Lecciones de hermenéutica jurídica* (3a edición). Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Estévez Araujo, José Antonio (2006). *Sociología Jurídica y Política 3. El revés del derecho – Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Primera edición.
- Fernández Carrasquilla, Juan (2013). *Derecho Penal Parte General: Principios y categorías dogmáticas (la reimpresión)*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Fernández Carrasquilla, Juan (2013). *Derecho Penal Parte General, principios y categorías dogmáticas*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez. Primera reimpresión.
- Fernández Gómez, Lorenzo (2007). *Temas de Filosofía del Derecho* (4a edición). Caracas, Venezuela: Editorial Texto.
- Ferrajoli, Luigi (2001). *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*. (5a edición). Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
- Frisch, Wolfgang (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., primera edición.
- Garzón Valdés, Ernesto (1999). *Derecho y Filosofía: Filosofía del Derecho y Política* (2a reimpresión corregida). México: Biblioteca de Ética.

- Günther; Jakobs y CANCIO MELIÁ, Manuel. El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Ponencias del II Curso Internacional de Derecho Penal en Lima – Perú de agosto a septiembre del 2000. Editora Grijley. Perú 2000.
- Gutiérrez Ramírez, José Antonio (2002). *Introducción a la teoría del delito* (1a edición). Bogotá D.C.: Editorial Leyer.
- Kufmann, Arthur (2002). *Filosofía del Derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Reimpresión de la segunda edición.
- Lesch, Heiko H. (2000). *La función de la pena* (1a edición). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Lesch, Heiko H (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Primera edición.
- Lesch, Heiko H (2000). *La función de la pena*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Primera edición.
- López Medina, Diego Eduardo (2012). *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latino-americana*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., sexta reimpresión.
- Loemsetti, Ricardo Luis (2011). *Fundamentos de Derecho y Razonamiento Judicial*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez. Colección Internacional No. 26. Pontificia Universidad Javeriana.
- Mejía Quintana, Oscar (2009). *Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporáneo* (1a edición). Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Melkevik, Bjarne. (2006). *Rawls o Habermas: Un debate de filosofía del derecho*. (1ª edición). Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.
- Mezger, Edmundo (2005). *Teoría de la Ley Penal*. Bogotá D.C.: Editorial Leyer. Primera edición.
- Mir Puig, Carlos (2000). *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona: José María Bosch Editor. Primera edición.
- Montealegre Lynett, Eduardo; y Perdomo Torres, Jorge Fernando (2006). *Funcionalismo y normativismo penal – Una introducción a Günther Jakobs*. Cuaderno de Conferencias y Artículos No. 37. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Nieto Arteta, Luis Eduardo (2011). *La interpretación de las normas jurídicas*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., Tercera Edición.

- Roxin, Claus (2008). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Madrid: Thomson Civitas. Reimpresión de la primera edición.
- Sánchez Herrera, Esiquio Manuel (2007). *La Dogmática de la teoría del delito: Evolución científica del sistema del delito* (1a edición). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gambóia, Jaime Orlando (2006). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV- Contratación Indebida. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Segunda Reimpresión.
- Schünemann, Bern (2007). *Aspectos puntuales de la Dogmática Jurídico – Penal*. Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición.
- Silva Sánchez, Jesús maría y Suárez González, Carlos J. (2001). *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. Editora Grijley. Ponencias del III Curso Internacional de Derecho Penal en Lima – Perú. Agosto.
- Soler, Sebastián (2008). *Interpretación de la Ley*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición.
- Streck, Lenio Luiz (2013). *Hermenéutica y Decisión Judicial*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez. Colección Internacional No. 43. Pontificia Universidad Javeriana.
- Tiedemann, Klaus (2007). *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad* (2a edición). Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.
- Transparency International (2014). *Corruption perceptions index 2014: Results*. Berlín, Alemania: ONG Transparency International. Recuperado de <http://www.transparency.org/cpi2014/results>.

La evidencia digital eximiente de violación a la protección del dato personal a partir de la autorregulación*

Defense digital evidence of violation to the protection of personal
data from the self

Recibido: Agosto 21 de 2014 - Evaluado: Octubre 31 de 2014 - Aceptado: Noviembre 24 de 2014

Ana María Mesa Elneser**

Para citar este artículo / To cite this Article

Mesa Elneser, A. M. (Enero-Junio de 2015). La evidencia digital eximiente de violación a la
protección del dato personal a partir de la autorregulación.
Revista Academia & Derecho, 6(10), (119-156).

Resumen

La Protección al Dato Personal en Colombia es un Derecho Constitucional Fundamental regulado a partir de la expedición de la Ley 1581 de 2012, regulada ésta con los Decretos Reglamentarios 1377 de 2013 y 886 de

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto de una investigación en el Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo en el marco del proyecto “La evidencia digital como medio cognitivo en Colombia en relación a la producción de la prueba”, adscrito al Grupo de Investigación Ratio Juris de la Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA.

** Doctoranda en Derecho Procesal Contemporáneo. Abogada y Magister en Derecho Procesal por la Universidad de Medellín, Especializanda en Derecho Informático y Nuevas Tecnologías por la Universidad de la Patagonia en Argentina. Docente de la Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA.
Correo electrónico: ana.mesael@unaula.edu.co.

2014, y el proyecto de circular publicado en febrero de 2014 para definir los lineamientos frente al registro de la base de datos nacional - RBD, fuente normativa determinante para establecer los límites de la disponibilidad de la información y los datos en relación con la restricción de uso y circulación de los mismos, basada siempre en los derechos del ciudadano frente a las empresas y entidades de gobierno, como son entre otros, la protección del dato, la intimidad y la privacidad. Aunado a ello la gestión del dato personal y la información traen consigo responsabilidades por parte de quien posee su guarda temporal o permanente, exigiéndosele la adopción de políticas, procesos y procedimientos integradas a la estructura de la organización principalmente en el ámbito de la seguridad de la información con miras a la mayor protección de la información, la seguridad informática en la búsqueda de una mejor infraestructura tecnológica operativa y de respuesta en atención a incidentes, y la evidencia digital como mecanismo técnico científico (Cano, 2010) para extraer los rastros del incidente pudiendo identificar si se está frente a la comisión de un delito o no. Es por ello que a partir de la exigibilidad en la protección del dato personal se encaran escenarios jurídicos que constituyen un eximente de responsabilidad toda vez que operan como justificantes para su manipulación, aun no existiendo autorización previa del titular o norma decretada por el Estado Colombiano.

Palabras clave: Protección al dato personal, evidencia digital, forense digital, intimidad y privacidad.

Abstract

Personal Data Protection in Colombia is a fundamental constitutional right regulated from the enactment of Law 1581 of 2012, it regulated the Regulatory Decrees 1377 of 2013 and 886 of 2014, and the draft circular published in February 2014 to define the guidelines against the registration of the national database - RBD, always based on citizens' rights against companies and government entities, such as among others, the protection of data, intimacy and privacy. Added to this, personal data management and information bring responsibilities by who has temporary or permanent guardian, exacted the adoption of policies, processes and integrated into the structure of the organization mainly in the field of security procedures information for the fuller protection of information, computer security in the search for improved operational and technological infrastructure responsive

attention to incidents, and digital evidence as technical mechanism scientist (Cano, 2010) to remove traces of the incident may identify whether it is in front of the commission of a crime or not. That is why from the enforcement in the protection of personal data legal scenarios that constitute a defense to liability since they operate as evidence for manipulation, even in the absence of prior authorization holder or regulation enacted by the Colombian State is facing.

Key words: Personal data, digital evidence, digital forensics, intimacy and privacy.

Introducción

El presente artículo tiene como finalidad llevar al lector a una reflexión frente a la ED¹ como eximente de responsabilidad frente a la protección del dato personal cuando su existencia depende de una norma imperativa del Estado o cuando depende de una norma autoreguladora, teniendo en cuenta que no es producto de una investigación científica, por el contrario son temáticas emergentes dadas en la investigación Doctoral que permiten plantearse escenarios temáticos correlacionados con la Evidencia Digital, en el *artículo el análisis* se presentan aproximaciones al origen del dato personal desde la época Nazi con una articulación contemporánea que permite vincular la UE² y la OCDE³ dentro del discurso, reseñando responsabilidad que tiene toda persona sobre tratamiento del dato personal previamente autorizado por su titular mientras sea poseedor de éste.

Posteriormente se hace una breve reseña teórica y legal de la Evidencia Digital, en relación a su naturaleza jurídica, su producción y responsable de esta. Finalmente encontrará una triangulación temática que permite identificar lo justificante de una investigación de un delito frente al derecho de acceso, tratamiento y circulación del dato personal en manos de un Responsable o Encargante responsable de su protección, siendo este análisis importante en la escena normativa puesto que tanto la Protección del Dato Personal es un derecho como constitucional como lo es el Debido Proceso con el que se

¹ ED es a partir de ahora equivalente a evidencia digital o digital evidence.

² Unión Europea.

³ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

garantiza al ciudadano el acceso a la prueba, arts. 15 y 29 respectivamente de la Constitución política, evitándose excesos del poder autoregulatorio o del Estado, al delimitar los escenarios de permisibilidad o de prohibición para el tratamiento y circulación de la información y datos.

Problema de investigación⁴

Los delincuentes informáticos o Ciberdelincuentes son operadores del delito de una sociedad digital como medio de vida para la sociedad, un estilo cultural de sectores sociales empresariales, comerciales, educativos, delincuenciales, entre muchos más; estas personas carecen de nombre, rostros, pero se encuentran en relación a sus víctimas a un clic de distancia, operando en línea o por medio de herramientas tecnológicas de operación asincrónica; independiente del medio de comunicación, estas son principalmente imperceptibles, por ello los protocolos ISO de normalización de seguridad como son las 27000, 27001 y 27002, se enfocan a que las organizaciones que lo adopten establezcan protocolo de respuesta ante incidentes informáticos, evitando contaminar los rastros que deja el delincuente en la escena del delito, sea en un espacio físico o digital.

La investigación de conductas delincuenciales desplegadas en entornos digitales, se dan por adopción de protocolos forenses digitales, aspecto temático de gran importancia para este planteamiento del problema, situación de problema entre el juez y el científico investigador. Tal como lo señala Michele Taruffo en su libro *la Prueba de los Hechos* “el fenómeno cada vez más relevante y frecuente del uso de «prueba científica» demuestra que no sólo no hay impermeabilidad alguna entre la determinación judicial de los hechos y el uso de metodologías científicas, sino que cada vez es más habitual que los hechos sean determinados científicamente en el proceso. Permanece así inalterable el carácter de especificidad «cientificidad» de la prueba, derivado del hecho de que esta supone el uso de métodos y conocimiento que trascienden el saber del hombre medio, pero esto no impide que corresponda en todo caso al juez servirse de esas pruebas particulares en la determinación de los hechos. (Taruffo, 2011).

⁴ Texto extraído de la tesina doctoral de la autora, aun sin divulgar. Universidad de Medellín. Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo.

Ello exige un examen pormenorizado del derecho a la intimidad y la privacidad del sujeto a nivel internacional desde la declaración de los derechos humanos, donde se consagran como derechos fundamentales e inquebrantables, a su vez al realizar una interpretación analógica frente a la convención de cibercrimen de Budapest dada UE 2001, se obtiene como resultado la necesidad de replantear la regla de valoración a los derechos de intimidad y privacidad respecto de delitos informáticos o delitos tradicionales que involucren software y hardware, teniendo en cuenta que los rastros del delito solo quedan almacenados en archivos o ficheros, y en dispositivos o hardware generalmente de propiedad privada, los cuales son solo manipulables si existe acceso a ellos, para la obtención de esos rastros y construir la evidencia de los hechos, o la futura prueba procesal, sin ese acceso por ausencia de variación en la ponderación de derechos fundamentales que hace el juez frente a la prueba, se genera como resultado una extrema protección del investigado, y se legaliza una fuente generadora de impunidad a aprovechada por los cibercriminales, porque la falta de evidencia digital fundamenta los hechos alegados en juicio, deja sin evidencia los argumentos de la imputación, en consecuencia, sin prueba para condenar un hecho delictivo.

Siendo relevante, por medio del presente artículo, preguntarse:

¿Cómo debe limitarse la exigibilidad de Protección del Dato Personal al momento de la recolección y extracción de la Evidencia Digital necesaria como fuente o medio de prueba ante incidentes informáticos que vincula información y datos?

Metodología de la investigación

Para la producción del texto principal de la tesina doctoral, se ha ejecutado una metodología de revisión documental frente a las variables temáticas de Evidencia Digital, Intimidad, Privacidad y Protección del Dato Personal, como instrumentos de control que se interrelacionan en el proceso penal al momento de producción de la prueba con intervención de protocolos forenses digitales y perito informático.

El esquema planteado para llegar a la parte concluyente en razón de la problemática, necesariamente se enmarca en un análisis del derecho constitucional denominado Protección del Dato Personal, para equipararlo con el tipo de prueba denominado Evidencia Digital en su nivel de producción más

primario, momento en el cual, el operador judicial, convalida su legitimidad y validez, para categorizar la extracción como prueba digital.

Esquema de resolución

Para el abordaje del tema se ha estructurado el escrito en los siguientes temas: I. El dato personal y su protección; a. *Perspectiva internacional*, 1. Referentes históricos, 1.1. Alemania Nazi, 1.2. UE, 1.3. OCDE, 1.4. Aproximación al caso Norteamericano; b. *Perspectiva colombiana*, 1. Alcance de la protección ((DDI), 2014), 2. Caracterización del dato personal protegido, 3. Principio de responsabilidad demostrada. II. Mirada a la privacidad, intimidad y dato personal en relación. III. Evidencia digital, 1. Breve Mirada Internacional, 2. Breve Mirada Nacional, 3. Evidencia digital en relación con intimidad, privacidad y datos personales en *log*. IV. Conclusiones.

I. El dato personal y su protección

El Dato Personal, tiene sus orígenes a partir de la interrelación con la Privacidad, sin que puedan considerarse en el mismo contexto del mismo significativo. Se debe tener en cuenta que existe mayor relación entre el derecho a la intimidad y la privacidad, que, entre el derecho a la protección del dato personal y la privacidad, no siendo presupuesto para establecer como función y finalidad de la privacidad, la protección del dato personal.

a. Perspectiva Internacional

1. Referentes Históricos

Los orígenes de la Privacidad, la Intimidad y el Dato Personal, se dan con finalidades paralelas pero con un mismo núcleo, que confluye en la persona física y su esfera de protección a cargo del Estado y de las Organizaciones en general, además de las otras personas físicas con las que se posee relación directa o indirecta que poseen sus datos personales agrupadas o compiladas en bases de datos.

La privacidad es un derecho moral, inalienable y que existe para los seres humanos en general, mismo principio de la construcción del derecho a la privacidad, siempre con distinta exigibilidad de protección por parte del tercero

a partir del sujeto que lo ejerce, hecho que refleja más conexión axiológica de la privacidad con la intimidad, que con el dato personal por encontrarse más ligada en razón a cuestiones subjetivas del ser, de la persona en sí misma, del ejercicio de los derechos personalísimos.

En la misma lógica se puede afirmar que la protección de datos personales es un derecho que surge en función de determinados acontecimientos históricos que ocurrieron, que mostraron a la sociedad la posibilidad de recolección y acumulación de datos personales por parte de los Estados, permitiendo dar lugar a un abuso de poder y a la utilización indebida o ilegal en razón al uso con fines totalmente distintos para los cuales se pretendían en el momento de su recolección.

El surgimiento de la categoría de base de datos y banco de datos en respuesta a información en masa o multiplicidad de datos que solo pueden ser entendidos y procesados de forma organizada si se establece una compilación parametrizada. Además, el uso de computadoras y medios digitales, o cualquier otra herramienta no tan convencional pero pensada para su automatización lógica que permita su tratamiento y la obtención de la información requerida, como sería entendido un sistema de tratamiento de información.

No siendo menos importante, la operatividad de los Estados, desde su ejercicio político y económico, y el plano personal de sus ciudadanos fundado en la información y datos que merecen una normativación además de unificación de criterios en protección de datos personales, que deriven en armonización legislativa para beneficio de los ciudadanos a nivel mundial.

1.1. Alemania Nazi

Si nos remontamos a la época de la Alemania Nazi⁵ cuando llega Hitler al poder empieza a realizar un proceso de búsqueda en determinadas herramientas que le permitieran poder identificar todas aquellas razas que él consideraba en contra de la concepción de la raza perfecta o “Raza Aria” entre los cuales, sin limitarse a ellos, estaban: los Judíos, de los Gitanos, Delincuentes, Homosexuales, Religiosos y de los Discapacitados.

⁵ Época entre 1933 y 1945.

Así es cómo surge la relación con IBM, de acuerdo a lo descrito por el autor sobre los fines de la época (Black, 2001):

“Sólo después de haber identificado a los judíos – una tarea monumental y compleja que Hitler quería terminada de inmediato-, se podía lograr una eficiente confiscación de bienes, reclusión de ghettos, deportación, explotación laboral y, en última instancia, aniquilación. Era un trabajo de cruce de base de datos y un desafío de organización colosal que exigía una computadora. Por su puesto, en los años 30, las computadoras no existían”.

Una de las herramientas que utilizo para compilar esta información respecto de toda la gente existente en el territorio alemán en muy poco tiempo, además que fuera un diseño absolutamente planificado y que permitiera hacer un estudio de cómo estaba compuesta la población Alemana fue el Censo Nacional (Black, 2001), contemplando preguntas de tipo de carácter violatorio de derechos fundamentales o personalísimos, y que tendrían directa confrontación con la mayoría de las leyes vigentes en materia de protección de datos personales. La materia de la cual se ocupaban estos interrogantes eran sobre datos como: la religión, los antecedentes étnicos, el origen étnico de la familia o núcleo familiar, la composición del árbol genealógico hasta el nivel de los abuelos, obteniendo de cada persona Censada el dato de padre y abuelo.

La tecnología de las tarjetas perforadas se remonta a 1884. Herman Hollerith. Con la ayuda de estos sistemas adaptados a la medida de sus necesidades, Hitler pudo automatizar la persecución de los judíos. Los historiadores han manifestado siempre su sorpresa ante la velocidad y la precisión con que los nazis fueron capaces de identificar y localizar a los judíos europeos. El hecho es que se usó la tecnología de IBM para organizar desde la identificación de los judíos a través de censos, registros y programas de rastreo de antepasados, hasta el manejo de los ferrocarriles y la organización del trabajo de esclavos en los campos de concentración. (Black, 2001).

Tecnología para la recolección de datos personales más sofisticada del mundo, y sin necesidad de una herramienta computacional. Permitió que pudieran recolectar datos que establecieran un perfil tan detallado con base a aspectos de la edad, educación, domicilio, religión y genealogía, entre otros, de carácter relevante para perfilar lo que sería la Raza Aria y el objetivo militar de exterminio. Toda esta información fue recolectada, procesada y analizada, permitiendo al Tercer Reich hacer el exterminio masivo, con una

fuente directa, además evidencia al mundo la necesidad de legislar en materia de datos personales y la protección que éste debe tener ante la recolección, tratamiento y circulación del mismo.

1.2. Unión Europea UE

El convenio número 108 del 28 enero 1981 abre la normativa regulatoria en favor de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos personales, con el fin de garantizarle a la persona física su protección sin importar el territorio, nacionalidad o residencia, en relación con los derechos y las libertades, específicamente de sus datos personales. Posteriormente se emite la Directiva 95/46/CE dada a instancias del parlamento Europeo y del Consejo el 24 octubre 1995, regulando de forma directa para las personas físicas el tratamiento de datos personales y la libre circulación de éstos⁶, siendo obligante para los estados miembros de la Unión la protección del dato personal a partir del ejercicio de las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas. Finalmente en el año 2000 la Unión Europea incluye en la Carta de Derecho Fundamentales el art. 8 que expresa “1. *toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan, 2. Estos datos se trataran de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación, y 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente*”.

Es a instancias de la Unión Europea donde más se ha reflexionado entorno a la protección del dato personales desde una perspectiva de utilización del dato de forma leal, adecuada, pertinente y no excesiva, siempre pensándose en el ciudadano y su derecho fundamental a que el dato sea protegido y amparado por quien es el guardador de éste.

1.3. OCDE⁷

El 14 diciembre de 1960 Canadá y EE.UU. se unieron a los miembros de la OPEP en la firma de un nuevo convenio internacional que daría vida a la

⁶ Ley de Protección de Datos L281 de 23/11/1995

⁷ Organismo internacional para la cooperación en el desarrollo económico.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que se oficializa con la entrada en vigor del acuerdo el 30 septiembre 1961. (OCDE, 2002)

Los 34 países miembros se reúnen regularmente para identificar problemas, discutirlos, analizarlos y promover políticas públicas que permitan resolverlos, bien sea por acuerdos internacionales o por la adopción de normativa interna para cada país.

Entre miembros y participantes de la OCDE se cuenta con el 80% de representación en el comercio mundial, además de las inversiones globales que encarnan en este organismo un papel fundamental para hacerle frente a la evolución de la economía y los mercados mundiales.

Una vez identificado el funcionamiento de la OCDE, se debe reseñar la importante intervención que ha tenido en el siglo XXI para ayudar a asegurar la privacidad y la protección de los datos personales contenidos en bases de datos o archivos físicos, electrónicos y en línea. Para este reto la operación de la OCDE se basa en tres principios orientadores que son: *democracia pluralista*, *respeto de los derechos humanos*, y *economías de mercado abierto* efectivos desde el 30 septiembre de 1980.

Los lineamientos dados en torno a la OCDE permite una cooperación y compromiso de los gobiernos para establecer soluciones armonizadas con cada ordenamiento jurídico, comprometiéndose a proteger la privacidad en el ámbito global, basada en una cooperación conjunta entre la empresa, la industria, los gobiernos y la sociedad civil, además de los países no pertenecientes a la OCDE y los demás organismos internacionales, anticipando, desde el discurso y la reflexión, el posible desarrollo tecnológico que pudiera afectar la privacidad y perfilando políticas exhaustivas y coherentes para la protección en pro del ciudadano.

1.4. Aproximación al Caso Norteamericano

Desde otro escenario es importante manifestar lo que paso en EEUU en cuestiones decantadas por diversos autores respecto a “el derecho de estar solo”, por ejemplo dice (Cavero, 1993): “todo intento por delimitar el significado de «intimidad» parte con una dificultad previa: no existe –dice– un acuerdo generalizado sobre el término concreto a utilizar ni en la vida cotidiana ni entre los que estudian la cuestión”, “Se emplean por igual las expresiones «intimidad», «vida privada», o «esfera privada», «ámbito íntimo»

o «privado», y la cada vez más común «privacidad», un neologismo que como los anteriores sirve para referirse a ese deseo de disfrutar lo personal y la pretensión consiguiente de exigir a los demás su respeto y, en su caso, su protección legal”.

Tratamiento terminológico que no tiene necesariamente que ver con la posibilidad de utilizar nuestros datos personales para la finalidad determinada por la persona que los recolecta, marcándose la diferencia cuando se habla del derecho “a estar solo” el cual se refiere más exactamente al derecho de privacidad y de intimidad, mas no relacionado con los datos personales, que, si bien se refieren a una persona física, no necesariamente sean íntimos para que merezcan una protección.

Con la indicación de los escenarios Internacionales como algunos referentes históricos, Alemania Nazi, Unión Europea, OCDE y la Aproximación al Caso Norteamericano, NO se identifica que allí se agota la escenificación global en la materia, sin embargo, constituyen referentes históricos y contemporáneos mundiales cuando se involucran la discusión el tema de los datos personales en relación a su protección, privacidad, disponibilidad, tratamiento y circulación, admitiendo que es el inicio de una temática dinámica, cambiante y de proyección progresiva a partir de aspectos como el desarrollo tecnológico y la innovación con utilización de datos.

b) **Perspectiva Colombiana**

El artículo 15 de la Constitución Política Colombiana de 1991, definió sin limitaciones, el derecho a la protección de datos personales en asocio con el derecho a la intimidad personal como un derecho Constitucional, general, absoluto, patrimonial, inalienable, imprescriptible y que se puede hacer valer por cualquier ciudadano erga omnes⁸ frente al Estado y a cualquier particular.

Es a partir de la Sentencia C-748 de 2011, por medio de la cual la Corte Constitucional declara la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que da vida a la Ley 1581 de 2012, en la cual, dijo la corte que, toda persona

⁸ Es un término aplicado en el lenguaje técnico jurídico para significar “frente a todos”. Consultado en Diccionario Jurídico. Recuperado noviembre 2014. www.ic-abogados.com.

por el hecho de serlo, es titular innato y exclusivo del derecho a la protección del dato personal, siendo el único legitimado a permitir la divulgación de sus datos personales concernientes a su vida privada⁹, teniendo como finalidad, el aseguramiento de la protección de su Derecho Constitucional a que se le respete su intimidad, su buen nombre, su honra, en todo caso, los derechos morales de toda persona física en Colombia.

Es por ello que el titular de un dato personal, de acuerdo como está creada la legislación colombiana actualmente, no permite que éste, pueda renunciar total o parcialmente a su intimidad, toda vez que este acto jurídico estaría viciado de nulidad absoluta, la cual se entiende cómo:

Atendiendo a lo que reza el art. 1741 C.C. indicando que se considera nulidad absoluta cuando falta algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza, en consecuencia un dato personal no tiene disponibilidad, toda vez que se vincula al ser, al sujeto físico como una características personalísima, en cuyo caso, solo puede replicarse de él para su reconocimiento y existencia, impidiendo que su titular pueda enajenarlo y liberarse de él, ello se traduciría que en cualquier sujeto físico puede liberarse de su personalidad jurídica, art. 14 Constitución Política de 1991, hecho imposible, ni aun estando muerto, pues la persona sigue reconociéndose en el ordenamiento jurídico colombiano ya no como un ser físico vivo, por el contrario como ciudadano fallecido.

Pudiendo afirmarse que su permisibilidad o disponibilidad frente a la reglamentación que dispone el ordenamiento jurídico colombiano, es inalienable e irrenunciable, inherente al ser humano y a su personalidad jurídica.

La protección del Dato Personal y la Intimidad, consagrada en el art. 15 C. Pol., también se vincula al derecho a la Autodeterminación Informática “esta se enmarca en principios orientadores, que opera como parámetro para la validez de las actuaciones que adelantan las fuentes, operadores y usuarios del dato personal, así como fundamento para la exigibilidad jurídica de las facultades que se confieren al titular del dato”, (Sentencia Constitucional, 2011)

⁹ Primera referencia que interrelaciona la intimidad con la privacidad a partir de la protección al dato personal, la autorización y disponibilidad de éste por su titular respecto de la utilización que de él hagan terceros.

que tiene todo ciudadano respecto del tratamiento de sus datos en bases de datos, archivos, y bancos de datos, dando respuesta a la necesidad de establecer límites como lo indica el artículo 15 C. Pol. “la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

La ley 1581 de 2012 se expide para la protección de todos los Datos Personales a nivel general, salvo los que se someten a regímenes especiales como se identifican en el artículo 2 de la ley en atención a que su protección por un régimen especial sea coherente, claro, seguro y favorable de acuerdo a su naturaleza o su especial justificación legal de conservar o preservar otro tipo de protección, aun siendo un dato personal, así:

Artículo 2°. **Ámbito de aplicación.** El régimen de protección de datos personales que se establece en la presente ley no será de aplicación: a) A las bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico. Cuando estas bases de datos o archivos vayan a ser suministrados a terceros se deberá, de manera previa, informar al Titular y solicitar su autorización. En este caso los Responsables y Encargados de las bases de datos y archivos quedarán sujetos a las disposiciones contenidas en la presente ley; b) A las bases de datos y archivos que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo; c) A las Bases de datos que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia; d) A las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales; e) A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 1266 de 2008; f) A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 79 de 1993. **Parágrafo.** Los principios sobre protección de datos serán aplicables a todas las bases de datos, incluidas las exceptuadas en el presente artículo, con los límites dispuestos en la presente ley y sin reñir con los datos que tienen características de estar amparados por la reserva legal. En el evento que la normatividad especial que regule las bases de datos exceptuadas prevea principios que tengan en consideración la naturaleza especial de datos, los mismos aplicarán de manera concurrente a los previstos en la presente ley.

Pese a lo anterior, en un mundo como el de hoy, digitalizado, donde los datos personales no solo se recogen directamente del individuo como resultado

del ejercicio de su personalidad jurídica¹⁰, sino que también con captados en tiempo real por mecanismos tecnológicos como fueran, entre otros, los dispositivos móviles, plataformas web, sistemas de tratamiento de información, sensores desarrollados para la utilización de aparatos tecnológicos, e incluso captura de identificación de sentimientos y estimulación de una persona tiene frente a su entorno, es prioritaria la protección a la privacidad y la información, no solo a nivel nacional sino global, que permita caracterizar la sociedad Colombiana como garantista y democrática, además defensora de los Derechos Constitucionales, como es la Protección del Dato Personal.

1. Aproximación al alcance de la Protección ((DDI), 2014)

En Colombia es a cargo de la SIC¹¹ la protección y garantía del derecho de Habeas Data¹², al igual que la Protección del Dato Personal¹³, el verdadero medio de defensa tiene que involucrar no solo al Estado sino también a su titular y a cada empresa recolectora del dato, exigiéndole en todo caso, que su facultad de recolección, tratamiento y circulación del dato, no responda a intereses individuales, sino legales que permita, al momento de la captura de datos, minimizar los riesgos de afectación al titular por la ejecutoria de conductas empresariales abusivas frente a los clientes, proveedores, y entidades estatales.

El acceso a su información y dato personal, a nivel global, sino está autorizado, puede considerarse un ilegítimo, máxime cuando este acceso constituye la posibilidad de utilización y apropiación de los archivos personales, imágenes, contraseñas de acceso a sitios que requieran autenticación personal, y la finalidad de quien los usa sea para ocasionar daños o uso mal intencionado, e incluso la afectación directa a múltiples facetas de la vida como son la reputación personal, la vida laboral y profesional, entre otras.

¹⁰ Art. 14 Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

¹¹ SIC: Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

¹² A cargo de la delegatura del Habeas Data. Consultado noviembre 2014. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/proteccion_datos_personales_conferencias_varsovia_2013_resol_dirreccion_estrategica.pdf.

¹³ A cargo de la delegatura de la Protección del Dato Personal. Consultado noviembre 2014. <http://www.sic.gov.co/drupal/sobre-la-proteccion-de-datos-personales>

En definitiva, la Protección del Dato Personal comporta una posibilidad de brindarle al ciudadano una herramienta jurídica y reglamentaria que le permita defender su Bienestar y evitar actos delictivos que se traduzcan en una suplantación de identidad por un tercero malicioso.

2. Caracterización del dato personal protegido

La Protección del Dato Personal y la identificación del dato en sí mismo consagrado en el art. 3 de la ley 1266 de 2008 y el desarrollo jurisprudencia que ha dado la Corte Constitucional en la materia, permite identificar que las características principales que posee el DP¹⁴ y su protección, además que lo diferencian de otros derechos constitucionales como el Habeas Data, indicadas en la Sentencia C-748 de 2011, así:

Las características de los datos personales son las siguientes: i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menos medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos, iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a las reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación.

Esta modelación de la protección del dato personal en Colombia da cumplimiento a la directriz de la OCDE (OCDE, 2002) sobre la protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales, en relación a la segunda sección de la directiva que establece los principios básicos para la aplicación en la normativa interna de cada nación en relación a la especificación del uso hacia el titular al momento de otorgar autorización del dato, las limitaciones del uso de éste y la salvaguardia que debe otorgársele. Es por ello que en la ley 1581 y decretos 1377 y 886, además de la circular 2, se regulariza aspectos relevantes para el tratamiento y circulación del dato como son: a. autorización previa del titular, b. prohibiciones frente a la disponibilidad del dato por parte del responsable y encargado, 3. Habilitación de tratamiento y circulación que no requiere previa autorización del titular,

¹⁴ Dato Personal

4. Adopción de políticas, procesos y procedimientos de seguridad del dato personales en relación a riesgos de pérdida o acceso no autorizado, destrucción o alteración del mismo, divulgación o resguardo injustificado, entre otros.

Esta caracterización del dato pone una primera mirada sobre el que sucede frente a actos de investigación por hechos criminales, y la respuesta que parece apenas lógica es que el Estado sea de forma directa o por intermedio de entes técnico científicos que le cooperen puede acceder a los datos personales protegidos sin pedir autorización previa, pero que pasa entonces en obtenciones de datos sin previa autorización basados en procedimientos autorregulados o autonormados, e incluso cuando se trata de investigaciones preliminares que no se conoce previamente si constituye un acto delictual o no, tema que se tratará más adelante.

3. Principio de responsabilidad demostrada

La ley 1581 de 2012 y su decreto reglamentario 1377 de 2013 en su art. 26, desarrolla el principio de responsabilidad demostrada, que reza:

Artículo 26. Demostración. Los responsables del tratamiento de datos personales deben ser capaces de demostrar, a petición de la Superintendencia de Industria y Comercio, que han implementado medidas apropiadas y efectivas para cumplir con las obligaciones establecidas en la Ley 1581 de 2012 y este decreto, en una manera que sea proporcional a lo siguiente:

1. La naturaleza jurídica del responsable y, cuando sea del caso, su tamaño empresarial, teniendo en cuenta si se trata de una micro, pequeña, mediana o gran empresa, de acuerdo con la normativa vigente.
2. La naturaleza de los datos personales objeto del tratamiento.
3. El tipo de Tratamiento.
4. Los riesgos potenciales que el referido tratamiento podrían causar sobre los derechos de los titulares.

En respuesta a un requerimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, los Responsables deberán suministrar a esta una descripción de los procedimientos usados para la recolección de los datos personales, como también la descripción de las finalidades para las cuales esta información es recolectada y una explicación sobre la relevancia de los datos personales en cada caso.

En respuesta a un requerimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, quienes efectúen el Tratamiento de los datos personales deberán suministrar a esta evidencia sobre la implementación efectiva de las medidas de seguridad apropiadas

Plantea para toda persona que recolecte datos personales, una obligación en la adopción de programas integrales para el desarrollo de esa actividad, permitiendo dar cumplimiento al Derecho Fundamental de la protección constitucional y legal del dato personal a partir de la Constitución Política de 1991, como fuente de Derechos Fundamentales en doble vía de relación protegida, –entre el titular del dato personal y el recolector– sin llegar a deslegitimar, que se considera la protección como fundamental porque el dato, en sí mismo, es subsumido en consideración a su esencia.

El programa integral de protección de datos personales, no puede responder a estándares generalizados por sectores empresariales, en contrario, deben responder a un análisis e implementación del programa de protección de datos personales, hecho a la medida de la empresa, teniendo como consecuencia el desarrollo de un instrumento protector del cliente o proveedor, haciendo uso de su papel de titular del dato personal.

La consecuencia directa y más importante sobre esta adopción de un programa integral en protección de datos personales, es la confianza entre el comerciante y su cliente, que se traduce en sanciones al responsable o encargado que no cumpla con la medida (SIC, 2014), la cual no se ve materializada solo en el producto o servicio que le dispone, sino en la confianza sobre el manejo que da a su información personal, capital invaluable para el cliente final, permitiendo generar lazos fuertes e infranqueables respecto a su competidor comercial, aun enfrentándolo a estrategias económicas insuperables, pues un cliente que confía, es un cliente que nunca deba su proveedor, en un medio de mercado masivo desde entornos digitales y con captura en tiempo real de sus datos personales, permitiendo llegar a él de forma inmediata y ágil, a bajo costo y con estrategias innovadoras, impidiendo el acceso a otros proveedores del mercado.

La protección del dato personal a nivel mundial está diseñado para que la industria y el comercio, primero estén obligados a generar estrategias de recolección, tratamiento y circulación de datos, bajo una previa autorización “el permiso del titular”, antes de proceder a su uso y conservación, pero no así es generalizado para las empresas el diseño de sus estrategias de mercado,

muchas de estas respondiendo a metodologías que no evidencian ni piensan en el permiso previo por parte del titular para la obtención de su dato personal, sobre las políticas de tratamiento, ni las medidas de seguridad y protección de sus datos, que navegan comercialmente en un escenario oculto sobre el tratamiento de sus datos, es un escenario de incertidumbre y desconfianza del cliente frente al comerciante e industria.

Si pensamos en el *goodwill* (Sentencia Good Will o Credito Mercantil, 2013) indicando la alta corte, que este activo intangible refleja las conexiones de un negocio en atención al cliente, la reputación y otros factores similares, permitiendo establecer un costo de enajenación de la empresa, en atención a que la reputación de la empresa es posible valorizarse, incluso reflejarse en la información contable. Es posible para la empresa que la política corporativa en el tratamiento de datos personales, donde le permitan al cliente el control directo sobre su dato, acreciente de forma significativa su buen nombre, fortalezca su confianza y reputación, en consecuencia, su valor comercial o crédito mercantil aumente significativamente, sin que ello se derive directamente el producto o servicio que prestan.

Referente a este respecto la OCDE (OCDE, 2002) en la directiva de protección de datos personales establece que la responsabilidad sobre la protección o no del dato recae exclusivamente en el “controlador del dato”, en Colombia tanto para el Encargado como el Responsable del dato, reseñando que se encuentra en la obligación de establecer medidas de seguridad para su protección e identificación de incidentes que den cuenta de su violación, exigencia que abre el debate en relación a la Evidencia Digital, no cuando es dada a instancias del Estado, allí es claramente justificante, se centra más cuando su extracción es por entidades privadas o con fundamento a normas de autorregulación, por que dejan al arbitrio la protección excesiva del dato impidiendo la obtención de la prueba o la excesiva disponibilidad del dato que pone en riesgo un Derecho Constitucional existente por él y para el ciudadano mundial.

La protección al dato personal en relación con la responsabilidad demostrada, es dar un reflejo de compromiso económico entre la empresa y las entidades para sus clientes, permitiendo al Estado Colombiano hacer gala de la protección a la privacidad y el dato personal materializado en las buenas prácticas que acogen en cuanto a la recolección, tratamiento y circulación, siempre en perspectiva de protección que no solo las normas

legales como ha sido la expedición de la ley 1273 de 2009 o ley de delitos informáticos incluyendo el tipo penal de violación de datos personales, además la conjugación con las normas de carácter administrativo y reglamentario al interior de toda organización.

La SIC a través de la Delegatura de Datos Personales, acoge las guías internacionales para el tratamiento de DP, encaminados a proteger la privacidad de los ciudadanos de forma global y en consecuencia establecer flujos fronterizos de información de manera segura y confiable.

Finalmente, la OCDE determina a los gobiernos que la implementación de la norma al interior se debe establecer de cara a que las empresas y organizaciones puedan demostrar su cumplimiento desde la implementación, ejecución, revisión y mejoramiento continuo. En Colombia, al emitirse la Guía de Responsabilidad demostrada se fomenta la autorregulación de la entidad, quien a su vez es obligada a dar cumplimiento a dar protección al dato personal. La autorregulación se materializa a través de protocolos de calidad, forenses digitales, seguridad de la información, entre otros.

II. Mirada a la privacidad, intimidad y dato personal en relación

Estas figuras representativas de derechos personalísimos y responsabilidades empresariales y Estatales, merecen su individualización en procura de establecer su alcance y límites de aplicación y protección.

Se debe partir desde el concepto de lo público, con el fin de delimitar hasta dónde puede llegar el Estado en la invasión de la esfera personal del sujeto físico sobre el conocimiento de su vida privada, que generalmente en los Estados con perfil social y de derecho, la categoría de privacidad o publicidad de una persona es dada por su relación con el Estado, caso en el cual se considera un ciudadano políticamente expuesto o una persona va a depender de su función con relación al Estado se considera entonces un ciudadano en calidad de funcionario público, puede afirmarse que tiene una privacidad más limitada mirado en correlación con un ciudadano que trabaja en una empresa privada, el cual tiene un espectro mucho más amplio en la esfera de lo protegido, constituyendo un límite del hasta dónde puede llegar el Estado.

Cabe preguntarse, en relación a la función pública, ¿cómo puede delimitarse la esfera de lo privado y la intimidad?, la respuesta es ambigua,

teniendo en cuenta que la esfera de lo privado merece el mayor resguardo, y es lo que constituye la esfera de lo íntimo que está relacionado con aspectos que puedan declararse, no en función de ser un ciudadano políticamente expuesto o funcionario público, sino en función de los pensamientos, los sentimientos, la vida absolutamente íntima de una persona en cuanto qué piensa, qué siente, qué hace adentro de su casa, qué hace cuando comparte su vida sexual con otra persona, qué hace cuando comparte su ideología política, qué opina de determinadas cosas, de dónde viene, cuál es su origen étnico, qué religión profesa si es que lo hace.

Desde la esfera absolutamente resguardada, en la cual nadie puede llegar “el derecho a estar solo” tiene que ver más con la espera de lo íntimo que con la espera de lo privado, en atención a que el sujeto físico, en la espera de lo privado tiene derecho a estar solo hasta que el Estado pueda indagar y en algunos casos exigir que declare públicamente, como sería tomada la consecuencia de ser citado como testigo en un proceso judicial.

Así las cosas, existe una barrera más permeable la distinción entre lo privado y lo público, y una barrera mucho más fortalecida entre la distinción entre lo íntimo y lo privado, y en lo íntimo no puede el Estado no puede tener injerencia de ninguna manera, a diferencia de lo privado que se justifica a partir de situaciones particulares donde el Estado si puede tener injerencia, escenario que permite ver que el ámbito de los datos personales también tiene en cuenta, al establecer la esfera de protección, respecto del gasto, y cuando constituye un ámbito íntimo y un privado, criterio éste que no se encuentra de forma explícita en la mayoría de las legislaciones donde se proteja el dato personal, pero si a partir de una construcción teórica o doctrinaria con fundamento al uso de la interpretación jurídica al bloque de constitucionalidad.

Cuando ambos términos son utilizados como si fueran sinónimos, sin que ello sea real puesto que abarcan cuestiones, toma de nuevo importancia respecto al otro escenario que constituye la materia de protección de datos personales, los cuales a su vez se clasifican en Colombia a partir de la Ley 1266 de 2008 en su artículo 3, como públicos, semiprivados y privados, en concordancia con la Ley 1581 de 2012 artículo 5, el cual indica lo que debe entenderse como dato sensible (salud, educación, política, preferencia sexual, religión, raza, entre otros), que en principio se protegen a partir del alcance a la

intimidad, sin embargo, se puede establecer en qué casos una persona natural o jurídica, o el Estado puede satisfacer con la apertura de la información íntima la cual es propia del ciudadano o único dueño.

En referencia a la protección de datos personales es otro escenario normativo, donde existen requisitos a cumplir por el Estado para recolectar datos personales y fundamentalmente los particulares. Cuando apunta al Estado en ejercicio de su función pública que debe poder recaudar información personal y acumular esa información personal de una determinada manera, se establece éste ¿qué debe hacer? y ¿qué debe garantizar?, siendo en principio destacable garantizar que los ciudadanos pueden estar tranquilos sobre su información no va a ser utilizada para fines totalmente distintos a los que fueron creados.

Después de la época del Tercer Reich, de la segunda guerra mundial, lo que ocurrió en la sociedad a nivel global era una necesidad de legislar respecto a la acumulación de datos y la manera en que se tenía que proteger para que no pudieran ser utilizados con una finalidad distintas a las que fueron creadas, ahí es donde surge todo lo que tiene que ver con el derecho a la protección de datos personales, ello se evidencia en tratados internacionales sobre la protección de derechos humanos DDHH.

En atención a este reconocimiento es que ahora se reconoce la situación de la persona física, fuente generadora de datos personales, incluso desde el momento de su concepción, desde el momento en que a la madre se le decreta su estado de gravidez, los cuales se van acumulando a lo largo de la historia de la persona, teniendo una relevancia tal, por su volumen de información vinculada que, en el mercado de venta de bases de datos, también pasan a tener un valor económico.

El principal recolector de datos es fundamentalmente el Estado a través de distintas herramientas, instituciones y finalidades, ejemplos de ellos son los recolectados como datos clínicos que se conocen a partir la concepción del feto, posteriormente datos de nacimiento en el momento del parto, los recolectados en el momento de la matrícula académica desde el jardín hasta los estudios posgrado, igualmente los recolectados durante las prácticas académicas, universitarias, laborales o como trabajador independiente, igualmente datos que corresponden al patrimonio.

Entidades del Estado recolectoras de datos personales, son entre otras, la registraduría del Estado Civil, el registro RUNT para el Ministerio de

Transporte y Tránsito, el registro del RUT para servicio de la DIAN. Ésta última entidad, decide sistematizarse con la implementación del programa MUISCA, bases de datos recolectadas que permiten lograr al Estado a través de los fines de la entidad, entre otros logros “los que apuntan a un mejoramiento del recaudo, de la gestión y al posicionamiento de la DIAN, tanto en el corto como en el largo plazo”¹⁵.

Es por ello que el Estado cuando quiere cruzar nuestros datos recolectados, tiene a su disposición cualquier cantidad de información vinculada al ciudadano, como ya se indicó, desde su concepción, estudio, trabajo, salud, al momento del voto, fuente a su vez generadora de datos en categoría sensible, quizás los de mayor necesidad de protección, siendo importante la concientización generalizada del ciudadano, las organizaciones y el Estado en materia de la protección dada a los datos personales que se van acumulando, para poder resguardar derechos que son de mucha mayor jerarquía como lo son el derecho a la intimidad y la privacidad.

III. Evidencia digital

1. Breve mirada internacional

Es un campo que determina el escenario que rodea la Evidencia Digital, a partir de protocolos forenses certificados por instituciones reconocidas, además de los estándares aplicables a laboratorios forenses y el perito forense, permiten dar respuesta a las necesidades investigativas en las nuevas formas delictuales o ciberdelictuales, cumpliendo requisitos de legalidad y legitimidad tanto de la evidencia como de la prueba, por la utilización de protocolos certificados y de reconocimiento internacional, aunque de gran costo en su adopción al caso concreto.

Lo anterior tiene como efecto principal, que los actos investigativos se direccionan para extraer una evidencia digital, al momento de la investigación del delito informático, como es el caso colombiano o de países latinoamericanos, el aval a la evidencia realizada a partir de la certificación del instituto como fuente de respaldo en el cumplimiento de autenticidad, integridad, originalidad, confiabilidad y no repudio.

¹⁵ <http://www.dian.gov.co/content/muisca/muisca.htm> Consultado 3 noviembre de 2014.

Los institutos más importantes, SANS¹⁶ y el NIST¹⁷, de ello se indicó (Elneser, 2013):

El interés del instituto es la difusión y cooperación en las técnicas y protocolos forenses aplicables en caso de delitos informáticos y los demás que involucren la aplicación de herramientas informáticas, con la finalidad de ayudar a los investigadores certificados, poniendo a disposición de forma gratuita documentos de investigación científica en el campo de la seguridad de la información y en los aspectos que involucran la informática forense y el derecho informático, temáticas que nutren el contexto total del campo de la investigación forense digital para la obtención de evidencia digital, con la aplicación de protocolo y herramientas forenses, no solo las consideradas por certificadas por un instituto reconocido como es SANS, sino también que permiten la obtención de la evidencia digital con características de autenticidad, integridad, originalidad, confiabilidad y no repudio.

En igual perspectiva frente a la utilidad y respaldo dado a la Evidencia Digital, se cuenta con el NIST (Elneser, 2013):

Para el campo de la informática o computación forense promueve programas académicos de contenido novedoso y contemporáneo, satisfaciendo los retos diarios que la ciberdelincuencia plantea, entre los cuales podemos encontrar: Educación Nacional de Seguridad Cibernética de la Iniciativa (Niza), Biblioteca Nacional de referencia de Software es un proyecto apoyado por el Departamento de Justicia Estadounidense adscrita al Instituto Nacional de Justicia Federal, el Estado y Policía Local, además del National Institute of Standards and Tecnología-NIST, y las organizaciones de la industria para revisar los archivos de las computadoras, se puede definir esta cooperación como la forma eficiente y eficaz de usar tecnología informática “haciendo

¹⁶ SYSADMIN AUDIT, NETWORKING AND SECURITY INSTITUTE. Institución con ánimo de lucro fundada en 1989. Dedicada a la formación, entrenamiento y certificación de profesionales en Seguridad Informática. Con sede en Bethesda (Maryland, Estados Unidos). <https://www.sans.org/>

¹⁷ NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY. Es una agencia de administración de tecnología promoviendo la innovación y competencia industrial mediante avances en metrología, normas y tecnología que mejoren la estabilidad económica y la calidad de vida. Creada desde 1901. ubicada en Gaithersburgo, Maryland. <http://www.nist.gov/>

coincidir perfil de los archivos en el RDS, Esto ayudará a aliviar gran parte del esfuerzo necesario para determinar qué archivos son importantes como pruebas en los equipos o sistemas de archivos han sido incautados en el marco de las investigaciones penales” (NIST - National Institute of standards and technology), por ello se constituye como biblioteca dedicada al almacenaje de los tipos de software, Equipos forenses y referencia datos (CFReDS), permitiendo el desarrollo de equipos forenses de referencia Data Sets (CFReDS) para pruebas digitales.

