

REVISTA ACADEMIA

&

DERECHO

Indexada por Colciencias

CENTRO SECCIONAL DE INVESTIGACIONES



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

Universidad Libre Seccional Cúcuta	Revista Academia & Derecho	Publicación Semestral	ISSN: 2215-8944	Año 5 Nº 8 2014	Enero - Junio	Pág. 192	Centro Seccional de Investigaciones	Facultad de Derecho
---	-------------------------------------	--------------------------	--------------------	-----------------------	---------------------	-------------	---	---------------------------

REVISTA ACADEMIA



&

DERECHO

Indexada por Colciencias

Director Revista Academia & Derecho	Mg. (C) Diego Armando Yañez Meza Universidad Libre Seccional Cúcuta - Colombia
Comité Editorial	Ph. D. Rodrigo Rivera Morales Universidad Católica del Táchira - Venezuela Ph. D. Orión Vargas Vélez Universidad de Medellín - Colombia Ph. D. Juan Carlos Peláez Gutiérrez Universidad Externado de Colombia - Colombia Mg. (C) Carlos Alberto Colmenares Uribe Universidad Libre Seccional Cúcuta - Colombia
Comité Científico	Ph. D. Jordi Nieva-Fenoll Universidad de Barcelona - España Ph. D. Rodolfo Pérez Vásquez Universidad Simón Bolívar Barranquilla - Colombia Ph. D. Juan Gabriel Rojas López Universidad de Medellín - Colombia Ph. D. María Cristina Del Rosario Gómez Isaza Universidad de Antioquia - Colombia
Traducción	Jhon Alexander Quintero Patiño
Corrección de estilo	Juliana María Lizeth Cáceres Acevedo
Diseño carátula	Omar Peñaranda
Diagramación	Omar Peñaranda
Indexada en	Índice Bibliográfico Nacional - IBN Publindex Categoría C - Colciencias - Colombia Base Bibliográfica Nacional - BBN Publindex -Colciencias - Colombia

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

Revista Academia & Derecho. 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 104 o 127
Correo electrónico: revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co
Formato: 21.5 cm x 28 cm

UNIVERSIDAD LIBRE



DIRECTIVAS NACIONALES

Presidente	Víctor Hernando Alvarado Ardila
Rector	Nicolás Enrique Zuleta Hincapié
Censor	Antonio José Lizarazo Ocampo
Secretario General	Pablo Emilio Cruz Samboní

DIRECTIVAS SECCIONALES

Presidente	Carlos Alejandro Chacón Moreno
Rector	Holger Andrés Cáceres Medina
Decano Facultad de Derecho	José Vicente Carvajal Sandoval
Director Centro de Investigaciones	Marcela Flórez Romero
Jefes de Área Facultad de Derecho	Sandro José Jácome Sánchez - Laboral Pio Gerardo Díaz Alvarado - Privado Jaime Gómez Montañez - Público Luis Antonio Muñoz Hernández - Procesal / Penal Luis Enrique Niño Ochoa - Investigaciones Freddy Alberto Pabón Martínez – Sociales

Tabla de Contenido

Carta del Director	11
Diego Armando Yáñez Meza <i>Universidad Libre, Seccional Cúcuta, Colombia</i>	
Guía de autores	19
Guide d’auteurs	25
Guia de autores	31
DERECHO CONSTITUCIONAL	
<i>Procedencia de la acción de tutela contra sentencias: una aproximación a la jurisprudencia constitucional,</i>	37
Milton César Jiménez Ramírez, <i>Universidad de Manizales, Colombia.</i>	
<i>Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia,.....</i>	71
Michelle Andrea Nathalie Calderón Ortega, <i>Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia.</i>	
DERECHOS HUMANOS	
<i>Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos,</i>	99
Jaime Alberto Gómez Montañez, <i>Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia.</i>	
<i>Aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia durante el siglo XX, ...</i>	119
Paulo Bernardo Arboleda Ramírez, <i>Universidad de Manizales, Colombia.</i>	

Una alternativa de legitimidad para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano desde el derecho internacional penal,137

Liliana Damaris Pabón Giraldo,
Alejandro Jiménez Ospina,
Universidad de Medellín, Colombia.

DERECHO PROCESAL

La búsqueda de la verdad y la pasividad probatoria del juez penal,153

Máximo Vicuña de la Rosa,
Sergio Hernando Castillo Galvis,
Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia.

DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD

Responsabilidad y culpa médica: antecedentes y conceptos,173

Jaime Luis Arias Fonseca,
Universidad de la Costa, Barranquilla, Colombia.

Table of Contents

Director's Letter	11
Diego Armando Yáñez Meza <i>Universidad Libre, Seccional Cúcuta, Colombia</i>	
Guía de autores	19
Guide d'auteurs	25
Guia de autores	31
Authors' Guide	
CONSTITUTIONAL LAW	
<i>Legal fundament of the writ of amparo against sentences: an approach to the constitutional jurisprudence,</i>	37
Milton César Jiménez Ramírez, <i>Universidad de Manizales, Colombia.</i>	
<i>Unconstitutional state of affairs in Colombia by omission of the Workers Statute issue in Colombia,.....</i>	71
Michelle Andrea Nathalie Calderón Ortega, <i>Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia.</i>	
HUMANS RIGHTS	
<i>The reparation right and the fight against impunity for serious violations of Human Rights, Jaime Alberto Gómez Montañez,</i>	99
<i>Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia.</i>	
<i>Theoretical approach to the study of political violence in Colombia during the twentieth century,</i>	119
Paulo Bernardo Arboleda Ramírez, <i>Universidad de Manizales, Colombia.</i>	

An legitimate alternative to resolve by negotiation the armed conflict in Colombia from the International Criminal Law view137
Liliana Damaris Pabón Giraldo, Alejandro Jiménez Ospina,
Universidad de Medellín, Colombia.

PROCEDURAL LAW

The search for truth and the evidentiary inactivity of the Criminal Judge,.....153
Máximo Vicuña De La Rosa, Sergio Hernando Castillo Galvis,
Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia

LIABILITY LAW

Responsibility and medical error: background and concepts,173
Jaime Luis Arias Fonseca,
Universidad de la Costa, Barranquilla, Colombia.

Carta del Director

Diego Armando Yañez Meza

La publicación de la Revista Academia & Derecho en el periodo enero-junio del año 2014 refleja el compromiso institucional de la Universidad Libre Seccional Cúcuta con la docencia, la investigación y los estándares de excelencia propios a los procesos de registro calificado y acreditación exigidos por el Gobierno Nacional.

Como revista científica y acorde a su ideología, la Revista permite que los resultados de proyectos de investigación sean publicados luego de un riguroso proceso editorial, lo cual garantiza la calidad de sus contenidos en su metodología y temática especializada.

Este seguro resultado no es accidental, por el contrario, se descubre en las líneas del hoy definido en la misión de la Universidad y en lo que será el futuro plasmado en su visión. Frente a la misión la Revista perfila una “conciencia crítica del país y de la época al proyectar los conocimientos científicos, dirigiéndolos hacia la formación integral de sus egresados acorde con las necesidades fundamentales de la sociedad” permitiendo un “espacio para la formación de personas democráticas, pluralistas, tolerantes y cultoras de la diferencia”. En cuanto a la visión materializa “con liderazgo los procesos de investigación, ciencia y solución pacífica de los conflictos”.

Los tópicos que se publican no distinguen entre las distintas y cada vez más diversas especialidades del derecho. Ciertamente, problemas atinentes al derecho constitucional, a los derechos humanos, derecho procesal, derecho de la responsabilidad, laboral, probatorio, procesal, penal, interpretación y argumentación, filosofía e historia del derecho y cultura jurídica, han delineado nuestras anteriores ediciones, lo cual no significa que la evolución propia del estudio especializado en el derecho de aguas, notarial, tributario, aduanero, animal, ambiental, canónico y eclesiástico, fiscal, internacional, urbanístico, comercial, romano, arbitral, etc., no tengan su espacio en el futuro. La Revista le responde a esta realidad y por tal razón sus contenidos son una cláusula abierta para el pensamiento en la ciencia del derecho.

Bajo esta consigna y los nuevos retos que se definen desde el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, Colciencias, Colombia, la Re-

vista Academia & Derecho pretende consolidarse en el Índice Bibliográfico Nacional -Publindex- e incluirse en Bases de Datos e Índices que le permitan continuar escalando en el exigente escenario de las publicaciones científicas. Con tal propósito, la indexación de la Revista en la Categoría C otorgada por Colciencias para el periodo julio 1 del 2013-junio 30 del 2015 fue un excelente inicio, más no la frontera última. Por lo anterior, los retos se engrandecen y en proporción a ellos se responderá a la comunidad cucuteña y de la región; al ser el único espacio académico en publicación seriada en la especialidad judicial, la Revista proporciona un espacio siempre necesario, indispensable y angular para la comunidad jurídica en general.

Esta edición presenta un conjunto de serias investigaciones, impulsadas desde diferentes Universidades de reconocida trayectoria en nuestro país, algunas como resultado de proyectos de investigación de investigadores y docentes, otras como resultados de posgrados en maestrías investigativas y de carrera doctoral.

En la especialidad del derecho constitucional se destacan las investigaciones tituladas *“Procedencia de la acción de tutela contra sentencias: una aproximación a la jurisprudencia constitucional”* y *“Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia”*.

En la especialidad de los derechos humanos se destacan las investigaciones tituladas *“Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos”*, *“Aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia durante el siglo XX”* y *“Una alternativa de legitimidad para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano desde el derecho internacional penal”*.

En la especialidad del derecho procesal se destaca la investigación titulada *“La búsqueda de la verdad y la pasividad probatoria del juez penal”*.

En la especialidad del derecho de la responsabilidad se destaca la investigación titulada *“Responsabilidad y culpa médica: antecedentes y conceptos”*.

Las diferentes y variopintas temáticas que integran este número son de importante actualidad. Debates en torno a la relatividad de la cosa juzgada en virtud de la posibilidad de acción de tutela contra sentencia en las causales genéricas y específicas de procedibilidad de la acción se profundizan a fin de descubrir su sentido constitucional, aunado al papel del ser y el deber ser de la Corte Constitucional frente a una orden que desde la Constitución se impartió en mandato al legislador frente a la expedición del estatuto del trabajo, plantean hipótesis de trabajo pertinentes a los desafíos contemporáneos del derecho constitucional, el cual crea instituciones jurídicas desde la jurisprudencia.

El contexto de conflicto armando que vive el país en escenario alterno de un proceso de paz, refleja la necesidad de plantear cuestiones sobre sus causas, su de-

sarrollo en aspectos puntuales y la propuesta de alternativas de solución desde el derecho soberano y desde las fuentes del derecho internacional público. Estas investigaciones, sin duda alguna, presentan críticamente panoramas, algunos conocidos más no profundizados, y otros de propuesta propia a la innovación que la investigación impulsa, siendo profundamente discutibles en la academia, lo cual incentiva la disertación y la renovación de las alternativas de solución a los problemas.

De otra parte, los debates clásicos pero siempre inacabados, dados los nuevos desafíos de la realidad procesal se plantean en la actividad judicial y la prueba de oficio en materia penal. Estas líneas describen y asumen postura en torno a las teorías existentes, donde las escuelas garantista y activista se enfrentan, en el mejor sentido del vocablo, en pensamientos de una discusión siempre oportuna, al tratarse de la búsqueda del derecho sustancial.

Finalmente, el ámbito de la responsabilidad desde la labor médica y su *ratio* desde el derecho contractual y extracontractual se presenta en juicio a partir de los conceptos y antecedentes. Una evidencia de que en los procesos de investigación y como punto de partida debe, como presupuesto ineludible, cimentarse conceptos claros que definan realidades a fin de no decaer en las vaguedades propias del lenguaje y, a partir de allí, construir soluciones a los desafíos del derecho.

De esta forma se presenta a la comunidad académica y científica la Revista Academia & Derecho N° 8, correspondiente al periodo enero-junio del año 2014, con el compromiso institucional de elevar edición a edición la calidad científica, siempre en evolución, desde la Presidencia Seccional, la Rectoría Seccional, el Centro Seccional de Investigaciones y la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales.

Director's letter

Diego Armando Yañez Meza

The issue January-June, 2014 of the Academia & Derecho Review reflects the institutional commitment of Universidad Libre – Seccional Cúcuta with the teaching, the research and the standards of excellence according to the registry processes qualified and accreditation, required by the National Government.

As a scientific review and according to its own ideology, the Review allows the results of research projects are published then of a rigorous editorial process, which guarantees the quality of its contents as regards to methodology and specialized subject.

This safe resulting is not accidental, by contrast is defined today in the mission of the University and the future that will be reflected in its vision. According to the mission this Review highlights a “critical conscience of the country and the period to project the scientific knowledge guiding them to the integral education of its graduates in agreement with the fundamental needs of the society” allowing the “space for the education of democratic people pluralistic, tolerant and worshipers of difference”. As regards to the vision, materializes “with leadership the processes research, science and peaceful resolution of conflicts.”

The subjects here published don't distinguish between the different specialties of law. Certainly problems related with Constitutional Law, Human Rights, Procedural Law, The Liability Law, Workers' Rights, Evidential Rules, Criminal Procedure, Interpretation And Argumentation Legal, Philosophy and History of Law and legal culture, have been published in the previous issues, which doesn't mean that others specializing areas of law won't be released, such as Law of the Sea, Civil Law Notary, Tax Law, Customs Law, Animal Law, Environmental Law, Canon and Ecclesiastical Law, International Law, Urban Planning Law, Commercial Law, Roman Law, Arbitration, etc.,. The Review responds to this reality and by this reason its contents are an open place for the thought in the science of law.

In accordance to this idea and the new challenges defined from the Administrative Department of Science, Technology and Innovation, Colciencias, Colombia, the

Academia & Derecho Review aspires to establish itself in the Índice Bibliográfico Nacional -Publindex- and included in databases and indexes that allows to continue climbing in the strict environment of scientific publications. For this purpose, the indexing of the Review in Category C by Colciencias granted for the period July 1, 2013-June 30, 2015 was an excellent start, but not the final borderline. From the above, the challenges get bigger, and in their proportion the Review will respond to the community and the region as the only serial academic forum in the judicial field; the Review provides a place always necessary, indispensable and angular for the legal community broadly.

This issue presents a set of worthy research, supported from renowned universities in our country, some of them as a result of research projects of researchers and teachers, some other as results of research in master and doctoral studies.

About Constitutional law, this issue publish the research entitled "*Legal fundament of the writ of amparo against sentences: an approach to the constitutional jurisprudence*" and "*Unconstitutional state of affairs in Colombia by omission of the Workers Statute issue in Colombia*".

Regarding to human rights "*The reparation right and the fight against impunity for serious violations of Human Rights*", "*Theoretical approach to the study of political violence in Colombia during the twentieth century*" and "*And legitimate alternative to resolve by negotiation the armed conflict in Colombia from the International Criminal Law view*".

In the specialty of Procedural Law research "*The search for truth and the evidentiary inactivity of the Criminal Judge*".

Concerns to the Liability Law, the research entitled "*Responsibility and medical error: background and concepts*".

The different subjects which are part of this issue are important today. Debates about the relativity of Res judicata (claim preclusion) under the possibility of writ of amparo against sentences are deepened with the final purpose of discover their constitutional sense, joined to the "being" and "should be" role of the Constitutional Court in front an order given from the Constitution as an order to the Congress for the Workers' Statute issue, raising problems relevant to contemporary challenges of Constitutional Law, which creates legal institutions from the jurisprudence.

The armed conflict context in the country in the alternate stage of a peace process, reflecting the need to raise questions about its causes, its development in specific aspects and proposing alternative solutions from the sovereign right and from the sources of International Public Law. These investigations, no doubt, have critically outlooks, some known but not depth, and other are the product of self-innovation research, being deeply controversial in the academy, which promotes the dissertation and the revitalization of the peaceful resolution of conflicts.

In other hand, the classic but always unfinished debates, given the new challenges of the procedural reality arising in the judicial activity and evidence ex officio in criminal cases. These lines describe and take attitude on existing theories, where the school and activist guarantor are facing, in the best sense of the word, thoughts in an always relevant discussion, in the pursuit of substantive law.

Finally, the ambit of liability by medical error and its ratio from the contract and extra-contractual liability is presented in court from the concepts and backgrounds. This is a way of show in the research process the starting point must be, as a requirement inescapable, grounded over clear concepts, defining realities in order to not fail in language's vagueness and, from there, find solutions to the challenges of Law.

In this way is given out the Academia y Derecho Review No. 8, for the January-June 2014 period, with the institutional commitment to raising, edition by edition, the scientific quality, always improving, from the Presidency Sectional, Sectional Rectorry, the Sectional Research Center and the Law Faculty, Politics and Social Science.

Guía de autores¹

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

La Revista Academia & Derecho es el órgano de divulgación científica 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 la Academia en la Universidad, con evaluación bajo la modalidad de doble ciego.

Iniciadas labores en julio-diciembre del 2010 en forma ininterrumpida, la Revista se ocupa de publicar artículos de **i)** carácter científico, **ii)** reflexión **iii)** revisión, entre otros, que se fundamentan en estudios realizados por Investigadores, Grupos de Investigación, Centros de Investigación y Semilleros de Investigación, en el ámbito nacional e internacional en concordancia con sus temáticas jurídicas, socio-jurídicas y de educación universitaria. La publicación se dirige a los estudiantes de derecho, abogados litigantes, jueces, funcionarios administrativos, docentes, investigadores, doctrinantes, y comunidad científica nacional e internacional.

Cada documento se somete a una evaluación preliminar por el Comité Editorial con el fin de examinarlo en cuanto a su forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación conforme a la estructura definida en la Guía de Autores. Posteriormente, se envía el artículo a un miembro del Comité de Árbitros Externos, que en atención a parámetros establecidos decidirá frente a la postulación sobre su **i)** aprobación **ii)** aprobación con correcciones o **iii)** no aprobado por incumplimiento de los requisitos editoriales. Todos los derechos de publicación son de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

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 25 páginas, extensión mínima no inferior a 12 páginas, tipo de letra times new roman, tamaño

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 Seriadadas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas de julio del año 2013 del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -COLCIENCIAS-.

12, espacio sencillo y 2.54 cm a cada margen. Las notas al pie de página deben presentarse en tamaño 10. La enumeración 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 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 una 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 una investigación terminada 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. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

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

2. **Artículo de 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 textos anteriormente descritos se debe tener en cuenta el siguiente esquema de trabajo frente al contenido:

- a. Todo artículo que se postula para publicación debe ser original o inédito.
- b. Si el artículo se somete a proceso editorial no debe postularse simultáneamente en otras revistas.
- c. En el contenido del documento solo se enumeran 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 enumeran.
- d. Para todos los efectos se deben seguir las normas internacionales APA (American Psychological Association).
- e. Las expresiones en latín u otro idioma deben indicarse en letra cursiva.

Estructura de los documentos que se postulan al proceso editorial:

Título

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

Resumen

Palabras clave

Abstract

Key words

Introducción

Problema de investigación

Metodología

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, y en idioma Inglés. Seguidamente en pie de página se debe indicar: **i)** el proyecto de investigación al cual se adscribe el documento, **ii)** el Centro de Investigación, Grupo de Investigación o Semillero de Investigación con la correspondiente Institución que financia el proyecto o lo avala o si se trata de un trabajo independiente al no estar adscrito a ninguno de los anteriores y **iii)** los auxiliares de investigación, semilleros o estudiantes de pregrado que contribuyeron a la realización de la investigación (no obligatorio).

Nombre completo del autor: Se debe señalar en pie de página **i)** el nivel de formación académica obtenido, **ii)** la Institución que otorgó el título académico, **iii)** el Grupo de Investigación, Centro o Semillero al que pertenece con indicación de la Institución a la que pertenece y **iv)** la dirección electrónica institucional y/o el correo electrónico personal.

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 **i)** los objetivos principales de la investigación, **ii)** alcance, **iii)** metodología empleada, y **iv)** principales resultados y conclusiones. Debe ser claro, coherente y sucinto, para lo cual se sugiere revisar y verificar datos, sintaxis, ortografía, no caer en erratas y no incluir referencias bibliográficas.

Palabras clave / Key words: Deben reflejar la idea de las materias fundamentales que se encuentran 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.

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.

Plan de redacción: Refleja el esquema de resolución al problema de investigación a semejanza de tabla de contenido. Generalmente refleja el desarrollo de los objetivos específicos y el cumplimiento del objetivo general.

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 que presenta la realización del esfuerzo en la investigación y en donde se responde el problema de investigación.

El autor del documento que se somete al proceso editorial deberá atender las sugerencias o modificaciones que el Comité Editorial o alguno de los miembros del Comité de Pares Externos le formulen al escrito en un plazo no mayor a 10 días hábiles posteriores a su notificación vía correo electrónico. El Comité Editorial se reserva 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 el autor recibe respuesta sobre cumplimiento inicial de los requisitos editoriales dentro de los 15 días hábiles siguientes a su recepción. El miembro del Comité de Árbitros Externos contará con una plazo máximo de un 30 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 para publicarlos 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 ejemplares de la respectiva edición. Si se requieren ejemplares adicionales el autor debe solicitarlos al Director 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 a revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co.

Guide d'auteurs²

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Traducción al francés por Álvaro Dickson Molinares Valencia

Semillero de Investigación en Derecho Administrativo "Louis Antoine Macarel"

La Revue Academia & Derecho c'est l'organe de divulgation scientifique de l'Université Libre Seccional Cúcuta, avec périodicité semestriel dans sa publication (Janvier-Juin et Juillet-Décembre). L'intègrent des contenus originaux sur la science du Droit et l'Académie dans l'Université, sous le modèle d'évaluation « double aveugle ».

Commencés les travaux en juillet-décembre 2010 de façon ininterrompue, la Revue s'occupe de publier des articles de **i)** caractère scientifique **ii)** réflexion **iii)** révision, en outre, qui se fondent en études faites par Chercheurs, Groupes de Chercheurs, Centres de Recherche et Groupes de Recherche, dans le champ nationale et internationale en concordance avec ses thématiques, juridiques, sociojuridiques et d'éducation universitaire. La publication est dirigée à : élèves de droit, avocats, litigants, juges, fonctionnaires administratifs, professeurs, chercheurs, juristes et à tout la communauté scientifique nationale et internationale.

Chaque document 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 un membre du Comité d'Arbitres Externes, qu'en attention aux paramètres établis choisira la pose de candidature de tel article, selon son : **i)** acceptation **ii)** acceptation avec les corrections pertinentes ou **iii)** non acceptation pour l'inaccomplissement des requis éditoriaux. Tous les droits de publications appartient à l'Université Libre Seccional Cúcuta.

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-

Academia & Derecho a un format 21,5 x 28 cm, avec une distribution gratuite de 500 exemplaires et de compliment avec le Dépôt Légal. Peut s'acquérir par échange, suscription ou livraison gratuite. Les documents ne peuvent pas excéder les 25 pages, extension minimum non inférieure à 12 pages, tpe 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'indexation de la publication, seront reçus d'abord les suivants classes 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'un processus de recherche** : C'est un document qui présente de façon claire et détaillée des résultats originaux d'un projet de recherche finit.
- 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.
- 1.3. **Article de révision** : C'est un document résultat d'une recherche terminée où s'analysent, systématisent e intègrent les résultats de recherches publiées ou pas, sur un champ de science et technologie, afin de rendre compte les avances et tendances du développement. Se caractérise pour présenter une rigoureuse révision bibliographique d'au moins 50 références.

D'autre côté, pourront être 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, a besoin 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. Inclus 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 sur 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, constituent 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 Chercher 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'intérêt particulière dans le domaine publié par la Revue.

Par rapport à la structure des textes antérieurement décrits, il faut avoir en compte le suivant schéma de travail face au contenu:

- a. Tout article postulé pour publication doit être inédite et original.
- b. Si l'article se soumet à processus éditorial ne peut pas être présenté à d'autres revues.
- c. Dans le contenu du document ne doit être qu'énuméré 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.
- d. Pour tous les effets, il sera obligatoire suivre les normes internationales APA (American Psychology Association).
- e. Les expressions en latin ou autre langue doivent s'inclure en *italique*.

Structure des documents postulés au processus éditorial:

Titre

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 se traite 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 montrer en pied de page **I)** le niveau de formation académique obtenu, **II)** l'Institution qui lui a donné le titre académique, **iii)** le Groupe de Recherche ou Centre dont la personne appartient en indiquant l'institution correspondante et **iv)** l'adresse électronique institutionnel et/ou le courriel personnel.

Résumé / Abstract: C'est un texte qui contient brièvement le contenu du document. Ne doit pas excéder les 300 mots. Il faut le faire en Espagnol, Français et Anglais. Le Résumé doit inclure **i)** les objectifs principales de la recherche **ii)** atteint **iii)** méthodologie utilisée et **iv)** principales résultats et conclusions. De façon claire, cohérent, et succinct, pour cela, il est conseillable de réviser et vérifier les informations, syntaxe, orthographe et non incluons de références bibliographiques.

Mots-clés / Key Words: Doivent montrer l'idée des sujets fondamentaux qui se trouvent dans l'article. Il requit une énonciation en ordre alphabétique ou de majeur à mineur généralité sans excéder les 10 mots, minimum 3, en espagnol, français et anglais. Les mots employés doivent être relevant et indiquer les contenues afin d'aider au lecteur. Il est conseillable d'utiliser les termes techniques dans les disciplines correspondantes.

Problème d'Investigation: Il doit être défini par la question qu'a motivé la réalisation de la recherche. Il s'agit d'une question complexe qui ne peut pas se répondre avec une affirmation ou négation.

Méthodologie: Elle doit être indiquée de façon courte la mise au point de la méthode, le type de recherche et les techniques et instruments utilisées pour la collection et analyse d'information.

Plan de rédaction: Reflète le schéma de résolution au problème d'investigation en ayant relation avec la table de contenu. Généralement montre le développement des objectifs spécifiques et le complément de l'objectif générale.

Résultats de l'investigation: Exposent la validité ou pas de l'hypothèse de la recherche qu'a été formulée dans le processus d'investigation.

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.

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 formulé au document dans un délai de 10 jours ouvrables après la notification voit e-mail. Le Comité Editorial 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 requis éditoriaux dans les 15 suivants jours ouvrables à sa réception. Le membre du Comité d'Arbitres Externes aura un délai maximum de 30 jours pour la rémission de son concept.

La rémission de documents qui seront peut-être publiés dans la Revue Academia & Derecho implique que les auteurs autorisent l'Université Libre Seccional Cúcuta et au Comité Editorial pour les publier en version en version impressé et aussi en version électronique et/ou en 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 une des trois versions nommées, 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 réception des documents devra être effectuée dans le 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.

Guia de autores³

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Traducción al portugués por Álvaro Dickson Molinares Valencia

Semillero de Investigación en Derecho Administrativo “Louis Antoine Macarel”

A Revista Academia & Derecho é o órgão de divulgação científica da Universidade Libre Seccional Cúcuta, com periodicidade semestral na sua publicação (Janeiro-Junho e Julho- Dezembro). Nela estão incluídos artigos originais na ciência do Direito e a Academia na Universidade, com avaliação segundo a modalidade de **doblo cego**.

Depois de iniciadas os trabalhos no período de Junho - Dezembro 2010 em forma ininterrompida, a Revista ocupa-se de publicar artigos de i) caráter científico, II) revisão, entre outros, Centros de Pesquisas e Grupos de Pesquisa, no âmbito nacional e internacional em concordância com suas temáticas jurídicas, sócio jurídicas e de educação universitária. A publicação é dirigida à: estudantes de direito, litigantes, juízes, funcionários administrativos, professores, pesquisadores, doutrinantes e a comunidade científica nacional é internacional.

Cada documento é sometido a uma validação preliminar pelo Comité Editorial com fim a examina-lo em quanto a sua forma, conteúdo e cumprimento das normas de publicação segundo a estrutura definida no Guia de Autores. (A posteriori, o artigo é enviado a um membro do Comité de Árbitros Externos de Autores, os quais escolheram segundo os parâmetros estabelecidos a publicação do artigo, segundo i) aprovação ii) aprovação com correções ou iii) não aprovado por incumprimento aos requisitos editoriais. Todos os direitos de publicação são da Universidade Libre Seccional Cúcuta.

3 O guia de autores foi feito com fundamento no Documento Guia do Serviço Permanente de Indexação de Revistas de Ciências, Tecnologia e Inovação Colombianas de Fevereiro do ano 2010 e o Documento Guia para o Serviço Permanente de Indexação de Revistas Seriadas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas de julho do ano 2013 do Departamento Administrativo de Ciência, Tecnologia e Inovação -COLCIENCIAS-.

Academia & Derecho possui um formato 21,5 x 28 cm, com um número de exemplares de 500 cópias e de cumprimento ao Depósito Legal. Pode adquirir-se por **troque**, subscrição ou entrega gratuita. Os documentos não podem exceder de 25 páginas, extensões mínimas não inferiores a 12 paginas, tipo de letra Times New Roman, tamanho 12, espaço simples e 2.54 cm de margem. As notas ao pé da página devem apresentar-se em tamanho 10. A numeração das páginas deve estar na margem superior direito.

Segundo o processo de indexação da publicação, são recebidos principalmente os seguintes documentos.

1. **Artigo de pesquisa é inovação:** É um documento que apresenta a produção original é inédita, resultado de um processo de pesquisa, reflexão ou revisão.
- 1.1. **Artigos resultados de um processo de pesquisa:** É um documento que apresenta de maneira detalhada os resultados originais de um projeto de pesquisa terminado.
- 1.2. **Artigo de Reflexão:** É um documento que apresenta os resultados de uma pesquisa terminada e sobre um tema em específico desde uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, recorrendo a fontes originais.
- 1.3. **Artigo de Revisão:** É um documento resultado de uma pesquisa terminada onde se analisam, sistematizam e integram os resultados de pesquisas publicadas ou não, sobre um campo da ciência e tecnologia, com fim de mostrar os avanços e tendências do desenvolvimento. Caracterizam-se por ter uma cuidadosa revisão bibliográfica de pelo menos 50 referências.

De outro lado, poderão ser objeto de processo editorial as seguintes tipologias de documentos reconhecidos:

2. **Artigo pequeno:** É um documento breve que apresenta resultados originais preliminares ou parciais de uma pesquisa científica que, pelo geral, precisa de rápida difusão.
3. **Reporte de caso:** É um documento que apresenta os resultados de um estudo sobre uma situação particular com fim mostrar as experiências técnicas e metodológicas consideradas em um caso específico. Inclui uma revisão sistemática comentada da literatura sobre casos semelhantes.
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 sobre os docu-

mentos publicados na Revista que, a juízo do Comité Editorial, constituem um aporte importante na discussão do tema por parte da comunidade científica de referencia.

6. **Editorial:** É um documento escrito pelo Editor, um membro do Comité Editorial ou um pesquisador invitado sobre orientações no domínio temático da Revista.
7. **Traduções:** É um documento que formula a tradução de textos clássicos ou de atualidade ou transcrições de documentos históricos ou de interesse particular no domínio de publicação da Revista.

Em quanto à estrutura dos textos anteriormente descritos, deve-se ter em conta o seguinte esquema de trabalho para o conteúdo:

- a. Todo artigo que postulado para publicação deve ser original ou inédito.
- b. Se o artigo se somete a processo editorial, não pode postular-se simultaneamente em outras revistas.
- c. No conteúdo do documento solo se enumeram os pontos próprios do aparte do **programa de redação**. Em outras palavras, o título, resumem, palavras clave, abstract, key words, introdução, metodologia, resultados de pesquisa e conclusões, não se enumeram.
- d. Para todos os efeitos devem seguir pelas normas internacionais APA (American Psychological Association).
- e. As frases em latim ou outra língua devem estar em *cursiva*.

Estrutura dos documentos que se postulam ao processo editorial:

Titulo

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

Resumem

Palavras clave

Abstract

Key Words

Introdução

Problema de investigação

Metodologia

Programa de redação

Resultados de investigação

Conclusões

Referencias

Título: Corresponde a ideia principal do documento. Deve-se iniciar em maiúscula sem exceder as 15 palavras, no possível, e em idioma inglês. Seguidamente em pé de página deve indicar-se: **I)** o projeto de investigação no qual se escreve o documento, **ii)** o Centro de Investigação, grupo de Pesquisa ou Instituição que financia o projeto, ou se é um projeto independente e **III)** os auxiliares de investigação e pesquisa ou estudantes de Graduação que ajudaram no projeto de investigação (não obrigatório).

Nome completo do autor: Deve-se indicar em pé de página **I)** o nível de formação acadêmica, **II)** a Instituição que lhe outorgou o título profissional, **III):** o Grupo de Pesquisa, Centro de Investigação ou Instituição ao qual pertence e **iv)** a direção eletrônica institucional e/ou correio pessoal.

Resumem / Abstract: É um texto de contem a síntese geral do conteúdo do documento. Não devem exceder as 300 palavras em caso nenhum. Deve-se expressar em espanhol e inglês. O resumem, deve incluir **i)** Os objetivos principais da investigação, **ii)** alcance dela, **iii)** metodologia utilizada e **iv)** principais resultados e conclusões. Deve ser claro, coerente, e sucinto, para o qual sugere-se revisar e verificar dados, sintaxes, ortografia, e não incluir referencias bibliográficas.

Palavras clave / Key Words: Devem refletir a ideia das matérias fundamentais que se encontram no artigo. Requerer-se a enunciação num ordem alfabético ou de maior à menor generalidade sem exceder as 10 palavras, mínimo três, no idioma inglês, espanhol e português. As palavras utilizadas devem ser relevantes e indicar os temas do conteúdo a fim de ajudar ao leitor. Recomenda-se utilizar os termos dos tesouros especializados das disciplinas correspondentes.

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

Metodologia: Deve indicar-se em sínteses o enfoque metodológico, o tipo de investigação e as técnicas e instrumentos utilizados para a recolecção e análises da informação.

Programa de redação: Refeita o esquema da resolução ao problema de pesquisa a semelhança da tabua de conteúdo, Geralmente refletia o desenvolvimento dos objetivos específicos e o cumprimento do objetivo geral.

Conclusões: Amostram ou não a validade da hipótese da investigação que foi feita no processo de pesquisa.

O autor do documento que é submetido ao processo editorial deverá atender as sugestões ou modificações que o Comité Editorial ou algum dos membros do Comité de Pares Externos lhe formulem ao escrito num prazo não maior aos 10 dias úteis posteriores a sua modificação via correio electrónico. O Comité Editorial se reserva o direito de introduzir as modificações de forma necessária para adaptar o texto às normas próprias do processo editorial, sem alterar o fundo da temática tratada. Uma vez recebido o artigo no correio electrónico institucional da Revista o autor recebe resposta sobre o cumprimento inicial dos requisitos editoriais dentro dos 15 dias úteis seguintes da recepção do documento. O membro do Comité de Árbitros Externos terá um prazo máximo de 30 dias calendário para a remissão do seu conceito.

A remição de documentos com fins de publicação na Revista Academia & Derecho implica que os autores autorizam a Universidade Libre Seccional Cúcuta e ao Comité Editorial para publica-los em versão impressa e também em versão eletrônica e/ou na página web. Nesse sentido, quando o autor se submete ao processo editorial em qualquer dessas categorias enunciadas aceitas como contraprestação pela inclusão do seu documento na Revista ou na página, o recibo de três exemplares da respectiva edição. Se se requerem mais exemplares deverão ser pedidas ao Diretor da Revista.

A recepção dos documentos deve se efetuar no Centro de Pesquisas da Universidade Libre Seccional Cúcuta localizada na Avenida 4 N° 12N-81 Barrio El Bosque impresso e em CD (Word versão 6.0 em diante) ou pode ser enviado ao correio eletrônico revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co.

Procedencia de la acción de tutela contra sentencias: una aproximación a la jurisprudencia constitucional*

Procedurability of protection action against judgments:
an approximation to the constitutional jurisprudence

Recibido: 7 de agosto del 2013 - Revisado: 20 de octubre del 2013 - Aceptado: 10 de diciembre del 2013

Milton César Jiménez Ramírez**

Resumen

En este artículo se hace una aproximación a los principales elementos teóricos que fundamentan la procedencia de la acción de tutela contra sentencias, particularmente desde sus referentes originarios de carácter normativo, algunos de orden doctrinario y la jurisprudencia constitucional más relevante en la estructuración de este precedente; especialmente, desde su revisión de constitucionalidad hasta los pronunciamientos que han fomentado su subsistencia; finalmente, se ofrece una conclusión sobre los elementos expuestos y la pertinencia de la institución.

Palabras clave

Derechos fundamentales, acción de tutela, sentencia, supremacía constitucional.

Abstract

In this paper is made an approach to the main theoretical elements supporting the procedurability of protection action against judgments, particularly from its originating normative references, some of doctrinal order and the most relevant constitutional jurisprudence in structuring this precedent; especially from the review of constitutionality to the pronouncements that have fostered their survival. Finally, a conclusion on the exposed elements and relevance of the figure is given.

Key words

Fundamental rights, protection action, judgments, constitutional supremacy.

*Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto del proyecto de investigación denominado "La tensión Constitución y Democracia" realizado al interior del Grupo de Investigación en Estudios Jurídicos y Sociojurídicos Universidad de Caldas.

**Abogado, Universidad de Caldas. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Magister en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Doctorando en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Doctorando en Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas.

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

Introducción

Partiendo de un hecho, más de veinte años del proceso de constitucionalización del derecho (Arango, 2004)³, en los cuales se han dado debates de alto alcance, muchos de ellos enfocados a reducir la fuerza normativa de la Constitución, especialmente desvirtuando el efecto vinculante de los principios fundamentales y la supremacía de la Constitución; en ella la tutela contra sentencias es uno de los debates centrales, pues ha motivado el dilema de si una sentencia en firme emitida por cualquier juez de la república puede ser cuestionada ante infracciones a los derechos fundamentales. La tutela contra sentencias es una figura que genera debate sobre la supremacía de la Constitución y la definición del alcance que debe tener la cosa juzgada, y si su admisión representa una quebrantamiento a la seguridad jurídica.

Dadas las cosas, este trabajo tiene como objetivo central determinar los principales elementos teóricos de la tutela contra sentencias, partiendo del análisis de algunos de los principales referentes jurisprudenciales que integran el precedente que la hace admisible. Se estima oportuno y práctico elegir y precisar los orígenes jurídicos en nuestro ordenamiento, su juicio de constitucionalidad y persistencia

jurisprudencial, lo que puede ayudar a su interiorización y manejo técnico, más que continuar revisando la conveniencia de su aplicación. Por ello, este escrito no hará revisiones relativas al derecho comparado, ni a proyectos de reforma o modulación de la figura, entre otros aspectos.

Problema de investigación

¿Cuáles son los principales fundamentos en el origen, desarrollo y subsistencia de la institución de la acción de tutela contra sentencias en Colombia, particularmente desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional?

Metodología

Se emplea una metodología descriptiva, analítica y explicativa, bajo instrumentos de análisis jurisprudencial y bibliográfico (Niño Ochoa, 2012), a fin de identificar las propiedades distintivas del objeto de estudio bajo el espacio geográfico y jurídico colombiano.

Esquema de resolución

Al efecto, se desarrollará el trabajo en tres partes. En la primera, se analizarán algunos de los fundamentos de la procedencia de la figura, tales como el cambio constitucional y su sustento legal; en una segunda parte, se hará un acercamiento a las causas de la inconstitucionalidad de las

3 Para Rodolfo Arango la constitucionalización del derecho ha tenido un impacto directo en la interpretación, siendo expresión de tal fenómeno los principios de interpretación conforme a la Constitución y el principio de tutela por vía de hecho, entre otros.

disposiciones legales y las principales razones que la sustentaron, esto, a través de una aproximación jurisprudencial, que permitirá avanzar hasta entender la viabilidad excepcional de la tutela contra sentencias y sus requisitos de procedencia y procedibilidad. Por último, en la tercera parte se indicarán las conclusiones sobre el recorrido teórico y práctico realizado desde la jurisprudencia constitucional en los casos concretos.