Ambos institutos han establecido un escenario mundial que garantiza la ejecución de actos de investigación con fundamento a la preservación de la privacidad, la intimidad y la protección del dato personal, respecto de lo recolectado en una prueba forense, en atención a los protocolos forenses digitales que administran y tienen estandarizados, permitiendo esclarecer los hechos sin que el presunto sindicado, sea violentado en sus garantías constitucionales, ya que en atención a las normas legales, ellas en sí mismas poseen falencias en la sistemática, en la recogida de elementos, piezas y objetos de convicción, por tanto, debe respetar un doble filtro, pasando inicialmente por las indicaciones legales del procesamiento y procedimiento sobre la etapa de actos de investigación y finalmente la etapa de actos de prueba.

La OCDE a partir de normas en países miembros u otros, identifica lineamientos uniformes en materia de la evidencia digital, disponiendo que ésta debe ser extraída adoptando un protocolo que respete los derechos fundamentales de los ciudadanos, en contrario sería constitutiva de violación de un derecho fundamental.

En los lineamientos generales de política dada a instancias de la OCDE (OCDE, 2002) se indica que debe considerarse fundamental que la extracción de una evidencia digital debe darse en el marco de: *a. limitación del uso dado en la autorización, b. salvaguardar la protección del dato personal contenido en la extracción* como requerimientos fundamentales que evidencian la protección del dato personal.

Si bien, en la directiva no se habla de la evidencia digital de forma directa, entender cada una de las figuras de efectos legales permite hacer transversalidad y establecer que la extracción de la evidencia digital realizada por parte del gobierno es absolutamente legítima y actúa como eximente de violación a la protección de dato personal, por ejemplo, en Colombia se

amparado desde el art. 15 de la constitución política de 1991 y del art. 10 de la ley 1581 de 2012, de modo contrario se puede concluir sobre la extracción de la evidencia digital realizada por un ente privado en cumplimiento de un contrato para la extracción de la evidencia digital, o como parte del protocolo interno en la atención de incidentes informáticos.

2. Breve mirada nacional

Inicialmente hay que delimitar que el término jurídico de la evidencia digital en Colombia no se encuentra expresa en el ordenamiento jurídico en general y que a su vez en el art. 275 de la Ley 906 de 2004, solo se tienen las categorías correspondientes a medios cognitivos, las denominadas Evidencias Físicas y Elemento Material Probatorio, permitiendo concluir que la podemos entender como: la evidencia construida por campos magnéticos y cursos electrónicos, que puede ser reportada, almacenada y realizada con herramientas técnicas específicas, entiéndanse protocolos, software y hardware vinculado, que no se han desarrollado para el Estado Colombiano a la medida, por consiguiente, se han acogido las internacionales del NIST y del SANS principalmente.

Igualmente el ámbito privado participa en los actos de investigación e indagación, reconociendo su intervención en calidad de *Órgano Técnico – Científico* art. 204 C.P.P., legitimado en un principio denominado, *libertad de la prueba* art. 373 y 380 C.P.P., que admite la utilización de protocolos, laboratorios y peritos forenses certificados, siempre y cuando su actuar se ejecute respetando los derechos humanos consagrados para el ciudadano desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, los cuales disponen “*las excepciones y limitaciones jurídicas, el nuevo medio de prueba que pretende hacerse valer en el proceso no puede utilizarse sino cuando los respete*” (Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Acusatorio, 2005).

Partiendo de este escenario Público-Privado en materia de investigación criminal para Colombia, se hace necesario un análisis reflexivo en cuanto a los protocolos de investigación forense aplicables en la obtención de la evidencia digital, la cual a su vez no se encuentra regulada de forma expresa en el Código Procesal Penal, art. 275:

“Elementos materiales probatorios y evidencia física. Para efectos de este código se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes: g) El mensaje de datos, como el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, télex, telefax o similar, regulados por la Ley 527 de 1999 o las normas que la sustituyan, adicionen o reformen; h) Los demás elementos materiales similares a los anteriores y que son descubiertos, recogidos y custodiados por el Fiscal General o por el fiscal directamente o por conducto de servidores de policía judicial o de peritos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, o de laboratorios aceptados oficialmente.

Por el contrario, su obtención responde a estándares de calidad emitidos y certificados por entidades u organismos del ámbito privado, nacional e internacional, siendo los más relevantes ISO, SANS y NIST.

Para Colombia se cuenta con ICONTEC desde 1963, entidad que hace parte de IQNet¹⁸, lo que permite darle un alcance internacional a las certificaciones que ellos expiden en países donde se encuentran organismos de igual operatividad¹⁹. Entre los servicios que posee se tiene la implementación, capacitación y formación, además de evaluación para certificación y recertificación en el cumplimiento de implementación en una norma ISO son producto de la auto-regulación de organismos y empresas privadas, sin que previamente exista delegación por parte del Estado de esta función pública adscrita al Poder Judicial, constituyendo, a mi juicio, un indicador de pérdida de soberanía y control del Estado, al momento de regular los actos de investigación e indagación por entes públicos, toda vez que son normas que no se someten a control de legalidad, además quien determina su validez y eficacia jurídica, particularmente que no sea violatorias de la ley y la constitución, como si lo

¹⁸ Red mundial de los principales Organismo de Certificación

¹⁹ AENOR Spain, AFNOR France, AIB Belgium, ANCE México, APCER Portugal, CCC Nicosia, CISQ Italy, CQC China, CQM China, CQS Czech Republic, CRO CERT Croatia, DQS Germany, FCAV Brazil, FONDONORMA Venezuela, ICONTEC Colombia, IMNC Mexico, IRAM Argentina, JQA Japan, KFQ Korea, MIRTEC Greece, MSZT Hungary, NEMKO Norway, NSAI Ireland, PCBC Poland, QUALITY Austria, RUSSIAN REGISTER Russia, SII Israel, SIQ Slovenia, SIRIM Malasya, SQS Switzerland, SRAC Romania, TEST-St. Petersburg Co. Ltd. Russia, TSE Turkey and YUQS Serbia. 2014. Recuperado de <http://icontec.org/index.php/es/nuestra-compania/nuestra-compania/reconocimientos-internacional>.

tiene el Código Penal²⁰, Procesal Penal²¹ y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación²².

Para el ámbito en que se enmarca la temática del presente escrito, los protocolos básicos para evidencia digital, se cuenta con el servicio de certificación y re-certificación en el cumplimiento de normas ISO, como son:

- ✓ NTC ISO 17025: Identificación de brechas entre lo desarrollado por la organización y los requisitos establecidos en los esquemas de acreditación en la norma. Es una herramienta que ayuda a la dirección, en la medida que evalúa de una manera relativamente independiente el sistema de organización y administración de laboratorios y organismos de inspección. Facilita una evaluación global y objetiva de los inconvenientes de la empresa, que generalmente suelen ser interpretados de una manera parcial por los procesos afectados. Detecta si las actividades se llevan a cabo conforme a lo estipulado en los procedimientos, instrucciones o normas. Identifica documentos desactualizados que ya no reflejan la práctica actual. Mejora la comunicación interna. Asegura que la dirección conoce la situación del sistema de calidad, sus fortalezas y debilidades (ICONTEC, s.f.).
- ✓ NTC ISO IEC 27001 – 2013: Tecnología de la información. técnicas de seguridad. sistemas de gestión de la seguridad de la información (SGSI). Requisitos. La NTC-ISO/IEC 27001 fue ratificada por el Consejo Directivo del 2006-03-22. Esta norma cubre todo tipo de organizaciones (por ejemplo: empresas comerciales, agencias gubernamentales, organizaciones sin ánimo de lucro). Esta norma especifica los requisitos para establecer, implementar, operar, hacer seguimiento, revisar, mantener y mejorar un SGSI documentado dentro del contexto de los riesgos globales del negocio de la organización. Especifica los requisitos para la implementación de controles de seguridad adaptados a las necesidades de las organizaciones individuales o a partes de ellas. El SGSI está diseñado para asegurar controles de seguridad suficientes y proporcionales que protejan los activos de información y brinden confianza a las partes interesadas.

²⁰ Ley 599 de 2000 reformado por la Ley 1273 de 2009.

²¹ Ley 906 de 2004.

²² Ley 938 de 2004.

- ✓ ISO/IEC 27037:2012: “Information technology — Security techniques — Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence” viene a renovar a las ya antiguas directrices RFC 3227 estando las recomendaciones de la ISO 27037 más dirigidas a dispositivos actuales y están más de acorde con el estado de la técnica actual. Esta norma está claramente orientada al procedimiento de la actuación pericial en el escenario de la recogida, identificación y secuestro de la evidencia digital, no entra en la fase de Análisis de la evidencia. Las tipologías de dispositivos y entornos tratados en la norma son los siguientes: a. Equipos y medios de almacenamiento y dispositivos periféricos. b. Sistemas críticos (alta exigencia de disponibilidad). c. Ordenadores y dispositivos conectados en red. d. Dispositivos móviles. y e. Sistema de circuito cerrado de televisión digital (Perito IT, 2012).

Recientemente se ha proyectado el mejoramiento en la normalización de la Evidencia Digital a través de un estándar británico, proponiendo una mejor calidad en los procesos y procedimientos ya existentes en protocolos publicados por la ISO (ISO, 2014), sin embargo, su publicación no será de aplicación internacional salvo que los países adscritos a la ISO la adopten como norma autoreguladora.

Tanto los protocolos antes reseñados como éste último, denota que la función investigativa en materia de evidencia digital, acoge elementos de estandarización con una principal finalidad la cual puede resumirse, a mi juicio, en obtener evidencia basada en protocolos con certificación, permitiendo la presentación en juicio cumpliendo principios básicos en materia de producción y en especial admisibilidad de pruebas digitales ante el juez.

Cabe señalar que los requisitos legales pueden diferir extensamente en diversas jurisdicciones de todo el mundo. La premisa no es abogar por un criterio específico legal y universal en materia de tratamiento de sistemas informáticos, sino más bien a tener en cuenta los requisitos genéricos en cuanto a las cuestiones jurídicas que pueden ser adoptadas por cualquier el sistema legal, dependiendo los principios y derechos fundamentales reconocidos en el derecho interno o particular.

En materia de EVIDENCIA DIGITAL debe tenerse en consideración y cuidado cuando se aplican normas ISO en aspectos básicos de exigencia mundial:

1. Eliminación segura de los datos de pruebas y de caso al final del proceso judicial, en caso de ser ordenado por el Juez,
2. La conservación segura de los medios de comunicación y dispositivos de sujeción de la evidencia digital potencial como medida de lo posible,
3. conservación segura de la propia evidencia digital y la conservación segura de los resultados de la investigación para una posible futura referencia, y
4. Informe Pericial de los resultados de la investigación.

La admisibilidad de evidencia digital y de la opinión de expertos en un juicio, parten de la interpretación que de ello haga el fiscal a cargo del caso, luego el juez control de garantías y finalmente el juez de conocimiento, en estos casos la forma de analizar su admisibilidad responde a dos cuestiones en relación con la norma. En materia de la admisibilidad a un testigo técnico, este debe ser capaz de testificar sobre cómo fue adquirida prueba, como la conservo en laboratorio, además de dar cuenta frente al tratamiento, integridad y originalidad, aspectos prevalentes para hacer frente a la idoneidad de los procesos sin que emerja la necesidad de la calificación de otro experto en la materia, como lo plantea la norma ISO / IEC 27042, el perito experto podría dar fe de los hechos técnicos²³ aplicados.

Aunque los requisitos de admisibilidad varían entre las jurisdicciones, debe ser un criterio universal que incluyan por lo menos, lo siguiente en sus requisitos de admisibilidad de la evidencia Digital:

- Relevancia: la evidencia digital debe ser relevante para llevar al juez a la íntima convicción de los hechos y pueda fallar en derecho.
- La autenticidad: la evidencia digital debe demostrar que es lo que pretende ser, fuente o medio de prueba en sus diferentes modalidades o representaciones, como por ejemplo ser una Imagen JPEG extraído del disco duro de un servidor o un video extraído de un dispositivo móvil, en cualquier caso se presente el protocolo aplicado que respalda no se haya modificado de ninguna manera durante su recolección y extracción colección, en conclusión que el proceso de utilizado para extraer la imagen JPEG es digno de confianza, la cual se obtiene principalmente por el respaldo de instituciones como se considera a nivel internacional ISO.

²³ No se asimila a la fe pública que se relega sólo al Notario y Revisor Fiscal, en Colombia.

3. Evidencia digital en relación con intimidad, privacidad y datos personales en *log*²⁴

Cuando se habla de un tratamiento del incidente informático se tiene que establecer el alcance de la intimidad y la privacidad desde dos miradas, o mejor desde dos disciplinas científicas que son el Derecho y Forense digital.

Cuando hablamos de incidente informático, tenemos en cuenta que se involucra no solo información, en muchos casos da cuenta de datos personales, contenidos en logs²⁵. Para delimitar si la prueba pericial tiene relación o no con la privacidad, es necesario identificar si el incidente informático ha ocurrido, en una red pública o una red privada²⁶.

Por la naturaleza de lo establecido como log, es de uso privado, sin embargo, existe empresas dedicadas al ámbito estadístico, el cual solo es posible a partir de la información y datos recolectados. La recolección que realizan estas empresas se obtiene a partir del monitoreo de los puntos de acceso central a internet a los países para sacar información de navegación en la internet, sin o con permiso del titular de la información y del dato personal.

En materia probatoria, especialmente el ámbito penal, se categoriza, por doctrinal y análisis normativo, que la obtención de los log hace parte

²⁴ Archivo que registra movimientos y actividades de un determinado programa (log file). En un servidor web, se encarga de guardar todos los requerimientos (“requests”) y servicios entregados desde él, por lo que es la base del software de estadísticas de visitas. Consultado 3 noviembre 2014. <http://www.lawebdelprogramador.com/diccionario/mostrar.php?letra=L&page=4>

²⁵ Archivo que registra movimientos y actividades de un determinado programa (log file). En un servidor web, se encarga de guardar todos los requerimientos (“requests”) y servicios entregados desde él, por lo que es la base del software de estadísticas de visitas. Consultado marzo 2014. <http://www.lawebdelprogramador.com/diccionario/buscar.php?opc=1&charSearch=log>

²⁶ La estructura de direccionamiento IP hace posible que los ordenadores se localicen entre ellos y puedan intercambiar información. Una dirección pública es una IP que se asigna a cada ordenador que se conecta a Internet, mientras que las privadas se usan para distinguir ordenadores dentro de una LAN corporativa o interna de una organización. Consultado marzo 2014. <http://www.ordenadores-y-portatiles.com/ip-publica-privada.html>.

de los actos de investigación, al respecto señaló la Corte Constitucional en sentencia C-396 de 2007:

Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías.

Por ello, la etapa que se surte para el desarrollo de los actos de investigación, sean dados por la fiscalía o por investigación privada, es en sí misma, un escenario de recolección de la información que dé cuenta del delito. De allí, que se pueda denominarse, una solicitud de log a los ISP²⁷ o las empresas de servicio en correo, redes sociales, sitios web, entre otros, como son, sin limitarse a ellas, Facebook, Yahoo, Gmail, Terra, actos de investigación, los cuales, dependiendo de su naturaleza y disponibilidad requieren o no un control previo o posterior de legalidad y legitimidad ante el juez.

Las empresas y los prestadores de Internet, han adoptado procedimientos legales uniformes para que los funcionarios judiciales y entes investigadores tengan conocimiento de cómo debe solicitarse la extracción del log, procedimientos que se desarrollan a partir de la política de privacidad, la cual, se encuentra en constante dinamismo, sea por el cambio de las estrategias comerciales, o sea por dar cumplimiento a la protección del dato personal.

Se hace necesario que la solicitud para la obtención de un log medie Juez Control de Garantías de forma directa o con la copia del auto que ordena la práctica del acto de investigación (extracción del log), se tramite por el interesado directamente frente a la embajada local con solicitud debidamente apostillada, especialmente cuando se tramita dentro del mismo país de ubicación de la empresa o del record keeper para la obtención del log. Dicha

²⁷ Proveedor de servicio de Internet

extracción así presentada se obtiene de forma legítima y legal como medio cognitivo²⁸, posteriormente permitiendo su aportación a juicio como Prueba.

En ambos casos, se materializa el control de legalidad a través de una verificación del procedimiento de extracción de los logs dada, bien sea, por el propio servidor donde están alojados, mediando una autorización judicial o petición escrita y apostillada apelando al principio de libertad probatoria en el ámbito de la investigación privada.

Otra forma de hacer requerimiento a los record keepers es haciendo la petición apostillada para ellos directamente o pagando un abogado directamente en la zona de ubicación del servidor, de donde se hará la extracción del log con la finalidad de obtenerlo de forma legal.

El requerimiento también puede realizarse a EEUU a través de los corresponsables comerciales de cada empresa prestadora del servicio²⁹ para que, desde la sede oficial, sea ésta la que atienda el requerimiento, siempre y cuando el peticionario sea un forense digital certificado o la persona, sea natural o jurídica, interesada en la evidencia o material probatorio, en cuyos casos es a costos del peticionante.

Los procedimientos tramitados solo por intermedio del proceso ante Juez Control de Garantías, tiene duración de un año más o menos, teniendo en cuenta el trámite y legitimación de la actuación judicial, además del trámite por comisión que el mismo juez debe decretar para la embajada donde se requiera hacer la extracción, situación de tiempo que se puede minimizar, cuando quien solicita el acto investigativo, una vez el juez emita el auto que ordena la extracción, envíe directamente al record keeper el auto apostillado debidamente registrado para su trámite legal.

Igualmente, este requerimiento de la solicitud de log se puede realizar a través de la policía, la cual requiere o da traslado a la petición a través de la embajada, o directamente sobre Interpol³⁰, o directamente entre departamentos

²⁸ Elemento material probatorio y evidencia física

²⁹ ISO, YAHOO, GOOGLE, GMAIL, HOTMAIL, FACEBOOK, SKYPE, entre otros.

³⁰ Con 190 países miembros, INTERPOL es la mayor organización policial internacional del mundo. Nuestra función consiste en permitir que las policías de todo el planeta colaboren para hacer del mundo un lugar más seguro. Nuestra moderna infraestructura de apoyo técnico y operativo contribuye a hacer frente a las crecientes dificultades

de policías de cada país cuando existen acuerdos internacionales de cooperación suscritos, con los cuales se le hace frente a la criminalidad.

La extracción del log se hace a través de la labor desplegada por el record keeper³¹ (Peggy Valcke, 2012), para poder hacer la entrega de los logs solicitados a las entidades que están a cargo del servicio prestado en Internet, y que estos logs se encuentren relacionados con la investigación de un caso, preservando así los Derechos Constitucionales como lo son la privacidad y la intimidad, toda vez que este profesional aplique metodologías certificadas para la extracción.

Los logs de acceso también se almacenan, aparte de los servidores de los ISP, se replican a modo de respaldo en Google, siempre y cuando la página web este utilizando “Google AdWords”³² se envía una copia de todos los logs a fin de que la herramienta pueda hacer el análisis y procesamiento estadístico de las transacciones en la página web consultada, como consecuencia emita los reportes de acceso.

Conclusiones

La creación de programas integrales de protección de datos personales a los que hacen referencia, tanto las guías de la OECD (Development, 2014) como las normas Colombianas, no se consideran una aplicación y uso restrictivo para la gran empresa, son procesos para cualquier empresa, escalables, que se deben hacer a la medida de cada organización que en su operación empresarial y comercial haga tratamiento de datos personales, obligando a repensar la manera de integrar procesos de análisis de información local y ahora nacional, igualmente a las entidades del Estado responsables de la supervisión, se deben

que comporta la lucha contra la delincuencia en el siglo XXI. Consultado marzo 2014 <http://www.interpol.int/es/>

³¹ Es la denominación dada al custodio o guardador de datos y registro en un sistema informático.

³² Permite que los clientes vean su empresa mientras buscan lo que ofrece en Google. Además, sólo se le cobrará cuando hagan clic en su anuncio para visitar su sitio web o llamarlo. Si no lo visitan, no paga. Registrarse en Google AdWords es gratis. Sólo paga cuando alguien hace clic en su anuncio para visitar su sitio web o lo llama. Es decir, cuando su publicidad es exitosa. Consultado marzo 2014. <http://www.google.com.co/adwords/?channel=ha&subid=co-es-ha-aw-brh-2~64493853415>

repensar en su forma de operar y el direccionamiento de las políticas públicas, para dar respuesta a las necesidades nacionales y transnacionales en materia de protección a la privacidad, enfrentando retos del presente siglo como es el denominado el BIG DATA³³.

Todo modelo y metodología para la recolección, tratamiento y circulación de los datos personales aplicado por el Estado, o la empresa o el comerciante, tienen, indefectiblemente, que estar diseñados para dar respuesta a la protección del dato personal como derecho constitucional fundamental y exigido por los titulares de su información personal, que empoderándose de ésta pueden delimitar el uso y goce que de ellos hacen terceras personas con las que tenga relación directa e indirecta. De éste diseño a la medida se fundamenta la Responsabilidad Demostrada, exigible por la SIC a través de la delegatura de protección de datos personales, cuando realiza un proceso de inspección al cumplimiento de la normatividad en la materia.

Para preservar la privacidad de los logs y a su vez la conservación como fuente de información para probar el hecho delictivo, se puede solicitar a los ISP de tránsito de datos, como pudieran ser en Colombia Telmex, Une, Edatel entre otros, guardan logs de estadísticas de acceso de las empresas a las cuales les prestan el servicio, y con fundamento a los acuerdos suscritos para la protección de la propiedad intelectual directamente con la DMCA³⁴, ha obligado que los ISP filtren el tráfico de bittorrent³⁵, por ello, para la obtención de log sin depender del trámite por vía judicial, se puede consultar los acuerdos firmados del ISP en procura de la preservación y protección de los derechos de autor ante la DMCA y dependiendo del nivel de privacidad podrá habilitarse la solicitud del log directamente a la empresa, eso sí, en este escenario igualmente la persona encargada de la extracción es el record keeper.

La recolección de datos personales no es solo la respuesta a una necesidad de información, no opera solo como insumo para formular políticas públicas,

³³ La ciencia del dato en masa, o conjuntos de datos no estructurados.

³⁴ (Digital Millennium Copyright Act.) DMCA Título I: Ley sobre la implementación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Año 1966. Consultado abril 2014. <http://www.wipo.int/portal/es/>

³⁵ Protocolo de intercambio de archivos grandes o de punto a punto.

alianzas entre Estados y/o empresarios, es a su vez una fuente innegable de poder de la información, permea uno de los escenarios puestos en permanente revisión en todo lo que está significando la seguridad de la información tales como el acceso a los datos e información de cualquier calidad, uso, goce y masificación, sea o no autorizada, que en un principio se enmarcan en el mundo de la licitud y del ejercicio meramente de la función pública o estrategias de mercado, pasando a convertirse, por la ausencia de autorización previa, en recolección, tratamiento y circulación, violatorias de la protección del dato personal a cargo de la persona natural o jurídica que las ha recolectado.

La recolección, tratamiento y circulación del dato personal, núcleo central de la protección como respuesta a la responsabilidad empresarial, encuentra, ante la extracción de la evidencia digital dada sobre partes, componentes lógicos, sistemas de tratamiento de información, bases de datos y archivos, un eximente responsabilidad en los términos del art. 27 del decreto 1377 de 2013, por cuanto la extracción constituye precisamente un mecanismo mediante el cual se obtiene la información y datos, sean o no de carácter personal, almacenados en equipos computacionales o similares, y no por ello, la disposición que se haga de los datos personales será constitutiva de violación al derecho fundamental de protección del dato personal, puesto que la extracción valida la necesidad de la fuente de prueba, dando respuesta a la necesidad de recabar los rastros y evidencias existentes en los dispositivos contentivos de la información y datos personales, siendo imposible, previamente, exclusión de los archivos analizados.

La ponderación sobre valoración y defensa a Derechos Fundamentales que hace el juez Constitucional, para cada caso en concreto, busca equilibrar la mayor protección de un derecho frente al otro. Por tanto, el art. 15 contentivo del derecho a la protección del dato personal y art. 29 del derecho al debido proceso y prueba legal, deben interpretarse de la mano a derechos sustanciales que regulan actos con efectos jurídicos como lo es la etapa de recolección rastros informáticos por medio de protocolos forenses que arrojan la Evidencia Digital, momento en el cual, la ponderación al derecho a la prueba y el debido proceso serían constitutivos de causal justificante para que sobrevenga un eximente de responsabilidad frente a la protección al dato personal por constituir, una necesidad de probar la comisión de un delito, situación que tanto el responsable y/o Encargante se encuentran obligados para facilitar la actividad investigativa del Estado, su negativa, por el contrario

sería constitutiva de obstaculización a la investigación del estado y no una evidencia de protección al dato personal.

El ciudadano está impedido de evitar la extracción de una Evidencia Digital alegando protección del dato personal cuando su realización viene originaria de una norma imperativa como es el código de procedimiento penal. Por el contrario, cuando la extracción de una evidencia digital depende de la ejecución de una conducta amparada por una norma autorreguladora, ésta facultad la extracción de la evidencia será por una necesidad de obtener la fuente prueba que en la investigación permitirá lleva al convencimiento al juez sobre los hechos delictivos investigados o por el contrario cuando la extracción hace parte del protocolo en atención a incidentes informático, sean o no de índole delictual.

La extracción de la evidencia digital y la protección de datos personales convergen en un punto cuando por un lado será la fuente objeto de la extracción por contener la información y datos, y por otro lado es el dato personal lo que se extrae, por lo tanto es importante que la organización, Estado y persona propietaria de la información y datos, pondere entre su obligación de proteger los datos personales en calidad de responsable y/o encargado del dato y la obligación que tiene frente al Estado para permitir actos de investigación preliminar de un delito o posible delito, en comparación a su facultad autorreguladora para implementar protocolos que permitan generar atención a incidentes vinculando la extracción de evidencia digital sin limitante de la protección de dato personal.

Referencias

Constitución política de 1991.

Colombia. Congreso de la República, Ley 906 de 2004.

Colombia. Congreso de la República, Ley 599 de 2000.

Colombia. Congreso de la República, Ley 1273 de 2009.

Colombia. Congreso de la República, Ley 1266 de 2008.

Colombia. Congreso de la República, Ley 1581 de 2012.

Colombia. Congreso de la República, Decreto 1377 de 2013.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz.

- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-831 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-396 de 2007, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- (DDI), D. D. (2014). OEA. Obtenido de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/proteccion_datos_personales_conferencias_varsovia_2013_resol_dirreccion_estrategica.pdf
- Black, E. (2001). *IBM y El Holocausto*. Alemania: Atlántida.
- Cano, J. (2010). *Computación Forense*. Bogotá: Omega.
- Cavero, J. M. (1993). *El derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*. Madrid España: Civitas.
- Development, O. S. (2014). OSD Global. Obtenido de www.osdglobal.com
- Black, E. (2001). *IBM y el Holocausto*. México: Atlántida.
- Elneser, A. M. (2013). *APROXIMACIÓN A LA INFORMÁTICA FORENSE Y EL DERECHO INFORMÁTICO: Ámbito Colombiano*. Medellín: (Departamento Fondo Editorial Funlam) - FUNLAM.
- Fiscalía, L. F. (2008). *La Prueba en el Proceso Penal Colombiano*. Medellín: Fiscalía General de la Nación y Fénix Medina Group.
- Peggy Valcke, J. D. (2012). *Computer, Law & Security Review – special issue Trust in the Information Society*. Oslo, Norway: Editorial Board - University of Oslo.
- Sentencia Constitucional, Sentencia T- 419 (Corte Constitucional 8 de julio de 2013).
- Sentencia Good Will o Credito Mercantil, expediente 16274 (Consejo de Estado 26 de enero de 2013).
- SIC, Delegatura Protección de Datos Personales (2014). *Publicación Primera Rendición de Cuentas de Sanciones en 2014. Informe anual*. Obtenido de http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/informe_consolidado_sanciones_1_2014_VERSION_SIC.pdf
- Taruffo, M. (2011). *La Prueba de los Hechos* (Cuarta ed.). (J. Feerer, Trad.) Madrid, España: Trotta S.A.

- ISO - International Organization for Standardization. (2014). *ISO*. Obtenido de http://www.iso.org/iso/home/about/iso_members.htm?membertype=membertype_MB
- ISO BRITANICO. (2014). *Information technology - Security techniques — Incident investigation - principles and processes*. ISO EDITION (UNPUBLISHED)
- ICONTEC. (s.f.). *ICONTEC Internacional*. Obtenido de <http://icontec.org/index.php/es/portafolio-de-inspeccion/48-colombia/inspeccion/1229-auditoria-interna-iso-17025-y-17020>
- OCDE. (2002). *organización para la cooperación y desarrollo económico*. Obtenido de <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf>

Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano a partir de la Constitución de 1991*

Trends of loss of profit in the extra-contractual liability regime of
the state in colombian law since the 1991 Constitution

Recibido: Julio 28 de 2014 - Evaluado: Octubre 10 de 2014 - Aceptado: Noviembre 4 de 2014

Débora Guerra Moreno**

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto del proyecto de investigación “Tendencias en torno al lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991”, adscrito al Grupo de Investigación en Derecho Público GIDPÚ de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. El autor agradece la colaboración como auxiliar de investigación a la estudiante Laura Bouzas.

** Abogada, egresada de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, Magister en Derecho con énfasis Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia, MBA de la Escuela de Dirección de Empresas EDDE de la Universidad Argentina de la Empresa UADE; candidata a Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Candidata a Doctora en Administración, Hacienda y Justicia de la Universidad de Salamanca, Especialista en Derecho Empresarial de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y la Universidad del Atlántico, y Especialista en Contratación Estatal en la Universidad Externado de Colombia. Actualmente docente de la Universidad Libre Seccional Cúcuta y Universidad de Medellín

Correo electrónico: deboraguerrmoreno@hotmail.com.

Para citar este artículo / To cite this Article

Guerra Moreno, D. (Enero-Junio de 2015). Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano, a partir de la Constitución de 1991. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), (157-184).

Resumen

La presente investigación tiene como propósito plantear algunos interrogantes para lograr determinar cuáles han sido las tendencias sobre el lucro cesante que ha definido el Consejo de Estado colombiano cuando se condena al Estado a la reparación de perjuicios en el escenario de naturaleza jurídica de responsabilidad extracontractual. Se propone caracterizar los enfoques respecto del concepto “lucro cesante”, propuestos en la doctrina y en la jurisprudencia, con el propósito de identificar las reglas establecidas por el Consejo de Estado y así identificar cuáles han sido sus tendencias.

Palabras clave: Responsabilidad civil extracontractual, daño, certeza, prueba, lucro cesante, daño emergente, jurisprudencia, doctrina, reparación de perjuicios.

Abstract

This article has the objective to set some questions in order to determine which have been the trends about loss of profit defined by the Consejo de Estado (State Council) when the state is liable to pay damages in the scenario and nature of the tort responsibility. It is proposed to characterize the approaches about the concept of loss of profit shown on the doctrine; analyze the judicial decision taken in the frame of the tort responsibility of the state about the figure of *loss profit* in Colombia, since the 1991's constitution, in order to identify the law rules of the Consejo de Estado (State Council) which allows to tell which had been the trends around the loss of profit set inside of the frame of tort responsibility of the state since the 1991 constitution.

Key words: Civil tort responsibility/civil extra-contractual liability, Damage/hurt, Assurance, Proof, Lost profit, Emerging damage, Jurisprudence, law, Doctrine, Repair of prejudice.

Introducción

Una de las figuras jurídicas más utilizadas en el debate sobre reparación del daño en Colombia, es sin duda, la relacionada con el daño material

que contempla *el lucro cesante y el daño emergente*, (en la mayor parte de los textos académicos se lee así como uno solo), estos corresponden a dos de los conceptos más importantes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, constituyéndose en elementos necesarios y definitivos para la reparación de los perjuicios derivados del daño material y por lo tanto de la valoración de la indemnización que de éste se deduce.

La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de establecer claramente la diferencia entre uno y otro concepto, básicamente el lucro cesante es una categoría de daño material que comprende la indemnización de aquel ingreso que se ha dejado de percibir, incluso aquel que se basa en una esperanza legítima y que permite restablecer el patrimonio de la víctima que ha sufrido un daño, según se desprende de la lectura del artículo 1614 del Código Civil, mientras que el daño emergente corresponde al valor o precio que se ha tenido que pagar o se deberá pagar como consecuencia del daño sufrido.

La definición anterior de lucro cesante, aunque simple, sirve para establecer la diferencia con el daño emergente, sin embargo una verdadera conceptualización del lucro cesante implica la comprensión de cada uno de los diferentes elementos del concepto; el lucro cesante debe entenderse como una lesión patrimonial que consiste en la pérdida de un ingreso, ganancia, utilidad o incremento patrimonial que no se ha percibido en razón de un incumplimiento, un ilícito o un perjuicio ocasionado por un tercero. Concepto que se evidencia hoy día en la últimas tendencias de los tribunales colombianos, que se manifiesta en sentencias como, por ejemplo, la proferida por el Consejo de Estado para resolver el caso de Audy Forigua en diciembre 04 del año 2006, que condenó en equidad el lucro cesante por el hecho de la privación injusta de la libertad, no solo por el tiempo que estuvo preso, sino por el tiempo que duro buscando trabajo”; en otras sentencias se ha reconocido como lucro cesante el valor de los salarios perdidos más el 25% de las prestaciones sociales.

En otra decisión de fecha 19 de octubre del año 2007, el Consejo de Estado reconoce el perjuicio de lucro cesante a la madre que abandona su actividad de modistería para cuidar a su hija que sufrió una parálisis, entre otras sentencias que definen el criterio de las cortes Colombianas.

De esta forma se ha construido el concepto de lucro cesante, desarrollado notablemente desde las primeras definiciones incorporadas en la legislación nacional hasta las reflexiones últimas motivadas desde la jurisprudencia nacional.

La tendencia del concepto, en principio simple, se consolida hasta hacerse una figura jurídica autónoma, con elementos propios que se pueden reconocer en el estudio de las decisiones de los tribunales nacionales, lo cual permite asegurar que aún falta mucho por definirse, es decir la figura aún se encuentra en formación, luego es seguro que continúe variando y presentando modificaciones en el tiempo, conforme a la dinámica misma de la decisión judicial.

En este contexto, la investigación tiene como propósito plantear algunos interrogantes para lograr determinar cuáles han sido las tendencias sobre el lucro cesante que ha definido el Consejo de Estado cuando se imputa al Estado la obligación de reparar los perjuicios en el escenario cuya naturaleza jurídica es la responsabilidad extracontractual.

Planteamiento de la problemática y problema de investigación

El Estado Colombiano al momento de establecer una reparación cuando se le atribuye responsabilidad extracontractual a la entidad estatal o autoridad, ha definido el lucro cesante como un tipo del daño económico, de categoría autónoma, que afecta el patrimonio de la víctima ocasionado. Por su parte, la doctrina se ha encargado de extender y desarrollar el concepto plasmado en el Código Civil colombiano.

Frente a la existencia de un sinnúmero de elementos particulares que rodean cada uno de los casos expuestos ante la justicia colombiana y los principios e influencias que aparecen con la aplicación de la Constitución colombiana de 1991, nos preguntamos si la jurisprudencia aporta información sobre la armonía en las decisiones tomadas, de manera que se puedan establecer tendencias en el momento de fallar, lo cual nos aporta directrices importantes que serían útiles para los beneficiarios de las reparaciones otorgadas por el administrador de justicia en Colombia.

El beneficio otorgado será tener certeza y precisión respecto de los elementos necesarios e indispensables en la solicitud para acceder a una reparación por lucro cesante frente a una responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Para lograr obtener esta información unificada es necesario identificar y analizar sentencias enmarcadas en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir del año 1991, en las que se otorgue reparación del daño material (lucro cesante) para lograr establecer

con claridad la respuesta al siguiente problema: ¿Cuáles han sido las tendencias en torno al lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual del estado en Colombia a partir de la Constitución política de 1991?

Metodología

La metodología aplicada en esta investigación es de carácter cualitativo por cuanto se estudia el problema desde las dinámicas generadas en la doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia del Consejo de Estado. Se emplea un tipo de estudio teórico y analítico teniendo en cuenta la perspectiva que sobre el lucro cesante se tiene. Se ha efectuado un análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado a fin de identificar las reglas y subreglas que definen las tendencias aplicadas sobre el reconocimiento del lucro cesante dentro de un esquema de reparación en la responsabilidad extracontractual del Estado. Se desarrolla a partir de una metodología descriptiva, partiendo de una revisión bibliográfica como referente conceptual de las diferentes dimensiones teóricas y un análisis jurisprudencial sobre responsabilidad y lucro cesante. Se pretende aportar una revisión de la literatura relacionada con recientes investigaciones sobre la forma como las decisiones del Consejo de Estado describen las tendencias en torno al lucro cesante con respecto a la indemnización del daño material.

Esquema de resolución

Para responder este interrogante se ha considerado necesario i) caracterizar los enfoques respecto del lucro cesante propuestos por la doctrina colombiana, perfilar ii) el concepto daño y perjuicio, iii) la responsabilidad civil, iv) el daño emergente, v) el lucro cesante, examinar vi) la doctrina y el lucro cesante, vii) la prueba del lucro cesante, se precisarán viii) consideraciones puntuales del Consejo de Estado sobre el punto de derecho y finalmente se relacionarán las ix) conclusiones.

1. Conceptualización del lucro cesante desde la doctrina especializada

El eje articulador de este estudio está definido por el daño, pues es a partir de su identificación donde se deriva la responsabilidad civil sobre la cual se materializan las instituciones jurídicas de los perjuicios lucro cesante

y daño emergente, y consecuentemente la obligación de reparar, cuando se identifique un daño, pero no cualquier daño, sino solo aquel que recae sobre un bien, interés o derecho jurídicamente protegido, reconocido por el orden jurídico como resarcible.

El concepto básico de daño, definido por la Real Academia Española RAE, en poco difiere del que se utiliza en el lenguaje jurídico; allí se indica su significado como: “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia” o “maltratar o echar a perder una cosa” (RAE, 1992, pág. 661)

En una connotación jurídica, el término “daño” se usa para significar: El detrimento, menoscabo o deterioro que soporta una persona en su integridad personal, en sus bienes o sobre derechos presentes o futuros ciertos; es un perjuicio sufrido por la persona como consecuencia del incumplimiento de un contrato o a causa de un delito o cuasi-delito o de un hecho, causante de un menoscabo patrimonial o no patrimonial. Un concepto sencillo pero no por ello incompleto del daño es el de Zeno Santiago “Daño es todo menoscabo material o moral que sufre una persona, ya en sus bienes naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio, causado en contravención a una norma jurídica, y por el cual ha de responder otra” (Zeno, 2014)

Los investigadores Luis y Francisco Ternera Barrios, consideran que el Daño “en un sentido jurídico, puede tomarse como la lesión, detrimento o destrucción de un derecho patrimonial (quebranto de un derecho real o personal) o extrapatrimonial (menoscabo de un derecho personalísimo). En el primero de los casos, hablamos del daño patrimonial también denominado material; en el segundo, nos referimos al daño extrapatrimonial también llamado inmaterial o moral” (Temera Barrios & Temera Barrios, 2008).

La clasificación del daño en la forma antes señalada es importante, pues de ella se desprende la identificación de dos clases muy generales; el que es relevante para el derecho y por lo tanto genera la intervención del ordenamiento jurídico, y la que no tiene relevancia alguna. En el primer caso, se encuentran los que tienen naturaleza patrimonial (pérdidas sufridas y ganancias dejadas de obtener) y los que afectan al cuerpo o a la mente de la persona, esto es, los llamados daños morales, psicofísicos o daños biológicos o a la salud, daño a la vida de relación o aquellos causados sobre la salud mental de las personas naturales, y ahora una nueva categoría denominada daños a bienes e intereses constitucional y convencionalmente protegidos.

En síntesis, “el daño es una lesión (destrucción, aminoración, menoscabo, afrenta o alteración de una situación favorable) que sufre una persona y que recae sobre un bien, interés o derecho jurídicamente protegido bien sea material o inmaterial, en general, sobre un interés legítimo, como tal, es un hecho físico que, para llegar a tener las características propias de un hecho jurídico (generar consecuencias en derecho), debe reunir otras condiciones que lo convierten en “daño resarcible”, capaz de generar la responsabilidad de otra persona distinta de la víctima, entendiendo por tal la persona que padece el daño” (Tamayo Jaramillo, 2010).

En tal sentido, la situación lesionada debe estar protegida por el derecho, la existencia del daño sobre un interés protegido supone la obligación de repararlo y genera el derecho subjetivo de ser indemnizado. En este sentido, “será reparable aquella afectación a un interés que provenga de una fuente lícita” (Guerra Moreno, 2014)

En este contexto surgen las diferentes formas de responsabilidad, particularmente la “responsabilidad civil” bien sea contractual o extracontractual, como se denomina el fenómeno en virtud del cual, cuando un sujeto causa daños a otro, surge a su cargo la obligación de reparar o indemnizar tales daños. El ordenamiento legal ha definido un conjunto de normas específicas que regulan la responsabilidad civil, y que tienen como objetivo determinar, frente a un hecho generador de daños, si éstos deben ser soportados por la víctima o reparados por el causante de los mismos.

Señala la Corte Suprema de Justicia colombiana al respecto:

“En el ámbito normativo, la noción de daño comprende toda lesión a un interés tutelado, ya presente, ora posterior a la conducta generatriz, y en lo tocante al daño patrimonial, la indemnización cobija las compensaciones económicas por pérdida, destrucción o deterioro del patrimonio, las erogaciones, desembolsos o gastos ya realizados o por efectuar para su completa recuperación e íntegro restablecimiento, y el advenimiento del pasivo (*damnum emergens*), así como las relativas a la privación de las utilidades, beneficios, provechos o aumentos patrimoniales frustrados que se perciben o percibirían de no ocurrir los hechos dañosos (*lucrum cessans*), esto es, abarca todo el daño cierto, actual o futuro (arts. 1613 y 1614 Código Civil; 16, Ley 446 de 1998; cas. civ. sentencia de 7 de mayo de 1968, CXXIV)”.

A efectos de una mejor comprensión de la jurisprudencia citada es importante aclarar la diferencia entre dos conceptos que en general se confunden, pero que tienen significados diferentes.

2. El daño y el perjuicio

En la doctrina existen dos corrientes distintas que se refieren a la presentación del daño: la primera que identifica el daño con el perjuicio. Esta es la corriente doctrinaria que no establece diferencia entre el concepto de daño y el concepto de perjuicio, que es defendida entre otros por los siguientes autores:

Para Escobar Gil el daño es todo menoscabo, pérdida o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes corporales, espirituales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano o que la causa sea un hecho de la naturaleza (Escobar Gil, 1989).

Desde una perspectiva objetiva Zannoni define el daño como “el menoscabo que, a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio” (Zannoni, 1977)

Por su parte Sarmiento García contempla el daño como “todo hecho modificador de una realidad preexistente que afecta a un sujeto de derecho en su persona, su patrimonio o sus sentimientos, razón por la que clasifica el daño en dos categorías: daño material y daño moral” (Sarmiento García, 2009).

Adriano de Cupis indica que el daño no significa más que la aminoración, menoscabo, perjuicio o alteración de una situación favorable (De Cupis, 1996).

En cuanto a la relación entre daño y perjuicio, Tamayo Jaramillo, hoy por hoy defiende la teoría que los dos conceptos son equivalentes y manifiesta que su distinción es errónea y podría llevar al absurdo de que se presentaran daños no jurídicamente protegidos. (Tamayo Jaramillo, 2010) En este sentido para él, daño o perjuicio en sentido jurídico son lo mismo.

Si se analiza el concepto de la Real Academia Española, perjuicio se define como el “Detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa”, concepto que se identifica con el estudiado sobre el daño.

Ahora bien, algunos doctrinantes consideran que la diferencia entre daño y perjuicio si tiene relevancia, entre ellos el profesor Juan Carlos Henao, quien señala la importancia que reviste la diferenciación de los conceptos daño y perjuicio haciendo relación en lo siguiente: “el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil” (Henao, 1998). En este sentido el daño es la causa y el perjuicio la consecuencia.

Igual posición sobre el tema destaca Enrique Gil, quien presenta una distinción entre daño evento y daño consecuencia cuando se refiere al daño y al perjuicio, esto significa que el perjuicio es la consecuencia económica del daño (Gil Botero, 2006).

Esta teoría aporta un punto útil y es el siguiente: si el daño es un hecho que produce un perjuicio, necesariamente existe una relación de causalidad entre el daño como hecho físico y el perjuicio como hecho jurídico, se debe probar que ese daño produjo el perjuicio y que todo lo anterior se encuentra inmerso en una situación contraria a derecho.

Ahora, ocurrido el daño (por ejemplo la lesión en la integridad corporal de una persona), puede originarse el perjuicio (material o inmaterial tratándose de perjuicios individuales), que es lo que realmente se repara. Se vuelve entonces a la conclusión sobre la diferencia entre daño y perjuicio en la que el daño es la causa y los perjuicios la consecuencia.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de diciembre de 1943 señaló que “el daño expresa la existencia de una vulneración, de un deterioro, tomado en sí mismo, y el perjuicio es la culpa, o si se quiere, el daño a cargo de una persona jurídica”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 13 de diciembre de 1943, M.P.: Aníbal Cardoso Gaitán).

En el derecho civil se entiende el daño como pérdida o lesión sufrida en el patrimonio por el incumplimiento de una obligación y perjuicio como la privación de una ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Entonces, aplicando esta teoría de causa-efecto o consecuencia, el juez en el momento de decidir respecto de la estimación de la reparación debe tener certeza respecto del daño, por ejemplo, la muerte o la lesión; y por otro lado, debe también tener certeza respecto de los perjuicios, como por ejemplo el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral o el daño a la vida de relación; en la medida en que los encuentre probados puede establecer el nexo causal entre ellos, pues los perjuicios deben provenir directamente del daño.

De otra parte, basándose en las definiciones de daño y perjuicio que establece la Real Academia de la Lengua Española, en cuanto a que daño es un detrimento, menoscabo, perjuicio, dolor o molestia y perjuicio es daño o menoscabo material o moral, ganancia lícita que deja de obtenerse; Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodnovic en su tratado de Derecho Civil, consideran que teniendo en cuenta el significado forense del vocablo perjuicio que alude a la “ganancia lícita que deja de obtenerse” es donde se origina la separación de los conceptos de daño emergente y lucro cesante, en el sentido que cuando se hable de indemnización de daños y perjuicios, la palabra *daños* aludiría al *daño emergente* y el vocablo *perjuicio* al lucro cesante (Alessandri, Somarriva U, & Vodanovic H, 1998). Sin embargo si se toman los dos conceptos como detrimento o menoscabo no tornaría sobre ellos diferencia alguna.

Es por lo anterior que algunos tratadistas sostienen que la reparación es propia del daño, en tanto que a los perjuicios corresponde la indemnización pues se refiere a la falta de ganancia lícita que debía haber obtenido el acreedor.

El Consejo de Estado por su parte no ha marcado una diferencia entre estos dos conceptos, lo que quiere decir que no ha definido si se trata de conceptos similares o diferentes, reflejando en sus decisiones que son tomados como sinónimos.

En el lenguaje cotidiano se toman los conceptos como similares o sinónimos toda vez que las definiciones ya mencionadas individualmente definen el daño y el perjuicio como lesión, detrimento, menoscabo que sufre un interés jurídicamente protegido.

3. La responsabilidad civil

La responsabilidad civil se define como la obligación de reparar los daños causados por un sujeto a derechos jurídicamente tutelados que pertenecen a un tercero. Para Visser del Pino la responsabilidad civil es “la obligación que surge en cabeza de una persona de reparar un daño a otro, como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, doloso o culposo, o por el incumplimiento de una obligación” (Visser del Pino, 1986) y en el mismo sentido se expresa Bustamante Alsina que la define como el deber de dar cuenta a otro del daño que se ha causado (Bustamante, 1997)

Los conceptos citados, si bien corresponde en estricto sentido a las ideas desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia tradicionales en torno a la responsabilidad, son incompletos a la luz del derecho moderno, en cuanto que, suponen que la culpa es el único factor que genera responsabilidad. Desde hace varias décadas la jurisprudencia actual ha reconocido otros factores que coexisten con la culpa como fundamentos de la responsabilidad, como por ejemplo el riesgo en sus diferentes formas, riesgo provecho, riesgo creado; la falla del servicio y el daño especial.

Josserand, citado por los hermanos Mazeaud, explica que “una persona es responsable siempre que debe reparar un daño” porque el sentido etimológico del término, es el que responde; palabra latina *respondere* proviene de *spondere* que significa prometer, comprometerse a algo (...) una vez prometido; de la misma forma el *sponsor* es el obligado a responder por la deuda (Mazeaud, 1977).

La responsabilidad civil es una de las formas de responsabilidad, de carácter pecuniario, que bien puede ser de naturaleza contractual o extracontractual. Los Mazeaud establecen que se habla de responsabilidad civil porque supone un perjuicio o un daño privado, no social, donde la víctima es un particular y no toda la sociedad y en este sentido la víctima del daño no tendrá que castigar al autor del daño, sino únicamente le pedirá reparación. La responsabilidad penal que está definida en la legislación penal y en otro tipo de normas, puede originarse en los delitos o en las contravenciones; y la responsabilidad administrativa que se define a partir de las obligaciones contraídas en ejercicio de la función pública¹.