1. Fundamentos iniciales de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias

1.1 Algunos fundamentos sobre el surgimiento del dilema

Con el imperio de la ley existente antes de la entrada en vigencia del régimen constitucional de 1991, apalancado por la supremacía del código civil y la (Ley 153, 1887)⁴, y la subordinación material de la Constitución a la ley, se hizo imperativo un modelo de interpretación y aplicación del derecho simplemente deductivo, mecánico o exégeta. Particularmente porque se trataba del

modelo interpretativo más respetuoso de la voluntad legislativa, en el que la premisa del juez como boca de la ley (Montesquieu, 1995)⁵ aplicada a ultranza asegura un respeto por la legalidad y en consecuencia dota al sistema judicial de seguridad jurídica. Pero esta seguridad más que una garantía previsiva a favor de los ciudadanos, de una capacidad para anticipar los efectos de las normas sobre sus comportamientos, era una herramienta de respeto a la supremacía legislativa⁶.

Y es que esta supremacía legislativa implicaba que la actividad de la interpretación era una tarea exclusiva del legislador, legitimado en su carácter representativo de los ciudadanos (Rousseau, 1969)⁷; por ello, sus actos eran expresión de la generalidad, plenamente democráticos que debían gozar del mayor respeto, de ahí que la literalidad se viera como un modo adecuado de conducta judicial, que permitía que el juez solo decidiera bajo la precisa voluntad legislativa, pues al hacerlo no solo reconocía su supremacía sino que entendía que su autonomía se movía en los terrenos de la actividad

4 Especialmente, la parte primera de la ley, que trata sobre las reglas generales de validez y aplicación de las leyes.

5 Montesquieu (1995) en *El espíritu de las leyes* -obra del siglo XVIII- entiende a los jueces como jueces de la nación que no pueden ser más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden interpretar las leyes.

6 Por ejemplo dicha supremacía era reconocida en el código civil al indicar que dónde no distinguía el legislador no le era posible distinguir al intérprete. Premisa que evidencia la autoridad de la interpretación y su carácter excluyente. Al respecto pueden consultarse los artículos 25 a 32 del código civil Colombiano.

7 Rousseau (1969) en *El Contrato Social* considera que el legislador es la entidad que mejor puede proteger la integridad de las mayorías y sus derechos, pues el legislador es parte del pueblo, por ello sus leyes son expresión popular, por tanto, si el legislador cometiera injusticias las cometería contra sí mismo.

legislativa. Dadas las cosas, la voluntad del legislador como legalidad motiva el razonamiento del juez, quien de alejarse desconocerá la fuerza de la legalidad y por tanto se moverá en terrenos de exceso, acercándose a una conducta antidemocrática.

Siendo así, la seguridad jurídica será una relación de reproducción de la voluntad legislativa, manifiesta en casos concretos y, para el evento que nos ocupa, a través de la sentencia. Acto judicial que como resolución de un problema jurídico responde a designios democráticos, pues si el juez actúa bajo elementos literales o incluso deductivos, la sentencia será expresión del legislador y por tanto de las mayorías⁸.

Bajo esta breve descripción, es posible concluir que la clase de seguridad jurídica buscada en estos sistemas, para nuestro caso bajo la dirección del régimen jurídico del código civil, al fundamentarse en el respeto judicial reverencial a las decisiones adoptadas por el legislador al crear las leyes, que obligan al juez a

adoptar un razonamiento deductivo y mecánico, puede llevar, una vez agotadas las posibilidades ordinarias y extraordinarias de impugnación, a petrificar las decisiones judiciales. Pues si lo previsto por el legislador se presume y aplica como correcto, nadie podrá legítimamente cuestionarlas.

Así, en el régimen constitucional de 1886 no existía lugar para una seguridad jurídica fundamentada en elementos distintos de los definidos legalmente. El modelo judicial es el de un juez casi que autómatas, un juez que reproduce en la realidad judicial el diseño legislativo.

En un Estado de derecho con supremacía legislativa, la seguridad jurídica es un eje central de la convivencia⁹, por ello un silogismo perfecto es la forma de asegurar entre premisas y conclusiones formales respuestas a la mayoría de casos posibles, tal como lo pretendía la exégesis en la búsqueda de la plenitud y la coherencia del sistema jurídico. Así, la inclusión de principios fundamentales¹⁰ en las resoluciones judiciales no es una posibilidad congruente con la

8 Aplicar la ley a través de un esquema deductivo como el silogismo perfecto asegura el respeto a la ley como fuente casi exclusiva del derecho, máximo validador de la regulación de la conducta humana, y como expresión mayoritaria, que fomenta una organización social con lineamientos legislativos claros en los que no puede intervenir ningún interprete, ni siquiera el juez, pues su intervención se entendería como un abuso de poder contrario a las respuestas contempladas por el legislador para el bienestar común.

9 Es de agregar, que la supremacía legislativa implica la definición por parte del legislador de las principales decisiones sociales, lo que se entiende democrático por su carácter representativo. Conviene distinguir entre la supremacía legislativa vinculada al deductivismo, en la que el legislador decide e interpreta anticipadamente los problemas sociales que posteriormente tendrá que aplicar el juez a través del silogismo perfecto; de la supremacía legislativa que trata de terciar en el conflicto Constitución contra democracia, tratando de eliminar o limitar el poder contra mayoritario de los jueces; al efecto entregándole al legislador la última palabra sobre los principales dilemas sociales, tales como el aborto, el matrimonio entre parejas del mismo sexo, y no permitir que los jueces decidan, pues ello implicaría una ruptura democrática, debido a su falta legitimidad popular, la que si detenta el legislador más en sociedades deliberativas. Al respecto puede verse la tesis de Derecho y desacuerdo (Waldron, 2005).

seguridad jurídica, pues se trata de normas consideradas extra sistémicas, es decir, por fuera del sistema, cuando éste solo debe estar integrado por reglas jurídicas; pero, los principios, son especialmente normas carentes de estructura normativa completa capaz de representar la voluntad legislativa y por tanto de garantizar la seguridad jurídica, la coincidencia entre sentencia y decisión legislativa.

Así, siendo los principios constitucionales normas incompletas¹¹, sin una estructura igual a la de las reglas, no es posible que la cosa juzgada como garantía de la seguridad jurídica pudiera verse afectada en algún grado por el desconocimiento de una norma o principio constitucional. Ni siquiera constituiría un cuestionamiento con mediana fuerza, de ocurrir significaría un exceso judicial, un desconocimiento de la autoridad democrática del legislador.

Dadas las cosas, seguridad jurídica y cosa juzgada serán sinónimos de petrificación, expresión de supremacía legislativa, de la primacía de la ley

por encima de la Constitución, de la ausencia de fuerza normativa en los principios constitucionales, y último camino interpretativo en el caso de los principios generales del derecho. Pensar en cuestionar el efecto de la cosa juzgada, bien por su contrariedad con la Constitución, los principios fundamentales o del derecho, no solo será contrario a la seguridad jurídica y a la relevancia de las decisiones del legislador; sino que también puede significar una desobediencia judicial, pues los jueces al admitir tal posibilidad e iniciar un proceso de incorporación de principios fundamentales dotándolos de fuerza jurídica y carácter decisorio, tomarían un grado de autonomía judicial distinto del contemplado, afectando la posición privilegiada del legislativo.

1.2 El cambio constitucional

El cambio constitucional de 1991 determina la existencia de un sistema jurídico compuesto por reglas y principios¹². Integración que implica la coexistencia de estas normas en la resolución e interpretación del derecho.

10 Se hace referencia a principios fundamentales como derechos fundamentales, los que requerían de desarrollo legal para ser aplicados, pero que en la Constitución de 1991 gozan de aplicación directa y son elementos legitimadores de la actividad legislativa y toda la actividad pública y privada.

11 Los principios generales del derecho en la estructura de la exégesis sólo se utilizan en defecto de normas aplicables, del método semántico, histórico, sistemático (jerárquico, cronológico, específico), de la analogía y de la costumbre. En todo caso, siguiendo las reglas establecidas por el legislador para resolver problemas interpretativos. Dentro de los principios generales del derecho se encuentran los de la buena fe, el enriquecimiento sin causa, el de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, la imprevisión, el error común hace derecho, la autonomía de la voluntad, entre otros. <?> Los principios constitucionales y en especial los derechos fundamentales son dotados de fuerza jurídica, de aplicación directa, lo que los hace material jurídico aplicable para la interpretación y resolución de casos. Motivando el surgimiento de un modelo de interpretación enfocado en lo sustancial más que en lo formal. Al respecto puede verse: (Rodríguez, 1997), (Dworkin, 2007), (Hart, 1963).

Pero en el caso de los principios supone la integración de normas con capacidad de aplicación directa, condición relevante por su tradicional subordinación al desarrollo legal¹³; además, son normas que cuentan con un posicionamiento en el sistema jurídico, pues se convierten en parámetros de constitucionalidad y legalidad.

También, se trata de normas exigibles por intermedio de la garantía reforzada de la tutela, por su eficacia vertical y horizontal, frente al Estado y los privados (Böckenförde, 1993). Así, la vigencia de la nueva Constitución política impone desde su concepción y textura, la cualidad de la fuerza normativa, aplicación directa y supremacía, lo que supone el establecimiento de

una estructura o jerarquía normativa que exige la imputación de cualquier norma jurídica con la norma superior, fundamento desde el cual se calificará como derecho o no, como norma constitucional o inconstitucional; su afinidad o incongruencia frente a la Constitución faculta a retirar las normas del sistema jurídico al juez constitucional¹⁴.

Por lo anterior es pertinente el siguiente cuestionamiento: ¿Pero si esa jerarquía normativa ha cambiado, la sentencia hace parte de esa estructura? ¿Es la sentencia una norma jurídica?

La Constitución se establece como normas de normas¹⁵, suprema y punto de validez (Kelsen, 1982)¹⁶ normativa, y

12 Los principios constitucionales y en especial los derechos fundamentales son dotados de fuerza jurídica, de aplicación directa, lo que los hace material jurídico aplicable para la interpretación y resolución de casos. Motivando el surgimiento de un modelo de interpretación enfocado en lo sustancial más que en lo formal. Al respecto puede verse: (Rodríguez, 1997), 12 La Ley 153 de 1887 incorporó los derechos fundamentales en el código civil con el fin de dotarlos de fuerza jurídica, sin embargo, más allá de eso se requería una cultura jurídica capaz de aplicarlos, de concebirlos como normas aplicables y con suficiencia resolutoria. Pero lo que dicha intención normativa evidencia es que la cultura de aplicación y defensa de los derechos fundamentales pudo ser iniciada en un tiempo atrás considerable, lo que hubiera mejorado las condiciones de la cultura jurídica y la exigibilidad ciudadana. Pero en eso es determinante la apertura política y la existencia de una cultura jurídica dinámica y deliberativa, cuestión que apenas construimos.

13 Conforme al artículo 241 de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional es la máxima garante e intérprete de la Constitución; adicionalmente define las competencias de la Corte en la revisión judicial de la constitucionalidad de las normas con fuerza material de ley y actos reformativos de la Constitución.

14 La Constitución Política en su artículo 4 dispone: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades."

15 Así, bajo la concepción (Kelsen, 1982) de validez normativa fundada en la existencia de una norma superior, ninguna norma puede reputarse como parte del sistema jurídico si no imputa a la norma superior, que es la que contiene los fundamentos para que objetivamente se produzcan las normas y asegurar la pureza de las normas. O en (Hart, 1963), la existencia de una norma o un hecho, entendido como regla de reconocimiento como fundamento para la validez normativa, y la legitimidad de aplicación de las normas sobre la voluntad de las personas.

16 Así, bajo la concepción (Kelsen, 1982) de validez normativa fundada en la existencia de una norma superior, ninguna norma puede reputarse como parte del sistema jurídico si no imputa a la norma superior, que es la que contiene los fundamentos para que objetivamente se produzcan las normas y asegurar la pureza de las normas. O en (Hart, 1963), la existencia de una norma o un hecho, entendido como regla de reconocimiento como fundamento para la validez normativa, y la legitimidad de aplicación de las normas sobre la voluntad de las personas.

unida al bloque de constitucionalidad y al precedente constitucional, son parámetros de constitucionalidad. Así, en un sistema escalonado, todas las normas aplicables deben desarrollar o ser congruentes en un grado adecuado con la norma superior. La relevancia de esta premisa será significativa, particularmente si se tiene como fundamento que, todo acto aplicativo o interpretativo de una norma debe ser congruente con la Constitución y especialmente con los derechos fundamentales, lo que supone que siendo la sentencia un acto preponderante en la decisión de los conflictos sobre derechos y en la materialización de las garantías constitucionales, tendría que entenderse incorporada a la jerarquía normativa en el marco del sistema escalonado.

La sentencia es un acto judicial¹⁷ a través del cual se aplica e interpreta el derecho en un caso concreto, exigiendo que el juez como emisor fundamente su juicio en el sistema jurídico, dándose que toda sentencia debe ser expresión del

principio de legalidad constitucional, valga decir, de la aplicación de las normas legales en consonancia práctica con las constitucionales, lo que supone que a diferencia del anterior régimen constitucional, en el que imperaba la interpretación deductiva y la supremacía de la ley, en el régimen del año 1991 prevalece la supremacía de la Constitución y la aplicación directa de los principios o derechos fundamentales.

Lo anterior se ha promovido en el ámbito de la constitucionalización del derecho, que cambia las relaciones entre el derecho ordinario y la Constitución; exige la sujeción de las autoridades y privados a las directivas constitucionales; garantiza los derechos a través de acciones especializadas¹⁸; asimismo, esta constitucionalización puede expresarse en principios de interpretación constitucional tales como los principios de interpretación conforme a la constitución¹⁹, el principio de inmunidad²⁰, el de

17 Siendo la sentencia un acto judicial determinante en la racional administración de justicia, debe ser consecuente con los mandatos constitucionales y estatutarios, como los descritos por (Ley 270, 1996), en la que se contempla que la administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional. Al efecto, se dota a la Rama Judicial de independencia y autonomía en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.

18 La Constitución política de 1991 contempla acciones particulares para garantizar los derechos constitucionales y la vigencia de la norma de normas, tales como la acción de tutela, la acción popular y de grupo, la acción de cumplimiento, la acción de inconstitucionalidad, entre otras.

19 El principio de interpretación conforme a la Constitución fomenta en la interpretación de una norma la elección entre varias opciones interpretativas, la que sea más adecuada a las exigencias constitucionales. Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia T-531, 1992), (Sentencia C-539, 2011), (Sentencia C-878, 2011).

20 El principio de inmunidad exige la aplicación directa de los derechos fundamentales y de la Constitución; exige el entendimiento que los derechos no pueden ser excepcionados o reducidos a través de las formas

armonización concreta²¹, el principio de proporcionalidad²², particularmente importante pues apertura la práctica de aplicación de los principios a través de la ponderación; y, la posibilidad de la tutela contra vías de hecho (Arango, 2004, pág. 233).

La sentencia es un acto que no puede estar ausente de imputación constitucional, pues se convertiría en un elemento contra sistémico. Por tanto, es deber del juez garantizar que en su razonamiento judicial se respeten y expresen los valores, principios y normativas constitucionales en consonancia con las reglas propias del caso concreto.

Ahora, la sentencia es un acto sumamente concreto, en términos comunes, *inter partes*; lo que puede hacer parecer como complejo concebirla como norma jurídica. Una norma

jurídica es entendida como un acto legítimo proveniente de una autoridad estatal, o expedida en el marco de las posibilidades del sistema jurídico y político estatal, capaz de modificar la voluntad de los ciudadanos, e incluso con la posibilidad de coaccionar su cumplimiento (Hart, 1963)²³. Dicha norma debe poseer un factor de validez, bien formal, cumpliendo los procedimientos establecidos para su creación en la norma superior (Kelsen, 1982); o uno material, imputando a los valores y principios dispuestos en dicha norma (Alexy, 1994). O incluso a los referentes de validez que posea una sociedad en particular, bien normativos o fácticos, que puedan interpretarse como regla de reconocimiento (Hart, 1963).

Entonces, si se examina la sentencia como norma jurídica se podría concluir que es una expresión de autoridad originada

contractuales o el principio de legalidad; no puede alegarse el no cumplimiento de un derecho amparado en argumentos como la firma de un contrato, la existencia de un reglamento, o el acuerdo bilateral, pues se trata de derechos inmunes, irrenunciables. Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia C-1064, 2001).

- 21 El principio de armonización concreta, implica en concordancia con la proporcionalidad, encontrar las opciones fácticas más acordes para promover la coexistencia de los derechos en contraposición. Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia T-425, 1995), (Sentencia C-634, 2011).
- 22 El principio de proporcionalidad se centra en encontrar en los casos concretas relaciones de coexistencia de derechos constitucionales, especialmente fundamentales, en colisión. Los principios deben coexistir y no pueden ser abolidos para garantizar la aplicación de otro. Por ello, la proporcionalidad trata de encontrar si las razones empleadas para justificar la limitación de un derecho son admisibles y por tanto constitucionales. Por ello, se estudian los fines de las medidas que imponen los límites (principio de adecuación); los medios utilizados para desarrollar el fin de la medida (principio de instrumentalidad); la relación entre fin y medio, su proporcionalidad en sentidos estricto, es decir, analizar si coexisten los derechos o las razones de la limitación; y, si el medio elegido para desarrollar la medida es el menos gravoso para los derechos (principio de necesidad). Al respecto (Alexy, 1997), pueden consultarse además las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia C-1026, 2001), (Sentencia T-561, 2012).
- 23 En términos del autor (Hart, 1963) lo determinante para la existencia de la norma jurídica es la capacidad del Estado de modificar la voluntad de los ciudadanos, facultando, prohibiendo, obligando, incluso con la capacidad de coaccionar para asegurar su cumplimiento.

por un funcionario representante del Estado, como es un juez de la república; adicionalmente, el juez como cualquier funcionario está sujeto al imperio de la ley y la Constitución. Adicionalmente, cuenta con la capacidad de modificar la voluntad de ciudadanos sometidos a la autoridad del Estado, es así como puede definir si poseen o no un derecho; si están obligados o exonerados de una ejecución en particular; y si su decisión fuera desconocida o evadida puede coaccionar jurídicamente su cumplimiento.

Siendo así, la sentencia posee los caracteres típicos de una norma; de una norma aunque singular por sus efectos *inter partes*, empero como cualquier norma debe imputar a la Constitución. Por ello, si toda norma es susceptible de control frente al respeto debido a la ley y la Constitución, la sentencia, no puede constituirse en un acto carente de control, ya que eso contrariaría totalmente el Estado de derecho, en el que se exige que ningún acto sea ajeno a revisión y que ninguna autoridad posea discrecionalidades absolutas. Bajo esta concepción normativa de la sentencia, ésta debe ser objeto de impugnación como lo permite el debido proceso; pero también, potencial objeto de revisión en lo referido a la decisión jurídica adoptada, especialmente, si ella implica una infracción directa de la Constitución,

como puede ocurrir jurídicamente con los actos de las autoridades públicas, de los cuales puede solicitarse su inconstitucionalidad o nulidad, tales como los del legislador o los actos administrativos del gobierno y la administración pública en general.

Por otro lado, la teoría (Kelsen, 1982) considera la sentencia como una norma jurídica pese a su carácter singular o relativo a casos concretos. Al efecto, bajo la teoría Kelseniana una norma solo puede ser considerada derecho si responde a las exigencias de la norma superior, a la cual deben responder todas las normas del sistema jurídico; bajo esta premisa, no es posible admitir la existencia de una sentencia, norma inferior, que contrarié en grado alguno el máximo referente del sistema jurídico²⁴. Así, en su teoría pura del derecho Kelsen señala:

“...Si la relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente,

24 (Kelsen, 1982) admite la discrecionalidad judicial en el marco de las posibilidades interpretativas que ofrece la norma de normas, sin que llegue a entenderse que se trata de una discrecionalidad absoluta, pues debe moverse bajo los precisos límites de la regla de validez. Al igual la norma singular, la sentencia, debe ser un acto de aplicación de la norma superior. Por tanto, se trata de dos actividades regladas y que deben ser afines a su parámetro de validez para hacer parte del derecho.

sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas...” (Kelsen, 1982, pág. 232).

Ahora, tratándose también la consideración de la sentencia como norma jurídica de la admisión del carácter vinculante del derecho jurisprudencial (Bernal Pulido, 2008), es menester señalar que si pese a nuestra tradición jurídica del *civil law* deseamos optimizar nuestra práctica con elementos del *common law*, tales como la fuerza del derecho jurisprudencial y el precedente (López Medina, 2008)²⁵, lo que implica la admisión de reglas controlantes con fuerza vinculante tan amplia como la de una regla legal, para casos con hechos iguales; es necesario que ese precedente se fundamente al igual que se requiere para cualquier norma, en la Constitución como norma superior. Esto, no solo por su validez sino también porque se convierte en un esquema de control a la discrecionalidad judicial.

1.3 Los fundamentos legales de la tutela contra sentencia

En el ámbito de la constitucionalización del derecho promovida por el

cambio constitucional del año 1991, particularmente de la protección reforzada otorgada a los derechos fundamentales a través de la acción de tutela según el artículo 86 (Constitución Política, 1991), el gobierno en uso de las facultades transitorias concedidas por la Asamblea Nacional Constituyente estipuló las condiciones procesales para el ejercicio de su defensa por parte de cualquier persona, específicamente (Decreto 2591, 1991)²⁶.

La acción de tutela fue concebida para garantizar la aplicación inmediata y directa de los derechos fundamentales, frente acciones u omisiones de cualquier autoridad pública y por parte de los particulares (Böckenförde, 1993)²⁷. Sin que sea necesario que la infracción deba manifestarse por escrito o por intermedio de un acto administrativo o actuación en particular conforme al artículo 5 del referido decreto. Esta disposición refuerza lo concluido en el numeral anterior, que la sentencia como acto de los jueces, calificados como autoridades públicas, son plenamente controlables vía tutela siempre y cuando se acrediten las condiciones de procedencia de la tutela, particularmente, la infracción de un derecho fundamental.

25 Este debate se mueve en la consideración de un nuevo derecho, como lo identifica (López Medina, 2008, pág. 191), un derecho fundamentado en el respeto a los derechos individuales y la igualdad, por un acercamiento entre derecho y moral; la búsqueda de la justicia sustantiva; en vez de reglas específicas de conducta se prefieren los principios; el juez actúa como realizador de justicia material. Se hace indicación de la página en la obra de López para apreciar directamente el paralelo que plantea entre derecho tradicional y nuevo derecho.

26 El Decreto 2591 de 1991 es una norma jurídica con fuerza material de ley, un decreto constitucional o autónomo sujeto a control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

27 La exigibilidad de los derechos fundamentales frente al Estado, visión clásica, es concebida como eficacia vertical, pero la exigibilidad frente a los privados es calificada como eficacia horizontal; elemento trascendente en los sectores privados, por ejemplo los del mercado, donde residen las principales infracciones a los derechos fundamentales.

A la par, si se predica la posibilidad de controlar un acto judicial contrario a la Constitución vía tutela, también deben predicarse la aplicabilidad de las causales de improcedencia conforme al artículo 6²⁸, bien por ejemplo, la existencia de otros medios de defensa judicial, salvo que se accione para evitar un perjuicio irremediable, cuestión sustancial para mantener el carácter procedimental subsidiario de la acción de tutela, cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, y que sus efectos no continúan.

Bajo estas causales de improcedencia, también es entendible la imposibilidad de impugnar las sentencias con efectos generales, como las sentencias de inconstitucionalidad, pues se trataría de actos generales, impersonales y abstractos. Ahora bien, el control de constitucionalidad²⁹ se ejercita por intermedio de un control abstracto normativo, en el que se confronta el texto presuntamente infractor frente a la Constitución, sin que se revise casuística en particular, y sus efectos de exequibilidad o inexecuibilidad son de orden público.

Por tanto, si existe una infracción a la norma superior materializada en una

sentencia de revisión constitucional³⁰, o inconformidad democrática frente a la decisión adoptada por el tribunal constitucional, especialmente si se trata de una resolución que retira del sistema jurídico la norma en cuestión, sólo será procedente cuestionar las resultas o buscar su reincorporación normativa por intermedio de una reforma constitucional; reforma en la cual deberán retirarse o modificarse las normas constitucionales que sirvieron de fundamento para la declaratoria de inconstitucionalidad.

Ahora, en forma concreta fue el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 el que contempló la viabilidad de la interposición de la acción de tutela contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, al establecer que tal posibilidad caducaría en el término de dos (2) meses a partir de la ejecutoria³¹. Lo que generó la oportunidad de iniciar esta clase de procedimientos, y a la par, de incrementar el control sobre las autoridades públicas judiciales, quienes han mantenido un amplio grado de discrecionalidad que en muchos casos no alcanza a ser controlada por los litigantes en el marco procesal.

En este contexto: ¿Cuáles eran los re-

28 *Ibidem*.

29 Las normas pertinentes se encuentran en (Decreto 2067, 1991) y en el artículo 241 (Constitución Política, 1991).

30 El Decreto 2067 de 1991, en su artículo 49 contempla que la improcedencia de recurso alguno contra la sentencias de constitucionalidad; sólo podrá solicitarse la nulidad del proceso antes de que se dicte fallo por razones relativas al debido proceso.

31 Pese a la ocurrencia de la caducidad de la acción de tutela, se consagró como admisible impugnar el acto o la actuación mediante otra acción, si fuere posible hacerlo de conformidad con la ley.

quisitos inicialmente establecidos en la regulación legal para el ejercicio de la tutela contra sentencias?³²

El interesado en ejercer esta acción debería acreditar los siguientes requisitos:

- a) La existencia de una infracción de un derecho fundamental, consecuencia directa de la sentencia y su parte resolutive.
- b) El agotamiento de todos los recursos judiciales y la inexistencia de otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho violado o amenazado.
- c) Si se trata de la defensa del debido proceso, la tutela procedería conjuntamente con el recurso procedente.
- d) También procedería la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³³, aunque se haya interpuesto un recurso, o disponga de defensa judicial.
- e) También podría interponerlo, quien en el caso concreto, carecie-

re de otro mecanismo de defensa judicial, siempre que la acción sea interpuesta dentro de los sesenta días (60) siguientes a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso³⁴.

- f) No procede para atacar interpretaciones, o controvertir material probatorio.
- g) No procederá contra fallos de tutela.

Sin embargo, el surgimiento de esta posibilidad normativa, concebida como una forma de garantizar la vigencia de la Constitución frente a actos judiciales y con una serie de requisitos que presuntamente controlarían el abuso de la figura haciéndolo racional, posteriormente fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia (Sentencia C-543, 1992).

Dadas las cosas, es necesario determinar cuáles fueron las principales causas de dicha declaratoria y evidenciar como

32 Para el trámite de las acciones de tutela contra sentencias judiciales se llegó a establecer una competencia especial (actualmente inexecutable), pues en términos generales cualquier juez de la república es potencialmente competente para conocer del trámite de tutela interpuesto por cualquier persona. La regla especial de competencia estipulaba que cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente. Cuando dichas providencias emanen de magistrados, conocerá el magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección. Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma corporación. Actualmente (Decreto 1382, 2000) establece reglas de reparto judicial dependiendo del orden de la autoridad infractora (nacional, departamental, municipal, autoridad judicial), o de si es un particular.

33 El perjuicio irremediable ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como aquella situación inminente o actual, grave, y que requiere medidas urgentes e impostergables para evitar la ocurrencia del daño o su prolongación (Sentencia T-081, 2001), (Sentencia T-1316, 2001).

34 La regulación de la tutela contra sentencias dispuesta en el Decreto 2591 de 1991 contemplaba que la tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas. Así mismo, la presentación de la tutela no suspende la ejecución de la sentencia que puso fin al proceso.

pese a la inconstitucionalidad de la norma que dio origen a la institución de la tutela contra sentencias, ésta sigue siendo aplicable.

1.4 Las principales causas para la declaratoria de inconstitucionalidad de la tutela contra sentencias

A continuación se evidenciarán algunas de las principales razones que fundamentaron la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991³⁵, que daban fundamento legal a la tutela contra sentencias.

a) El establecimiento de un término de caducidad

La caducidad, corresponde a un término que se otorga para realizar un acto o para hacer uso de un derecho, generalmente por razones de orden público, con miras a no dejar en suspenso por mucho tiempo el ejercicio del derecho o la ejecución del acto de que se trata (Sentencia C-543, 1992); fue establecido para el ejercicio de la acción de tutela contra sentencias, originariamente el

término de dos (2) meses desde la ejecutoria de la sentencia que presuntamente infringe los derechos fundamentales; a juicio de la Corte este plazo desconocía la premisa fundamental de la acción de tutela, descrita por el poder constituyente originario, esto es, el artículo 86 de la Constitución política, dispuso que la acción de tutela como medio subsidiario para defender los derechos fundamentales, podría ser interpuesta en cualquier época, lo que suponía una contrariedad directa con la Constitución, lo que sustenta el juicio abstracto de comparación entre norma superior y la norma sujeta a control de constitucionalidad.

Entonces, si el constituyente optó por otorgar un plazo amplio para ejercer la tutela, no puede el legislador transitorio, o el Presidente en uso de las facultades transitorias otorgadas por el poder constituyente originario³⁶, reducir ese término, pues estaría incurriendo en un exceso de competencia, haciendo aquello que le está vedado; no puede pretender sustituir o contrariar al creador de la Constitución³⁷, ya que este encarna la máxima voluntad política de la sociedad (Schmitt, 1983). Un argumento que

35 En (Sentencia C-543, 1992) también se declara inexecutable, debido a su unidad normativa, las reglas de competencia dispuestas en el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, para el trámite de la acción de tutela contra sentencias.

36 Este tipo de facultades fueron otorgadas por el poder constituyente originario a través de artículo transitorio que buscaban dotar de facultades al Presidente para regular temas trascendentales para la ejecución de la Constitución, tales como la tutela y el juicio de constitucionalidad. De ahí que estas normas sean decretos por ser dictadas por el ejecutivo, pero poseen fuerza de ley, por ellos son denominados decretos autónomos o constitucionales y controlados por la Corte Constitucional.

37 Como dato llamativo, y que evidencia la deferencia existente hacia el ejecutivo y el legislador, propia de la anterior cultura constitucional y legal, la Procuraduría conceptuó en su momento (Sentencia C-543, 1992) a favor sobre dicha norma indicando que la contradicción entre el texto legal y el mandato de la Constitución debería considerarse saneada en razón de las facultades confiadas al legislador para reglamentar la acción de tutela.

a la par hacía intrascendente el debate sobre la procedencia de interponer en el término de sesenta (60) días desde la ejecutoria de la sentencia, la acción si se carecía de otro mecanismo de defensa judicial.

b) El carácter subsidiario de la tutela

La acción de tutela fundamentada en los principios de subsidiariedad e inmediatez, motiva que su viabilidad se guíe por la ausencia de procedimientos principales o directos para la defensa del derecho transgredido, salvo la acreditación de un perjuicio irremediable; además, está destinada a la defensa de los derechos fundamentales y a tratar de corregir o evitar su infracción, a través de un procedimiento ágil y sumario³⁸.

No es la tutela un medio con capacidad procesal para suplir un procedimiento ordinario o especial, y menos para generar instancias o recursos sustitutivos o adicionales; menos para revivir debates ya definidos procesalmente, etapas precluidas, o incorporar pruebas o alegar hechos no allegados en las etapas dispuestas. Por lo que es el proceso según la legalidad específica dispuesta, el medio que directamente debe buscarse para resolver controversias y agotar todas sus instancias y posibilidades de recurrir³⁹.

En la referida sentencia C-543 del año 1992, la Corte Constitucional es categórica al indicar:

“...nadie puede alegar que careció de medios de defensa si gozó de la oportunidad de un proceso y menos todavía si tomó parte en él hasta su conclusión y ejerció los recursos de que disponía. Pero, claro está, si pese a las ocasiones de defensa dentro del proceso y a las posibilidades de impugnación del fallo que le otorgaba el sistema jurídico en obediencia a claros principios constitucionales (artículos 29 y 31 de la Carta), el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última tabla de salvación de sus pretensiones,...”.

c) La contradicción de los efectos de la cosa juzgada

La Corte Constitucional se centra en la preservación de la cosa juzgada como garantía de seguridad jurídica y por tanto de la justicia. En esta revisión constitucional (Sentencia C-543, 1992) entiende la cosa juzgada como un carácter inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio de los fallos cuando se han dado los trámites y se

38 Agilidad procesal manifiesta en el término perentorio e improrrogable de 10 días, y en las amplias facultades otorgadas al juez para proteger los derechos, e incluso supervisar el cumplimiento de la sentencia hasta verificar la satisfacción de derecho infringido.

39 En palabras de la Corte Constitucional (Sentencia C-543, 1992), no se puede tratar de convertir la acción de tutela en un medio de justicia paralela.

han cumplido las condiciones y requisitos previstos por la ley.

Agrega, que el fin de este principio radica en impedir que la decisión en firme sea objeto de nueva revisión o debate, a fin de dotar de estabilidad y certeza las relaciones jurídicas⁴⁰.

La cosa juzgada⁴¹ se funda en el principio de la seguridad jurídica, en la confianza social sobre la previsibilidad y aplicación el efecto de las normas jurídicas, su contenido facultativo u obligatorio, así como sobre la capacidad de imponer punto final a los conflictos. Lo que resulta conveniente, pues no es pertinente mantener los conflictos abiertos y cuestionables, pues fomentaría la incertidumbre. Por ello, si la cosa juzgada se funda en la seguridad jurídica, y se constituye sobre la aplicación del ordenamiento jurídico, desde el cual en los casos concretos, se busca adoptar decisiones justas o al menos justificables, la incorporación de elementos que puedan rebatir o cuestionar las cosa juzgada, en lugar de desarrollar la Constitución, pueden desconocerla, particularmente al tratar de revertir el orden jurídico establecido. La generación de instrumentos jurídicos que pongan en duda la cosa juzgada y la seguridad jurídica de las decisiones que resuelven las diferencias, presionan sin justa causa la

administración de justicia como función estatal.

A continuación, se analizarán algunos elementos utilizados por la Corte Constitucional para reforzar su visión de la cosa juzgada y su consecuente rechazo a la figura de la tutela contra sentencias, más allá del problema que se reflejó con la caducidad.

i) **Debido proceso y la falacia del error judicial**

Aunque no sería pragmática la convicción en la premisa de un sistema judicial con jueces capaces de adoptar respuestas infalibles, un argumento importante en la defensa de la tutela contra sentencias, ha sido la corrección de las posibles infracciones a la Constitución que puedan cometerse en el marco de un proceso judicial⁴². Frente a ello se ha esgrimido la pertinencia de sanear cualquier vicio o error haciendo uso de las oportunidades procesales, ordinarias y extraordinarias. Siendo así, el cumplimiento del debido proceso es la mejor garantía constitucional para disolver cualquier disputa y corregir irregularidades.

Admitir la posibilidad de revertir la cosa juzgada de las sentencias, institución plenamente amparada por la

40 *Ibidem*.

41 La Corte aborda un concepto de cosa juzgada haciendo un repaso por los conceptos de autores como Couture, Legaz y Lacambra, Radbruch, entre otros.

42 La ley en desarrollo de la garantía del debido proceso, definido en el artículo 29 de la Constitución, establece recursos ordinarios y extraordinarios, controles a la conducta judicial a través de los impedimentos y recusaciones; nulidades, entre otras oportunidades procesales destinadas a asegurar la igualdad de trato frente a la administración de justicia.

Constitución, tanto en su artículo 29, el artículo 1 sobre los fines del Estado, especialmente el de la protección a la dignidad humana, como el acceso a la justicia, en los términos del artículo 229, significaría además un desconocimiento de la prevalencia del interés general, reflejado en la necesidad de la seguridad jurídica y la certeza de haber definido los conflictos.

La Corte considera una falacia, tratar de justificar esta clase de tutela por la posibilidad de revisión por parte de otro juez, pues potencialmente todos los jueces son jueces de tutela⁴³ y los errores que pudieran cometerse en cualquier jurisdicción también pudieran cometerse en el trámite de la tutela, más cuando se trata de un procedimiento lleno de celeridad⁴⁴ y que objetivamente no es la única forma de corrección de un error judicial; pero lo más gravoso, señala la Corte, sería tratar de instituir una opción judicial permanente de una situación excepcional, como puede ser el error judicial (Sentencia C-543, 1992).

ii) El principio de especialidad

La admisibilidad de la tutela contra sentencias promueve el desconocimiento de la existencia de múltiples opciones

judiciales, de la especialidad de las distintas jurisdicciones, promoviendo que desaparezca su carácter principal en lugar de un único procedimiento; además al poderse tramitar ante cualquier juez supondría una afectación de la estructura de la administración de justicia y la jerarquía judicial.

iii) Prevalencia de lo sustancial por encima de las formalidades establecidas

Frente a este principio establecido en el artículo 228 de la Constitución del año 1991, en el juicio de constitucionalidad (Sentencia C-543, 1992) se interpretó que no puede promoverse la eliminación de las formas procesales, sino que de lo que se trata es de no motivar un respeto excesivo por las formas, cuando solo están definidas para la protección del derecho sustancial. Pese a esto, no existe licencia alguna para pretermitir etapa alguna, pues se contrariaría la legalidad y el debido proceso, mandato dispuesto por el constituyente. No puede interpretarse que la acción de tutela haya sido instituida para cuestionar los procesos judiciales, que hacen parte del debido proceso que se protege como derecho fundamental⁴⁵.

43 Es de resaltar que esta clase de argumentos fueron fundamento de la declaratoria inexequibilidad de la tutela contra sentencias. Así, aunque el Decreto 2591 dispone que todos los jueces son jueces de tutela, el Decreto 1382 de 2000, estableció una serie de reglas de reparto para optimizar el trámite de las acciones de tutela, por ejemplo cuando la infracción proviene de una autoridad judicial.

44 El término definido por el Decreto 2591 de 1991 en consonancia con la Constitución, para decidir la acción de tutela es de 10 días en primera instancia.

45 Esto significa que un marco de ponderación se ha otorgado mayor peso relativo al artículo 29 sobre el debido proceso que al artículo 86 sobre la garantía reforzada de la acción de tutela.

iv) **El derecho a una sentencia en firme**

El derecho fundamental de acción contempla la posibilidad de acceder a la administración de justicia para tramitar reclamaciones o solucionar controversias, pero alternamente dicho derecho implica la prerrogativa constitucional, a juicio de la Corte, de acceder a una sentencia en firme y en consecuencia a la cosa juzgada.

Igualmente, en los argumentos del juicio de constitucionalidad se utiliza la prohibición constitucional de que nadie podrá ser juzgado dos veces por el mismo hecho *-non bis in ídem-*, pues entiende que la posibilidad de intentar acciones de tutela contra sentencias ejecutoriadas, implicaría la reapertura o reinicio de un proceso finalizado y con la cualidad de la cosa juzgada⁴⁶.

v) **Infracción a la autonomía judicial**

Finalmente, se funda la inconstitucionalidad de la tutela contra sentencias en el presunto atentado que supone la figura para la autonomía judicial. Se interpreta que el hecho de que otro juez pueda revisar a sentencia de emitida por un juez en el ámbito de un procedimiento judicial, afecta la división funcional de la administración de justicia, así como

una afectación del grado de autonomía concedido por la Constitución, a través del cual se pretende promover la imparcialidad judicial y evitar que más allá de la existencia de grados funcionales ningún juez puede dictar órdenes a jueces de inferior jerarquía. Y al admitir la revisión de la sentencias, unos jueces terminarían imponiendo múltiples tipos de decisiones a otros⁴⁷.

Adicionalmente, bajo un Estado de derecho no es dable que ninguna autoridad trate de ejercer funciones que expresamente no le han sido concedidas, por lo que si un juez de tutela pretende revisar una sentencia de un juez de instancia, debe actuar bajo jurisdicción y competencia, la que para estos eventos no le asiste, así se alegue actuar bajo jurisdicción constitucional. Lo que de aceptarse sería tratar de modificar la autonomía jurisdiccional consagrada por la norma superior conforme a lo dispuestos en los artículos 228 y 230 y crear una jerarquía entre ellas.

Pese a estos argumentos, en sus motivaciones la Corte deja una puerta abierta cuando concluye que no procede la acción de tutela contra ninguna providencia judicial, con la única salvedad del perjuicio irremediable, desde luego aplicada en este evento como mecanismo transitorio supeditado a la decisión definitiva que adopte el juez competen-

46 *Ibidem*.

47 Este clase de decisiones podrían abarcar desde el reinicio del proceso, su nulidad, la recomposición de algunos actos procesales, e incluso lo que refleja el mayor temor de la Corte en el examen de constitucionalidad, la decisión de fondo de la litis. Todo lo que modificaría gravemente el debido proceso establecido legalmente para cada asunto.

te⁴⁸. Empero, a la par indica que el artículo 86 de la Constitución no dice en su texto ni en su génesis, que la tutela contra sentencia sea admisible, por lo que se opta por retirar la norma del sistema jurídico⁴⁹.