Con relación a la responsabilidad civil se diferencian la responsabilidad contractual y la extracontractual; en el primer caso, la contractual es la que deriva del incumplimiento de una obligación preexistente contenida en un acuerdo de voluntades. La extracontractual deriva de la causación de un daño cuando se actúa contrario al derecho, y no del incumplimiento de una obligación preexistente. Sin embargo, pueden existir casos en que de un mismo hecho generador de daños, se deriven los dos tipos de responsabilidad.

¹ Ibid.

Para que haya lugar a la imputación de responsabilidad civil, es necesario y esencial la existencia de un daño, sin este elemento no se origina la obligación de reparar.

La doctrina considera que los elementos para probar la existencia del daño son tres: personal, cierto y directo, mientras que Juan Carlos Henao no considera que el elemento “directo” deba predicarse del daño, él se lo atribuye a la imputación, de modo que para este autor los elementos del daño son solo dos: Personal y Cierto (Henao, 1998).

Es claro que solo para que el daño pueda ser reparado debe existir certeza sobre su ocurrencia, es decir el daño debe ser cierto, debe haberse consolidado, consumado, realizado. Lo anterior quiere decir que le corresponde al afectado probar la ocurrencia del daño; aunque hay algunos casos en los que la legislación colombiana presume el daño, cuando éste no se ha consolidado pero existen altas probabilidades que se proyecte hacia el futuro toda vez que se tiene la certeza de una situación que existe y que permite determinar que el daño continuará realizándose.

La regla general es que se debe probar su existencia, esto implica que quien alegué haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia y debe probar la titularidad jurídica sobre el bien, interés o derecho vulnerado, con lo que se demuestra el carácter personal del daño.

Otro elemento del daño, es que debe ser directo, es decir que provenga directamente del hecho del autor o del incumplimiento de una obligación contractual. El daño directo es el que puede ser indemnizable, por el contrario el daño indirecto no se indemniza, pues no se puede establecer el nexo causal entre el daño causado y el incumplimiento o el hecho dañoso.

Por supuesto el daño solo será indemnizable en la medida en que sea injusto; es decir que el daño debe haberse producido por efectos de un hecho generador de un supuesto de responsabilidad civil, en otras palabras, un daño cuya realización no sea “justificada” por el ordenamiento jurídico.

A partir del Código Civil se establece una clasificación de daños en razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes en un convenio, no obstante, la doctrina y la jurisprudencia han definido diferentes tipologías para clasificar el daño; así dependiendo de la necesidad de cada autor, de la legislación nacional propia, se conocen las siguientes clases: a) daño material o patrimonial y daño inmaterial o extrapatrimonial; b) daño directo

e indirecto; c) daño actual y futuro; d) daño antijurídico y no antijurídico o jurídico. La clasificación que interesa para los efectos de la investigación que se realiza, es el daño material o patrimonial, dentro de los cuales ubicamos la sub-clasificación así: el daño emergente y el lucro cesante, tal y como lo señala la legislación civil.

4. El daño emergente

El daño emergente es un tipo de daño de naturaleza económica, definido como la pérdida del patrimonio, salida de dinero (erogaciones o desembolsos), o de un bien o recurso, en el que la víctima debe incurrir para lograr el restablecimiento después del daño sufrido.

El daño emergente se encuentra definido en el artículo 1614 del Código Civil colombiano. Se refiere a los daños surgidos con ocasión a un evento constitutivo de responsabilidad contractual. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que dicho concepto también resulta aplicable para la responsabilidad extracontractual. (Sentencia C.S.J., 1940), con lo cual así se han indemnizado este tipo de daños en un escenario de responsabilidad extracontractual imputable al Estado.

5. El lucro cesante

El lucro cesante es una categoría de perjuicio material, de naturaleza económica, de contenido pecuniario, es decir, que puede cuantificarse en una suma de dinero, y que consiste en la afectación o menoscabo de un derecho material o patrimonial, reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir, que no ingresara al patrimonio de la persona cuando se le ha causado un daño. Al igual que el daño emergente, se encuentra definido en el artículo 1614 del Código Civil.

De este concepto se pueden establecer las siguientes características: es un ingreso, utilidad, ganancia o renta que proviene de una actividad económica o productiva cuyo titular es la persona afectada por el daño causado, se deja de recibir cuando se sufre un daño y puede ser percibido a título de indemnización por las víctimas directas o indirectas cuando se imputa al causante del perjuicio la obligación de reparar.

Este contenido nos ubica dentro de la figura jurídica objeto de estudio, el lucro cesante. En otras palabras, el lucro cesante es una categoría de daño material que comprende la indemnización de aquel ingreso que se ha dejado de percibir, incluso aquel que se basa en una esperanza legítima y que permite restablecer el patrimonio de la persona que ha sufrido un daño consistente en la lesión de un interés jurídicamente protegido. El lucro cesante afecta el patrimonio de una persona.

5.1. Lo que dice la doctrina con respecto al lucro cesante

Necesario es considerar lo que dice la doctrina con respecto a esta figura jurídica.

Obdulio Velásquez Posada, considera que esta figura tiene sus orígenes en el derecho romano “*quantum lucrari potui*” y que la jurisprudencia se ha encargado de delimitar los conceptos así: el lucro cesante está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego con el mismo fundamento de hecho.

En su estudio Velásquez sostiene que “hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar según el curso normal de los acontecimientos no ingreso ni ingresara al patrimonio de la víctima, razón por la que considera que es inexacto identificar el lucro cesante con los perjuicios futuros”. Sostiene también que:

... tampoco es correcto limitar el concepto de lucro cesante al simple hecho de dejar de percibir una suma de dinero, para él, este concepto es más amplio y comprende otros beneficios que no son puramente económicos, como por ejemplo cuando un automóvil particular es destruido en un accidente su propietario puede pretender que se le reconozca el lucro cesante causado aunque este no se concrete en la pérdida de un ingreso monetario.

El provecho que obtenía el propietario al desplazarse en su vehículo es sin duda un beneficio amparado por la ley y que es susceptible de una valoración económica. No obstante, lo anterior la jurisprudencia colombiana en varias oportunidades ha negado la existencia del lucro cesante en estos casos, por ejemplo el decidido por la Corte Suprema de Justicia el 7 mayo 1968 bajo la ponencia de Héctor Roa Gómez, en la que se expone que hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar al patrimonio

de la víctima según el curso normal de los acontecimientos no ingreso ni ingresara” (Velásquez Posada, 2009).

Igual posición ha expresado Javier Tamayo Jaramillo, en su Tratado de Responsabilidad Civil, en donde sostuvo que el lucro cesante no puede limitarse al concepto de ganancia y considera que éste debe extenderse a todo tipo de provecho de bienes. Sostiene que se tiene derecho a la reparación del lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingreso ni ingresara en el patrimonio de la víctima. Expresa claramente Tamayo Jaramillo, que el lucro cesante no solo comprende la supresión del ingreso de dinero o de cosas al patrimonio de la víctima sino también la supresión de todo tipo de beneficio o provecho que deja de reportarse, siempre y cuando sea susceptible de evaluarse pecuniariamente; habrá lugar a la indemnización, aunque la víctima no remplace con su propio pecunio el beneficio o provecho del que se ha visto privada, De tal forma que para efecto de calcular la indemnización bastara averiguar cuánto cuesta en el comercio de prestación de servicios, la obtención de un beneficio similar al que fue suprimido. Todo bien, productivo o no de dinero, da lugar a lucro cesante si por el hecho de un tercero se produce su inutilización (Tamayo Jaramillo, 2010).

Por su parte Díez-Picazo, opina citando a Ricardo De Ángel Yagüez, que el lucro cesante encierra un concepto que implica vaguedad, incertidumbre, que hace referencia al menoscabo patrimonial sufrido por la víctima de un hecho ilícito, la ganancia frustrada o el beneficio que se haya dejado de obtener. Expresan que “la estimación del lucro cesante es una operación intelectual en la que se contienen juicios de valor y que de ordinario exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido” (Díez-Picazo, 2011)

Parafraseando a Gilberto Martínez Rave, quien define el lucro cesante como la frustración, privación o falta de un aumento patrimonial como consecuencia del daño, la falta de rendimiento, de productividad de las cosas o el dejar de recibir beneficios económicos, como consecuencia de los hechos dañosos. Incluso hace referencia a los daños causados sobre bienes o cosas, en los que el lucro cesante lo constituye la falta de servicio o de productividad de estos bienes. Si se trata de bienes productivos que desaparecen o de dinero, considera como lucro cesante la falta o merma en la productividad. Si no es posible acreditarla se aplicara el interés como compensación por la utilización del dinero. (Martínez Rave & Martínez Tamayo, 2003)

Entre otros, Alberto Tamayo Lombana expone en su obra sobre Responsabilidad Civil Extracontractual y Contractual, que el lucro cesante es la ganancia frustrada bien sea por el incumplimiento del contrato en el terreno de la responsabilidad contractual o por el daño que le ocasiono el delito o el cuasidelito, en el campo de la responsabilidad delictual o extracontractual. (Tamayo Lombana, 2005)

Es importante sumar a las definiciones de los diferentes doctrinantes, la de Juan Carlos Henao, quien hace una ilustración amplia sobre el lucro cesante en su obra denominada “El Daño”, en la cual, también define el lucro cesante como la pérdida de expectativa de riqueza, de utilidad, de ingreso, de crecimiento patrimonial en el sentido que el objeto del daño es un interés futuro, es decir, un interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona. Presenta un esquema en los que muestra el perjuicio de lucro cesante en casos concretos, por ejemplo cuando se causan daños a la integridad de una persona humana se generan secuelas que deben ser reparadas, bien sea porque haya fallecido o porque haya sufrido lesiones que le causan incapacidad permanente o transitoria. Igual exposición realiza cuando la lesión la sufre un bien, el lucro cesante está constituido por lo que este deja de producir en razón del hecho dañino. En efecto, todas las ganancias frustradas que se esperaba produciría el bien se tienen como daño indemnizable. (Henao, 1998)

De lo anterior, es claro establecer que para la doctrina el lucro cesante es considerado como el perjuicio material que consiste entonces en aquel detrimento, menoscabo, disminución, afrenta que sufre el patrimonio de una persona al no recibir la ganancia, ingreso o utilidad esperada en razón al padecimiento de un daño causado por otra persona.

5.2. La prueba del perjuicio lucro cesante

Tendiendo claridad sobre la conceptualización del lucro cesante, se ha considerado menester analizar cómo se debe probar este tipo de perjuicio. Para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o futura, es decir que si no se hubiese producido el daño el ingreso debía percibirse, es necesaria su plena demostración en el proceso con elementos probatorios fidedignos e idóneos, como lo son aquellos medios permitidos en el ordenamiento jurídico, estos son por ejemplo: la confesión de parte, los testimonios de terceros, los documentos, los indicios, las inspecciones judiciales y dictámenes periciales.

La prueba por excelencia de este tipo de perjuicio es la documental, toda vez que permite al juzgador obtener de manera fácil la certeza del perjuicio. Debe entenderse que no se puede analizar los elementos que prueban la existencia de un daño sobre pruebas hipotéticas o sobre esperanzas de fortunas sin legitimación.

El juez debe ser prudente y cuidadoso cuando analiza el elemento cierto que prueba la existencia del perjuicio y cuando realiza la valoración de las pruebas allegadas al proceso, este análisis se hace más complejo aún, cuando se trata de perjuicios no consolidados, es decir, cuando existe un grado alto de incertidumbre para determinar el perjuicio, es aquí cuando debe aplicar criterios objetivos e incluso restrictivos que bajo un serio análisis racional e integral le permitan obtener un grado razonable de certidumbre que de acuerdo con las reglas de la sana crítica le permitan emitir un reconocimiento o una negación a la parte interesada.

Al respecto de la valoración probatoria a cargo de los jueces para determinar o no el reconocimiento de la reparación del lucro cesante, el profesor Adriano De Cupis, citado en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, considera que “Teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable.”²

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que, dentro del análisis de la prueba que determine conferir el derecho a la reparación del perjuicio de lucro cesante, es necesario “la existencia de los supuestos que configuran dicho derecho, que se concretan en: 1. La dependencia económica que tenía el reclamante de quien murió o quedó en situación física o mental que imposibiliten prestar la ayuda o socorro que venía otorgando. 2. El daño cierto que la muerte o la

² Al respecto pueden consultarse: Cas. Civ. Sentencia de 28 de junio de 2000) “(cas. civ. sentencia de 18 de enero de 2007 [S-006-2007], exp. 11001-3103-020-1999-00173-01)” (cas. civ. sentencia de 9 de septiembre de 2010, exp. 17042-3103-001-2005-00103-01, reiterada en cas. civ. de 16 de mayo de 2011, exp. 52835-3103-001-2000-00005-01).

situación de quien daba la ayuda al dependiente, esto es que haya certeza de que dadas las circunstancias, la ayuda o socorro habría continuado. Con otras palabras que esa dependencia no se deriva de una relación ilícita y, por tanto, la pretensión venga a conformar una aspiración que repugne al derecho. 3. Que la pretensión indemnizatoria no signifique obtener una ventaja o un provecho contrario a la moral o al derecho. Los anteriores supuestos debidamente demostrados estructuran el fundamento para aceptar que el damnificado tiene derecho a reclamar del responsable la respectiva indemnización”³

Así las cosas, el juez bien sea a través de un proceso simple o complejo con el que obtenga un grado razonable de certeza para reconocer o negar el lucro cesante que solicita la parte que sufrió el daño, debe preocuparse además por determinar la cuantía de este perjuicio.

5.3. Lo que ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado

Teniendo la claridad que nos permite obtener la doctrina con respecto a esta figura jurídica de lucro cesante, es menester entonces realizar una revisión a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a fin de establecer las reglas que han sido aplicadas en casos concretos de reparación de daños, con el fin de enmarcar la tendencia que en Colombia se da con respecto a la reparación de este perjuicio material.

Del análisis jurisprudencial se pudo observar que el Consejo de Estado en los casos de reparación directa, ha establecido tanto criterios normativos como criterios prácticos que soportan las decisiones que ordenan la reparación de las diferentes categorías autónomas de daños o perjuicios que esta misma corporación ha definido. En el caso que ocupa este estudio, se detallarán aquellos criterios aplicados para el reconocimiento de reparación del perjuicio material denominado lucro cesante.

La norma aplicada para el reconocimiento del daño material es la contenida en el Código Civil, artículo 1613 y 1614, en lo referente al lucro cesante, establecido este como:

³ Al respecto: (CCXXXI, Vol. II, 867) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado ponente William Namén Vargas, Bogotá, D. C., 17 de noviembre de 2011 Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01.

ARTICULO 1614. <DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE>. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por *lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.* (Negrilla fuera de texto original)

De acuerdo a lo mencionado, al referirse esta norma al incumplimiento de una obligación contractual, o a su cumplimiento tardío o imperfecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y el Consejo de Estado, la han extendido al ámbito de la responsabilidad extracontractual cuando se ha causado un daño material en razón de una actuación contraria a la Ley.

En el Consejo de Estado varias son las reglas y sub-reglas que se han establecido para el reconocimiento del lucro cesante, las cuales marcan las tendencias que en torno al lucro cesante se han planteado dentro del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, entre otras se identifican las siguientes:

El Consejo de Estado reconoce en los casos de reparación directa el lucro cesante dividiéndolo en dos periodos que comprenden, uno el lapso que llama vencido o consolidado, que va desde el momento en que se produjo la falla y hasta la fecha de la sentencia que declara la responsabilidad del causante de daños y condena a su pago o de su ejecutoria (en general, se prefiere la última); el otro período, llamado futuro o de pago anticipado, comprende el lapso que va desde la fecha de la sentencia o desde su ejecutoria y hasta el término de vida probable de la víctima o del sobreviviente, ‘el que fuere menor, cuando por las circunstancias del caso resulta demostrado que durante todo ese tiempo recibiría el auxilio del que se ve privado por el hecho que produjo el daño (v. gr. evento de la viuda o de los padres dependientes de quien fallece), o un lapso menor, cuando con las mismas circunstancias resulte cierto que el perjudicado no recibiría el auxilio, sino por un tiempo menor al de la vida probable del ociso (v. gr. caso de los hijos menores que se supone, por lo que ordinariamente acontece, que al llegar a la mayoría de edad o al terminar estudios profesionales que subvenía la víctima, dejarán de depender económicamente del benefactor, padre o madre)’. (Auto, Consejo de Estado, Sección Tercera, CP. Gustavo De Greiff Restrepo, radicación 5891, 1990).

Otro punto importante es la regla establecida por el Consejo de Estado en cuanto al reconocimiento del lucro cesante aplicando los criterios de equi-

dad cuando se ha establecido plenamente que la víctima desempeñaba una actividad lucrativa lícita pero que no se logró establecer el *quantum* o monto de sus ingresos dentro del proceso. Así las cosas en esa línea de pensamiento, la equidad constituye un instrumento útil para determinar la proporción o valoración de un daño cuando resultan insuficientes los datos que integran el proceso, sin que tenga la obligación el juez de arribar a conclusiones matemáticas específicas, ya que, aplicando la sana crítica y el sentido común, articulados con la equidad como principio general del derecho, los instrumentos que permiten determinar o establecer resultados fundamentados en la experiencia, a efectos de, so pena de aplicar la ley, imponer conclusiones o decisiones injustas que no se acompañan con los principios y valores constitucionales. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de Enero, 2011)

En el reconocimiento del lucro cesante la presunción juega un papel importante en la decisión de los jueces, en algunos casos, cuando las víctimas son menores de edad que, aunque no se encuentren ejerciendo actividad lucrativa, se encontraban estudiando y preparándose cuando sufrieron el perjuicio. En este sentido, acogiendo la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha establecido que este perjuicio material se debe liquidar desde la fecha en que el menor alcance la mayoría de edad hasta que cumpla los 25 años. (Consejo de Estado, 22 de Febrero, 2007)

De lo anterior se puede establecer como regla jurisprudencial que la muerte del hijo menor de 25 años genera a favor de sus padres el derecho a que se le reconozca el lucro cesante, toda vez que se acuerdo a las reglas de la experiencia los hijos conviven con sus padres y contribuyen al hogar sostenimiento económico hasta la edad de 25 años, edad en la que según estas reglas los hijos organizan sus propios hogares y alcanzan la independencia. Sin embargo, es importante establecer que si los padres de la víctima se encuentran en condiciones de desempleo, enfermos o discapacitados y se obtiene la certeza de ello, el lucro cesante debe reconocerse entonces hasta la vida probable del padre.

En sentencia del 26 de Noviembre de 2014, se reconoció lucro cesante al hijo póstumo de la víctima sobre la base de la presunción de ayuda y apoyo económico a favor de los hijos desde el nacimiento hasta que cumpla los 25 años de edad (Sentencia Consejo de Estado, Noviembre 26 de 2014, 2014).

Otros son casos en los que las víctimas son mayores de edad y no aportan la prueba de que percibían un ingreso laboral aun demostrando que se encontraba en edad y con capacidad productiva, el juez bajo criterios objetivos debe calcular el perjuicio causado en la modalidad de lucro cesante teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente si se trata de una persona no profesional (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de mayo, 2007).

Otra regla establecida por el Consejo de Estado, se relaciona cuando las personas son privadas injustamente de la libertad, en estos casos, se reconocen los ingresos dejados de percibir durante el tiempo que estuvieron recluidos y se les adiciona el 8.75 meses, los cuales se presumen que corresponde al periodo que necesita una persona para ubicar un empleo (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 4 de Diciembre, 2006).

En estos asuntos que se refieren a la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha sostenido de manera reiterada (Sentencia proferida el 8 de agosto de 2012 por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado (24447), sentencia del 23 de mayo de 2012 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado (22590), entre otras) y en la sentencia del 28 de agosto de 2014, Radicación número: 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149) en la que unifica el criterio, que para la procedencia del reconocimiento de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se requiere que se acredite que la víctima de la referida privación, al momento de la ocurrencia de ese hecho dañoso, es decir cuando fue detenida, se encontraba en edad productiva.

Así las cosas, se aplica la presunción de que toda persona que se encuentre en edad productiva devenga, por lo menos, el salario mínimo legal vigente, entonces sobre este monto debe liquidarse el lucro cesante.

Como las ya mencionadas, el Consejo de Estado ha establecido otras reglas adicionales dentro de sus decisiones cuando se trata del lucro cesante, pueden mencionarse algunas de ellas, dentro de las cuales se encuentra el adicionar al valor establecido como ingreso el 25% por concepto de prestaciones sociales.

De igual manera cuando se trata de la indemnización del lucro cesante a una víctima con hijos, se descuenta del monto liquidado como ingreso, el 25% los cuales se presumen eran requeridos para su propio sostenimiento.

Cuando la víctima no tiene hijos se descuenta de la base del ingreso el 50% toda vez que se presumen que dedicaban esta suma para su propia subsistencia.

En otros casos, en los que habiéndose probado el daño, no se tiene la plena certeza que éste se prolongue hasta la vida probable de la víctima, tales son por ejemplo aquellos en los que la víctima ha sido contaminada con el VIH en razón de una transfusión de sangre como fue el caso de Mery Teresa Colmenares Tovar (Consejo de Estado, Enero 29 de 2004) o el caso del señor Domingo Antonio Domínguez (Consejo de Estado, Febrero 11 de 2009) que superó la expectativa de vida cuando se resolvió el caso. En estos casos sobre los que se pregunta ¿hasta cuándo deben liquidarse los perjuicios a título de lucro cesante?, se ordena liquidar el período consolidado hasta la fecha de la sentencia, y para liquidar el período futuro, ha reconocido a la víctima que el valor correspondiente al lucro cesante futuro le sea entregado en sumas periódicas (renta mensual), hasta la fecha de su muerte, para esto es necesario presentar mensualmente el certificado de sobrevivencia.

No se puede dejar de mencionar que el Consejo de Estado en Sentencia de Noviembre 13 de 2014, teniendo en cuenta que no conocía el valor exacto del bien (inmueble) que había perdido el afectado ni contaba con elementos para calcular el valor del lucro cesante, decide con base en el artículo 172 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1996, proferir condena en abstracto para, de manera que, ordene que el tribunal mediante el trámite incidental procediera a calcular el valor dejado de percibir por la pérdida del inmueble. Esta condena en abstracto del lucro cesante ha sido varias veces decidida por el Consejo de Estado cuando teniendo la certeza del perjuicio causado no se logra establecer el *quantum* de la utilidad o ganancia dejada de percibir. (Consejo de Estado, Sentencia del 9 de julio, 2014).

La identificación de estas reglas, que han sido establecidas a través del tiempo por el Consejo de Estado a partir de la Constitución de 1991 en los casos de reparación directa, nos permiten definir las tendencias sobre el reconocimiento del lucro cesante dentro del esquema de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Conclusiones

El análisis realizado permite definir el lucro cesante como un tipo de daño material, de naturaleza económica que se refiere a la pérdida o frustra-

ción de ingresos, ganancias, utilidades, ventajas o lucro que a causa de un hecho dañoso sobre un bien material o patrimonial lícito deja de percibirse.

La diferenciación planteada por un sector de la doctrina entre daño y perjuicio no conlleva de ninguna manera a la diferencia entre daño emergente y lucro cesante. Si bien estas dos figuras resultan de la clasificación del daño material, la primera hace referencia a las erogaciones que debe hacer el afectado para tratar de reestablecer el derecho vulnerado, mientras que la segunda, se refiere a la frustración de un ingreso o ganancia atribuible al hecho que causo el detrimento, entendiéndose entonces que los dos se configuran en un perjuicio material. El Consejo de Estado por el contrario, no estima diferencia entre el daño y perjuicio y los toma como conceptos similares que hacen referencia al detrimento, menoscabo, aminoración, lesión que sufre un bien jurídicamente tutelado.

Es necesario entender, que el Consejo de Estado no tiene las cosas fáciles cuando de probar y liquidar el perjuicio de lucro cesante se trata, si bien es un perjuicio material que puede valorarse económicamente, son varios los factores que se deben tener en cuenta en cada caso, cuando se analiza su reconocimiento y cuantificación. Por ello esta Corporación ha identificado plenamente los criterios normativos dentro de los cuales se pueden señalar los artículos 1613 y 1614 del Código Civil y ha establecido los criterios axiológicos fundados en la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sana crítica y las reglas de la experiencia que permiten establecer las tendencias de esta figura jurídica definida como lucro cesante, dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado, asegurando a la víctima una reparación integral.

Las reglas establecidas por el Consejo de Estado en cuanto al lucro cesante son cada vez más sólidas, pues, es claro que este perjuicio se liquida aplicando formulas financieras con variables macroeconómicas para determinar el valor del perjuicio consolidado a la fecha de proferir sentencia y el valor del lucro cesante futuro, el cual se proyecta de acuerdo a los límites fijados, es decir si se tiene que la víctima es un menor de 25 años, este se liquidará a favor de sus padres hasta la fecha en que cumpla los 25 años de edad, toda vez que se aplica la presunción que los hijos viven con sus padres y contribuyen económicamente hasta los 25 años, edad en la que se presume deben formar su propio hogar. Entre tanto, si se trata de reconocer el lucro cesante a los padres con discapacidad o sin trabajo que demuestren ciertamente la depen-

dencia económica del hijo, o al cónyuge, el lucro cesante futuro se liquidará hasta el término de la vida probable del mayor, el cual debe liquidarse según las tablas establecidas por las autoridades competentes.

Dos puntos son importantes de resaltar sobre el análisis realizado, uno, la presunción que se le permite al juez para obtener determinado grado de certeza del perjuicio sufrido (lucro cesante), estimar los montos o cuantías sobre las que debe liquidarse el reconocimiento del lucro cesante, como es el caso, a manera de ejemplo en donde presume que una persona privada de la libertad que se encuentre en edad productiva perciba como ingreso un salario mínimo legal; y dos, el criterio de equidad que se ha autorizado en razón de principios y directrices internacionales, la sana crítica, resultados de la experiencia y el derecho interno, para asegurar a las víctimas la reparación integral, este criterio constituye un elemento útil para determinar la valoración de un perjuicio cuando resulta insuficiente la información contenida en el proceso, como es el caso ejemplo de una persona víctima que es mayor de edad, profesional que demuestra que desempeñaba una actividad lucrativa pero no aporta prueba de la cuantía del ingreso, es aquí donde la equidad permite determinar el valor sobre el que se liquidará el lucro cesante.

Otras subreglas pueden identificarse dentro del análisis, como es el criterio de presumir que una persona no profesional que no demuestre el valor de sus ingresos dejados de percibir pero que se pruebe que se encuentra en edad productiva pueda devengar el salario mínimo.

Así también quedó establecido en la jurisprudencia analizada que sobre el valor determinado como ingreso se debe adicionar el 25%, los cuales corresponden a las prestaciones sociales que percibiría en el curso normal de su vida laboral. De igual manera, se observa que el juez ordena descontar un porcentaje fijado igualmente en el 25%, los cuales se estima que la víctima destinaba para sus gastos personales y sostenimiento, en algunos casos llegó a establecer el descuento del 50% por este concepto cuando la víctima no tenía hijos.

Un factor importante en los casos de reparación de personas que han sido privadas injustamente de su libertad, ha sido el reconocimiento no solo del salario mínimo presumible si se prueba que se encuentra en edad productiva y de la adición del 25% por concepto de prestaciones sociales, sino también el reconocimiento adicional de 8.75 meses en razón de que en Colombia este corresponde al periodo que una persona necesita para ubicar un empleo.

Las condenas diferenciadoras del criterio general de la liquidación del perjuicio de lucro cesante son aquellas en las que el juez falla en abstracto al no poder determinar la cuantificación del valor del bien dañado o de la ganancia dejada de percibir; y aquellas en donde el juez no tiene certeza plena de la vida probable de la víctima por lo que condena a pagar el lucro cesante en sumas periódicas a título de renta desde la fecha de la sentencia hasta la muerte de la persona titular del derecho vulnerado.

La tendencia que en torno al lucro se observan en las decisiones del Consejo de Estado en el régimen de responsabilidad extracontractual se orienta marcadamente hacia el reconocimiento de nuevos escenarios. Si bien cada caso merece las consideraciones particulares del Consejo de Estado, como juez que cierra el proceso administrativo, se observan en los casos analizados las tendencias que marcan un fin evidente: “lograr el resarcimiento del daño injustamente causado”.

En forma particular frente al perjuicio objeto de investigación se observan las siguientes tendencias:

- a) Aplicación de criterios normativos, axiológicos y prácticos para el reconocimiento del lucro cesante.
- b) Establecimiento de reglas basadas en la equidad, la presunción y los estándares y principios internacionales, el derecho interno, la sana crítica, las reglas de la experiencia entre otros, que aseguren a las víctimas la reparación integral, efectiva y plena.

El lucro cesante se reconoce y liquida para dos momentos: el consolidado (desde que se produjo el daño hasta la fecha de la sentencia) y el futuro (desde la fecha de la sentencia ejecutoriada hasta la vida probable o termino establecido para el reconocimiento del mismo).

La muerte de un hijo menor de 25 años genera el reconocimiento de lucro cesante a favor de sus padres, se calcula desde los 18 años (mayoría de edad) hasta que cumpla 25 años de edad. Si se prueba que los padres son discapacitados, están enfermos o son adultos mayores sin trabajo se le reconoce hasta la vida probable de estos.

La muerte del padre o de la madre genera el lucro cesante a favor de sus hijos menores hasta que éstos cumplan 25 años de edad, en caso que el hijo sufra algún tipo de discapacidad permanente se reconoce el perjuicio hasta la fecha de su fallecimiento.

La muerte de uno de los cónyuges genera lucro cesante a favor del cónyuge sobreviviente hasta la vida probable del mayor porque se presume que las parejas aportan al sostenimiento económico del hogar

A Las personas que eran empleadas antes de ser privadas injustamente de su libertad, se les reconoce el lucro cesante por el periodo que estuvo detenida y se le adicionan 8,75 meses, que corresponden al periodo que una persona en Colombia requiere para conseguir empleo. Si no se cuenta con prueba que demuestre el valor del ingreso, se presume el ingreso sobre el valor del salario mínimo legal y se le adicional el 25% por concepto de prestaciones sociales.

La persona que muera estando privada injustamente de la libertad, sobre la que se pruebe que se encontraba en edad productiva, y respetando el derecho fundamental de la presunción de inocencia, conlleva al reconocimiento del lucro cesante a favor de sus hijos menores de 25 años si así lo demanda.

Si la víctima no logra demostrar el valor del ingreso dejado de percibir, pero si se prueba que se encuentra edad productiva, se presume el lucro cesante sobre el valor del salario mínimo legal.

Si la víctima es un profesional que demuestra el desarrollo de una actividad económica productiva más no prueba la cuantía de los ingresos dejados de percibir por el sufrimiento del daño, el juez aplicando el criterio de equidad puede establecer el valor de la indemnización.

Se tiende a reconocer el lucro cesante al padre o madre de un menor afectado por el daño con una discapacidad permanente, porque abandonó su actividad económica para dedicarse al cuidado de su hijo.

La tendencia indica que sobre el lucro cesante reconocido a personas que ejercen una actividad económica se debe descontar el 25% porque se presume es la parte de sus ingresos que se destina para sus gastos personales y su propia subsistencia.

Cuando el juez no logre determinar el *quantum* del perjuicio que recae sobre un bien afectado, puede condenar en abstracto para la determinación y liquidación del ingreso o ganancia dejada de percibir.

Se tiende a condenar al pago del perjuicio de lucro cesante en sumas periódicas cuando el juez no tiene certeza que el perjuicio se prolongará hasta la vida probable de la víctima.

En este orden, se puede asegurar que falta mucho por definir, pues cada caso tiene sus propias vicisitudes y es posible que esta figura jurídica continúe variando y presentando modificaciones en el tiempo que con toda seguridad seguirán marcando tendencias en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Referencias

- Auto, Consejo de Estado, Sección Tercera, CP. Gustavo De Greiff Restrepo, radicación 5891 (Consejo de Estado 31 de Agosto de 1990).
- Alessandri, A., Somarriva U, M., & Vodanovic H, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil, Parte preliminar y general, TOMO I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bustamante, A. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires.: Perrot.
- Consejo de Estado, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Proceso: 25000-23-26-000-1994-09817-01.
- Consejo de Estado, 22 de febrero de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-0662-01.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de mayo de 2007.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de octubre de 2007, 54001-23-31-000-1997-12700-01.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de Enero de 2011, Radicación número: 05001-23-26-000-1990-06381-01(17842)
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de julio de 2014, Nro. 25000-23-26-000-1998-02669-01 MP. Andrade Rinco, Hernando.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Noviembre 26 de 2014, NR: 2075013 19001-23-31-000-2000-03226-01.
- De Cupis, A. (1996). *El daño*. Barcelona, España: Bosch.
- Díez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, p. 345. Thomson Reuters, Cizur Menor.
- Escobar Gil, R. (1989). *RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*. Bogotá: Temis.

- Gil Botero, E. (2006). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado, III Edición*. Bogotá: Comlibros.
- Guerra Moreno, D. (2014). *Reparación integral, la justicia restaurativa como tendencia de la reparación directa en Colombia*. Bogotá: Ibañez.
- Henao, J. C. (1998). *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Javier, T. J. (1999). *De la responsabilidad civil, Tomo IV*. Bogotá: Temis.
- Martínez Rave, G., & Martínez Tamayo, C. (2003). *Responsabilidad Civil extracontractual*. Bogotá: Temis.
- Mazeaud, H. y. (s.f.). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual Tomo I. Volumen*.
- Real Academia de la Lengua Española (1992). *Diccionario de la Real Academia Española*. <http://www.rae.es/>.
- Sarmiento García, M. G. (2009). *Estudios de responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C.S.J., G.J. t. XLIX p.356 (Corte Suprema de Justicia 23 de Abril de 1940).
- Tamayo Jaramillo, J. (2010). *Tratado de Responsabilidad Civil, tomo II (Vol. IV)*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Tamayo Lombana, A. (2005). *Responsabilidad Civil extracontractual y la Contractual*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley Ltda.
- Temera Barrio, F., & Temera Barrios, F. (Enero-Junio de 2008). Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. *Revista Opinión Jurídica*, 7(13), 97-112.
- Velasquez Posada, O. C. (2009). *Responsabilidad Civil Extracontractual, primera edición*. Bogotá: Temis Obras Jurídicas y Universidad de La Sabana.
- Visser del Pino, D. C. (1986). *De la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual por el Hecho de Otro*. Bogotá: Tesis de Grado. Universidad Javeriana.
- Zannoni, E. (1977). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.
- Zeno, S. (2014). Conceptos del daño y su reparación. http://www.derecho.inter.edu/inter/sites/default/files/profesores/charles_zeno_santiago/documentos/Concepto_del_Dano_y_su_Reparacion.pdf.

Revista Academia & Derecho, Año 6, N° 10, 2015, pp. 185-216
ISSN 2215-8944
Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho
Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones
El camino hacia el proceso monitorio: la integración como paradigma
Roberto Loutayf Ranea - Álvaro Benavides

El camino hacia el proceso monitorio: la integración como paradigma*

The Road to a Monitorial procedure: integration as a paradigm

Recibido: Agosto 15 de 2014 - Evaluado: Noviembre 17 de 2014 - Aceptado: Diciembre 12 de 2014

Roberto Loutayf Ranea**

Alvaro Benavides***

Para citar este artículo / To cite this Article

Loutayf Ranea, R., & Benavides, Á. (Enero-Junio de 2015). El camino hacia el proceso monitorio: la integración como paradigma.
Revista Academia & Derecho, 6(11), (185-216).

Resumen

El siguiente ensayo discurrirá sobre las razones y los beneficios de la implementación de un proceso de tipo monitorio. Esto se logrará a través de un análisis comparativo que enfrente diversas concepciones y modos de regular

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto de una investigación desarrollada por el Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Católica de Salta, Argentina. Participaron en la investigación los estudiantes Benavides, Álvaro; Bravo, Sergio Nicolás; Copa, María Josefina; Flores, Ezequiel Darío; Leoni, Fernando José; Marcuzzi, Jorge; Mazzone, Pablo; Medina, Lautaro; Morales, María Florencia, Toranzos Kildegaard, Karla; todos ellos, estudiantes de V año de pregrado de Derecho de la Universidad Católica de Salta y bajo la dirección de los docentes Loutayf Ranea, Roberto; Carranza, Omar; Colombo, Ignacio; Ruiz, José Gerardo.

** Jefe de Catedra, Derecho Procesal Civil, Universidad Católica de Salta
Correo electrónico: r_loutayf96@ucasal.net

*** Estudiante de Derecho, Universidad Católica de Salta.
Correo electrónico: alvarobenavides99@hotmail.com.

dicho procedimiento tanto en Sudamérica como en las legislaciones europeas sumando a ello instrumentos de soft-law. Además se abordará la cuestión de la integración en materia legislativa en nuestra región, complementándose esto con la importancia de incluir disposiciones referidas a los documentos electrónicos. Finalmente se expondrán las conclusiones arribadas en base a la búsqueda del desarrollo de un proceso monitorio óptimo del mismo modo que las propuestas de este semillero tendientes a dicho objetivo.

Palabras Clave: Proceso Monitorio, Documento Electrónico, Legislaciones Comparadas, Integración.

Abstract:

The present essay will address the reasons and benefits of the implementation of a monitory procedure. This will be achieved through a comparative analysis between diverse conceptions and ways of regulating such process in Latin America and the European Union including instruments of soft-law. The question of legislative integration in our region will also be addressed, completing itself with the importance of including dispositions which refer to electronic documents. Finally we will expose the conclusion derived from the search for the development of an optimal monitory procedure as well as the relative proposal of this group.

Key Word: Monitory Procedure, Electronic Document, Comparative Law, Integration.

1. Orientación

En elaboraciones como la siguiente, muchas veces resulta sobreabundante recaer en definiciones, conceptos, nociones generales, clasificaciones, etc. Primeros pasos que resultan tediosos, más aún para quien ya es ávido en el tema. Sin embargo, las nuevas herramientas jurídicas, no por todos conocidas ni difundidas de un modo general, como en este caso el proceso o juicio monitorio¹, exigen, per se, dar un panorama general del instituto en cuestión,

¹ El término monitorio deriva del latín *monitorius*, adjetivo que significa “que sirve para avisar o amonestar”, en sentido de advertencia, apercibimiento o requerimiento que se dirige a una persona.

de su funcionamiento, de su finalidad, aunque mas no sea de un modo puro y eminentemente doctrinario.

Con amplitud, Eduardo Couture, maestro uruguayo, define al juicio monitorio en estos términos: “Es aquel que, como el de desalojo, no comienza con demanda en sentido formal, sino con intimación o interpelación al demandado para que realice determinada cosa u oponga las objeciones que contra tal mandato tenga, bajo apercibimiento de que en caso de no proceder de tal manera se dictará sentencia en su contra”². En precisión, Magda Isabel Quintero Pérez entiende que el proceso monitorio es un mecanismo procesal que sirve para la creación de un título ejecutivo y para garantizar la tutela judicial efectiva de otras pretensiones, sin necesidad de tramitar todas las etapas del clásico procedimiento ordinario para obtener la sentencia que declare el derecho en controversia. Podemos decir, además, que no deja de ser una forma especial de procedimiento de cognición, a través del cual el juez ejerce función propiamente jurisdiccional.

Es ésta una primera visión conceptual en la que podemos advertir una mayor celeridad en la solución de conflictos (en materia procesal ejecutiva) permitida por el proceso monitorio y que supone e implica, además, dejar de lado la tramitación previa del proceso de conocimiento³, toda vez que, como bien indica Roberto Loutayf Ranea, frente a una sentencia de condena dictada en un proceso de cognición, el vencido no siempre cumple o casi nunca cumple con la prestación debida a la que ha sido condenado, por lo que corresponde entonces pasar a la ejecución de sentencia y es allí que, el proceso de conocimiento, solo cumple la función de acordar al acreedor un título para la ejecución.

Con todo, de la naturaleza y función del proceso monitorio surge que, frente a la sola demanda del actor, el tribunal dicta en primer lugar sentencia (monitoria) por la que ordena al demandado al cumplimiento de una prestación y, a posteriori, le brinda a éste último la posibilidad de manifestar su oposición,

² Carteau Carlos A. El Proceso Monitorio [Publicación periódica]. - Buenos Aires: La Ley, 2001. - Vols. F-Sec.

³ En el que se consigue la declaración de un derecho, por lo general con las siguientes etapas: demanda y oportunidad de defensa (*litis contestatio*), práctica de pruebas, alegatos de conclusión y sentencia.

con las variantes que la misma presenta según el proceso monitorio de que se trate, a la manera de Piero Calamandrei⁴.

El maestro italiano propone una clasificación del proceso monitorio, por un lado en puro y por otro en documental. La distinción no escapa al objeto de éste trabajo, puesto que más adelante se analizará la recepción de uno u otro en la legislación comparada. Así, el proceso monitorio es puro si el demandante no tiene la carga de la prueba del hecho. Más aún, Calamandrei sostiene que el demandante no tiene la carga de probar sino la de afirmar los elementos de hecho de los cuales resulta que el crédito es idóneo para aquella forma especial de procedimiento. Agrega Loutayf Ranea que, emitida la sentencia que contiene la orden de cumplimiento, se le otorga al demandado un plazo para que formule su oposición. Esa orden, como ocurre en algunos sistemas como el austríaco, pierde eficacia por la simple oposición oportuna del deudor (que no necesita ser motivada), supuesto en que el asunto sólo podrá sustanciarse a través del proceso de conocimiento respectivo haciendo así que el monitorio pase a ser una forma especial de iniciación del proceso. Vale decir que, en el proceso monitorio puro no hay pruebas, ni del actor para formular su demanda, ni del demandado para sostener su oposición.

El proceso monitorio es documental si el demandante tiene la carga de la prueba del hecho y le incumbe aportar el documento respectivo⁵. En este caso, el juez sólo emite la sentencia que contiene la orden de cumplimiento si los hechos alegados por el actor son probados por medio de documentos auténticos acompañados a su demanda. Por su parte, la oposición del deudor debe ser fundada en los hechos y el derecho. Entonces, en esta clase de proceso monitorio, el actor tiene que aportar pruebas que avalen su pretensión, y el demandado tiene la carga de probar los hechos en que fundamenta su oposición.

Dicho esto, en el proceso monitorio (sea puro o documental) se desplaza la iniciativa del contradictorio al demandado. Éste deberá formular su oposición para enervar los efectos de la sentencia monitoria favorable al accionante. Sin embargo existe una diferencia fundamental entre uno y otro y ella consiste en que, en el juicio monitorio puro, no se requieren pruebas

⁴ Calamandrei, Piero “El Proceso Monitorio”, Ed. Bibliográficas, Argentina, 1946.

⁵ El proceso monitorio documental es una combinación entre el monitorio puro y el documental del derecho alemán, una institución híbrida al decir de Loutayf Ranea.

para la oposición del demandado (como así tampoco para que el actor haga valer su pretensión); mientras que en el proceso monitorio documental, si se exige la carga de la prueba para las dos partes en litigio.

Ahora bien, la celeridad en la búsqueda de la ejecución, mediante el título ejecutorio, es la nota característica del proceso monitorio y con ello también, la razón de su existencia, por cuanto éste no pretende ignorar ni desprenderse por completo del proceso de conocimiento (de hecho integra ésta categoría como una especie, con los momentos de decisión y resolución y además entendemos que, no interesa su naturaleza tanto como su aplicación en concreto), sino que pretende brindar rapidez en la solución del conflicto y siguiendo a Calamandrei, entendemos que la finalidad del juicio monitorio es proveer un título ejecutivo rápido, económico y poco dispendioso. Crear, de esta manera y contra el deudor, un título ejecutivo y no hacer valer, contra el demandado, uno que ya existe. Por lo tanto estamos ante un proceso de cognición y no de ejecución.

Bien dice Carlos A. Carteau⁶ que el *processus executivus* nació en el medioevo en la cuenca del mediterráneo, ante una necesidad del comercio, apegado a los principios jurídicos romanos y que a partir de la sanción en Francia del Code de Procédure de 1806 (como consecuencia de la invasión napoleónica) desaparece en muchos países, pues, el Code, suplanta las legislaciones procesales locales.

Asimismo en Italia, en el medioevo y como necesidad, nace el proceso monitorio. Se acoge en Francia y Alemania y, al igual que el *processus executivus*, desaparece y posteriormente retorna en nuestros tiempos, caracterizado como un proceso de conocimiento que tiene como finalidad crear un título ejecutivo, y que puede continuar como proceso de cognición o bien transformarse en ejecutivo.

Por su parte, España permanece fiel a su tradición jurídica manteniendo el *processus executivus*. Así, en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881, no se incluyó el proceso monitorio. Teniendo en cuenta que, el derecho procesal de occidente tiene sus orígenes tanto en el Derecho Romano,

⁶ Carteau Carlos A. El Proceso Monitorio [Publicación periódica]. - Buenos Aires: La Ley, 2001. - Vols. F-Sec.

Germánico y Canónico y que conforme cuál de estos prevalezca serán las características dominantes de las normas procesales actuales, explica Carteau que, esas leyes españolas, fueron fuente para los legisladores de Hispanoamérica y que, por tal motivo, en Iberoamérica tampoco fue regulado el juicio monitorio sino hasta el año 1989, en el que la República Oriental del Uruguay lo incorporó en el Código General del Proceso.

Mucho se ha discutido entre los autores acerca del proceso monitorio, desde su naturaleza hasta la necesidad de su aplicación como un mecanismo de practicidad y celeridad. Al inicio, en el medio y al final, uno de los aspectos que más dudas generó es si este tipo de procedimiento respeta o no las garantías constitucionales de inviolabilidad de la defensa en juicio y debido proceso, fundamentalmente haciendo hincapié en el principio de contradicción, también llamado de bilateralidad o de controversia. En virtud de éste principio se establece que de toda petición de parte debe correrse traslado a la otra u otras partes a quienes puede afectar la decisión solicitada. Así, el tribunal no puede dictar sentencia sin antes haber oído a las partes a quienes puede alcanzar la misma, con lo que el interesado debe tener la posibilidad de defenderse, situación que normalmente ocurre antes del dictado de la sentencia respectiva, a la que se llega luego de la discusión entre los contendientes, cumpliendo con la fórmula dialéctica de tesis (demanda), antítesis (contestación) y síntesis (sentencia).

No obstante, es permitido un desplazamiento de la oportunidad de efectivización de este principio y eso es lo que ocurre en el proceso monitorio, en el que la orden judicial se da antes de haber escuchado al demandado, pero ahora la iniciativa de la controversia renace sobre él que, como ya dijéramos, es quien debe manifestar su oposición a la resolución que contiene la orden judicial⁷.

Corresponde decir entonces que, en el marco del juicio monitorio, el desplazamiento del que hablábamos no afecta al principio de contradicción, ni al debido proceso ni al derecho de defensa. Lo que sucede es que primeramente se dicta la resolución monitoria sin intervención del demandado (atendiendo

⁷ Lo mismo ocurre en las medidas cautelares, las que se decretan inaudita parte, pero se difiere la eventualidad de la controversia al momento inmediato posterior al perfeccionamiento de la misma.

al fin de celeridad que persigue el proceso) pero en una segunda etapa se le brinda la posibilidad de conocer la demanda del actor, como así también de oponerse a la misma, respetando las garantías constitucionales y funcionando dentro de las reglas de un proceso justo.

2. Planteo del problema

Llegados a este punto, y a la luz de la configuración actual del proceso monitorio en Latinoamérica así como en Europa, es donde nos preguntamos si resultaría auténticamente beneficioso propiciar una eventual unificación de criterios procesales en la materia en nuestra región, y si de realizarse esto redundaría en un afianzamiento del comercio intrarregional y en especial del comercio electrónico.

3. Metodología

A fin de abordar esta problemática, recurrimos a un análisis comparativo de las distintas legislaciones que abordan el proceso monitorio, ya sea para un ámbito civil y comercial o laboral, además de emanaciones legislativas supranacionales propias del derechos comunitario.

4. Proceso monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

Uno de los principales antecedentes y fuentes de inspiración para la introducción del proceso monitorio en las legislaciones americanas es el llamado anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

Esta manifestación del *soft-law* se ha ocupado de adoptar el Proceso de Estructura Monitoria utilizando una técnica legislativa novedosa, así incluyo dentro de su Libro II “Procesos en Particular” y dentro de él, entre los Procesos de Conocimiento las normas destinadas a regir el Proceso de Estructura Monitoria. Dicha estructura procesal, desarrollada por primera vez en Europa y luego en Hispano América reconoció siempre la finalidad principal de acelerar la resolución de aquellos conflictos en donde la parte actora es titular de un título y que acredita con cierto grado de verosimilitud

su pretensión, pero siempre teniendo en cuenta las garantías del debido proceso y de defensa. Por ello precisamente una de las bases citadas por el Código Modelo en su exposición de motivos preveía que: “la anormal duración del proceso comporta una denegación de justicia, por lo cual debe reducirse al mínimo posible. Sin embargo la celeridad no debe traducirse en mengua del derecho de defensa ni de las garantías del debido proceso”. Notamos así el empeño del legislador por no afectar al estructurar y regular el proceso monitorio ninguno de los principios de raigambre constitucional surgidos de los estados de derecho, nos referimos a principio de contradicción, debido proceso, defensa en juicio, etc.

Respecto a su caracterización en el Código Modelo debemos decir que el Proceso Monitorio es un procedimiento breve, en el cual una vez presentada la demanda por el actor, el Juez va a dictar sentencia definitiva pronunciándose por el fondo del asunto, sin escuchar aun a la otra parte e incluso sin que ella haya tomado conocimiento del proceso. Superado este primer paso el Juez cita de excepciones al demandado (garantizando así con el principio de contradicción). Es entonces cuando el código distingue perfectamente dos situaciones según el demandado oponga o no excepciones y defensas a la sentencia (Art. 313 inc.4).

Así, si el demandado no impugna en tiempo la sentencia mediante oposición de excepciones la misma queda firme y el actor obtiene un título de ejecución. Entonces el juez llama a una audiencia la cual tendrá por finalidad establecer entre las partes cual será el mejor modo de cumplir la sentencia. Ahora bien si el demandado opone excepciones en tiempo y forma, la sentencia inicial no quedara firme, abrirá un contradictorio, se convocara a una audiencia que no tendrá carácter conciliatorio como la advertida anteriormente sino que se ocupará de la recepción de pruebas del actor y demandado para decidir sobre la cuestión de fondo, manifestándose así de los principios de inmediación, concentración, congruencia y publicidad. Cumplido este requisito formal se dictará una segunda sentencia que será definitiva y podrá acoger o no la pretensión del demandado. En cuanto a la ejecución el código modelo se remite al proceso común de ejecución aplicable a todos los procesos.

Un aspecto a destacar en el código modelo es sin dudas el del ámbito de aplicación del proceso de estructura monitoria, ya que el mismo se ha previsto no solo para títulos extrajudiciales sino también para títulos judiciales, en tanto se lo aplica también “en caso de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada

que condene a pagar cantidad líquida, siempre que haya transcurrido un año de haber quedado ejecutoriada”. (Art. 313.2, segundo párrafo).

El monitorio opera también en los siguientes procesos: a) ejecutivos; b) procesos de desalojo; c) entrega de la cosa; d) entrega efectiva de la herencia; e) resolución por falta de pago o escrituración judicial de promesas inscriptas en los respectivos registros. (Art 311) Es importante destacar que estos casos se apegan a la casuística de la Ley Uruguaya N° 15.982⁸. Vale recordar que los autores del código modelo han sido de nacionalidad uruguaya y el proceso monitorio ha tenido una amplia recepción, al igual que resultados positivos, en dicho país.

En virtud de lo ya desarrollado podemos afirmar que el proceso monitorio en el Código Modelo es un proceso documental, en tanto la pretensión deducida en la demanda deberá encontrarse respaldada por un documento. Este principio encuentra una sola excepción que es la contemplada para los casos de entrega de la cosa, derivada de contrato de donde surja la obligación de dar, si se trata de un contrato que no requiere documentación, en tal caso por vía incidental podrá establecerse la prueba de existencia del contrato y su cumplimiento por parte del actor. (Art. 312.2)

Por ello, la demanda debe ajustarse a los requisitos comunes exigidos por el Código para su procedencia, pero además debe acompañarse el documento calificado como título ejecutivo por la ley. Presentada la demanda el juez realiza un doble control de admisibilidad (requisitos de forma) y un control de fundabilidad de la pretensión deducida.

Una vez realizado estos controles, como dijimos supra, el juez dicta una sentencia inicial, de la cual se corre traslado y puede ser impugnada o no por el demandado. Impugnada la misma dará lugar a una nueva sentencia que será definitiva y acogerá o no la pretensión. Este proceso cuenta con la peculiaridad de que se dictan dos sentencias en un mismo proceso y en una misma instancia sobre el fondo del asunto.

También vale destacar que el Código Modelo se ha ocupado de las diligencias preparatorias para los casos en que los títulos extrajudiciales necesiten adquirir autenticidad o en otros casos para cumplir con simples

⁸ Uruguay, Asamblea General, Ley N° 1582/88.

tramites como intimación de pago o autenticación de las firmas en los documentos.

Por último debemos ocuparnos de los recursos procedentes contra resoluciones dictadas en virtud de un proceso de tipo monitorio, los cuales el código modelo reduce a supuestos enumerados taxativamente, ellos son: a) sentencia inicial que no haga lugar al proceso monitorio; b) la sentencia definitiva que recaiga a cerca de las excepciones; c) la resolución que acoge la excepción de incompetencia; d) la que dispone la ampliación del embargo o la que lo deja sin efecto; e) la que rechaza el diligenciamiento de prueba; f) la que recaiga sobre las tercerías deducidas (Art 214.1). Es decir que se trata de un régimen impugnativo limitado.

El Código Modelo ha previsto, a pesar de opiniones encontradas respecto el tema, la posibilidad de ocurrencia de un juicio ordinario posterior para la revisión de lo decidido en el proceso monitorio. El mismo puede ser promovido en el transcurso de los seis meses de cumplida o ejecutoriada la sentencia y debe ser tramitado ante el mismo tribunal que entendió en la primera instancia del referido proceso, con ello logrando una adecuada protección de las garantías constitucionales y convencionales referidas al debido proceso. (Art. 315).

5. El proceso monitorio como proceso Latinoamericano

A continuación procederemos a exponer la configuración de dicho proceso en las legislaciones latinoamericanas que lo han receptado, a fin de obtener un panorama claro sobre la implementación y desarrollo del mismo en nuestra región, haciendo hincapié en los casos de Colombia, Chile, Uruguay y finalizando con el estado de la cuestión en Argentina.

5.1. Colombia

El proceso Monitorio en Colombia se encuentra contemplado en el Código General del Proceso, ley 1564 siendo implementado a partir desde el año 2012, en el Libro Tercero, Sección Primera, Título Tercero denominado “Procesos Declarativos Especiales”, específicamente en los artículos 419, 420 y 421.

Es un proceso Especial, ya que tiene como finalidad sólo la creación de un título ejecutivo; de carácter declarativo, y puro, donde el demandante no tiene la carga de la prueba del hecho.

En Colombia nos encontramos con un proceso de estructura monitoria, que tiene por fin la creación de un instrumento que conlleve a la celeridad en el proceso, garantizando una efectiva tutela judicial del crédito a aquellos acreedores que no cuentan con un título ejecutivo; logrando así una orden de pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible, que sea de mínima cuantía.⁹

El proceso se origina con la afirmación por parte del acreedor respecto de la inexistencia de un documento que contenga un crédito a su favor. El juez, al tomar parte, verifica el cumplimiento de las formas, como ser los presupuestos de capacidad para ser parte, su competencia y el cumplimiento de los requisitos de la demanda exigidos por el artículo 420 de Código General del Proceso.

Así también, analiza el aspecto material o de fondo, verificando si se trata de una obligación clara, expresa y exigible. Consecuentemente, el juez dicta una providencia de Mandamiento Ejecutivo, siendo ello, una orden perentoria en dónde se exige el pago por parte del deudor, en un plazo no mayor a los 5 días siguientes. En este trámite descrito por el artículo 421 del Código General del Proceso, vemos que se otorga la posibilidad al deudor de oponer excepciones en un plazo de diez días.

En los casos donde el deudor paga lo que se le reclama, o se opone parcial o totalmente a ello, no hay creación de un título ejecutivo. En el primer caso, se daría lugar a la extinción de la obligación por cumplimiento mediante el pago de la misma. En los casos de oposición en los términos legales por parte del deudor, se finaliza el proceso monitorio, y se inicia un procedimiento declarativo, sin necesidad de interponer nuevamente la demanda; sino que continúan en un procedimiento verbal sumario, frente al mismo juez y en el mismo expediente, citándose a las partes a audiencia según el artículo 392 del Código General del Proceso.

Sin embargo, si la oposición planteada se realiza sobre una parte del crédito, el demandante podrá proseguir por la parte no objetada, dando lugar al dictado de sentencia por parte del juez, y continuando la parte exceptuada en un procedimiento declarativo.

⁹ Colombia, Código General del Proceso, Ley 1564, Año 2012.

Es importante destacar que el deudor debe ser personalmente notificado. No se admitirán la intervención de terceros, excepciones previas, reconvencción, el emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador ad litem. Así también, la parte demandante desde el momento en que presenta la demanda monitoria podrá pedir las medidas cautelares previstas para los demás procesos declarativos. Dictada la sentencia a favor del acreedor, proceden las medidas cautelares propias de los procesos ejecutivos.

5.2. Chile

En el país de Chile, el proceso monitorio se estableció en materia laboral como de carácter declarativo y puro. El mismo se encuentra legislado en el Código de Trabajo, ley 20.087 del 3 de enero del año 2006, específicamente en los artículos 496 al 502. Tiende a que con anterioridad al mismo, o durante éste, se llegue a un acuerdo entre las partes, evitando un perjuicio a la persona del empleador, que puede verse obligada en el pago de altos costos impuestos por la sentencia.

Se entiende que dicho proceso tiene lugar en aquellas controversias donde la cuantía, es decir, el monto reclamado por el empleado, sea igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales; siempre que haya solicitado previamente una conciliación ante la Inspección del Trabajo, y que la misma no hubiera prosperado.

Generalmente en la instancia conciliatoria, se logran numerosos acuerdos entre el empleador y el trabajador, pero en caso de continuar con el proceso monitorio, el juez, con la sola lectura de la demanda y sus antecedentes, dicta sentencia, teniendo en cuenta según el artículo 500 del Código de Trabajo, la complejidad del asunto que se somete a su decisión, la comparecencia de las partes en la etapa administrativa y la existencia de pagos efectuados por el demandado. En caso de no existir antecedentes suficientes para este pronunciamiento, el tribunal deberá citar a la audiencia única de conciliación, contestación y prueba, la que deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a su presentación.

En efecto, las partes tienen un plazo de diez días hábiles contados desde su notificación, para recurrir la sentencia efectuada por la persona del juez, con la sola lectura de la demanda y de los antecedentes.

5.3. Uruguay

La estructura monitoria en Uruguay se recepta en el Código General del Proceso (Ley 15.982 del 6 de octubre de 1988) siguiendo los lineamientos del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en los art 351 al 370.

Es un proceso con características propias, ya que tiene como objeto, no sólo la celeridad, sino también la solución del conflicto en un plazo razonable. Ello, toda vez que estamos frente a una certeza preliminar del actor, tanto material como formal, viéndose así el deudor, sometido al cumplimiento de la obligación.

A diferencia del Código Procesal de Colombia, el proceso Uruguayo es de carácter general, porque no solo da lugar a la creación de un título ejecutivo, sino que también se aplica en otros casos, como ser: la entrega de la cosa (art. 364), la entrega efectiva de la herencia (art. 365), pacto comisorio (art. 366), escrituración forzada (art. 367), resolución del contrato de promesa (art. 368), cesación de condominio de origen contractual (art. 370), disolución conyugal tanto en separación de cuerpos como en el supuesto de divorcio.(art. 369).

A contrario sensu del proceso puro presente en el Código General del Proceso Colombiano, vemos que en Uruguay estamos frente a un proceso de plena prueba o documental, contemplado en el Art. 352¹⁰.

Podemos decir que el proceso monitorio es una especie de procedimiento de conocimiento extraordinario dotado de estructura monitoria, del cual surgen tanto el proceso ejecutivo como otros del mismo tipo. Entre los procesos monitorios se distinguen, el supuesto de entrega de la cosa, la entrega efectiva de la herencia¹¹, pacto comisorio, escrituración forzada, resolución del contrato de promesa, separación de cuerpo, divorcio y por último, cesación de condominio de origen.

¹⁰ “En todos los casos, para promover la demanda, se requerirá documento auténtico o autenticado notarial o judicialmente en la etapa preliminar respectiva”, determinando en el segundo párrafo que, “Exceptuase el caso previsto en el artículo 364, cuando se trate de contrato que pueda ser probado por testigos. En este caso y en etapa preliminar que se seguirá por vía incidental, podrá establecerse la prueba de la existencia del contrato y de su cumplimiento por el actor”

¹¹ En este caso el proceso es restringido ya que frente a la oposición del tenedor cesa la acción dentro del marco del proceso monitorio.

6. Proceso monitorio: Argentina

El debate y la posterior implementación del proceso monitorio en la legislación de nuestro país ha comenzado desde el interior de nuestras provincias sin haber llegado a adoptárselo en nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Si bien se propició la incorporación de este procedimiento a nivel nacional, el mismo fue muy resistido por el Poder Legislativo, quedando solamente como antecedente un Anteproyecto que lo contempla. En nuestro país el proceso de estructura monitoria ha sido implementado –siguiendo un orden cronológico– en las Provincias de La Pampa, Río Negro, Entre Ríos, Chaco y por último San Juan.

En lo que concierne al orden nacional, el Anteproyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del año 1993¹², preveía la incorporación del proceso de estructura monitoria no solamente en el ejecutivo común y en las ejecuciones especiales, sino también en algunas modalidades procesales como ser el desalojo por falta de pago y por vencimiento del contrato de locación, en las obligaciones de restituir cosas muebles dadas en comodato, o en supuestos en donde la obligación de restituir el inmueble se muestra líquida y exigible, así también como en los litigios causados en la división del condominio.

Para acceder al proceso monitorio, el actor debía presentar un documento auténtico o una sentencia judicial. Una vez solicitada la apertura del procedimiento, el juez (si se cumplen con todos los recaudos legales) dictaría sentencia monitoria conforme a las particularidades que en cada caso establece la ley. Luego, dentro del plazo establecido para cada supuesto en particular, el demandado podía articular oposición, fundándolos debidamente y probándolos. La sentencia que resuelva la oposición tiene los efectos que corresponda conforme la naturaleza de la prestación deducida por la vía monitoria. En defecto de la oposición o resuelta esta por decisión firme se continuara con la ejecución de la sentencia monitoria en conformidad con la naturaleza de la prestación deducida.

Respecto de los Códigos Procesales de las provincias que lo admiten, nos referimos al caso particular de La Pampa, en cuyo artículo 463 en adelante,

¹² Argentina, Congreso de la Nación Argentina, Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial, 1993

prevé la aplicación del proceso monitorio a numerosas controversias como ser: A) Obligaciones exigibles de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas; B) División de condominio; C) Restitución de cosa inmueble dada en comodato; C) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por vencimiento del plazo contractual; E) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por falta de pago, siempre que se hubiere justificado por medio fehaciente la interpelación al locatario; F) Obligación de otorgar escritura pública y transferencia de automotores; G) Cancelación de prenda o hipoteca; H) Los procesos de ejecución en los casos autorizados por el código, con excepción de los procesos de ejecución de sentencia.

En casi idéntica regulación, para los mismos supuestos, en la provincia de San Juan se legisló en el Código Procesal Civil Comercial y de Minería¹³ el proceso monitorio a partir del artículo 453 y siguientes.

En cuanto a la estructura del monitorio en ambos códigos es similar, estableciéndose en primer lugar, que éste debe iniciarse con la demanda a la que debe adjuntarse el documento público o privado reconocido en juicio o cuya firma estuviese certificada por escribano público. Posteriormente, el juez luego de analizar los requisitos de legalidad, dicta sentencia monitoria. Se notifica la sentencia al demandado y los plazos para oponerse varían según la naturaleza de la prestación deducida en el proceso. Una cuestión específica a analizar, es qué sucede si el demandado interpone oposición, ya que del análisis de ambos códigos se deduce que admiten procedimientos diferentes. En el Código de La Pampa¹⁴, si el demandado se opone, se le corre traslado al actor para que conteste y ofrezca prueba. Es decir, que se abre el contradictorio y se continúa con el proceso de conocimiento según lo establecido en el Código para cada caso. En cambio, en San Juan no se corre traslado al actor y que trabada la Litis con la oposición.

La sentencia que resuelve la oposición mantendrá o revocará la sentencia monitoria. Si el demandado no se opone precluye para él la posibilidad de defenderse.

¹³ Argentina, San Juan, Cámara de Diputados, Código procesal Civil y Comercial de Minería, Ley 7942, 2008.

¹⁴ Argentina, La Pampa, Cámara de Diputados, Código Procesal Civil y Comercial, Ley 1828, 1999.

Una característica específica de ambos códigos es que en ninguno se pone límite en cuanto a los montos que pueden ser objeto de la demanda monitoria, como se prevé en otras legislaciones.

En cuanto al tipo de proceso monitorio es documental y con respecto a la ubicación del mismo en el código en La Pampa se lo regula como un proceso distinto de los demás en su Libro III, mientras que en San Juan se encuentra ubicado en el Libro IV dentro de los procesos ejecutivos.

En cuanto al análisis del Procedimiento Monitorio de la Provincia de Entre Ríos, el mismo adopta, al igual que los anteriores, la figura de “monitorio documentado” y se encuentra ubicado dentro Libro II dedicado a los Procesos de Conocimiento.

En cuanto a los supuestos que habilitan la vía monitoria, el art. 472 del Código Procesal Civil y Comercial entrerriano¹⁵, prevé taxativamente los siguientes, a saber: 1) Obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas, 2) División de Condominio, cuando la división en especie fuera imposible, 3) Restitución de la cosa mueble dada en comodato, 4) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por vencimiento del plazo contractual, 5) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por falta de pago, siempre que se hubiere justificado por medio fehaciente la interpelación al locatario, 6) Obligación de otorgar escritura pública y transferencia de automotores, 7) Cancelación de prenda o hipoteca 8) los procesos de ejecución, en los casos autorizados por este código u otras leyes, con excepción de la ejecución de sentencia. Tal como surge de su articulado, vemos que no difiere sustancialmente de los supuestos regulados en los demás códigos provinciales analizados.

Para acceder al proceso, el actor debe presentar documento público o privado reconocido judicialmente o cuya firma este certificada por escribano público. Una particularidad que presenta el procedimiento monitorio entrerriano, es la posibilidad de preparar el Procedimiento Monitorio mediante el reconocimiento de instrumento privado, siguiendo el esquema que prevé para dicho supuesto la tradicional Preparación de la Vía Ejecutiva, adaptada aquí al procedimiento

¹⁵ Argentina, Entre Ríos, Legislatura Provincial, Código procesal Civil y Comercial, Ley 9776, 2007.

monitorio, tal es así que, en cuanto a las normas que regulan su trámite, remite en lo pertinente al articulado correspondiente a la Preparación de la vía ejecutiva.

En cuanto al trámite, se sigue el esquema tradicional previsto para este procedimiento: se dicta sentencia monitoria, se corre traslado al demandado y este puede deducir oposición en un plazo establecido en el cual además, debe ofrecer prueba. De ello se correrá traslado al actor, previéndose que en todo lo que no esté específicamente regulado se rige por las normas del proceso sumario. En cuanto al trámite de la ejecución de la sentencia monitoria firme y consentida, el Código se remite al trámite previsto para la ejecución de sentencias. Por ultimo también, se prevé el recurso de apelación confiriéndose el mismo siempre en relación, y en los siguientes supuestos que contempla la norma: 1) cuando las defensas articuladas hubieran sido declaradas inadmisibles, 2) Cuando las defensas hubieran sido tramitadas como de puro derecho, 3) Cuando se hubiere producido prueba respecto de las opuestas, 4) Cuando versaren sobre puntos ajenos al ámbito natural del proceso monitorio o causaren gravamen irreparable en el juicio de conocimiento ulterior. En este último inciso, se confunde claramente al Juicio Ejecutivo con la naturaleza cognitiva del Procedimiento Monitorio, -y la consecuente calidad de cosa juzgada material que reviste su Sentencia-, resultando por tanto irrevisable en juicio ordinario posterior.

En lo que concierne a la Provincia de Rio Negro, se prevé la aplicación del proceso monitorio para los casos en donde el derecho del actor aparece con un fuerte grado de verosimilitud tal como ser, los casos expresamente enunciados en el artículo 487 del código procesal civil¹⁶, a saber: 1) Obligación exigible de dar cantidades de cosas o valores mobiliarios o de dar cosas muebles ciertas y determinadas. 2) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por vencimiento del plazo contractual. 3) Desalojo de bienes inmuebles urbanos y rurales por falta de pago, siempre que se hubiere justificado por medio fehaciente la interpelación al locatario que establecen las leyes vigentes. 4) División de condominio. 5) Restitución de la cosa dada en comodato. 6) Los procesos de ejecución, de conformidad con las normas que regulan estos procesos.

Se adopta un tipo de proceso monitorio documentado, es por ello que para acceder a este procedimiento es necesario que el actor presente un

¹⁶ Argentina, Rio Negro, Legislatura Provincial, Código Procesal Civil Y Comercial, Ley 4142, 2011.

documento público o privado reconocido judicialmente o cuya firma estuviese certificada, de donde surja el derecho en que se funda la acción. Luego, el procedimiento es igual al de las demás provincias donde está previsto. El juez dictara sentencia monitoria y el demandado en un plazo de diez días deberá deducir oposición con los fundamentos de hecho y de derecho y, por supuesto, ofrecer la prueba la cual no puede limitarse exclusivamente a la de testigos. Si no hubiese oposición, o quedará firme el rechazo de ella se procederá a la ejecución de sentencia de conformidad a lo dispuesto en el Título II para ello.

Por último, en la provincia de Chaco en el año 2007 se sanciona la ley 6002¹⁷ como norma complementaria al Código Procesal Civil de esa provincia estableciendo la aplicación del proceso monitorio a los procesos ejecutivos, ejecuciones hipotecarias, prendarias y fiscal. También se establece la aplicación de un proceso monitorio documentado, ya que el actor debe presentar los instrumentos que traen aparejadas las distintas ejecuciones. Posteriormente el juez hará una revisión de los requisitos legales y dictara sentencia monitoria mandando a llevar adelante la ejecución y si el ejecutante lo solicita se trabara embargo sobre los bienes del demandado. Luego el demandado podrá o bien cumplir con la sentencia depositando el dinero o bien deducir oposición mediante la interposición de excepciones previstas en la misma ley. Si no hubiese oposición o quedara firme el rechazo de la oposición se procederá a ejecutar la sentencia de conformidad a lo previsto en el código para esos casos.

Como conclusión podemos observar que en nuestro país ya se ha iniciado el camino de aceptación legislativa y académica de esta nueva modalidad de procedimientos, sobre todo en el interior del país. Las provincias tomaron en cuenta a los Anteproyectos de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para aplicarlo a sus legislaciones, pero aún le resta el camino a su adopción plena a nivel Nacional.

7. Proceso monitorio Español y Comunitario

Este apartado pretende desarrollar de una forma más amplia el sistema monitorio español y el comunitario de la Unión Europea.

¹⁷ Argentina, Chaco, Cámara de Diputados, Ley 6002, 2007.

El proceso monitorio fue introducido dentro del ordenamiento español en el año 1999¹⁸, el cual en su primera presentación, resultaba ser limitado en cuanto a los tipos de reclamos que se podían realizar por dicha vía.

Las posteriores reformas, como las de los años 2000 y 2009, ampliaron el espectro de casos admisibles, al igual que los límites de las cuantías dinerarias por las cuales también se podría recurrir al proceso monitorio para hacer efectivo el cobro de los créditos, confeccionando de esta forma una mayor amplitud de legitimación y flexibilidad para el acceso a dicho proceso y las respectivas ventajas que ofrecía.

La última reforma introducida, fue la del año 2011 donde el sistema monitorio español se adecuó al aprobado por la UE, logrando de esta forma, y pese a ser ambos de distinto tipos, una congruencia entre el ordenamiento local y el de la comunidad europea, unificando una serie de criterios de consideración, como ser por ejemplo, la eliminación de todo limite referido al *quantum* del monto del crédito, que con la anterior legislación, se ponía como filtro para reclamar mediante esta vía.

El proceso monitorio en España se caracteriza por ser documental e ilimitado (este último a partir de su adecuación con el sistema de la Unión Europea). El mismo se encuentra previsto en los arts. 812 a 818 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, caracterizándose por su eventualidad (es decir, se requiere al deudor para que en el plazo previsto pague o se oponga).

Para acceder al cobro de un crédito por medio de este proceso, se requiere que la deuda que se reclama sea: 1) dineraria (sea en moneda local o extranjera); 2) vencida (que el plazo para su pago ya haya concluido); 3) líquida (de cuantía determinada o determinable); y 4) exigible (no estar sujeta a ningún tipo de modalidad).

Otro requisito imprescindible es el referido a los documentos que deben ser acompañados cuando se inicie una reclamación, cualquiera sea su forma, clase o soporte, ya sea este físico o electrónico, pero siempre firmados por el deudor. Lo que se pretende con ello, es acreditar la verosimilitud de la relación existente entre acreedor y deudor; sin estar sujeto a ningún tipo de solemnidad. También se admiten los creados unilateralmente por el acreedor,

¹⁸ España, Ley 8/1999 de reforma de la Ley 49/1960 sobre Propiedad Horizontal.

si bien en tal caso, tienen un régimen más severo de admisión (véase art. 812 en relación con art. 815 LEC 1/2000).

Como novedad al sistema propuesto por el país ibérico (al igual que Portugal), se encuentra en la posibilidad de aportar documentos electrónicos para poder fundamentar la petición monitoria. Ello se ve reflejado en la presentación de soportes informáticos de transacciones electrónicas, grabaciones de contrataciones por teléfono o video conferencia.

Los tribunales competentes para el conocimiento de este tipo de proceso, son exclusivamente los de primera instancia (los juzgados de primera instancia son o pueden ser numerosos, en España están los Juzgados de Primera Instancia, que son los competentes, aunque también pueden serlo, en su caso, los Juzgados de lo Mercantil) del domicilio o residencia del deudor, o donde pudiera ser éste hallado en caso de desconocimiento.

Se inicia con una petición de forma precisa, mediante formularios (en el procedimiento monitorio de los arts. 812 a 818 LEC solamente cuando la cuantía no supere los 2000 euros) ya prestablecidos ante el *Decanato* o *Servicio Común de Registro*, (salvo que la competencia corresponda a un juzgado en municipio con único juzgado) quienes remitirán el mismo al juzgado que corresponda. El contenido solamente expresa la identidad del deudor y acreedor, sus respectivos domicilios, origen y causa de la deuda, y como ya se dijo anteriormente, la documentación debida. No es necesaria la asistencia letrada, lo que resulta ser un aspecto característico (no es necesaria pero si hay oposición será preceptiva la postulación conforme a las reglas generales, y para la posterior eventual ejecución, será necesaria cuando supere los 2000 euros).

Una vez admitida la solicitud por la *Oficina Judicial*¹⁹, se procede a requerir el pago al demandado. El deudor notificado dispondrá de un plazo de veinte días para realizar el pago u oponerse. En este último caso, el proceso monitorio no podría continuar, por lo que se traslada el asunto al Juicio Declarativo correspondiente. Caso contrario, si se paga, concluye el mismo; o de no hacerlo, se procede a Juicio de Ejecución forzada (previo inicio del

¹⁹ El Letrado de la Administración de Justicia, antes llamado Secretario Judicial, es el jefe de la oficina judicial, pero la admite él personalmente, no por la oficina; de otro lado, si considera que debe inadmitir, da traslado al Juez/a quien decide si admite o no, de modo que también el Juez puede admitirla en tales casos, o denegarla.

mismo), para el embargo de bienes del deudor (convendría señalar que los trámites de oposición son bien diversos si la cuantía –sin olvidar que en el art. 400 se regula un monitorio cuya pretensión es el lanzamiento de inmueble por falta de pago- supera los 6000 euros. Régimen diverso de oposición que genera interesantes cuestiones, por cierto, como, por ejemplo, que si se superan los 6000 euros, puede resultar inútil en la práctica).

Según los datos de la *Memoria del Consejo General del Poder Judicial*²⁰, resulta que hoy en día el proceso monitorio resulta ser el tipo de juicio civil más utilizado en España ante los tribunales, tal y como lo acreditan las estadísticas siguientes: durante el año 2007 se presentaron 420.599 procesos monitorios, un 14,8% más que el año anterior, representando el 47,2% de la litigiosidad civil. Las cifras siguen aumentando en el año 2009, donde se doblaron los procesos monitorios presentados respecto al año 2007, llegando a la cifra de 821.314 litigios. Y al margen de ser el más empleado, es el que presenta una mayor eficacia ya que del total de procesos monitorios iniciados más del 50% concluyen bien con el pago (13,8%) o bien con la ejecución del título base de la petición monitoria (36,6%). El éxito del proceso monitorio es en este caso evidente.

Vista así la experiencia española respecto del proceso monitorio y de su aplicación, los resultados demuestran que más del cincuenta por ciento de las peticiones monitorias acaban eficazmente, bien con el pago del deudor, bien con la creación de un título ejecutivo. Esto origina un problema ulterior: el aumento significativo de los procesos de ejecución, por lo que para la eficacia del proceso monitorio debe venir acompañado de un sistema igualmente eficaz de proceso de ejecución, en el que debe prevalecer especialmente el interés del acreedor, quien debe poder confiar en la efectividad de la tutela judicial.

Por otra parte, el establecimiento de un proceso monitorio en el ámbito de la Comunidad Europea, se realizó a través del reglamento N° 1896/2006²¹, en vista de la necesidad de armonizar la Tutela Judicial del crédito, resultando ser el mismo, de aplicación directa a cada estado miembro, por más que no haya un desarrollo interno de dicho proceso.

²⁰ Consejo General del Poder Judicial (España), “Memoria del Consejo General del poder Judicial”, Libro II, Madrid, Año 2009.

²¹ Parlamento Europeo, Reglamento (Ce) N O 1896/2006.

El objetivo de su implementación fue el de simplificar, acelerar y reducir los costos de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios, tanto en materia civil como mercantil.

Para comprender lo dicho, hay que aclarar que los conflictos transfronterizos, comprende a todos aquellos supuestos en los que una de las partes se encuentra domiciliada o reside en un estado distinto a aquel donde se encuentra el Órgano Jurisdiccional donde radica la petición.

La mencionada petición, en el proceso monitorio europeo, se realiza mediante formularios que se encuentran adheridos al reglamento, siendo los mismos, iguales para todos los estados miembros.

El crédito objeto de la petición, debe reunir los requisitos correspondientes, como ser: 1) Que sea pecuniario; 2) Vencido; y 3) Exigible; y a diferencia del sistema español, no está sujeto a ninguna necesidad de aportar los documentos respectivos que lo acredite.

Por lo tanto, el modelo monitorio europeo, es del tipo puro, tal y como resulta de lo anteriormente expresado.

Una vez presentada la petición ante el órgano jurisdiccional competente, el mismo evaluará los correspondientes requisitos de admisibilidad y el fundamento de la misma.

Siendo admisible, dicho órgano expide el requerimiento europeo de pago, comunicando al demandado, quien podrá optar por las siguientes opciones: pagar al acreedor u oponerse. Cabe aclarar que la mencionada comunicación del requerimiento de pago, se debe realizar acorde a las disposiciones del ordenamiento nacional del estado miembro donde se realiza.

En caso de pago, se satisface la deuda reclamada, por lo tanto, concluye el proceso monitorio. De lo contrario, y transcurrido el plazo para realizar el mismo o sin que el deudor ejerza oposición alguna ante el órgano de origen, el mismo se hace de carácter ejecutivo (sin necesidad de declaración previa, eximiendo así el exequatur). Los procedimientos de ejecución se regirán acorde al ordenamiento normativo del estado miembro en el que se solicite la ejecución del requerimiento europeo de pago.

Por último, en caso de que el deudor presente oposición, deberá hacerlo mediante el escrito correspondiente en formulario, sin necesidad de motivar el mismo. De esta forma se resolverá la cuestión ante los órganos jurisdiccionales del estado de origen, con aplicación de su propia normativa.

8. Integración y proceso monitorio: una posibilidad patente

Es una verdad conocida que el derecho, y más aún el derecho procesal, se constituye a sí mismo como una manifestación eminentemente estatal. Reconoce su fuente directa en la voluntad del legislador y en ella se sustenta. Al menos este paradigma imperó hasta hace unas décadas atrás, cuando nuevas corrientes surgidas a la luz del proceso más radical que haya vivido la historia de la humanidad, la globalización, han disputado su hegemonía dentro de nuestro horizonte de perspectivas.

A raíz de los cambios producidos por este proceso en sus distintas facetas, la autoridad, al igual que la soberanía de los Estados se ha visto sobradamente cuestionada. La remisión a normas de carácter supraestatal, especialmente las referidas a una amplia gama de derechos reconocidos por diversas convenciones internacionales, no pocas veces ha mostrado el conflicto existente entre entra ambos ordenes de normas. Así es como en numerosos casos se ha resuelto por la validez y supremacía de las normas de origen convencional por sobre las emanadas de los parlamentos nacionales o incluso por sobre la normativa constitucional de los Estados²².

Por supuesto que las normas producto de convenciones entre Estados no son la única manifestación normativa (o con aspiraciones a serlo) surgida a raíz de esta nueva visión sobre el rol del Estado y sus instituciones. Actualmente contamos con múltiples instrumentos de carácter no obligatorio que resultan fuente material e inspiración de legislaciones posteriormente adoptadas tanto por los Estados en particular como por la comunidad de estos. Los llamados instrumentos de *soft-law*, si bien no resultan vinculantes, ejercen una determinante afluencia sobre el proceso sancionador de normas en sí. Ejemplo sobrado de ello los tenemos con las leyes modelo de UNCITRAL y los principios expuestos por la UNIDROIT.²³

²² Así ocurrió en el caso resuelto por la Corte Interamericana de DDHH “LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO” (Olmedo Bustos y otros VS. Chile) 2001 donde en razón a lo expuesto en los considerandos se resolvió instar al Estado a modificar su ordenamiento Jurídico Interno con el fin de suprimir la censura previa por hallarse dicha disposición contra los derechos reconocidos por la Convención Americana de DDHH.

²³ Son ejemplos de ellas la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la UNCITRAL de 1985 al igual que los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

En nuestra región, un instrumento que reviste estas características es el ya mencionado Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del año 1988. En él, y aquí es donde se manifiesta lo que a esta investigación importa, se incluye entre un cumulo de instituciones procesales al llamado proceso monitorio. Lo que este cuerpo legal aspiraba era plasmar una legislación idéntica en materia del proceso civil en toda Iberoamérica, y si bien dicha tarea resultó colosal e inabordable para el momento en que se planteó, reconocemos en él un antecedente directo de lo que a continuación como semillero pensamos a modo de futura posibilidad.

El nuevo paradigma producto de la última globalización y de un pretendido fin de la historia que no fue, nos enfrenta a una dura realidad. Los estados han evidenciado su impotencia al momento de lograr los objetivos y satisfacer las prestaciones a las que se han obligado constitucionalmente, al menos desde la época del llamado constitucionalismo social. Para paliar esta situación, un puñado de hombres avanzados a su tiempo -quizá subidos a hombros de gigantes- evidenciaron que la solución no radicaba en repetir los modelos imperantes referidos a como entendíamos al estado y a las cualidades que de él derivábamos. Entendieron que si bien un estado concebido como soberano, y una comunidad internacional como un conjunto de islas separadas por un océano de distancia la una de la otra fue un esquema que hasta entonces había resultado más o menos satisfactorio para procurar cortos periodos de paz y estabilidad, dicha visión del mundo no podía continuar. De la misma manera que ningún hombre es una isla de sí mismo²⁴, ningún estado puede serlo respecto de los demás, ya que se necesitan mutuamente para poder alcanzar sus objetivos. Así fue como la cooperación se impuso como paradigma y ello pareció funcionar durante un tiempo, hasta que evidenciamos nuevamente las limitaciones de dicho esquema manifiestas en la dificultad dar una orientación apropiada a la sumatoria de esfuerzos inconexos de los distintos Estados y organizaciones que aportaban cada uno con una metodología y un plan de acción distinto para obtener un fin común.

Entonces fue cuando en Europa surgió un nuevo paradigma: el de la Integración. Lo que este propone, en resumidas cuentas, es que los Estados

²⁴ Parafraseando al poeta inglés *John Donne* "Ningún hombre (y por ende ningún Estado) es una isla, entera en sí, cada uno es pieza de un continente, parte del total" MEDITATION XVII.

nacionales, imposibilitados de alcanzar sus metas por sí mismos o a través de la mera sumatoria poco coordinada de esfuerzos producto de la cooperación necesitaban ir un paso más allá, especialmente en ciertas áreas estratégicas complementándose entre sí delegando porciones más o menos extensas de su soberanía en manos de organismos supranacionales creados a tal efecto, a fin de lograr sus objetivos y el tan ansiado bien común.

Si bien este proceso se ha desarrollado con mayor amplitud en Europa, en nuestro continente no faltan iniciativas dirigidas a lograr una efectiva integración de los estados, al menos en áreas consideradas como estratégicas para la región. Así surgieron el MERCOSUR, la Unasur, la Comunidad Andina y la novel Alianza del Pacífico, lugares donde incluso se están dando los primeros pasos en materia de unificación legislativa²⁵. De igual manera es conocido el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el cual se realiza en las diferentes convenciones que versan sobre la temática y los órganos que esta establecen para su adecuada protección y garantía, como lo son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A raíz de ello no resulta impensable un escenario donde procedamos a una mayor unificación en las normativas nacionales referidas al curso del proceso civil, tal y como evidenciamos en Europa, ya que en un escenario marcado por el constante intercambio comercial y la atenuación de las fronteras nacionales resultaría no solo posible sino también muy conveniente contar con una serie de principios básicos y normas estándar que rijan un proceso caracterizado por su rapidez y pragmatismo, como lo es el proceso monitorio. Contar con un proceso uniforme de este tipo simplificaría sobradamente el tráfico comercial al igual que las reclamaciones, especialmente en los grandes centros de intercambio y movilidad, ya que permitiría una mejor administración de justicia a nivel regional en los supuestos referidos a asuntos transfronterizos no controvertidos por las partes.

Por supuesto que lograr esto no será tarea fácil. En el caso de algunos estados, como el de Argentina, se suma una dificultad: el sistema federal de gobierno. En razón de él, como ya vimos previamente, cada unidad administrativa es autónoma con lo cual puede sancionar su propia legislación procesal, razón por la cual contamos con un proceso de tipo monitorio en tan

²⁵ Siendo este el caso por ejemplo del llamado Parlamento del Mercosur.

sólo un puñado de provincias. Sortear este obstáculo con miras a lograr un proceso uniforme no resulta imposible ya que podría lograrse a través una ley convenio, pero de todos modos sigue presentándose como otro impedimento temporal al desarrollo del proceso unificador de normas. Del mismo modo que con las entidades provinciales, a nivel estatal en no pocas ocasiones pesan más los intereses individuales al igual que el recelo de la soberanía y la desconfianza general a los procesos integracionistas.

Afortunadamente contamos con un instrumento similar de derecho comparado, el ya desarrollado proceso monitorio europeo, nacido como fruto del proceso de integración y unificación de criterios legislativos relativos al proceso civil y comercial en la UE. No es un dato menor que este nuevo “proceso” como ya hemos visto, ha resultado sobradamente satisfactorio y su uso se ha extendido a un nivel general debido a las ventajas que presenta al igual que a su breve tramitación. *Mutatis mutandi* podemos citar los motivos que fundamentaron la implementación de dicho proceso a nivel comunitario, entre los cuales hallamos la necesidad de contar con un instrumento que permita agilizar el comercio transfronterizo al mismo tiempo que simplifique en tiempo y forma la tramitación de los reclamos derivados de este.

Si bien podemos acordar la necesidad de contar con un instrumento de este tipo en las legislaciones procesales locales, al mismo tiempo que evidenciamos las ventajas que la unificación de requisitos de admisibilidad, forma y tramitación supondrían al comercio regional y a la movilidad fronteriza todavía queda pendiente la cuestión de determinar cuáles han de ser dichos requisitos y si ha de tomarse alguna legislación ya existente como modelo, o si por lo contrario debemos contemplar la posibilidad de crear un nuevo instrumento de estas características al estilo del Código Modelo al cual aludíamos anteriormente.

9. Documentos necesarios para habilitar la vía

Como hemos visto, a fin iniciar un proceso monitorio en la mayoría de las legislaciones resulta esencial la existencia de una deuda, la que además de ser exigible pueda ser acreditada documentalmente. Así lo establece por ejemplo el art. 812 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española el que nos brinda una enumeración de documentos que pueden ser empleados para tal fin, entre los

que menciona documentos firmados por el deudor, cualquiera sea su forma y soporte físico, facturas o demás documentos (aún los creados unilateralmente por el acreedor) que habitualmente documenten créditos.

Sin dudas y conforme lo entienden distintos autores, tal enumeración no es exhaustiva sino meramente ejemplificativa, nos encontramos ante un *numerus apertus*, por lo que podrían aceptarse otros medios que acrediten fehacientemente el crédito. Correspondiendo al juez en cada caso decidir si un documento acredita o no la deuda que se reclama.

Pasando a analizar el art. 812 de la LEC, en su apartado 1 inc. 1° nos habla de documentos firmados por el deudor, estableciendo un criterio amplio ya que expresamente dice que los mismos pueden constar en cualquier formato y soporte. Si bien aquí se exige la firma del deudor, no se limita a la clásica firma manuscrita sino que contempla la posibilidad de sellos, marcas y, muy importante, hace referencia a la posibilidad de firma electrónica, a la que llama señal electrónica.

La firma del deudor en estos documentos permite que los mismos sean atribuidos a su autor, cuya individualización es una de las exigencias al momento de la petición del monitorio.

El inciso 2° amplía la enumeración a documentos que sean constituidos unilateralmente por el acreedor. Pero no cualquier documento unilateral podría habilitar la petición de un proceso monitorio, sino que, con buen criterio, la ley exige para estos casos que sean aquellos que habitualmente se utilicen para documentar créditos y deudas, por ejemplo, una factura.

Siguiendo a Gimeno Sendra²⁶ entendemos que no se excluye en esta enumeración a aquellos documentos redactados por ambas partes, siempre y cuando no haya constancia de algún signo distintivo del deudor; de lo contrario quedaría incluido en el inciso 1.

Continuando con el análisis del artículo 812, en su apartado 2 trata diferentes modalidades de los documentos mencionados anteriormente. Menciona en primer lugar documentos comerciales caracterizados por demostrar una relación previa y duradera entre acreedor y deudor. En segundo

²⁶ SENDRA, G. (2001) Proceso Civil Práctico –Madrid: La Ley- Tomo IX (pág.850 y ss.)

lugar nos habla de certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidad de Propietarios de inmuebles urbanos. No se trata de supuestos distintos de los del apartado 1 sino modalidades de los mismos documentos con sus características particulares.

9.1. Firma electrónica

No podemos dejar de tener presente los constantes avances tecnológicos actuales y principalmente el volumen de operaciones comerciales que día a día se realizan íntegramente a través de internet, especialmente en la región, con lo cual no sería lógico entonces negarles a los documentos electrónicos la posibilidad de servir de título para iniciar un proceso monitorio. La ley debe tener presente esto y reconocer expresamente tal posibilidad.

La legislación española contempla este supuesto en el art. 812.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el que expresamente prevé la posibilidad de acudir al monitorio a quien acredite una deuda a través de un documento que contenga una señal electrónica del deudor. Si bien la ley habla de una señal electrónica, debe entenderse que refiere a firma electrónica.

Gracias a esta mención no caben dudas respecto de la posibilidad de que el actor que busca iniciar el proceso respalde su crédito en documentos electrónicos firmados del mismo modo por el deudor. Sin embargo debemos hacer algunas aclaraciones respecto a esta modalidad de firma.

La legislación española hace una diferencia entre firma electrónica avanzada y reconocida. La primera, es la que a través de un proceso de encriptación permite identificar al firmante, cualquier modificación posterior a la firma y bajo ciertas circunstancias puede equipararse a la firma manuscrita. La firma electrónica reconocida, por su parte, es aquella basada en un certificado reconocido y generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma, es equiparable a la firma manuscrita. Como vemos lo importante es determinar con qué grado de certeza podemos afirmar que la persona figura como quien suscribe es en realidad quien lo está haciendo.

Así como reconocemos que el derecho es una ciencia que necesariamente debe ver hacia el futuro reconocemos como positiva la ulterior ampliación del proceso monitorio en cuestiones cuyo único soporte documental resulta un documento de tipo electrónico, buscando así dar mayor seguridad y una

resolución expedita a los conflictos que en razón de estos intercambios se susciten.

Además, siguiendo lo expuesto por José Bonnet Navarro²⁷, debemos tener en cuenta que de implementarse la firma electrónica en conjunto con las notificaciones online podría superarse uno de los mayores problemas generadores de retrasos en los procedimientos, el del tiempo que lleva el correr traslado de los escritos y notificar las resoluciones.

10. Conclusión y propuesta

Finalmente, luego de haber analizado detenidamente la cuestión del proceso monitorio al igual que el desarrollo de este en las legislaciones europeas y latinoamericanas la primera conclusión a la que arriba este semillero se refiere a la posibilidad y la utilidad de incluir un proceso de este tipo en los lugares que aún no lo han implementado. Somos conscientes de que este no por sí mismo va a resolver los problemas que saturan actualmente a los juzgados pero, de complementarse con una serie de instituciones y mecanismos que lo acompañen puede probar ser bastante útil, tal y como resultó en el caso de proceso español.

Posteriormente y a través del análisis de la legislación y el proceso europeo hemos evidenciado las ventajas de contar con una serie de reglas y elementos comunes que rijan este proceso a la luz de un proceso que aboga por la integración económica y/o política, en especial en el caso de Latinoamérica donde el intercambio comercial transfronterizo crece día a día.

En razón de todo ello, afirmamos que un procedimiento de estas características, resultaría beneficioso al momento de fomentar el comercio internacional entre los países de Iberoamérica, debido a que brindaría celeridad a los litigios transnacionales y se traduciría en confianza de parte de los acreedores, garantizándoles así el cobro efectivo de los créditos. Asimismo abogamos por la habilitación de la instancia monitoria a partir de documentos

²⁷ BONET NAVARRO, J. (2008). Eficiente implementación del procedimiento monitorio en Iberoamérica. En C. d. Américas, Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina (págs. 479-500). Santiago de Chile: Alfabetá.

electrónicos debido a la importancia presente y al crecimiento exponencial del comercio electrónico en Latinoamérica. Por último, reafirmamos la importancia de que ante una eventual expansión y/o unificación de criterios respecto del procedimiento monitorio a nivel sudamericano, surja la necesidad de que previamente y por un tiempo razonable, se lleve a cabo una adecuada etapa de difusión, información, instrucción y capacitación sobre dicha temática en todos los países de la región, para que luego de su conocimiento por parte de la academia, la magistratura y la sociedad civil, su aplicación resulte efectiva.

Referencias

- Arazi, R. (s.f.). El nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro. Obtenido de Poder Judicial de la Provincia de Río Negro: http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/reformacpcc/NuevoCodigoCivil_de_RioNegro_por_Dr_Arazi.pdf
- Bonet Navarro, J. (2008). Eficiente implementación del procedimiento monitorio en Iberoamérica. En C. d. Américas, Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina (págs. 479-500). Santiago de Chile: Alfabetá.
- Brizuela, V., Ávila Paz de Robledo, R. (2011) Revista UNLaR Ciencia, volumen 2 N°2, p8-12.
- Calamandrei, P. (1946) “El Proceso Monitorio”, traducción de Santiago Sentís Melendo, Argentina: Ed. Bibliográficas.
- Carteau C. A. El Proceso Monitorio [Publicación periódica]. - Buenos Aires : La Ley, 2001. - Vols. F-Sec.
- Colmenares Uribe, C. A. “El proceso monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012”, parte del Proyecto “Procedimiento monitorio como herramienta para mitigar la congestión judicial en materia civil en Colombia”, dentro del Programa de Maestría de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta, en convenio con la Universidad de Medellín. <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/14carlos-alberto-colmenares.pdf> (fecha de consulta: 13 de junio de 2015)
- Donne, J. (1999) Meditaciones XVII [Sección de libro] // Devotions upon Emergent Occasions. - [s.l.] : Vintage,.
- Picó I Junoy, J Páginas de Direito [En línea]. - Marzo de 2014. - Junio de 2015. - <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6458-el-proceso-monitorio-una-vision-espanola-y-europea-de-la-tutela-rapida-del-credito>.