Ahora, es necesario analizar cómo pese a la declaratoria de inconstitucionalidad y su consecuente inexecutable, la Corte Constitucional logró seguir haciendo admisible la acción de tutela contra sentencias, particularmente porque la declaratoria de inexecutable hace tránsito a cosa juzgada explícita⁵⁰ y absoluta⁵¹ y ningún funcionario o autoridad puede reproducir el texto o los efectos de la norma así declarada⁵². Así mismo, cuando únicamente de las moti-

vaciones principales de la decisión (Sentencia C-543, 1992), o su cosa juzgada implícita⁵³, solo puede extraerse la conclusión de que la Corte admite la tutela contra sentencias en casos de perjuicio irremediable y solo como mecanismo transitorio⁵⁴, mientras la autoridad judicial competente decide; y frente a actos judiciales distintos de las providencias, lo que puede fundamentar que estas posibilidades procedan ante la ocurrencia de errores judiciales.

2. La subsistencia de tutela contra sentencia

Dejando el juicio de constitucionalidad efectuado sobre la figura de la tutela contra providencias abierta la posibi-

48 *Ibidem*.

49 La Corte Constitucional declara inexecutable bajo estos argumentos el artículo 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que regulaban la acción de tutela contra sentencias.

50 Entendamos por cosa juzgada explícita aquella que comprende la decisión o resolución de la sentencia.

51 Entendamos por cosa juzgada absoluta aquella que ha establecido de manera definitiva la resolución de un caso, bien en el caso de la inexecutable porque la norma no podrá aplicarse en lo sucesivo, o bien en una declaración de executable en la que la Corte ha definido el mayor número posible de cargos. Ha dicho la corte, que la cosa juzgada absoluta impide que el juez se pronuncie de nuevo sobre lo que ya ha sido juzgado en providencias constitucionales anteriores, o inicie un nuevo debate constitucional respecto de normas sometidas a decisiones constitucionales definitivas, dado el carácter incontrovertible de tales providencias judiciales. Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia C-538, 2012).

52 El artículo 243 (Constitución Política, 1991) señala: "Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución."

53 En cuanto a la cosa juzgada implícita las razones principales entre los motivos de la sentencia, fundantes e indispensables para el *decisum*, sin los cuales la decisión no tendría sentido. No todos los razonamiento son cosa juzgada implícita, solo aquellos que explican de manera íntima la decisión, descifran los principios de la decisión, de ellos se extrae la *ratio decidendi* o regla controlante del caso, capaz de ser aplicado en casos similares y constituir o integrar un precedente. Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia T-292, 2006).

54 Aspecto compartido por el salvamento de voto emitido por los magistrados Eduardo Cifuentes, Ciro Angarita y Alejandro Martínez Caballero. Sin embargo, el salvamento también representa una fuerte contradicción con los magistrados que representan la posición mayoritaria, a quien de forma deliberativa cuestionaron por su falta de interpretación conforme a la Constitución y por reducir el ámbito de aplicación de la tutela, que comprende por designio constitucional la interposición de la acción para la defensa de los derechos fundamentales, en cualquier tiempo y por el acto u omisión de cualquier autoridad. Lo consideran el triunfo de una visión opresiva y falsa del interés general. El desarrollo posterior hasta lo actual de la tutela contra sentencias, muestra que la posición de los magistrados posteriormente, fundada en los juicios de revisión de tutela se convirtió en la posición mayoritaria.

lidad, a través de su cosa juzgada implícita, de interponer acciones de tutela contra sentencias, solo como mecanismo transitorio, y frente a actos distintos de las sentencias, que infrinjan derechos fundamentales, reconoce implícitamente que el poder judicial como autoridad está en la posibilidad de cometer errores judiciales que fundamenten la interposición de la acción, con lo cual la Corte desconoce uno de sus propios argumentos, cual es que la posibilidad de error judicial es una excepción y no una generalidad, desde la cual no podía avalarse la existencia de la figura.

Pero es la disidencia de los magistrados que salvaron su voto ante la decisión de inconstitucionalidad y los nuevos magistrados, quienes impulsaron a través de la jurisprudencia y de la incorporación de la teoría del precedente (Sentencia C-252, 2001)⁵⁵, la continuidad de la aplicación de la medida en el marco de las posibilidades que fomentó la sentencia C-543 de 1992. Por tanto, la subsistencia de la tutela contra sentencia descansa sobre un trabajo interpretativo aplicado a diversos casos que integran una línea jurisprudencial, una conducta judicial para resolver casos similares hasta consolidar un precedente constitucional.

Esta posición solo consiste en un refinamiento de la teoría, en una interpretación de las posibilidades implícitas en la sentencia de constitucionalidad, no en una reproducción de las disposiciones iniciales de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 del año 1991. Pues implicaría una conducta irregular, al no poder reproducir ninguna norma declarada inconstitucional por vicios de fondo, ni siquiera bajo el argumento de ser la máxima intérprete y garante de la supremacía constitucional, lo que sería una contradicción constitucional conforme al artículo 243 y del reglamento de los juicios de constitucionalidad (Decreto 2067, 1991)⁵⁶.

Dicho trabajo jurisprudencial puede sintetizarse en los siguientes postulados que explican las condiciones en que puede ejercerse el derecho a la tutela efectiva frente a una infracción judicial.

2.1 La interposición de la tutela contra sentencia es excepcional, no es una norma general

La tutela contra sentencias es una posibilidad jurídica excepcional, no puede constituirse en un medio principal o inmediatamente consecutivo a la finaliza-

55 Es de precisar que la teoría del precedente ha pasado por varios momentos, uno en que la Corte Constitucional reduce la posibilidad de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, particularmente vía las sentencias (Sentencia C-037, 1996) al revisar la constitucionalidad del Decreto 2067 de 1991 y la Ley 270 de 1996; así mismo en la sentencia (Sentencia C-131, 1993). Y, otro momento, en que posteriormente, se estructuró con una jurisprudencia más reflexiva, la actual posición de fuerza vinculante del precedente, por ejemplo a través de sentencia como: (Sentencia T-547, 1993), (Sentencia T-123, 1995), (Sentencia C-083, 1995), (Sentencia C-447, 1997), (Sentencia T-175, 1997), (Sentencia T-566, 1998), (Sentencia T-068, 2000), (Sentencia T-569, 2001), (Sentencia U-1553, 2000), (Sentencia T-1022, 2002), (Sentencia T-012, 2003), (Sentencia C-228, 2002), (Sentencia T-292, 2006).

56 El Artículo 21 (Decreto 2067, 1991) dispone: "Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo".

ción del debido proceso, o durante su curso; deben cumplirse todos los trámites procesales exigidos, los cuales han sido instaurados para la defensa del derecho sustancial. Por el contrario, procederá la acción ante situaciones excepcionales, frente a la presencia de errores judiciales expresados en la sentencia o en el marco del proceso, y cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (Sentencia T-173, 1993)⁵⁷

2.2 Cosa juzgada a favor de la verdad

Un cambio trascendental, es el dado en la visión de la cosa juzgada; de una visión formalista y deferente hacia las formas, como la asumida en la inconstitucionalidad de la tutela contra sentencias, se sigue una visión constitucional de la cosa juzgada, como lo defendieron los magistrados disidentes, quienes buscaban la unión entre cumplimiento del debido proceso pero en la realización de una verdad procesal congruente con la realización de los principios fundamentales.

Esto promueve que no sean admisibles actos y sentencias emitidos por autoridades públicas que violen directamente la Constitución. Esta concepción supone admitir la aplicación directa de los derechos fundamentales, su supremacía ante la ley y su carácter legitimador, pero sobre todo su exigencia y defensa en todo tiempo y en todo lugar, como lo expuso el constituyente originario. Ele-

mentos encarnados en el principio de prevalencia de lo sustancial por encima de las formalidades establecidas, que pretende motivar un equilibrio entre formas y derechos, no creando excepciones al cumplimiento de la legalidad, pues se presume que está fundada en la norma de normas, sino en defender la existencia de un medio que en situaciones concretas, excepcionales y acreditadas, garantice la vigencia de los derechos de las personas en afinidad con las implicaciones del Estado social de derecho, en el que debe primar la dignidad de las personas.

Precisamente la tutela contra sentencia, se constituye en una estrategia para demostrar que la nueva cultura socio jurídica puede ser realizada y que no es un mero discurso, pero desde luego esto es un proceso de deliberación en formación que requiere de una participación cada vez más amplia, pues solo la práctica y una buena teorización, promoverán un ejercicio correcto de esta posibilidad jurídica.

2.3 Mínimo de justicia material

Fomentar que los actos de las autoridades públicas tengan como premisa fundamental, no solo el principio de legalidad y el debido proceso, como la simple y formal aplicación de reglas y trámites, sino que tengan el deber de desarrollar un mínimo de justicia material, configura un nuevo rol que se explica, por ejemplo, en las dificultades para ad-

⁵⁷ Al respecto puede consultarse la siguiente providencia de la Corte Constitucional: (Sentencia T-327, 1994).

mitir y tratar de salvaguardar la tutela contra sentencias.

Si en una sentencia, o en un acto u omisión judicial, se encarna una injusticia entendida como acto contrario a la Constitución susceptible de ser garantizado, puede buscarse su corrección y ajuste a la orden constitucional, pues de no admitirse se fomentaría la petrificación del derecho y el culto a las formas; lo que no implica que se reduzca el carácter fundamental del derecho a acceder a la justicia y a obtener de ella una sentencia en firme, sino que se pide que esa sentencia este conforme a las reglas y principios imperantes.

2.4 Error judicial

En la decisión (Sentencia T-231, 1994), la Corte utiliza un lenguaje tendiente a calificar las conductas irregulares que pudieran cometer los jueces en los procesos decisionales, denominado vías de hecho. La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley.

En este concepto, común en el derecho procesal, se trata de reunir las conductas judiciales contrarias a derecho, expresivas de actitudes caprichosas o irre-

gulares. Así, lo fundante en esta nueva visión de la tutela contra sentencias será el estudio de este tipo de errores como presupuesto fáctico y probatorio para definir su procedibilidad. Además se requiere para fomentar este amparo, que la irregularidad judicial sea notoria, lo que implica su alegación en el ámbito de los momentos procesales y que sea apreciable jurídicamente la desviación frente al postulado normativo.

Las vías de hecho constituirán un elemento a controlar a través de la tutela, que garantizará que no se perpetúen o legalicen a través de la fuerza de las formalidades procesales, de la sentencia y la cosa juzgada, desviaciones de poder.

A partir de esta sentencia⁵⁸, relevante en la línea jurisprudencial, se genera una caracterización inicial de las vías de hecho en la que se identifican los siguientes tipos de defectos⁵⁹:

a) Defecto sustantivo

Se trata de un comportamiento judicial evidentemente desviado o deformado respecto de lo mandado por la norma. Es una desviación de poder, pues el juez usa sus facultades en sentido distinto del que rectamente corresponde. También deberían considerarse incluidos en esta categoría, la aplicación de normas inexistentes, nulas o inconstitucionales; el desconocimiento de la totalidad o

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ A partir de esta (Sentencia T-231, 1994) se efectúa el análisis de los defectos judiciales atacables a través de la tutela; las definiciones no son tomadas literalmente, sino que se procede a exponer un análisis de las mismas.

parte del cuerpo normativo que regula una situación jurídica, o la divergencia entre decisión y fundamentos normativos (Sentencia T-522, 2001).

b) Defecto orgánico

Consiste en el uso de facultades jurídicas no atribuidas, manifiestas por ejemplo en falta de competencia o jurisdicción⁶⁰. La actuación judicial está enmarcada dentro de una competencia funcional y temporal, determinada, constitucional y legalmente, que de ser desbordada conlleva la configuración de un defecto orgánico, y por ende, el desconocimiento del derecho al debido proceso (Sentencia U-198, 2013).

c) Defecto fáctico

Es la aplicación errada de un derecho, pues no se cuenta con los supuestos de hecho constitutivos conforme al derecho. Pueden incluirse en este defecto, la valoración parcial de los hechos relevantes de un caso, o el desconocimiento persistente de un material probatorio definitivo, o capaz de modificar las valoraciones o adjudicaciones del caso.

Para la Corte, el defecto fáctico puede darse tanto en una dimensión positiva,

que comprende los supuestos de una valoración por completo equivocada, o en la fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello, como en una dimensión negativa, es decir, por la omisión en la valoración de una prueba determinante, o en el decreto de pruebas de carácter esencial (Sentencia U-198, 2013)⁶¹.

d) Defecto procedimental

Se trata de actuaciones que se encuentran por fuera de lo reglado en el procedimiento dispuesto -defecto procedimental absoluto-⁶², o de pretermitir etapas en particular. No es admisible evadir, eludir o eliminar etapas procesales, pues se trata de garantías establecidas para la defensa del derecho sustantivo.

La acción de tutela contra las vías de hecho judiciales⁶³, están destinadas a garantizar el respeto al debido proceso conforme al artículo 29 constitucional y el derecho de acceso a la justicia en consonancia con el 229. Gracias a estos dos derechos medulares toda persona puede acudir ante un juez con miras a obtener una resolución motivada ajustada a derecho y dictada de conformidad con el procedimiento y las garantías consti-

60 Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia T-1057, 2002), (Sentencia T-929, 2008), (Sentencia T-757, 2009), (Sentencia T-446, 2007).

61 Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia U-159, 2002), (Sentencia T-538, 1994), (Sentencia T-061, 2007), (Sentencia T-442, 1994), (Sentencia T-567, 1998)

62 Al respecto puede consultarse la siguiente providencia de la Corte Constitucional: (Sentencia C-590, 2005).

63 También considera la Corte en este proveído respecto a la procedibilidad de la acción de tutela que debe predicarse la no existencia de un medio ordinario de defensa o que pese a estar consagrado y a ejercitarse, la situación irregular se mantenga y así el quebrantamiento del derecho fundamental subsista y los medios ordinarios de defensa se encuentren ya agotados.

tucionales previstas en la Constitución y en la ley (Sentencia T-231, 1994)⁶⁴.

Es de resaltar, que el defecto procesal debe ser de tal magnitud que afecte, de manera irremediable, el contenido constitucional del debido proceso (Botero Marino, 2002, pág. 36).

2.5 Las causales de procedibilidad

La tesis introducida por la sentencia T-231 del año 1994, aparte de brindar mayor fundamentación a la subsistencia del amparo frente vías de hecho, fue una sentencia fundacional, que motivó la práctica y evaluación en diversos casos de las vías de hecho, haciendo que la deliberación avanzará hasta considerar en otras sentencias nuevos defectos, con la intención de hacer más material este control.

Estos defectos han sido reconocidos por el Tribunal Constitucional denominándolos causales genéricas de procedibilidad, con la diferencia, de que esta nueva concepción no solo comprenden vías de hecho o actuaciones arbitrarias de carácter judicial, sino que abarcan otras irregularidades vinculadas a la búsqueda de decisiones imparciales y básicamente a mantener la supremacía de la Constitución.

Es así, como era una tarea del máximo garante judicial de la Constitución, la de unificar los elementos constitutivos de este precedente, al efecto así procedió a través de dos hitos jurisprudenciales (Sentencia C-590, 2005) (Sentencia U-913, 2009)⁶⁵. En virtud de ellas la tutela contra sentencias inicio una fase mucho más precisa y estricta, que reforzó su excepcionalidad y la necesidad de contar con una fuerte actividad probatoria sobre los requisitos jurídicos para su viabilidad.

Esta precisión del precedente se centra en un primer nivel en la necesidad de asegurar la subsidiariedad y excepcionalidad de la acción de tutela, su carácter como medio procesal no principal; para conseguir esto, se han estructurado condicionamientos generales llamados *requisitos de procedencia*. En un segundo nivel, se enfoca en rebatir las conductas irregulares del juez y en la defensa de la supremacía constitucional; caracteres específicos llamados *requisitos de procedibilidad*.

2.6 Requisitos de procedencia

Las exigencias generales de procedencia son las siguientes, las cuales deben ser probadas en su totalidad por los solicitantes para motivar la admisión de la acción de tutela:

64 Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia T-538, 1994), (Sentencia U-478, 1997), (Sentencia T-654, 1998), (Sentencia T-248, 1993).

65 Estos elementos jurisprudenciales son reiterados en sentencias posteriores. Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia U-198, 2013), (Sentencia T-094, 2013), (Sentencia T-125, 2012). Se destacan las sentencias (Sentencia C-590, 2005) y (Sentencia U-913, 2009), como hitos en la estructuración de la teoría de la tutela contra providencias judiciales.

a) **El debate debe ser de notoria relevancia constitucional**

El juez solo puede estudiar conflictos de carácter constitucional, nunca podrá conocer el fondo de situación litigiosa, solo velar efectivamente por las prerrogativas constitucionales y garantizar su materialización en los respectivos procedimientos, de lo contrario afectaría el principio de especialidad jurisdiccional, definiría litigios encomendados a otras jurisdicciones (Sentencia T-173, 1993). Será labor del juez de tutela justificar con claridad la calificación constitucional de la problemática que resolverá, y su vínculo directo con los derechos fundamentales de los sujetos procesales. Aspectos que el demandante de tutela debe acreditar para fundamentar su solicitud de amparo.

b) **Agotamiento de los medios judiciales especializados**

Debe verificarse que el solicitante haya tramitado todos los medios judiciales a su alcance, tanto ordinarios como extraordinarios, para su defensa técnica y material. Solo sería admisible excepcionar esta exigencia, si puede probarse un perjuicio irremediable sobre un derecho fundamental (Sentencia T-504, 2000).

La pertinencia probatoria, particularmente del perjuicio irremediable, es un requerimiento de alta exigencia pues pretende evitar un paralelismo entre la tutela y los trámites judiciales contem-

plados, igualmente evitar la concentración de cualquier asunto en la jurisdicción constitucional.

c) **Inmediatez**

Se requiere que la distancia temporal entre la sentencia que pone fin al proceso en su totalidad, o del hecho que origina la infracción (Sentencia T-315, 2005), y la interposición de la tutela sea el mínimo posible. Un término razonable y proporcionado (Sentencia C-590, 2005).

La interposición de la acción en cualquier tiempo posterior al hecho infractor, especialmente pasados un número significativo de meses, debe ser plenamente justificado, evidenciando causas que se sobrepongan a la voluntad de las partes, y descartando la existencia de negligencia. De permitirse la interposición de la acción en cualquier época posterior a la infracción, se fomentaría la incertidumbre sobre la legitimidad de la cosa juzgada y en consecuencia sobre la seguridad jurídica⁶⁶.

d) **La relevancia de la irregularidad procesal**

Las irregularidades procesales que pretendan alegarse deben ser relevantes en la sentencia objeto de impugnación, no deben ser irregularidades ordinariamente saneables, o que no ameritan consideración. Así mismo, deben tener incidencia directa en los derechos fun-

⁶⁶ *Ibidem*.

damentales de las partes (Sentencia T-008, 1998). La gravedad de la violación de los derechos fundamentales, en casos como la incorporación de pruebas ilícitas (Sentencia U-159, 2002), generan la protección de los derechos independientemente del impacto que tengan en el litigio, pudiendo motivar la anulación del juicio (Sentencia C-590, 2005).

e) **La alegación de los derechos vulnerados**

Es un deber del demandante de tutela contra sentencias, que señale de forma razonable los hechos que provocaron la violación de los derechos, como los derechos vulnerados. A la par, debe acreditar que la infracción se alegó en las distintas etapas procesales siendo incipientes, salvo que se pruebe la imposibilidad para hacerlo (Sentencia T-658, 1998).

f) **La inviabilidad de la tutela contra sentencia de tutela⁶⁷**

Al tratarse de un procedimiento ágil y sumario, no es admisible tutela contra sentencias de tutela, pues el procedimiento podría extenderse indefinidamente generando un peligro sobre la garantía de los derechos fundamentales. Pero no es admisible la existencia de actos sin control en un Estado de derecho, cuestión que es saneada a través

del proceso de revisión que puede ejecutar la Corte Constitucional.

2.7 **Requisitos de procedibilidad**

Aparte de sustentar y acreditar los requisitos generales, será menester probar al menos uno de los requisitos especiales o de procedibilidad⁶⁸, de los cuales en este aparte abordamos los adicionales a los denominados defecto sustantivo, orgánico, procedimental y fáctico, ya tratados en el numeral 2.4 de esta investigación.

a) **Inducción al error**

Cuando el juez que tramita el proceso sufre un engaño por las partes, terceros o algún interviniente, y de dicho engaño se genera una decisión contraria a los derechos fundamentales, o que provoca su infracción. Bien puede ilustrar esto, la intervención de un perito que provoca dictámenes que modifican los juicios de la autoridad judicial.

b) **Falta de motivación de la sentencia**

Supone la adopción de una decisión carente de justificación, totalmente discrecional. Es una decisión sin fundamentos fácticos y jurídicos, por tanto, una adjudicación sin fondo y simplemente arropada en la formalidad de la sentencia;

⁶⁷ Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia T-088, 1999), (Sentencia U-1219, 2001).

⁶⁸ El análisis de estos requisitos especiales se hace partiendo de lo dispuesto en la sentencia C-590 del año 2005, sentencia hito, reiterada en diversos pronunciamientos hasta la actualidad.

además, sin razonabilidad y que desconoce el derecho fundamental a que los casos sean debidamente analizados con pleno apego al sistema jurídico.

Podría complementar esto, los casos en que se opta por una argumentación vacía e incongruente, por ello cercana a la falsedad, con ánimo meramente resolutivo o arbitrario.

c) **Desconocimiento del precedente**

Esta causal significa el reconocimiento del precedente como una regla controlante aplicable a otros casos con hechos iguales, pero además que el precedente constitucional es un parámetro de constitucionalidad, que de ser desconocido, particularmente cuando se fija el alcance de un derecho fundamental hace admisible buscar el control de dicha actuación a través de la tutela (Sentencia T-462, 2003)⁶⁹.

d) **Violación directa de la Constitución**

Ninguna decisión judicial puede fundamentarse en hechos, argumentos o fundamentos jurídicos contrarios a la Constitución. Las vías de hecho constituyen una infracción a los derechos fundamentales, que son prescripciones irrenunciables en toda actuación y a favor de las personas. Esto apareja que la

cualidad de la fuerza normativa de la Constitución y su supremacía fomentan que su contenido sea imputado a cualquier actuación, tanto pública como privada.

Esta causal también fundamenta la inaplicación de normas evidentemente contrarias a la Constitución o violatorias de los derechos constitucionales⁷⁰, vía excepción de inconstitucionalidad. Se ha estipulado que procede la violación directa de la Constitución:

“... (a) Cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución...” (Sentencia U-198, 2013).

Dadas las cosas, entendido como un mecanismo de protección excepcional, es viable interponer la acción de tutela contra sentencias, si se acreditan los requisitos de procedencia y al menos alguno de procedibilidad, lo que se constituye en una garantía al debido proceso y a la supremacía constitucional.

69 Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia T-462, 2003), (Sentencia U-1184, 2001), (Sentencia T-1625, 2000), (Sentencia T-1031, 2001).

70 Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Corte Constitucional: (Sentencia T-765, 1998), (Sentencia T-001, 1999).

Conclusiones: cultura jurídica y constitucionalismo

La constitucionalización del derecho en nuestra cultura jurídica a partir de la Constitución del año 1991, ha motivado diversos cambios en nuestra práctica. Particularmente admitir y exigir la realización de las directivas constitucionales, entre ellas, las consagradas en los derechos fundamentales, como mandatos de optimización a materializar en los casos concretos. Y que por tanto, son también elementos de control y legitimidad de las actuaciones de las autoridades públicas.

Bajo esta óptica, tanto la interpretación de las normas, ya no solo desde una óptica simplemente legal, debe hacerse también desde la Constitución y sus principios, los cuales gozan de inmunidad, valga decir, no están sujetos a transacción y no es dable sacrificarlos por respeto a las formas o por la satisfacción de un derecho en particular, pues tienen primacía como derecho sustancial y debe promoverse su coexistencia.

Es así, como la acción de tutela se convierte en una garantía protagónica, especialmente cuando las personas históricamente no contaron con un mecanismo ágil que les otorgará protecciones efectivas. Pero a la par, se constituye en una forma de exigir frente al Estado y los particulares, el respeto de los derechos. Así, las acciones u omisiones de las autoridades públicas contrarias a la Constitución y a los derechos fundamentales deben ser ajustadas a las disposiciones de la norma de normas.

Bajo estas premisa, la tutela contra sentencias es una figura con fuente directa en la Constitución y un mecanismo para buscar configurar en los actos judiciales un mínimo de justicia material, entendida como la garantía de debido proceso y respuestas jurídicas congruentes con los derechos fundamentales, presupuestos para la existencia de una cosa juzgada certera y por tanto motivadora de seguridad jurídica. No será cosa juzgada y segura jurídicamente una sentencia que trate de cubrir de legalidad infracciones manifiestas al derecho, constitutivas de actuaciones arbitrarias de los jueces o directamente contradictoras de los parámetros de constitucionalidad.

Bajo esta sustentación es como la tutela contra sentencias, logra subsistir a una revisión constitucional que la declara inconstitucional, pero admite en su cosa juzgada implícita la viabilidad de interponer la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ante providencias distintas de las sentencias, o ante irregularidades judiciales. A partir de ahí se inicia un persistente trabajo jurisprudencial que ha blindado la figura, asegurando su aplicación excepcional, pero precisando su ejercicio, con una fuerte actividad probatoria destinada a evidenciar su carácter subsidiario, a evitar que se convierte en un medio alternativo para solventar los conflictos y así desconocer el rol de las jurisdicciones; al igual, que ha impugnar actuaciones desviadas que afectan la regular expedición de la sentencias.

Así, la tutela contra sentencias es una

expresión de la constitucionalización del derecho, un instrumento que busca a través del trabajo jurisprudencial y la consolidación del precedente⁷¹ perfeccionar su ejercicio y mantener un resguardo de control a la actividad judicial, así como para aspirar a decisiones cada vez más correctas. Al final, el uso de la figura dependerá del grado de interiorización de los derechos fundamentales; de parte de los jueces porque podrán tener legítimas adjudicaciones, de parte de las personas porque podrán defender sus derechos y concretar su derecho a una sentencia en firme y congruente con un trato digno e igualitario.

Referencias

- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho* (Segunda ed.). Barcelona, España: Editorial Gedisa.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.
- Arango, R. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2008). *EL derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Simón Bolívar.
- Böckenförde, E.-W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden, Alemania: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Botero Marino, C. (2002). Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Jurídica Precedente*, 2, 5-46.
- Botero, C., García Villegas, M., Guarnizo, D., Jaramillo, J., & Uprimny, R. (N/A de Octubre de 2006). *De Justicia. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad*. Recuperado el 16 de abril de 2013, de Tutela contra sentencias: documentos para el debate N° 3: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.187.pdf.
- Constitución Política. (20 de julio de 1991). *Congreso de la República de Colombia*. Recuperado el 12 de agosto de 2013, de Secretaria General del Senado: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>.
- Decreto 1382. (12 de julio de 2000). Presidencia de la República. *Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela*. Bogotá D.C., Colombia.
- Decreto 2067. (4 de septiembre de 1991). *Congreso de la República de Colom-*

71 Como alternativa a la consolidación de la teoría de la tutela contra sentencias, se han presentado ideas tales como la de una ley estatutaria que regule su ejercicio, así en una propuesta de 18 artículos, se regularía bajo criterio de inmediatez y subsidiariedad estricta, su procedencia, oportunidad, reglas de competencia y la exigencia de que la revisión de sentencias que efectúe la Corte Constitucional de las sentencias de las altas cortes sea resuelta en sala plena (Botero, García Villegas, Guarnizo, Jaramillo, & Uprimny, 2006)

- bia. Recuperado el 12 de agosto de 2013, de Secretaría General del Senado: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/vigencia-expresa-y-sentencias-de-constitucionalidad>.
- Decreto 2591. (19 de noviembre de 1991). Presidencia de la República. *Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991*. Bogotá D.C., Colombia.
- Dworkin, R. (2007). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
- Hart, H. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.
- Ley 153. (15 de agosto de 1887). Congreso de la República. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 270. (7 de marzo de 1996). Congreso de la República. *Estatutaria de la administración de justicia*. Bogotá D.C., Colombia.
- López Medina, D. E. (2008). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.
- Montesquieu, C. (1995). *Del espíritu de las leyes* (Tercera ed.). Madrid, España: Tecnos.
- Niño Ochoa, L. E. (2012). *Formulación y desarrollo del proyecto de grado* (Primera ed.). Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.
- Rodríguez, C. (1997). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- Rousseau, J.-J. (1969). *El contrato social*. Madrid: Taurus.
- Schmitt, C. (1983). *La defensa de la constitución*. Madrid, España: Tecnos.
- Sentencia C-037. (5 de febrero de 1996). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-083. (1 de marzo de 1995). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-1026. (26 de septiembre de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. Expediente D-3468. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-1064. (10 de octubre de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa & Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-131. (1 de abril de 1993). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-228. (3 de abril de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa &

- Eduardo Montealegre Lynett*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-252. (28 de febrero de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-447. (18 de septiembre de 1997). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-538. (11 de julio de 2012). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-539. (6 de julio de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-543. (1 de octubre de 1992). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-590. (8 de junio de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-634. (23 de agosto de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-878. (22 de noviembre de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Juan Carlos Henao Pérez*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-001. (14 de enero de 1999). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. *M.P. José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-008. (N/A de N/A de 1998). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-012. (23 de enero de 2003). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-061. (1 de febrero de 2007). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P. Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-068. (28 de enero de 2000). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. *M.P. José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-081. (29 de enero de 2001). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P. Fabio Morón Díaz*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-088. (17 de febrero de 1999). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. *M.P. José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-094. (26 de febrero de 2013). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C., Colombia.

- Sentencia T-1022. (22 de noviembre de 2002). Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. *M.P. Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-1031. (27 de septiembre de 2001). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P. Eduardo Montealegre Lynett*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-1057. (2 de diciembre de 2002). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. *M.P. Jaime Araujo Rentería*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-123. (21 de marzo de 1995). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-125. (23 de febrero de 2012). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-1316. (7 de diciembre de 2001). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P. Rodrigo Uprimny Yepes*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-1625. (23 de noviembre de 2000). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-173. (4 de mayo de 1993). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. *M.P. José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-175. (8 de abril de 1997). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. *M.P. José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-231. (13 de mayo de 1994). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-248. (29 de junio de 1993). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *M.P. Hernando Herrera Vergara*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-292. (6 de abril de 2006). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-292. (6 de abril de 2006). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-315. (1 de abril de 2005). Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. *M.P. Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-327. (15 de julio de 1994). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P. Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-425. (26 de septiembre de

- 1995). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-442. (11 de octubre de 1994). Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. *M.P. Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-446. (30 de mayo de 2007). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P. Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-462. (5 de junio de 2003). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P. Eduardo Montealegre Lynett*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-504. (8 de mayo de 2000). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. *M.P. Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-522. (18 de mayo de 2001). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-531. (23 de septiembre de 1992). Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-538. (29 de noviembre de 1994). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-547. (26 de noviembre de 1993). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P. Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-561. (17 de julio de 2012). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. *M.P. María Victoria Calle Correa*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-566. (7 de octubre de 1998). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-567. (7 de octubre de 1998). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-569. (31 de mayo de 2001). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P. Eduardo Montealegre Lynett*. Cúcuta, Colombia.
- Sentencia T-654. (11 de noviembre de 1998). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-658. (11 de noviembre de 1998). Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. *M.P. Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-757. (27 de octubre de 2009). Corte Constitucional. Sala Tercera

- de Revisión. *M.P. Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-765. (9 de diciembre de 1998). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. *M.P. José Gregorio Hernández Galindo*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-929. (19 de diciembre de 2008). Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. *M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia U-1184. (1 de noviembre de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Eduardo Montealegre Lynett*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia U-1219. (noviembre de 21 de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia U-1553. (21 de noviembre de 2000). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Jairo Charry Rivas*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia U-159. (6 de marzo de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia U-198. (11 de abril de 2013). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia U-478. (25 de septiembre de 1997). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia U-913. (11 de diciembre de 2009). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Juan Carlos Henao Pérez*. Bogotá D.C., Colombia.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdo*. Barcelona: Marcial Pons.

Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia*

State of affairs unconstitutional by omission
the expedition the Statute of Labour in Colombia

Recibido: 13 de julio del 2013 - Revisado: 26 de septiembre del 2013 - Aceptado: 10 de diciembre del 2013

Michelle Andrea Nathalie Calderón Ortega**

Resumen

La Constitución Política de 1991 ordenó al Congreso de la República expedir un Estatuto de Trabajo, conforme con los principios mínimos fundamentales consignados en su artículo 53. El mandato, encomendado de manera expresa por el constituyente primario al órgano legislativo colombiano, ha sido quebrantado por más de veinte años y su incumplimiento consolida una omisión legislativa. Por su condición de absoluta, esta omisión escapa -desde la interpretación gramatical que la Corte Constitucional le ha dado al artículo 241 de la Carta de Derechos-, a la órbita de competencia del control de constitucionalidad que ejerce en Colombia dicha Corte. Al respecto, el máximo Tribunal Constitucional colombiano considera que en el Estado no existen acciones judiciales para poner fin a una omisión legislativa absoluta. Un criterio jurisprudencial que evidencia la imperiosa necesidad de establecer mecanismos jurídicos que solucionen los problemas derivados de la omisión legislativa del artículo 53, y que a su vez sirvan de garantía y protección de los derechos y principios fundamentales que puedan verse vulnerados como resultado de la mencionada omisión. El presente artículo es resultado de una investigación cualitativa, de análisis documental e interpretación jurisprudencial, mediante la cual se demostrará la procedencia de la figura de Estado de Cosas Inconstitucional, como herramienta jurídica, para superar la omisión legislativa del artículo 53 de la Carta Política y lograr la expedición del Estatuto del Trabajo en Colombia.

Palabras clave

Constitución, omisión legislativa, omisión inconstitucional, acción de in-

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto del proyecto de investigación denominado "Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto de trabajo en Colombia" realizado al interior del Grupo de Investigación Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. El autor agradece la contribución al proceso investigativo como Auxiliares de Investigación a los estudiantes Exar Augusto Jiménez Rincón y María Natalia García-Herrereros Dulcey.

** Abogado, Universidad de Libre Seccional Cúcuta. Candidata a Magister en Derecho Administrativo, Universidad Libre de Bogotá. Docente de la Facultad de Derecho, Docente Investigadora del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre de Cúcuta. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Correo electrónico:
michelle.calderon@unilibrecu-
cuta.edu.co, caormian@hotmail.
com.

constitucionalidad, sentencias estructurales, Estado de Cosas Inconstitucional.

Abstract

The Constitution of 1991, ordered the congress of the Republic to emit a labour statute, according to the minimal fundamental principles recorded in article 53. The term, entrusted expressly by the first constituent on the Colombian Legislative organ, has been infringed for more than 20 years, and its incompleteness states a legislative omission. Due to its absolute condition, this omission escapes -from the grammatical interpretation given by the article 241 of the Charter of Rights-, from the halo off the constitutionality control applied in Colombia by that court. On that subject, the supreme tribunal considers that there are no legal actions to put an end to an absolute legislative omission. A jurisprudential criterion that evidences the imperative need of establishing legal mechanisms in order to look for solutions to the problems derived from legislative omission of the forenamed article, and at the same time offers guarantees and protection of the basic rights and principles that may be infringed as a result of that omission. This article is the consequence of a qualitative research which comprises a dense documented analysis, besides a jurisprudential interpretation whereby the provenance of the figure of unconstitutional state of affairs will be proven as a legal tool to overcome the legislative omission of the article 53, in regards to the Political Charter, fulfilling the expedition of the Statute of Labour in Colombia.

Key words

Constitution, legislative omission, unconstitutional omission, acción unconstitutionality, structural judgments, Unconstitutional State of Things.

Introducción

La no expedición del Estatuto del Trabajo acorde con lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, es una omisión legislativa absoluta que lesiona la Constitución y que -por el contenido de la disposición omitida-, transgrede inevitable y continuamente derechos fundamentales de los asociados.

Para dar solución a problemas surgidos con ocasión a omisiones legislativas absolutas, Estados como Yugoslavia, Brasil, Venezuela y Ecuador han implementado acciones constitucionales encaminadas a erradicar de sus ordenamientos estas omisiones. Algunos de estos Estados, por ejemplo, instituyeron la acción de inconstitucionalidad por omisión, cuyo objeto consiste en recordar, exhortar o recomendar al legislador que

incumple que existe una omisión, que debe superarla y cómo debe hacerlo (Bulnes Aldunate, 2006). No obstante lo anterior, y pese a la evidente existencia en Colombia de la omisión legislativa del artículo 53 constitucional, el máximo Tribunal Constitucional del País niega la posibilidad de incorporar en el ordenamiento la acción de inconstitucionalidad por omisión, y además se ha declarado incompetente para resolver sobre omisiones legislativas absolutas (Ibagón, 2002).

Por otro lado, la Corte Constitucional Colombiana, facultada constitucionalmente (Constitución Política, 1991), y dentro del trámite de la acción de tutela (Decreto 2591, 1991), creó la figura de Estado de Cosas inconstitucional, cuya finalidad es evidenciar la existencia de cosas contrarias a la Constitución que, de manera reiterada y continua, afectan

a un número significativo de personas, y requieren medidas de carácter complejo para su solución. Estas, además, demandan un amplio despliegue de actividad en el desarrollo de políticas públicas y ameritan desarrollo legislativo, entre otras acciones (Muñoz Hernández, 2012).

En razón de lo anterior, y con el propósito de evitar que la omisión en la expedición del Estatuto del Trabajo en Colombia se siga prolongando en el tiempo y continúe vulnerando la Carta de Derechos del país, es imperioso establecer la procedencia y necesidad de que la Corte Constitucional colombiana declare, frente a dicha omisión, la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional; declaratoria que permita emitir una orden exigible al Congreso de la República, para que dé cumplimiento a la disposición omitida.

Problema de investigación

¿Cuál es la pertinencia de una declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional por la Corte Constitucional frente a la omisión del Congreso de la República en la expedición del Estatuto de Trabajo conforme a lo ordenado en la Constitución Política de 1991?

Metodología

El presente artículo es resultado de una investigación cualitativa de tipo jurídico, explicativa, descriptiva, y documental. Para la sistematización y análisis de la información se elaboraron fichas de

análisis documental y se implementó la técnica de análisis de contenido. Se realizó una valoración sistemática del material bibliográfico y de las fuentes jurisprudenciales revisadas.

Esquema de resolución

El presente artículo se ha dividido en cuatro temas principales: (i) Se estudiarán las omisiones legislativas en general, sus principales definiciones, clasificaciones y los elementos que se requieren para que éstas se tornen inconstitucionales; (ii) Se abordará el estudio de las omisiones legislativas en Colombia, haciendo especial énfasis sobre las omisiones legislativas absolutas, la omisión del artículo 53 de la Constitución Política, y las consecuencias de la no expedición del Estatuto del Trabajo por parte del Congreso de la República; (iii) Se hará una breve referencia al tratamiento que se da a las omisiones legislativas en el ámbito internacional; (iv) Se analizará la figura de Estado de cosas Inconstitucional, su naturaleza, las condiciones que exige la Corte Constitucional para su declaratoria y finalmente, se estudiará su procedencia como herramienta para subsanar la omisión legislativa del artículo 53 de la Constitución Nacional.

1. Omisiones legislativas: generalidades

La Constitución Política es el máximo postulado normativo de un Estado, "la Ley fundamental del País" (Lasalle, 1999). Con la Constitución nacen los principios que determinan la estructura

y el orden de pueblos y naciones, y de ella depende la seguridad jurídica y el buen funcionamiento del orden pactado.

(Morón J. C., 1999, pág. 449) afirma que “por el carácter supremo de la Carta es que desde ella debe descender, gradualmente todo el sistema jurídico de un Estado, y recíprocamente, toda norma o acto público debe encontrar validez y justificación jurídica en la Constitución”. No obstante, la máxima Ley fundamental de un Estado, a pesar de su jeraquía y fuerza vinculante, puede ser vulnerada o transgredida tanto por la acción de sus órganos o miembros del propio Estado, como por la omisión que éstos puedan generar por el desconocimiento de postulados, deberes o principios consagrados explícita o implícitamente en la Constitución. Al respecto, (Bidart Campos, 1997) afirma:

La Constitución se vulnera no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se deja de hacer lo que ella manda que se haga. No hay zona alguna de reserva que el ejecutivo, el congreso o la Administración puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan.