- Loutayf Ranea, R. (2004) “Proceso Monitorio”; “Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Bs. As. -Abeledo Perrot-, La Plata –Librería Editora Platense-, t. X-a (Actualización. Parte General), pág. 495.
- Martínez, O. J. “El Procedimiento Monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/592/30.pdf>.
- Memoria del Consejo General del poder Judicial, (2008) Libro II, Madrid.
- Morahan, M. “La hora del procedimiento monitorio. La bienvenida implementación en la provincia de Entre Ríos de una estructura procesal con siglos de vigencia”; <http://ateneoentrerriano.org/La%20hora%20del%20Procedimiento%20Monitorio%20M%20MORAHAN.doc>.
- Nuria Barcones, A. El juicio monitorio: Estudio de los documentos del artículo 812 LCE [Publicación periódica]. - Madrid : [s.n.]. - 2052 - 53 : Vol. Boletín.
- Pereira Campos, S; Rodríguez, C. “El Proceso Monitorio en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”; http://www.academia.edu/10488638/El_proceso_monitorio_en_el_C%C3%B3digo_Modelo_para_Iberoam%C3%A9rica_y_en_el_C%C3%B3digo_General_del_Proceso_de_Uruguay.
- Quinteros Pérez, M. I; Bonett Ortiz S. A; Colmenares Uribe, C. A.; (2014) “El proceso monitorio. Tendencia del derecho procesal iberoamericano”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal • No. 40 • Bogotá, D.C. – Colombia.*
- Sendra, G. (2001) Proceso Civil Práctico –Madrid: La Ley- Tomo IX (pág.850 y ss.)
- Yrarrázaval Arturo, S. C. “Código del Trabajo: El procedimiento Laboral Monitorio”. Publicado el 5 de julio de 2012. <http://www.claseejecutiva.cl/blog/2012/07/codigo-del-trabajo-el-procedimiento-laboral-monitorio/>, (fecha de consulta: 13 de junio de 2015).

JURISPRUDENCIA Y LEYES

- Argentina, Chaco, Cámara de Diputados, Ley 6002, 2007.
- Argentina, Rio Negro, Legislatura Provincial, Código Procesal Civil Y Comercial, Ley 4142, 2011.
- Argentina, San Juan, Cámara de Diputados, Código procesal Civil y Comercial de Minería, Ley 7942, 2008.
- Argentina, La Pampa, Cámara de Diputados, Código Procesal Civil y Comercial, Ley 1828, 1999.

- Argentina, entre Ríos, Legislatura Provincial, Código procesal Civil y Comercial, Ley 9776, 2007.
- Argentina, Congreso de la Nación Argentina, Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial, 1993.
- Chile, Código de Trabajo, ley 20.087 del 3 de enero del año 2006.
- Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, Año 1988, IX Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; Gelsi, Torello y Véscovi.
- Colombia, Código General del Proceso, Ley 1564, Año 2012.
- España, Ley 8/1999 de reforma de la Ley 49/1960 sobre Propiedad Horizontal.
- Parlamento Europeo, Reglamento (Ce) N O 1896/2006.
- Uruguay, Asamblea General, Ley N° 1582/88.
- Corte Interamericana de DDHH, “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros VS. Chile) 2001.

Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal*

Epistemic considerations regarding the decision in criminal procedure

Recibido: Junio 4 de 2014 - Evaluado: Septiembre 10 de 2014 - Aceptado: Diciembre 8 de 2014

Adrián Polanco Polanco**

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto de una investigación del proyecto “La *Ratio iuris*, de la Decisión emitida en el Proceso, analizada desde la Fundamentación Teórico- Discursiva de la Filosofía del Derecho”, desarrollado en la maestría en derecho procesal en la Universidad Nacional del Rosario Argentina, adscrito al Instituto Nacional de Desarrollo Jurídico México.

** Licenciado en Derecho, titulado con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México; Maestro en Derecho titulado con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México. Se ha desempeñado como Profesor de Asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en el Instituto Nacional de Desarrollo Jurídico, en la Universidad Autónoma de Tlaxcala, Chilpancingo y diversas instituciones privadas, Miembro Adherente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal; investigador externo adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal, Miembro del Instituto Vasco de Derecho Procesal. En la Universidad Nacional Autónoma de México es Miembro del Colegio de Profesores de Derecho Fiscal de la Facultad de Derecho, Miembro del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Miembro del Consejo Consultivo. Evaluador Externo de la Revista de Investigación Jurídica *Avances*, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel de Cajamarca, Perú; **Huésped Ilustre por** Pedro Riega Guerra, Alcalde de la Municipalidad Distrital de Santa Cruz de Flores, provincia de Cañete, mediante la Resolución N° 092-2014-A-MDSCF. El nombramiento fue en agradecimiento a las conferencias en Derecho Procesal realizadas en la región. Ha participado como ponente en diversos congresos internacionales en materia procesal, en países como Argentina, Brasil, Colombia, España, México y Perú.
Correo electrónico: polanco_adrian@hotmail.com.

Para citar este artículo / To cite this Article

Polanco Polanco, A. (Enero-Junio de 2015). Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal.

Revista Academia & Derecho, 6(10), (217-240).

“Quien no quiere pensar es un fanático; quien no puede pensar es un idiota; quien no osa pensar es un cobarde.”

BACON.

Resumen

La decisión contenida en la sentencia penal es uno de los tópicos más importantes del proceso, ya que, es en este accertamiento donde se establecen los efectos de la sentencia, es decir su ejecutoriedad, eficacia y definitividad; no obstante ello el estudio de las cuestiones epistémicas de la sentencia parece un tema que no es estudiado, por ese motivo en la práctica y en la legislación procesal parecen confundirse la ejecutoriedad de la sentencia con la cosa juzgada, así como los efectos procesales y extraprocesales de la *ratio iuris*. Por este motivo es necesario realizar un nuevo enfoque abandonando los postulados metafísicos del Derecho e indagando con la sustentación Teórico discursiva del Derecho.

Palabras clave: accertamiento, argumentación, decisión, discurso, ejecutoriedad, proceso.

Abstract

The decision in the criminal judgment is one of the most important topics of the process as it is in this ascertainment where the effects of the judgment are set, ie their enforceability, efficiency and finality; However this is not the study of epistemic questions of judgment appears a subject that is studied, which is why in practice and procedural law seem confused the enforceability of the judgment with res judicata, as well as procedural and extra-procedural effects the *ratio iuris*. It is therefore necessary to make a new approach abandoning the metaphysical tenets of the law and investigating the discursive Theoretical support of the law.

Keywords: Ascertainment, argumentation, decision, address, enforceability, process.

Introducción

El artículo presentado se ubica en los límites de la teoría general de la decisión judicial, la cual ha tenido un constante avance desde el punto de vista epistemológico, para determinar las metas que la norma procesal fija al Juzgador para resolver un proceso; así mismo los planteamientos cognitivos que tiene a su alcance el Órgano de Decisión para poder llegar a esas metas, es por ello que el razonamiento judicial es objeto de análisis de la fundamentación teórico-discursiva de la *ratio iuris*, la sentencia se convierte así en una institución procesal de una importancia fundamental para el Proceso, ya que si bien es cierto que no en todos los procesos se llega a una sentencia (como ocurre en el Proceso Civil, en el cual según el informe anual 2014 del Consejo de la Judicatura Federal, el 70% de los procesos federales se resolvieron mediante sentencia), pero existen en otras ramas como la Penal, en la que el 95% de los procesos se resuelven mediante sentencia, es por ello que la sentencia y su razonamiento contenido es un elemento cognitivo institucionalizado con efectos jurídicos.

El tema se ubica dentro del campo semántico de la razón jurídica, que invariablemente se contiene en una sentencia, es decir el encuadre que realiza el sujeto decisor del debate procesal, respecto de los dos tópicos sustanciales de la decisión, la *questio facti* y la *questio iure*, mismas que se configuran desde el lenguaje artificial del Derecho; en virtud de estas dos cuestiones el objeto de estudio de esta investigación, será también ubicado en el campo semiótico, de la postmetafísica de la Teoría del Derecho, ya que el signo empleado tendrá un significado basado desde la Teoría Discursiva, con lo cual se establecerá la debida codificación del argumento del razonamiento jurídico, el cual se ve reflejado en la fundamentación y motivación de la decisión judicial (en los Estados, en los cuales se exige la motivación de la Sentencia).

Se proyecta un estudio descriptivo de la figura de accertamiento como institución contenida en las diversas decisiones procedimentales, que se ven contenidas en la preclusión de los grados procedimentales, en la perención de las fases del procedimiento o en la decisión final del proceso en su forma de accertamiento judicial, de igual modo de las instancias, ya sea promovidas por el ciudadano y aquellas ejercidas como facultades de oficio para la autoridad, en

virtud de este estudio descriptivo, será posible delimitar los efectos procesales y extraprocesales que la norma impone a la institución del accertamiento, para con ello poder determinar la naturaleza del proceso, como un sistema autopoiético con una clausura operativa.

Problema de investigación

¿Una postura epistemológica objetiva- crítica es acorde al Estado Constitucional de Derecho?

- 1.- ¿Qué postura cognoscitiva tiene el proceso?
- 2.- ¿La *ratio iuris* está inmersa en la razón instrumental de la ilustración?
- 3.- ¿La razón comunicativa se encuentra en el accertamiento judicial?
- 4.- ¿Cuáles son los efectos de la sentencia?

Metodología

Para el desarrollo del presente artículo se empleará un **método anarquista**¹, toda vez, que consideramos que la ciencia es una empresa esencialmente anarquista, razón por la cual el dadaísmo teórico, es más humanista y más adecuado para estimular el progreso que sus alternativas basadas en la ley y en el orden metodológico, es por ello, que se utilizará de igual modo la **estructura de las revoluciones científicas**, como forma de romper los paradigmas de la ciencia del Derecho procesal, nos auxiliaremos tanto del **método contrainductivo, así como del método deductivo**, y con ello evitar seguir cayendo en el viejo error del principio de causación universal, válido *a priori*, que desde nuestro parecer es uno de los grandes responsables del estancamiento de la ciencia procesal.

Se empleará la **contrastación deductiva de teorías**, para poder determinar la falsabilidad de nuestra investigación, es decir, la nueva naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional cognitivo- contencioso, como

¹ Este método es retomado del libro Tratado contra el método (*Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*), de Paul Feyerabend.

una relación comunicativa, sistémica y autodeterminante, en virtud de su propia clausura operativa, debemos en primer lugar extraer conclusiones por medio de la deducción lógica, estas conclusiones iniciales serán comparadas entre sí y con otros enunciados pertinentes, como lo son las diversas teorías que han tratado de explicar nuestro tema de investigación, con el solo objeto de hallar las relaciones lógicas que existan entre ellas, para ello seguiremos el siguiente procedimiento:

- a) La comparación lógica de las conclusiones unas con otras, realizando un contraste de la coherencia interna del sistema.
- b) El estudio en forma lógica de la teoría, con el objeto de determinar su carácter, como teoría empírica.
- c) Enseguida realizaremos la comparación con otras teorías, para poder determinar si la teoría propuesta constituye un avance científico.
- d) Por último contrastamos de modo empírico de las conclusiones que pueden deducirse de ella, de este modo se permitirá descubrir hasta qué punto las nuevas conclusiones propuestas, satisfacen los requerimientos de la práctica.

Con base en el procedimiento indicado, se pretende realizar una correcta demarcación de nuestro objeto de estudio, que permita proporcionar un criterio que distinga entre las ciencias empíricas y los sistemas metafísicos, para ello emplearemos a la falsabilidad como criterio de demarcación.

El presente artículo será de tipo descriptivo, al delimitar los efectos procesales y extra procesales de la razón jurídica contenida en la sentencia, y su naturaleza de clausura operativa.

Planteamiento del problema

El tema propuesto en este artículo pretende tener una relevancia socio-institucional consistente, en virtud que el estudio de la institución de la sentencia es de impacto directo en la sociedad, ya que el mandato contenido en el razonamiento judicial, tiene efectos vinculantes entre las partes, y en algunas ocasiones incluso *erga omnes*, lo cual se ve reflejado directamente en el mundo factico de la sociedad, es decir es fundamental entender de qué forma los Tribunales deciden las pretensiones planteadas para su conocimiento

y su respectiva reacción que conforman el debate procesal, es claro que el pensamiento occidental de la Teoría del Derecho, se ha caracterizado por un interés constante en determinar la especificidad de la relación entre el orden establecido y la validez del mismo.

No se puede negar que la resolución de los conflictos intersubjetivos en una Sentencia, tiene impacto directo con las relaciones sociales de los sujetos que conforman la sociedad, ya que desde antiguo la actividad de emitir fallos judiciales tiene repercusiones facticos, recordemos simplemente dos ideas pilares: “*ius est ars boni et aequi*”² y la célebre y sacramental “*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”³.

La propuesta de investigación tiene una **preeminencia cognitiva**, en virtud de que existen sendas discrepancias respecto del modo de decidir una contienda procesal, y en virtud de ella se ha creado una especie de hado místico en el acto judicial de fallar, y más aun de los efectos jurídicos que produce este mandato, normalmente este no es un tema que se estudie en el ámbito de la ciencia procesal, y es contemplado por la Filosofía del Derecho, lo cual consiste sin lugar a dudas en un error garrafal, en la formación de los futuros operadores del subsistema normativo que es el Proceso.

Según un punto de vista ampliamente extendido, las decisiones judiciales pueden ser como cuestión de hecho, y como cuestión de principio deben ser, de naturaleza lógico-deductiva, i.e. las decisiones judiciales pueden y deben tomarse siguiendo las reglas de inferencia de la lógica clásica. De este modo, es común caracterizar una decisión judicial como un silogismo -o en los análisis más recientes y refinados como una cadena de silogismos que se denomina «judicial» no en virtud de alguna característica lógica peculiar, sino simplemente en virtud de producirse en el ámbito de la actividad judicial. (MAZZERASE, Tecla, (1996), pp. 201-228)

La disputa entre racionalistas e irracionalistas en la decisión judicial ha llegado a notables digresiones, que en lugar de facilitar la labor de emitir una sentencia, han resultado en reformas procesales que no establecen límites o estándares de validez de razonabilidad procesal, sino que como ha ocurrido

² DIGESTO, 1, 1, 1, pr.

³ DIGESTO, 1, 1, 10, pr.

en diversas reformas en México, se establece un sistema de libre valoración de la prueba⁴ se ha pretendido establecer la naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional cognitivo-contencioso, desde dos perspectivas, la primera la clasificamos como privatista, que indica que la naturaleza del proceso, es, un contrato o un cuasi contrato; y la segunda que nombramos como publicista, que inicia con las aportaciones de Oscar Von Bulow (1968), comienza con sus investigaciones el desarrollo moderno de la ciencia procesal y así tenemos que se habla de la teoría de la relación jurídica, la situación jurídica, el complejo de relaciones jurídicas, la institución, la serie de actos proyectivos, etcétera, como se puede observar existe una multitud de diversas concepciones respecto de la naturaleza jurídica del proceso, lo cual en un acercamiento somero parece no tener la menor importancia, ya que se piensa que de todos modos se siguen resolviendo los procesos sin importar la naturaleza del mismo, pero esa proporción, no cuenta con una garantía lo suficientemente válida para aceptarla, ya que al no conocer la naturaleza del proceso y a su vez el razonamiento judicial, ocasiona que las resoluciones que otorgan fuerza ejecutiva del proceso, no satisfagan los intereses de las partes, y muchas veces no sean acordes con la realidad fáctica.

“El primer carácter de la norma jurídica que debemos recordar, derívase de su función específica: la garantía. El Derecho es garantía de fines o tutela de intereses; por lo tanto se encuentra con estos intereses en una relación de medio a fin.” (Rocco, 1985, p. 4.) Es decir la norma procesal es una garantía secundaria y la misma se traduce en el Derecho fundamental del debido proceso.

Esta investigación pretende analizar la decisión judicial desde el enfoque garantista, por lo cual se opone a la discrecional judicial, así como la intromisión del poder ejecutivo y legislativo por medio de actos de autoridad, en la esfera de lo indecible, es decir en los Derechos fundamentales, esto en una primera acepción, y en segundo término, es claro que cuando existen normas procesales que no respetan el Derecho fundamental al contradictorio procesal, es un problema normativo de vigencia o validez de las normas secundarias, por encontrarse en disputa ya sea por laguna legal o por antinomia.

⁴ Véase el artículo 259 del Código Nacional de Procedimiento Penales, que entra en vigor pleno para toda la república Mexicana a través de vigencia diferida.

Según una primera acepción, garantismo designa un modelo normativo de Derecho: precisamente, por lo que respecta al Derecho penal, el modelo de estricta legalidad» SG propio del estado de Derecho, que en él la no epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los Derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas *tout court*, de grados de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema.

En una segunda acepción, garantismo designa una teoría jurídica de la «validez» y de la efectividad como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la «existencia» o «vigencia» de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el «ser y el deber ser» en el Derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos... (FERRAJOLI, 1995, p. 854)

El garantismo propone una visión integral del fenómeno jurídico y no meramente utilitario o legalista, para lo cual se emplea el método axiomático, es decir la dimensión sintáctica de la teoría, que comprende tres esferas la semántica, la pragmática y la sintáctica. “La primera está dedicada al contenido empírico e informativo de la teoría en relación con el Derecho positivo que forma su universo de discurso. La segunda está dedicada a la finalidad explicativa de la teoría y al papel crítico y prospectivo que ésta plantea respecto del Derecho, pero a partir del propio Derecho. La tercera, finalmente, está dedicada a las relaciones sintácticas entre los signos de la teoría tal como resultan del método axiomático utilizado para la formación de sus conceptos y proposiciones.” (FERRAJOLI, 2003, p. 1.)

El lenguaje del Derecho es artificial y abstracto, y su valoración debe realizarse siempre teniendo en cuenta ese aspecto, para poder hacer una debida separación entre el ser y el deber ser, esto no se puede perder de vista para justificar la vigencia de una norma y no exponer argumentos extra jurídicos como lo es una tutela urgente, o que se diga que el proceso de cognición estorba. No utilizar los criterios del garantismo, proporcionan la coherencia

y el sistema del Derecho, es decir se proporciona la clausura operativa del Derecho; la semántica del Derecho tienen una triple interpretación:

- a) La interpretación empírica que resulta del análisis de las normas jurídicas, tal como lo desarrolla la *dogmática jurídica*, este debe de basarse en las ideas de vigencia, validez y efectividad de las normas jurídicas en un plano vertical de superior a inferior, aquí nos encontramos en el campo de la deontología, analizando el Derecho desde el punto de vista interno.
- b) La interpretación empírica que resulta de la investigación sobre los comportamientos regulados por las normas, tal como la desarrolla la *sociología del Derecho*, en este aspecto se analizan los comportamientos humanos de los que las normas hablan, constatando el grado de efectividad de las normas, analizando el Derecho desde el punto de vista externo.
- c) La interpretación axiológica expresada por la valoración y la proyección del Derecho, tal como propone la *filosofía política*, en este campo se analiza el Derecho desde sus puntos interno y externo, para comprender si la norma jurídica no se ve afectado por problemas de antinomia o laguna, conforme al paradigma constitucional. (FERRAJOLI, 2007, pp. 3- 57)

Con base a estos parámetros resulta completamente contrario al Estado de Derecho constitucional, que se proponga evitar el proceso de cognición, es claro que esa propuesta únicamente propicia el decisionismo judicial, y con ello se violan las garantías primarias y secundarias de los gobernados, el proceso es una ciencia formal, al igual que todo el Derecho, y no es válido el argumento que el formalismo es un obstáculo para la impartición de justicia o para la tutela efectiva del Derecho o pretender que el proceso es una estrategia que usa el demandado para retardar o no pagar las obligaciones contraídas, con estos argumentos solamente se propone un Derecho procesal autoritarista.

Por las consideraciones señaladas en los párrafos anteriores el propósito de esta investigación es identificar el criterio de validez respecto de la razonabilidad procesal contenido en el acertamiento judicial de la sentencia, y como consecuencia de ello los efectos procesales y extraprocesales de dicho instituto procesal. Para determinar estas consecuencias, se analizara al proceso como un sub sistema de normas, complejo y autopoiético, para lo cual, determinare la clausura operativa que permita la autodeterminación del proceso, en la *ratio iuris*, procesal y sus efectos de cosa juzgada, situación que pretende ser de utilidad para la ciencia procesal, y a su vez para los impartidores de justicia y la sociedad.

1. La decisión contenida en el procedimiento penal

Todo proceso jurisdiccional tiene con fin la resolución de un problema planteado, este generalmente se realiza mediante el dictado de una sentencia en la cual se contiene un fallo o decisión jurisdiccional, acto que tiene problemas en cuanto a la sistematización del Derecho desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho, entendiendo por Derecho: la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento (Del Vecchio Giorgio, 2003, pp. 103- 111), es por ello que el tema de la decisión jurisdiccional y su relación con el proceso es un tema de interminables disputas y controversias.

El problema fundamental del fallo consiste en determinar qué significación tiene la sentencia dentro del sistema jurídico, es decir saber si se está en presencia de una pura actuación o aplicación de la ley en caso decidido, o si, por el contrario, la sentencia es una nueva norma que nace en el sistema jurídico, distinta de la ley en su esencia y en su contenido. En otros términos: si la jurisdicción y la sentencia son actividades meramente declarativas de Derecho o si son funciones de carácter creativo y productor de nuevas normas jurídicas⁵.

De igual forma, existe el problema de saber cuáles son las posibilidades de declaración o de producción del Derecho, es decir, si todas las sentencias al adquirir la calidad de cosa juzgada, son igualmente declarativas de situaciones jurídicas o si todas ellas son productivas de situaciones jurídicas (COUTURE J., 1946, p. 304). El tema conduce naturalmente hacia la clasificación de las sentencias en razón de su contenido, debido a ello se debe analizar el paradigma de la clasificación de las sentencias de acuerdo a sus efectos.

En última instancia es necesario saber si la cosa juzgada y la ejecución de la sentencia en materia penal; producen sus efectos y consecuencias jurídicas de modo retroactivo o si los mismos son proyectados tan sólo para lo futuro.

⁵ Vid. al respecto la discusión sostenida a lo largo de su obra jurídica entre H. L. A. Hart y Ronald Dworkin, en especial en sus respectivas obras *El Concepto de Derecho* (1963) y *El imperio de la justicia* (1992).

2. Efectos de la declaración de certeza contenidos en la sentencia penal

Hasta fines del siglo pasado la doctrina dominante fue la de que la sentencia no es sino la ley del caso concreto. Es decir la corriente dominante en esa época consideraba que el juez no es ningún tipo de legislador especial, que invade la esferas de la distribución de poderes propuesta y aceptada, en la obra *El espíritu de las Leyes*, por lo cual la sentencia que pone fin a un proceso y no crea ninguna nueva norma jurídica, sino se limita a declarar la vigencia de la norma legal en la especie decidida.

El apogeo de esta manera de concebir la sentencia se produce en el siglo XVIII y en la primera mitad del siglo pasado. Cuando en *El espíritu de las leyes* se afirma que el juez no es sino la boca que pronuncia las palabras de la ley, o cuando un magistrado francés afirma, posteriormente, que “nada debe ser dejado al arbitrio del juez, el que no puede estatuir nada sino en virtud de una disposición formal de la ley”, lo que se sienta y se refuerza es el dogma de la ineptitud creativa de la jurisdicción y su solo carácter declarativo del pensamiento expresamente sancionado por el legislador. (Couture, 1946, p. 304)

Es con los estudios de grandes procesalistas como Bülow, Merkl, Bachean, que comienza la tendencia doctrinal a considerar que entre ley y sentencia existen diferencias de carácter y de contenido intrínseco derivadas de la distinta función de una y de otra, por lo cual surge la corriente normativa de la función jurisdiccional.

La postura señalada causó polémica en el campo del estudio del proceso y fue motivo de múltiples críticas, ya que según esta teoría, el Derecho objetivo no existe, sino hasta que ha sido declarado por la sentencia; por lo tanto para poder aplicar esta supuesta nueva ley, forzosamente tendría que aplicarse en forma retroactiva, pero además no podría existir la cosa juzgada, porque ésta, se refiere únicamente a las partes en el litigio, mientras que la ley tiene validez para toda la sociedad, en la que rige, por ser general y abstracta entre otros de sus atributos, “...la norma no es incompleta ni necesita ser complementada; lo que requiere es la efectividad de la tutela, para el caso en que sea necesaria por desobediencia o desconocimiento; por ésta se dispensa siempre dentro de los límites asignados por la ley. (Couture J., 1946, p. 304)

No obstante las anteriores críticas se siguen desarrollando las ideas tendientes a perfeccionar la tendencia constitutiva de la función jurisdiccional,

Con la teoría de la Escuela del Derecho Libre⁶, sostiene que si bien la sentencia no es la norma jurídica, sin embargo en los casos de lagunas legales, debe concederse al juzgador la facultad de hacer la norma jurídica eficaz sólo para el caso concreto, posteriormente la teoría materialista le otorga nuevamente facultades creadoras de Derecho al juzgador, Para Carnelutti, la sentencia, contiene un mandato concreto, aproximado a la sentencia del proceso cognoscitivo, a una “*lex specialis*”.

La doctrina *indicada* únicamente de modo enunciativo *señala* y fundamenta que debe asignarse especial significación al concepto de que la sentencia que es una novedad en el sistema jurídico procesal moderno,

Entre esas diversas corrientes de pensamiento que acaban de exponerse en forma sumaria, existen diferencias de planteamiento y de alcance. Se explica bien, en consecuencia, que lleguen a conclusiones antagónicas.

Podemos señalar que existe un acuerdo en la doctrina actual por cuanto hace a señalar que la sentencia aplica la ley preexistente. El problema recae en delimitar si los efectos de la sentencia ejecutoriada que ha adquirido la calidad de cosa juzgada son meramente declarativos del Derecho anteriormente establecido, o si, por el contrario, es creativa de Derechos.

3. La función jurisdiccional como creadora de derechos

En el presente apartado se pretende delimitar y sustentar, la idea de que la función jurisdiccional es productora de Derecho, una vez que la decisión contenida en el fallo dictado por el órgano jurisdiccional adquiera la calidad de cosa juzgada, toda vez que desde nuestro punto de vista es necesario establecer de manera clara nuestra postura al respecto, para poder continuar el análisis de la cosa juzgada y los efectos que la misma produce en el campo procesal como metaprocesal.

⁶ Véase ABITIA ARZAPALO, José Alfonso, (2003), p. 53.

La premisa de que la jurisdicción es creadora de Derechos y que, en consecuencia, el fallo constituye una norma autónoma desprendida de la ley, creadora por sí de una nueva forma de Derecho, es un tópico en el cual no existe uniformidad al respecto como ya lo hemos señalado; el esbozo de la teoría aquí planteada tiene un enfoque iusnaturalista, corriente epistemológica con la cual congeniamos, pero trata de explicar las conclusiones de las proposiciones hechas desde el aspecto positivo marcado por el sistema jurídico de nuestro país, tratando de ese modo de manejar una postura naturalista positiva, a partir de la cual se analiza el fenómeno, señalando que si bien los alcances de esta investigación no pueden llegar al correcto análisis de este tema, por ser un tópico de la Teoría General del Derecho, se establecerá únicamente de manera descriptiva nuestra postura.

4. Nuestra conceptualización de la función jurisdiccional como creadora de derechos

Desde nuestro punto de vista resulta innegable que, existen algunas sentencias que se agotan en una pura declaración del Derecho, y luego entonces no parecen tener repercusión alguna en el mundo extrajurisdiccional, pero debemos considerar los llamados casos difíciles (Dworkin Ronald, 1992, pp. 25-32) en los cuales los juzgadores necesitan emplear una interpretación extensiva de los preceptos legales.

La sentencia crea certidumbre, y produce efectos procesales y extraprocesales, tanto para las partes y para terceros, es por ello que los efectos *erga omnes* de las sentencias, han irrumpido como un elemento nuevo en el panorama del derecho procesal.

Es frecuente que los jueces deben establecer, en concreto, situaciones no determinadas en la ley, ya que sería ilógico suponer que en el campo normativo legal, existen contemplados todos los casos e hipótesis posibles que ocurren en el mundo factico, ya que “con referencia al acto concreto y a las relaciones morales y éticas, frente a sus posterior contenido, el Derecho abstracto sólo constituye una posibilidad; por eso, la prescripción jurídica únicamente es facultad o licitud” (Hegel Wilhelm, 2007, p. 68) por lo tanto el Derecho se encuentra únicamente como una abstracción, y necesita ser individualizado por el órgano jurisdiccional para que el mismo se vuelva concreto y de aplicación particular, con efectos generales.

“No es posible, sin perder el sentido de la realidad, sostener que todas esas especificaciones ya estaban contenidas en la ley y que el juez es la boca que pronuncia sus palabras, un ser inanimado; un signo matemático. (Couture, 1946, p. 311)

No se debe perder de vista el caso de la decisión jurisdiccional contenida en la jurisprudencia, la cual produce mutaciones en el sistema jurídico nacional, es decir, que dicen hoy lo contrario de lo de ayer, sin cambio alguno de la ley. Las soluciones cambian, pero la ley no y con base en ellas se resuelve procesos de diversas formas.

Es necesario realizar un estudio sobre los modos de resolver de los juzgadores y como en ellos surge este efecto constitutivo de la declaración de certeza contenido en la sentencia.

5. La decisión contenida en la sentencia penal. Forma de llegar a ella

Es común encontrar sentencias emitidas por distintos juzgadores, que regulan casos similares y sin embargo las decisiones son encontradas o diferentes en unos caso se condena, en otros se absuelve, o se condena por diversas causas, o por diversas teorías aplicadas al caso concreto, es por ello que la decisión debe de ser estudiada en este apartado para seguir con el cauce natural de nuestro objeto de estudio, toda vez que el modo de resolver se ve impactado por la autoridad de cosa juzgada y en virtud de ella se crea una nueva relación jurídica substancial (Derecho).

Los artículos 14, 16, 20, apartado A fracción VIII y 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se inferen las obligaciones de los Jueces, relativas al cómo deben ejercer el poder jurisdiccional que les fue otorgado en el proceso penal. Estos deberes los clasificamos en: aplicar el Derecho; fundar los fallos; y resolver todos los casos.

Los jueces y magistrados deben resolver todos los casos planteados en la esfera de su competencia, ejercitando para ello su jurisdicción, salvo que tengan impedimento legítimo (por lo que se refiere al ámbito de la competencia subjetiva) que le impida hacerlo.

En efecto, el Derecho Penal cumple la función básica de establecer sanciones a las conductas (acciones u omisiones) que lesionan bienes jurídicos

protegidos por el Derecho en general. Luego, la sanción en el Derecho Penal tiene fines variados y diferentes. Esta multiplicidad de fines, origina el deber de los Jueces penales de proteger a los inocentes del poder punitivo del Estado y sancionar a los culpables, al resolver los casos sometidos a su decisión, a fin de cumplir con la finalidad de la pena.⁷ Lo cual, también tiene como consecuencia, por un lado, que los sujetos involucrados no puedan sustraerse a los procesos radicados en sede judicial penal (interpelación judicial) y, por otro, que las decisiones definitivas y firmes recaídas en los procesos, sean impuestas en caso necesario coercitivamente mediante la fuerza pública.

La obligación de resolver los casos deberá analizarse desde los ángulos, tipos de cada proceso y de las pretensiones de las partes y los tipos de decisiones.

Los tipos de proceso estudiados desde el punto de vista de la teoría general del proceso informa que la actividad jurisdiccional persigue diversos propósitos, así, en función del propósito, se distinguen diversos tipos de procesos: a) Procesos declarativos; y, b) procesos normativos ambos son de igual forma procesos cognoscitivos.

Los primeros se hallan dirigidos a resolver problemas de clasificación acerca de si cierto caso individual pertenece o no a cierto caso genérico, esto es, si existe una coincidencia entre el hecho específico legal y el hecho concreto fáctico.

Por otro lado los procesos normativos, en cambio, están dirigidos a resolver controversias acerca de la calificación normativa de determinadas acciones o hechos, en ellos se ventilan asuntos cuyo litigio, consiste a determinar si las partes han realizado o no una conducta prohibida por la norma, estos procesos, por lo común son contenciosos, por consiguiente, las partes actúan en el contexto de una controversia.

En este sentido, el proceso penal es simplemente declarativo, ya que su finalidad es exclusivamente determinar si un hecho considerado como delito aconteció o no en la realidad.

⁷ La fundamentación de la naturaleza de la pena es utilitarista en sentido reformado, cfr. Ferrajoli, 2000, pp. 321 y ss.

Ahora bien por lo que se refiere a las pretensiones de las partes y los tipos de decisiones, debemos clasificar las decisiones judiciales por sus efectos: a) Declarativas. En este tipo de sentencias el juez debe declarar fundada la pretensión formulada, hacer la declaración inversa, esto es, que el caso individual no pertenece al caso genérico, b) Normativas (condena). En las sentencias normativas es necesario distinguir los tipos de conducta que pueden formar parte de la controversia, para determinar las relaciones existentes entre el carácter normativo de la conducta y el deber de los jueces competentes en la aplicación del Derecho.

Estos modelos conforman al sistema silogístico, defendido por la mayoría de los juzgadores, este es de un carácter formalista jurídico, según lo establecido, el juez tiene una función declarativa lógico-mecánica, es por ello que el juez debe realizar la subsunción del caso concreto que le presentan para decidir, en la norma preestablecida, si no existe la norma que expresamente reglamente el caso a resolver el juzgador debe de decidir de todas formas según nuestro sistema legal, toda vez que tiene prohibido absolver de instancia, es por ello que para este sistema no existen los casos difíciles, ya que todo lo regula ley y el Derecho siempre ofrece respuesta a cualquier conflicto; la función del juez está subordinada a la ley.

Existe de igual forma el modelo realista, defendido en la actualidad por un número considerado de juzgadores por ser una corriente de reciente descubrimiento para ellos, este modelo es antiformalista y señala que las decisiones de los juzgadores son fruto de sus preferencias personales o conciencia subjetiva, es decir, el juez primero decide y luego justifica la decisión mediante las normas jurídicas, en este sistema el juzgador no está subordinado a la ley.

Por otro lado tenemos el modelo positivista, mismo que otorga al juzgado el poder discrecional en sus decisiones, según este modelo, en los casos difíciles de decisión, el juez puede elegir entre una variedad de respuestas legales, ya que los códigos legales ofrecen todas respuestas correctas, entre las cuales el juez puede elegir.

Tomando en cuenta lo señalado es necesario acotar que debemos de romper el paradigma referente a la función declarativa de la sentencia penal, si bien es cierto que el juez al emitir su determinación únicamente señala que la conducta de determinada persona es o no constitutiva de delito, ello no

significa que los efectos de la resolución se limiten a ese aspecto, ya que “el Tribunal no tiene sólo que descubrir y reformular un Derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del Tribunal no es de mero descubrimiento y formulación del Derecho, y en ese sentido, declaratoria.” (Kelsen, 1979, p. 247) De igual modo se debe cambiar la idea de que el modo correcto de resolver un fallo se reduce a una mera subsunción de la norma legal en la conducta desplegada, ya que dicha idea produce hoy en día una serie de fallas tanto lógicas como legales en las sentencias lo cual se traduce un incertidumbre jurídica para los gobernados, analicemos con más detalle estas afirmaciones.

6. Fundamentación de la decisión penal

Ya establecimos que la decisión jurisdiccional del juzgador penal, deben forzosamente estar fundada, tal y como lo ordena el artículo 16 de la constitución mexicana, lo que supone que en toda resolución se deben señalar y expresar las razones que justifiquen las soluciones adoptadas, de manera que las determinaciones emitidas no pueden ser arbitrarias, es por ello que el deber de fundar, comprende de manera general, señalar mediante argumentos ya sean materiales, pragmáticos, las razones explicativas, pero sobre todo, las justificativas, esto es, comprende la exigencia de que los fundamentos inmediatos de las resoluciones aparezcan expresamente formulados en ellas.

La garantía fundamental de la fundamentación de las determinaciones se traduce en la seguridad jurídica, es por ello que en la actualidad se establecen dos modos de aplicar esta garantía el primero lo es la subsunción, el segundo se traduce en el modelo nomológico, estudiemos estos modelos:

El modelo subjuntivo, la justificación de los fallos judiciales en procesos declarativos supone, básicamente, la resolución de problemas semánticos, dado que la principal dificultad consiste en identificar las propiedades designadas por las expresiones que figuran en los textos normativos.

Ahora bien, para dar cuenta del problema de una manera más precisa, se han distinguido dos sentidos diferentes de la expresión subsunción:

- 1) subsunción individual. Por este tipo de subsunción, se entiende el problema de determinación de la verdad de ciertos enunciados individuales.

- 2) subsunción genérica. En cambio, para este problema empírico del lenguaje, el dilema consiste en determinar la relación existente entre dos predicados. Aquí se discute acerca de la verdad de un enunciado meta-lingüístico sobre predicados.

Los juzgadores penales consideran erróneamente que la función del proceso penal es meramente declarativa, y es por ello que creen suficiente utilizar el modo de la subsunción para fundar e incluso resolver el fallo, debiendo señalar que desde el momento en que esta resolución adquiere la calidad de cosa juzgada se vuelve verdad legal, con efectos *erga omnes*.

Bajo ese contexto, todo parece indicar que en procesos declarativos la función es operativa, a diferencia de lo que sucede en los procesos normativos, donde la función propia es directiva o prescriptiva.

El modelo nomológico, por otro lado pretende justificar normativamente la calificación deóntica de una acción humana mediante un sistema de normas, es decir, le importa el estatus normativo de una acción, de acuerdo con cierto ordenamiento jurídico. No se pregunta por qué un sujeto denominado ejecutó cierta acción, sino por qué el sujeto en cuestión debe o no debe ejecutarla; pues la primera pregunta supondría la pretensión de indicar los motivos que determinaron casualmente la conducta; en tanto que el segundo cuestionamiento consiste en mostrar que de ese sistema jurídico se deduce la obligación o prohibición de la conducta.

Ciertamente, este modelo justifica si determinada conducta, para el Derecho Penal está prohibida, es obligatoria, o sólo está permitida.

En este contexto, justificar una decisión, es construir un razonamiento lógico, en el cual, una de sus premisas es una norma de carácter general que a su vez es el fundamento de la decisión, en tanto que la conclusión, que constituye la decisión en sí misma, es un caso de aplicación de esta norma. También se caracteriza este razonamiento porque entre su fundamento y la decisión existe una relación lógica no causal, de tal suerte que, una **decisión fundada** es aquella que se deduce lógicamente de una norma general, en conjunción con proposiciones fácticas (descriptivas de hechos).

Consecuentemente, los elementos para realizar la inferencia lógica para este tipo de razonamiento son tres: a) Una norma general, que constituye el fundamento normativo de la resolución; b) La proposición relativa a lo fáctico del caso debidamente probado, Eventualmente, ambas pueden

incluirse como premisas. La resolución lógica del silogismo consiste en una norma individual.

Los modelos señalados presentan serios problemas desde el punto de vista lógico estructural y de dogmática procedimental, toda vez que se olvidan del problema fundamental del proceso, como lo es el razonamientos de los medios probatorios, la mera subsunción o el modelo nomológico, son empleados diariamente en la praxis jurídica, traduciéndose en ineficacia de las decisiones judiciales.

7. La decisión judicial como cadena de argumentos (la respuesta correcta)

En este apartado trataremos de justificar un modelo de decisión⁸ adecuado para el ámbito del Derecho, retomando la idea de la respuesta correcta desde el punto de vista procesal es decir la decisión como una cadena de argumentos enfocados a los medios probatorios como sustento y fundamentación de la sentencia.

Según este modelo de la respuesta correcta el juez siempre encuentra respuesta correcta en el Derecho preestablecido (normas, principios y directrices). El juez carece de discreción y por lo tanto de poder político. La verdadera respuesta corresponde a la teoría capaz de justificar del mejor modo los materiales jurídicos vigentes.

En el proceso de decisión judicial con base a la prueba judicial pueden distinguirse, a efectos analíticos, dos fases: la primera constituye la obtención de información a partir de los medios probatorios ofrecidos, admitidos y desahogados; la segunda fase consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida en la primera fase. Esta segunda fase se correspondería, propiamente, con el razonamiento probatorio y por lo tanto el sustento y fundamento de la decisión adoptada por el juzgador. La primera fase puede verse también como el establecimiento de las premisas del argumento que

⁸ Se retoma la idea desarrollada por Ronald Dworkin, denominada como de la respuesta correcta, vid. sus obras, *Los Derechos en Serio* (2002) y *El Imperio de la Justicia* (1992).

trata de probar una determinada hipótesis (qué es lo que en realidad sucedió). La segunda fase puede verse como la realización de la inferencia que permite pasar de las premisas a la conclusión, enfoque hecho desde el punto de vista lógico formal.

La peculiaridad de esta inferencia consiste en representarla de acuerdo con la propuesta de Toulmin Stephen, (2003), acerca del esquema de los argumentos, propuesta que actualmente se encuentra olvidada por nuestros juzgadores. De acuerdo con este autor, toda argumentación parte de una *pretensión*, que es aquello que se sostiene, aquello que se quiere fundamentar. Si esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por medio de *razones*, esto es, hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión. Ahora bien, en ocasiones hay que explicitar por qué las razones apoyan la pretensión, y ello debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una regularidad que correlacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión. Este elemento fundamental de la argumentación es la *garantía*, que consiste siempre en una regla, norma o enunciado general. A su vez, la garantía puede ser apoyada con un *respaldo*, que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad (Atienza, 2006. p. 90). De acuerdo con Toulmin, pretensión, razones, garantía y respaldo son elementos que deben estar presentes en toda argumentación o razonamiento, sea del tipo que sea (jurídico, científico, de la vida cotidiana, etcétera), es por ello que afirmamos que este modelo debe formar parte de la decisión judicial, para evitar los problemas de ambigüedad y vaguedad que actualmente presenta.

Estos criterios de solidez tienen una doble utilidad: una vez tomada la decisión, sirven para justificarla de cara a terceros; pero antes de tomada la decisión, sirven también como una guía en el razonamiento dirigido a averiguar la verdad. El juez debe examinar cada uno de estos requisitos y tratar de comprobar si está presente, antes de adoptar la hipótesis como definitiva. Es decir, estos criterios sirven tanto de validación de la decisión frente a uno mismo como de justificación o motivación frente a terceros, en virtud de lo cual se puede afirmar que la justificación hecha de esta forma evitaría tantas inconformidades entre los particulares, además que se convertiría en un eficaz respaldo para el juzgador en caso que su decisión sea impugnada y revisada por una autoridad superior.

La certeza que se obtiene por medio de la decisión judicial nunca es una certeza lógica. Siempre hay un margen, mayor o menor, para el error. Esta

es una de las razones por las que se ha dicho que la finalidad de la prueba y del proceso no es descubrir la verdad de los enunciados que han de probarse, porque la verdad es un ideal inalcanzable. Basándose en esta afirmación, suele distinguirse entre verdad formal y verdad material. La primera es el resultado de la actividad probatoria, pero no la segunda. Desde nuestro punto de vista esta tesis es peligrosa y equivocada; es peligrosa porque abre la puerta a dar por justificadas decisiones sin que se hagan esfuerzos por comprobar si realmente ocurrieron o no los hechos que configuran el caso. Sin embargo, una decisión no puede ser justa si se basa en una premisa errónea, falsa. Es equivocada porque si tomamos en serio el argumento de que, como en el proceso no podemos alcanzar la verdad absoluta entonces la verdad material no debe perseguirse en el proceso, también deberíamos abandonar la búsqueda de la verdad en la ciencia, la historia, o cualquier ámbito donde se investiguen hechos. La verdad absoluta no sólo es inalcanzable para los jueces, sino para todos. Pero eso no nos autoriza a abandonar los esfuerzos para que nuestro conocimiento de la realidad se aproxime lo máximo posible a la verdad. La prueba (judicial y científica) no tiene una conexión conceptual con la verdad, pero sí teleológica. Esto es, dar por probado un hecho no significa afirmar que es verdadero, si no que a la luz de la información de que disponemos, puede afirmarse razonablemente que lo es. La aproximación a la verdad sigue siendo el objetivo de la prueba.

8. Derechos que se crean en la decisión judicial

Como se ha señalado en los apartados anteriores consideramos que el problema de la decisión judicial radica en aquellos casos en los que el juzgador no realiza una mera subsunción de la norma jurídica en el caso planteado, sino que la dificultad de este tema surge en los llamados casos difíciles en los cuales aparentemente no existe norma que nos permita resolver la controversia presentada; hemos señalado nuestra postura en establecer que los juzgadores no tienen discrecionalidad al resolver ningún tipo de caso, toda vez que su actuar siempre está regulado por normas jurídicas, directrices y principios, los cuales son el contenido del Derechos, desde nuestro punto de vista. Los Derechos individuales fundamentales deben prevalecer en cualquier aspecto, ellos constituyen un triunfo frente a la mayoría⁹. El problema de la valoración

⁹ Cfr. Dworkin, Ronald, 2002, p. 16.

se plantea, sobre todo, en la interpretación del material dotado de autoridad constatable de manera empírica y de cerrar lagunas. En esta medida, se puede hablar de un *problema de complementación*. Al problema de complementación, en la medida en que para la identificación del material dotado de autoridad se requieren valoraciones, se añade el *problema de la fundamentación*. (Alexy Robert, 1997, p. 32.)

Teniendo como base la idea de tomar los Derechos fundamentales en serio surge la idea sostenida en esta investigación, de que el juzgador al momento de emitir su decisión contenida en la sentencia y que la misma adquiera la calidad de cosa juzgada, esta crea un nuevo Derecho, desde el punto de vista señalado se crea una directriz judicial, por medio de la cual se crea una relación sustancial nueva entre las partes, entre el Estado y con el resto de la sociedad, los argumentos de directriz judicial, justifican una decisión judicial, que favorece o protege un Derecho individual (Dworkin, 2002, pp.147-151), es por ello que sostenemos que la función jurisdiccional es creadora de Derechos, más específicamente una directriz jurídica que será el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social¹⁰ de la relación sustancial que nace de la autoridad de cosa juzgada.

Ahora bien no debemos de confundir la idea de la directriz la cual consideramos es creada por la función judicial, con el principio jurídica o la norma jurídica, estas dos últimas son en las que comúnmente se fundan para determinar que el juzgador no crea normas, ni principios; por un lado los principios son preestablecidos y enuncian siempre un objetivo social y debe ser observado por que es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Por otro lado la norma jurídica es previa y general y si el juez la crea su aplicación sería siempre en retroactiva, situación prohibida por el artículo 14 constitucional, invadiendo de esa forma la función legislativa Estatal.

Conclusiones

Las siguientes son las conclusiones que se pueden plantear del tema expuesto:

¹⁰ Ibidem. p. 72-75.

En primer lugar, la Decisión en el proceso penal, se realiza con base a una cadena argumentativa.

Segundo, se entiende como obligación y Derecho fundamental el fundar y motivar las sentencias por parte del Tribunal.

En tercer lugar, distinguir de modo adecuado cuáles son las causas de los efectos jurídicos, es fundamental, ya que la causa del efecto jurídico se halla en la norma jurídica, y el hecho jurídico funciona única y exclusivamente como condición de los efectos.

En cuarto lugar, la función jurisdiccional de decidir un proceso no crea norma jurídica, si no que establece una directriz.

Quinto, resulta claro que siempre es posible encontrar una respuesta correcta al resolver un proceso.

Sexto, en el proceso son objeto de prueba los hechos jurídicos alegados por las partes.

En séptimo lugar, existen efectos procesales y extraprocesales de la sentencia.

Finalmente, son las partes y únicamente las partes, las que tienen la carga de justificar sus aseveraciones.

Referencias

- Abbaganano, Nicola. (1974) *Diccionario de filosofía*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Alexy, Robert, (1997) *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, colección El Derecho y la justicia.
- _____, (1993) *Teoría de los Derechos fundamentales*, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales.
- Abitia Arzapalo, José Alfonso, (2003), *De la cosa juzgada en Materia Civil*, México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia, p. 53.
- Alvarado, Adolfo. (2011) *Lecciones de Derecho procesal civil*, Lima: EGACAL.

- Atienza, Manuel. (2006) *El Derecho como argumentación*, Madrid: Ariel.
- Couture J., Eduardo, (1946) *Fundamentos del Derecho procesal civil*, México: Nacional.
- Del Vecchio, Giorgio, (2003) *Filosofía del Derecho* (colección Doctrina),(tomo I) México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia.
- Dworkin, Ronald, (1992), *El Imperio de la Justicia*, segunda edición, España: Gedisa S.A.
- ____ (2002) *Los Derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- Et. Alt. (1889) *Cuerpo del Derecho civil romano*, (trad. de Kriegel, Hermann y Osenbrüggen), Barcelona: Consejo Científico.
- Ferrajoli, Luigi, (1995). *Derecho y razón, (Teoría del garantismo penal)* (trad. P. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. Bayón, J. Terradillos, R. Cantarero). Madrid: Trotta,
- ____. (2007). *Principia iuris, (Teoría del Derecho y de la democracia)* (t. 1). (trad. P. Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto & A. Ruiz Miguel). Madrid: Trotta.
- Feyerabend, Paul, (1986) *Tratado contra el método, (Esquema de una teoría anarquista del conocimiento)*, España: Tecnos.
- Hart, H.R.L, (1963) *El Concepto del Derecho*, segunda edición, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Hegel, Wilhelm, (2007). *Filosofía del Derecho*, México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia.
- Rocco, Alfredo, (1945). *La Sentencia civil*, (trad. de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda) México: Stylo.
- Von Bülow, Oscar, (1968) *La Teoría de las Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales*, (trad. Miguel Ángel Rosas Lichtschein), Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, Argentina.
- Toulmin, Stephen, (2003), *Los usos de la Argumentación*, Barcelona: Ediciones Península.
- Tecla, Mazzerase, (1996) “Lógica Borrosa y decisiones judiciales: El peligro de una falacia racionalista”, en *Doxa*, Alicante, N° 19 recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-19---1996>.

La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia*

The ordinary jurisdiction and the restrictive indetermination represented by the malfeasance crime in Colombia

Recibido: Julio 12 de 2014 - Evaluado: Noviembre 21 de 2014 - Aceptado: Diciembre 8 de 2014

Kristhell Karen García Vargas**
Carlos Alfredo Pérez Fuentes***

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto del macro proyecto de investigación en derecho constitucional denominado en su segunda fase “Configuración del delito de prevaricato por desconocimiento del precedente constitucional en Colombia”; desarrollado por el Grupo de Investigación “Tendencias jurídicas contemporáneas” y el Semillero de Investigación en Derecho Constitucional “SEIDECO Tomas Wilches Bonilla” de la Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta, Colombia, adscrito a la línea de investigación “Instituciones de Derecho Procesal Doctrina y Jurisprudencia”, sublínea de “estudios en derecho público administrativo y constitucional”. Los autores agradecen la contribución al proceso investigativo como Semilleros de investigación a las auxiliares de investigación Yalitza Paola Jaimes Ibañez y Margarita Rosa Ramírez Duarte.

** Kristhell Karen Garcia Vargas; Abogada de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Libre. Candidata a Magister en Derecho, Universidad Santo Tomás. Coordinadora del Semillero de Investigación en Derecho Constitucional “SEIDECO Tomas Wilches Bonilla”. Docente Investigadora de la Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, Docente emérita en la Universidad Francisco de Paula Santander.

Correo electrónico: kristell_2154@hotmail.com

*** Estudiante de octavo semestre del Programa Derecho, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, miembro activo del Semillero de Investigación en Derecho Constitucional SEIDECO “Tomas Wilches Bonilla”.

Correo electrónico: carlosapf.1010@gmail.com.

Para citar este artículo / To cite this Article

García Vargas, K. K., & Pérez Fuentes, C. A. (Enero-Junio de 2015). La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia.

Revista Academima & Derecho, 6(10), (241-272).

Resumen

La indeterminación sobre la rigidez o flexibilidad de nuestro sistema de precedentes ha causado conceptualizaciones dispersas en cuanto a la obligatoriedad y alcance del derecho jurisprudencial en Colombia; la contradicción entre las facultades constitucionales de apartamiento, adición o modificación del precedente y la descripción típica del prevaricato es una de las aristas problemáticas que se perfila como obstáculo del emblemático “derecho viviente” tan constitucionalmente pregonado alguna vez y tan pobremente desarrollado desde la jurisdicción ordinaria al día de hoy. La fórmula que se plantea frente al anterior problema pretende evitar que nuestros jueces de la república se auto restrinjan en el uso de sus facultades para la creación de sub reglas por temor de prevaricar. De esta forma, para abordar el asunto de la verificabilidad del criterio hermenéutico que soporta la creación de nuevas sub reglas, se encontrará en el estudio del delito de Prevaricato el necesario punto de partida que delimita los obstáculos propios de la pugna por el principio de seguridad jurídica y la confianza legítima contra la libertad en la práctica judicial interpretativa, formulando problemas como la desconfianza hacia los argumentos justificativos de los jueces o la confusa idea de control de legalidad sobre los criterios racionales del juez cuando se aparta, adiciona o modifica el carácter de ley para crear una nueva sub regla de derecho.

Palabras clave: Prevaricato, precedente constitucional obligatorio, interpretación judicial, apartamiento del precedente, seguridad jurídica, sistema de fuentes, creación de Sub reglas.

Abstract

The indeterminacy about the inflexibility or flexibility of our fondant system has caused a dispersed conceptualization in terms of reach and obligatory of the case law in Colombia, the contradictions between the constitutional faculties to apart, modify or add The precedent and the typical description of malfeasance crime is one of the problem point that profiles as

a drawback to the emblematic “living law”, as constitutionally proclaimed ever, and so poorly development from the ordinary jurisdiction.; This is how, in front of this problem, the writing aims to show the risk posed by the indeterminacy of prevaricate as to when, how, what modalities and in which generic circumstances illicit configured. Also to approach the issue of the verifiability on the hermeneutic criteria t hat supports the creation of new sub rules, you will find in the study of malfeasance crime, the necessary starting point that defines proper obstacles in the struggle of the principles of legal security and legitimate expectations against liberty in the interpretive judicial practice, formulating problems such as distrust in front of the justifying judges arguments or the confused idea of legality on rational criteria of the judge if it departs, adds or modifies the force of law to create a new sub rule of law.

Keywords: Malfeasance, binding constitutional precedent, judicial interpretation, departure from the precedent, legal certainty, system fonts, creating Sub rules.

Introducción

El derecho jurisprudencial tiene su desarrollo a través de un sistema de precedentes que se encuentra ceñido tanto a parámetros de acción como a un marco de disciplina jurisprudencial cuya identidad actual en cuanto a obligatoriedad es relativa, es decir, depende de la naturaleza del asunto, de la corporación que emite la jurisprudencia, de su jurisdicción, del tipo de sentencia contenedora de la regla jurídica sus partes y su reiteración.

Para llegar a una comprensión de esta relatividad y de los elementos e instituciones intervinientes, así como el rol y el lugar que ocupan dentro de la dinámica del derecho jurisprudencial en un sistema de precedentes de fuerza relativa, como el nuestro; es menester relacionar las diferencias entre el precedente emitido por la Corte Constitucional, del emitido por el Consejo de Estado, el de la Corte Suprema de Justicia y la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria; destacando siempre el precedente constitucional en razón del papel central que desempeña la corte constitucional¹ como máximo órgano para

¹ Corte Constitucional Colombiana. (1995). Sentencia C-083 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Funciones de la doctrina constitucional. Bogotá: C.C.

la salvaguarda de la constitución política de nuestro Estado, motivo por el cual su jurisprudencia constituye el eje central del sistema de precedentes en Colombia². (Corte Constitucional Colombiana, 1995).

El sistema de precedentes vincula en forma sectorizada la jurisprudencia de un sistema plural de cortes de cierre que exige y guarda algún nivel de cooperación interinstitucional, por su parte la Corte Constitucional tiene ya una sólida doctrina de precedente de *iure* y sus prácticas argumentativas muestran algún avance significativo aunque menor del esperable en la utilización del precedente de *facto*. Recientemente se abre la pregunta de si la doctrina de precedente de *iure* es igual de aplicable a la jurisdicción común. La respuesta del intérprete de la constitución es positiva. Distinto al panorama, aún por definir, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como corporaciones que apenas están dando muestras de una futura conversión hacia la doctrina de precedente en sus prácticas decisionales concretas.

Ahora bien, dentro del sistema de fuentes del derecho destaca por su especial condición el sistema de precedentes como una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado a los problemas permitiendo identificar tanto la tendencia jurídica respecto a diversos tópicos, como el reconocimiento de si nos encontramos ante un patrón fáctico primigenio o excepcional que bien pueda sustentarse en un apartamiento del precedente.

Como su nombre lo indica esta doctrina probable no es camisa de fuerza, tan sólo constituye la señalización de las tendencias decisionales en un ámbito histórico precedente que permiten al intérprete analizar la relación del contexto fenomenológico y la realidad histórica; criterios clave para un apropiado disenso o acatamiento del precedente.

Así, hoy en día el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial identificar los valores y principios inmanentes en la naturaleza de las instituciones, encontrando en las técnicas de análisis “dinámico y estático de la línea jurisprudencial” (López, 2008), la comprensión

² Una sola sentencia de la corte constitucional constituye precedente pero si se trata de jurisprudencia ordinaria el art 4 de la ley 178 de 1896 y la sentencia C-836 de 2001 convergen en señalar que tres sentencias uniformes de la corte suprema de justicia y del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho constituyen “doctrina legal probable” y constituyen precedente.

utilitaria del sistema de precedentes y el cumplimiento de jueces y funcionarios enfrentados a la obligación de justificar adecuadamente sus providencias cuando deciden apartarse de la jurisprudencia constitucional.

Lo anterior, como quiera que la Corte Constitucional aceptó que si su precedente adquiere una fuerza vinculante absoluta, se fosilizaría y se incurriría en el error histórico de la doctrina legal española que acogió la corte suprema en 1886, donde inclusive, no le era posible a dicha corporación variar su precedente por no contar con las facultades reformativas del congreso; por ende, resulta viable apartarse del precedente constitucional cuando su marco fáctico no encaje en el caso planteado, o cuando existan elementos en el caso a resolver que no fueron contemplados en el caso que dio paso a la *ratio decidendi* y su consecuente precedente, obviando la última causal, a saber, cuando se presenta un tránsito legislativo que, contrario a lo anterior, no entraría a variar el marco fáctico del precedente sino el marco jurídico de la norma en estudio ello obligaría a realizar un nuevo análisis aclaratorio o complementario.

Así las cosas, puede afirmarse que en Colombia los falladores fungen permanentemente como “Jueces constitucionales o Jueces de la constitucionalidad” en virtud de sus facultades constitucionales extraordinarias para adicionar, modificar o simplemente apartarse de la fuerza de ley, ya sea en forma de precedente, o de norma expresa siempre y cuando su objetivo sea la salvaguarda de la supremacía constitucional. Razón por la cual, dentro de las competencias del juzgador quizá la característica de mayor valor es la relevancia de la interpretación jurídica, importante porque es un escenario donde el juez goza de un amplio margen de libertad y autonomía interpretativa y porque en esta se puede apreciar el nivel de claridad, transparencia, profundización, objetividad y constitucionalidad de su trabajo.

En el reflejo de las características anteriores se evidencia la legitimidad de los jueces no solo como intérpretes de la ley sino como intérpretes de la constitucionalidad. Fórmula que al ubicarla en el contexto de la realidad judicial del país, adquiere una utópica connotación de mera figura decorativa o retórica venida en desuso por cuenta de temores legalistas. Por ello el presente artículo revisa el complemento doctrinal que puede orientar a los jueces de forma complementaria sobre la interpretación de la Corte Constitucional para el tipo penal de prevaricato en su Sentencia C-335 del año 2008 ello con el objeto de responder a la pregunta por una mejor operatividad del derecho jurisprudencial legalmente verificable y segura para la jurisdicción ordinaria. Para ello se

consideran tres partes generales; la primera describe el delito de prevaricato en su aspecto dogmático y funcional. Seguidamente se explicará la actualización interpretativa respecto de los principios de legalidad y legitimidad como sustento del tipo penal bajo estudio y finalmente, la identificación de los puntos neurálgicos en la relación del margen de discrecionalidad jurisdiccional y el alcance del tipo penal de prevaricato.

Problema de investigación

Con la entrada en vigencia de los principios de constitucionalidad y de convencionalidad se amplía el catálogo de las obligaciones para la racionalización de la función de los servidores públicos conllevando a que actualmente no sea la ley la única fuente para medir el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos.

Ante esta situación surgen innumerables problemas jurídicos respecto del delito de prevaricato, el interrogante central bien puede plantearse así: ¿Cómo pueden los jueces ordinarios operar el derecho jurisprudencial siguiendo las facultades de apartamiento del precedente que ofrece la constitución, sin incurrir en el delito de prevaricato por inobservancia del precedente vinculante o el quebrantamiento manifiesto de leyes y normas concretas?

Metodología

Luego de una incursión a los últimos estudios y perspectivas doctrinarias en torno al nuevo esquema legislativo-judicial surge el planteamiento de una investigación social que implica tanto la reflexión crítica sobre las realidades que ofrece el nuevo derecho en Colombia como la necesidad de integración y delimitación de los nuevos criterios jurídicos que intervienen en la creación de este nuevo derecho.

De acuerdo con lo anterior y en un acto coherente entre el objeto de problema arriba planteado, y sus tres fases específicas de desarrollo se ha implementado una metodología trilematica integrada por el componente crítico, reflexivo y propositivo.

Así, se apreciará cómo cada uno de los componentes arriba mencionados se desarrollará en tres objetivos específicos como lo son, 1-) Identificar los

principios que intervienen en la modificación del precedente constitucional como regla jurisprudencial superior. 2-) Analizar las características reales y finalísticas del tipo penal de prevaricato y 3-) Relacionar la descripción funcional del tipo penal de prevaricato frente a la operatividad del precedente constitucional por parte de los jueces ordinarios y en Colombia.

Como estrategia de abordaje al problema de investigación planteado se ha trazado el horizonte metodológico a partir de un enfoque cualitativo de tipo documental bajo un diseño bibliográfico hermenéutico, (Palella y Martins, 2010, p.85), debido a que el trabajo se fundamenta en la revisión sistemática, rigurosa y profunda de material documental de corte jurídico como lo son las normas codificadas, la doctrina y la jurisprudencia colombiana, los procedimientos lógicos y mentales propios de este diseño serán el análisis, la síntesis, deducción, inducción entre otros, obligando al investigador a presentar resultados coherentes.

Por otra parte, el acervo documental se remite a los diferentes criterios plasmados por la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-335 de 2008, instrumento documental que constituye el punto arquimédico y apoyo técnico para la organización del presente esquema de redacción con coherencia y unidad.

1. El principio de legitimidad en la modificación del precedente constitucional como regla jurisprudencial superior

La discusión que plantea el presente título ha sido recientemente actualizada en los sistemas de derecho iberoamericanos con ostensibles consecuencias paradigmáticas que hoy marcan la senda de evolución a los Estados constitucionalistas, un ejemplo de ello son España y Argentina, el doctrinante Colombiano Esiquio Sánchez ve en España un modelo clave para la superación de la presente discusión al estimar que:

El injusto típico del prevaricato por acción se valora a partir de la comparación entre la decisión del servidor público y el sentido de la ley, predicándose la configuración del reato al concluirse que aquella era manifiestamente contraria a esta. Por su parte, el injusto del prevaricato por omisión se edifica a partir de no realizar el servidor público lo que la ley le ordena.

La nueva realidad jurídica impuesta por el modelo Estado Social y Democrático de Derecho obliga a replantear el injusto de estos delitos. Por

tanto, para no configurarlo a partir de la comparación de la decisión con la ley, sino con los valores y principios constitucionales que determinan un nuevo sistema de fuentes que expresan “un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material, donde coexisten diversas posturas acerca de la justicia”.

En ese sentido, no habrá prevaricato por acción cuando la decisión del servidor público se aparta ostensiblemente de la legalidad, sino cuando ella se opone radicalmente al valor justicia, al sentido de justicia que debe acompañar a esa resolución, dictamen o concepto.³

Sin embargo esta propuesta plantea el desafío de una verificabilidad ontológica toda vez que se sustenta únicamente sobre la optimización del mandato de justicia. Asunto eternamente discutible en atención a los diversos factores políticos que pueden permear una realidad problemática.

Por su parte, el derecho penal colombiano también reconoce la jurisprudencia de las altas cortes como fuente formal de derecho, porque incluso en reconocimiento de la vinculatoriedad flexible de su precedente, existe la exigencia de una carga argumentativa como prerrequisito concebido para demostrar la legitimidad de la actuación de aquel juez que se aparta de la norma; así pues el asunto de si se puede o no se puede dar un apartamiento o modificación a la norma so pena de prevaricato, es un asunto superado en la medida en que reiterados pronunciamientos de las altas cortes confirman la maleabilidad del sistema de precedentes compatible con la seguridad jurídica al contar con medidas disciplinarias cuyo objeto es guardar el respeto por la ley dentro de un marco de seguimiento a las reglas argumentativas y de interpretación del derecho.

Pero si bien, la flexibilidad del sistema de precedentes en Colombia no ha logrado superar al delito de prevaricato en gracia de un “legítimo apartamiento”, ello ha generado importantes discusiones de fondo acerca del rol del tipo penal sobre la demostrabilidad de las premisas jurídicas y fácticas, y la descripción de su influencia en la decisión del juez. Por ello han de revisarse dos temas: la legitimidad de la justificación en la decisión

³ Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, Prevaricación: Plus De Antijuridicidad (Prevarication Plus Unlawfulness) (January 27, 2014). *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 34, No. 96, 2013. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2386241>.

judicial y la finalidad de la justificación como elementos determinantes en la valoración del prevaricato.

La necesidad de justificar la decisión se remonta a las constituciones del siglo XXI, donde se busca la cohesión social, se ha exigido directamente la obligación de motivar las decisiones judiciales. Ello, es una forma de legitimidad de la función judicial, como mecanismo de estabilidad y estrategia para evitar el mal uso de la discrecionalidad judicial acentuando el principio de legalidad y constitucionalidad⁴. Actualmente resultaría utópica la pregunta por la necesidad de justificar las decisiones judiciales pues se considera que siempre el juez debe motivar sus decisiones.

Ahora bien, se estructuran desde la teoría del derecho tres principales finalidades de la motivación de las decisiones judiciales. La primera refiere a la finalidad de control por los jueces de segunda instancia (Aarnio, 1991). La justificación de la decisión judicial permite que los jueces de superior jerarquía revisen los constructos argumentativos de los jueces de instancia para determinar la validez y corrección de la decisión del primer juez. Una decisión motivada es una decisión que puede revisarse.

La segunda refiere a la función de racionalidad. Se entiende que entre mejor este fundamentada una decisión es más racional. La racionalidad se ve como sucedánea de la objetividad. Luego permite la motivación reducir la toma de decisiones irracionales o discrecionales.

La tercera refiere a la función de legitimación de la decisión judicial frente a distintos tipos de foros o auditorios: las partes del litigio, la doctrina y la opinión pública. La motivación de la decisión judicial explica a las partes del litigio porque las pretensiones fueron concedidas o denegadas. El juez quiere que sus sentencias sean revisadas, el prestigio judicial juega un papel muy importante en los fallos judiciales, sobre todo, en los de las altas cortes. Además, el juez quiere ser conocido como un buen juez, ningún juez quiere ser famoso por su incompetencia y desconocimiento jurídico, luego la motivación constituye una fuente de legitimación ante la opinión pública general.

⁴ El principio de necesidad de motivación judicial se encuentra positivizado en la Constitución Colombiana de 1991, y Española de 1978 se indica, en su artículo 120, el Código Penal Alemán, en su artículo 34, exige que el juez suministre las razones que respaldan sus decisiones.

2. Análisis de las características del tipo penal de prevaricato

Sobre la discusión de la obligatoriedad del precedente, desde los enfoques del derecho penal se presenta el interrogante acerca de si desobedecer el precedente puede entenderse como prevaricato. Se entiende, bajo esta perspectiva que la ley ya no es el único criterio para el control de los actos de los servidores públicos, a ella hay que sumarle la constitución y la jurisprudencia constitucional. A continuación se describe el fundamento del tipo penal y su estructura.

Sobre el delito del prevaricato la ley establece:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.⁵

El principal fundamento de este tipo penal es el principio de legalidad. Según el cual las actuaciones de los servidores públicos deben estar regidas en su forma y sentido por las disposiciones legales. Los servidores públicos encuentran vedadas las actuaciones que sobrepasen las reglamentaciones de ley. Se establece como delito las decisiones que se aparten de él. Se desea proteger el producto de deliberaciones democráticas.

La configuración de este tipo penal cualificado, en razón a su sujeto activo, encuentra reposo en el principio de legalidad que se inscribe dentro de las políticas del Estado de derecho. El Estado que desea proteger cierta orbita de acción de las intromisiones del poder central, y para poder efectuarlo burocratiza, de conformidad con Weber, su funcionamiento; establece reglas de actuación para sus servidores, con lo cual se quiere regular que las actuaciones de estos no sean discrecionales.

La idea general de esta forma de concebir las actuaciones del Estado y de los sujetos que lo representan, es el del gobierno de las leyes y no de

⁵ Artículo 433 del Código Penal Colombiano

los hombres. Se desea proscribir la arbitrariedad, la discrecionalidad y las pasiones, para manejarse en grado de libertad e igualdad los status de los ciudadanos.

Para controlar esta situación y garantizar que se proceda de esta forma se han utilizado, por parte del mismo derecho, distintas estrategias. Acciones de nulidad, de inconstitucionalidad por ilegalidad, responsabilidad de los servidores públicos, regímenes disciplinarios y fiscales, y, para el caso aquí objeto de estudio, estrategias penales, que están establecidas con miras a proteger el recto cumplimiento de las labores administrativas. En este marco en donde se inscribe el delito del prevaricato.

2.1 La noción de principio de legalidad como fundamento del delito de prevaricato por acción en vigencia del Estado de Derecho

El delito del prevaricato nace en el contexto del Estado de derecho y principalmente como un desarrollo del principio de legalidad, la idea general del Estado de derecho se centraba en el cumplimiento de los postulados legales por parte del poder central, con lo cual se debía garantizar una órbita de libertades a favor de los ciudadanos que constituía la aplicación del principio de Píndaro (Contreras S. 2013), cuando hablaba sobre el gobierno de las leyes y no de los hombres.

De cierta forma siguiendo a Max Weber en economía y sociedad se trataba de la racionalización burocrática en el ejercicio de las funciones públicas (Fleet N., 2009). En un sentido similar pero más concreto, Norberto Bobbio (1996) le concibe como el límite material del reconocimiento de algunos derechos fundamentales considerados constitucionalmente, y por tanto inviolables. La principal forma del desarrollo de la idea del Estado de derecho se concretizaba mediante el principio de legalidad. Según el principio de legalidad los diferentes órganos del Estado ostentaban como medida y límite para el cumplimiento de sus funciones los mandatos de Ley. Esta forma de concebir el ejercicio de las funciones públicas se fundaba en las ideas filosófico-políticas ilustradas que inspiraron la revolución francesa. El órgano legislativo era considerado el principal centro ‘jerárquico de producción del derecho por cuanto se constituía por la representación de los ciudadanos, la participación democrática en la producción jurídica legitimaba, sin tener en cuenta el contenido material.

Por su parte, Ferrajoli presenta una forma de ver el Estado de derecho, desde la perspectiva sentada por los Estados constitucionales, en la cual convergen, como forma de legitimación, la mera legalidad con la estricta legalidad.⁶

A partir del principio de legitimidad se puede describir la gestación de tres principales instituciones. La primera era la creación de jueces encargados de velar porque en el tráfico jurídico de los particulares estos cumplieran las reglamentaciones del legislador, así los jueces estaban encargados de, bajo la potestad dignataria, aplicar tanto las recompensas (derivadas del cumplimiento) como las sanciones jurídicas (derivadas de la trasgresión) de la ley. En este orden de ideas los jueces tenían a la potestad de decretar el cumplimiento forzado de los contratos, las nulidades adjudicaciones de bienes o rescisiones y demás consecuencias jurídicas que prevenían las normas para las relaciones jurídicas entre particulares.

La segunda institución estratégica que quizá ha sido de las más importantes del derecho público administrativo francés moderno ha sido la creación de la jurisdicción contenciosa. El punto nodal de la creación de esta jurisdicción se basaba en que antes del fallo blanco no existía control jurídico de la administración para el ejercicio de sus funciones (Islas Alfredo). Con el fallo blanco del tribunal contencioso francés en 1793 inició el desarrollo primero jurisprudencial y luego legal del control judicial de las actuaciones de la administración, de allí en adelante se derivaron múltiples figuras jurídicas mediante las cuales se hacía viable imputar a la administración responsabilidad por las irregularidades que se derivaran del cumplimiento de sus funciones, fue desde esa época que se comenzaron a gestar los elementos de las discusiones actuales sobre falla del servicio, riesgo excepcional, riesgo especial, y responsabilidad objetiva de la administración en el cumplimiento de sus funciones. Estas figuras de responsabilidad en su consiguiente control jurisdiccional especial, en un grado de abstracción mayor, son mecanismos que permiten el desarrollo

⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 857, Trotta, Madrid (2001): En todos los casos se puede decir que la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, concibe con su legitimación formal, mientras la estricta legalidad, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su legitimación sustancial.

eficiente del principio de legalidad, al acompañar las actuaciones del poder estatal a la racionalización legislativa.

La tercera estrategia para el desarrollo y control del principio de legalidad se dio por la tipificación de delitos que, en última instancia velaran por el recto cumplimiento de las disposiciones legales por parte de la administración. Entre esos delitos se destacan por ejemplo el cohecho, la concusión, peculado y el prevaricato.

3. Sobre el delito de prevaricato

El prevaricato nació como una figura jurídica de tipo penal que tenía como finalidad proteger el correcto cumplimiento de los deberes por parte de los funcionarios públicos. En un principio este tipo penal tenía como sujeto activo a los funcionarios y servidores públicos. Toda vez que los primeramente obligados por el principio de legalidad dentro del Estado de derecho eran sus funcionarios. Así, la mayoría de las relaciones jurídicas entre los particulares salvo casos excepcionales de reglamentación entre normas de orden público, se regían por el principio de la autonomía privada. El objeto del tipo penal estaba integrado por la ejecución de actos u omisiones que fueran abiertamente contrarios a la ley. Se trataba pues de una afrenta al desarrollo y restricción de los deberes que imponía la realización burocrática del Estado de derecho. De esta forma se trataba de proteger, en primer lugar, a los ciudadanos bajo la perspectiva de que se garantizaba que el desarrollo de las funciones de la administración corría los cauces que habían sido señalados por el legislador; y además, se protegía la administración mínima por cuanto se des-incentivaba aquellas conductas dañosas que afectaban su buen funcionamiento y de las cuales se podría derivar responsabilidad a cargo del Estado.

De conformidad con lo establecido en los párrafos anteriores y dado que el Estado constitucional no representa un simple cambio del Estado de derecho, la configuración del delito de prevaricato tiene su fundamento en el principio de legalidad que se constituía en la regla y medida del cumplimiento de los deberes y funciones por parte de los servidores públicos; la cercana relación de estas dos figuras jurídicas se enmarca dentro de la noción de Estado de derecho, especialmente bajo la perspectiva de la reducción de las fuentes formales del derecho a la ley por parte de un órgano central que reclamó el

uso legítimo de la fuerza. Estado de derecho y ley se muestran como las dos caras de la misma moneda.

3.1 El tipo penal de prevaricato a la luz de la Corte Constitucional colombiana

El constitucionalismo contemporáneo reconoce las limitaciones de los Estados de derecho frente a la operatividad de los principios, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina como fuentes formales que dificultan y complejizan el catálogo de los deberes de los servidores públicos. Para decir que con la entrada en vigencia de los principios de constitucionalidad y de convencionalidad se amplía el catálogo de las obligaciones para la racionalización de la función de los servidores públicos, basta examinar el sustento sobre el cual el principio de legalidad ha cedido gran parte de su importancia a los principios de constitucionalidad y de convencionalidad. Bajo el atisbo del principio de constitucionalidad, de la norma constitucional se derivan deberes y funciones directas de obligatorio cumplimiento para los funcionarios públicos. Deberes y obligaciones que inclusive ostentan una máxima validez jerárquica respecto de los deberes y funciones provenientes de la ley, por ejemplo, en la Constitución política de Colombia el artículo cuarto establece que la constitución es norma de normas, cualquier caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley se aplicara los mandatos de la constitución. Y en el artículo seis se establece que los servidores públicos responden por el cumplimiento de la constitución y la ley y por cualquier extralimitación en el cumplimiento de las mismas. Lo cual a trazos generales está respaldado por los art 237 y 249 de la constitución política.

Ahora bien, con base en el principio de convencionalidad a los deberes y obligaciones legales y constitucionales se les suman aquellas obligaciones a los servidores públicos del cumplimiento de lo estipulado en los tratados convenios y convenciones internacionales de derechos humanos y de derechos económicos sociales y culturales celebrados por Colombia, lo cual está fundamentado especialmente en los art 93, 44 y 53 de la Constitución política.

Todo lo anterior conlleva a que actualmente no sea la ley la única fuente para medir el cumplimiento de sus funciones. Ante esta situación surgen innumerables problemas jurídicos respecto del delito de prevaricato, como por ejemplo: ¿Cómo puede exigírsele a un servidor público el cumplimiento

de unas funciones constitucionales que generalmente adolecen de una indeterminación normativa?

Pues bien, es de anotar que la evolución jurisprudencial sobre este tópico aunque ha sido especialmente tímida, si emite pronunciamiento interpretativo cuyo punto de partida se encuentra en sentencia C-335 de 2008 dónde se preguntó si ¿incurren en prevaricato por acción los funcionarios públicos, por desconocer la jurisprudencia sentada por las Altas Cortes? Dando por sentado que los funcionarios públicos sólo incurre en el delito de prevaricato por acción por desconocer jurisprudencia sentada por las Altas Cortes, sí:

1. La jurisprudencia es una simple subsunción de la Constitución o la ley. En este caso, los funcionarios públicos pueden estar incurso en un delito de prevaricato por acción, no por violar la jurisprudencia, sino la Constitución o la ley directamente. 2. Se trata de un fallo de control de constitucionalidad de las leyes o de la jurisprudencia sentada por aquéllas que comporte una infracción directa de preceptos constitucionales, legales o de un acto administrativo de carácter general. En el caso de la Corte Constitucional resultará indicativo examinar si se está en presencia de un manifiesto alejamiento del operador jurídico de una subregla constitucional constante. Los fallos de reiteración se caracterizan por que la Corte (i) simplemente se limita a reafirmar la vigencia de una subregla constitucional perfectamente consolidada; (ii) su número resulta ser extremadamente elevado; y (iii) constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general, por parte del juez constitucional.

Aunque el proveído resulta valioso en cuanto se sirve en precisar los alcances de la conducta no se eleva más allá de una concepción formalista no aporta un soporte argumentativo suficiente con el cual se proteja el principio de autonomía judicial cuando el juez considere pertinente alejarse del precedente jurisprudencial.

Así es como más tarde, la Corte en sentencia T-891 de 2011 al plantearse ¿Cuál es el límite a la autonomía del poder judicial en materia de decisiones judiciales?, se encontraba indagando sobre cuál sería la verdadera autonomía del poder judicial y de las demás autoridades que ejercen funciones públicas, debido a que la delgada línea para incurrir en prevaricato por acción es completamente crítica, allí observó que:

“Por lo establecido en los artículos 228 y 230 de Constitución Política, el poder judicial es autónomo e independiente y los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. Esta regla general de independencia y autonomía del poder judicial no es absoluta, sino que encuentra sus límites en la realización de otros valores constitucionales. En materia de decisiones judiciales, se destaca el respeto por el principio de igualdad, del cual surge como límite a la autonomía e independencia de los jueces, el respeto por el precedente. Ahora bien, el sometimiento al precedente no puede convertirse en una camisa de fuerza para el juzgador. Las autoridades judiciales pueden apartarse válidamente de precedentes previos, bien sean estos verticales u horizontales, siempre y cuando se justifiquen debidamente las razones para ello. Dicha carga argumentativa comprende demostrar que el precedente es contrario a la Constitución, en todo o en parte. También es posible apartarse del precedente (i) cuando los hechos en el proceso en estudio se hacen inaplicables al precedente concreto, (ii) cuando elementos de juicio no considerados en su oportunidad, permiten desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica (iii) o ante un tránsito legislativo o un cambio en las disposiciones jurídicas aplicables, circunstancias que pueden exigir una decisión fundada en otras consideraciones jurídicas.

De esta manera, a pesar de que se abre paso a la existencia de una carga argumentativa propia del legítimo apartamiento del precedente jurisprudencial, no se profundiza lo suficiente en la misma.

Posteriormente, la Sentencia T – 891 de 2011 procura dar un respiro a los funcionarios públicos al referirse a la carga argumentativa que estos deben solventar al querer apartarse del precedente, es menester mayor precisión por parte de la Corte debido a que la delgada línea de apartamiento del precedente puede vulnerar dos principios opuestos entre sí pero completamente necesarios para la armonía de los ordenamientos jurídicos, la igualdad y autonomía judicial.

En otro intento, la Corte Constitucional en sentencia C-634 de 2011 motivó lo siguiente:

En consideración de la autonomía con la que cuentan las autoridades judiciales, estas pueden apartarse del precedente fijado por las Altas Cortes, siempre y cuando: 1. Se haga explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial. 2. Se demuestre suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios

y valores constitucionales. 3. Se demuestre que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable. 4. No se niegue la fuerza vinculante prima facie del precedente, se fundamente el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o se sustente la decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso.

Y en cuanto a las autoridades administrativas refirió que estas no podían apartarse del precedente debido a que:

Los funcionarios administrativos carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales. Por lo tanto, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. En ese sentido, las autoridades administrativas deben seguir las siguientes reglas: 1. En aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas cortes. 2. Si se está ante la presencia de diversos criterios jurisprudenciales existentes sobre una misma materia, las autoridades públicas administrativas están llamadas a evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso en concreto.

Así las cosas, el precedente que complementa el delito de prevaricato en su concepción moderna resulta ambivalente, en la medida en que presupone la ley como regla de ajuste para su configuración e igualmente presupone la no existencia de otras fuentes jurídicas para el cumplimiento de los deberes de los servidores públicos.

3. El margen de discrecionalidad jurisdiccional y el alcance del tipo penal de prevaricato en Colombia

En la sentencia C-335 del año 2008 la Corte Constitucional resuelve declarar EXEQUIBLE, el artículo 413 del Código Penal, Por el cual se

tipifica el delito de prevaricato en caso de “desconocimiento” del precedente constitucional, tomando la palabra desconocimiento de forma incipientemente indistinta del apartamiento que es tratado en este proveído como su sinónimo; esta resueltamente indica que la desobediencia del precedente constituye prevaricato solamente en aquellos casos en los cuales existen reglas jurisprudenciales suficientemente arraigadas en la práctica jurídica.

Lo anterior, a la luz de la práctica judicial resulta en una *pseudo* positivización jurisprudencial con tendencia de extensión que se ha venido asentando en la cultura y la práctica jurídica local Colombiana, tal como se observa en la ley 1437 de 2011, *por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, donde se introdujo innovaciones importantes en el derecho administrativo colombiano. Algunas de esas “innovaciones” corresponden a la positivización de tendencias judiciales que se habían venido asentando en la cultura y la práctica jurídica local.

Con este precepto se cumplían, por lo menos, tres finalidades importantes. En primer lugar, se hace explícita la tendencia de obligatoriedad que había venido gestándose, desde la Corte Constitucional, especialmente, en las sentencias C-143 de 1992, C-037 de 1996, y C-836 de 2001, respecto de las decisiones de las “altas Cortes”. En segundo lugar, se trasporta la figura de la “unificación jurisprudencial”, que la Corte Constitucional, manejaba como criterio argumentativo mediante la estrategia de las sentencias SU. En tercer lugar, se evidencia la preocupación legislativa por la forma en la que el modelo anterior de decisión del Consejo de Estado, afrentaba gravemente el principio de igualdad, de ahí el efecto per-locucionario de la primera oración del precepto transcrito.

Pues bien, siendo el sistema jurídico colombiano de naturaleza mixta, la Corte Constitucional se refiere a la armonía del formalismo (Sentencia, C-037.2000), afirmando que la jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional al referirse a la función que tiene de intérprete de la carta superior dijo que cuando esta labor (Sentencia, C-634.2011), es adelantada por aquellas máximas instancias de justicia, que tienen la función constitucional de unificar jurisprudencia con

carácter de autoridad, las subreglas resultantes son vinculantes, siendo el sustento de esa conclusión la naturaleza imperativa que la Carta confiere a la Constitución y a la ley. En términos simples, el deber de acatar los mandatos superiores y legales incorpora, de suyo, el mandato imperativo de asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

El orden finalístico de los Estados constitucionales señala que más allá de ajustar a derecho los problemas deben ser abordados como realidades sociales sobre las cuales bien pueden aplicarse ya sea la norma (leyes, artículos, decretos) o los mandatos de optimización (principios). De allí se espera que un juez más allá de solucionar un problema, ocupe su preeminente lugar como guardián de los cánones constitucionales decidiendo sobre el significado de la ley de formas legítimamente explicativa través de las razones de justificación exigidas por la corte y materializadas como deber propio de sus funciones en carga argumentativa. Ya en su momento Roque Carrión Wam; en lo que podría ser una adaptación a la descripción del presente problema señaló que: “El derecho constitucional se convierte así, de hecho, en un terreno jurídico de frontera entre la legolatría, como exacerbación del principio de legalidad y el agigantado rol del juez, en la interpretación de la textualidad normativa y los valores históricos de una cambiante realidad social.”

En este estado, Bien lo supo explicar Aaranio cuando afirmaba que; “...lo que ha remplazado la fe en las autoridades es la exigencia de que las opiniones sean justificadas, la exigencia de la justificación fáctica ha desplazado la fe en el poder mismo”, y es que si bien es cierto las consideraciones que fundamentan la decisión judicial se encuentran expuestas a la maleabilidad de la retórica, esto no es óbice de verificabilidad de la justificación, dada la amplia reiteración que ha puntualizado la Corte Constitucional Colombiana de las reglas argumentativas que debe seguir el juez para la recta impartición de justicia.

Aunado a lo anterior se cuenta también con mecanismos jurídicos que fungen de verificadores del buen derecho, como lo son las acciones de inconstitucionalidad, la delimitación de las vías de hecho para la procedencia de tutelas contra sentencias, y por último el mismo tipo penal de prevaricato.

Frente a los jueces ordinarios en el ejercicio de sus competencias funcionales, el prevaricato aparece en esta discusión con una doble connotación. Por su narrativa prescriptiva puede afirmarse que el delito de prevaricato se

perfila como un medio de control pero, en sentido práctico que este tipo penal representa una barrera que limita la acción interpretativa de los jueces en un sentido hiper-preventivo, donde su descripción típica tan abstracta permite que el delito se irradie de manera superlativa a en la medida en que deja en la indeterminación, quienes, cuándo, cómo, porqué, en qué modalidades, bajo qué agravantes y de qué forma se puede incurrir en prevaricato.

Teniendo en cuenta la obligatoriedad del precedente, su exigibilidad y excepciones, la discusión abordada ha sido sectorizada en cuatro partes generales que presentan distintas respuestas acerca de la cuestión. Cada parte revisa y reconoce los argumentos convergentes de la literatura jurídica en torno a los problemas de compatibilidad del tipo penal de prevaricato, las facultades interpretativas de los jueces y la obligatoriedad del precedente Constitucional. En este orden de ideas debe indicarse que los suscritos autores provisionalmente se permiten relacionar la revisión de estas cuatro posturas teóricas como tesis escéptica, tesis optimista, tesis moderada, y tesis integradora. Antes de entrar al estudio de las tesis referidas sea de aclarar que al interior de cada una de estas tesis pueden surgir distintas versiones que teniendo en cuenta aspectos centrales muestran perspectivas interesantes para la solución del problema central y lo cuestionamientos afines que a él se adscriben.

Frente nuestro temor legalista como impedimento para los jueces en la interpretación constitucional de las leyes, la tesis escéptica aborda el problema desde los argumentos de aquellos autores tradicionalistas del derecho penal. Esta afincada en una concepción formalista del derecho⁷. El núcleo central del argumento es el siguiente: desconocer el precedente por parte de los jueces no constituye prevaricato. Los argumentos centrales de esta tesis son tres. El primero afirma que el precedente no constituye una fuente formal del derecho de conformidad con el art 230 de la constitución política la jurisprudencia es entendida simplemente como un criterio auxiliar de interpretación de la ley; al no ser entendida como una fuente formal del derecho no es exigible su

⁷ Sustentada en sentencias de la primera Corte Constitucional y en la redacción del artículo 48 de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia. En las sentencias C-113 de 1993 y C 131 de 1993, la Corte argumentó por la falta de obligatoriedad de la parte motiva de la jurisprudencia. En igual sentido, en el artículo 48 de la precitada ley, se estableció que la motivación de las sentencias constituye únicamente criterio auxiliar de la actividad judicial.

cumplimiento a los servidores públicos, para el caso particular a los jueces. El único desconocimiento que constituye prevaricato es el de la ley.

El segundo argumento manifiesta que además de lo anterior epistemológicamente es imposible exigirles tanto a los jueces como a los ciudadanos que conozcan todas las reglas de origen jurisprudencial que constituyen a base del precedente. En un sistema jurídico como el colombiano en el cual existen tres a las corte que anualmente profieren cientos de sentencias y que sumado a ello existen cientos de tribunales y jueces que diariamente establecen reglas jurisprudenciales mediante sus providencias, resultaría abiertamente desproporcionado exigir tanto a los ciudadanos como a los jueces que tomen estas reglas como pautas de conductas para racionalizar sus comportamientos.

El tercer argumento sostiene que el desconocimiento de la jurisprudencia no constituye prevaricato por imposibilidad práctica. Esta imposibilidad práctica se disgrega especialmente en dos vertientes. Según la primer vertiente la imposibilidad práctica se materializa en que jurisprudencialmente resulta muy difícil el determinar cuáles de los apartes de la jurisprudencias resultan obligatorias ello se materializa en las discusiones actuales acerca de las distinciones entre la parte resolutive de la sentencia la motivación de la misma, la ratio decidendi y la obiter dicta. Categorías distintivas que obran muy bien en las construcciones teóricas pero que en la práctica son de difícil aplicación. La segunda vertiente sobre la imposibilidad práctica se refleja en los disímiles y contradictorios puntos de vista que tiene la jurisprudencia sobre importantes puntos del derecho, no se trata simplemente de cambios en diferentes tiempos sobre un mismo punto, sino de diferentes puntos en un mismo tiempo derivado ello de la forma estructural a la toma de decisiones judiciales que se vislumbra en la forma organizativa de las salas y sus sesiones de decisión.

La segunda tesis que en este escrito es designada como la tesis optimista está fundada en una concepción fuerte del constitucionalismo actual y en un papel protagónico de las entidades judiciales encargadas de garantizarla supremacía constitucional⁸, según esta tesis el desconocimiento del precedente

⁸ Los principales argumentos que sustentan este lado de la balanza señalan que no existe una clara diferenciación entre la creación y la aplicación del derecho; la falta de obligatoriedad del precedente judicial le resta estabilidad, igualdad, coherencia y aumenta la discrecionalidad en la actividad judicial

por parte de los jueces constituye prevaricato. Esta tesis, que es sostenida especialmente por constitucionalistas, se basa en tres argumentos principales.

El primer argumento afirma que el precedente resulta obligatorio para todos los servidores públicos por razones de máxima validez, igualdad y de sistematicidad en el ordenamiento jurídico⁹. En el constitucionalismo actual el precedente se hace obligatorio porque es una garantía de la máxima validez de la constitución y se constituye como un respaldo sin el cual las discusiones constitucionales serían solamente mandatos eidéticos sin fuerza normativa. Es decir que el fundamento principal de la obligatoriedad del precedente radica en su función garantista de las disposiciones ius constitucionales, sumado a ella se encuentra con la situación segunda según la cual el precedente es garantía de igualdad. Toda vez que reduce la posibilidad de que casos similares sean resueltos de distintas maneras, lo cual contribuye a aumentar los supuestos esenciales del sistema jurídico, es decir la completud y la coherencia.

El segundo argumento de esta tesis es un argumento de moralidad, según este argumento el desconocimiento del precedente implica prevaricato debido a que sería una contradicción afirmar que el precedente es obligatorio pero que su inobservancia no constituye prevaricato; existe pues una imposibilidad lógica sostener dos afirmaciones que se niegan entre sí.

El tercer argumento es un argumento tomado de las concepciones clásicas del derecho francés según este argumento la fórmula de la presunción de conocimiento de la ley es llevada hasta un punto extremo. Actualmente la concepción de ley es integrada en un sentido material con las concepciones de Constitución, tratados y precedentes por lo cual a esta fórmula clásica establecida en el artículo 9 del código civil debe ser entendida y reconstruida bajo los supuestos que se resume conocida tanto la ley como la constitución los tratados y la jurisprudencia.

⁹ Considerar que el delito de prevaricato solo se tipifica si se afrenta la ley, prima facie, generaría un conflicto con los artículos 24, 228 y 241 de la Constitución Política. Ya que, “dentro de la órbita del bien jurídico tutelado, dicho enunciado restringe la sanción penal a que el servidor público dicte una decisión o un concepto manifiestamente contrario a la ley, pudiendo en consecuencia desconocer los contenidos de cualquier precepto constitucional sin que exista sanción penal en esos eventos”. En igual sentido ocurriría si se desconoce el precedente constitucional. Poco sentido tendría que el precedente fuera obligatorio pero que su fragante desconocimiento no conllevara sanción penal similar a la del desconocimiento de la ley.

Ahora bien, la tesis tercera y cuarta son tesis moderadas por cuanto se sitúan en puntos centrales respecto de las dos tesis anteriores. Toman prestados algunos de los argumentos extremos y los temperan con posibilidades prácticas y jurídicas subyacentes. Es así como se sustentan en conceptualizaciones como la obra de Hart (Sentencia, T-406.1992), al afirmar que el juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución - sus principios con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho.

Según la tercera tesis aquí denominada como moderada, ha sido sostenida por ejemplo por la corte constitucional colombiana en la Sentencia C-335 de 2008 la desobediencia del precedente constituye prevaricato solamente en aquellos casos en los cuales existen reglas jurisprudenciales suficientemente arraigadas en la práctica jurídica. Es decir que se han dado lo que la corte ha llamado sentencias de unificación o sentencias reiterativas que permiten un alto conocimiento por parte de los actores jurídicos de las reglas allí establecidas, esta postura se sustenta especialmente en tres argumentos.

En su primer argumento, esta tesis sostiene que el precedente es obligatorio pero de una forma distinta a la obligatoriedad que deriva de la ley. En los constitucionalismos democráticos actuales se entiende que por especialidad y legitimidad el principal órgano encargado de expedir disposiciones jurídicas vinculantes es el legislador. Esta primera premisa que se asimila a uno de los argumentos de la tesis optimista se ve atemperada al compartir el argumento de la tesis escéptica. En el entendido que el precedente también se hace obligatorio pero de una forma menos fuerte. Es decir el cumplimiento de la ley se hace insoslayable mientras que el precedente pese su obligatoriedad puede ser desatendido siempre y cuando se justifique razonadamente su apartamiento. Así las cosas el juez encuentra como obligatorios aquellos precedentes en los cuales no haya una justificación razonada para apartarse de ellos.

El segundo argumento plantea que no es posible exigirles a los jueces y ciudadanos que conozcan todas las reglas jurisprudenciales. En ello se asimila a uno de los argumentos de la tesis optimista. Pero de esta premisa no conlleva a establecer la imposibilidad de la configuración del prevaricato sino que conlleva una consecuencia más limitada resulta pues, moderada esta tesis por cuanto solo exige el cumplimiento de aquellos precedentes

jurisprudenciales que hayan sido ratificados en múltiples ocasiones por los órganos jurisprudenciales de más alto rango dentro del ordenamiento jurídico conllevando a una especial garantía epistemológica de su conocimiento.

El tercer argumento de esta tesis conjuga la obligatoriedad del precedente con el principio de autonomía judicial. Pues concede un papel protagónico a la independencia judicial, pues pese que establece la obligatoriedad del precedente reconoce el valor principal del juez en la construcción del ordenamiento jurídico al permitirle apartarse legítimamente del precedente cuando encuentre razones fundadas para ello especialmente en aras a la protección de los derechos fundamentales y a la supremacía constitucional.

La tesis integradora se perfila como escenario predilecto para el desarrollo del constructo formulativo para desatar el problema bajo estudio dado que esta tesis tiene como principal finalidad solventar los problemas que presenta la tesis moderada. Especialmente por cuanto la tesis moderada no establece criterios claros para la determinación de los eventos en los cuales se configura el prevaricato. La idea central de esta tesis es que el delito de prevaricato resulta incompatible con la obligatoriedad del precedente. Esta idea se fundamenta en tres argumentos: uno ontológico, uno epistemológico y un tercer argumento analítico; el primer argumento ontológico señala la necesidad de distinción entre el concepto de obligatoriedad a vinculatoriedad del precedente, un segundo argumento de carácter epistemológico señala que el manejo de la técnica de precedentes debe estar acompasado por la creación de líneas jurisprudenciales determinables por asunto o discusión y un tercer argumento analítico referente a la necesidad de clasificación de los distintos tipos de sentencias que integran el precedente.

El anterior escenario crea el punto de partida para sustentar de manera teórico jurídica las incompatibilidades del actual tipo penal de prevaricato con la tesis integradora, han de formularse los siguientes términos: 1) Un primer argumento de indeterminación semántica; 2) Por razones de organización de la jurisdicción; 3) Por exclusión de la obligatoriedad de otras sentencias.

La indeterminación semántica, como primer argumento, señala la enorme dificultad de adecuación típica de la conducta prevaricadora habida cuenta de que, dicha conducta no es exigible o verificable de manera unívoca por cuanto responde a dinámicas distintas que varían no sólo según la jurisdicción y competencia del juez sino, (y de una manera más compleja), de la valoración y ponderación de los principios constitucionales que irradian la

teoría del caso. Por lo que se puede afirmar que el ejercicio interpretativo se redefine en cada evento judicial como expresión propia del razonamiento de los operadores jurídicos que estudian y valoran los distintos casos sub-judice.