Es claro desde este enfoque que la Constitución Política puede ser vulnerada por cualquiera de los órganos que integran el poder público, tanto por acciones contrarias a sus preceptos, como por la omisión o desconocimiento de sus obligaciones, incluso tratándose del órgano legislativo.

En este último sentido -el de la omisión o desconocimiento de las obligaciones por el Estado-, la Carta de derechos puede contener dentro de sus postulados una orden explícita o implícita de legislar (Nieto, 1983), que además indique los presupuestos mínimos que el legislador debe respetar al momento de expedir la norma, así como los mecanismos procedimentales sobre los cuales debe erigirse la norma a expedir.

Cuando la Constitución ordena expedir una ley o desarrollar un precepto normativo, y el órgano encomendado para ello desconoce esa obligación, incurre en una omisión legislativa. No obstante, autores como (Villaverde Menéndez, 1996), consideran que el solo hecho de incumplir un mandato de legislar no implica necesariamente que la omisión del legislativo esté violentando la Constitución puesto que, para que ésta sea lesiva de la Carta de Derechos, se requiere más que la pasividad del legislador durante un determinado periodo de tiempo.

El respetado profesor español (Villaverde Menéndez, 1997), en su obra titulada la Inconstitucionalidad por omisión, explica que una omisión legislativa nace del silencio u abandono del Congreso o Parlamento de su compromiso natural de legislar, pero dicha omisión solo se torna inconstitucional, cuando con ella se genera una situación contraria a la Constitución y /o se vulneran principios o derechos de rango constitucional, como pueden ser la seguridad jurídica, la igualdad, la dignidad humana,

la supremacía de la Constitución, entre otros.

Sobre estos supuestos (Bulnes Aldunate, 2006) expone que la jurisprudencia y la doctrina clasifican a las omisiones legislativas inconstitucionales en relativas y absolutas; las que generan afectación de derechos fundamentales y las que no son lesivas de dichos derechos; las omisiones que son evitables, y las que no lo son.

En la presente investigación se hará especial atención en las omisiones legislativas relativas y absolutas, dada la importancia de las mismas para el tema objeto de estudio.

Entonces, retomando la anterior clasificación, la doctrina constitucional considera que existe omisión legislativa absoluta cuando el legislador prescinde cabalmente del deber constitucional de legislar los asuntos que la Constitución le ha mandado, caso en que se quebranta la *norma normarum* por la falta absoluta de actividad del órgano legislativo, quien genera además el desconocimiento de principios o preceptos Constitucionales (Morón J. C., 1999).

Luego entonces, la carencia total de norma frente a una obligación de legislar instituida constitucionalmente, es la característica esencial de las omisiones absolutas; contrario a ello, en las omisiones relativas, sí existe actuar del órgano legislativo, puesto que para que ésta figura se consolide es necesario que el legislador en ejercicio de sus funcio-

nes o facultades, haya proferido o desarrollado un precepto normativo. En este caso, la omisión se genera no por la ausencia de norma, sino porque la norma expedida desconoce derechos legalmente adquiridos, o restringe, limita o vulnera derechos o principios de rango constitucional, como lo es, a modo de ilustración, el principio de igualdad ante la ley (Parra, 2005).

En este sentido (Bazán, 2007, pág. 125), señala que "...En la *relativas*, el legislador, al propulsar la norma para obedecer el mandato Constitucional favorece ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros...".

Así las cosas, la omisión legislativa relativa se presenta en el evento en que una ley o norma expedida por el Congreso o Parlamento, genera discriminación o pretermite arbitrariamente principios o derechos constitucionales, como el principio de igualdad; también cuando desconoce derechos adquiridos con anterioridad a su expedición, o cuando el legislador omite expedir leyes transitorias que sirvan de protección para los derechos adquiridos previamente y que representan mejores beneficios que los que la nueva ley ofrece (Sentencia C-185, 2002).

Sobre el tema, resulta necesario señalar que en el ámbito jurídico internacional, con el advenimiento del Estado constitucional, social y democrático de derecho, las omisiones legislativas representan una problemática de notable impor-

tancia frente a la supremacía y fuerza vinculante de las constituciones modernas; sin embargo, pese a la evidente relevancia jurídica de las omisiones legislativas, son pocos los ordenamientos que han contemplado mecanismos de solución para ellas, especialmente tratándose de omisiones absolutas (Villota Benavidez, 2012).

Además, la mayoría de la doctrina existente sobre el tema solo considera posible el surgimiento de omisiones legislativas, respecto del deber de legislar del congreso o parlamento, según el caso; pero tratándose de los órganos facultados excepcionalmente para legislar como por ejemplo, el poder ejecutivo, la figura de omisión legislativa inconstitucional ha sido contemplada en muy escasos ordenamientos (Sagües, 2002).

2. **Las omisiones legislativas absolutas en Colombia: la omisión legislativa del artículo 53 de la Constitución Política de 1991**

En Colombia, el artículo 53 de la Constitución Política³, en su inciso primero, ordena al Congreso de la República la expedición de un Estatuto de Trabajo, conforme a las garantías y principios

mínimos enunciados en el inciso segundo del precitado artículo; no obstante lo anterior, desde su expedición en el año 1991, hasta la actualidad, incluso después de algunos intentos fallidos, el Legislador colombiano ha pretermitido la orden y ha prolongado en el tiempo su incumplimiento. Los proyectos de ley presentados en los últimos 23 años, que buscaban la observancia de la referida norma constitucional, no fueron tramitados.

Así, luego de la expedición de la Constitución de 1991, fueron radicados en el Congreso de la República tres proyectos de ley con el propósito de dar cumplimiento a la orden expresa del artículo 53 de la Constitución nacional: los proyectos de Ley No. 176 de 1992, 184 de 2006 y 42 de 2010. El primero, además de pretender la expedición del Estatuto de Trabajo ordenado por la Carta Política, obedeció a una iniciativa popular apoyada con más de un millón de firmas; éste, sin embargo, al igual que los otros proyectos, también fue archivado.

En este sentido, y dados los antecedentes, más que olvido del Legislador Colombiano en la expedición del Estatuto de trabajo, lo que se configura es una omisión legislativa.

3 Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (Constitución Política, 1991).

Para (Casal H., 2003, pág. 50), ésta clase de omisiones ocurre en razón de que “La Constitución a menudo faculta al legislador pero no lo obliga a legislar en una materia determinada, amén de la existencia de silencios del legislador que desde el punto de vista temporal pueden ser tolerados”. Sin embargo, en el artículo 53 de la Carta colombiana, la Constitución no solo facultó al Legislador, sino que le ordenó expedir un Estatuto de trabajo, señalando expresamente los requisitos mínimos que dicho Estatuto debe contener. En éste caso, la orden emitida por el Constituyente primario y manifiesta en el texto constitucional es clara y expresa, no susceptible de interpretación alguna. El incumplimiento de la misma se ha prolongado por más de veinte años, excediendo injustificadamente el tiempo prudencial que respecto de los silencios del legislador puede ser tolerado.

Es por todo ello que la vigencia en Colombia de ésta omisión legislativa desde el año 1991 hasta la actualidad, hace evidente una falencia en el ordenamiento jurídico nacional, relacionada con el tratamiento y superación de las omisiones inconstitucionales absolutas.

2.1 Importancia del artículo 53 de la Constitución colombiana

A fin de dimensionar la importancia jurídica social de lo dispuesto en el artículo 53 constitucional y las consecuencias de su omisión, es necesario traer a colación que en Colombia la evolución del derecho laboral está sujeta a las más

variadas condiciones sociales, así como a las concepciones que determinan en cada momento histórico la aceptación y/o protección de los derechos humanos. Sobre el tema (Ospina Duque, 2011, pág. 26), resalta por ejemplo, que durante la primera mitad del siglo XX, la “crisis económica, los conflictos sociales y laborales y sobre todo la huelga de las bananeras”, determinaron la influencia del liberalismo en el país y, entre otros, la posterior “configuración del movimiento obrero sindical”, así como un desarrollo importante de la legislación laboral”.

De tal manera que, factores aparentemente ajenos a la realidad del derecho al trabajo, inciden en mayor o menor medida en la estructuración del contexto jurídico laboral del Estado, y este contexto jurídico a su vez, genera fenómenos sociales de restructuración y cambio que pueden ser positivos o negativos para la sociedad y el Estado mismo. No obstante, para que los cambios sean positivos, es necesario que las normas y postulados vigentes respondan a las necesidades sociales y cumplan con los presupuestos jurídicos sobre los que se funda el ente Estatal. Por ello, en Colombia, cumplir con el mandato constitucional que ordena la expedición de un Estatuto del Trabajo, no solo es importante para la actualización de las normas laborales con relación a los principios y derechos establecidos constitucionalmente, sino que, además, lo es para que el ordenamiento jurídico establecido sea consecuente con la realidad social y laboral del Estado.

El artículo 53 de la Constitución colombiana enuncia los principios y derechos fundamentales de los trabajadores, que son fundamento del orden jurídico laboral colombiano (Barona, 2010); por ello, el incumplimiento de la orden contenida en él, conlleva inevitablemente a la vulneración de la Carta Política, afectando entre otros bienes sociales y principios constitucionales, la supremacía de la Constitución y la seguridad jurídica.

Es notorio que esta omisión tiene especial incidencia en la calidad de vida de los trabajadores y pone en riesgo sus derechos fundamentales. Situación que se evidencia con el constante número de acciones de tutela diariamente interpuestas a nivel nacional, a fin de garantizar la protección de derechos como: la estabilidad laboral, la protección a la mujer embarazada, el salario mínimo vital y móvil, la igualdad en el acceso al trabajo, la seguridad social, primacía de la realidad y los derechos pensionales. Especialmente en materia pensional la problemática de la población trabajadora es evidente, llegando incluso a ser objeto de declaratoria de dos Estados de Cosas Inconstitucionales (Sentencia T-068, 1998), (Sentencia U-559, 1997), similar situación se evidencia en materia del derecho a la estabilidad laboral, también objeto de declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional (Sentencia U-250, 1998), (Sentencia T-1695, 2000).

En razón de lo anterior, queda demostrado en el desarrollo de la presente investigación que, la consecuencia jurí-

dica más relevante del incumplimiento del artículo 53 de la Constitución Colombiana, es la vulneración masiva, constante y reiterada de la Constitución por la inaplicación de sus preceptos, la inobservancia de su fuerza vinculante, y la afectación directa o indirecta de derechos fundamentales constitucionales.

Corolario de lo expuesto, es claro que el desconocimiento de lo preceptuado en el artículo 53 Constitucional es una omisión legislativa, clara también es la importancia de los derechos contenidos en el citado artículo, así como la necesidad de normas laborales acordes con la Constitución Política y la realidad social.

Por consiguiente, luego de analizar las implicaciones del artículo 53 de la Carta, se colige como hipótesis de la presente investigación, que la no expedición del Estatuto de Trabajo en Colombia es un problema de especial relevancia jurídica y social, que exige una pronta solución. Por la amplitud y la profundidad de las consecuencias y connotaciones de la omisión, esta debe ser objeto de debate en amplios sectores jurídicos y sociales, que contemplen todos los factores, elementos, y consecuencias de su incumplimiento, así como las posibles soluciones que se puedan implementar para su superación.

2.2 **Discusiones sobre la expedición del Estatuto del Trabajo en Colombia conforme a los principios y garantías mínimas consagradas en el artículo 53 de la Carta Política**

El problema de la no expedición del Estatuto de Trabajo en Colombia y del incumplimiento de la orden constitucional que lo ordena expresamente, supone dos ejes fundamentales: El primero, relacionado con la omisión legislativa absoluta del artículo 53 de la Constitución Política, ésto frente a la fuerza vinculante de la Constitución y la observancia de sus disposiciones.

El segundo, referente a los principios y derechos mínimos laborales y a la existencia del actual Código Sustantivo de Trabajo y de la Seguridad Social, a las leyes y normas que le son complementarias, y a los pronunciamientos jurisprudenciales que desarrollan los principios fundamentales del derecho al trabajo y la seguridad social en Colombia (Goyes Moreno & Hidalgo Oviedo, 2012).

Sobre el primer punto, la Corte Constitucional ha señalado en reiterados pronunciamientos que: (1º) Las omisiones legislativas absolutas no son susceptibles de revisión por parte de la Corte Constitucional mediante el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, ya que -tratándose de omisiones como la del citado artículo 53 de la Carta Política-, no hay norma para comparar y emitir pronunciamiento sobre su constitucionalidad (Sentencia C-331, 2013). (2º) Las omisiones legislativas absolutas no son susceptibles de revisión mediante acciones constitucionales como la acción de cumplimiento y las acciones populares, en razón del objeto que identifica estas acciones. (3º) En Colombia, el Constituyente Primario no previó

mecanismo jurídico alguno que exija u obligue al organo legislativo a que cumpla las disposiciones constitucionales que emitan una orden clara y precisa de legislar (Sentencia C-067, 1999).

Así, para la Corte Constitucional, cuando el asunto versa sobre “la legitimidad de la actividad congresional por incurrir en presuntas conductas omisivas, el análisis de constitucionalidad sólo tiene lugar, sí y sólo sí, cuando la omisión que se ataca es por esencia relativa o parcial y en ningún caso absoluta” (Sentencia C-185, 2002). Desde esta perspectiva, es claro que para el máximo Tribunal Constitucional de Colombia, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano un mecanismo encaminado a superar omisiones legislativas absolutas como la del artículo 53 de la Constitución Política. Sobre el anterior argumento, es que la máxima garante de la Constitución sustenta la ausencia de pronunciamientos y decisiones de fondo, tratándose de acciones de inconstitucionalidad cuyas pretensiones versan sobre omisiones legislativas absolutas.

Ésta posición jurisprudencial, acogida además por un amplio sector de la doctrina, devela la fragilidad de la Constitución colombiana frente a dichas omisiones. Lasitud que soslaya de manera directa a la fuerza vinculante de la Constitución, la observancia de sus disposiciones, la seguridad jurídica, y la confianza de los asociados (Bulnes Aldunate, 1998), máxime si se denota que la omisión en la expedición del Estatuto de Trabajo en Colombia, se ha prolongado por más de 20 años.

En cuanto al segundo punto, es decir, en lo que refiere a la necesidad de expedición del Estatuto del Trabajo, se puede llegar a pensar que su expedición es innecesaria, en la medida que ya existe un Código Sustantivo de Trabajo y de la Seguridad Social que contempla la normatividad sobre la materia, y que, además, en concordancia con el artículo 53, cumple con los requisitos exigidos por la Constitución Política.

No obstante, teniendo en cuenta que la Carta de Derechos de un Estado es “Ley de leyes y Norma de normas”, es preciso advertir que, conforme al principio de supremacía constitucional y la seguridad jurídica de los Estados (Gallego Marín, 2012), la Constitución debe gozar de la máxima protección frente a posibles omisiones e incumplimientos que puedan afectar su credibilidad y fuerza normativa.

De suerte que la Corte Constitucional, cuya razón de ser es la defensa de la norma máxima (Uprimny & Villegas, 2004), no debe prescindir de su deber de protección y garantía de la *norma normarum*, aún tratándose de omisiones legislativas absolutas. Por el contrario, debe buscar alternativas jurídicas que conforme a los principios del Estado constitucional, social y democrático de derecho, permitan superar las omisiones legislativas absolutas que pongan en riesgo a la Constitución y los derechos fundamentales de los asociados. En este sentido, es preciso advertir que así como toda afectación de derechos fundamentales, implica de por sí una

transgresión de la Constitución, siempre que se presente el desconocimiento de ordenes constitucionales, se está ante una violación directa e injustificada de Constitución, que no puede permitirse y que debe superarse, a fin de garantizar el orden democrático, la seguridad jurídica y la supremacía constitucional.

De tal modo que, en lo que refiere a la existencia dentro del ordenamiento jurídico Colombiano del Código Sustantivo de Trabajo y de la Seguridad Social, resulta equívoco afirmar que dicho Código reemplaza de manera completa o suficiente, lo pretendido por el constituyente primario cuando ordenó al Congreso de la República la elaboración de un Estatuto de Trabajo. Lo anterior, teniendo en cuenta:

- a. El actual Código sustantivo de trabajo es anterior a la Constitución.
- b. La adecuación al ordenamiento jurídico laboral de los principios mínimos fundamentales establecidos por la Constitución Nacional en el artículo 53, ha sido por vía jurisprudencial o mediante la incorporación de leyes complementarias.
- c. En materia laboral, se presentan de manera reiterada vulneraciones a los derechos fundamentales de los trabajadores, debiendo estos acudir a la interposición de acciones de tutela, con el propósito de salvaguardar sus derechos.
- d. Las decisiones que se profieren,

se limitan a resolver sobre el caso concreto, sin que hasta el momento se tomen medidas de carácter general que, por lo menos, permitan menguar la manifiesta problemática.

- e. La solución a ésta problemática implica, indiscutiblemente, la implementación de políticas públicas y la colaboración armónica de los distintos órganos del Estado.

2.3 El papel de la Corte Constitucional frente a las omisiones legislativas: el caso del artículo 53 de la Constitución

La Constitución Política es Norma de Normas y Ley de Leyes, por ende, su vulneración, bien sea por acción o por omisión -como lo es el caso de la omisión del artículo 53-, deriva en la vulneración de todo un sistema jurídico, y repercute en la totalidad de las estructuras jurídico sociales, sobre las cuales el sistema se encuentra consolidado (Fernández Rodríguez, 1998). Al respecto, es importante recordar que en Colombia, para la protección de la Constitución ante posibles amenazas o vulneraciones por la expedición de normas contrarias a la Carta, existe la acción de inconstitucionalidad. A través de ella, cualquier ciudadano, al estimar que una o varias disposiciones constitucionales están siendo vulneradas por una norma de inferior jerarquía, puede acudir ante el máximo Tribunal de la jurisdicción Constitucional con el propósito de obtener la salvaguarda de la

Constitución (Cifuentes Muñoz, 2002).

Sin embargo, como ya se dijo previamente, cuando se presenta una vulneración de la Carta de Derechos como consecuencia de una omisión legislativa absoluta, la misma Corte Constitucional ha sido reiterativa al señalar que en dicho caso la acción de Inconstitucionalidad no es procedente. Sobre el tema, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, se pronunció al señalar:

Carece de competencia para pronunciarse sobre las omisiones absolutas, esto es sobre aquellas situaciones en las que el legislador no ha producido norma alguna en relación con la materia de que se trata, dado que es de la esencia del juicio de constitucionalidad la existencia de una norma legal específica, que es el referente sobre el cual debe recaer el análisis, elemento que por definición se encuentra ausente en ese caso (Sentencia C-314, 2009).

En consecuencia, el criterio jurisprudencial mantenido por la Corte sobre la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad frente a las omisiones legislativas absolutas, impide el ejercicio de esta acción para lograr que el legislativo cumpla con la observancia del artículo constitucional que ordena expedir el Estatuto del Trabajo. Más no por ello, es aceptable el desconocimiento de órdenes constitucionales que deriven en omisiones legislativas contrarias a la Constitución.

3. Generalidades de las omisiones

legislativas en el ámbito internacional

La carencia de un mecanismo que impida que la Constitución de un Estado sea vulnerada en razón de la omisión de sus ordenes o postulados normativos, ha llevado a países como Yugoslavia, Brasil y México, a crear dentro de sus ordenamientos jurídicos, mecanismos tendientes a subsanar las omisiones inconstitucionales que puedan presentarse; no obstante, estos se tornan insuficientes, toda vez que en la mayoría de los casos carecen de fuerza vinculante respecto del órgano legislador incumplido, y se limitan a recordar al órgano encargado de legislar que existe una obligación constitucional que la Carta de Derechos le ha impuesto y que hasta la fecha no ha sido cumplida (Fernández Segado, 1996).

En este sentido, Brasil y México, en el procedimiento establecido para subsanar omisiones inconstitucionales presentes dentro de sus sistemas jurídicos, y ante la búsqueda de una verdadera protección de la fuerza vinculante de su Constitución, no solo recuerdan al legislador incumplido la existencia de la norma omitida, sino que le exhortan para exigir su cumplimiento; no obstante, solo en casos excepcionales se señala el plazo en el cual el órgano legislativo debe cumplir dicha orden -como en el caso del Estado de Chiapas en México- (Rangél Hernández, 2008), y en ninguno de los ordenamientos se estipula sanción para el órgano legislativo que lesiona la Constitución por el incumplimiento de sus disposiciones.

Por otro lado, la Constitución Bolivariana de Venezuela del año 1999, en el numeral 7º del artículo 336, no solo autorizó a la Sala Constitucional del Tribunal supremo para declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador en el orden nacional, estatal o municipal, sino que además, la facultó para fijar el término en el que el legislador debe cumplir con su deber, e incluso, en caso de ser necesario, determinar los lineamientos para la corrección de la omisión (Constitución República Bolivariana de Venezuela, 1999).

De igual manera, la Constitución de Ecuador del año 2008, en su artículo 436, inciso 10º, facultó a su Corte Constitucional para "Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional".

La Facultad concedida constitucionalmente al máximo Tribunal Constitucional de Ecuador, no solo se limitó a la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión, sino que fue mucho más allá, al ampliar el campo de acción de la Corte, facultandola inclusive para suplir al legislador y legislar de manera provisional, siempre que la omisión permanezca vigente.

Para (Fernández Rodríguez J. J., 2011) la facultad concedida a la Corte Cons-

titucional de Ecuador no es aceptable, ya que “ello excede las funciones que ella debe asumir de conformidad con su naturaleza y afecta de manera desproporcionada al principio de libertad de conformación del legislador”. El presente trabajo de investigación se aparta de dicha postura, sobre el argumento que la función principal del Tribunal o Corte Constitucional, es la de proteger a la Carta de Derechos de cualquier afectación o vulneración, tomar todas las medidas conducentes para lograr su protección y en caso de ser necesario, restablecer el orden conculcado.

Por lo que, si la omisión o la desidia de cualquiera de los órganos del Estado, resulta en una lesión de la Carta de Derechos, la Corte o el Tribunal, según el caso, no solo está facultado constitucionalmente, sino que además tiene el deber de proteger a la Constitución, aún cuando ello implique reemplazar al órgano incumplido.

4. **El Estado de cosas inconstitucional: una figura de creación jurisprudencial**

La Constitución Política de Colombia del año 1991 fue resultado de un pacto consensuado entre diversas corrientes políticas del país, en un contexto social marcado por la violencia y que trajo consigo un cambio de paradigma que transformó el orden jurídico nacional (Muñoz Hernández, 2012). La nueva Constitución reconoció el pluralismo, la participación, la diversidad étnica y cultural del Estado colombiano, y superó

el clásico concepto de Estado de derecho, para sustituirlo por el de un Estado constitucional, social y democrático de derecho. Con la Carta Política del año 1991, Colombia pasó de la aceptación de la hegemonía de la ley y el predominio del principio de legalidad, al reconocimiento de un Estado Constitucional caracterizado por la supremacía de la Constitución y el apego a la constitucionalidad. Un Estado en el que debe primar el interés general y el respeto por la dignidad humana conforme a los artículos 1, 2 y 4 (Constitución Política, 1991).

En este sentido último, el constituyente primario valoró como necesaria interpretación de sus propósitos más que el férreo cumplimiento del texto, y para su custodia creó la Jurisdicción Constitucional, e instituyó a la Corte Constitucional como guarda de su integridad y de la supremacía, otorgándole entre otras facultades, la de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, y revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales conforme al artículo 241 (Constitución Política, 1991).

En esa misma orientación, dentro de los pronunciamientos de las llamadas sentencias estructurales, proferidas en el proceso de revisión de las acciones de tutela, y fundada en la teoría de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional estableció el Estado de Cosas Inconstitucional o E.C.I, como una figura de creación jurisprudencial, que tiene como propósito:

Buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general -en tanto que afectan a multitud de personas-, y cuyas causas sean de naturaleza estructural -es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional (Sentencia T-153, 1998).

Sobre el Estado de Cosas Inconstitucional (Vargas Hernández, 2003, pág. 211), expone que este se declara ante “La ausencia de políticas públicas claras y coherentes en varios aspectos de la vida pública nacional, o la presencia de insuficiencias graves o de contradicciones palpables entre las existentes”, así mismo enuncia que la ausencia o insuficiencia de dichas políticas, “constituyen una situación de hecho que como tal termina lesionando de manera constante un amplio catálogo de derechos fundamentales de numerosas personas”.

Desde la creación de la figura de ECI (Sentencia U-559, 1997), hasta la actualidad, el máximo Tribunal Constitucio-

nal ha declarado en siete ocasiones su existencia formal, determinando en sus pronunciamientos las características que identifican la figura y las condiciones que se requieren para su declaratoria. La Corte Constitucional en (Sentencia T-760, 2008) pese a carecer de declaratoria formal de Estado de cosas Inconstitucional, cuenta con todas las características y elementos que exige la Corte para su declaratoria, por esta razón es considerada por algunos autores como una declaratoria no formal de ECI (Muñoz Hernández, 2012).

En materia de seguridad Social, en (Sentencia U-559, 1997), la Corte declaró por primera vez la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional, con ocasión a las tutelas presentadas por 45 docentes de los municipios de María la Baja y Zambrano, en el departamento del Bolívar, contra las autoridades municipales. El cargo fue omitir la inclusión de los Docentes Cotizantes al Fondo Prestacional del Magisterio. En este caso el magistrado ponente señaló que la Corte “ha puesto de presente las causas que han llevado a una situación irregular que compromete a las autoridades del sistema educativo. El generalizado incumplimiento de la obligación de afiliación a los educadores de los municipios al F.N.P.S.M., (...)” agregando en su exposición que estas “configuran un determinado estado de cosas que contraviene los preceptos constitucionales”⁴.

En una segunda ocasión, en lo que respecta a derechos pensionales, la Cor-

4 Ibidem.

te Constitucional declaró (Sentencia T-068, 1998), la existencia de un Estado de cosas contrario a la Constitución. La declaratoria se originó en la gran cantidad de tutelas que hasta la fecha habían sido interpuestas contra la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL, por la falta de respuesta oportuna a solicitudes pensionales radicadas ante dicha entidad. Al respecto la Corte manifestó:

De acuerdo con estadísticas que presenta la misma entidad demandada, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela en contra de la Caja Nacional de Previsión Social (...) Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas que consideran tener derecho.

En ese mismo año la Corte Constitucional declaró (Sentencia T-153, 1998) un nuevo E.C.I, por la violación sistemática y reiterada de derechos fundamentales de la población reclusa en establecimientos penitenciarios y carcelarios. En dicha ocasión se arguyó, entre otras razones, que la situación de hacinamiento en la mayoría de las cárceles del país, se había convertido en una problemática que ameritaba órdenes complejas para su solución, dirigidas estas a “distintas ramas y órganos del Poder Público

para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.”⁵.

Posteriormente, (Sentencia T-525, 1999) el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional colombiana declaró un E.C.I. por el retardo constante e injustificado, durante un extenso periodo de tiempo, en el pago de mesadas pensionales en los Departamentos de Bolívar y Chocó. En este caso la Corte consideró afectados derechos fundamentales como: “Derecho al Trabajo en condiciones dignas y justas”, “derecho al mínimo vital” y el “derecho al mínimo vital del pensionado”, entre otros. Tuteló los derechos fundamentales a la “vida digna y al pago oportuno de mesadas pensionales” y señaló que dicha situación era “producto de una recurrente omisión por parte de las autoridades competentes respecto de la apropiación oportuna de las sumas destinadas al pago de las obligaciones laborales frente a sus pensionados”. En este caso, la Corte no solo concedió los amparos solicitados por los peticionarios, sino que además, previno a las autoridades competentes para que adoptaran “las medidas pertinentes en orden a poner fin a este *estado inconstitucional de las cosas*”⁶.

En la misma dirección de amparo, (Sentencia T-590, 1998), se declaró un Estado de cosas contrario a la Constitución en “la falta de protección a los defensores de derechos humanos” y se ordenó a las

5 Ibidem.

6 Ibidem.

autoridades competentes tomar las medidas pertinentes para cesar ese estado de cosas contrarias a la Constitución.

De igual manera, (Sentencia U-250, 1998) la Corte Constitucional declaró la existencia de un Estado de cosas contrarias a la Constitución por el “incumplimiento del inciso 2º del artículo 131 de la C.P., al no haberse convocado a concurso para notarios en toda la República”. Posteriormente, (Sentencia T-1695, 2000) la Corte Constitucional reconoció la continuidad del precitado Estado de Cosas Inconstitucional, por la no puesta en funcionamiento la carrera notarial.

Finalmente, (Sentencia T-025, 2004) el máximo Tribunal Constitucional de Colombia declaró un Estado de cosas inconstitucional, como resultado de la violación sistemática, reiterada e injustificada de los derechos de la población desplazada. En esta sentencia, la Corte Constitucional definió los factores que suponen la declaratoria de un E.C.I., al indicar:

“Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incor-

poración de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial”⁷.

Sobre la figura de Estado de cosas inconstitucional, cabe resaltar que la Corte ha sido tímida en sus pronunciamientos y se ha limitado en la mayoría de los casos a emitir órdenes generales a modo de exhorto o previsión. No obstante, y es preciso aclarar que no solo tratándose de sentencias con declaratoria de Estado de cosas inconstitucional, éste Tribunal ha emitido pronunciamientos directos, claros y precisos, en los que además de ordenar a los órganos o entidades accionadas lo que deben hacer o no, les estipula el plazo en el que deben hacerlo y los requisitos que para ello deben cumplir.

Pronunciamientos directos, claros y precisos pueden apreciarse, por vía de ejemplo, en (Sentencia T-1695, 2000),

7 Ibidem.

donde la Corte, además de ordenar a la autoridad competente llevar a cabo el concurso de carrera notarial para dar cumplimiento a lo establecido en el inciso segundo del artículo 131 de la Constitución Política, también estableció un plazo de tres meses para modificar las bases del concurso de carrera notarial que, como consecuencia de una previa declaratoria de E.C.I., se había implementado.

Empero, el ejemplo más claro de la evolución de los pronunciamientos en materia de Estado de Cosas Inconstitucional, se halla en (Sentencia T-025, 2004) en el que la Corte Constitucional, ante la evidente problemática originada en la vulneración masiva de los derechos fundamentales de los desplazados, emitió órdenes a las diferentes autoridades competentes e instauró diferentes comisiones de seguimiento, encaminadas a la real superación de la problemática identificada.

Es menester precisar que el caso de la población víctima de desplazamiento forzado es un problema complejo que a la fecha no ha podido ser superado, pero también resaltar que, sin los esfuerzos de la Corte Constitucional en la

búsqueda de soluciones estructurales y de fondo, la situación de la población afectada sería absolutamente precaria y degradante.

5. **Estado de cosas inconstitucional: un nuevo enfoque de cara a las omisiones legislativas absolutas**

La declaratoria de un Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del Estatuto del Trabajo en Colombia, no solo es procedente sino necesaria para que la Corte Constitucional tome, finalmente, las medidas pertinentes para dar solución a una problemática que se ha prolongado por más de veinte años y que supone, por el desconocimiento flagrante de uno de sus preceptos, la afectación directa de la Carta de derechos colombiana, y lo que es más importante, que conlleva al inevitable quebrantamiento de derechos y principios constitucionales fundamentales de los afectados.

Sobre la necesidad y pertinencia de la declaratoria de la figura de Estado de cosas inconstitucional por la no expedición del Estatuto del trabajo en Colombia -omisión legislativa absoluta del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia-, ésta investigación encontró:

<p style="text-align: center;">ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL</p> <p>Características y condiciones para su declaratoria</p>	<p style="text-align: center;">OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA</p> <p>Artículo 53 de la Constitución Política- Elementos y consecuencias</p>
(i) El estado de Cosas Inconstitucional es una figura de reciente creación jurisprudencial con menos de veinte años de vigencia en el ordenamiento jurídico Colombiano.	(i) El desconocimiento de la orden encomendada al Congreso de la República de expedir el Estatuto del Trabajo en Colombia, y que se ha prolongado por más de veinte años, lesiona la fuerza vinculante y la supremacía de la Constitución.
(ii) La Corte Constitucional establece que la declaratoria de ECI se da dentro del proceso de revisión que dicho Tribunal debe realizar en las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de derechos constitucionales. Dicha declaratoria tiene como propósito evitar la vulneración masiva y generalizada de derechos fundamentales, buscando una solución estructural a las problemáticas que la originan.	(ii) La omisión legislativa absoluta, que resulta del incumplimiento del artículo 53 constitucional, implica la afectación reiterada de derechos fundamentales. Situación que se evidencia con las constantes acciones de tutela que se presentan diariamente por el desconocimiento de los derechos y principios consignados en dicho artículo.
(iii) Los factores que según la Corte Constitucional deben confluír para que se produzca la declaratoria de un Estado de cosas inconstitucional han sido identificados y enunciados por el mismo órgano colegiado en la sentencia T- 025 del año 2004.	(iii) La Corte Constitucional Colombiana, máximo garante de la Constitución, ha pretermitido su deber de guarda constitucional cuando se trata de omisiones legislativas absolutas, desconociendo que, en situaciones jurídicas similares y de especial trascendencia social, ha emitido sentencias estructurales o modulativas donde ha proferido, entre otras, órdenes tácitas o directas de legislar.
(iv) La Corte ha sido enfática al reiterar las situaciones que conducen a la declaratoria de ECI, dentro de las que cabe resaltar la vulneración sistemática y reiterada de derechos fundamentales que conllevan a un uso masificado de acciones de tutela y que, como consecuencia de ello, derivan en un congestionamiento de la administración de justicia; además, otra de sus características esenciales es la necesidad de medidas estructurales para su solución, en las que deben intervenir diferentes órganos y autoridades del Estado.	(iv) Tres de las siete declaratorias formales de Estado de Cosas Inconstitucional proferidas por la Corte Constitucional, están relacionadas de manera directa con el artículo 53 de la Constitución Política (Por desconocimiento de derechos pensionales, igualdad de los trabajadores, estabilidad laboral, mínimo vital).

<p>(v) Las órdenes proferidas al amparo de la declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional han presentado importantes variaciones durante los últimos años. En los pronunciamientos iniciales la Corte se limitó a establecer su declaratoria y a emitir órdenes generales sobre los asuntos a resolver, no obstante, a medida que los elementos de la figura se fueron perfilando, las órdenes dictadas con la declaratoria del ECI se han hecho más complejas y eficaces frente a la solución de las problemáticas que pretenden resolverse. Además, también se instituyeron comisiones de seguimiento y órdenes específicas, encaminadas a la eliminación de problemáticas claramente manifiestas que justifican la declaratoria de un Estado de cosas contrario a la Constitución.</p>	<p>(v) En el Caso de la afectación de los derechos consagrados en el artículo 53 constitucional omitido, el máximo Tribunal constitucional ha dado soluciones aisladas, sin considerar que la matriz del problema está sujeta a la carencia de un Estatuto del trabajo que se promulgue en armonía con las normas y preceptos constitucionales, así como con la realidad social, económica, política y jurídica del Estado Colombiano.</p> <p>Situación que evidencia la necesidad de implementar medidas complejas y estructurales, que permitan la superación de la omisión del artículo 53 constitucional y de sus consecuentes afectaciones a los derechos fundamentales derivadas de ella.</p>
--	---

De manera que, tal y como se demostró con los anteriores planteamientos, la omisión legislativa absoluta del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, encuadra dentro de los requisitos que exige la Corte Constitucional para declarar un Estado de cosas contrario a la Constitución. En consecuencia, la pertinencia de la medida se refleja en los principios y derechos que se ven afectados con la omisión.

El acudir a la declaratoria de Estado de cosas inconstitucional para el caso de la omisión en la expedición del Estatuto de Trabajo en Colombia, no solo dotaría a la Corte Constitucional de herramientas suficientes para subsanar la omisión legislativa que persiste en el ordenamiento jurídico colombiano desde hace más de 20 años, sino que, por tratarse de una decisión proferida en sede de tutela, bien podría el juez constitucional

verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia judicial, y en caso de que el órgano legislativo persista con su desobediencia, iniciar el correspondiente trámite de desacato e imponer las sanciones que sean pertinentes, hasta lograr el efectivo cumplimiento de lo ordenado judicialmente.

Por otro lado, es preciso advertir que en el desarrollo de la figura de Estado de cosas inconstitucional, la Corte Constitucional no ha emitido, a la fecha, una orden directa dirigida al Congreso para que legisle sobre un asunto determinado; empero, la figura si ha sido empleada por la Corte para obtener el cumplimiento de un artículo Constitucional, como fue el caso del el artículo 231 de la Constitución Nacional. En este sentido, el Honorable Tribunal Constitucional, en (Sentencia U-250, 1998) (Sentencia T-1695 , 2000) (Sentencia C-421, 2006),

declaró y reiteró la existencia de un ECI frente a la omisión de nombrar notarios en propiedad mediante el sistema de concurso de méritos público y abierto. Esta omisión de las autoridades competentes, calificada de reiterada e inexcusable, fue origen de la decisión en la que la corporación ordenó la convocatoria del concurso en un el término perentorio de seis (6) meses.

Con posterioridad a la declaratoria de Estado de Cosas Inconstitucional, en (Sentencia U-250, 1998), se expidió (Ley 588, 2000), por la cual se reglamentó el ejercicio de la actividad notarial y se establecieron los requisitos para adelantar el concurso de méritos público y abierto, destinado a proveer el nombramiento de notarios en propiedad. Su texto complementaba la anterior normatividad (Decreto 960, 1970). Como resultado de la reiteración del ECI, en (Sentencia C-421, 2006), y con el mismo origen, se emitió (Acuerdo 1, 2006) por el cual el Consejo Superior de la Carrera Notarial realizó las convocatorias de provisión del concurso de méritos público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial, el cual dio lugar a la conformación y publicación de listas de elegibles en cada uno de los nodos regionales.

Así las cosas, aunque la Corte Constitucional mediante la declaratoria de ECI, no ha ordenado expresamente legislar sobre materia alguna, si lo ha hecho tácitamente, de tal manera que como

consecuencia de la aplicación de esta figura se han expedido leyes tendientes a superar el Estado de cosas inconstitucional declarado; así mismo el honorable Tribunal Constitucional, mediante el ejercicio de las denominadas sentencias “modulativas”, ha exhortado al Congreso a legislar, con el fin de eliminar el déficit de protección de derechos derivado de la falta de legislación sobre un asunto determinado (Sentencia C-577, 2011). Es de resaltar que en esa decisión la Corte ejerció un poder más amplio al legislar tácitamente -pasando de legislador negativo a legislador positivo-, cuando incluyó en la parte resolutive de la sentencia una condición: “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”⁸.

Otro aspecto a destacar es que, aunque la Corte Constitucional niega su competencia en el caso de las omisiones legislativas absolutas -amparándose en la interpretación literal del artículo 241 de la Constitución Política-, en amplios pronunciamientos en sede de tutela o en ejercicio del control de constitucionalidad la misma Corte ha entendido a la Constitución más allá de lo exegético, literal o gramatical, dándole diferentes interpretaciones a lo claramente descrito por el texto constitucional.

Ejemplo de lo anterior es la interpreta-

8 Ibidem.

ción que la Corte, como máximo Tribunal Constitucional, le ha dado al artículo 93 de la Constitución Política. Desde una interpretación literal o gramatical, el artículo es absolutamente restrictivo; sin embargo, la Corte lo ha entendido a un sentido más amplio, yendo incluso más allá de lo claramente dispuesto en el texto constitucional, para dar aplicación al denominado bloque de constitucionalidad. Sobre el tema (Yañez Meza, 2012, pág. 18) manifiesta que “esa postura de la Corte Constitucional de grises y vaivenes nunca ha sido clara, siendo en ocasiones muy estricta y en otras, para bien de los derechos de las personas, afortunadamente laxa”.

Entonces, si la Corte Constitucional ha interpretado muchos de los artículos de la Constitución más allá de lo meramente descrito en el texto, no es entendible -desde esta perspectiva-, que la misma Corte mantenga incólume una posición que considera que la omisiones legislativas absolutas no hacen parte del ámbito de su competencia. Cabe preguntarse quién es más competente que la Corte, como guarda de la Constitución, para proteger a la carta de derechos de las vulneraciones que pueda ocasionar la inercia del legislador frente a deberes constitucionalmente expuestos.