Si bien las nuevas disposiciones de derecho constitucional se caracterizan por su indeterminación semántica mayor que las disposiciones positivas, como lo es la tipificación del delito de prevaricato que en un trasfondo no persigue otra cosa que la protección de bien jurídico igualmente indeterminado, cuando nos referimos a “recta y eficaz” como características funcionales de la administración de justicia, observamos que estas pertenecen o están irradiadas por el estatus de derecho fundamental que se caracterizan por su indeterminación, no obstante esta no es una indeterminación que afecte sólo la norma sino un problema general del lenguaje. Las normas se expresan mediante el lenguaje, las características y problemas de aquel, se ven reflejadas en este. De forma más específica, las leyes, los actos administrativos, los contratos y las sentencias se caracterizan también por su indeterminación y ambigüedad; aunque no puede afirmarse que todas estas disposiciones jurídicas ostentan el mismo grado de indeterminación. La indeterminación de las disposiciones jurídicas constitucionales sí existe y, por lo general, son las de más alto grado dentro de lo jurídico. Pero también pueden ser verificadas en cuanto a su funcionalidad y pertinencia en lo que Gadamer ha explicado como “control hermenéutico”. (Streek L. 2014).

Luego, la estrategia de reproche o castigo al apartamiento o desconocimiento del precedente puede que obre de forma adecuada como mecanismos de precisión de disposiciones administrativas a través de normas adscritas, empero no corre el mismo destino en el campo del la práctica judicial y de la tendencia constitucionalista del derecho, en donde el grado de indeterminación interpretativa es mayor. Se acepta, en el caso administrativo la precisión judicial como un presupuesto necesario para la protección del contenido de los derechos fundamentales de los gobernados; es decir, que más que por su conveniencia se acepta por urgencia y necesidad. Por tanto, en el campo de deliberación decisional su uso debe ser restringido por innecesario, pues las disposiciones programáticas de los estados constitucionalistas ostentan un grado de indeterminación semántica en cuanto al sentido e interpretación del derecho.

En segundo lugar, la figura de la unificación jurisprudencial obra adecuadamente en el campo del derecho constitucional, porque, la estructura de la jurisdicción constitucional es, pese a la competencia de todos los jueces,

especialmente concentrada. Es decir, en los niveles básicos el control de constitucionalidad, mediante los diversos mecanismos, puede ser efectuado por cualquier juez, y, en última instancia, está radicada en la Corte Constitucional. Luego, no existe, como tal una jurisdicción constitucional funcionalmente organizada, como en el caso de la jurisdicción administrativa. La falta de concentración en instancias primarias de la jurisdicción constitucional, es lo que posibilita la necesidad de unificaciones ulteriores.

En tercer lugar, la operatividad de la figura del prevaricato explicada en la sentencia transcrita, deja por fuera la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Constitucional, y de los Tribunales Administrativos. Mediante la sentencia C- 634 de 2011, la Corte Constitucional, resolvió el primer inconveniente, en el sentido de declarar EXEQUIBLE el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 “en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.” No obstante, la jurisprudencia de los tribunales no ha recibido pronunciamiento actual de fondo. Lo cual hace emblemática la necesidad de reconfiguración del tipo penal del prevaricato. El planteamiento de la cuestión radica en que, actualmente, no solo la desobediencia o apartamiento manifiesto de la ley configura tal delito, sino que, el incumplimiento de la constitución y el precedente pueden tener idénticos resultados. Postulados que no se conciben como compatibles con el tercio anti formalista actual.

Conclusiones

En Colombia el principal fundamento de tipo penal que describe la conducta de prevaricato es el principio de legalidad. Según el cual las actuaciones de los servidores públicos deben estar regidas en su forma y sentido por las disposiciones legales. Los servidores públicos encuentran vedadas las actuaciones que sobrepasen las reglamentaciones de ley. Se establece como delito las decisiones que se aparten de ella y se desea proteger el producto de deliberaciones democráticas.

Queda en evidencia un desfase evolutivo entre la realidad social del Estado de derecho y su evolución a Estado constitucional desde el prevaricato como tipo penal que se ha quedado congelado en una descripción típica del estado de derecho, donde se presume un sujeto agente cualificado, en razón a su sujeto activo, su fórmula muestra un Estado que desea regular cierta orbita de acción desde el poder central que irradian los principios del derecho. Así, estableciendo reglas de actuación para sus servidores, se quiere regular que las actuaciones de estos no sean discrecionales.

El apartamiento la adición o modificación del precedente no necesariamente implica la comisión del ilícito de prevaricato siempre y cuando se cumpla en debida forma con la carga argumentativa que expresa y juiciosamente ha señalado la corte constitucional y la constitución política, empero, tampoco existe en nuestro ordenamiento político un sistema o una sectorización argumentativa que permita identificar las características propias de los cánones argumentativos para la adición, para la modificación, o para el apartamiento del precedente, es decir, nuestros jueces no tienen claridad sobre los prerequisites, técnicas y rigorismos a seguir en la argumentación que modifica, distinto a la argumentación que adiciona y/o aquella que se aparta. Ello configura el escenario propicio para el temor de un delito tan abstracto como el prevaricato e impide el desarrollo del derecho viviente en Colombia.

Finalmente, con el objeto de satisfacer el cuestionamiento central del presente escrito, ha de precisarse la selección de un modelo jurídico funcional y compatible con los caracteres propios del sistema de fuentes y precedentes Colombiano, para de esta forma procurar la vigencia de una doctrina jurídica que le permita a los jueces ordinarios operar el derecho jurisprudencial siguiendo las facultades de apartamiento del precedente que ofrece la constitución, sin incurrir en el delito de prevaricato por inobservancia del precedente vinculante o el quebrantamiento manifiesto de leyes y normas concretas es siguiendo un componente doctrinal idóneo que complementa la explicación funcional del delito de prevaricato provista por la Corte Constitucional en sentencia C-335 de 2008, por lo que entonces la carga argumentativa ha de ceñirse sistémicamente en cada apartamiento no solo a los requerimientos triangulados en desarrollo de la línea jurisprudencial constitucional en materia de prevaricato, sino también ha de verificarse el tipos de sentencia sobre la cual se está aplicando el ejercicio interpretativo y el tipo de sentencia contenedora del precedente a desconocer o desobedecer.

Recomendaciones

Teniendo en cuenta las anteriores conclusiones se perfilan dos opciones estratégicas, una de ellas de contingencia y la segunda de superación.

En cuanto a la primera se hace necesario enfatizar desde las facultades de derecho sobre el proceso de interpretación y aplicación que cubre el ciclo de eterna autovalidación del derecho, lo que se busca no es unificar un criterio racional para las tres distintas modalidades en que pueden surgir las subreglas, (entre otras razones porque ello ya está ordenado en los pronunciamientos de la corte constitucional), sino que, a manera contingente se plantea la reconfiguración de la filosofía iure y la hermenéutica según la contextualización de la práctica judicial colombiana, para concientizar al jurista como intérprete de la norma de la importancia de los criterios claves para el control hermenéutico en las decisiones judiciales.

Acompasado a lo anterior se recomienda la actualización hermenéutica del principio de legalidad y el principio de constitucionalidad, como nueva medida para los actos de los servidores públicos. Ello Formula desde la dinámica institucional del Estado un autocontrol preventivo frente al prevaricato desde la conversión propuesta por la evolución de los Estados de derecho a Estados constitucionales, como nueva tendencia superada por los modelos de los estados modernos.

Referencias

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. (Trad. de Ernesto Garzón Valdés). p.120. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2000). Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. *Doxa*, 23. P. 207 (Trad. de A. Daniel Oliver Alana) Universidad de Kiel. Recuperado de: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142026.pdf>
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *Teoría del discurso y los derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Berman, H. (1996). *La formación de la tradición jurídica de occidente*. (Trad. Mónica Utrilla). México: Fondo de Cultura Económica.

- Bernal, C. (2007). *El Neo constitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado.
- Bernal, C. (2008). *El Neo constitucionalismo y la normatividad en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1996, Julio). Liberalismo y democracia. Fondo de Cultura Económica (4a reimpression), P. 4. recuperado de: <http://www.fder.edu.uy/contenido/r/rrll/contenido/licenciatura/documentos/4873847384783247836478364783647836478.pdf>
- Bowles, S., & Gintis, H. (2006). Social preferences, homo economicus, and zoon politikon. *The Oxford Handbook of Contextual Political Analysis*, 172-186. Editor Robert E. Goodin, Charles Till. Recuperado de: https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=D7P3X99RWvkC&oi=fnd&pg=PA172&dq=related:Gx4es86cv_wJ:scholar.google.com/&ots=bx2nISG-yf&sig=eUJ1siib11HogIozLB-6rXwoUR8#v=onepage&q&f=false
- Carbonell, M. y Jaramillo, L. (2010). *El canon neo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. (1886). *Ley 61, Artículo 38, Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales*. Bogotá: Diario oficial.
- Colombia. (1991). *Constitución Colombiana de 1991, El principio de necesidad de motivación judiciales*. Bogotá: Diario Oficial.
- Colombia, Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-083. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Funciones de la doctrina constitucional.
- Colombia, Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-037/96. M.P Carlos Gaviria Díaz. Revisión constitucional del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia”.
- Colombia. Corte Constitucional sentencia T- 118 de 1995 .M.P. José Gregorio Hernández Clavijo <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-118-95.htm>
- Colombia. Corte Constitucional Sentencia T- 260 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-260-99.htm>
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1023 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-569 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Colombia. Corte constitucional, Sentencia c 335 de 2008 .M.P.Humberto Antonio Sierra Porto. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-335-08.htm>

- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en:
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-656 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Constitución Política colombiana. Artículo 237 superior. Disponible en: <http://colombia.justia.com/nacionales/constitucion-politica-de-colombia/titulo-viii/capitulo-3/>
- Colombia, Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-122 de 2011. M.P.: Juan Carlos Henao Perez.
- Contreras, S. (2013). Justo por naturaleza y Justo Convencional en Platón. A propósito de la refutación platónica a la doctrina del homo mensura. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. 119(43), p. 503-532.
- Consejo Superior de la Judicatura. Cooperación Republica de Colombia y República Federal de Alemania. (2012). *La importancia de la jurisprudencia en Colombia, Revisión sobre el concepto de línea jurisprudencial y nociones similares –Jurisprudencia y doctrina*. p. 92. Métodos de Resolución de Conflictos. Recuperado de: https://metodosderesoluciondeconflictos.files.wordpress.com/2014/07/07_import_jurisp_col.pdf
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2003, enero 23). Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente 1870. M.P.: Carlos Isaac Nader.
- Cruz, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. p.26. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- David, R. (1973). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. p.25. Madrid: AGUILAR.
- Estrada, A. (2002). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. (1ª Ed.). p.66. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón*. p.857. Madrid: Trotta.
- Fondevila Marón, M. (2012). La herencia rousseauiana, en el pensamiento constitucional, trescientos años después de su nacimiento. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*. 16, pp. 357-392.
- Fleet N. (2009). Razón y dominación. La legitimidad en Weber como orientación simbólica de la acción política; *Rev. austral cienc. soc.* 16. (versión on line). Recuperado de: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-17952009000100002yscript=sci_arttext

- Islas Colín, Alfredo, (2008), El servicio público francés, recuperado de; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2544/14.pdf>
- Kalmanovitz, S. (1999). Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional. *Revista Uniandes*. pp. 126-130.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho, trad. de Rodríguez Molinero, Marcelino*. Barcelona: Ariel.
- Malberg, R. C. (1998). *Teoría general del Estado. Fondo de Cultura Económica*. Recuperado de: <https://books.google.com.co/books?hl=esylr=yid=x9FeQwyLPksCyoifndypg=PA7yots=4MPi5TdVXgysig=dHV4I-02YiN3lslKtbl5k7wnsZk#v=onepageyqyf=false>
- Mora, G. (2009). *Justicia Constitucional y arbitramento de los jueces*. p. 71 y ss. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Padres de la Constitución. (1978). *Constitución Española de 1978 artículo 120, necesidad de motivación judicial*. Madrid: Reino de España.
- Posner, R. (2011). *¿Cómo deciden los jueces?* (Traducción de Victoria Roca). Barcelona: Marcial Pons.
- Posner, R. (2004). The Law and economics of contract interpretation. University of Chicago Law y Economics, Oline Working Paper Series. 229. Recuperado de: <Http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>
- Rubio, M. (2007). *Economía jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez, M. (2013). Prevaricación: Plus de antijuridicidad (Prevarication Plus Unlawfulness). *Derecho Penal y Criminología*, 96(34). Recuperado de: <http://ssrn.com/abstract=2386241>
- Salvador Coderch, P. (2010). Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. Berkeley Program in Law & Economics. Recuperado de: <http://escholarship.org/uc/item/6f1379pq#page-1>
- Streek Lenio, L. (2014). Poder judicial y constitucionalismo democrático: la necesidad de una teoría de la decisión judicial para preservar la autonomía del derecho. *Revista de Estudios constitucionales*, 2(12). Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002014000200003yscript=sci_arttext
- Suárez-Manrique, W.Y. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, 129, pp. 317-351. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj>
- Tamayo, J. y Jaramillo I. (2012). Hacia una jurisprudencia racional y relativamente vinculante observaciones y reparos al “precedente obligatorio”, En: El

- Precedente Judicial. Bogotá: Ibáñez y Universidad Javeriana. Libro de Derecho Público.
- Timm Hidalgo, A.K. (2010). Entre formalismo y antiformalismos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. 12. Universidad Carlos III. Madrid: Paper de teoría y filosofía del derecho.
- Vega, P. (1983). *La defensa de la constitución*. Madrid: Tecnos.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General*, (4ª Ed.). Bogotá: Librería Jurídica Comlibros.

Aplicación de la teoría de la desobediencia civil y la objeción de conciencia de Rawls*

Application of the theory of conscientious
objection and civil disobedience in Rawls

Recibido: Julio 31 de 2014 - Evaluado: Octubre 23 de 2014 - Aceptado: Noviembre 20 de 2014

Carlos Andrés Muñoz López**

Para citar este artículo / To cite this Article

Muñoz López, C. A. (Enero-Junio de 2015). Aplicación de la teoría de la desobediencia civil y la objeción de conciencia de Rawls.
Revista Academia & Derecho, 6(10), (273-314).

Resumen

El presente artículo de investigación aplicará a casos difíciles la teoría de la desobediencia civil y la objeción de conciencia incluyéndolos por medio de un análisis iusfilosófico crítico y partiendo de parámetros de análisis que proporciona John Rawls en 'Teoría de la Justicia', para ello se describirá ampliamente la interpretación de todos los elementos constitutivos de dicha teoría para posteriormente aplicarlos a casos difíciles estableciendo las posibilidades de asimilación de la teoría frente a estos casos.

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto de investigación realizado en el marco del trabajo de grado 'Una fundamentación Bioética de la Objeción de Conciencia y la Desobediencia Civil' de la Maestría en Bioética de la Pontificia Universidad Javeriana, sede Bogotá.

** Abogado y filósofo en formación de la Universidad Libre, seccional Bogotá. Con estudios de Maestría en Bioética de la Universidad Javeriana. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Filosofía de la Educación –ALFE-. Docente Investigador de la Universidad Libre. Correo: carlos.munoz@unilibrecucuta.edu.

Palabras clave: casos difíciles; objeción de conciencia; desobediencia civil; Rawls.

Abstract

This paper applied research difficult cases the theory of civil disobedience and conscientious objection by including jusphilosophical through a critical analysis and based on parameters of analysis provided by John Rawls 'Theory of Justice', for it will be described widely interpretation of all the constituent elements of that theory to their eventual application to difficult cases establishing the possibilities of assimilation theory deal with such cases.

Keywords: difficult cases; conscientious objection; civil disobedience; Rawls.

Introducción

La objeción de conciencia y la desobediencia civil tiene criterios de aplicación bastante confusos y diversos al momento de llevarlos a un plano fáctico, pese a ser temas ampliamente tratados por la literatura del derecho, la filosofía y la política. Una de las propuestas más esclarecedoras y que integran estas dos instituciones a un sistema jurídico amplio aparece en 'Teoría Política' de John Rawls en 1970, en la que existe un engranaje en una red de conceptos de un sistema democrático y constitucional más o menos bien ordenado. Rawls enuncia los elementos que conforman estas dos instituciones, sin embargo, poco los desarrolla y las ejemplificaciones son escasas, es por ello que se ampliará la interpretación a través de un análisis iusfilosófico crítico de cada uno de estos elementos para luego ver en ejemplos paradigmáticos su posible aplicación, determinando las virtudes, pertinencias y deficiencias de los postulados.

Problema de investigación

¿Cómo es la aplicación en casos difíciles¹ de la teoría de la objeción de conciencia y la desobediencia civil de John Rawls?

¹ Para el entendimiento de la expresión 'casos difíciles', la precisamos tomando la definición de Pablo Navarro: "un caso C es considerado difícil si:
a) No hay respuesta correcta a C.

Para dar respuesta a este interrogante el primer objetivo será describir la estructura y funcionamiento de la teoría de la objeción de conciencia y la desobediencia civil; y como segundo objetivo aplicarlo en caso concretos considerados difíciles.

1. Estructura y funcionamiento de la teoría de la objeción de conciencia y de la desobediencia civil

1. Contexto de la objeción de conciencia y la desobediencia civil

*Coro. Muchos portentos hay, pero nada más
portentoso que el hombre*

ANTÍGONA, SÓFOCLES

1.1. Contexto de principios de justicia

La objeción de conciencia y la desobediencia civil tienen cabida en un modelo político y jurídico como el de John Rawls. Según este autor los principios de justicia, cuando las instituciones básicas están bien instauradas, deben ser los siguientes:

Primer principio: Cada persona ha de tener un igual derecho al más amplio sistema de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos.

Segundo principio: las desigualdades económicas y sociales han de atribuirse de modo que al mismo tiempo: a) redunden en el mayor beneficio de los menos favorecidos, compatible con el principio de ahorros justos, y

-
- b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresan son vagos, poseen textura abierta, etc.
 - c) El derecho es incompleto o inconsistente.
 - d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas.
 - e) C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.
 - f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos deductivos.
 - g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.
 - h) La solución de C involucra necesariamente a juicios morales” (Navarro, pp. 252-253)

b) estén adscritas a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades.

(Rawls, 2012, p. 34)²

Los principios de justicia son aquellos que “acordarían hombres racionales y libres en una posición original de igual libertad” (Rawls, 2012, p. 159), facilitados y potenciados desde un velo de ignorancia cuya función es impedir que cualquiera de los participantes en la posición original pueda sacar ventajas personales o de grupo aprovechándose de sus condiciones sociales, políticas, jurídicas o culturales. El procedimiento de razón procura una igualdad moral que hace abstracción de aspectos económicos, de género o de particularidades físicas, entre otros. Este punto de vista universal, alcanzado por medio del recurso a la posición original, posibilita un acuerdo hipotético sobre los principios de justicia.

Al instaurarse los principios de justicia en el sistema jurídico estos terminan siendo el modo más idóneo de acceso a las instituciones, según Rawls. En dichas instituciones se tejen permanentemente deberes y obligaciones mutuas, las cuales ponen en movimiento el sistema jurídico imperante en la sociedad. Ahora bien, estos principios son establecidos en un modelo contractualista en la comprensión de Rawls, y a partir de ellos podemos dirigirnos hacia una convención constitucional primero y después hacia los criterios para expedir leyes: “el papel de cuerpo legislativo y guiados por los principios de justicia promulgan leyes sujetas a las restricciones y procedimientos de la constitución justa” (Rawls, 2012, p. 161).

Profundizar en este modelo, y por ende en los principios, es la clave para entender la justificación de la desobediencia civil y también de la objeción de conciencia, veamos la estructura dentro de lo que llamaríamos ‘teoría inacabada de justicia’:

² Desde su primera formulación en 1967, los principios de justicia han sufrido modificaciones, la que acá es trabajada es la inscrita en *Teoría de la justicia*. De igual manera vale la pena rescatar que el primer principio ha sido reformulado posteriormente con el fin de optimizar de la manera más adecuada la maximización de las libertades quedan de la siguiente manera: “Cada persona tiene un igual derecho a un esquema de iguales libertades básicas plenamente adecuado, que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos” (Rawls, 1981, p. 5).

1.2. La teoría inacabada de la justicia

Hemón. No hay ciudad que sea de un solo hombre
Creonte. ¿No se considera la ciudad del que manda?
Hemón. ¡En un país desierto sí que reinarías bien, solo!
SÓFOCLES

Dada la imposibilidad de alcanzar una sociedad perfecta en lo jurídico, Rawls concibe una teoría no ideal de la justicia en donde son reconocidos errores y, al mismo tiempo, los mecanismos para subsanarlos, entre ellos, como últimos recursos, están la objeción de conciencia y la desobediencia civil (Dworkin, 2010).

...es esencial observar que el proceso constitucional es siempre un caso de lo que podemos denominar justicia procedimental imperfecta: es decir, no existe ningún procedimiento político factible que garantice que la legislación promulgada sea justa, aun en el supuesto que dispusiéramos un criterio de legislación justa (Rawls, 2004, p. 161)

Utilizando otros argumentos, pero con la misma intención, Habermas considera que cualquier proyecto de justicia, por ser integrado y constituido por humanos, tiene de manera patente y latente errores. Por la anterior razón, debemos considerar inacabado e inacabable cualquier proyecto de justicia que desemboque en un sistema jurídico. Bajo esas premisas está el deber de establecer instrumentos para la perfectibilidad del sistema, hay entonces un rechazo al reposo intelectual y una oda a la acción permanente en nuestra sociedad en el sentido de nunca llegar a un sistema considerado perfecto, estático e inmutable, jurídicamente hablando, sino más bien una exigencia de interpretar cada caso que emerja como problemático dentro de este.

En una constitución justa, que incluso promueva una participación de toda la población en la expedición de leyes, es muy probable que no todas sus leyes sean justas o que incluyan positivamente a todos los miembros de la sociedad, pero por contraste con tal constitución dichas leyes injustas serían más notorias. Del hecho de que la mayoría del pueblo establezca una norma, no se colige que esta sea necesariamente justa, pues puede estar excluyendo a las minorías³.

³ Partiendo de estos principios de justicia se derivan leyes legítimas, al menos inicialmente. Rawls, a diferencia Raz, sintetiza la motivación de obedecer la ley con la forma

2. Estructura de la objeción de conciencia y la desobediencia civil

Mi idea es que en un régimen democrático razonablemente justo (aunque por supuesto no perfectamente justo) la desobediencia civil, cuando está justificada, ha de entenderse normalmente como una acción política dirigida al sentido de justicia de la mayoría a fin de instarla a reconsiderar las medidas objeto de protesta y advertir que en la firme opinión de los disidentes no están respetando las opiniones de la cooperación social.

JOHN RAWLS

La premisa “la ley de las mayorías puede producir una afectación a minorías”, puede llevarse más lejos y concluir que puede dar lugar incluso a lo que llama Jacques Rancière un odio a la democracia (Rancière, 2006), pero también es la que impulsa a decir que constituidos los principios de justicia, ellos son mayores al principio de mayoría⁴, en el caso de Rawls se trata de los principios de la libertad y de la igualdad.

en que ella se constituye. Esta motivación se sintetiza por medio de un cierto deber ciudadano de cumplir con lo pactado, pues es de suponer que quienes expiden leyes lo hacen inspirados o por lo menos respetando estos principios de justicia, enfocándose en un proyecto de comunidad o de Estado-Nación que muchas veces me pide a mí como ciudadano ceder en pro de lo general. Debemos, en aras del interés de la comunidad, cumplir leyes que incluso nos parezcan injustas; a estas situaciones estamos sometidos con frecuencia, por ejemplo es común considerar que los cánones del pago de ciertos impuestos son injustos, sin embargo, pese a esa injusticia, hay un deber ciudadano de pagarlos, claro está, si no se trata de un canon notoriamente elevado que haga imposible su pago.

Si bien tengo un deber ciudadano de cumplimiento de la ley, así no me beneficie e incluso si me parece injusta, hay un límite a ese cumplimiento: la conciencia. Cuando la injusticia de una ley afecta mi conciencia, esa ley pierde autoridad, lo cual me lleva a desconocerla a pesar de las sanciones que ello implique. Esta situación es considerada por grandes teóricos como de suma importancia, ya que por más intentos de inclusión que tenga un sistema jurídico, siempre habrá casos de exclusión o ataque a algunos proyectos de vida o concepciones del bien, lo cual afectará la conciencia de algunas personas.

⁴ Es histórica y compleja la discusión centrada en que los principios de justicia consagrados en una Constitución tengan un peso más fuerte a la decisión de las mayorías o a cualquier otra decisión. Este problema en teoría y filosofía del derecho está enmarcado

en la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido, derivado o secundario. En el presente caso de los principios de justicia son tomados como un poder constituyente y lo que se siga de ellos como poder constituido. “El poder Constituyente es aquel que realiza el acto de creación constitucional y asimismo de soberanía por antonomasia; darle vida al Estado a través de un documento político-jurídico supremo: La constitución. Es en sí, el Poder de Poderes.” (Carbajal, p. 72). Es un poder de hecho pues no le antecede ninguna norma –otros autores lo llaman como un poder pre-jurídico– (De Vega Garcia, p. 24), en cambio, un poder constituido es un poder de derecho al existir una norma jurídica que lo antecede.

En autores tutelares del derecho como Hans Kelsen y Carl Schmitt podemos denotar una posición ante el concepto poder constituyente. En el autor de *Teoría Pura del Derecho*, en la formación de lo que conocemos como ‘grundnorm’ o ‘norma hipotética fundamental’ que es la dadora sentido a todo el ordenamiento (para mayor consulta véase la tesis de Maestría en derecho *De la Grundnorm a la metanorma constitucional* de José Gerardo Candamil Pinzón, de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, D. C., disponible en formato digital en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/9857/1/06701450.2013.pdf>). En Schmitt, el origen del poder constituyente está enmarcado en el estado de naturaleza en donde se gesta una “Voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo” (Schmitt, pág. 86). Voluntad política que desde Bodino recae esencialmente en el soberano, quien tiene un poder ‘supra leges’ con facultad de tener ‘legis volutus’.

En Colombia una de las primeras referencias existentes sobre la distinción entre poder constituyente y constituido fue realizada por el político conservador Gilberto Avendaño quien comentaba la Asamblea Nacional Constituyente que convocó el Congreso de la República el 05 de junio de 1953. “La Asamblea Nacional Constituyente, como se llama con mucho énfasis verbal y notoria impropiedad jurídica, no es más que una comisión revisora, con facultades delegadas por el congreso. No tiene un mandato popular para elaborar un nuevo estatuto (...) El congreso tiene un poder constitucional emanado de la carta vigente. Ese poder lo ha delegado con ciertos límites en un colegio de expertos” (Alzate Avendaño, pág. 106). Alzate criticaba el nombre y pretensiones de la asamblea por desconocer el significado propio del poder constituyente y poder constituido, para ello citaba a autores como Jean-Jacques Rousseau, Emmanuel Siéyes, Carl Schmitt, Carre de Malmberg y Arnold. “Cualquier escolar de derecho conoce la diferencia doctrinal entre poder constituyente y poderes constituidos, entre la voluntad primaria que configura el Estado, y los órganos que sirven de vehículo a su funcionamiento. El primero es la causa prima, el motor inicial que actúa allende las leyes. Los otros son subproductos sometidos a canon y regla. Las ramas y estamentos derivados del régimen constitucional no pueden ser autores de su propia potestad. Eso pasa con la flamante Asamblea Constituyente, que pese a

Ante este panorama nacen la desobediencia civil y la objeción de conciencia. Estas figuras hacen relación a casos en los que miembros particulares de una comunidad enfrentan el predicamento de incumplir una ley por motivos de conciencia y pretenden, no obstante, estar obrando conforme a derecho y no ser merecedores de sanción o reproche alguno. Las condiciones o características para que se configure la objeción de conciencia o la desobediencia civil son las siguientes⁵:

2.1. Es un acto público

La insatisfacción por la respectiva ley, programa de gobierno o proyecto de ley debe manifestarse públicamente o en un estrado judicial.

2.2. Es un acto político, antes que cualquier motivación

...Dichosa edad y tiempos dichosos aquellos a quien los antiguos dieron el nombre de dorados, y no porque el oro fuera en ellos lo que es en nuestra edad de hierro sino porque en aquella venturosa no se conocieron estas palabras de tuyo y mío.

MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA

la hipérbole de su nomenclatura jactanciosa, no es más que una entidad constituida” (Alzate Avendaño, 1953, p. 107). Sobre este tema me parece valioso el aporte del Dr. Juan Felipe García Arboleda que referencia esta época como el punto de quiebre para que se incluyera en la discusión jurídica y nacional la distinción entre poder constituyente y constituido (García Arboleda), sin embargo, rescato más de lo que él lo hace al político conservador Alzate Avendaño como el que fue –quizá– el primero y más versado sobre la distinción de la temática señalada en nuestro país. Resalto la editorial en el Diario el País el 03 de junio de 1953 y no tanto la conferencia radial de 1957 como lo realiza García Arboleda quien olvida la realizada cuatro años atrás por el inspirador de *Los Leopardos*.

En la actualidad, Colombia ha tenido grandes aplicaciones de estos conceptos en el llamado ‘juicio de sustitución de la Constitución’ utilizado claramente en sentencias de la Corte Constitucional C-588 de 2009 y C-141 de 2010.

⁵ El mismo Rawls dice que se basa en la definición de desobediencia civil de H. A. Bedau. Vid. En su artículo «On Civil Disobedience», en *Journal of Philosophy*, vol. 58 (1961), pp. 653-661 De esta manera reconoce que se aparta de algunas definiciones clásicas como las de Henry David Thoreau.

La desobediencia civil es política por la concepción de justicia invocada para recurrir a ella. La justicia encierra de suyo la exigencia de mirar al otro, de evitar el egoísmo y de dar forma a la constitución política, apelando a principios universalizables. De ocurrir el desconocimiento de estos principios al excluirse una minoría, poniendo en riesgo la cooperación social entonces dicha minoría tendría el derecho a resistir: “una minoría lleva a la mayoría a considerar si desea que sus actos se tomen de ese modo o si, en vista del común sentido de justicia, desea admitir pretensiones de la mayoría” (Rawls, 2012, p. 163).

La objeción de conciencia no sería estrictamente política, por no buscar el sentido de justicia de la comunidad, pues simplemente consiste en negarse a obedecer la ley por motivos de conciencia, sin estipular una fundamentación en el sentido de justicia. Sin embargo, quienes participan en acciones tanto de la objeción de conciencia como de la desobediencia civil (desobedientes y comunidad en general) tienen que, como diría el mismo Habermas, despojarse de su condición de sujetos privados para actuar como ciudadanos e intentar llegar al entendimiento intersubjetivo, lo cual coincidiría con una reducción de la distancia entre facticidad y validez en el derecho (Habermas, 1998).

2.3. Es propia de minorías

Ha sido concebida esencialmente para proteger a las minorías de la mayoría legislativa, que por su gran poder puede llegar a vulnerar derechos de aquellas. En caso de vulneración de los derechos de la mayoría, a esta le resulta mucho más fácil activar instrumentos jurídicos buscando cambiar las normas que la afectan, de tal modo que sería extraordinariamente raro que la mayoría recurriera a mecanismos de protección jurídica como los de la objeción de conciencia⁶.

⁶ Podríamos decir que estos mecanismos tienen una asimilación de las minorías con rasgos muy semejantes a lo que haría parte de una teoría jurídica de la indignación en donde “la indignación podría ser una experiencia fundadora de una teoría jurídica” (de Sousa Santos, 2012). Sin embargo, esta surge desde hace muy poco tiempo con comparación con las teorías acá tratadas, lo que no obsta para decir que pueden existir similitudes, complementos o continuidades entre una y otra.

2.4. Es un acto no violento

Nadie consagrado a pensar sobre la historia y la política puede permanecer ignorante del enorme papel que la violencia ha desempeñado siempre en los asuntos humanos.

HANNAH ARENDT

Al fin y al cabo, la razón práctica por la que, cuando el poder está una vez en manos del pueblo, se permite a una mayoría gobernar, y seguir haciéndolo por un periodo largo de tiempo, no es que haya más probabilidad de que sea justa, ni que le parezca más apropiado a la minoría, sino que físicamente es más fuerte

HENRY DAVID THOREAU

La autoridad y la violencia⁷ ejercidas por una organización política persiguen la obediencia. La primera apela a la aceptación desde el interior, desde la convicción, al ser ejercida por ‘el poder’ que en términos arendtianos tiene la capacidad de actuar de manera concertada; la segunda, a la aceptación por coerción o presión psicológica o física.

De igual forma no toda obediencia a la ley debe darse porque es conforme a nuestro parecer, pues uno tiene el deber como ciudadano – en principio– de cumplir la ley así la considere injusta. Una norma que inspire autoridad no necesita de la fuerza violenta para hacerse obedecer, el convencimiento para hacer una acción tiene mayor poder. Esta autoridad es la legitimidad que necesita para gobernar y la fuerza es un monopolio estatal que por vía legal es ejercido, es el “indiscutible reconocimiento por aquellos a quienes se les pide obedecer; no precisa ni de la coacción ni de la persuasión” (Arendt, 2005, p. 62).

Cualquier teoría de la justicia e intento de puesta en práctica pretende y supone autoridad. Preguntarse por la autoridad es referirse directamente al fundamento de la obediencia, la autoridad requiere de la obediencia y, por

⁷ Hannah Arendt distingue en *On violence* más conceptos de los aquí tratados, además de violencia y autoridad, esquematiza la fuerza, la fortaleza y el poder. Para el presente texto, son citados algunos conceptos de la pensadora alemana sin que asumamos de pleno un análisis riguroso de su completo y complejo sistema de pensamiento.

ello, el uso de la violencia para que sean cumplidos los preceptos emanados de una autoridad es, precisamente, una muestra de la impotencia y fracaso de la autoridad como forma más auténtica de poder, “poder y violencia son contrarios; donde uno gobierna en forma absoluta el otro está ausente” (Arendt, 2005, p. 56).

En el caso de la violencia ejercida por el ciudadano y no por el Estado podríamos decir que un arresto o castigo es aceptado por el objetor de conciencia sin resistencia física. Las demandas del objetor se expresan sin violencia, recurriendo en su lugar a una intensa actividad cultural, como la poesía, la literatura, las acciones simbólicas y el humor, por medio de la cual dan publicidad a la exclusión con respecto a una o unas minorías que encierra la norma desobedecida⁸. El humor, por ejemplo, muestra el absurdo de la ley o del programa de gobierno que se combate, con imaginación suficiente para tratar de socavar su legitimidad, propósito de la objeción de conciencia, de acuerdo con Habermas. Por su parte, Rawls señala que actuar siendo conscientes de que podemos ser castigados y aceptar el castigo le da credibilidad a la causa perseguida. “La desobediencia civil es no violenta en el sentido adicional de que se acepta el castigo legal por las propias acciones y (al menos por el momento) no se contempla la posibilidad de resistencia” (Rawls, 2012, p. 164).

Esta característica de la no violencia no está necesariamente conectada con un principio pacifista o religioso, no hace falta tener una religión que lo establezca o un modo de vida pacifista para ejercer la objeción de conciencia y la desobediencia civil de forma no violenta. Al respecto Paul Ricoeur opta por afirmar que quien elige una forma no violenta de manera consciente, tuvo que tener en cuenta todas las formas violentas y su repercusión de manera negativa al momento de convencer a alguien de su argumento. Por lo tanto, que la protesta sea no violenta suele significar que hay una reflexión mayor

⁸ El movimiento estudiantil estadounidense de la década de los 60' del siglo XX se manifestó –entre otras– con los famosos actos culturales y de conciencia como los ‘teach-ins’, ‘sit-ins’, ‘love-ins’ y el ‘the human be in’ que algunos dicen funda el movimiento Hippie. “Esta oposición se expresa de manera efectiva en la *demonstración*, en la manifestación no violenta, que no implica una búsqueda voluntaria de la prueba de fuerza. Buscar el enfrentamiento por el enfrentamiento mismo no es solamente inútil: es irresponsable. (...) La búsqueda del enfrentamiento terminaría por falsear la oposición antes que por esclarecer las razones que la originan” (Vergez, p. 112)

en quien así protesta que en quien actúa violentamente, pues la violencia corrientemente se asocia a la inmediatez de reacción ocasionada por los instintos: “Si los instintos son la materia de lo terrible, si la lucha de clases es su primera elaboración social, es como fenómeno político como [la violencia] penetra en la zona del poder” (Ricoeur, 1999).

Pese a la parénesis de la no violencia, hay ciertas excepciones a los actos no violentos en la objeción de conciencia y la desobediencia civil. Rawls dice que si las instituciones estatales no escuchan las argumentaciones de quienes hacen desobediencia civil u objeción de conciencia, estarían justificadas ciertas acciones violentas para llamar su atención⁹.

Más aún, al tomar parte en actos de desobediencia civil, no renuncia uno indefinidamente a la idea de resistencia violenta; pues si repetidamente se hacen oídos sordos a la apelación contra la injusticia, entonces la mayoría ha declarado su intención de invitar a la sumisión o a la resistencia, y es concebible que esta última pueda estar justificada incluso en un régimen democrático. No se nos exige que aceptemos el quebrantamiento de libertades fundamentales por mayorías democráticas que se han mostrado ciegas a los principios de justicia en los que descansa la justificación de la constitución (Rawls, 2012, p. 164).

Para ejemplificar de manera más clara la excepción a lo no violento en la objeción de conciencia y la desobediencia civil¹⁰, cabe considerar un suceso del año 2013, conocido como el ‘Paro Nacional Agrario de Colombia’, el

⁹ Esta característica matiza puntos de vista en donde se cree que estos mecanismos de protección son estrictamente no violentos, en este sentido se expresa Laserna al igual que una cantidad considerable de personas que abordan el tema, “abordamos las formas pacíficas de oposición y entre ellas las que consideramos el origen de todas: la objeción de conciencia” (Laserna Quinchia, p. 13).

¹⁰ Estas excepciones a lo no violento no son posibles de esperar en ciertas culturas, por ejemplo, en la lucha por la India de Gandhi no se tenía previsto realizar algo violento por extrema que sea la situación, “la fuerza bruta no tiene ningún lugar en el movimiento indio en ninguna circunstancia” (Gandhi, p. 283). En contraposición, la fuerza del alma es la que definía Gandhi para los *Satyagraha* y ésta se ve disminuida en igual proporción en la utilización de la fuerza bruta, asimiladas de esta manera como antagónicas. Con ahínco, vehemencia y orgullo Gandhi describe que no han invertido tan solo un instante de sus pensamientos en considerar una resistencia armada. En occidente una de las primeras formas de ese pacifismo radical fue propuesto por Thoreau

cual convocó a los principales sectores campesinos del país a manifestarse contra la ley de la República que aprobó el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos¹¹⁻¹², así como contralas medidas adoptadas tanto por el gobierno de la época como por los gobiernos anteriores en relación con el sector agrario del país (Betancur Betancur, 2013). El paro agrario inició el 19 de agosto de 2013 y los distintos sectores productivos del agro –arroceros, cafeteros, paperos, etc.– hicieron sentir su inconformidad con la situación económico social en la que se encontraban, exponiendo ante la opinión pública la manera en que las políticas gubernamentales habían venido afectando la forma de vida del campo y las oportunidades y calidad del trabajo que allí se realiza. El gobierno, sin embargo, no prestó mucha atención a los reclamos y al drama vital presentado por estos grupos de ciudadanos, llegando incluso al punto de negar o banalizar las protestas. Es tristemente célebre la frase del presidente de la República, Juan Manuel Santos: “el tal Paro Nacional Agrario no existe” (Revista Semana, 2013). En un escenario como este, en el que no hubo escucha institucional, se justificaban las vías de hecho para hacerse escuchar. Por esta razón el bloqueo de vías, la destrucción de los propios cultivos y otras acciones llamaron la atención y la solidaridad de la gente no perteneciente al ámbito rural. Se presentaron numerosas marchas en solidaridad con los campesinos en diversas regiones del país que indudablemente despertaron el sentido de justicia de la comunidad¹³ (Paro agrario: las dos caras de la protesta, 2013).

“Este pueblo debe dejar de tener esclavos, y de hacerle la guerra a México, aunque le cueste su existencia como pueblo” (Thoreau, 2012, p. 156).

¹¹ El Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América fue aprobado por nuestro país por medio de la Ley 1143 del 04 de julio de 2007, declarada ajustada a la Constitución Política de 1991 por la Corte Constitucional Colombiana en su sentencia C-750 de 2008 y entró a regir el 15 de mayo de 2012 (Plata, 2013).

¹² La afectación por parte de este TLC a los campesinos fue advertida en su momento por diferentes voces representativas de nuestro país. Entre los férreos contradictores estaba el entonces Senador Jorge Robledo sostenía que «es fácil comprender que quienes más sufrirán son los productores más débiles, campesinos e indígenas, y son los asalariados los que más sufren cuando se arruinan los empleadores» (C-750/2008, 2008).

¹³ Estas ciertas formas de ejercer la violencia no debe ser la constante en estos movimientos, debe ser de una forma excepcional al actuar del desobediente civil y

Por último, es pertinente aclarar que los campesinos trabajan y viven en la misma tierra, conforman un proyecto de vida alrededor de esta, por lo cual una afectación grave a las condiciones de su trabajo agrario puede considerarse como una amenaza a su conciencia¹⁴⁻¹⁵.

2.5. Es hecho a conciencia

Acepto cordialmente el lema de que «el mejor gobierno es el que menos gobierna», y me gustaría verlo actualizado más rápida y sistemáticamente. En la práctica, lleva a otro en el que también creo: «el mejor gobierno es el que no gobierna en absoluto»

HENRY DAVID THOREAU

Desde Kant podemos afirmar que el hombre por más determinaciones de la naturaleza y del entorno que pueda llegar a tener, siempre en última instancia podrá decidir su propio camino para actuar. Para el filósofo de

objeto de conciencia “La violencia, siendo instrumental por naturaleza, es racional en la medida en que resulte efectiva para alcanzar el fin que debe justificarla. Pero como cuando actuamos nunca conocemos con certeza las consecuencias eventuales de lo que hacemos la violencia sólo puede ser racional si persigue fines de corto plazo” (Arendt, 2005, p. 79). Para el caso, el fin a corto plazo no es el mismo de la objeción o la desobediencia, sino el de despertar el sentido de justicia.

¹⁴ En Colombia hay por lo menos tres formas de concebir la propiedad sobre la tierra: a.) la más conocida es la concepción occidental insertada desde nuestro Código Civil, en donde existe una marcada diferencia entre el objeto explotado y un explotador que usa y goza de la cosa; b.) la visión campesina en donde, además de trabajar en la tierra viven en ella y proyectan su vida familiar; c.) la cosmovisión indígena, en donde hablar del hombre y la tierra por separado *per se* constituye un error grandísimo, más bien es considerado el hombre y la tierra como edificadores y desarrolladores de un ciclo indisoluble. Resulta absurdo, por tanto, tan siquiera concebir un sistema jurídico en donde no tengamos claramente demarcados las diferentes formas de asimilar las relaciones con y en la tierra. En un país como Colombia en donde existe una autoproclamación de la pluriculturalidad como pilar constitucional debe adecuarse reglas de interpretaciones y normas civiles, laborales, comerciales, etc., a las especificaciones que merece cada manera de vivenciar o vivificar la tierra.

¹⁵ Quizá la desobediencia civil vista en el Paro Nacional Agrario es un problema latente y patente de los conflictos que esboza Jürgen Habermas en donde hay una contraposición o falta de armonización entre el “idealismo constitucional (filosofía), tensión con la praxis del derecho económico (empiría)”.

Königsberg esa última instancia es la razón pura; para efectos de la objeción de conciencia y de desobediencia civil, la conciencia no está solo compuesta por la razón, sino que hay una conciencia en la cual el sujeto, por medio de unas motivaciones racionales y no racionales, decide actuar o no de cierta manera, considerando así a la conciencia como el último tribunal de decisión o de gobierno del hombre.

Al comienzo del capítulo VI de *Teoría de la Justicia*, Rawls plantea lo siguiente: “[...] hemos de reconocer que las leyes injustas son obligatorias siempre que no excedan ciertos límites de injusticia” (Rawls, 2004, p. 321). Es justamente la conciencia la que establece los límites de aceptación de una norma injusta, pues la afectación a la conciencia constituye de suyo un daño, pero el límite de tolerancia a tal afectación implica una puntualización o precisión que debe hacerse a través de una argumentación.

Si el ciudadano se siente vulnerado en su conciencia, debe demostrar dicha vulneración ante la sociedad a través de una conducta sostenida durante cierto tiempo y hacerla evidente hasta donde sea posible mediante hechos externos. La conciencia es algo compuesto por aspectos racionales y no racionales, no determinables a través de los medios probatorios tradicionales. El maestro Ciro Roldán, experto en psicoanálisis, dice que “Lo único que el objetor puede demostrar es la calidad de su creencia” (Roldán Jaramillo, p. 178) Si alguien, por ejemplo, desea poner de manifiesto que cierta ley es contraria a su conciencia, por medio de diversas evidencias debe hacerlo constar como marcas indelebles de su personalidad. Evidencias tales como testimonios, fotos, videos, costumbres, etc., pero no puede aspirar a demostrar en sí algo que es tan íntimo y solo conjugable en primera persona.

Es un acierto no identificar elementos netamente religiosos con la conciencia, por cuanto motivaciones religiosas, éticas o filosóficas son apenas algunas de las manifestaciones de la conciencia y no la totalidad de esta. En el campo jurídico, para proteger la libertad religiosa, se adopta el famoso concepto de *neutrality*, con el cual se evita afectar o discriminar el peso o valor de algunas creencias en una decisión¹⁶.

¹⁶ Aplicado de inmejorable manera en el caso *Sherbert v. Verner*, de la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1963.

2.6. Es contraria a la ley, o a un programa de gobierno, o a un proyecto de ley

... quería despertar a la gente y expresar mi desacuerdo por lo que está ocurriendo.

JAN PALACH

Si se está en contra de todo el ordenamiento jurídico por cuestiones de conciencia, se propone no una objeción de conciencia o una desobediencia civil, sino una Asamblea Nacional Constituyente en donde haya una reestructuración total del sistema jurídico en conjunto con el resto de la sociedad o comunidad. No siendo posible, sin embargo, esta opción democrática, pero sí muy fuerte la oposición de la conciencia a todo el ordenamiento jurídico, algunos grupos o personas buscarán alzarse en armas constituyéndose en insurgentes, guerrilleros, rebeldes o revolucionarios¹⁷:

¹⁷ Obedecer una ley o norma por la simple obediencia, entraña problemas. Los jueces han tenido atisbos de lucidez cuando no atribuyen carácter absoluto al derecho, sino que le reconocen dimensiones de excepcionalidad. De esta forma han considerado situaciones como el estado de necesidad, la legítima defensa, la objeción de conciencia, entre otros, como formas de eludir justificadamente la obediencia a la ley.

Si preguntáramos por la existencia de una obligación para cumplir una ley por el simple hecho de ser ley, sería válido sostener, siguiendo Joseph Raz, que no existe obligación *prima facie* de obedecer al derecho. Buscar una fundamentación para obedecer una norma significa buscar algo que la haga deseable, bajo una premisa que involucre a todos los ciudadanos, sin embargo a Raz no le resulta evidente que en una sociedad, incluso en una con un sistema justo, exista *per se* la obligación de cumplir una norma (Raz, 2011). Es en este punto donde se diferencia Rawls de las ideas de Hart, pues el autor de Teoría de la Justicia apela a bases conceptuales que le permiten afirmar que lo justo es una representación de la determinación de lo bueno y no solo el ordenamiento jurídico.

Es posible evidenciar parte de estas iniciativas al rastrear los grupos guerrilleros en Latinoamérica que han tenido como gran referente al ‘Movimiento Revolucionario 26 de julio’ de Cuba, movimiento que se alzaba en armas por considerar injusta la dictadura de Fulgencio Batista (1952-1959).

En Colombia el movimiento guerrillero fue avivado por el cierre institucional a propuestas de izquierda, muestra de ello la prohibición comunismo en el país “Queda prohibida la actividad política del comunismo internacional. La ley reglamentará la manera de hacer efectiva esta prohibición” (Asamblea Nacional Constituyente,

“Todos los hombres reconocen el derecho a la revolución, es decir, el derecho a retirar la adhesión y resistirse al gobierno cuando su tiranía o su ineficacia son grandes e insoportables” (Thoreau, 2012, p. 155). Finalmente, si no es posible ninguna de las opciones anteriores y persiste la oposición personal o colectiva al régimen jurídico, quedan como alternativas el autoexilio o el suicidio.¹⁸

1954). Cabe resaltar que la mayor muestra de la homogenización de ver la política es el establecimiento del Frente Nacional el cual planteaba una institucionalización de solo dos partidos políticos. En dicho contexto surgieron dos movimientos guerrilleros hoy aún vigentes: en 1960 el Ejército de Liberación Nacional –ELN- y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC–. Al respecto el autor de la Serpiente sin Ojos nos dice “Como si el peligro para Colombia no fueran los partidos tradicionales que la habían consagrado (...) el Frente Nacional les repartió el poder y prohibió toda oposición legal en Colombia a la vez que confirmó al Estado como un elemento para garantizar privilegios” (Ospina, 1999).

El común denominador de estas guerrillas emergidas en la segunda mitad del siglo XX tiene como pretensión acabar con el establecimiento jurídico y político en su totalidad para establecer algún otro que ellos consideren justo y que por vías institucionales no es posible argüir. De alguna u otra manera pasa, en últimas, lo que Jean-Paul Sartre nos señalaba al decirnos que la revolución solo quiere ser *statu quo*.