La misma Constitución ha dotado a la Corte Constitucional de herramientas jurídicas suficientes para garantizar su protección, no solo frente a acciones vulneradoras de la Carta, sino también ante omisiones lesivas de la Constitución. Herramientas a las que el máxi-

mo tribunal -aun en situaciones que no implican una transgresión directa de la Constitución, pero que con el tiempo podrían llegar a infringir la supremacía constitucional y la seguridad jurídica del Estado- ha acudido para proteger pilares, principios y derechos constitucionales individuales y colectivos.

La Corte Constitucional en dichos casos, ha prescindido del método de interpretación literal o gramatical y ha entendido a la Constitución como un todo, interpretándola de manera sistemática, al entender que la interpretación lingüística del texto constitucional, constituye una limitante de la esencia misma de la Constitución, en la medida en que esta es en sí, un conjunto de principios, derecho y deberes que no deben ser interpretados de manera aislada, sino que deben ser vistos desde todo su conjunto.

Ahora bien, es claro que la Corte Constitucional ha adoptado la figura jurisprudencial del Estado de cosas inconstitucional para superar situaciones, vulneradoras de derechos fundamentales constitucionales, que se generen de manera reiterativa y que evidencien una deficiencia en políticas públicas. Situaciones que requieren para su solución la adopción de medidas complejas. En este sentido, si el ECI se adopta para solucionar un Estado de cosas contrario a la Constitución, aun cuando estas tengan origen en situaciones individuales que contravengan de manera indirecta la Carta de derechos, entonces, tal como se demostró, la Corte también puede superar una omisión legislativa -como

la del artículo 53 de la Constitución- a través de la mencionada figura; porque esta omisión violenta de manera directa a la norma de normas y constituye, en sí misma, una situación manifiestamente contraria a la Constitución.

Conclusiones

En Colombia, la interpretación literal que la Corte Constitucional le ha dado al artículo 241 de la Constitución, imposibilita la aplicación de mecanismos jurídicos procesales como la acción de inconstitucionalidad, para resolver asuntos relacionados con omisiones legislativas absolutas. Sobre estos supuestos, la Corte Constitucional ha eludido su papel de garante de la Constitución, justificando su inacción, no obstante que la vulneración de la Carta de Derechos deviene sustancialmente de una omisión legislativa absoluta.

Al finalizar la investigación se concluyó que la interpretación del artículo 241 de la Constitución no debe ser exegética, sino que por la importancia y trascendencia de su contenido, su interpretación debe ser sistemática. Por tanto, no solo se debe analizar desde su compendio normativo en estricto sentido, sino que para su análisis e interpretación es menester valorar el compendio general de derechos, principios y fines que identifican la esencia del texto constitucional.

Desde este enfoque de interpretación sistemática, la posición adoptada por la Corte Constitucional que justifica su

incompetencia tratándose de omisiones legislativas absolutas, no puede ni debe ser aceptada, pues resulta contraria a la naturaleza misma de la Carta de derechos.

Las sentencias estructurales en sede de Tutela se convierten en un mecanismo efectivo -si bien provisional-, frente a la solución a problemáticas como la generada con el desconocimiento del deber de expedir un Estatuto de Trabajo, por parte del Congreso de la República.

Al declararse un Estado de cosas inconstitucional, consecuencia de la omisión legislativa del artículo 53 de la Constitución, la Corte -en cumplimiento de su deber- puede tomar medidas complejas que conduzcan, de manera efectiva y eficaz, al cumplimiento de la orden contenida en el citado artículo y, coetáneamente, a la solución (culminación o terminación) de una omisión legislativa que se ha prolongado por más de 20 años, que vulnera esencialmente la fuerza vinculante de la Constitución, tiene especial incidencia en la calidad de vida de los trabajadores y pone en riesgo sus derechos fundamentales.

Referencias

- Acuerdo 1. (15 de noviembre de 2006). Consejo Superior Carrera Notarial. *Por el cual se convoca a concurso público y abierto para el nombramiento de los notarios en propiedad y el ingreso a la carrera notarial*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://>

www.avancejuridico.com/actualidad/documentosoficiales/2006/46454/a_csnotarial_0001_2006.html.

Barona, R. (enero-junio de 2010). Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. *Revista Criterio Jurídico Garantista*, 2(2), 252-264. Obtenido de http://www.fuac.edu.co/modules.php?name=Downloads&d_op=getit&lid=393.

Bazán, V. (diciembre de 2007). Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión. *Revista Derecho del Estado*(20), 121-144. Obtenido de <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Dialnet-NeoconstitucionalismoEInconstitucionalidadPorOmission-3400569.pdf>.

Bidart Campos, G. (1997). Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales. En V. Bazán, *La inconstitucionalidad por omisión*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, S.A.

Bulnes Aldunate, L. (1998). La fuerza normativa de la Constitución. *Revista Chilena de Derecho*(Especial), 137-142. Obtenido de <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/Dialnet-LaFuerzaNormativaDeLaConstitucion-2649976.pdf>.

Bulnes Aldunate, L. (julio de 2006). La inconstitucionalidad por omisión. (Universidad de Talca, Ed.) *Revista Estudios Constitucionales*, 4(1), 251-264. Obtenido de <http://www.ce>

coch.cl/docs/pdf/revista_ano4_1/revista_ano4_1_14.pdf.

Casal H., J. M. (2003). La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (págs. 33-82). México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr4.pdf>.

Cifuentes Muñoz, E. (2002). Jurisdicción Constitucional en Colombia. *Revista Ius et Praxis*, 8(1), 283-317. Obtenido de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100015.

Constitución Política. (20 de julio de 1991). *Congreso de la República de Colombia*. Recuperado el 12 de agosto de 2013, de Secretaria General del Senado: <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/leyes-y-antecedentes/constitucion-y-sus-reformas>.

Constitución República Bolivariana de Venezuela. (30 de diciembre de 1999). Obtenido de http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf.

Decreto 2591. (19 de noviembre de 1991). Presidencia de la República. *Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991*. Bogotá D.C., Colombia.

- Decreto 960. (20 de junio de 1970). Presidencia de la República. *Por el cual se expide el Estatuto del Notariado*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0960_1970.html.
- Fernández Rodríguez, J. J. (1998). *La Inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L.
- Fernández Rodríguez, J. J. (2011). *Diccionario de Derechos Humanos: Omisión Legislativa*. Universidad de Alcalá.
- Fernández Segado, F. (1996). *La inconstitucionalidad por omisión ¿cauce de la Tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?* Recuperado el 21 de noviembre de 2013, de <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc19/19-13.pdf>.
- Gallego Marín, C. A. (julio-diciembre de 2012). El concepto de seguridad Jurídica en el Estado social. *Revista Jurid. Manizales*, 9(2), 70-90. Obtenido de [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(2\)_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf).
- Goyes Moreno, I., & Hidalgo Oviedo, M. (julio-diciembre de 2012). ¿Los principios del derecho laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia? *Revista Entramado*, 8(2), 169-183. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v8n2/v8n2a12.pdf>.
- Ibagón, M. L. (2002). Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia. En *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (págs. 311-323). México D.F., México. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/16.pdf>.
- Lasalle, F. (1999). *¿Qué es una constitución?* elaleph.com. Obtenido de http://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf.
- Ley 588. (5 de julio de 2000). Congreso de la República. *Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc_ant/ley_0588_2000.htm.
- Morón, J. C. (1999). La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*(1), 449-450.
- Muñoz Hernández, L. (julio-diciembre de 2012). Protección de los derechos fundamentales por la Corte Constitucional colombiana. Una mirada a las sentencias estructurales. *Revista Academia & Derecho*, 35-49.
- Nieto, A. (1983). Peculiaridades de la norma constitucional. *Revista de administración pública*(100-102), 371-415.
- Ospina Duque, E. (2011). Antecedentes

- históricos del derecho colectivo del trabajo. Obtenido de <http://lacordinadora.files.wordpress.com/2011/09/1-antecedentes-histc3b3ricos-del-derecho-colectivo-del-trabajo.pdf>.
- Parra, D. A. (2005). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Perspectivas del problema. *Revista de Derecho*(4), 59-97.
- Rangél Hernández, L. (enero-junio de 2008). La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución Mexicana: Un avance en el acceso de la Justicia Constitucional. *Cuestiones Constitucionales*(18), 201-226. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932008000100007&script=sci_arttext.
- Sagües , N. P. (2002). Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión. *Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, (págs. 605-619). Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/26.pdf>.
- Sentencia C-067. (10 de febrero de 1999). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. *Martha Victoria Sáchica Méndez*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-067-99.htm>.
- Sentencia C-185. (13 de marzo de 2002). Sentencia de Constitucionalidad. Sala Plena. M.P. *Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-185-02.htm>.
- Sentencia C-314. (5 de mayo de 2009). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. *Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-314-09.htm>.
- Sentencia C-331. (05 de junio de 2013). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. *Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-331-13.htm>.
- Sentencia C-421. (31 de mayo de 2006). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. *Álvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-421-06.htm>.
- Sentencia C-577. (26 de julio de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. *Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>.
- Sentencia T-025. (22 de enero de 2004). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. M.P. *Manuel*

- José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>.
- Sentencia T-068. (5 de marzo de 1998). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P. Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-068-98.htm>.
- Sentencia T-153. (28 de abril de 1998). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá, Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>.
- Sentencia T-1695 . (7 de diciembre de 2000). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/t-1695-00.htm>.
- Sentencia T-525. (23 de julio de 1999). Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. *M.P. Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm>.
- Sentencia T-590. (20 de octubre de 1998). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P. Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-590-98.htm>.
- Sentencia T-760. (31 de julio de 2008). Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. *M.P. Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>.
- Sentencia U-250. (26 de mayo de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su250-98.htm>.
- Sentencia U-559. (N/A de N/A de 1997). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su559-97.htm>.
- Uprimny, R., & Villegas, M. (2004). *Corte Constitucional y emancipación social en Colombia*. Recuperado el 2014 de 03 de 08, de http://scholar.google.es/scholar?start=10&q=corte+constitucional&hl=es&as_sdt=0,5.
- Vargas Hernández, C. I. (2003). La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano. *Revista Estudios Constitucionales*, 1(1), 203-228. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/820/82010111.pdf>

- Villaverde Menéndez, I. (1996). La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos. *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*(8), 117-154.
- Villaverde Menéndez, I. (1997). *La inconstitucionalidad por omisión*. S.A. McGraw-Hill & Interamericana de España.
- Villaverde Menéndez, I. (1997). *La Inconstitucionalidad por omisión*. España: McGraw Hill Interamericana de España.
- Villaverde, I. (1996). La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos. *Anuario de Derecho Constitucional y parlamentario*, 8, 117 - 154.
- Villota Benavidez, M. S. (julio-diciembre de 2012). El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de Derecho. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, 42(117), 455-479. Obtenido de <http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/1643/1591>.
- Yañez Meza, D. A. (julio-diciembre de 2012). Las fuentes del Derecho en la Constitución Política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 3(3), 7-34.

Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos*

Reparation rights and the struggle against impunity in the face of serious human right violations

Recibido: 5 de septiembre del 2013 - Revisado: 26 de octubre del 2013 - Aceptado: 10 de diciembre del 2013

Jaime Alberto Gómez Montañez**

Resumen

Los Estados contemporáneos han determinado blindar sus actuaciones para garantizar el ejercicio del derecho a la justicia, bajo una doble direccionalidad: por una parte, en la idea de soberanía y, por la otra, por las nuevas articulaciones de la agenda global internacional en la que asumen como funciones básicas la defensa de la legalidad y el control de las demandas de legitimidad, especialmente cuando se encuentra frente a crisis humanitarias derivadas de gobiernos de facto o de conflictos armados internos. Los Estados se auto-imponen obligaciones de garantizar la prevalencia del derecho de las víctimas a la reparación integral, la cual excede la visión meramente económica en tanto implica, como parte de este derecho, los de verdad, el acceso a la justicia y las garantías de no repetición.

Palabras clave

Obligaciones estatales, derechos a la reparación, verdad, justicia, impunidad, justicia transicional, víctimas.

Abstract

Contemporary states have determined protected their decisions in order to guarantee the exercise of the right to justice under double directionality: on the one hand, the idea of sovereignty and on the other, new definitions from the international global agenda; where assume as basic functions the defense of legality and control demands of legitimacy, in particular, in cases where governments are faced with humanitarian crises derived from de facto governments or internal armed conflicts. Governments self-impose obligations in order to guarantee the prevalence of the victim's right for

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto parcial del proyecto de investigación: "Derecho a la reparación en el marco de la Ley de Justicia y Paz en el Departamento Norte de Santander" realizado al interior del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

** Abogado, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Administración Pública, Escuela de Administración Pública, ESAP. Especialista en Derechos Humanos, Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Correo electrónico:
jgomezmontaez@hotmail.com,
jaime.gomez@unilibrecucuta.edu.co.

integral repair exceeding that of pure economic vision. These obligations include the right of true access to justice and guarantee of no repetition.

Key words

State obligations, right to repair, trueness and justice, impunity, transitional justice and victims.

Introducción

El derecho internacional contiene para los Estados la obligación de disponer para las víctimas de un recurso suficiente, eficaz, rápido y apropiado, incluyendo la reparación, que debe ser adecuada, efectiva y proporcional a la gravedad de la violaciones y al daño sufrido (Resolución 60/147, 2006). En tal sentido, los Estados están obligados a conceder reparaciones por las acciones u omisiones que les puedan ser atribuidas en el cumplimiento de sus deberes y que constituyan violaciones de las normas internacionales de derechos humanos o graves infracciones del derecho internacional humanitario, y en garantía de estas obligaciones deben adoptar procedimientos legislativos y administrativos eficaces para el acceso a la justicia.

En la eventualidad de una salida política después de la ruptura del Estado de derecho, con las consecuentes crisis humanitarias, y después, al restablecerse la paz y la democracia existen unos estándares que los Estados deben cumplir. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/Ser/L/V/II.125, 2006) el derecho de las víctimas comprende una reparación adecuada proporcional al daño sufrido, la cual debe concretarse mediante medidas individuales tendentes a restituir, indem-

nizar y rehabilitar a las víctimas; además, la creación de políticas públicas de satisfacción de alcance general o de reparación colectiva con la implementación de medidas económicas y simbólicas de satisfacción comunitaria orientadas a la reconstrucción psicosocial de la población afectada.

Así mismo, los Estados adquieren obligaciones de carácter jurídico que les implica que adopten en el campo interno los procedimientos apropiados y eficaces de acceso a la justicia y que permitan enjuiciar de manera independiente a los responsables de determinados delitos internacionales conforme a lo dispuesto en los estatutos de los órganos judiciales internacionales; de no ser así, podrían los organismos supranacionales tener competencia para su conocimiento, bajo la premisa del concepto de complementariedad.

En materia de derechos humanos los Estados recogen de los principios generales del derecho internacional, el principio *ius cogens*, como norma imperativa e inderogable, que no admite norma o acuerdo en contrario, por lo tanto, ningún Estado puede hacer valer u oponer sus normas internas para no cumplir o desobedecer un tratado o su responsabilidad internacional.

Cuando los Estados deban asumir pro-

cesos de reconciliación para superar la violencia socio política que de carácter sistemática y generalizada padecen, tienen el compromiso de adoptar una lucha frontal contra la impunidad, por la ocurrencia de graves delitos por violaciones a los derechos humanos o por crímenes graves al derecho internacional humanitario. Por lo tanto, los delitos de lesa humanidad no pueden ser indultados o amnistiados, es decir, se restringe la autonomía estatal -soberanía-, pues asumen obligaciones de investigar efectivamente los hechos, sancionar a los responsables y divulgar los resultados de la investigación.

En este escenario se comparte la afirmación (Orozco Abad, 2009, pág. 29), quien expresa que “en nombre de los derechos humanos, la comunidad internacional puede Intervenir e interviene de hecho permanentemente en aquellos asuntos que, de acuerdo con la doctrina de la soberanía, eran de “dominio reservado”. El nuevo intervencionismo humanitario, tanto el de corte militar como judicial, es hijo de ese desarrollo”. Este neo-intervencionismo humanitario que hoy se conoce, no es ajeno al interés de las potencias que quieren perpetuar el *statu quo*, por lo tanto, también puede observarse que son muchos los crímenes que se cometen en nombre de la libertad y de la democracia.

Problema de investigación

El derecho internacional de los derechos humanos ha diseñado obligaciones generales, *erga omnes*, para que los Esta-

dos respeten y garanticen los derechos humanos, y cuando se vean abocados a situaciones excepcionales, graves y sistemáticas de su violación, investiguen, juzguen y sancionen a los actores y reparen integralmente a sus víctimas. De allí que surja el siguiente interrogante: ¿Cuál es el derecho a reparación de las víctimas de violaciones masivas a los derechos humanos en el contexto internacional de lucha contra la impunidad ante la ocurrencia de graves delitos?

Metodología

Por ser una investigación documental cualitativa el presente texto es un artículo de reflexión que pretende establecer las características jurídicas que estructuran la materia. Como investigación socio jurídica adoptará el análisis de contenido, a partir de concebirlo como un fenómeno comunicativo con pluralidad de interpretaciones, y se tendrá en cuenta la orientación normativa del Derecho, y que este, a su vez comporta su propio campo de investigación para atender problemas específicos que dan cuenta de las tendencias sociales y la evolución de las instituciones.

Esquema de resolución

Para el desarrollo de la presente investigación se analizará en primer lugar el reconocimiento de los derechos humanos y de las obligaciones estatales; segundo, el contexto de la violencia socio-política en Colombia y la salida política; tercero, la evolución de la lucha internacional contra la impunidad; cuarto,

la prescripción de la acción penal y el principio *nom bis in ídem* frente a graves delitos; quinto, el derecho a la reparación integral de las víctimas; y sexto, conclusiones.

1. **Reconocimiento de los derechos humanos y las obligaciones estatales**

Para la teoría de los derechos humanos la comunidad internacional tiene como punto de partida la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) con el reconocimiento universal de la persona humana, posteriormente y para garantizar ese propósito, se implementa unos “sistemas internacionales de protección”, eventos que se consideran un fenómeno post II Guerra Mundial. Sustentado en las normas del Derecho Internacional Público, especialmente, la enumerada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece como fuente principal las determinadas en los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del derecho, y como fuente auxiliar las establecidas en la jurisprudencia y la doctrina (Yañez Meza, 2012).

El propósito es la protección del ser humano, del individuo, como -ciudadano

universal-, como aspiración ideal, inicialmente mediante la limitación del poder estatal y para el ciudadano el goce efectivo en el ejercicio de sus derechos. Como tal, los derechos humanos son arma de resistencia ante el poder omnipotente del Estado, y al mismo tiempo, su legitimador, protegen al ser humano -en su dimensión individual o colectiva-, como poseedor de atributos inherentes a su dignidad, y en consecuencia, superiores al poder del Estado (Gómez Montañez, 2011), lo cual reafirma el carácter antropocéntrico de la sociedad contemporánea con el reconocimiento de la dignidad humana.

Bajo este presupuesto, emerge en el derecho internacional de los derechos humanos la responsabilidad de los Estados, evento que acontece o surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter *erga omnes* (Medina Ardila, 2009)¹ de respetar y garantizar las normas de protección de los derechos humanos con lo cual implica tomar medidas de respeto, protección y garantías de realización. Y en el derecho internacional público los Estados deben acatar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Naciones Unidas, 1969), en especial los artículos 26 -la buena fe, principio *pacta sunt servanda*- y 27 -observancia de los tratados- .

1 “...podemos considerar tales obligaciones *erga omnes* desde dos dimensiones, una horizontal y una vertical, que se complementan. Así, las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo (..) vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (..) vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Parte en aquellos tratados. En su dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto a los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares.

Los derechos humanos toman a partir de la consagración en el campo jurídico internacional y del desarrollo normativo nacional, una fuerza vinculante para el Estado y la sociedad. Comportan un conjunto de normas que expresan un sistema de valores de extraordinario potencial, lo cual no constituye en sí mismo un sistema inmutable de preceptos y normas, su contenido va cambiando, incorporando nuevas normas y valores, al amparo de la evolución o involución histórica de la sociedad y de las exigencias que emergen de la vida social, que se reafirma (Peces-Barba Martínez, 1991, pág. 10) en la perspectiva de la ética de la razón, de las concepciones laicas, desde el humanismo y la ilustración.

Se produce, tal como lo señala (Bobbio, 1991, pág. 14), una relación entre derechos humanos, democracia y paz, bajo la premisa, que sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia, y sin democracia no existen condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos, tanto en el interior de cada uno de los Estados como en el sistema universal. Por tanto, en salidas a regímenes excepcionales o de facto, es indispensable que esa relación mantenga la vigencia integral de los derechos humanos como garantía de una reconciliación duradera y de la democratización de la sociedad.

Se coincide hoy, la existencia de una mayor y creciente responsabilidad estatal, no solo porque la violación esté atribuida a la actuación de los servidores públicos -acción u omisión, sino también,

a la responsabilidad estatal internacional derivada de los actos de los particulares que vulneren los derechos humanos e infrinjan gravemente el derecho internacional humanitario de manera sistemática y generalizada. Es decir, los Estados al ratificar los instrumentos internacionales de derechos humanos han reconocido ciertas obligaciones y estándares en esta materia y, por lo tanto, tendrán seguimiento y supervisión de organismos supranacionales.

Entre las disposiciones que reconocen el deber estatal de garantizar un recurso a las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos, se pueden enunciar las expresadas en: artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 68° y 75° del Estatuto de Roma y artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos. Constituyen obligaciones de respetar o asegurar que se respeten y apliquen las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, establecidos en: 1) los tratados en los que el Estado sea parte; 2) el derecho internacional consuetudinario; y 3) el derecho interno de cada país.

Estas obligaciones internacionales para los Estados le condicionan, por una parte, a) la supresión de normas y prácticas que de cualquier naturaleza implique violación a las garantías establecidas en los instrumentos convencionales, y por la otra, b) expedir normas y de-

sarrollar prácticas que conduzcan a la efectiva observancia y garantía de los derechos, tal como se desprende de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano al ratificar los diversos instrumentos que hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos y que están amparados por el “bloque de constitucionalidad” establecido en el artículo 93 de la Constitución Política².

Para esta reflexión se tendrá en cuenta las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario atribuidas a la responsabilidad estatal por acción u omisión de sus autoridades o de particulares que cuenten con su aquiescencia o su connivencia. Es el caso de los hechos que ocurren con ocasión del conflicto armado interno y que constituyen una preocupación que trasciende al ámbito de la comunidad internacional.

Las víctimas objeto de protección, Naciones Unidas las ha definido como (Resolución 60/147, 2006):

“toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales,

sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario”.

Un término que igualmente, se extiende a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa, y también, a las personas que hayan sufrido daño al intervenir para prestar asistencia a la víctima en peligro o para impedir la victimización. Se es víctima, independientemente que el autor de la violación haya sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima. Se debe observar la circunstancia de cada caso y el respeto de la dignidad de las personas víctimas³.

2. Contexto de la violencia sociopolítica⁴ en Colombia y la salida política

Colombia ha vivido en las últimas décadas un conflicto armado interno⁵, cuyas

2 Bloque de constitucionalidad son los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado colombiano, cuyo contenido hacen parte de normas con rango constitucional de acuerdo con el artículo 93 C.P. La Corte constitucional (Sentencia C-191, 1998) definió dos sentidos atribuibles al bloque de constitucionalidad: 1.- *stricto sensu*, “aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentra prohibida durante los estados de excepción”, y 2.- *lato sensu* como “todas aquellas normas de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación”. Todos los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados y aplicados a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

3 *Ibidem*.

causas son profundas y estructurales, de carácter político, económico y social, y cuyas consecuencias afectan principalmente a la población civil. Además, las acciones emprendidas por agentes estatales y por grupos armados irregulares ocasionan graves vulneraciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario: asesinatos, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, violencia sexual, amenazas, masacres, desplazamiento forzado, despojo o abandono de tierras, reclutamiento de menores, etc. (CINEP, 2012).

La inmensa mayoría de estos hechos están cubiertos por el manto de la impunidad y se convierten en un problema estructural que afectan negativamente el disfrute de los derechos humanos. De manera constante y persistente implican que sean generadores de daños, que ocasionan lesiones a las personas, al recaer sobre sus bienes, ya estos sean un derecho material o inmaterial y que están amparados bajo un interés legítimo de protección. Estos hechos, son al mismo tiempo, generadores de perjuicios

individuales o colectivos, y el Estado está en su deber de protección y en muchos casos en la obligación de reparar el daño causado.

Por ser una crisis humanitaria, el Estado y la sociedad colombiana están en la obligación de reparar a las víctimas en procura de resarcir o restablecer integralmente sus derechos afectados. De modo que se ha establecido una premisa, -para tener en cuenta-, que ante una reparación mal hecha, esta tiene implicaciones negativas en la consolidación de la paz y la democracia (Joinet, 1997). Máximo, si el propósito que se persigue es avanzar en la reconciliación y la edificación de la paz democrática, una vez superado el conflicto armado interno.

Bajo el concepto de crisis humanitaria (Giraldo, 2009, pág. 489), señala que hay que distinguir entre la vulneración social y la vulneración humanitaria; la social hace referencia a los riesgos de naturaleza social o natural, y por tanto, deben ser enfrentados con políticas sociales; la humanitaria tiene como causa los crímenes políticos y las violaciones

4 Los términos “violencia política” para el Cinep es aquella conducta ejercida como medio de lucha política y social, ya con el fin de mantener, modificar, sustituir o destruir un modelo de Estado o de sociedad, o para destruir y reprimir un grupo humano que posee identidad por su afinidad social, política, gremial, étnica, racial, religiosa, cultural o ideológica, esté o no organizado. Tal como se desprende de algunas de las características de nuestro conflicto armado interno, y que hace pertinente este marco conceptual para diferenciarlo de otro tipo de violencias o fenómenos (CINEP, 2008).

5 El legislador colombiano con (Ley 1448, 2011) “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, el gobierno de Santos hace un viraje, porque el anterior del presidente Álvaro Uribe, en sus dos mandatos negaba la existencia del conflicto armado interno, sólo lo valoraba como un fenómeno de enfrentar la “amenaza terrorista”. Se puede afirmar que en Colombia existe un conflicto armado interno, arraigado y prolongado, el único en América Latina, cuya dinámica de confrontación no son los combates, sino el control de zonas de influencia, cuya dinámica está ligada a la apropiación de tierras y al crimen del desplazamiento forzado de manera masiva y sistemática, que por su prolongación presenta degradación, causando crisis humanitaria que varían de una región a otra.

a los derechos humanos, cuyos responsables directos deben ser identificados y condenados, y las políticas públicas difieren en su solución.

Al respecto, se tendrá en cuenta la vulnerabilidad humanitaria, bajo el énfasis de que las reparaciones deben estar centradas en las víctimas como un fenómeno que tiene reconocimiento reciente, con lo cual se rompe con el paradigma tradicional estatal de No reparar. Ante esta crisis humanitaria, el Estado y la sociedad colombiana, están en la obligación de reparar a las víctimas cuya fuente son los daños sufridos y procurar resarcir y restablecer integralmente sus derechos afectados.

En este avance de los estándares internacionales se debe tener en cuenta el informe sobre promoción y protección de los derechos humanos (Orentlicher, 2005) de Naciones Unidas, donde prescribe que no existe reconciliación duradera sin que se dé una respuesta efectiva a los deseos de justicia con garantías debidas para con las víctimas y la sociedad en general. Igualmente que el derecho a la justicia, confiere al Estado una serie de obligaciones como las de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si se demuestra su culpabilidad, asegurar su sanción.

Por tanto, existe en la comunidad inter-

nacional una preocupación ante la impunidad en que puedan quedar delitos de lesa humanidad y graves crímenes de guerra. Al mismo tiempo la comunidad reconoce la responsabilidad estatal de emplear mecanismos efectivos a fin de desactivar a los actores armados en procura de la paz y a partir de establecer la verdad, administrar justicia y reparar a las víctimas y garantizar que esos hechos victimizantes no se vuelvan a repetir.

En un eventual escenario de salida política al conflicto armado interno colombiano, las políticas gubernamentales de paz deben superar la desarticulación, fragmentación e intermitencia en que han sido presentadas por cada gobierno de turno, ya que han estado muy ligadas a los cambios favorables o a los fracasos de procesos de paz o a lo que indique especialmente la coyuntura del ambiente político. Es indispensable, según (Salamanca Rangél, Ferrari Quine, & Veira Posada, 2010, pág. 97), un sistema coherente que vaya más allá del fin de la guerra, haciéndose necesario la construcción de condiciones de justicia social, el fortalecimiento de la democracia y de la sociedad civil, por lo que el derecho a la paz es un deber jurídico y un fin fundamental del derecho internacional y del Estado.

En este propósito es indispensable hacer

6 Obligaciones que emanan de normas del derecho internacional ratificados por el Estado colombiano que se encuentran plasmados en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. O de los principios rectores que no son normas jurídicas en *strictu sensu*, pero encausan las políticas públicas, son los principios denominados "conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos, para la lucha contra la impunidad", en el deber del Estado de respetar y hacer respetar los derechos humanos según el derecho internacional.

valer la prevalencia del derecho de las víctimas, de los supervivientes y de las generaciones futuras, es decir, el Estado debe garantizar el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes⁶ en las normas y estándares internacionales de los derechos humanos, ya como normas fundadas en el principio de complementariedad, con el acatamiento a los postulados constitucionales y a los convenios y tratados de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano.

Por lo tanto, en el campo interno prevalece la garantía del goce efectivo de los derechos consagrados en la carta política, bajo el presupuesto que todos los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales sobre derecho humanos ratificados por el Estado colombiano (Sentencia C-191, 1998). Que la salida al conflicto armado interno, debe tener como objetivo la conquista de la preservación de la convivencia pacífica y la paz, como fin esencial del Estado social de derecho -deber jurídico- y derecho colectivo en cabeza de la humanidad.

Para alcanzar tal propósito es necesario flexibilizar la justicia temporalmente, para adoptar una política criminal sustentada en el concepto de justicia transicional⁷; cimentada en el principio del derecho, según el cual, los dere-

chos y las garantías de los ciudadanos, las comunidades y la sociedad no son absolutos (Sentencia C-370, 2006), este principio tiene restricción en razón y en proporcionalidad a la necesidad de obtener la realización y garantía de otros valores; esto implica la prevalencia del Estado social de derecho, mantener las obligaciones internacionales estatales y que se adopte una política criminal que permita superar el conflicto armado interno, entendida esta flexibilidad como atributo soberano de la jurisdicción nacional y aceptada internacionalmente.

El debate podría centrarse en cómo una sociedad debe enfrentar las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario en un eventual proceso de paz; debate bastante complejo, porque en su valoración se deben tener en cuenta dimensiones éticas, jurídicas y políticas, pues la lucha contra la impunidad no es tan sólo una cuestión jurídica y política. ¿No nos olvidamos a menudo de su dimensión ética? (Joinet, 1997), como ¿qué es el derecho a la verdad?, ¿qué significa para un pueblo el conocimiento de su historia, de la barbarie padecida?, por qué tales hechos atroces pertenecen a su patrimonio como un derecho colectivo a fin que en el futuro no se reproduzcan.

7 La justicia transicional se asume como una respuesta a las graves violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos, cuando estamos frente a iniciativas de paz, reconciliación y democracia, enfatizando como objetivo el derecho de las víctimas. (Orozco Abad, 2009) señala: "La expresión justicia transicional se usa para designar aquellos procesos de rendición de cuentas que adelantan las sociedades estatales en relación con crímenes políticos y de masas perpetrados en el pasado, en situaciones de turbulencia política como las que son propias de las transiciones de guerra a la paz y de la dictadura a la democracia".

En el campo jurídico esta tensión tiene que ver con los imperativos del derecho a la justicia, en la necesidad de castigo a los responsables y la reparación integral a las víctimas; en la dimensión política con las restricciones derivadas de la realidad social, como lo es, la necesidad de buscar consolidar la reconciliación y la convivencia pacífica. Dilema que afronta (Uprimny Yepes, Lasso Lozano, & De Roux Rengifo, 2004, pág. 101) de la siguiente manera: que la justicia no impida alcanzar la paz, y que la paz no implique renunciar a la justicia. Ante esta encrucijada es necesario aplicar la ponderación, pues no es posible materializar plenamente y en forma simultánea los distintos derechos en juego, a saber: la paz, la justicia y los derechos de las víctimas.

En el derecho internacional para el tránsito de estos conflictos se han construido los derechos: a la verdad, la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición; fundadas éstas en presupuestos éticos y políticos en los que los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible, pues entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron afectados o perjudicados. Se supera la tradición estatal de no reparar, y, por el contrario, hoy crece el énfasis de las reparaciones integrales centradas en las víctimas. Igualmente, evoluciona y crece la obligación estatal en su deber de investigar y sancionar a los responsables, a fin de buscar la prevaencia de la verdad y la justicia.

Tal como lo señala la jurisprudencia del Sistema Interamericano (Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, 2000) que ha establecido en diversas ocasiones:

“...las víctimas de violaciones graves perpetradas durante el conflicto armado tiene derecho a la reparación adecuada del daño sufrido, la cual debe concretarse mediante medidas individuales tendientes a restituir, indemnizar y rehabilitar a la víctima, así como medidas de satisfacción de alcance general y garantías de no repetición...”.

En estas eventualidades le corresponde al Estado el deber de asumir un rol principal y no secundario en la garantía del acceso efectivo de las víctimas a la reparación y a la justicia. Por tanto la garantía efectiva del derecho a la verdad y la justicia constituyen en sí mismos, una garantía del derecho a la reparación integral.

3. Evolución de la lucha internacional contra la impunidad

Los Estados contemporáneos tienen el deber de evitar y combatir la impunidad ya que este fenómeno se considera un problema estructural que afecta negativamente el disfrute de los derechos humanos. Se comprende por impunidad la ausencia *de iure* o de facto de la responsabilidad penal de los autores de violaciones a los derechos humanos, (Orentlicher, 2005) en su informe plantea que:

“por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas”.

En esta tensión, entre el derecho a la justicia y la reconciliación, la comunidad internacional ha ido evolucionando, predominando la lucha contra la impunidad, donde reaparece el término justicia transicional que “puede ser vista, también, como un campo de batalla y de negaciones entre razones --memorias-- que miran hacia atrás y razones --olvidadizas-- que miran hacia adelante” (Orozco Abad, 2009, pág. 18). Hoy prevalece la tesis de que son inaceptables el perdón y olvido para los delitos de lesa humanidad y graves crímenes de guerra, pues se han construido unos principios o estándares a partir de los cuales el Estado debe garantizar sus deberes internacionales de respetar y asegurar que se apliquen las normas internacionales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Son obligaciones establecidas en el marco jurídico internacional que los Estados las deben adoptar en el campo interno. Normas que implican procedimientos judiciales y medidas adminis-

trativas eficaces y apropiadas para que se dé acceso equitativo y rápido a la justicia, especialmente para las víctimas. En esta relación, según (Orozco Abad, 2009, pág. 23) “el ámbito internacional, se encuentra ya con amplios y crecientes consensos convencionales, jurisprudenciales y doctrinales en lo que atañe a la prohibición de que se concedan amnistías generales y absolutas”. Fruto de lo que él llama “nueva conciencia humanitaria” con privilegio de las víctimas y sus derechos, en el denominado “universalismo humanitario hoy hegemónico”.

En este humanismo hegemónico, se debe reconocer que el derecho internacional presenta fragmentación, en particular por la proliferación de organismos internacionales y en la aplicación de mecanismos de resolución pacífica de conflictos, ya que el sistema se nutre a partir de la diversidad y del pluralismo que lo caracteriza. Al decir de especialistas (Tenorio Quintero, 2012, pág. 27) manifiesta que se está ante un derecho internacional poco coherente. Sin saldar estos obstáculos, el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, como marco conceptual, en su universalidad y en su adaptabilidad a la realidad de consolidar procesos de paz, y así, avanzar en el disfrute pleno de los derechos y estrechar el cierre a la impunidad (Torregrosa Jiménez, 2011, pág. 50)⁸, en que han quedado tan inexcusables crímenes.

8 Manifiesta el autor: “La impunidad fomenta la venganza, exalta a los victimarios y humilla a las víctimas, atribuye responsabilidades colectivas y no individuales e impide la reconciliación y la paz”.

La evolución internacional en la lucha contra la impunidad la establece el citado informe Joinet del año 1997, apuntando a que se transita por cuatro etapas: en su primera etapa: se ubica en la década del 70, en la que las Ong's defensoras de los derechos humanos y juristas demócratas se movilizaron en pro de la amnistía de los presos políticos, que simbolizaban la libertad de luchadores políticos y sociales, un tema movilizador de amplios sectores de opinión pública, especialmente en América Latina.

La segunda etapa: comprende la década de los 80, donde el término "amnistía" cambia de percepción, después de ser vista como símbolo de libertad, pasa a ser percibida como una "prima a la impunidad", como instrumento para negar la responsabilidad de los detentadores del poder, autores de graves violaciones a los derechos humanos, especialmente con la proliferación de leyes de auto-amnistía y perdón; estas circunstancias de tensión propiciaron acciones reivindicativas de la sociedad que desencadenaron en exigencias de verdad y justicia.

La tercera etapa corresponde al fin de la guerra fría, simbolizada con la caída del Muro de Berlín en 1989; marca este hecho un nuevo período en la búsqueda de procesos democratizadores liberales o la vuelta a la democracia liberal después del sufrimiento de dictaduras, o de acuerdos de paz que venían a poner término a conflictos armados internos. Se presenta el equilibrio entre la lógica

del olvido, impulsada por el antiguo opresor y la lógica de la justicia alentada por las víctimas que constituyen el centro del debate, sus exigencias, derechos y reivindicaciones.

La cuarta etapa coincide con una mayor toma de conciencia de parte de la comunidad internacional sobre la importancia que reviste la lucha contra la impunidad. En tal proceso es importante resaltar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que la amnistía otorgada a los autores de violaciones graves de derechos humanos es incompatible con el derecho que tiene toda persona a que su causa sea conocida equitativamente por un tribunal imparcial e independiente. Para este período igualmente, es aprobado el Estatuto de Roma y posteriormente la entrada en vigor de la Corte Penal Internacional, como nuevo escenario de la jurisdicción penal universal frente a los delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión, cuya competencia es concurrente, ya que se mantiene la obligación territorial de los tribunales nacionales.

Bajo esta égida de reflexión, en la búsqueda del proceso histórico evolutivo que da garantía a la dignidad de las víctimas, solo a partir de la década de los noventa se da un viraje importante y se pasa a contar con un ambiente favorable para la salida política negociada, siempre y cuando se formule y ejecute en el marco de la justicia transicional. Su legitimidad depende en gran medi-

da de la manera como ésta se elabore y aplique.

Desde otra perspectiva histórica, como desarrollo pedagógico de este proceso (Uprimny Yepes, Lasso Lozano, & De Roux Rengifo, 2004, pág. 106) señalan el tránsito por etapas, al distinguir: 1) la justicia impuesta por el soberano o por la parte victoriosa (ejemplos, Núremberg o en Bosnia); 2) las auto-amnistías de los victimarios, como exigencia para permitir la transición (ejemplos, militares argentinos y chilenos); 3) los perdones recíprocos concedidos por los autores armados, al final de un proceso de paz y de una guerra civil (ejemplo, modelo centroamericano); y 4) la adopción de medidas de transición no sólo por negociación entre cúpulas de los actores, sino acompañada de discusiones sociales amplias (ejemplo, Sudáfrica y, en parte, por Irlanda del Norte y Uruguay); coincide esta cuarta etapa con el informe Joinet, en el que se consensa un estándar internacional en las obligaciones estatales.

Se puede observar, el desarrollo de la lucha contra la impunidad en el marco internacional es relativamente reciente y viene transformándose, ya que la humanidad ha cambiado en torno a este fenómeno y su tránsito es la búsqueda de la prevalencia del derecho a la justicia, reduciendo los días para la impunidad en que quedaban tan graves violaciones, porque constituyen una afrenta a la humanidad.

De allí que aparezcan nuevos interro-

gantes o desafíos, ¿cómo debe abordarse el tema frente a posibles negociaciones para lograr restablecer la paz y la democracia en países que han transitado por conflictos armados internos, de gobiernos de facto o dictaduras y que han producido un sin número de víctimas? Porque la reconciliación, según (López Martínez, 2007, pág. 260), no es un fin en sí mismo, sino un medio para tender puentes y trazar caminos para otro fin mayor: crear sociedades democráticas en un mundo democrático que debe producir personas democráticas.

En tal propósito, el pensamiento humanista y las sociedades democráticas han diseñado en el derecho internacional de los derechos humanos unos principios que estructuran el derecho a la verdad, el derecho a la justicia, el derecho a la reparación integral y las garantías de no repetición, concomitante con las obligaciones de los Estados de esclarecer la verdad sobre las violaciones de los derechos humanos, el deber de investigar, juzgar y sancionar a sus perpetradores y el deber de reparar el daño causado, como forma de resarcir los daños que afectan la vida individual y social. Según (López Martínez, 2007) estas son acciones que requieren ir más allá de su perdón y olvido, requieren de acciones afirmativas que posibiliten y garanticen la reconciliación como proceso de aprendizaje múltiple.

4. **La prescripción de la acción penal y el principio *nom bis in ídem* frente a graves delitos**

El acceso a la justicia y a conocer la verdad hacen parte de la reparación, por tanto, frente a la garantía que representaba la prescripción, aparecen medidas restrictivas que la justifican, ya que su fin es evitar que algunas reglas del derecho sean utilizadas de tal manera que se conviertan o faciliten la impunidad. La prescripción no puede ser tenida en cuenta cuando se está frente a graves delitos que según el derecho internacional pasan a ser considerados “crímenes contra la humanidad”, y por lo tanto, los delitos de lesa humanidad y los graves crímenes de guerra se convierten en imprescriptibles. Es decir, la prescripción penal por el paso del tiempo o ante la falta de voluntad de investigar y sancionar no puede ser obstáculo en la persecución del delito o de la pena.

La prescripción penal es la no persecución del delito o de la pena por el paso del tiempo, por lo tanto, no puede tener en cuenta el tiempo durante el cual (i) no exista un recurso efectivo, o (ii) por la gravedad del daño causado. Las conductas denominadas delitos de lesa humanidad, según el derecho internacional por su naturaleza se convierte en imprescriptibles. Frente a estos casos se mantiene la prevalencia de los bienes jurídicos primarios de las víctimas, y no es lícito en nombre de la paz y de la democracia olvidarse de tales crímenes. Es decir, el no accionar judicialmente está directamente relacionado con la impunidad, por presentar incumplimiento de los deberes estatales de investigar y sancionar.

En este mismo campo, se restringe el

principio garantista *nom bis in ídem*, que prohíbe enjuiciar a una persona por un crimen o delito por el cual ya ha sido juzgado por el mismo u otro órgano judicial. Como referente, se encuentra el Estatuto de Roma -1998- que tiene entre sus principios los de una justicia pronta y eficaz, la reparación del daño y la atención a las víctimas. En tal propósito, los relatores del estatuto consideraron que el principio *nom bis in ídem* podría impedir la aplicación efectiva de la justicia en aquellos casos en que un tribunal nacional pueda querer proteger a un acusado de una pena más severa, imponiéndole una sanción leve, para impedir que la Corte Penal Internacional inicie una acción judicial. En consecuencia se determinó la no aplicación del principio *nom bis in ídem* cuando las actuaciones del tribunal nacional no hayan actuado en forma independiente e imparcial (Quiroga Carrillo, 2004, págs. 38-43).

En referencia, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Barrios Altos Vs. Perú, 2001) consideró que el principio *nom bis in ídem* no se considera un derecho absoluto, que se debe tener en cuenta para su no aplicación cuando: 1.- la actuación del tribunal obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; 2.- el procedimiento no fue instruido independientemente o imparcialmente; y 3.- no hubo, o no existió intención real de someter al responsable a la acción de la justicia, y que una sentencia proferida en tales circunstancias enunciadas solo produce una cosa juzgada aparente o fraudulenta.

En el campo punible del derecho penal, la amnistía, indulto y leyes de “punto final”, son causales de la extinción de la pretensión punitiva del Estado, y por tanto la Corte IDH en este mismo caso considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistías, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos; estimando que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía y otro tipo de normativa interna.

5. **Derecho a la reparación integral de las víctimas**

Ante la eventualidad de crisis humanitarias los Estados deben asumir un rol principal y no secundario en garantizar el acceso efectivo de las víctimas para su reparación integral, deben asumir el deber ineludible de reparar en forma directa y principal las violaciones en que se les atribuya su responsabilidad por acción u omisión. Según (M’Causland Sánchez, 2008, pág. 144) “la reparación es un término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida”.

El concepto de reparación ha sufrido una importante evolución en el derecho

internacional, pasando de la reparación restitutiva a la reparación integral. Donde la reparación restitutiva tiene como principal objetivo devolver a la víctima a la situación en que se encontraba antes de la violación, ampliándose a la reparación integral que “tiene como fuente los daños sufridos por las víctimas de crímenes atroces que puedan imputarse a la acción u omisión de los agentes estatales, así como a la violación de los deberes internacionales de protección, respeto y garantía de los derechos humanos adquiridos por el Estado” (Uprimny Yepes & Saffon, 2009, pág. 375).

El derecho a la reparación es un derecho fundamental, las víctimas están facultadas para exigir al Estado que cumpla con sus obligaciones de ser garante y protector de los derechos humanos. El Estado colombiano debe asumir su responsabilidad, más allá del principio de solidaridad e igualmente que la reparación va más allá del pago económico –indemnización-, es necesario que se reconozca la dignidad de las víctimas, que se tomen medidas que brinden rehabilitación a quienes hayan sufrido daños físicos o psicológicos, que se honre la memoria de los asesinados, desaparecidos, desplazados y lo más importante es que estos hechos no vuelvan a ocurrir.

El derecho a la reparación implica tanto medidas individuales como medidas generales y colectivas, su objetivo es reconocer a las víctimas y la historia vivida por los pueblos como parte de su

patrimonio inmaterial. La reparación debe cubrir la integralidad de los daños y perjuicios sufridos, comprendiendo, estas: medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, según lo establece el derecho internacional, bien sea a través de procedimientos judiciales de naturaleza especial o de mecanismos de tipo administrativos. El informe Joinet del año 1997, establece en su principio 36 que “Toda violación de un derecho humano hace nacer un derecho a reparación en la persona víctima y un deber de reparación con cargo al Estado”.

La formulación del derecho a la reparación integral es producto del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, (Acosta López & Bravo Rubio, 2008). La reparación debe ser adecuada, efectiva y rápida, su finalidad es promover la justicia y la verdad. La doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han definido el daño indemnizable, dividiéndolo en daño individual o colectivo. El daño individual a su vez se divide en daño material o daño inmaterial. El daño material a su vez comprende el daño emergente y lucro cesante, y el daño inmaterial el daño moral y el daño en la vida de relación. Se tiene como daño colectivo la afectación a un derecho, un bien jurídico o un interés colectivo. Independientemente que tales daños sean individuales o colectivos, requieren de la adopción de medidas de atención, asistencia y reparación.

Según Naciones Unidas (Resolución

60/147, 2006), el derecho de las víctimas, estaría enmarcado en los siguientes derechos: (1) acceso igual y efectivo a la justicia; (2) reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y (3) acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación. Estos se constituyen en estándares internacionales de aplicabilidad al caso colombiano, si el propósito es la reconciliación y la democratización de la sociedad, porque de lo contrario se seguirá transitando por los caminos de la impunidad persistente en que han quedado tan graves delitos y en la revictimación.

En la reparación integral y con efectos democráticos para el caso colombiano (Uprimny Yepes & Saffon, 2009, págs. 357-402) ofrecen un sustento conceptual y normativo de una visión alternativa de las reparaciones con transformaciones democráticas, fundamentadas en que las reparaciones deben tener un potencial transformador por ser una oportunidad de impulsar cambios democráticos de la sociedad a fin de superar la exclusión y las desigualdades que resultan contrarios a los principios básicos de la justicia, traen como ejemplo que al aplicar la justicia restitutiva especialmente en población en situación de desplazamiento, es factible que continúe la exclusión y la desigualdad.

Conclusiones

El derecho internacional de los derechos humanos ha fundamentado unos estándares que hacen imperativos para

los Estados obligaciones de respetar, asegurar que se respeten y apliquen las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que tienen como fuente: 1) los tratados en los que el Estado sea parte; 2) el derecho internacional consuetudinario; y 3) el derecho interno de cada país.

En posibles crisis humanitarias, estos estándares, frente a la eventualidad de una salida política, de solución negociada en procesos de paz, impone al Estado el ejercicio del principio de la ponderación, entre las exigencias de los derechos de verdad, justicia y reparación, por una parte, y las concesiones que se brindan a los perpetradores de delitos ante el propósito legítimo de lograr acuerdos de paz y reconciliación, por la otra.

Los Estados deben garantizar la prevalencia del derecho de las víctimas, de los supervivientes y de las generaciones futuras a conocer la verdad -preservar la memoria-, la reparación integral, y que tales crímenes no pueden quedar en la impunidad, es decir, el Estado debe garantizar el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes en los tratados.

Los Estados contemporáneos tienen el deber de combatir la impunidad por constituirse en un problema estructural que afecta negativamente el disfrute de los derechos humanos; para superar esta crisis y garantizar uno de los fines del Estado -deber jurídico-, la paz,

-como derecho colectivo en cabeza de la humanidad-, en tal propósito, en algunos casos, es necesario flexibilizar la justicia temporalmente, para adoptar una política criminal sustentada en el concepto de justicia transicional.

La garantía del derecho internacional de los derechos humanos y la aceptación de la jurisdicción de los órganos supranacionales por parte de los Estados contemporáneos se realizan bajo el principio de complementariedad. Es su deber estructurar los derechos a la verdad, la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición, y el deber de reparar el daño causado, como forma de resarcir los perjuicios que afectan la vida individual y social. La reparación comprende medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

Referencias

- Acosta López, J. I., & Bravo Rubio, D. (2008). El cumplimiento de los fines de reparación integral de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Énfasis en la experiencia colombiana. *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*(13), 323-362. Obtenido de http://javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/9AcostayBravo_000.pdf.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid, España: Editorial Sistema. Obtenido

- de <https://teoriadelaconstitucion.files.wordpress.com/2013/02/4-el-tiempo-de-los-derechos-bobbio.pdf>.
- Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala* . (25 de noviembre de 2000). Corte Interamericana de Derechos Humanos. (*Fondo*). San José de Costa Rica, Costa Rica. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf.
- Caso *Barrios Altos Vs. Perú* . (14 de marzo de 2001). Corte Interamericana de Derechos Humanos. (*Fondo*). San José de Costa Rica, Costa Rica. Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf.
- CINEP. (Octubre de 2008). Marco conceptual. Banco de datos de derechos humanos y violencia política. *Revista Noche y Niebla, Segunda*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.nocheyniebla.org/files/u1/comun/marcoteorico.pdf>.
- CINEP. (junio de 2012). Informe especial. Conflicto armado en Colombia durante 2011. *Programa por la paz*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.rebellion.org/docs/152325.pdf>.
- Giraldo, C. (2009). Desplazamiento en Colombia. En *Varios, Desplazamiento forzado: ¿hasta cuándo un Estado de cosas inconstitucional?* Bogotá D.C.: Ediciones Antropos Ltda.
- Gómez Montañez, J. A. (2011). *Derechos humanos y Estado social de derecho* (Primera ed.). Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.
- Joinet, L. (2 de octubre de 1997). Organización de las Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de discriminaciones y protección de las minorías. *Distr. General E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1*. Nueva York, Estados Unidos. Obtenido de <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>.
- Ley 1448. (10 de junio de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html.
- López Martínez, M. (2007). *Nuevas "pazes" para la paz*. Pamplona, Colombia: Universidad de Pamplona.
- M'Causland Sánchez, M. C. (2008). *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- Medina Ardila, F. (2009). La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano. En J. I. Acosta López, & Á. F. Amaya-Villareal (Edits.), *Debate interamericano* (págs. 83-122). Bogotá D.C., Colombia: Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Naciones Unidas. (23 de mayo de 1969). Comisión de Derecho Internacional. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Viena, Austria. Obtenido de <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>.
- OEA/Ser/L/V/II.125. (1 de agosto de 2006). Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la aplicación y el alcance de la ley de justicia y paz en la república de Colombia*. Washington D.C., Estados Unidos de América. Obtenido de <http://www.cidh.org/pdf%20files/Pronunciamiento%20Ley%20de%20Justicia%20y%20Paz.pdf>.
- Orentlicher, D. (8 de febrero de 2005). Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. *Promoción y protección de los derechos humanos. Impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. Adición. Conjunto de principios actualizado...* Nueva York, Estados Unidos de América. Obtenido de <http://www.idhc.org/ESP/documents/PpiosImpunidad.pdf>.
- Orozco Abad, I. (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis, S.A.
- Peces-Barba Martínez, G. (1991). Prólogo. En N. Bobbio, *EL tiempo de los derechos* (págs. 7-12). Madrid, España: Editorial Sistema. Fundación Sistema. Obtenido de <https://teoriadelaconstitucion.files.wordpress.com/2013/02/4-el-tiempo-de-los-derechos-bobbio.pdf>.
- Quiroga Carrillo, J. (2004). *Derecho internacional humanitario* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos.
- Resolución 60/147. (21 de marzo de 2006). Naciones Unidas. Asamblea General. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Nueva York, Estados Unidos de América. Obtenido de <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/35onu.pdf>.

- Salamanca Rangél, M., Ferrari Quine, C., & Veira Posada, E. (2010). Escenarios de negociación: la paz negociada como negación teórica y práctica de la guerra. En Varios, *Más allá de la seguridad democrática. Agenda hacia nuevos horizontes*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana & Fundación Konrad Adenauer.
- Sentencia C-191. (6 de mayo de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-370. (18 de mayo de 2006). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros. Bogotá D.C., Colombia.
- Tenorio Quintero, M. J. (2012). ¿Hacia una fragmentación del derecho internacional público? *Revista Orbis*, 12-27.
- Torregrosa Jiménez, R. (julio-diciembre de 2011). Algunas reflexiones sobre la justicia transicional en Colombia desde el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. *Revista Diálogos de Saberes*(35), 45-55.
- Uprimny Yepes, R., Lasso Lozano, L. M., & De Roux Rengifo, C. V. (2004). Ver á D.C., Colombia: Editorial Gente Nueva.
- Uprimny Yopez, R, Sffon, Maria Paula. El potencial transformador de las reparaciones: propuesta de una perspectiva alternativa de reparaciones para la población desplazada en Colombia. Desplazamiento forzado. ¿Hasta cuando un estado de cosas inconstitucional?, Tomo I, Consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento CO-DHES. Bogotá, www.edicionesantropos.com.
- Yañez Meza, D. A. (enero-junio de 2012). Las fuentes del derecho en la Constitución Política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho*, 5(5), 7-34.

Aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia durante el siglo XX*

Theoretical approach to the study of political violence in Colombia during the twentieth century

Recibido: 9 de junio del 2013 - Revisado: 16 de septiembre del 2013 - Aceptado: 10 de diciembre del 2013

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez**

La diferencia entre violencia organizada y desorganizada no queda totalmente suprimida, la mutua resonancia entre ambas conduce a una violencia generalizada, que cruza tanto las relaciones sociales como las relaciones interindividuales e influyen tanto sobre el funcionamiento institucional como sobre los nuevos valores (...) a partir de las interferencias entre todas las formas de violencia, la violencia generalizada suscita su propio contexto, sus propios modos de transacción y de enfrentamiento, y no se fundamenta en las oposiciones de clase ni en las identidades colectivas previas (Pécaut, Guerra contra la sociedad, 2001, págs. 195-196)

Resumen

Dentro de los grupos armados vinculados en el conflicto político que existe en Colombia desde la década de los sesenta hasta la fecha, han sido participes las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, Unión Camilista- Ejército de Liberación Nacional UC-ELN, Ejército Popular de Liberación EPL, Movimiento 19 de abril M-19, Autodefensas Unidas de Colombia AUC, entre otros; además de grupos llamados de ultraderecha y militares al servicio del Estado. Se sostiene entonces que la violencia política se originó en diversos factores relacionados con los problemas agrarios, la exclusión política, la inequidad, etc.; causas que a mediados del siglo XX confluyeron para la conformación de los grupos subversivos y, por ende, para la gestación del conflicto armado interno más largo en la historia del mundo. Para el desarrollo del texto se utilizó el método bibliográfico o documental que consistió en recopilar, organizar, sistematizar y analizar la información encontrada en libros, sentencias, artículos, etc., sobre la violencia política en Colombia. Como conclusión se dirá que el Estado colombiano se encuentra en vilo y, por ende, requiere solucionar definitivamente el conflicto armado que padece.

Palabra clave

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto del proyecto de investigación denominado Lineamientos jurídico-políticos para la elaboración de una propuesta de reforma constitucional de sistema de partidos políticos en Colombia en el contexto del proceso de xxxx, correspondiente al Grupo de Investigación Cultura y Derecho.

** Abogado, Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho, Universidad de Medellín. Docente investigador tiempo completo Universidad Cooperativa de Colombia

Correo electrónico:
pauloarboleda@gmail.com
paulo.arboledar@campusucc.edu.co

Violencia política, conflicto armado interno, democracia, causas de la violencia, exclusión política.

Abstract

Among the armed groups involved in the political conflict that exists in Colombia since the sixties to date have participated the Revolutionary Armed Forces of Colombia FARC Camilista- Union Army UC-ELN National Liberation Army People's Liberation EPL Movement April 19 M-19 AUC United Self Colombia, among others; well known ultra-right groups and military service of the State. It then argues that political violence originated in various factors related to land issues, political exclusion, inequality, etc., causes the mid-twentieth century converged to the formation of subversive groups and, therefore, for the gestation of the longest armed conflict in world history. For the development of the text bibliographic or documentary method consisted of collecting, organizing, organize and analyze information found in books, statements, articles, etc., on political violence in Colombia was used. In conclusion will say that Colombia is in the air and therefore requires definitively resolve the conflict you have.

Key words

Political violence, armed conflict, democracy, causes of violence, political exclusion.

Introducción

Para el inicio de esta investigación es necesario tener presente que el conflicto armado interno en Colombia, así como las situaciones de violencia política, han sido variadas y han tenido su origen en múltiples razones. Es por ello que se afirma que la violencia en Colombia ha sido parte integral de la historia y del devenir del Estado colombiano.

En este sentido, la política en Colombia ha estado ligada a eventos de violencia de manera casi que constante, situación que lleva a pensar en soluciones para conjurar semejante paradoja, o por lo menos, para plantear algún tipo de sugerencia que pueda tenerse como viable; lo anterior, para procurar a las generaciones presentes y a las que están por venir, un país en el cual realmente se protejan los derechos de manera inequívoca y se evidencie una convivencia pacífica. En consecuencia, es importante que el Estado se aproxime a la realidad social que viven otros países

-que no con menos problemas en sus territorios- que han sabido controlar y terminar definitivamente con las manifestaciones de violencia.

Sería estéril e infructuoso cualquier trabajo de investigación si éste no tiene como objeto hallar, sistematizar, describir, etc. un determinado material de estudio; en este caso, el objeto del presente trabajo consiste en reflexionar sobre los orígenes de la violencia política y, especialmente del conflicto armado en Colombia; con la finalidad de realizar una labor descriptiva que permita la comprensión esquemática de dicha problemática.

A través de las lecturas de la doctrina más autorizada, se observa de manera un poco pesimista cómo los autores (Pécaut, 2001), (Medina Gallego, 2010), (Londoño Jaramillo, 2012) permiten vislumbrar dicha realidad y concluir que la violencia en Colombia ha estado ligada siempre a los conflictos políticos escenificados a lo largo de la historia

en la lucha de intereses de diferente índole (pero que a la larga confluyen en intereses personales que han llevado a que la ambición preponderante de unos pocos termine con una cruda realidad para otros) y en la concentración de la tierra mediante la conformación de latifundios.

Para el Estado colombiano es una tarea bastante encomiable el luchar por el logro de sus fines esenciales, que realmente no serían difíciles de obtener si se cifraran los esfuerzos necesarios y el interés debido en ello. Está claro que la riqueza del país es cuantiosa, por tanto, es justo que todos los administrados del Estado tengan al menos la manera de vivir dignamente, y así, evitar injusticias tan palpables como las observadas en el día a día; si todos los colombianos actúan en pro de la equidad y la justicia, se podrá obtener una reconciliación verdadera y una paz duradera, pues se evidencia que los enfrentamientos y los conflictos políticos armados que han tenido lugar en la historia del país se han gestado en el inconformismo de ciertos sectores sociales que han visto vulnerados sus derechos de forma sistemática -derechos que son intrínsecos, innegables, imprescriptibles, no enajenables, indelegables y fundamentales-.

Es apenas lógico pensar que si se suplen las necesidades básicas de todos los habitantes del país, se estaría realmente cumpliendo con la finalidad que tiene la política en lo concerniente a lograr una plena convivencia pacífica del conglomerado social. Realmente es una situa-

ción que pareciera compleja, pero que como todo aspecto de estas connotaciones, tiene una solución justa y aplicable, que es la inclusión social y la lucha verdadera por el interés general; tratando siempre de alcanzar la justicia y la equidad, haciendo valer realmente la concepción de Estado social de derecho.

De esta manera, la estructura del presente artículo inicia con el estudio de las causas y las consecuencias de la violencia política en Colombia durante el siglo XX; continúa con el análisis de las causas del conflicto armado interno; finalmente, se presentan las conclusiones sobre las temáticas tratadas.

Problema de investigación

La presente investigación responde a la siguiente pregunta: ¿El conflicto armado interno colombiano, como manifestación de la violencia política, es un problema de índole estructural o coyuntural?

Metodología

Para efectos del desarrollo de la investigación se utilizará 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 Bernal, 2003, pág. 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.

1. **Causas y consecuencias de la violencia política durante el siglo XX en Colombia**

La democracia colombiana, pese a que es débil y meramente formal, se ha caracterizado históricamente por la ausencia de golpes militares¹, por la coexistencia con una violencia de variada índole, por las altas tasas de desempleo, de pobreza e inequidad, etc.; situaciones que le han dado a la democracia unas características particulares como lo son la reducción de la democracia en el ejercicio del voto cada vez que se realizan jornadas electorales y la ausencia de una cultura política y de ciudadanos comprometidos con la Constitución del año 1991.

Así pues, en Colombia no se han dado transiciones de la dictadura a la democracia, tal cual se han presentado en otros países latinoamericanos durante las décadas de los setenta y los ochenta -entre las dictaduras más recordadas se encuentran las de la Argentina, Chile y Brasil-; de este modo, la forma de gobierno democrática se mantuvo en Colombia, pese a las dinámicas autoritarias que caracterizaron a la región por muchos años -fenómeno que hace del sistema político una excepción al contexto descrito, teniendo en la cuenta que ha sido una democracia permanentemente atacada por los grupos subversivos en el marco de un prolongado conflicto armado interno-.

En este orden de ideas, para comprender la democracia particular y excepcional que tiene Colombia, se entenderá por violencia política como el “medio de lucha político-social, ya sea con el fin de mantener, modificar, substituir o destruir un modelo de Estado o de sociedad, o también para destruir o reprimir a un grupo humano con identidad dentro de la sociedad por su afinidad social, política, gremial, étnica, racial, religiosa, cultural o ideológica, esté o no organizado” (Defensoría del Pueblo, 1993).

En este sentido, se pasará a mencionar los principales hechos que dieron lugar a la violencia política en el país. Entre 1902 y 1948, el país vivió en una

1 En 1953 el General Gustavo Rojas Pinilla se toma el poder presidencial respaldado por las élites económicas y políticas de la época. Por esta razón, esta toma del poder de facto no se enmarca plenamente en la figura del golpe de Estado.

violencia esporádica; fenómeno que se generalizó después de los sucesos acaecidos el 9 de abril de 1948 en la Ciudad de Bogotá, pero que se origina además, en múltiples circunstancias más allá de los odios políticos entre liberales y conservadores. Por consiguiente, se pasará a explicar las causas y las consecuencias de la violencia política:

1.1 Causas

Entre las muchas causas de la violencia política durante la primera mitad del siglo XX -pobreza, desigualdad, inequidad, analfabetismo, exclusión política, etc.- se mencionarán dos de gran relevancia para efectos de la claridad y la coherencia académica:

a) **El descontento en las zonas rurales debido a la no aplicación efectiva de la reforma agraria de 1936**

Es de anotar que esta reforma agraria se desarrolló a través del legislador (Ley 200, 1936), la cual se expidió bajo el gobierno del liberal Alfonso López Pumarejo, en el contexto de la política denominada como “La revolución en marcha”; su gobierno impulsó esta reforma en medio de un ambiente político difícil que se caracterizó por los constantes levantamientos en armas de los campesinos en casi todas las regiones del país que exigían la distribución de la tierra de manera equitativa para el uso productivo de la misma.

Esta primera reforma agraria, después de importantes debates al interior del Congreso de la República, fue aprobada con el respaldo del partido liberal y con la oposición de los conservadores-colectividad política que vio amenazadas sus propiedades, especialmente representadas en latifundios o grandes extensiones de tierras productivas-.

Así, la Ley 200 de 1936, para implementar las modificaciones en cuanto a las políticas de redistribución del campo colombiano, cambió la concepción de la propiedad privada, introduciéndole la función social con la finalidad que el Estado pudiese entrar a distribuir la tierra bajo criterios de justicia y equidad atendiendo a la necesidad de generar una economía agrícola viable, sostenible y duradera. Sin embargo, en la práctica, tal cual se ha mencionado, esta reforma se vio obstaculizada y, por ende, este hecho incrementó el descontento de los habitantes rurales y el desplazamiento de ellos a las ciudades. Este descontento explica, en parte, el surgimiento de los grupos subversivos como las FARC-EP, el ELN y el EPL durante la década de los sesenta.

b) **El asesinato de Jorge Eliécer Gaitán**

Para continuar con la comprensión de la historia política del país de la primera mitad del siglo XX, se describirá brevemente los principales hitos o hechos

que marcaron el pasado y el presente de los colombianos.

Así las cosas, entre los años de 1930 y 1950 la historia de Colombia se caracterizó por una gran agitación política y social; ejemplo de ello fue la república liberal (1930-1946), principalmente durante los gobiernos de López Pumarejo, quien adelantó una serie de reformas dirigidas a la legalización de los sindicatos, la libertad de cultos, la libertad de enseñanza y una reforma agraria. Estas reformas inquietaron a la iglesia católica y a los terratenientes que veían afectados sus intereses.

Con el retorno de los conservadores (1946-1953), el país vive un período convulsionado conocido como la “Violencia”, que se agudiza con el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán el 9 de abril de 1948 (Sánchez Gómez, 1983). Este magnicidio significó el recrudecimiento de la violencia política a lo largo de todo el territorio nacional, empezando por las destrucciones y los centenares de personas que perdieron la vida en el denominado “Bogotazo” a causa de los incontrolables disturbios que se presentaron.

Así pues, la violencia tomó otros matices, dejando atrás las luchas de los campesinos alzados en armas en pro de sus

derechos hacia un conflicto político bipartidista excluyente de cualquiera otra posición ideológica, que no solo se desarrolló en la arena político-electoral, sino también en el plano armado mediante la conformación de grupos al margen de la ley en muchos de los municipios del país.

Frente a esta problemática, (Londoño Jaramillo, 2012) sostiene:

Esta confrontación partidista fue llevada a sus extremos de mayor violencia en la época conocida como la Violencia (1948-1953), cuando los dos partidos tradicionales o, como lo señala Daniel Pécaut (2003a, p. 34), las dos subculturas políticas existentes en el país, conformadas, a su vez, por élites políticas, se enfrentaron por el poder político, la burocracia estatal y la apropiación de tierras, arrastrando a las masas populares apasionadas que no comprendieron, sino hasta muy tarde, que los ideales de la guerra eran ajenos a sus intereses sociales (2012, pp. 9-10).

De conformidad con los párrafos precedentes, hay muchas causas de la violencia en el país, pero se comparte la afirmación de Pécaut en relación con éstas, al indicar:

“en Colombia las causas mencionadas han variado a lo largo de los años, desde las reglas del Frente Nacional hasta el neoliberalismo o las fumigaciones, pasando por las desigualdades sociales, etc. Por esta razón sostengo que al cabo de un cierto tiempo ya no tiene sentido referirse a un contexto

inicial. Los fenómenos de violencia producen un nuevo contexto, a partir del cual hay que ir comprendiendo el carácter que estos fenómenos van revistiendo progresivamente. Hago, sin embargo, una excepción con el auge de la economía de la droga, a la cual atribuyo de manera permanente un papel primordial en el desarrollo de la violencia y en el debilitamiento de las instituciones. Sin embargo, el impacto de la economía de la droga no es separable de la manera como es aprovechado por diversos sectores y de la respuesta institucional que se produce ante cada nuevo entorno” (2001, p. 10).

Ahora bien, la violencia política no es un problema que únicamente se refiere a la década del cincuenta; como se aprecia ha estado presente durante toda la segunda mitad del siglo XX, aunque con características diferentes: Durante los años cincuenta significó el enfrentamiento entre liberales y conservadores; desde los sesenta el foco estaba en las guerrillas de tendencia comunista; para los setenta y ochenta se suma el narcotráfico; para los noventa y los primeros años del siglo XXI, la violencia se encuentra motivada por la consecución de diversos -y hasta contrapuestos- intereses entre variados actores políticos: las guerrillas, los narcotraficantes, los paramilitares, la delincuencia organizada, entre otros.

1.2 Consecuencias

Por otra parte, en cuanto respecta a las consecuencias de la violencia política se encuentran las siguientes:

- i) Aceleró la descomposición del sector rural y la concentración urbana debido a los desplazamientos que incrementaron -de manera incontrolable- la población en las últimas décadas y, por ende, propició la urbanización acelerada del país; ejemplos de esta situación se observan en las ciudades de Cali, Medellín, Barranquilla y especialmente, Bogotá, en donde se constituyeron grandes focos de concentración demográfica.

El carácter caótico de este proceso se transformó en una permanente y cada vez mayor demanda de servicios públicos, vivienda, empleo, transporte, salud por parte de estas personas que se asentaron en los denominados sectores populares. Además se presenciaron el surgimiento de las guerrillas urbanas y una destacada participación de los movimientos estudiantiles al interior de las universidades.

- ii) Gestó enfrentamientos permanentes entre el Ejército Nacional con los grupos al margen de la ley. Se evidencia que ante la consolidación de la revolución cubana, los Estados Unidos reaccionaron mediante la implementación, tanto de la doctrina de Seguridad Nacional -un programa de asistencia militar y armamento- como del programa para la Alianza para el Progreso -programa de ayuda económica- con la finalidad de condicionar su

adopción por parte de los países de la región, siempre y cuando, éstos librarán una fuerte lucha en contra de la ideología comunista. En Colombia esta situación se tradujo en una reactivación de los enfrentamientos entre el Estado y las guerrillas de las FARC-EP, ELN y EPL.

De conformidad con el panorama descrito, se observa que durante más de medio siglo, los colombianos han padecido el recrudecimiento del conflicto armado, que hoy tiene generaciones que no conocen lo que es vivir en paz y sufriendo en el alma todo el contenido y la fuerza de unos cuantos violentos. Estas manifestaciones de la violencia política se agudizaron con el surgimiento de las guerrillas de las FARC-EP, del EPL y del ELN a mediados de la década de los sesenta -1964- bajo el período denominado como "Frente Nacional" como reacción a la palpable exclusión política de la época.

De esta manera, el "Frente Nacional" tuvo como protagonistas al Partido Liberal y al Partido Conservador (Hoyos Gómez, 2007), colectividades que se alternaban cada cuatro años el poder político del país. Este acuerdo inició en 1958 y debía terminar en 1970, pero se extendió hasta 1974. Posteriormente a

este año -1974-, el Partido Liberal ostentó el poder presidencial hasta 1998, con la excepción que el Partido Conservador obtuvo la presidencia de la República en el período comprendido entre 1982 a 1986 -gobierno Betancur². No obstante, en ciertos aspectos como la distribución burocrática del Estado se mantuvo el "Frente Nacional" (Hartlyn, 1993). Sobre la problemática, (Londoño Jaramillo, 2012) señala:

El Frente Nacional logró desactivar las violentas manifestaciones partidistas, no obstante, y pese a la acción emprendida por los gobiernos para neutralizar el auge de los movimientos insurgentes de izquierda, aparecieron los grupos guerrilleros más importantes como es el caso de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Ejército Popular de Liberación (EPL) y el Movimiento 19 de abril (M-19), que justificaban su accionar en la convicción de que las vías legales de acceso a la escena política se encontraban herméticamente cerradas. Esta situación generó una nueva tipología de violencia debido a que los protagonistas ya no eran los miembros de los partidos políticos tradicionales sino las guerrillas que se alzaron en armas contra el Estado (2012, pp. 13-14).

Frente a este sistema político excluyen-

2 En contraste, (Sánchez Torres, 2006, pág. 102) señala que "la colaboración prolongada entre los partidos podría llevar a hablar de Partido Único del frente Nacional. Único, en tanto excluyente. Este análisis fue propuesto en varias ocasiones, el cual no puede ser históricamente compartido, aunque se hayan aceptado varios argumentos. No es posible creer que los dos partidos se hayan fusionado sino que sencillamente sus fronteras ideológicas se borraron; es decir, que el Frente Nacional conservatizó al país, no solamente durante los 16 años previstos como consecuencia del pacto de Benidorm, sino también durante los mandatos de Alfonso López, Julio Cesar Turbay y Belisario Betancur".

te, y dando un gran salto temporal, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, con respecto al debate sobre el sistema de partidos políticos conveniente para la institucionalidad del país, se orientó a establecer un sistema político participativo para permitir que nuevas fuerzas políticas ingresaran en el escenario electoral y, por tanto, destruir los cimientos del modelo bipartidista que venía imperando desde los primeros años de vida republicana en el siglo XIX y, que se había cerrado absolutamente a cualquiera otra ideología política a partir de la creación del “Frente Nacional” en 1958.

2. Causas del conflicto armado interno en Colombia

Antes de pasar a estudiar las causas del conflicto armado interno, se hace necesario dilucidar el concepto para una mejor comprensión. En tal sentido, es “la lucha insurreccional llevada a cabo por organizaciones guerrilleras con el propósito de transformar revolucionariamente el orden social y el Estado que lo protege, y la respuesta estatal y paramilitar. Esta lucha no se libra exclusivamente en el plano de las armas. Los contendientes emplean tácticas y estrategias económicas, sociales, políticas y psicológicas” (Palacios, 2000, págs. 345-346).

Frente al conflicto armado Diana Hoyos señala que éste ejerce continua influen-

cia sobre las estructuras y las funciones de las instituciones democráticas del país. Al respecto, se trae a colación el siguiente argumento:

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 (Hoyos Gómez, *Dinámicas político-electorales en zonas de influencia paramilitar. Análisis de la competencia y la participación electoral*, 2009, pág. 14).

Ahora bien, la violencia política se agudiza -y pasa a caracterizarse como conflicto armado interno- con el surgimiento de las guerrillas de las FARC-EP, del EPL y del ELN a mediados de la década de los sesenta -1964-, debido a causas externas e internas que se explicarán más adelante.

Así pues, en el accionar violento de es-

3 Entre otros actos de violencia ejecutados por las guerrillas en Colombia, se observan la inconciencia de trato hacia el ambiente, atentados continuos contra los oleoductos -produciendo contaminación en los ríos y terminando con las especies marinas- y atentados contra las redes energéticas del país y la infraestructura vial.

tos grupos subversivos, que a diario realizan masacres³, generan dolor y llanto y, que mutilan a niños y adultos con las minas antipersona -el carácter cruel e inhumano de las minas antipersona ha sido criticado ampliamente por la prensa y los diversos estamentos de la sociedad, argumentando las graves heridas, tanto físicas como psicológicas, que se les produce a las personas que son víctimas de éstas-, se evidencia una clara falta de respeto por la vida, por la sociedad colombiana y los derechos humanos.

En este orden de ideas, el conflicto interno armado que padece el país desde hace más de medio siglo puede caracterizarse al siguiente tenor:

“un conflicto interno, irregular, prolongado y con raíces ideológicas, en la que uno de los principales argumentos que emplea para demostrar la insuficiencia conceptual en las diferentes denominaciones propuestas últimamente, es el de que se tiende a soslayar la dimensión política del conflicto. En efecto, el conflicto es político porque a pesar de los síntomas de degradación que acusan a las guerrillas, sus jefes aún conservan una ideología compartida que hace las veces de motor para su lucha por el poder. Su meta es la obtención del poder político (...)” (Velásquez Romero, 2011, pág. 19)

Se observa, pues, que el conflicto armado interno entre las FARC y el Estado se ha tornado de magnitudes inconcebibles, si se compara con las dinámicas de lucha política desde la década de los se-

venta -tiempo en el que surge la guerrilla de las FARC- con los hechos violentos degradados que utiliza este grupo al margen de la ley en la actualidad -que violan, sin lugar a dudas, los derechos humanos-.

En consonancia con lo anterior, se puede sostener que el conflicto colombiano es de carácter estructural y no coyuntural, porque mantiene el mismo componente desde los años sesenta hasta la fecha; componente de carácter político, social, y demás afectado por narcotráfico, lo que hace una guerrilla muy poderosa en términos económicos, y además con un reconocimiento y apoyo de algunos países de la comunidad internacional. No obstante, pese a que el conflicto sea de carácter estructural -en cuanto a sus causas-, no puede dejarse de mencionar que los actores políticos -ya sean legales o ilegales- tienen una capacidad camaleónica de adecuarse y, por ende, transformarse continuamente a las coyunturas en aras de mantener su incidencia en los ámbitos local, regional, nacional e internacional.

Sobre el tema, resulta angular destacar lo siguiente:

“Colombia vive desde hace más de medio siglo una situación de violencia generalizada en la que se entrecruzan motivaciones políticas, económicas y sociales y donde el uso intencional y desmedido de la fuerza ha devenido un rasgo predominante de las relaciones sociales. Una forma esquemática de resumir lo que acontece hoy en el país empezaría por señalar la existen-

cia de tres actores armados principales: uno legal, las Fuerzas Armadas colombianas; tres ilegales: las guerrillas históricas (FARC, ELN y los grupos paramilitares). Sin embargo, una presentación tal pierde de vista las imbricaciones complejas entre estos actores, la presencia de otros emergentes (nuevas bandas criminales) que aún no logran visibilidad internacional y el rol central ocupado por el narcotráfico en los últimos 30 años. De ahí que, aun cuando haya quienes generalicen afirmando que se trata de una sola y misma violencia desde los cincuenta, lo cierto es que el conflicto colombiano posee una capacidad de mutación y reconversión tal, tanto de sus actores como de sus estrategias y finalidades, que hace poco apropiado pensar los hechos actuales” (Ortíz Jiménez, 2012, pág. 132).

Ejemplo de la capacidad de mutación y reconversión del conflicto armado en Colombia, se encuentra en el hecho de que las guerrillas dejaron de ser grupos en pro de una lucha política para convertirse en grupos al servicio del tráfico de drogas en el contexto internacional, todo esto con la firme intención de sobrevivir a las nuevas dinámicas de la guerra; por ende, esos proyectos revolucionarios desaparecieron y el Estado fracasó por su incapacidad de detener a tiempo todos estos levantamientos en armas (Estrada Villa, 2011).

Sobre el flagelo del narcotráfico y su relación con el conflicto interno armado, se afirma que es la fuente de financiación de la guerrilla de las FARC-EP, de los demás grupos guerrilleros y de las

Autodefensas Unidas de Colombia. Se manifiesta, entonces, que las guerras son maquinarias económicas. En ese sentido, se acabó la guerra fría y a las guerrillas no les pasó nada, pues sus dinámicas económicas estaban relacionadas con las actividades del narcotráfico.

Mabel Londoño explica lo referido en los siguientes términos:

“hay un fenómeno que aparece como eje transversal tocando los intereses de los actores armados: el narcotráfico, pues el negocio de las drogas ilícitas logró permear la lucha guerrillera y se convirtió en el negocio de los paramilitares, conocidos hoy, luego del proceso de desmovilización realizado bajo el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, con el nombre de bandas criminales o “bacrim”. Igualmente trajo nuevos fondos para el sostenimiento de las clientelas políticas locales, en principio, y nacionales, en época posterior, lo que constituyó la criminalización de la vida política, fenómeno éste que se agravó bajo el gobierno del presidente Uribe” (Londoño Jaramillo, 2012, pág. 35).