¹⁸ El suicidio como forma última de oposición enorme a un régimen jurídico considerado injusto e insoportable es palpable en los que protestan al quemarse a lo ‘bonzo’. Un ejemplo claro es el ocurrido el 16 de enero de 1969 en la Plaza de San Wenceslao en Praga. Jan Palach, que era un joven estudiante de filosofía de 21 años, había forjado sus ideales en oposición al régimen soviético y cuando “el disenso convencional e institucionalizado estaba prohibido en la esfera soviética” decidió prenderse fuego en símbolo de máxima protesta pacífica a la invasión a Praga por parte del poder militar del Pacto de Varsovia iniciada meses atrás en donde “Se calcula que la fuerza invasora sumaba por lo menos 250 000 hombres y 4 200 tanques aproximadamente. Más adelante arribaron otras unidades calculadas en otros 250 000 hombres.” (Bazant, p. 38). Como lo habíamos referenciado, quien tiene una oposición desde la conciencia a una norma jurídica o a un régimen jurídico, prefiere ser castigado o incluso morir en vez de cumplirla. Ahora bien, en el caso de Palach su castigo esencialmente fue no poder expresar de forma tranquila su inconformismo cuando sus ideales lo demandaban, por ello decidió gritar en silencio con su propio cuerpo generando un hito en este tipo de manifestaciones. Él mismo se denominó una antorcha que se encendía en pro de abolir la censura imperante en su país (Golan, p. 257) y así lo siguieron meses después otros estudiantes como Jan Zajíc, el 25 de febrero y Evzen Plocek, el 04 de abril. Estos casos

Uno de los objetivos de este escrito es mostrar que el ordenamiento jurídico encierra la posibilidad de reconocer que personas situadas fuera y en contra de la ley poseen justificación por sus acciones y ser liberadas de cualquier sanción. Cosa distinta ocurre con los insurgentes, rebeldes y revolucionarios, quienes son tratados por muchas teorías liberales como merecedores de sanción, pero de forma más benévola¹⁹. Estos asuntos también son tratados por una concepción de la justicia procedimental imperfecta, pero de forma represiva.

tienen una particularidad: son pesimistas en cuanto a la vida personal al existir un autosacrificio, pero son optimistas en cuanto a la comunidad, al esperar que dicho acto tan fuerte repercuta en el sentido de justicia y en la asimilación de la seriedad de las pretensiones.

Por otro lado, el suicidio en pro de un amor ideal también podría enmarcarse en este tipo de muestras que, si bien son menos políticas, son de una u otra forma muestra de una salida a un sistema jurídico y también social que no va conforme a la conciencia; la literatura de Shakespeare en *Romeo y Julieta* y de Goethe en *Werther* han plasmado precisamente lo aquí analizado, personas atravesadas por un amor ideal, que por ser tal no puede soportar una realidad, optan por tanto, por realizar lo que, en palabras del escritor de *El mito de Sísifo*, es el "...problema filosófico verdaderamente serio: el suicidio" – "...problème philosophique vraiment sérieux : c'est le suicide" – (Camus, 1951). Las dos obras literarias mencionadas anteriormente han tenido repercusiones sociales serias, Durkheim decía que "Ningún hecho es más prontamente transmisible por contagio que el suicidio" (Durkheim, 2007) y efectivamente estos casos tuvieron una consecuencia que luego lo conoceríamos como 'efecto Werther' en el cual decenas de jóvenes sintiéndose identificados por los protagonistas de estas obras emularon su trágico desenlace. Evidentemente este tipo de rechazo a la realidad impuesta debería decir algo a las teorías políticas y del derecho, lamentablemente no es objeto de este trabajo dicho análisis que por fortuna, sí lo será en uno futuro.

¹⁹ No hay que confundir este tipo de oposiciones con pensamientos antinomistas, en los cuales hay una oposición radical a todo tipo de ley. Estas están mejor evidenciadas en posiciones tanto religiosas o no religiosas, por ejemplo, en un inicio el cristianismo, como lo señala Estanislao Zuleta, estaba en contra de toda ley, pues el amor era suficiente, *el Sermón de la montaña* era un ataque voraz a los *Diez Mandamientos* "Los Diez Mandamientos es la ley, la ley mosaica, pero son prohibiciones: a esas prohibiciones Cristo les opone algo que las deja abolidas: el amor" (Zuleta, p. 318). Un antinomismo hallado también en pensadores poco religiosos como Marx en su concepción del derecho y la propiedad privada o en Rousseau en donde una sociedad autentica no debe tener ley alguna.

La acción propia de la objeción de conciencia y de la desobediencia civil está en contra de una norma específica o de un programa de gobierno inidentificable, pero no en contra de una abstracta o de todo el ordenamiento jurídico. De esta manera se genera una especificación de la afección y de lo que es afectado, razón por cual considero que la desobediencia civil también aplica en el caso de un proyecto de ley que cursa en el congreso o parlamento como potencial vulneración a la conciencia de muchas personas. Por cuenta de este proyecto de ley pueden existir protestas para presionar la decisión de los legisladores e impedir que se convierta en ley. Lo anterior sería objeto de desobediencia civil, mas no de objeción de conciencia, pues esta busca la excepcionalidad de la ley, que en el caso de un proyecto es inexistente aún; en cambio la desobediencia civil busca retirar del ordenamiento jurídico una ley dada, fungiendo de alguna manera de legislación negativa, función que es cumplida igualmente al impedir, a partir de la argumentación, que una ley no salga a la luz pública.

Un ejemplo palpable es el movimiento estudiantil del año 2011 en Colombia, el cual estaba en contra del proyecto de ley presentado el 03 de octubre por el Gobierno Nacional para reformar la Ley 30 de 1992 (Revista Semana, 2011). Este movimiento estudiantil protestaba por no haber tenido la oportunidad de participar de un modo más cercano en la formulación de dicho proyecto, pues ningún sector educativo tuvo influencia evidente en el proyecto de ley presentado. Así las cosas, la protesta encerraba el reclamo por la inclusión de voces representativas del sector educativo, especialmente de los estudiantes, en la elaboración del proyecto de ley. Si tenemos en cuenta que el carácter de ciudadanos es fundamental en nuestras vidas, pues como tales gozamos del reconocimiento a la igualdad de derechos y de participación en las decisiones de nuestra comunidad política, la imposición de leyes sin consulta previa con los sectores directamente afectados, se considera una vulneración a la conciencia de estos²⁰.

²⁰ Sobre este tipo de vulneración ya ha habido algún avance en la estipulación de la consulta previa a comunidades indígenas en Colombia, quien adoptó, ratificó y ha hecho efectivo el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Desde este referente normativo incorporado a un rango constitucional por vía interpretativa del Bloque de Constitucionalidad Colombia ha fortalecido jurídicamente esta institución. Quizá,

En otro aspecto, la argumentación de los que objetan conciencia o desobedecen civilmente es de una magnitud significativa al arraigar estos fenómenos en el límite fronterizo entre la legalidad y la ilegalidad. La ilegalidad puesta de manifiesto en ir en contra de la ley e incluso no cumplirla y la legalidad como forma protectora de los derechos que pudiesen proteger la conciencia.

2.7. Es realizada con la intención de provocar un cambio de política de gobierno o ley

No necesariamente se le exige al desobediente civil un proyecto de cambio de la ley o una ley alternativa, sino simplemente que tenga la intención de cambiarla sobre la base de un discurso que demuestre la manera en que la norma lo afecta a él y a su grupo. Por el contrario, el objetor de conciencia no desea cambiar la ley, sino más bien que se le conceda una excepcionalidad a la misma.

2.8. Reivindica los principios de Justicia

En la desobediencia civil y la objeción de conciencia es rechazada una norma jurídica y se argumenta que esta misma, aparte de afectar a una minoría, conceptualmente va en contra de los principios de justicia o constitucionales. Por ello, la argumentación debe fundarse en la incompatibilidad de la ley o programa de gobierno con los principios de justicia. Rawls considera que la autoridad del ordenamiento es fortalecida tras una desobediencia civil o una objeción de conciencia, porque demanda justificaciones rigurosas acerca del carácter justo de las normas. Jürgen Habermas, por su parte, llamaría en *Facticidad y Validez* sistema de autorreferencialidad a esta capacidad de un Estado de volver una y otra vez a pensar sus bases constituyentes: “una comprensión dinámica de la Constitución como un sistema inacabado” (Habermas, 1998, pp. 465-466).

referenciar los presupuestos conceptuales de esta consulta previa permita hacer una analogía con el caso de los campesinos en nuestro país.

Rawls propone –como dice Gregorio Peces-Barba– una “institucionalización de la resistencia”²¹ (Peces-Barba Martínez, 1988, p. 162). La gran apatía a tratar dentro de un ordenamiento jurídico los fenómenos de la objeción de conciencia y la desobediencia civil procede de la idea generalizada de que su aceptación conduciría a un debilitamiento profundo de este en la medida en que ellos ponen la estructura constitucional en cuestión. La propuesta de Rawls, sin embargo, le permite al ordenamiento jurídico estar más dispuesto a aceptar al desobediente civil y al objetor de conciencia, debido a que ellos se ampararían en principios de justicia y en principios constitucionales en el desarrollo de su argumentación, pero en contra de la norma jurídica que los aqueja y mancilla su conciencia. De esta forma intenta Rawls responder a las preguntas dirigidas por Thoreau a la institución del gobierno:

¿Por qué no aprecia a su sabia minoría? ¿Por qué se lamenta y resiste antes de salir perjudicado? ¿Por qué no anima a sus ciudadanos a estar alertas para señalar sus fallos y *hacerlo* mejor que él? ¿Por qué siempre crucifica a Cristo, excomulga a Copérnico y a Lutero y declara rebeldes a Washington y Franklin? (Thoreau, 2012, p. 160)

Puede decirse que el autor de *Liberalismo político* transforma las preguntas de Thoreau en consejos, fortaleciendo de este modo un flanco débil y poco trabajado en las teorías jurídicas.

2.9. Requiere de un equivalente

La objeción de conciencia desafía y pone a prueba el ordenamiento jurídico en relación con las obligaciones de los ciudadanos. El deber ciudadano es evadido, pero muchas veces es necesario establecer un equivalente para

²¹ En su artículo 20, parágrafo cuarto, la Constitución de la República Federal Alemana de 1949, hoy vigente, ha tenido la lucidez de intentar una especie de institucionalización de la resistencia, un *ius resistentiae* “Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.” (Consejo Parlamentario, 2010). Cabe aclarar que, en opinión de Habermas, debe hacerse la distinción entre *el derecho de resistencia* constitucional de Alemania que es legítimo y legal, en contra posición con la desobediencia civil que sería ilegal, pero recurre a fundamentos que den una legitimidad desde ordenamiento estatal (Habermas, Ensayos políticos, 2000).

compensar tal evasión, y evitar que se rehúya caprichosamente el cumplimiento de los deberes que demanda una comunidad. A continuación se presenta una categorización de las equivalencias según el deber objetado:

i) Equivalencia disuasoria. Se configura cuando puede haber un equivalente del deber ciudadano. En este caso es imperativo analizar cuál es el principio que sostiene de una u otra manera la norma que ordena hacer algo y que amenaza la conciencia. Identificado este aspecto, se propone algún equivalente de la acción que cumpla con el principio; esta forma se conoce también como “contraprestación sustitutoria” (Solar Cayón, p. 166), por la cual el ordenamiento jurídico renuncia a obligar a un ciudadano o a un grupo de ciudadanos a cumplir con un mandato legal en sentido estricto, ofreciendo una alternativa. Un ejemplo de esta equivalencia puede tomarse de Thoreau, la negación a pagar un impuesto a la guerra. El principio es la obligación de tributar al Estado, el cual puede respetarse destinando el mismo monto de la obligación a otras arcas del estado, como las de educación, salud, vivienda, etc... Lo mismo sucedería al proponer como compensación un servicio social o comunitario en lugar de prestar el servicio militar, o cuando se hace objeción de conciencia a la escolarización de un niño, pero se garantiza que sea educado fuera de la escuela cumpliendo unos parámetros mínimos.

ii) Sustituir al accionante. Cuando existe el riesgo de afectar un derecho fundamental de otra persona por el hecho de objetar conciencia, el objetor debe buscar a alguien que pueda garantizarle al otro el goce efectivo del derecho, un ejemplo de esta equivalencia es la obligación del médico objetor de conciencia a la práctica de un aborto, de facilitar que la madre sea remitida inmediatamente a un médico que sí esté dispuesto a realizar dicho procedimiento médico.²²

iii) La imposibilidad de equivalencia. Cuando hay objeción de conciencia a un aparente beneficio otorgado por el Estado a los ciudadanos, no es posible pensar en equivalencia alguna. Sobre estos parámetros está edificada la posible objeción de conciencia a tratamientos médicos, en donde se objeta de forma absoluta sin pensar en equivalencia disuasoria o sustitución del accionante.

²² Serán abordados más adelante otros aspectos respecto a este tipo de objeción de conciencia en personas que desempeñan funciones públicas.

2.10. Es el último recurso para llegar al cambio

En cuanto a aceptar los medios que el Estado proporciona para curar la enfermedad, no conozco esos medios. Llevan demasiado tiempo, y la vida del hombre habrá pasado.

HENRY DAVID THOREAU

La desobediencia civil debe ser considerada como una excepción, en consecuencia es imprescindible agotar todas las vías democráticas y gubernamentales antes de recurrir a ella, convirtiéndose así en una especie de principio de subsidiariedad. La exigencia de obedecer reglas injustas en orden a salvaguardar la constitución no es aceptable para el objetor de conciencia, quien respetando la autoridad, se niega, no obstante, por motivos de conciencia a obedecer cierta norma con reclamos razonables que se han puesto de manifiesto previamente ante instituciones estatales. Agotados los recursos institucionales, la objeción de conciencia se propone como un acto político dirigido al sentido de justicia de la comunidad, independientemente de doctrinas religiosas o personales, pues se trata de sentidos de justicia comúnmente compartidos, con el propósito de cambiar la ley o los programas de gobierno objetados.

Que la desobediencia civil y la objeción de conciencia siempre busquen cautivar y persuadir al sentido de justicia de la comunidad supone una actividad de publicidad bastante ardua. En puntos anteriores hemos puesto de relieve la importancia medular de la trasmisión de los argumentos, pues ellos son el pilar de las protestas.

Por otra parte, existe la posibilidad de afirmar que incluso siendo la objeción de conciencia y la desobediencia civil últimos recursos, es posible acudir a ellas directamente. Cuando existe alguna urgencia manifiesta, cabe la posibilidad de apelar a estos mecanismos. Lo anterior no debe tergiversarse y tender a invocar estas figuras sin haber agotado los recursos institucionales, aun cuando bien puede ser que los recursos para reclamar un cambio existan, pero estén sumidos en unos trámites que dilatarían una efectiva solución al problema y, por tanto, el daño fuera inminente, incluso invocando alguna medida cautelar o su equivalente.

La posibilidad de cambio está matizada en la objeción de conciencia, ya que ella alega o argumenta motivos de conciencia no para cambiar la ley, sino para mostrar una lectura distinta de esta, en virtud de la cual la concepción de mundo de quien la invoca es afectada de manera significativa. Dada esta nueva lectura, se busca un método de interpretación distinto que garantice una excepción en la aplicación de la norma.

II. Dudas sobre la objeción de conciencia y la desobediencia civil

Pese a tener clara la estructura para instituir la objeción de conciencia y la desobediencia civil, existen en la práctica numerosas confusiones acerca de la naturaleza, constitución y desarrollo de estos dos términos. A continuación expondré algunas de ellas.

1. La indistinción en la práctica

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que en situaciones reales, no hay una marcada distinción entre la desobediencia civil y el rechazo de conciencia. (Rawls, 2004, p. 337)

En el ejercicio de la objeción de conciencia y de la desobediencia civil existe la tendencia a confundir una con otra cuando convergen en un mismo escenario, sin embargo debe hacerse la diferenciación porque los aspectos que constituyen a cada una de las figuras son distintos y sus pretensiones también. Ronald Dworkin, por ejemplo, realiza una amalgama casi insoluble entre los dos conceptos (Dworkin, 2010). Al analizar la reacción de la comunidad estadounidense frente a la Guerra de Vietnam, se evidencia cómo hay objeción de conciencia al servicio militar y también hay desobediencia civil, los objetores buscaban una excepcionalidad a la ley porque no querían participar en dicha guerra por considerarla injusta, mientras que los desobedientes civiles querían con principios pacifistas oponerse a la participación en cualquier guerra posible, y no solo en la guerra de Vietnam.

2. ¿Las personas jurídicas pueden objetar conciencia?

Otro aspecto polémico es el referido a si las instituciones o personas jurídicas están o no facultadas para objetar conciencia²³; a favor de este punto está la tendencia que tiene como uno de sus grandes abanderados en nuestro país al Padre jesuita Alfonso Llano Escobar con su libro *Objeción de conciencia institucional* y más recientemente a Vicente Prieto, de la Universidad de La

²³ También llamada 'objeción ideológica' u 'objeción ética institucional'.

Sabana con su libro *La objeción de conciencia en instituciones de salud*. En el primer libro, el religioso hace hincapié en la posibilidad de que una institución que preste un servicio público, como un hospital, pueda objetar en conciencia el mandato jurídico de practicar el aborto (Llano Escobar, 2011). Mi consideración al respecto es que la facultad de la conciencia solo la posee el hombre y que las instituciones no pueden arrogarse una conciencia que reemplace las conciencias individuales de sus miembros. No es aceptable por lo tanto que una institución objete conciencia so pretexto de moldear un documento de suma de voluntades de sus miembros. Una institución no posee conciencia, no por falta de humanidad sino por falta de autonomía, pese a que podemos aceptar que se les reconozcan dentro de sus derechos algunos semejantes a los derechos fundamentales, como el debido proceso. Bajo esta misma perspectiva, no se les reconoce jurídicamente a los infantes conciencia, pero no por falta de humanidad sino por falta de autonomía plena, por lo cual no se les hace responsables de sus actos.

Según Prieto, “la problemática planteada en relación con las clínicas y hospitales está directamente relacionada con el derecho de las instituciones a poseer un ideario propio.” (Prieto, pág. 11). Del mismo modo es pertinente señalar que el hecho de tener esa libertad de ideario no significa que las instituciones posean algo semejante a la conciencia de los individuos humanos, por lo cual considero que entrar en el terreno de la valoración, deliberación y escogencia no le corresponde per sé a las instituciones. “Se dice, verdad es, que toda corporación carece de conciencia” (Thoreau, 2010, p. 413). Ahora bien, el mismo Thoreau tan solo elogia la corporación compuesta por hombres que se vinculan a ella conscientemente, sin embargo esto no significa que les reconozca la facultad de objetar en conciencia: “(...) pero una corporación de hombres conscientes es una corporación con conciencia” (Thoreau, 2012, p. 153).

Las instituciones o corporaciones no tienen la facultad de tener conciencia, entre otras cosas por ser autómatas, lo que las hace ser siempre fieles a los principios de su fundación. No se puede esperar, por ejemplo, que una institución como la Pontificia Universidad Javeriana cambie en una reflexión profunda sus principios religiosos católicos por unos musulmanes. Dicha Universidad seguirá siempre desarrollando los propósitos para los que fue fundada, o deja de ser la que es. Cosa contraria ocurre con el hombre, quien en su libre arbitrio y reflexión puede pasar por convicción de una ideología

religiosa a otra, por ejemplo San Agustín es formado por tradición cultural en religiones paganas, luego pasa a ser maniqueo y finalmente, gracias a su conciencia y a la orientación de San Ambrosio, sufre una conversión al cristianismo (Agustín, 1974).

3. ¿Pueden objetar conciencia los servidores públicos?

En Colombia ha surgido una controversia en referencia a la posibilidad de objetar conciencia por parte de los servidores públicos. Luego de una decisión histórica de la Corte Constitucional, la sentencia C-577 de 2011, que abría la posibilidad de formalizar y solemnizar, por vía contractual, ante juez o notario las uniones de parejas del mismo sexo. En la parte resolutive de dicha sentencia se sostiene lo siguiente:

“QUINTO.- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.” (C-577, 2011).

Llegado el tiempo establecido por la alta corte, el Congreso de la República de Colombia no había legislado sobre la materia y, por tanto, ante la inmediatez de la posibilidad de que las parejas del mismo sexo formalizaran su vínculo por vía legal, el Procurador General de la Nación expidió una circular recomendando a los jueces y notarios aplicar no un contrato de matrimonio sino un contrato innominado: “Precisa el procurador general que para formalizar y solemnizar uniones de parejas del mismo sexo no se podrá celebrar el contrato de matrimonio sino un contrato innominado” (Procuraduría General de la Nación, 2013). Aunada a esta sugerencia también formuló una exhortación a los jueces y fiscales a objetar conciencia si sus convicciones éticas les impedían formalizar este vínculo. Por situaciones de esta clase cabe preguntarse entonces si están realmente facultados los notarios a objetar conciencia; lo cual conduciría a extender el problema a otros funcionarios o personas que ejercen funciones públicas y a preguntarnos si un juez puede declararse en objeción de conciencia y no impartir justicia.

Para analizar el caso de los notarios debemos ir enmarcando la naturaleza de las funciones de estos mismos y ver si el ejercicio de su función afectaría seriamente su conciencia. Así las cosas, los notarios son los encargados en

el ordenamiento jurídico de dar fe pública²⁴. Consideremos un ejemplo. Si yo llegara donde un notario con un papel y una fotocopia del mismo en donde estuviera escrita la siguiente frase: ‘yo, Carlos Muñoz, soy el hombre más bello de este puerco mundo’ y pidiera que este me certificara la autenticidad de los documentos, sería inaceptable una respuesta suya en el sentido de que sus principios religiosos, familiares, ciudadanos, profesionales, filosóficos, etc., le dicen que debe ser siempre honesto y en concordancia con ello y con la práctica de toda su vida, él no puede autenticar estos documentos, porque ‘primero, esto no es un puerco mundo y, segundo, Carlos Muñoz ni siquiera es agraciado físicamente y mucho menos es el más bello del mundo’. A mi juicio, el notario no está facultado para abstenerse de cumplir con sus funciones notariales, porque a él se le ha atribuido la facultad de dar fe pública, es decir, de certificar la autenticidad de una copia con respecto a su original, pero no la de juzgar moralmente el contenido de lo que está autenticando. En este mismo sentido, la función del notario es la de certificar la mutua voluntad de constituir un matrimonio expresada por una pareja del mismo o de diferente sexo ante él, es decir, un acto relacionado con el estado civil de las personas, del cual debe dar fe sin que le quepa la posibilidad de negarse a realizar su función propia por razones morales, religiosas o personales, apelando a la figura constitucional de la objeción de conciencia.

Análisis distinto merece la objeción de conciencia de los jueces. Los jueces no pueden abstenerse de decidir sobre un caso, porque sus funciones son precisamente las de administrar justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución. La razón de ser de un juez es su función de decidir, él tiene en sus manos la inmensa responsabilidad social de hacer efectivo el goce de los derechos estipulados dogmáticamente por la constitución y las leyes. El acceso a la justicia por parte de los ciudadanos es indispensable para garantizar la igualdad y la efectividad del derecho. Otra razón que torna inaceptable la objeción de conciencia por parte de funcionarios en relación con el ejercicio de las funciones asignadas legalmente resulta de sopesar los derechos en conflicto. Considérese el caso de un juez que objete en conciencia su obligación

²⁴ “Fe pública: El artículo 1o. del Decreto Reglamentario 2148 de 1983, describe la fe pública o notarial que otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y lo expresado por éste respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece”. (Superintendencia de notariado y registro, 2008)

de ordenar la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo cuando se han probado las circunstancias que no solo establecen una excepción a su penalización, sino que constituyen la voluntad de dicha interrupción en un derecho fundamental; sería improcedente dicha objeción porque no están en choque el derecho a la objeción de conciencia del juez con el derecho de la madre a la interrupción voluntaria del embarazo, sino con el derecho de esta a la administración de justicia, y este último derecho es notoriamente más importante que el del juez.

Una cosa muy distinta ocurre con los médicos en relación con la orden judicial de practicar una interrupción voluntaria del embarazo, pues debido a la especificidad liberal de su profesión están facultados para objetar en conciencia. La práctica médica es un servicio público que supone contacto humano, por lo cual el galeno debe presenciar y participar directamente, en primera persona, en el procedimiento que corresponda, de tal modo que la afectación de sus principios y convicciones éticas es incontrovertible. En Colombia, como es sabido, están prohibidas todas las formas de aborto, sin embargo en tres casos la interrupción voluntaria del embarazo ha sido despenalizada: 1) en caso de que el embarazo haya sido causa de una conducta que constituya acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de un óvulo fecundado no consentidas, o de incesto; 2) en caso de que el neonato o el feto tenga malformaciones genéticas incompatibles con la vida digna según certificación médica y; 3) en caso de peligro de la vida o la salud de la madre gestante.²⁵ Si un médico por razón de principios religiosos, filosóficos, etc., se niega a practicar una interrupción voluntaria del embarazo, no debe ser obligado a hacerlo, por cuanto él su participación es directa y activa en la práctica rechazada por su conciencia²⁶. Los médicos se distinguen en su actividad de los notarios, pues a estos últimos no se les exige ser parte activa

²⁵ Véase la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional de Colombia. Consultable en la página web <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

²⁶ Los funcionarios de la salud tienen ciertas normas facultativas frente a esta situación: a.) La Ley 23 de 1981 –Código Ética Médica– en su artículo 6° “El médico rehusará la prestación de sus servicios para actos que sean contrarios a la moral, y cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión” b.) las enfermeras regulados por la Ley 911 de 2004, en su artículo 9° “En los casos en que la ley o las normas de las instituciones permitan procedimientos que vulneren el respeto a la vida, la dignidad y derechos de los seres humanos, el profesional de enfermería podrá

de aquello que lo indigna, por ejemplo en lo que respecta a la celebración de un matrimonio igualitario, no se le impone la obligación de realizar actos sexuales o afectivos con otra persona del mismo sexo, su función empieza y termina dando fe pública de la voluntad de los contrayentes. Por el contrario, el médico debe participar en la misma interrupción del embarazo, mediante procedimientos en los que él es el agente ejecutante y directo. Pese a su derecho a objetar en conciencia, el médico está obligado a remitir inmediatamente la paciente a otro médico que esté dispuesto a realizar la intervención, con el fin de salvaguardar los derechos ya adquiridos de la mujer.

La objeción de conciencia no es un derecho absoluto. Los profesionales de la salud deben atender las solicitudes de interrupción de embarazo en forma oportuna de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 y es su obligación remitir inmediatamente a la mujer embarazada a un profesional de la salud que pueda practicar dicho procedimiento (T-209/08, 2008).

Es necesario hacer hincapié en que los médicos no solo pueden objetar la práctica de la interrupción del embarazo, sino también las de manipulación de genes, eutanasia, etc. Para intentar comprender los conflictos entre mandato legal y conciencia que se les presentan a los que ejercen funciones públicas y a algunos particulares, como los médicos, el razonamiento debe seguir los siguientes pasos:

a) Identificar la naturaleza de su actividad para determinar la afectación a la conciencia, el ejemplo empleado en este estudio comparó la afectación en las actividades de un notario y un médico.

b) Determinar si se vulnera un derecho fundamental con la posible omisión de la actividad del funcionario o profesional. En el caso del médico, se vulneraría la libertad de los derechos reproductivos de la mujer cuando ocurre alguno de los tres casos antes señalados.

c) Si se determina afectación en el punto 'a' y no en el 'b' hay una 'imposibilidad de equivalencia' y es viable objetar conciencia por parte del servidor o del profesional. Si no hay afectación en el punto 'a', pero sí en el punto 'b', no será posible objetar conciencia. Y si hay afectación tanto en el

hacer uso de la objeción de conciencia, sin que esto pueda menoscabar sus derechos o imponerse sanciones”.

punto 'a' como en el 'b', se aplica la sustitución del accionante para no afectar ningún derecho fundamental en juego.

4. ¿Quién decide por los humanos no conscientes?

El Estado es actualmente el encargado de velar por las personas que no poseen conciencia, *verbi gracia*, los menores de edad. Cuando está en juego la vida de un menor, el Estado debe intervenir y salvaguardar la vida de este por encima de la objeción que puedan proponer los padres. La Corte Constitucional ha sido bastante clara en este aspecto; al considerar sobre todo los casos de objeción de conciencia frente a las transfusiones de sangre, ha determinado que tratándose de personas mayores de edad su decisión debe respetarse, mientras que en el caso de los menores su derecho a la vida prima incluso sobre el derecho del rechazo de conciencia de los padres a la transfusión de sangre de su hijo o del asentimiento de este.

...según la línea jurisprudencial expuesta, la Corte ampara el derecho fundamental a la libertad de cultos y de conciencia cuando los pacientes rehúsan la práctica de procedimientos médicos en virtud de sus creencias, siempre que exista el consentimiento informado, otorgado por sujeto plenamente capaz, de manera voluntaria, libre y razonada y en virtud de la autonomía personal de que es titular. Por el contrario, en el caso de los niños, niñas y adolescentes la protección del derecho a la vida y a la integridad personal de los infantes es un deber prioritario y, por tanto, resultan, en principio, admisibles aquellas medidas que garantizan la primacía de sus derechos, incluso en contra de la determinación de los padres. (Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 6 (parcial) del artículo 46 de la Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”)

La conciencia como último tribunal de la decisión nos proyecta al futuro y construye poco a poco el sentido de la vida; tener conciencia de los actos nos hace responsables de las consecuencias negativas o positivas que acarrear. Por ello, tener el criterio para asumirlos es un proceso que lleva años, pero socialmente hemos establecido una medida cortante, cuantitativa, facilista y práctica de estipulación sobre la edad de adquisición de este criterio, los 18 años.

Otros casos de difícil resolución son los que giran en torno a las personas en donde esté disminuida o anulada su capacidad de conciencia,

para ello debemos decir que la objeción puede ser de carácter anticipado si es manifestada bajo lo que conocemos como consentimiento informado. El consentimiento informado tiene su base y estructura bioética concreta desde el Informe Belmont, publicado en 1973, cuando se establece el Consentimiento Informado como el procedimiento para cumplir los principios de Beneficencia, Autonomía y Justicia en la asistencia médica. Es en el siglo XX cuando se instituye el conocimiento informado como muestra del cambio radical que sufre, al estilo de un giro copernicano, la relación médico-paciente. El conocimiento informado otorga al paciente, desde la bioética de enfoque principialista, el reconocimiento de su autonomía. Considerar al paciente como agente moral autónomo hace que se respeten sus decisiones como persona, las cuales deben hacer parte del valor supremo de su dignidad humana. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el principio de no maleficencia influye de manera preponderante en la idealización del consentimiento informado como una especie de contrato.

Casos en los que la muerte es probable en grado sumo, muy seguramente han sido objeto de mayor reflexión por parte de las personas, de manera tal que han expresado con anterioridad su posición o incluso su voluntad frente a la ocurrencia de este tipo de eventos en su propia vida; “Enfrentado con la muerte, el ser humano se confronta con la vida, toma conciencia de su libertad, se aparta de las opiniones convencionales y escoge de manera autónoma cómo va a vivir” (Tugendhat, p. 183).

5. ¿Se puede objetar conciencia a la misma justicia?

Lo que ocurre, añadió, es que el mundo ha caído de tal manera en manos de los demonios que muy pronto el que quiera hacer el bien tendrá que hacerlo furtivamente y a solas.

FRANZ KAFKA

Análisis y argumentación especial merece lo ocurrido con el sacerdote jesuita Javier Giraldo, quien hace algunos años objetó en conciencia la administración de justicia ante la misma justicia colombiana; esto parece un contra sentido, pero nada más lejos de la realidad. La Fiscalía General de la Nación, a través de la Fiscal 216 requirió en un oficio del 10 de marzo de 2009 la comparecencia del padre jesuita, el día siguiente, en una diligencia

de carácter judicial relacionada con una demanda contra él por injuria y calumnia, interpuesta por el Coronel Néstor Iván Duque, pero el religioso negó su obediencia a la autoridad judicial por impedimentos morales. El sacerdote jesuita narró cómo desde comienzos de la década de los 80' acudió por motivos de misiones religiosas a la justicia colombiana esperanzado en aliviar el dolor de las víctimas de un conflicto armado, esperanza que fue esfumándose debido a un sinnúmero de situaciones que presencié en el sistema judicial, las cuales contradecían principios básicos de la administración de justicia, produciendo “interrogantes, remordimientos, cautelas y repugnancias morales, que poco a poco me llevaron a descubrir la honda perversión del sistema judicial y a experimentar una radical repulsa de conciencia frente a cualquier otro eventual involucramiento procesal.” (Giraldo Moreno S.J., 2009).

Javier Giraldo narró casos de tortura a campesinos y descuartizamientos propiciados por irregularidades en procedimientos judiciales, que mostraron la confabulación de grupos delincuenciales con funcionarios del Estado en contra de campesinos y de la población en general del departamento de Bolívar, del Carmen de Chucurí, de Trujillo, de San José de Apartadó, etc. Cada vez que intentó colaborar con la administración de justicia en estos casos llamando testigos, estos fueron desaparecidos primero y hallados muertos después, todo con el objetivo de manipular la justicia a favor del ocultamiento de la responsabilidad del Estado y de los grupos paramilitares.

Allí es donde se plantea el conflicto de conciencia: cuando se es consciente de que los mecanismos institucionales que asumen las etiquetas de “verdad” y de “justicia”, a través de numerosas experiencias dolorosas que de ninguna manera podrían tener el carácter de excepcionales, se definirían más honestamente por los conceptos de “falsedad” y de “injusticia”, entonces la colaboración con el aparato institucional que las sustenta entra en colisión con la conciencia ética (Giraldo Moreno S.J., 2009, pp. 41-42).

Es evidente la desesperanza que el Estado colombiano, a través de su administración de justicia, ha generado en el padre Javier Giraldo, por lo cual se comprende su rechazo a la autoridad y la institución judicial, pero la cuestión es si esta situación se enmarca en la figura de la objeción de conciencia. Se trata de un acto público, político, propio de minorías, no violento, hecho a conciencia, contrario a un mandato normativo, efectuado como último recurso y sin la posibilidad de un equivalente. Todo indica que cumple sin mayor problema los requisitos de la objeción de conciencia, a excepción de uno que necesita

ser pensado de una mejor forma. Si analizamos este asunto con las premisas de Rawls, cabría darle la razón al Padre Giraldo admitiendo que su acción constituye ciertamente una objeción de conciencia, por cuanto reivindica los principios de justicia; el problema, sin embargo, es que la objeción hubiera sido interpuesta ante la misma justicia como institución que estaba siendo objetada.

Por mi parte, considero que la aceptación de este tipo de objeciones por parte del Estado, sería un sinónimo de ‘madurez estatal’, pues supondría el reconocimiento de la falla del aparato judicial, al mismo tiempo que del imperio de principios de justicia, que no siempre consiguen ser bien engranados dentro de un sistema normativo. Comprender esto facilitaría la interiorización de la Justicia como una virtud y no como un procedimiento ajeno a lo humano “... atañe a la *Justicia* misma, justicia escrita con mayúscula, justicia que hoy se escribe con minúscula porque solo es un problema, justicia que tiempo atrás era considerada lo más alto entre todo lo que alto fuera” (Toro Acosta, p. 342).

6. ¿Se debe objetar conciencia y ser desobediente civil a cualquier ley?

La diversidad y falta de concreción conceptual de una teoría de la objeción de conciencia en Colombia, ha hecho imprecisa y confusa su aplicación en ámbitos jurídicos y filosóficos.

Actualmente el concepto de objeción de conciencia es formulado de acuerdo con la ley involucrada, es decir, existe la creencia de que hay un concepto de objeción de conciencia al servicio militar, otro a la escolarización, otro a pagar impuestos, etc.; minimizando la posibilidad de un concepto general o unitario que pueda ser adecuado a cualquier tipo de objeción de conciencia o desobediencia civil, siempre que cumpla ciertas condiciones.

Lo anterior genera incertidumbre jurídica en la protección efectiva de la conciencia de cualquier ciudadano colombiano frente a una ley, programa de gobierno o proyecto de ley que pudiese considerarse injusto; afectando con ello el concepto de vida, que es en mayor medida lo que intentan proteger la objeción de conciencia y la desobediencia civil. Considero que debe estudiarse a fondo la estructura básica de la objeción de conciencia para que incluso quepan en ella casos no imaginados. Es innecesario fragmentar las objeciones de conciencia, pues todas pueden llegar a tener la misma base estructural, aspecto que no ha entendido el ordenamiento jurídico colombiano en su

conjunto. Esta es una posición distinta a la planteada por María Castellón de la Universidad de los Andes, quien considera que aplicadas estas figuras a cualquier ley, todo ello queda a merced de “la subjetividad y a la conciencia de cada persona” (Castrellón, p. 19)²⁷. Por esto, continúa diciendo, la objeción debe estar expresamente señalada por el ordenamiento, cosa que resulta ilógica porque indeterminadas normas pueden violentar indeterminadas formas de concebir la vida en la estructuración de la conciencia. La protección de la conciencia de ser tal que incluso en momentos de una exacerbación política y social como lo es un estado de excepción deben ser respetadas²⁸. La Bioética, como lo hemos señalado, puede dar un fundamento desde la dignidad humana para estructurar los cimientos de este tipo de protección jurídica que garantice el pleno goce de la libertad de conciencia en periodos de anormalidad y normalidad política.

La democracia quizás sea el menos malo de los sistemas de gobierno, pero el sistema de mayorías involucrado puede dar lugar a injusticias que atentan contra su mismo carácter democrático. Para que un sistema de mayorías funcione cada votante debe estar afirmando lo más propio –según el caso– en el voto; así que quien afirma, por ejemplo, que constituye familia y matrimonio la unión de parejas del mismo sexo, estaría también afirmando su derecho a la familia y al matrimonio así no sea homosexual. De forma parecida lo decía Thoreau: “Solo el voto de aquel que afirma con él su propia libertad puede acelerar la abolición de la esclavitud” (Thoreau, 2010, p. 419)

“Estimo que debiéramos ser hombres primero y súbditos luego” (Thoreau, 2010, p. 413). Así es como el clásico de la objeción de conciencia y de la desobediencia antepone la calidad más íntima del hombre para que resguardada esta característica pueda someterse y darle fuerza a la ley en su

²⁷ De por sí el libro que de la Universidad de los Andes titulado *La objeción de conciencia como un derecho*, se distancia radicalmente de lo estipulado en este escrito desde su título. La objeción no es un derecho como tal es una forma de protección del derecho a la libertad de conciencia.

²⁸ Manuel José Cepeda, expresidente de la Corte Constitucional de Colombia, coloca de relieve ese aspecto “...de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos la libertad de conciencia no puede ser suspendida ni aún durante los estados de excepción pues se trata de una libertad que tiene un carácter intangible” (Cepeda Espinosa, p. 166)

obediencia. La fundamentación bioética al derecho permite ver cómo la mejor forma de realización de la dignidad humana es la conciencia y cómo esta tiene su tratamiento más difícil cuando en la vida en comunidad.

Referencias

- Agustín, S. (1974). *Obras de San Agustín II: Confesiones*. (Á. Vega, Trad.) Madrid, España: Biblioteca de Autores Cristianos, de la Editorial Católica, S. A.
- Alzate Avendaño, G. (03 de junio de 1953). Los límites del poder de reforma (Editorial del Diario de Colombia, junio 03 de 1953). En G. Alzate Avendaño, *Obras Selectas* (págs. 103-110). Manizales, Colombia: Biblioteca de escritores caldenses.
- Arendt, H. (2005). *Sobre la violencia*. Madrid, España: Alianza Editorial, S. A.
- Asamblea Nacional Constituyente. (13 de diciembre de 1954). Acto Legislativo 6 de 1954. Diario Oficial No. 28.649. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional .
- Bazant, J. (1993). *Breve historia de Europa Central, 1938-1993: Checoslovaquia, Polonia, Hungría, Yugoslavia y Rumanía*. México, D. F., México: El Colegio de México.
- Betancur Betancur, M. S. (04 de septiembre de 2013). La crisis agraria y las causas del paro. Mucho más profundas que los TLC. Recuperado el 26 de octubre de 2014, de Agencia de prensa IPC: http://www.ipc.org.co/agenciadeprensa/index.php?option=com_content&view=article&id=841:la-crisis-agraria-y-las-causas-del-paro-mucho-mas-profundas-que-los-tlc&catid=83:general&Itemid=197.
- C-577, C-577 (Corte Constitucional de Colombia 26 de julio de 2011).
- C-750/2008, C-750/2008 (Corte Constitucional de Colombia 24 de julio de 2008).
- Camus, A. (1951). *Le mythe de Sisyphe*. Paris, Francia: Editions Gallimard.
- Carbajal, J. A. (2002). *Tratado de Derecho Constitucional*. México, D. F., México: Editorial Porrúa.
- Castrellón, M. (2014). Estudio preliminar. En M. (. Iturralde, *La objeción de conciencia como un derecho. Estrategia jurídica para su reconocimiento frente al servicio militar* (págs. 15-24). Bogotá, D. C.: Universidad de los Andes.
- Cepeda Espinosa, M. J. (1997). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

- Consejo Parlamentario. (2010). Ley Fundamental de la República Federal Alemana. (R. García Macho, & P. Sommermann, Trans.) Alemania.
- De Sousa Santos, B. (1 de Febrero de 2012). Para una teoría jurídica de los indignados. (U. d. Andes, Ed.) Bogotá, D.C., Colombia. Recuperado el 11 de septiembre de 2014, de <https://www.youtube.com/watch?v=Ikc2te8-Puc>.
- De Vega Garcia, P. (1985). La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente. Madrid, España: Tecnos.
- Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 6 (parcial) del artículo 46 de la Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, Sentencia C-900 de 2011 (Corte Constitucional de Colombia 30 de noviembre de 2011).
- Durkheim, É. (2007). Le suicide. Paris: Ed. Puf (Colección Quadrige).
- Dworkin, R. (2010). Los derechos en serio. Madrid: Editorial Ariel.
- Gandhi, M. (2012). Satyagraha vs. resistencia pasiva. En A. Lastra, Desobediencia Civil. Historia y antología de un concepto (págs. 282-286). Madrid: Editorial Tecnos.
- García Arboleda, J. F. (09 de septiembre de 2005). Genealogía del poder constituyente primario en Colombia. Obtenido de Tesis de carrera de derecho. Pontificia Universidad Javeriana: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2023.pdf>.
- Giraldo Moreno S.J., J. (2009). ¡Testigo de excepción! Carta de objeción de conciencia a la Fiscalía General de la Nación. Bogotá, D. C., Colombia: Centro de Investigación y Educación Popular, Cinep. Recuperado el 02 de mayo de 2014, de http://datoscolombianuncamas.org/images/abook_file/testigo_de_excepcion.pdf.
- Golan, G. (1973). The end of reform rule. En G. Golan, Reform rule in Czechoslovakia: The Dubcek era, 1968-1969 (págs. 246-302). Londres, Inglaterra: Cambridge University Press,.
- Habermas, J. (1998). Facticidad y Validez . Madrid: Editorial Trotta.
- Habermas, J. (2000). Ensayos políticos (Tercera ed.). (R. García Cotarelo, Trad.) Barcelona, España: Ediciones Península.
- Laserna Quinchia, M. J. (2010). Objeción de conciencia, un mecanismo de protección a la libertad: análisis histórico y aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Bogotá, D. C.: Universidad CES.

- Llano Escobar, A. (2011). *Objeción de conciencia institucional*. Bogotá, D. C. : Coedición con el Grupo Editorial Ibañez y editorial Depalma (Argentina).
- Navarro, P. E. (1993). *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho*. Doxa, 252-253.
- Ospina, W. (1999). *Dónde está la Franja Amarilla*. Bogotá, D. C.: Oveja negra.
- Peces-Barba Martínez, G. (1988). *Desobediencia civil y objeción de conciencia*. 159-176.
- Plata, L. G. (02 de septiembre de 2013). *TLC con EE. UU. y el paro agrario: mitos y realidades*. Recuperado el 26 de octubre de 2014, de Portafolio: <http://www.portafolio.co/opinion/tlc-ee-uu-y-el-paro-agrario-mitos-y-realidades>.
- Prieto, V. (2013). *Objeción de Conciencia en instituciones de Salud*. Bogotá, D. C.: Temis.
- Procuraduría General de la Nación. (07 de junio de 2013). Circular 013 de 2013. DIRECTRICES, RECOMENDACIONES Y PETICIONES EN RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DEL RESUELVE QUINTO DE LA SENTENCIA C-577 DE 2011, PROFERIDA POR LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá, D. C., Colombia: República de Colombia.
- Rancière, J. (2006). *El odio a la democracia*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu.
- Rawls, J. (1981). *The Basic Liberties and their Priority*. The University of Michigan. Recuperado el 17 de junio de 2014, de http://www.cultureofdoubt.net/download/docs_cod/rawls%20on%20basic%20liberties.pdf.
- Rawls, J. (2004). *Teoría de la Justicia*. (M. González Dolores, Trad.) México, D. F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2012). *Justicia como equidad*. (M. A. Rodilla, Trad.) Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Revista Semana. (03 de octubre de 2011). *Reforma a la Ley de Educación Superior ya está en el Congreso para su trámite*. Recuperado el 24 de 10 de 2014, de <http://www.semana.com/nacion/articulo/reforma-ley-educacion-superior-esta-congreso-para-su-tramite/247381-3>.
- Revista Semana. (31 de agosto de 2013). *Paro agrario: las dos caras de la protesta*. Obtenido de Semana: <http://www.semana.com/nacion/articulo/paro-agrario-las-dos-caras-de-la-protesta/356110-3>.

- Revista Semana. (28 de agosto de 2013). Santos: “El tal paro nacional agrario no existe”. Obtenido de Semana: <http://www.semana.com/nacion/articulo/santos-el-paro-nacional-agrario-no-existe/355264-3>.
- Ricoeur, P. (1999). La cuestión del poder. El hombre no violento y su presencia en la historia. En P. Ricoeur, *Historia y verdad* (A. Ortíz García, Trad., págs. 207-216). Madrid, España: Encuentro.
- Roldán Jaramillo, C. (2012). Desde una mirada desobediente a la objeción de conciencia. En N. A. Gil Olivera, & R. A. Duarte Cuadros, *Memorias del XI Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social: Constitucionalismo, pobreza y globalización* (págs. 121-182). Bogotá, D. C.: Universidad Libre.
- Schmitt, C. (1961). *Teoría de la Constitución*. (F. Ayala, Trad.) México, D. F., México: Editorial Nacional.
- Solar Cayón, J. I. (2010). La objeción de conciencia en la aplicación del derecho. En M. I. Garrido Gómez, & M. d. Barranco Avilés, *Libertad ideológica y objeción de conciencia: Pluralismo y valores en Derecho y Educación* (págs. 163-193). Madrid, España: Editorial Dykinson; Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; Universidad Carlos II de Madrid.
- Soto Obregón, M. E., & Ruiz Canizales, R. (enero-junio de 2013). Tratamiento doctrinal de la objeción de conciencia y la desobediencia civil en Ronald Dworkin y Jürgen Habermas. *Revista Opinión Jurídica*, 12(23), 151-166. Recuperado el 12 de febrero de 2014.
- Superintendencia de notariado y registro. (2008). *Manual de inducción a notarios y fución notarial consular*. Bogotá, D. C.
- T-209/08, T-209/08 (Corte Constitucional de Colombia 28 de febrero de 2008).
- Thoreau, H. D. (2010). *Walden o la vida en los bosque/ Del deber de la desobediencia civil*. (C. Sánchez Rodrigo, Trad.) Barcelona, España: Editorial Juventud.
- Thoreau, H. D. (2012). *Desobediencia Civil*. En A. (. Lastra, *Desobediencia Civil. Historia y antología de un concepto* (A. Fernandez Díez, & J. M. Jiménez Caballero, Trans., págs. 151-176). Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Toro Acosta, J. H. (2010). *San Agustín: cristianismo y justicia escatológica*. En R. A. Duarte Cuadros, *Perspectivas de la Filosofía del Derecho y las Teorías Jurídicas Contemporáneas*. Bogotá : Universidad Libre de Colombia.
- Tugendhat, E. (2002). *Problemas: Lenguaje, moral y trascendencia* (Primera edición ed.). Barcelona, España: Editorial Gedisa, S. A.

- Vergez, A. (1970). Marcuse. (R. Dessau, Trad.) Buenos Aires: Editorial Paidós.
- Vieyra Balboa, G. (enero-junio de 2011). Una antorcha por la libertad: El legado de Jan Palach, cuatro décadas después. *En-claves del pensamiento*(9), 131-156. Recuperado el 25 de mayo de 2014, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-879X2011000100008&script=sci_arttext.
- Zuleta, E. (1985). *El pensamiento psicoanalítico* (Primera ed.). (R. Bohórquez, Ed.) Medellín, Colombia: Editorial Percepción.

Esta obra se terminó de imprimir
en los Talleres Digitales de
GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ S.A.S.
Cra. 69 Bis # 36-20 Sur
Tels: 2300731 - 2386035
Bogotá, D.C. - Colombia