2.1 Causas

El reconocido autor Alejo Vargas manifiesta que al respecto:

“el conflicto armado colombiano surge en el contexto de la denominada Guerra fría, pero con un conjunto de causalidades y peculiaridades de orden interno que permiten afirmar que es más que una simple expresión de la confrontación Este-Oeste. Termi-

nada la Guerra Fría, con los cambios que reseñamos, el conflicto persiste y tiende a escalar en lo militar, evidentemente con nuevas características. La naturaleza de este conflicto armado parece estar cambiando con rapidez, desde una clásica guerra de resistencia campesina a una de liberación nacional y, más recientemente, a una nueva guerra de la coca. Esta, aunque tenga elementos comunes con otras guerras de cultivo de la historia colombiana, presenta características novedosas que expresan los rezagos de un problema agrario no resuelto, con todo lo que eso significa, y las complejidades de una actividad económica ilegal globalizada dentro de un orden -o desorden- mundial en el cual la debilidad de muchos Estados parece impedirles jugar el rol de pivotes del mismo” (Vargas Velasquez, 2010, pág. 149).

En este orden de argumentos, se identifican tres causas externas y seis causas internas del conflicto armado en Colombia a partir de la lectura rigurosa de la obra (Vargas Velasquez, 2010, págs. 124-126). Estas son:

2.1.1 Causas externas

Después de la segunda guerra mundial (1939-1945) el mapa geopolítico del mundo se configuro en torno a dos grandes bloques económicos, militares, sociales y políticos; estos bloques correspondían al capitalista -liderado por los Estados Unidos de Norteamérica- y al comunista o socialista -liderado por

la URSS-. Estos dos bloques se constituyeron bajo el período denominado de la Guerra Fría, que se llamó así, debido a que nunca se realizaron intervenciones militares directas por parte de alguno de los bloques hacia el otro. Este periodo termino en 1989 con la caída del muro de Berlín. “Como resultado de esto, los conflictos sociales en los distintos países eran vistos como subproductos de dicho enfrentamiento global, y tratado en consecuencia”⁴. Por esta razón, se señala a este hecho histórico como una de las causas del conflicto armado interno colombiano.

La Revolución Cubana ocurrida en 1959 impacto a la sociedad latinoamericana y sirvió de modelo de inspiración para conformar grupos al margen de la ley para luchar por la obtención del poder público. De este modo, el castrismo fundamento la ideología revolucionaria que se orientó hacia el uso de todas las formas de lucha armada para consecución de los fines de toda revolución: instaurar un sistema político desde el diseño de una organización político-militar, suprimiendo toda intención de constitución de partidos políticos.

“La ruptura entre los dos partidos comunistas más importantes del mundo, el soviético y el chino, originada en la tesis del primero sobre la “coexistencia pacífica” entre Oriente y Occidente y la respuesta del segundo sobre la necesidad de propiciar la revolución mundial”⁵.

4 Ibidem.

5 Ibidem.

2.1.2 Causas internas

El periodo político denominado el “Frente Nacional”, que como ya se ha mencionado, excluyó la participación política y electoral de las ideologías diferentes a las dos que imperaban -la liberal y la conservadora-. A raíz de este cierre del sistema de partidos políticos, muchos movimientos que no encontraron espacios adecuados para su accionar político, acudieron al uso de las armas.

Otra importante causa es aquella que hace relación “al surgimiento de la denominada nueva izquierda, término que hace referencia a organizaciones políticas de izquierda distintas al Partido Comunista, como el MOEC (Movimiento Obrero Estudiantil campesino, de influencia prochina), el FUAR (Frente Unido de Acción Revolucionaria, de tendencia gaitanista) y las JMRL (Juventudes del movimiento revolucionario liberal, con gran simpatía por la Revolución Cubana). Estas organizaciones, de gran ascendiente sobre la juventud de la época, van a estimular políticamente la idea de la lucha armada y aportará buena parte de los cuadros de dirección a las nacientes guerrillas (especialmente al ELN y al EPL)”⁶.

Desde la década de los sesenta se conformaron en el país muchos movimientos de estudiantes universitarios, quienes desde un primer momento, tomaron y aceptaron los discursos radicales de la lucha armada propia de la Re-

volución cubana. Antes de ésta década, los movimientos estudiantiles se habían manifestado en contra del gobierno del General Rojas Pinilla debido a los numerosos escándalos que surgieron a causa del autoritarismo que se había posicionado.

Los remanentes de las guerrillas liberales de los Llanos orientales que fueron auspiciadas por el Partido Liberal en la década de los cincuenta con el objetivo de defenderse de las incursiones militares ordenadas por el gobierno Gómez y de los homicidios en masa ejecutados por “Los pájaros”. Al respecto, (Medina Gallego, 2010, pág. 124) señala:

Con la aparición de la guerrilla liberal la violencia adquirió el carácter de una guerra civil en la que la población campesina en armas, dirigida regionalmente por el Partido Liberal, se enfrentaba al terrorismo de Estado agenciado por el gobierno de Laureano Gómez y Roberto Urdaneta Arbeláez.

Los grupos guerrilleros se establecieron en regiones que por sus características geográficas, sociales y políticas les permitían subsistir y adelantar la lucha de resistencia con grandes posibilidades de éxito. Se tuvo en consideración al determinar los lugares de ubicación de la guerrilla liberal, que las condiciones topográficas fueran favorables para el desarrollo de ese tipo de lucha, que existiese un relativo aislamiento de los centros de poder, que los habitantes de la región estuviesen unidos por un cierto grado de iden-

6 Ibídem.

tificación política y que, en alguna medida, los propietarios de grandes extensiones fuesen tolerantes con la presencia de grupos armados en sus territorios.

Estos remanentes estaban vigentes en el imaginario de los campesinos “que mantenían, así fuera simbólicamente, la esperanza de mantener sus luchas guerrilleras hasta cambiar las características del régimen político colombiano. Pretendían, sin mucha claridad acerca de sus alcances, emprender un nuevo tipo de luchas que fueran más allá del problema liberal-conservador que había estado en el centro de la anterior violencia” (Vargas Velasquez, 2010, pág. 126).

La configuración de los sindicatos de las industrias petroleras en torno a las luchas revolucionarias para la defensa de los recursos naturales, particularmente de los recursos no renovables como el petróleo. Estos sindicatos darían posteriormente origen a la guerrilla del ELN en 1964, ubicados geográficamente en los departamentos de Santander y Norte de Santander.

Finalmente, “el renacer del viejo problema agrario no resuelto, no porque no hubiera desaparecido, sino porque había sido “clandestinizado” por la violencia liberal-

conservadora. Con la Alianza para el Progreso, respuesta estratégica del Gobierno estadounidense a la Revolución Cubana con el apoyo de los gobiernos latinoamericanos, la reforma agraria se puso de moda y esto ubicó de nuevo, dentro de las prioridades de las luchas sociales y políticas, al viejo conflicto agrario no resuelto”⁷.

En síntesis, atendiendo a las causas del conflicto armado, se observa que va casi medio siglo de confrontación armada con las guerrillas, especialmente con las FARC-EP, lapso de tiempo en el cual las estructuras del Estado se han debilitado hasta el punto de llegar a encender las alarmas, en más de una ocasión, debido a las múltiples acciones armadas que han buscado el colapso del andamiaje institucional; entre las que se recuerda, la agudización de las hostilidades⁸ por parte de la guerrilla de las FARC-EP dirigidas hacia la sociedad civil durante los últimos meses del gobierno Pastrana -en particular los meses de enero y febrero de 2002-.

Así las cosas, conociendo las causas del conflicto armado es posible proponer soluciones para dar fin, de una vez por todas, a tantas décadas de guerra -soluciones que no se expresan porque no es el objeto del presente texto-.

6 Ibidem.

7 Sobre las hostilidades por parte de la guerrilla de las FARC-EP durante los últimos meses del gobierno Pastrana, se subrayan los atentados mediante la utilización de explosivos en las diferentes ciudades del país y que dejaron decenas de muertos; el secuestro de políticos; y, los ataques indiscriminados dirigidos a muchos municipios del país como por ejemplo la masacre perpetrada en Bojayá, Chocó, el 2 de mayo de 2002.

Conclusiones

Tanto el “rechazo a la violencia” como la “voluntad de paz”, han sido las constantes del pueblo colombiano frente a esta historia oscura y violenta que se ha caracterizado por albergar el conflicto armado interno más largo en la historia del mundo, cuyos orígenes van más allá del surgimiento de las guerrillas en 1964 -las Fuerzas Armadas revolucionarias de Colombia FARC; Ejército Popular Liberal EPL; y, el Ejército de Liberación Nacional ELN-, remontándose a los primeros días de vida republicana desde las decenas de batallas libradas por la independencia, las guerras civiles, la guerra de los mil días, hasta las confrontaciones ideológicas y armadas entre liberales y conservadores que atravesaron la historia política del país por casi dos siglos.

Según lo visto, en la década de los sesenta se crearon los grupos guerrilleros como reacciones, tanto hacia el sistema político excluyente que se gestó en el período del “Frente Nacional” como hacia la inequidad, la pobreza, la intolerancia política, la ausencia del Estado en muchas zonas del territorio nacional y la carencia de una política agraria de distribución de tierras destinadas al trabajo agrícola de los campesinos. En otras palabras, las causas de la conformación de grupos armados ilegales se reducen a las dinámicas que giran en torno al poder y a la tierra.

De esta manera, el ejercicio de la política en Colombia siempre ha estado aso-

ciado de una u otra forma a la violencia, que se despliega en aras de lograr el mejoramiento de alguna situación económica, política, social, religiosa, o de variada índole.

En coherencia con el párrafo precedente, es evidente que la historia política de Colombia se ha caracterizado por una larga lista de conflictos políticos internos, con un común denominador, y es precisamente la falta de capacidad del Estado para garantizar el control político de todo el territorio nacional; limitándose a hacerlo sólo en las partes de más fácil acceso. En consecuencia, el Estado ha demostrado su falta de gobernabilidad, ante el hecho de que no ha podido garantizar plenamente los derechos de todos los habitantes del país.

En la actualidad, el Gobierno Santos adelanta diálogos de paz con la guerrilla de las FARC-EP en la Habana, Cuba; es de anotar que ambas partes llegan a la mesa con la convicción política y la seguridad jurídica de lograr acuerdos sobre cada uno de los 5 puntos de la agenda propuesta por el gobierno, con el propósito de darle fin a un largo conflicto armado que ha dejado a su paso miles de muertos, centenares de personas secuestradas y de familias padeciendo el dolor de la guerra, y decenas de municipios destruidos por las tomas armadas por parte de la guerrilla de las FARC-EP.

Finalmente, a manera de reflexión se deja al lector el siguiente interrogante: ¿se obtendrá la paz definitiva en la Habana?

Referencias

- Botero Bernal, A. (julio-diciembre de 2003). La metodología documental en la investigación jurídica: alcances y perspectivas. *Revista Opinión Jurídica*(4), 109-116.
- Defensoría del Pueblo. (N/A de N/A de 1993). *MARCO CONCEPTUAL Adoptado por el Banco de Datos*. Recuperado el 24 de julio de 2013, de Algunas precisiones sobre la violación de los derechos humanos en Colombia: <http://www.nocheyniebla.org/files/u1/comun/marco.html>.
- Estrada Villa, A. (2011). Pérdida del monopolio de la violencia y de las armas. En A. Estrada Villa, *El Estado, ¿existe todavía?* (Primera ed., págs. 103-437). Medellín: Ediciones Universidad Autónoma Latinoamericana.
- Hartlyn, J. (1993). *La política del Régimen de coalición: La experiencia del Frente Nacional en Colombia*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes (CEI) - Ediciones Uniandes - Tercer Mundo Editores.
- Hoyos Gómez, D. (2007). Evolución del sistema de partidos en Colombia 1972-2000. Una mirada a nivel local y regional. En D. Hoyos Gómez (Ed.), *Entre la persistencia y el cambio. Reconfiguración del escenario partidista y electoral en Colombia* (págs. 21-47). Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/950/Entre%20la%20persistencia%20y%20el%20cambio.pdf?sequence=1>.
- Hoyos Gómez, D. (enero-abril de 2009). Dinámicas político-electorales en zonas de influencia paramilitar. Análisis de la competencia y la participación electoral. *Revista análisis político*, 22(65), 13-32. Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-47052009000100002&script=sci_arttext.
- Ley 200. (16 de diciembre de 1936). Congreso de la República. *Sobre régimen de tierras*. Bogotá D.C., Colombia.
- Londoño Jaramillo, M. (2012). *EL papel del juez en la democracia* (Primera ed.). Medellín: Universidad de Medellín.
- Medina Gallego, C. (2010). *Farc-Ep y ELN. Una historia política comparada (1958-2006)* (Trabajo de grado presentado para optar por el título de Doctor en Historia ed.). Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Obtenido de <http://www.bdigital.unal.edu.co/3556/1/469029.2010.pdf>.
- Ortiz Jiménez, W. (enero-junio de 2012). Violencia política en Colombia. Paradojas e institucionalización de

- una disfunción. *Revista Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 12(22), 129-142. Obtenido de <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/civilizar-22/Violencia%20Pol%C3%ADtica.pdf>.
- Palacios, M. (2000). La solución política al conflicto armado, 1992-1997. En *Armar la paz es desarmar la guerra* (Á. Camacho, & F. Leal, Trads., págs. 345-346). Bogotá, Colombia: CEREC, DNP, FESCOL, IEPRI, Misión Social y Presidencia de la República.
- Pécaut, D. (2001). *Guerra contra la sociedad*. Bogotá D.C.: Espasa y Hoy.
- Pécaut, D. (septiembre de 2001). La tragedia colombiana: guerra, violencia, tráfico de droga. *Revista Sociedad y Economía*(1), 133-148. Obtenido de <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/217-561-1-SM.pdf>.
- Sánchez Gómez, G. (1983). *Los días de la revolución: gaitanismo y 9 de abril en provincia*. Bogotá D.C.: Centro Cultural Jorge Eliecer Gaitán.
- Sánchez Torres, C. A. (2006). *Derecho e instituciones electorales en Colombia*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario & Biblioteca Jurídica Díké.
- Vargas Velasquez, A. (2010). *Las fuerzas armadas en el conflicto colombiano: antecedentes y perspectivas* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: La Carreta Editores. Obtenido de http://www.lacarretaeditores.com/html/carreta%20politica/carrepolitica_13.html.
- Velásquez Romero, C. A. (2011). *La esquiiva terminación del Conflicto Armado en Colombia. Una mirada político-estratégica a la confrontación con las Farc durante las tres últimas décadas*. Bogotá D.C.: La Carreta Editores.

Una alternativa de legitimidad para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano desde el derecho internacional penal*

An alternative of legitimacy for the solution by channels of negotiation to the Colombian internal armed conflict under international criminal law

Recibido: 30 de julio del 2013 - Revisado: 12 de octubre del 2013 - Aceptado: 15 de diciembre del 2013

Liliana Damaris Pabón Giraldo**
Alejandro Jiménez Ospina***

Resumen

En un contexto de conflicto armado interno como el colombiano, es necesario lograr el mantenimiento del imperio de la ley a través de los mecanismos institucionales legales y legítimos, en este marco se incluye a la Corte Penal Internacional como organización internacional encargada de llevar ante la justicia a los mayores responsables de crímenes de gran trascendencia. En esta medida, a través del presente escrito se desarrolla una propuesta de solución a esta coyuntura a través de la aceptación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, de forma tal que este deje de ser considerada como un obstáculo para la paz y se convierta en una herramienta para la misma.

Palabras clave

Remisión de situación, justicia negociada, conflicto armado interno, derecho internacional penal, Corte Penal Internacional.

Abstract

In a context of internal armed conflict as the Colombian one, is necessary achieve the maintenance of the rule of law through institutional legal mechanisms that are legitimates; between this frame is included the International Criminal Court as an international organization responsible of taking to justice the mainly responsible of high transcendence crimes.

* Artículo de investigación e innovación. Producto del proyecto de investigación denominado "Colisiones entre el proceso de la Corte Penal Internacional y el proceso penal colombiano en cuanto a la aplicación de los principios procesales" realizado al interior del Grupo de Investigación Derecho Procesal de la Universidad de Medellín.

** Abogada, Universidad de Medellín. Magister en Derecho Procesal, Universidad de Medellín. Magister en Derecho Procesal Garantista, Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Doctorando en Derecho, Universidad Nacional del Rosario (Argentina). Docente investigadora e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Procesal, Universidad de Medellín. Jefe de la Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo Extensiones, Universidad de Medellín.

Correo electrónico:
ldpabon@udem.edu.co.

*** Estudiante pregrado en Derecho, Universidad de Medellín. Integrante del Grupo de Investigación en Derecho Procesal, Universidad de Medellín.

Correo electrónico:
ajimenezospina@gmail.com

Thus, via this paper is developed a proposal of solution to this conjuncture through the acceptance of the International Criminal Court's jurisdiction, so as it stops being considered an obstacle to peace and becomes a tool for it.

Key words

Referral of situation, negotiated justice, internal armed conflict, international criminal law, International Criminal Court.

Introducción

El Estado colombiano se hizo parte del Estatuto de Roma a través de manifestación del legislativo (Ley 742, 2002), controlada por la Corte Constitucional (Sentencia C-578, 2002), de manera que entró a formar parte del grupo de Estados Parte (en adelante EP) con el inicio de la vigencia del Estatuto de Roma (en adelante ER), la cual se da el 1 de noviembre de 2002 y por lo tanto de esta fecha hacia adelante se puede dar el conocimiento de la CPI¹.

Así las cosas, el proceso de paz anunciado por el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo (en adelante FARC-EP) busca, por primera vez, enmarcar los acuerdos que se logren a los últimos estándares en materia de derecho internacional penal y justicia transicional, más allá de lograr lo mismo en el orden interno.

A este nivel jurisdiccional las cuestiones referentes a decisiones de conveniencia por encima de legalidad se convierten en el centro de la discusión, en tanto las consecuencias de las resoluciones de una entidad internacional de la envergadura de la CPI tendrán necesariamente alto impacto, tanto mediático

como fáctico. De allí que sea necesario acudir, sin abusos o extralimitaciones, a lo que naciera con Ihering y su jurisprudencia de intereses, esto es, que

...el derecho [tiene] que suministrar soluciones que [impulsen] fines, resultados y consecuencias razonables para la sociedad humana. Una solución que ocasionara un fin, resultado o consecuencia indeseables debía ser descartado, incluso si tal fin, resultado o consecuencia [es] exigido por el derecho positivo o por los conceptos jurídicos (López Medina, 2004, pág. 271).

Esta afirmación no se debe entender como una carta blanca a la ilegalidad en las decisiones de la Fiscalía o de las Salas, sino que es una invitación a la apertura de posibilidades dentro de los márgenes que las expresiones lingüísticas utilizadas por los redactores del ER, de tal manera que soluciones creativas que busquen la satisfacción de los propósitos de la justicia internacional sean tomados en cuenta.

De esta manera, la exploración de una solución a estos problemas se hará a través de un marco conceptual preciso, para pasar finalmente al caso específico. Por ello en el primer momento se definirá el inicio de la investigación en una

situación y la remisión por parte de un EP en cuanto a su propia situación, para luego establecer los mecanismos de justicia negociada al interior de la CPI y finalizar con una propuesta de solución a la situación colombiana a través de la remisión de ésta por parte del propio Estado, en donde se haga un uso claro de la justicia negociada.

Problema de investigación

El proyecto de investigación se desarrolló tomando en cuenta el siguiente interrogante: **¿Cuáles colisiones se presentan entre el proceso de la Corte Penal Internacional y el proceso penal colombiano cuando en su interior se da aplicación a los principios procesales?** Y producto del mismo se formuló el siguiente interrogante a fin de dar desarrollo al presente artículo: **¿Qué alteratividad de legitimidad existe para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano, desde el derecho internacional penal?**

Metodología

Para la realización del presente artículo, fruto de la investigación anteriormente reseñada, se utilizó un método teórico analítico, en el que se comienza con la definición de conceptos generales y particulares acerca del tema central, y se culmina con un proceso cognitivo que deriva en la conjunción de los conceptos previamente individualizados para resolver el problema planteado y formular una solución concreta al mismo. Para todo esto se acudió en gran

parte a la doctrina nacional e internacional, plasmada en libros y artículos de revistas, pero además se utilizaron los documentos oficiales de diversas organizaciones internacionales y no gubernamentales, todo ello mediante el uso de formatos físicos y electrónicos, estos últimos hallados en diversas bases de datos científicas.

1. El inicio de la investigación en una situación determinada y la remisión por parte de un Estado parte en cuanto a su propia situación

1.1 De los mecanismos de activación para la jurisdicción de la CPI en general

Al momento de establecer el procedimiento adecuado para iniciar una investigación al interior de la CPI, es necesario remitirse al artículo 13² para determinar la existencia de una *notitia criminis* suficiente, la cual en principio debe proceder de una de tres fuentes: (i) Un EP, (ii) El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o, (iii) Informaciones recabadas por el Fiscal y que derivan en una solicitud de iniciación ante la Sala de Cuestiones Preliminares (Schabas, 2004, págs. 119-120)³.

Así, los redactores del ER desarrollaron tres mecanismos de activación o “*trigger mechanisms*” para la iniciación de una investigación formal al interior de la Fiscalía, algo que se debe entender en la medida que no es posible realizar una denuncia particular al interior de la

CPI como en un sistema de justicia penal ordinaria, pues la Fiscalía solamente puede desarrollar su objeto institucional inicial en el marco de una situación claramente delimitada⁴ y de esta manera busca un desarrollo claro de los objetivos del derecho internacional penal, sea a través de la disuasión (general o particular) o de la retribución⁵.

Con el asunto zanjado, se debe pasar a determinar la obligatoriedad del ejercicio de la facultad investigativa formal por parte de la Fiscalía de la CPI, toda vez que los mecanismos de activación están diseñados de manera individual, pero solamente en cuanto a la manera de poner en conocimiento de la oficina una situación. En lo referente a lo necesario para poner formalmente en movimiento al ente investigador, el artículo 53 (1) establece que se debe determinar que existen bases razonables para proceder, ello a la luz de la información recabada y su vinculación con la presunta comisión de los crímenes consagrados en el artículo 5, de la posible admisibilidad de los futuros casos y, de los intereses de la justicia en cuanto a proceder con la actuación.

De cualquier manera, dicha evaluación descansa sobre los hombros de la Fiscalía independientemente del mecanismo de activación al que se haya recurrido, pero una decisión negativa puede ser revisada por la Sala de Cuestiones Preliminares, la cual podrá solicitarle que revise su determinación y, en el caso específico de una denegatoria basada únicamente en no cumplir con el estándar

del interés de la justicia, los magistrados podrían obligar a iniciar los procedimientos⁶. Por lo que la discreción del ente investigativo no parece ser tanta, por lo menos en cuanto a la posibilidad de abstenerse de investigar.

Más allá de esto, incluso se discute si el artículo 53 (1) obliga a la Fiscalía a iniciar su investigación (o solicitar a la Sala de Cuestiones Preliminares autorización para hacerlo) cuando su evaluación acerca del cumplimiento de los requisitos impuestos por él mismo sea positiva. Dicha posición no parece sostenible en el ámbito de una organización internacional con pretensiones de ratificación mundial, pues los poderes otorgados por el artículo 15 (1) a esta, obligarían a solicitar autorización para iniciar decenas de investigaciones *proprio motu* para una considerable parte de los países que han ratificado el Estatuto⁷. Razones por las cuales se confió en criterios como la gravedad comparativa de unas situaciones sobre otras o la imparcialidad de la decisión de apertura (bajo la consideración de que es una consecuencia necesaria del proceso de adjudicación) para determinar en cuáles eventos investigar y en cuáles no⁸.

Si se entiende entonces que existe una discrecionalidad moderada en cabeza de la Fiscalía para el asunto objeto de estudio, sin importar el mecanismo de activación utilizado para llevar la *notitia criminis* hasta ella, se comprende que las situaciones objeto de análisis por parte de la CPI, en virtud tanto de la característica aquí mencionada como del

principio de complementariedad que rige la actividad de la CPI⁹, serán necesariamente pocas y por lo tanto las que lleguen allí deben ser de suma importancia para la obtención de los objetivos que los redactores del Estatuto buscaron con la creación de una organización de tales dimensiones¹⁰.

Es por esto que la eventualidad que significa la materialización de un mecanismo de activación u otro no es óbice para la evaluación de la necesidad y procedencia de una investigación para una situación específica, independientemente de que el procedimiento para llevarlos a cabo sea diferente, pues el primero implica la clara manifestación de voluntad de un EP de impeler a la Fiscalía a iniciarla (sea en cuanto a una situación propia o ajena), el segundo la decisión de un cuerpo colegiado como es el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas para llamar la atención sobre una situación (sin importar si el Estado en cuyo territorio esté delimitada haya ratificado el ER o no¹¹), y el tercero la determinación del Fiscal mismo de iniciar los procedimientos a través de una solicitud ante la Sala de Cuestiones Preliminares¹².

1.2. La remisión por parte de un Estado de su propia situación como mecanismo de activación de la CPI

Son distintos los medios a través de los cuales se puede activar el conocimiento por parte de la CPI, pero hay uno que fue diseñado específicamente para los

EP, de tal manera que tomasen la iniciativa de “garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera”¹³, esto es, pueden ejercer la remisión establecida por el artículo 13 (a).

En principio es necesario establecer cuáles Estados pueden iniciar este procedimiento de remisión; para ello es importante tener en cuenta que solo países que hayan ratificado efectivamente el Estatuto, según su derecho interno y bajo el cumplimiento de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴, pueden llevar a cabo esta actuación, toda vez que su calidad de Partes les garantiza un trámite más expedito al interior de la Corte, en tanto la declaración que un Estado No Parte hace para extender la jurisdicción de la CPI a su situación no activa a la misma de plano, requiere de la participación activa de la Fiscalía, que inicia la investigación de manera oficiosa¹⁵.

De esta forma, surtido el procedimiento de firma y ratificación del tratado, el EP adquiere la facultad de remitir a la Fiscalía situaciones en las que posiblemente se hayan cometido crímenes de competencia de la Corte¹⁶, a través de esta actuación se solicita al ente investigador la realización de las pesquisas necesarias para determinar si alguna persona debe ser acusada por la comisión de dichos actos punibles¹⁷.

A estas alturas es pacífica la posición, ratificada de plano por el propio Estatuto, de que cualquier EP puede remitir a

la Fiscalía una situación de otro EP que esté dentro de los parámetros competenciales de la CPI¹⁸. El problema que se suscitó en los primeros años de práctica estaba en la facultad que un EP poseía de elevar su propia situación como una en la cual podrían haberse cometido crímenes de competencia de la Corte¹⁹, cuestión que implicaba desde el inicio la aceptación por parte de dicho Estado del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el artículo 17, entre los cuales está la falta de voluntad o habilidad por parte de él mismo para llevar a cabo investigaciones y judicializaciones genuinas en el ámbito interno.

Con el paso del tiempo y la práctica habitual al interior de la CPI, esta remisión pasa a ser una actuación legítima y adecuada, pues la República Democrática del Congo, la República Centroafricana, la República de Uganda y la República de Malí han remitido sus propias situaciones a la Fiscalía y ésta ha encontrado méritos en todos los casos para abrir una investigación formal, tras lo cual ha solicitado órdenes de arresto o comparecencia contra sospechosos en todas ellas excepto Malí, más aún, el mismo ente investigador ha reconocido la necesidad (o conveniencia), en ciertos casos, de permanecer inactivo en el orden nacional para cumplir con los objetivos de justicia internacional²⁰.

Así las cosas, es clara la posibilidad de que un EP remita su propia situación para que la Fiscalía realice la investigación pertinente y de paso las solicitudes

de comparecencia o arresto que hacen surgir los casos que conocerá la CPI. Ahora lo que se debe determinar es la posibilidad de realizar declaraciones de culpabilidad en la misma remisión, aspecto que será tratado a continuación.

2. La justicia negociada al interior de la Corte Penal Internacional

En principio, no es clara la posibilidad de realizar negociaciones previas a la iniciación de procedimientos formales al interior de la CPI, esto es, antes de la apertura formal de la investigación, toda vez que la única referencia normativa existente al respecto está en el artículo 54 (3) (c) y (d), que establece como función y atribución de la Fiscalía el “concertar las disposiciones o los acuerdos compatibles con el presente Estatuto que sean necesarios para facilitar la cooperación de un Estado, una organización intergubernamental o una persona”²¹; incertidumbre que se agrava con lo dispuesto por el artículo 65 (5) en lo que respecta a la no vinculación de la Corte por los acuerdos alcanzados entre las partes del juicio, específicamente en cuanto a la declaración de culpabilidad, la modificación de los cargos o la pena a imponerse.

Esto no se puede interpretar como una camisa de fuerza para la Fiscalía, en tanto existe una prohibición a los acuerdos de culpabilidad²², más bien implica una advertencia a los negociadores, que en caso de llegar al punto de entrar en etapa de juicio podrían ver frustradas sus disposiciones por una Sala de Primera

Instancia que no comparte su posición o que la considera inválida. Entonces, en ese caso el procedimiento establecido en el ER se desarrolla directamente en la etapa de juicio, luego de llevarse a cabo la audiencia de confirmación de cargos de que trata el artículo 61.

De manera que al iniciar la audiencia de juicio la Sala de Primera Instancia correspondiente debe leer al acusado los cargos que fueron objeto de confirmación ante la Sala de Cuestiones Preliminares, de forma que éste entienda su naturaleza. Momento en el cual se le da la oportunidad de admitir su culpabilidad en los mismos²³. En caso de ocurrir esto, se determina que dicha declaratoria derive de un entendimiento pleno de la naturaleza y consecuencias de tal acto y que el mismo sea voluntario²⁴; además debe estar soportada en los hechos del caso, específicamente en los contenidos en los cargos impuestos por el Fiscal y el material probatorio allegado por ambas partes²⁵.

Este altísimo estándar de legalidad impuesto a la declaratoria de culpabilidad deriva de las negociaciones llevadas a cabo en Roma y la insistencia de los países de tradición continental en limitar la posibilidad de llegar a acuerdos sobre los cargos o la pena (que en definitiva tendrán que ver con la culpabilidad o no del presunto responsable)²⁶, algo que comparte buena parte de la doctrina²⁷, aunque por razones diferentes: unos por la infinita búsqueda de afinidad entre el proceso penal internacional y sus propios paradigmas procesales y de

justicia, y otros por la importancia que tienen las instituciones judiciales internacionales en tanto, en una paráfrasis al gran juez Antonio Cassese, se indicó no son cortes municipales, sino las que se hacen cargo de los crímenes más atroces e importantes para la comunidad²⁸, más aún cuando la práctica en el día a día de la CPI debe ir hacia fines pedagógicos y de mantenimiento de la memoria histórica consolidada a través de situaciones de anormalidad como las que usualmente llegan a esta instancia²⁹.

Sin importar el origen de la discusión, el resultado obtenido es el de una declaratoria dentro de la audiencia que se parece más a una confesión, entendida como medio probatorio de uso continental, que a un *plea bargaining*³⁰ al modo anglo-americano; pues se le da una importancia mucho más alta al soporte probatorio que tiene la declaración realizada por el acusado³¹.

Esto no quiere decir que las negociaciones estén clausuradas desde el inicio ni mucho menos que la Fiscalía no tenga el poder para llevarlas a cabo incluso desde antes de decidir si se inicia una investigación formalmente o no³², lo que significa es que en las altas instancias de una etapa de juicio ante una Sala de Primera Instancia de la CPI no es tan seguro el resultado acordado por las partes.

De allí que se resalte la importancia de la Fiscalía como órgano cuasi-jurisdiccional³³ en la consecución de los objetivos últimos de la justicia internacional, que parten de la retribución y la persua-

sión para terminar en rehabilitaciones, educación, denuncia, garantía de los derechos de las víctimas, mantenimiento de la memoria histórica y reconciliación³⁴, toda vez que las posibilidades de mantenimiento de la paz con una fuerte base de justicia y reparación se hace posible a través de un trabajo mancomunado entre el ente investigativo, las Salas de la CPI, los EP (especialmente los que remiten las situaciones) y los individuos participantes en la comisión de crímenes internacionales.

Lo anterior conlleva la utilización de los poderes otorgados por el ER a la Fiscalía para no llevar los casos a la etapa de juicio, más cuando el principio de complementariedad es claro en darle prioridad a las actuaciones estatales legítimas. El problema está en el evento en que sea un EP el que acuda al Fiscal para que lleve a cabo la investigación sobre su propia situación, sea porque no puede o no quiere ejecutar la misma, y posteriormente enjuicie a los mayores responsables por los crímenes listados en el artículo 5³⁵. En este caso en el artículo 53 (1) se enumeran las razones por las cuales la Fiscalía puede negarse a investigar cuando recibe esta remisión, mientras que el 53 (2) establece las que determinarían un sobreseimiento de la misma luego de iniciada, caso último en el cual debe informar no solo a la Sala de Cuestiones Preliminares, sino también al EP remitente (o al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas dado el caso), momento en el cual este puede solicitar a la Sala que revise la decisión para darle continuidad a las actuaciones³⁶.

Dado esto, los escenarios de justicia negociada parecen ser más propicios por fuera de la sede judicial de la CPI, en las etapas tempranas de los procedimientos, en los cuales la Fiscalía es quien lleva la batuta, pero cuando el EP hace la remisión propia con la intención de legitimar soluciones de paz en situaciones de anormalidad como un conflicto armado interno o internacional, puede que el no acudir a la etapa de juicio sea contraproducente para el cumplimiento de los objetivos de la justicia internacional, pues lo único que se lograría sería blindar un proceso de pacificación con un manto de legalidad formal más que dudoso. Por eso es que es tan necesario acudir a la confesión dentro de la audiencia de juicio de que trata el artículo 64 (8) (a), pues de esta manera se obtiene una responsabilidad penal clara y concreta en cabeza de los mayores responsables por crímenes de trascendencia internacional.

Está de acuerdo con esto la profesora Regina Rauxloh de la Universidad de Surrey, quien establece tres criterios para concluir que un acuerdo entre Fiscalía y acusado es justificable, estos son: (i) Que sea utilizado para acceder a materiales probatorios que incriminen a los mayores responsables de los crímenes que de ninguna otra forma pudieran conseguirse; (ii) Que a través de la negociación se puedan conseguir declaraciones del acusado que ayuden de forma sustancial al mantenimiento de la memoria histórica, siempre que de cualquier otra manera ésta se hubie-

se perdido o; (iii) Que se use como una herramienta de reconciliación al llamar a actos de contrición o reconocimiento del dolor causado a las víctimas³⁷.

Esto último confirma la necesidad de acudir a las negociaciones de una manera inter-sistémica, que tenga en cuenta la flexibilidad procesal del *plea bargaining* y las ventajas materiales de la confesión *in-court*, pues es difícil pensar en un escenario como el primero que cumpla con estas condiciones, más aún cuando la regla general es que estos se den en la etapa previa al juicio y por lo tanto no implican un registro minucioso de lo sucedido al momento de la comisión del crimen o de lo actuado al interior del proceso, ni se entendería la segunda en el evento de un súper juez que pueda declarar inválido lo acordado entre las partes sin ningún tipo de argumentación.

Por eso la propuesta, enmarcada dentro de una mínima reforma a las regulaciones existentes para la CPI, está en el desarrollo de un procedimiento previo al juicio, dirigido por una Sala de Cuestiones Preliminares *ad-hoc*, en el que se decida si el acuerdo entre Fiscalía e investigado (en caso de no haberse expedido orden de comparecencia o arresto en su contra) o acusado es válida a la luz del Derecho Internacional Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además de las otras fuentes de derecho vinculantes para la Corte; de manera que se obtenga una certeza previa acerca de la viabilidad de lo acordado, para luego pasar, de acuerdo

a lo existente, a una confesión dentro de la primera audiencia ante la Sala de Primera Instancia, que escuchará la misma y verificará la existencia de los elementos necesarios para una declaratoria de culpabilidad legítima y legal.

Así se lograría un avance en materia de respeto a los derechos de las víctimas, mantenimiento de la memoria histórica, cumplimiento de los objetivos de la justicia internacional y la CPI, garantía de las prerrogativas fundamentales del acusado y desarrollo de un mecanismo de persuasión humano y eficaz.

3. **Remisión de la situación colombiana a la Corte Penal Internacional como alternativa de legitimidad y justicia al proceso de paz**

De manera paralela a la discusión teórica sobre la justicia negociada en el marco internacional penal de la CPI, está la disertación político-jurídica sobre las consecuencias de una remisión de la situación de un EP en el que se estén llevando a cabo negociaciones de paz para dar por terminado un conflicto armado.

Así, es tarea de la CPI, como organización internacional que busca la persecución y enjuiciamiento de individuos por la comisión de crímenes atroces, enmarcar el principio de complementariedad en un contexto tanto formal (en favor de los EP) como material (en su favor)³⁸ para permitir el fortalecimiento de los sistemas jurídicos nacionales, para que sean estos los que resuelvan de manera autónoma sus propios problemas. La

problemática surge cuando la anormalidad es de tal índole que una judicialización de orden interno no es suficiente para dar legitimidad a un proceso de paz y por lo tanto sea necesaria la intervención de la Corte³⁹.

Este es el caso de Colombia, cuyo territorio está inmerso en un conflicto armado interno desde el año 1958 aproximadamente⁴⁰, el cual deja una marca indeleble no solo en la geografía nacional, sino en la identidad individual y colectiva de millones de personas que se ven incluidas involuntariamente en el mismo. Frente al tema, son indudables los esfuerzos que han hecho las autoridades colombianas para demostrar la voluntad y capacidad del Estado para llevar a cabo las investigaciones y enjuiciamientos para los mayores responsables por crímenes internacionales, actitud reconocida por la propia Fiscalía de la CPI en los siguientes términos:

La información analizada en cuanto a la complementariedad también indica que las autoridades colombianas han y siguen llevando a cabo un gran número de procedimientos relevantes para la investigación preliminar en contra de diferentes actores del conflicto por conductas que constituyen crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte⁴¹.

Sin embargo, dicho pronunciamiento fue hecho en un momento de transición entre la guerra total contra los grupos armados insurgentes (específicamente las FARC-EP) y un proceso de paz que fuera anunciado el cuatro (4) de sep-

tiembre de dos mil doce (2012) por el Presidente de la República de Colombia y el Jefe del Estado Mayor de las FARC-EP; así que la decisión tomada por la Fiscalía de mantener bajo observación (investigación preliminar) la situación colombiana no contempló esta eventualidad, aunque no hay duda que su conocimiento no haría más que reafirmar dicha resolución.

De allí que la capacidad del sistema judicial colombiano está parcialmente asegurada, pues el reporte de la Fiscalía define que no es necesaria la intervención de manera momentánea, pero no descarta que esto pueda ocurrir a futuro, máxime si se mantiene el estatus de investigación preliminar sobre la situación, especialmente en cuanto a cinco puntos: (i) El Marco Jurídico para la Paz y su futuro desarrollo legislativo, (ii) Promoción y expansión de grupos paramilitares, (iii) Desplazamiento forzado, (iv) Crímenes sexuales y (v) Falsos positivos⁴². Más la voluntad del Estado debe ser examinada nuevamente, ora los nuevos acontecimientos, de manera que sea necesario elaborar una alternativa legítima de terminación del conflicto armado interno que sea compatible con los compromisos internacionales contraídos por Colombia, para este caso específico, a través del ER, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuestiones de graves violaciones a derechos humanos y la obligación de judicializar a los responsables por los mismos⁴³, las Convenciones de Ginebra de 1948, la Convención contra el Genocidio y la Convención contra la Tortura⁴⁴.

Esto en tanto no es el objeto del derecho internacional penal, ni mucho menos mandato de la CPI, el ser una barrera impenetrable a las esperanzas de los pueblos del mundo de terminar con conflictos que los aquejan, los cuales no hacen sino victimizar a quienes no tienen otro mecanismo de defensa que la institucionalidad; pero tampoco es válida una posición de impunidad de los mayores responsables con tal de llegar a un acuerdo que lo único que logra es revictimizar a quienes buscan reparación por los daños sufridos a raíz de este y crear una línea de argumentación que elimina la verdad histórica, tan necesaria en un contexto de repetición de atrocidades como el colombiano.

De esta manera, los desarrollos recientes en Colombia al respecto de un proceso de paz terminan siempre en una pregunta clara: ¿la CPI intervendrá en Colombia en caso de llegar a un acuerdo en el proceso de paz?; es claro que la respuesta a esto no puede aventurarse sin hacer conjeturas acerca de lo pactado, en tanto el hermetismo de las conversaciones no permiten tener acceso a lo avanzado, más allá de lo que la misma mesa de negociaciones decide publicar. De manera que la intervención internacional se ha convertido en la bestia negra de las expectativas legítimas del pueblo y sus gobernantes a poner fin al conflicto⁴⁵; pero aún hay una forma de evitar una inoportuna actuación de la Fiscalía a *motu proprio*, esta es que sea el propio Estado colombiano el que remita su situación a la Corte.

Esta propuesta podría parecer una concesión de la soberanía y autonomía nacional hacia la CPI, pero es claro que la misma se hizo desde el momento en que se entró a formar parte del ER, tanto así que el país sigue en investigación preliminar para determinar si el Fiscal inicia procedimientos formalmente; así se invita a Colombia, como EP del ER a que haga uso de los derechos derivados de su calidad y remita su propia situación a la Corte⁴⁶.

La finalidad de esto es clara, si se entiende la remisión como una consecuencia directa del acuerdo de paz, se buscará la declaratoria de culpabilidad de los mayores responsables por delitos de índole internacional, sea de la parte que sea⁴⁷, así se logra revestir de un manto de seguridad jurídica el proceso de paz, ya que la realización de estos procedimientos derivará en un reconocimiento internacional de la legitimidad de los esfuerzos de paz colombianos, pues el estándar más alto que se puede imponer a las concesiones de justicia transicional al interior del país es el del ER y la autoridad más alta en materia de revisión judicial de amnistías o indultos a responsables por estos crímenes es la CPI, con lo que se agotaría el último escalón y se consolida la situación para todos aquellos que no queden cobijados por la definición de “máximos responsables” aplicable al caso.

Todo esto se da en tanto se entiende que es absolutamente inaceptable una posición en la cual los mayores responsables de los crímenes que indudablemente se

cometieron en Colombia durante más de 50 años de conflicto escapen de su responsabilidad penal.

Conclusiones

En el trasegar del presente artículo se ha pasado del análisis conceptual de los mecanismos para activar el conocimiento de la CPI, con un énfasis especial en la remisión de un EP en cuanto a su propia situación, para llevarlo a un caso específico y real como es el colombiano.

De esto se derivan necesariamente tres conclusiones: (i) El estado colombiano está legitimado por el ER y la práctica al interior de la CPI para remitir su propia situación; (ii) En el marco de los procedimientos derivados del inicio de la investigación y el juicio es posible que los mayores responsables por delitos internacionales en Colombia acudan a mecanismos de justicia negociada para dar por terminado el proceso de manera anticipada, siempre que se cumpla con determinadas condiciones y; (iii) Esta remisión, en conjunto con la declaratoria de culpabilidad de quienes ostenten mayor responsabilidad deriva en un reconocimiento claro y seguro de la legitimidad del proceso de paz colombiano.

Con todo esto se logra desarrollar un ambiente de seguridad y tranquilidad en el Estado, pues más allá de la intervención de la CPI no hay un mecanismo que pueda obligar a Colombia a revertir un acuerdo de paz (a excepción de medios judiciales de control interno como una sentencia tipo C de la Corte

Constitucional sobre las leyes que desarrollen el pacto o actuaciones de *realpolitik* por parte de Estados que no estén de acuerdo con lo acordado) y, lo más importante, se logra la aplicación de estándares internacionales en materia de reparación de víctimas, mantenimiento de la memoria histórica e imposición de responsabilidad penal en cabeza de criminales internacionales.

Referencias

Amann, D. M. (2002). Group mentality, expressivism and genocide, *International criminal law review*, 2.2.

Ambos, K. (2009). *The legal framework of transitional justice: A systematic study with special focus on the role of the ICC*. Berlín: Springer-Verlag.

Ambos, K. (2010). El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma). *InDret*. 2. Recuperado en: <<http://www.indret.com/es/index.php>> [Consulta: 13.12.2013].

Benzig, M. (2003). The complementarity regime of the International Criminal Court: International criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity. En VV.AA., *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. 7.

Cárdenas Aravena, C. (2011). Revisión crítica del criterio 'interés de la justicia' como razón para no abrir una investigación o no iniciar un

- enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional. *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*. 18. 1.
- Cassese, A., Acquaviva, G., Fan, M. & Withing, A. (2011). *International criminal law: Cases and commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- Centro Nacional De Memoria Histórica (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*, Bogotá D.C.: CNMH.
- Cook, J. A. (2005). Plea bargaining at The Hague. *The Yale Journal of International Law*. 30. 473-506. Recuperado en <http://digitalcommons.law.yuga.edu/fac_artchop/858> [Consulta: 05.01.2014].
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmschurst, E. (2010). *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Damaška, M. (2004). Negotiated justice in international criminal courts. *Journal of International Criminal Justice*. 2.
- Deguzmán, M. (2011). Choosing to prosecute: Expressive selection at the International Criminal Court. *Temple University Legal Studies*. 2011-16. Recuperado en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1780446> [Consulta: 14.12.2013].
- Deguzmán, M. & Schabas, W., *Initiation of investigations and selection of cases*. Recuperado en: <<http://ssrn.com/abstract=1999003>> [Consulta: 17.12.2013].
- Hethe, T. (2005). The Prosecutor of the International Criminal Court, amnesties and the 'interests of justice': Striking a delicate balance. *Washington University Global Studies Law Review*. 4. 2.
- International Criminal Procedure Expert Framework, *General rules and principles of international criminal procedure and recommendations of the international expert framework*. Recuperado en: <http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/IEF_Brochure_241011.pdf> [Consulta: 13.12.2013].
- López Medina, D.E. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- Olásolo Alonso, H. (2003). *Corte Penal Internacional ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olásolo Alonso, H. (2011). *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*. Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Diké.
- Petrig, A. (2008). Negotiated justice and the goals of international criminal tribunals. With a focus on the plea-bargaining practice of the ICTY

and the legal framework of the ICC. *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*. 8. Recuperado en: <http://www.kent-law.edu/jicl/articles/spring2008/Petrig_negotiated_justice_final.pdf> [Consulta: 06.01.2014].

Rauxloh, R. E. (2011). Plea bargaining: A necessary tool for the International Criminal Court Prosecutor. *Judicature*. 94. 4.

Schabas, W. (2004). *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press

Scharf, M. P. (2006). From the eXile Files: An Essay on Trading Justice

for Peace. *Washington and Lee Law Review*. 63. 1.

Scharf, M.P. & Dowd, P. (2008). No way out? The question of unilateral withdrawals of referrals to the ICC and other human rights courts. *Case Research Paper Series in Legal Studies*. 08-21. Recuperado en <<http://ssrn.com/abstract=1240802>> [Consulta: 11.12.2013].

Stahn, C., El Zeidy, M. & Olásolo Alonso, H. (2005). Developments at the International Criminal Court: The International Criminal Court's ad hoc jurisdiction revisited. *American Journal of International Law*. 99.

1 Con salvedad de los crímenes de guerra, pues gracias a la declaratoria realizada en virtud del artículo 124, la jurisdicción sobre estos inicia el 1 de noviembre de 2009.

2 De ahora en adelante, cuando se hace referencia a un artículo del Estatuto de Roma (ER) se usará simplemente el término "artículo" y para las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI (RPP-CPI) se escribirá únicamente "regla"; en caso de cualquier otro cuerpo normativo, se hará referencia explícita al mismo.

3 "International organisations, individuals, non-governmental organisations and States that are not parties to the Statute are given no formal recognition with respect to initiating proceedings. However, in practice, all of them are likely to establish contact with the Prosecutor and attempt to persuade him or her to take action".

4 *Vid.* CPI-SCP I, *Situation in the Democratic Republic of Congo*, Decision on the applications for participation in the proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, ICC-01/04-101-tEN-Corr, 22 de marzo de 2006, pág. 65

5 *Vid.* Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmschurst, E. (2010). *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 23-28. Es importante profundizar en la necesidad de sus- traer al derecho internacional penal de la paradoja del castigo como fin último de la norma penal, para ello *Vid.* Amann, D. M. (2002). Group mentality, expressivism and genocide, *International criminal law review*, 2.2. p. 117.

6 *Vid.* artículo 53 (3).

7 "This interpretation essentially enables any individual or organization to trigger the Court's jurisdiction, a result that arguably runs counter to the Statute's careful structuring of trigger mechanisms" Deguzmán, M. & Schabas, W., *Initiation of investigations and selection of cases*. Recuperado en: <<http://ssrn.com/abstract=1999003>> [Consulta: 17.12.2013], p. 20.

8 *Vid.* Deguzmán, M. (2011). Choosing to prosecute: Expressive selection at the International Criminal Court. *Temple University Legal Studies*. 2011-16. Recuperado en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1780446> [Consulta: 14.12.2013], pp. 269-270.

9 *Vid.* Benzig, M. (2003). The complementarity regime of the International Criminal Court: International criminal justice between state sovereignty and the fight against impunity. En VV.AA., *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. 7, pp. 591-693; Ambos, K. (2010). El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma). *InDret*. 2. Recuperado en: <<http://www.indret.com/es/index.php>> [Consulta: 13.12.2013].

10 *Vid. id. supra* nota 8, pp. 319-320.

11 *Vid.* artículo 13 (b) y capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

12 Nótese que solo en este último caso el Fiscal debe acudir ante un órgano judicial al interior de la Corte para obtener autorización para actuar, mientras que en el caso de una decisión consistente en negar la procedencia de una investigación, no importa el mecanismo utilizado, la Sala de Cuestiones Preliminares puede actuar (sea a petición del Estado Parte, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o de oficio).

13 *Vid.* Preámbulo ER.

14 *Cfr.* artículo 125 (2), 125 (3) y 11.

15 *Vid.* Stahn, C., El Zeidy, M. & Olásolo Alonso, H. (2005). Developments at the International Criminal Court: The International Criminal Court's ad hoc jurisdiction revisited. *American Journal of International Law*. 99, pp. 423-424. *Vid.* también regla 44.

16 Los listados en el artículo 5, siempre que se tengan en cuenta las provisiones del artículo 15 bis referentes al crimen de agresión.

17 *Vid.* artículos 13 (a) y 14 (1).

18 *Vid.* artículos 11, 12 y 13.

19 Como primera situación en la que se presentó este fenómeno está la remisión que el presidente de Uganda hiciera a la Fiscalía de la situación en el norte de su país, específicamente en lo que tenía que ver con el grupo subversivo denominado *Lord's Resistance Army*.

20 *Vid.* Office of the Prosecutor (2003). *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*. Recuperado en: <http://icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143594/030905_Policy_Paper.pdf> [Consulta: 18.12.2013], p. 5.

21 Artículo 54 (3) (d).

22 "A provision was inserted in the Statute that no agreement between the parties is to be binding on the Court. But the provision does not prevent plea bargaining as such [...]" Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmschurst, E. (2010). *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 468.

23 Artículo 64 (8) (a).

24 Artículo 65 (1) (a) y (b).

25 Artículo 65 (1) (c).

26 *Vid. id. supra* nota 25.

27 "[...] the architects of the international criminal process would be well advised to follow the motto: as many trials as possible, as much bargaining as necessary" Damaška, M. (2004). Negotiated justice in international criminal courts. *Journal of International Criminal Justice*. 2, p. 1039.

28 *Vid.* Statement of the President of the ICTY, made at a briefing to members of diplomatic missions, IT/29, 11 de febrero de 1994. Vale aclarar que el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia cambió de posición con la llegada de la juez McDonald a la presidencia, para una referencia *Vid.* Petrig, A. (2008). Negotiated justice and the goals of international criminal tribunals. With a focus on the plea-bargaining practice of the ICTY and the legal framework of the ICC. *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*. 8. Recuperado en: <http://www.kentlaw.edu/jicl/articles/spring2008/Petrig_negotiated_justice_final.pdf> [Consulta: 06.01.2014], p. 8.

29 *Vid. id. supra* nota 30, p. 1037.

30 "[...] negotiation between the accused and the prosecution [...] resulting in a plea agreement. The accused either concedes certain facts or admits guilt, thus waiving the possibility of being acquitted [...] In return, the

prosecutor may reduce or modify the charges (charge bargaining), the sentence (sentence bargaining), or both” Petrig, A. (2008). Negotiated justice and the goals of international criminal tribunals. With a focus on the plea-bargaining practice of the ICTY and the legal framework of the ICC. *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*. 8. Recuperado en: <http://www.kentlaw.edu/jicl/articles/spring2008/Petrig_negotiated_justice_final.pdf> [Consulta: 06.01.2014], pp. 4-5.}

31 Incluso, bajo el artículo 65 ER, la Sala de Primera Instancia puede solicitar la entrega de más evidencias, hasta el punto de poder practicar testimonios antes de dictar sentencia, aunque esto debería ser excepcional.

32 Al respecto *Vid.* Hethe, T. (2005). The Prosecutor of the International Criminal Court, amnesties and the ‘interests of justice’: Striking a delicate balance. *Washington University Global Studies Law Review*. 4. 2, pp. 406.

33 Al respecto de esta clasificación *Vid.* Olásolo Alonso, H. (2003). *Corte Penal Internacional ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*. Valencia: Tirant lo Blanch.

34 *Vid.* Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmschurst, E. (2010). *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 22-36.

35 *Vid. supra* nota 6.

36 *Vid.* artículo 53 (3) (a).

37 *Vid.* Rauxloh, R. E. (2011). Plea bargaining: A necessary tool for the International Criminal Court Prosecutor. *Judicature*. 94. 4, p. 184.

38 “[...] se puede afirmar que el principio de complementariedad está formado por dos elementos principales: la primacía formal de las jurisdicciones nacionales sobre la Corte y la primacía material de la Corte sobre aquellas” Olásolo Alonso, H. (2011). *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*. Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Diké, p. 116.

39 Dicha anormalidad debe alcanzar las proporciones suficientes para que el Estado sea incapaz de realizar los procedimientos de investigación y judicialización o, en su defecto, que no tenga la voluntad de hacerlo.

40 Esta fecha no está exenta de discusiones al interior de la academia histórico, la utilizada marca el período histórico que va hasta 1982, en el que la violencia bipartidista característica del siglo XIX y la primera mitad del XX se transforma en una confrontación subversiva; este concepto proviene de Centro Nacional De Memoria Histórica (2013). ¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad, Bogotá D.C.: CNMH, p. 112.

41 Office of the Prosecutor (2012). *Situation in Colombia Interim Report –November 2012–*. Para. 197, traducción por el autor.

42 Íd. Para. 224.

43 Para los efectos de este artículo, que se circunscribe expresamente al ámbito de la CPI, dichas violaciones deben poder enmarcarse, dentro del proceso de adjudicación, a los crímenes listados en el artículo 5.

44 Para profundizar sobre las obligaciones de investigar y judicializar *Vid.* Scharf, M. P. (2006). From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace. *Washington and Lee Law Review*. 63. 1.

45 De manera explicativa, para dar una sola referencia: Revista Semana, 15 de noviembre de 2012, [En línea], disponible en: <<http://www.semana.com/nacion/articulo/colombia-ultima-advertencia-corte-penal-internacional/267884-3>> [Consulta 12.12.2013].

46 Ello sin que sea necesario acoger la propuesta consignada en el final de la II parte del presente escrito.

47 Fuerzas Armadas, Gobierno, rama legislativa, empresariado, FARC-EP, ELN (en caso de una negociación con este grupo), paramilitares, etc.

La búsqueda de la verdad y la pasividad probatoria del juez penal*

The search for truth and probation
passivity of the criminal judge

Recibido: 9 de septiembre del 2013 - Revisado: 13 de noviembre del 2013 - Aceptado: 10 de diciembre del 2013

Máximo Vicuña de la Rosa**
Sergio Hernando Castillo Galvis***

Resumen

El Congreso Colombiano incorporó al ordenamiento jurídico el sistema penal acusatorio, tomando elementos propios de otras culturas jurídicas, entre otros, la prohibición al Juez de ordenar pruebas de oficio en la audiencia preparatoria, postura, que para la doctrina se enfrenta al deber del Juez, de orientar y dirigir el proceso con objetividad para alcanzar la verdad y la justicia. Esta circunstancia direccionó el objetivo general de la investigación, en el sentido de concebir el logro de la verdad en el proceso frente a la prohibición del decreto oficioso de pruebas al Juez del conocimiento; tomando como ruta metodológica el enfoque paradigmático hermenéutico-interpretativo con enfoque cualitativo, utilizando como técnica operacional el fichaje para la recolección de la información, en obras de filosofía y sentencias de la Corte Constitucional colombiana. Como resultado, se estableció la prevalencia de la pasividad probatoria del juez de conocimiento en el sistema acusatorio planteada por la Corte Constitucional, apoyada en el deber que tiene el operador jurídico de formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. Frente a esta posición, en la doctrina se ha generado discusión, esgrimiéndose, que con la prohibición absoluta se vulnera el principio de efectividad de la justicia material y, la obligación estatal de establecer la verdad real en el proceso. Se concluye, que el concepto y alcance de la verdad presupuesto para llegar a la justicia sigue siendo un problema de corte filosófico jurídico sin resolver dentro del debate procesal penal.

Palabras clave

Estado social de derecho, Sistema acusatorio, Juez penal, Pasividad probatoria, verdad.

Abstract

The Colombian congress has incorporated to the legal system an adver-

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto del proyecto de investigación denominado "La incidencia de la pasividad probatoria del juez en desarrollo del proceso penal sobre la búsqueda de la verdad como principio fundamental", ejecutado y financiado por el Semillero de Investigación Holístico adscrito al Grupo de Investigación Decofron del programa académico de Derecho de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta.

** Abogado, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Procesal, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Docencia Universitaria, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Docente del Programa de Derecho en las áreas Privado y Procesal. Coordinador de Investigación y Director del Grupo de Investigación Decofron del Programa académico de Derecho de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta.

Correo electrónico:
mvicuna@unisimonbolivar.edu.co.

*** Estudiante en formación 10° semestre Programa de Derecho, Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta. Miembro activo y líder del Semillero de Investigación Holístico.

Correo electrónico:
s_castillo@unisimonbolivar.edu.co.

sarial criminal judgement, taking elements of another legal cultures, among others, the prohibition for the judge to order officious proof in the preparatory hearing, posture, that for doctrine confronts the obligation of the judge, of guiding and directing objectively the process to reach the truth and justice. This circumstance routed by the general objective of the investigation to the effect of understanding the achievement of truth across the legal process in front of the prohibition to the judge for the ordenance of officious proof; taking as methodologic route an approach paradigmatic hermeneutic - interpretive with a qualitative focus, using the draftee as an operational technique for collecting information, into works of philosophy and sentences of the Constitutional Court of Colombia. As a result, the prevalence of passivity probative of the trial judge in the adversarial system proposed by the Constitutional Court, based on the legal duty of the operator to form its conviction based on the evidence produced at trial was established. As against this, the doctrine has generated discussion, stating that the absolute prohibition of the principle of effectiveness of substantive justice and the state's obligation to establish the real truth is violated in the process. It is concluded that the concept and extent of budget to reach true justice remains a philosophical problem unsettled legal court in the criminal procedural debate.

Key words

Social rule of law adversarial system, criminal court, probation Passivity, truth.

Introducción

De tiempos inmemorables, la verdad ha sido un tema sometido a discusión conforme a la época y la corriente epistemológica en que se gesta. Los teóricos de la antigüedad han intentado descifrar el enigma ante la enorme dificultad en su consecución. Sin embargo, desde la perspectiva jurídica el tema ha sido bastante debatido por su complejidad generando controversias, entre otras, sobre la posición que debe tomar el juez para ir en busca de la verdad sobre los hechos en el proceso, en el sentido, de tener plena libertad para ordenar las pruebas conducentes para su logro o, por el contrario, tomar la decisión valorando elementos de convicción aportados por las partes de manera exclusiva, limitando esta facultad al Juez de la causa.

La verdad en el Estado social de dere-

cho en que se erigió Colombia adquiere gran relevancia, teniendo en cuenta, que desde la perspectiva constitucional se concibe como un valor, principio y derecho, teniendo como génesis la función del Estado en relación al alcance eficaz de la justicia y a aquella, como presupuesto para la propensión de esta, sosteniendo la Corte Constitucional (Sentencia C-396, 2007) que la verdad en el proceso penal es un presupuesto de la justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado.

El legislador (Ley 906, 2004), establece las bases normativas procedimentales del Sistema Penal Acusatorio para la investigación y sanción de las conductas punibles. Para ello, estableció una serie de principios en el título primero que deben tenerse en cuenta en el proceso

penal, con el fin de alcanzar eficazmente los fines propuestos por el legislador y consecuentemente, los del Estado Social de Derecho, entre ellos, el de imparcialidad, que tiene que ver, con el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia por parte de los jueces en el proceso, sea de control de garantías o de juzgamiento.

Sin embargo, el artículo 361 del estatuto mencionado establece la prohibición absoluta de ordenar pruebas de oficio al juez de conocimiento, postura que fue avalada por la Corte Constitucional a través de la Sentencia antes referida, señalando que esta proscripción impuesta al operador jurídico responde a los presupuestos que se relacionan a la total imparcialidad del Juez, siendo este principio una garantía al procesado, que en palabras de la Corte se traduce en reglas impuestas por el sistema y que se refieren a: *i)* El funcionario que instruye no juzga, *ii)* el Juez es un tercero imparcial que busca la justicia material y, *iii)* la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía.

Teniendo en cuenta estos postulados, el problema planteado en el trabajo investigativo se enfocó en el estudio de la incidencia de la prohibición para decretar pruebas de oficio al juez de conocimiento en el principio fundamental a obtener la verdad en el proceso penal. La relevancia de este trabajo se observa en el enfrentamiento conceptual que se genera entre la concepción de la verdad como principio fundamental en el

Estado social de derecho y la verdad como presupuesto para la justicia material en el proceso penal, soportada en una clara imposibilidad del juez para decretar pruebas de oficio.

Para el alcance del objetivo propuesto se adoptó un diseño metodológico cualitativo de corte hermenéutico-interpretativo, estudiando las principales teorías que han intentado definir el concepto de la verdad. Fue necesario, identificar los elementos axiológicos en que se fundamenta la Corte Constitucional para apoyar la pasividad probatoria como lineamiento del sistema de tendencia acusatoria que opera en Colombia y, finalmente se realizó el estudio de la verdad como principio fundamental del sistema jurídico patrio. La hipótesis esbozada en el trabajo se planteó partiendo del impacto negativo que genera de la prohibición de ordenar pruebas de oficio al Juez de conocimiento sobre el principio fundamental de la verdad.

Del análisis documental efectuado a las diversas corrientes plasmadas por los teóricos de la filosofía se estableció que el concepto y alcance de la verdad sigue siendo un problema de corte epistemológico sin resolver, teniendo en cuenta que no existe un criterio definido acerca de esta. En el ámbito jurídico sucede algo similar, pues se presentan criterios encontrados. Por un lado, la doctrina concibe la verdad como presupuesto para llegar a la justicia, y otras, como la jurisprudencia, que la consideran como un aspecto contingente que es posible

encontrar en el desarrollo del proceso penal.

Problema de investigación

El trabajo investigativo se planteó en torno al siguiente interrogante:

¿Cuál es la incidencia de la pasividad probatoria del juez del conocimiento en el proceso penal sobre la búsqueda de la verdad como principio fundamental?

Para resolverlo se propuso: inicialmente estudiar el concepto de la verdad desde la concepción filosófico-jurídica, para luego, descender en el análisis de los elementos axiológicos, planteados por la Corte Constitucional en la *sentencia hito* (Sentencia C-396, 2007) que concibió la pasividad probatoria del Juez del conocimiento como principio del sistema penal acusatorio.

Metodología

Para el alcance de los objetivos se adoptó el paradigma hermenéutico-interpretativo con enfoque cualitativo, por cuanto este enfoque sirve para descubrir y reafirmar la pregunta de investigación, con base en métodos de recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y las observaciones (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2003). Además, se utilizó la técnica de recolección de información mediante el análisis interpretativo de documentos jurídicos que se conformaron con los criterios de teóricos de la filosofía clási-

ca y contemporánea, doctrinantes y los emitidos por la Corte Constitucional; instrumentos documentales (Balestrini Acuña, 1998, pág. 138) que sirvieron de apoyo técnico que permitieron organizar los materiales del estudio planteado con mayor coherencia y unidad, imprescindible para este tipo de trabajo, sobre los cuales se aplicó la técnica operacional del fichaje.

1. La verdad como problema filosófico-jurídico

Fueron los griegos los primeros en ofrecer una postura ontológica acerca del alcance de la verdad, concibiéndola como *aletheia*, término que no responde a la adecuación del vocablo latino de verdad sino que traduce des-ocultamiento de aquello que es incierto. Sin embargo, los griegos nunca conocieron qué era verdad, porque la concepción que se tenía de ésta era solo el resultado de una discusión dialéctica a través de la cual se conseguía como resultado: una verdad construida con la incursión de perspectivas y formas de afrontar aquello que está oculto, esto fue lo más cercano que se llegó a identificar como respuesta al problema planteado y que sería retomado por el filósofo alemán Martín Heidegger.

Bajo la óptica (Hessen, 1926, pág. 59) existen dos posturas frente al concepto de verdad. Por un lado, se encuentra la que considera la verdad como aquella igualdad entre lo que se piensa y lo que la realidad presenta y, por otro, la corriente que la ubica en el campo de la

coherencia del pensamiento mismo.

Fue Aristóteles, quien propuso una teoría para el alcance de la verdad que la denominó como de la correspondencia o de adecuación, que se resume, en que la verdad se constituye a partir del reflejo frente al mundo real, considerando verdadero solo lo que se encuentre bajo el espectro de la teoría de la correspondencia, aquello que goce de concordancia de la realidad frente al pensar.

Platón concebía que la verdad, según (Cociña Cholaky, 2011, pág. 10), como equiparada a la realidad, es decir, la identificaba con aquello que persiste por debajo de las apariencias, esto es, ese orden dialéctico esencial permanente que se traduce en el entendimiento comprendido como la capacidad del alma. Denota de manera clara el carácter dualista del hombre, en lo que denominaba como una separación entre el cuerpo y el alma, siendo el primero la cárcel de la segunda, y convirtiéndose por tanto en el principal factor de imposibilidad para el alcance concreto y material de la verdad.

Los romanos la concebían desde dos perspectivas; la primera de ellas, se refería al término *veritas* que tenía como presupuesto generador el vocablo *vereor*, que se traducía en un avergonzamiento relacionado con una actitud de sinceridad frente a la intimidad, dado que el ciudadano romano vivía de forma más restrictiva e interna que el ciudadano griego, por ello el avergonzarse no se relacionaba con lo que decía, sino con el acto de develar parte de sí mismo. La se-

gunda, la verdad romana se remonta al término *apparatio*, que posee un carácter judicial encuadrado en un símil de requerimiento a presentarse ante un juez y del cual, al concluir el juicio, se tendrá como verdad el resultado de éste.

El período enmarcado entre los siglos V y XV denominado la edad media, caracterizada por el poder inconmensurable de la iglesia, siendo entonces las proposiciones nacidas de un radical pensamiento teológico lo que se tendría como verdad, razón por la cual, su concepción era netamente esencialista, como bien lo precisa (Alvira, 1982, págs. 149-158) cuando afirma, que es preciso una esencia que ofrezca una interna explicación de sí misma sin recurrir a ninguna instancia exterior. Se entendía entonces, que las premisas que contaban con el carácter de verdadero, eran impuestas por las autoridades eclesiásticas, siendo el resultado pleno de una búsqueda permanente de lo divino a partir del fuero más interno del hombre a través de la fe. Sin embargo, las proposiciones impuestas responden a determinada forma de percibir el mundo, siendo una circunstancia que inexorablemente imposibilita la existencia de otras visiones que permitan la explicación del mundo y, por tanto la búsqueda y posterior apropiación de la verdad.

En palabras de (Laserna, 1985, págs. 21-35), Kant concebía la verdad como una adecuación entre una proposición, por un lado y un evento espacio-temporal, por otro. Naturalmente existe un sujeto a quien corresponde verificar si determinada proposición

“A” corresponde o no a un evento, y consiguientemente declarar:” A” es verdad; o “A” es falso.

Es (Voltaire, 1994, pág. 183) uno de los principales representantes de la ilustración, quien acerca de la verdad y partiendo del cuestionamiento que hace Pilatos a Jesús acerca de ésta, señala que:

“Indudablemente no nos atrevemos a averiguar lo que el autor de todas las verdades hubiera dicho a Pilatos. Quizás hubiera dicho: La verdad es una palabra abstracta que la mayoría de los hombres usan con indiferencia en sus libros y en sus fallos, por equivocación o por mentir (...) Definimos la verdad humanamente hablando, esperando otra definición mejor, lo que se anuncia tal como es”.

Martín Heidegger, retoma la concepción griega de la verdad como misterio, siendo entonces a través de la *aletheia* la manera de develar, descubrir o desocultar lo oculto, velado o incierto, todo encuadrado en una verdad dialéctica mediante el uso de proposiciones. Sin embargo, (Gutiérrez, 1983, pág. 87) expresa que Heidegger amplió de manera radical dicho ámbito superando todo recurso de los objetos y todo regreso a la subjetividad, abarcando más allá de lo teórico y con una noción de “ser abierto” que evidencia la clara concepción existencialista, práctica e histórica del filósofo alemán.

En su obra cumbre (Foucault, 1973, pág. 5) hace referencia a la existencia de dos historias de la verdad. La primera, es una especie de historia

interna de la verdad, que se corrige partiendo de sus propios principios de regulación. Al respecto señala:

“Creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la verdad, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior, de la verdad”.

El hecho de poseer la verdad genera la concepción de poseer el conocimiento. Bajo esta premisa el padre de la corriente filosófica del vitalismo, Friedrich Nietzsche, citado por (Foucault, 1973, pág. 8) señaló que el conocimiento:

“Es una centella que brota del choque entre dos espadas, como ocurre en desarrollo del proceso judicial, teniendo en cuenta que cada interviniente propone una tesis adaptable a su teoría del caso, siendo función del juez determinar cuál se adapta mejor a la situación fáctica propuesta, llegando de esta manera a la providencia que concluya con el debate jurídico, y que sea producto de lo que Hegel denominaría evolución dialéctica”.

La teoría de la verdad como producto de un consenso fue propuesta por el sociólogo de la escuela de Frankfurt, Jurgüen Habermas, que al decir (Beardini, 1991, pág. 122) es una pretensión de validez que logramos de los enunciados de los cuales nos servimos en nuestras afirmaciones.

Si el campo filosófico no muestra una solución al problema, el jurídico no presenta un panorama mejor. Existen dos corrientes divergentes en materia de la importancia de la verdad en el desarrollo del proceso. La primera, hace referencia a la búsqueda de la verdad como requisito para tomar una decisión justa y la segunda, asume un papel subsidiario en el proceso, teniendo en cuenta la trascendencia de las garantías constitucionales del justiciable. El Maestro Francesco Carnelutti, citado por la Corte Constitucional en (Sentencia C-396, 2007), afirma, que cualquiera que sea la sistemática procesal que se siga, el fin último de todo proceso penal, es el descubrimiento de la verdad.

Al respecto el jurista Italiano (Taruffo, 2008, pág. 129) sostiene que:

“La veracidad de la determinación de los hechos no es la única condición de justicia de la decisión (puesto que no menos importante es la correcta aplicación de las normas que vienen empleadas como criterio de juicio), pero vale en todo caso la pena destacar que se trata de una condición necesaria, con base a la tradicional y conocida constatación que ninguna decisión puede considerarse justa y legítima si se funda sobre hechos equivocados, o sea, sobre una reconstrucción errónea del supuesto fáctico normativo concreto que es objeto de decisión”.

El gran maestro Florentino (Ferrajoli, 2006, pág. 233), pone en evidencia que una justicia penal sin la consecución de verdad se convierte en un sistema de arbitrariedad, entendiendo que las garantías legales y procesales

no solo se enmarcan hacia la garantía de libertad, sino que éstas llevan de manera intrínseca el imperativo garantista de propender la verdad.

Sobre el tema expone el penalista alemán (Roxin, 2000, pág. 190) que:

“La averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado... no es un principio del Sistema Penal Acusatorio que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio (...) La averiguación de los hechos está limitada, en forma especial, por los derechos fundamentales y derechos humanos”.

Otras fuentes y corrientes del derecho, sostienen que la verdad en el proceso penal es relativa y por tanto, el fundamento de la prueba no es la búsqueda de lo sucedido sino el convencimiento del juez. De esta forma, la prueba sólo tiene un fin argumentativo y está basada en la búsqueda de lo cierto en el proceso. Sin embargo, se corre el riesgo que el juez, como bien lo menciona el maestro (Parra Quijano, 2002, pág. 36), se convierta en una especie de títere que se mueve de acuerdo con la conveniencia de los intereses de éstas.

2. **La pasividad probatoria del juez como principio del sistema penal acusatorio según la Corte Constitucional colombiana**

La Corte Constitucional, órgano colegiado, autónomo, de cierre e indepen-

diente, fuente primaria del precedente vinculante obligatorio al referirse a la función interpretativa de la norma superior, en (Sentencia U-640, 1998) señaló:

“La Constitución, con el objeto de imponer sus preceptos y de dar a éstos carácter normativo, ha confiado a la Corte Constitucional la guarda de su integridad y supremacía, labor que realiza específicamente a través de su función interpretativa, gracias a la cual se actualiza en cada momento histórico el correcto entendimiento de la Carta. Las sentencias de la Corte, por consiguiente, ofrecen a los demás órganos del Estado y a los miembros de la comunidad en general, la visión dinámica de lo que la Constitución concretamente prescribe. (...) Las sentencias de la Corte Constitucional, en este sentido, por ministerio de la propia Constitución, son fuentes obligatorias para discernir cabalmente su contenido”.

En este orden, el artículo 361 (Ley 906, 2004) al reglar el decreto de prueba oficiosa en la audiencia preparatoria en el proceso penal, estableció que, en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio. En este sentido la Corporación de cierre constitucional al declarar exequible dicha norma, consagró esta prohibición como precedente obligatorio (Sentencia C-396, 2007) argumentando:

“La justificación de la pasividad probatoria del juez de conocimiento encuentra respaldo constitucional desde la perspectiva de la neutralidad judicial y la igualdad de armas

entre las partes en el sistema penal acusatorio. No tiene sustento alguno pretender aplicar esa misma tesis en la etapa procesal en la que no existen partes, ni controversia de pruebas, ni debate en torno a la validez y eficacia de la prueba dirigida a demostrar supuestos abiertamente contradictorios. Luego, es fácil concluir que la prohibición acusada no se aplica en el ejercicio de las funciones propias del juez de control de garantías, sino únicamente ante el juez de conocimiento y, en estos términos, la norma acusada se ajusta a la Constitución”.

Varios son los elementos axiológicos que tuvo en cuenta la Corte para declarar la exequibilidad de la norma. Plantea, entre otras, que la prohibición es un elemento estructural del sistema penal acusatorio, protege el principio de imparcialidad del juez de conocimiento, es de carácter relativo y, con ella se garantiza el principio de igualdad de armas.

2.1 La prohibición como elemento estructural del sistema penal acusatorio

La estructura del Sistema penal acusatorio adoptado por Colombia en el año 2004 se erige sobre principios básicos para su desarrollo. Por esta razón la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad de la norma en cuestión soporta su decisión en ciertas características que garantizan la prevalencia de la estructura del sistema penal.

En la providencia (Sentencia C-396, 2007) sostiene, que en el sistema acu-

satorio opera el aforismo latino *da mihi factum ego tibi jus* -dame las pruebas que yo te daré el derecho-, que aplicado a la etapa preparatoria del proceso le corresponde a las partes y el Ministerio Público, ejecutar los roles frente a la carga probatoria previamente determinados para llegar a la búsqueda de la verdad verdadera, correspondiéndole al juez, adquirir la certeza de la responsabilidad del imputado de acuerdo a la valoración de los medios de convicción arrojados al proceso por las partes en el juicio oral.

Afirma la corporación, que el sistema penal acusatorio está estructurado sobre la concepción adversarial de la actividad probatoria y, por consiguiente en la etapa del juicio oral no se pueden incorporar medios de prueba distintos a los presentados en la audiencia preparatoria, siendo la pasividad probatoria del Juez, una característica esencial de este sistema pues no solo el operador jurídico está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración, siendo del resorte de la parte acusadora el despliegue probatorio dirigido a desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, considerándose entonces la pasividad probatoria del juez como una garantía del acusado.

Sin embargo, en la doctrina se ha venido discutiendo la actividad del Juez de conocimiento en el proceso penal frente a la actividad probatoria, afirmando que solo es un invitado más al juicio oral

limitándose exclusivamente a tomar la decisión final. La Corte Constitucional participa en el debate y responde en (Sentencia C-591, 2005) afirmando, que la función del Juez:

“Bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino que busca la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

Manifiesta posteriormente la Corte (Sentencia C-396, 2007) que podría objetarse que con el decreto oficioso de la prueba, el juez no necesariamente busca la condena del acusado ni pretende ubicarse en posición de parte, pues la simple decisión de practicar pruebas no conduce a un convencimiento inmediato sino que pretende buscar la verdad de lo ocurrido, por lo que el juez debía tener acceso a esa facultad.

De tal forma que la función del juez no se concibe limitada a ser el simple interprete de la norma, bajo la concepción positivista, sino por el contrario, se centra en el alcance efectivo de los principios

sobre los que se erige el Estado social de derecho; agrega esta Corte (Sentencia C-144, 2010) que el Juez, no es un árbitro, del todo neutral en el proceso, sino encargado de definir, de manera justa y garantista, la responsabilidad penal del implicado y la eficacia de los derechos de la víctima y de la sociedad frente al delito.

2.2 Protección al principio de imparcialidad del juez de conocimiento

Este principio implica que la resolución judicial tomada por el Juez, no puede ser contaminada con criterios personales o sesgos que alteren la adecuada interpretación fáctica, normativa y la valoración de los medios de convicción.

Afirma la Corte Constitucional comentando este elemento axiológico (Sentencia C-600, 2011) que:

“La jurisprudencia constitucional le ha reconocido a la noción de imparcialidad, una doble dimensión: (i) subjetiva relacionada con la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionalmente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto; y (ii) objetiva, esto es, sin contacto anterior con el *thema decidendi*, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al

respecto”.

El principio de imparcialidad no se verá afectado frente a la facultad de decretar y practicar pruebas de oficio por parte del juez, dado que su función está en ser imparcial en la búsqueda de la verdad y, con este proceder, se hace imparcial con las partes. Al respecto, el maestro (Parra Quijano, 2002, pág. 174) indica que:

“El sofisma de distracción, esgrimido por muchos autores, de que con las facultades oficiosas al juez se rompe el principio de imparcialidad, es fácilmente refutable, ya que si el juez busca la verdad, obtiene la imparcialidad frente a las partes, cosa que no se logra cuando, como una especie de títere, se mueve de acuerdo con la conveniencia de los interesados de éstas”.

De forma concluyente, la facultad probatoria del juez no tiene como fundamento y finalidad subsanar las falencias de carácter probatorio de las partes en desarrollo del proceso, ni favorecer a una u otra, sino que el operador jurídico en desarrollo de su función en el Estado Social de Derecho, en aplicación del principio de la buena fe tiene como imperativo buscar la verdad para que la decisión sea justa.

2.3 Relatividad de la limitación al decreto oficioso de la prueba

El máximo órgano constitucional efectuando un análisis sobre el artículo 361 del código de procedimiento penal (Ley 906, 2004), concluye afir-

mando en la Sentencia C-396 del año 2007, que la restricción del decreto oficioso de pruebas solo recae en el juez del conocimiento, dado que el Juez de control de garantías es:

“Juez constitucional por excelencia, es el garante de los derechos constitucionales y (...) supervisor de la actuación de las autoridades públicas y de los particulares en la etapa de la investigación penal... tiene a su cargo la ponderación y armonización de los derechos en conflicto (...) no se trata de convertir la etapa de preparación al juicio en una fase investigativa por parte del juez, por lo que, dentro de la lógica del sistema acusatorio, él no tendría autorización para averiguar la veracidad de lo ocurrido o para preparar la acusación o la absolución del indiciado, se trata de permitirle al juez instrumentos adecuados para ejercer su función de guardián de los derechos y libertades en tensión en el proceso penal”.

Como se dijo anteriormente la función del juez bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un simple espectador que direcciona el formalismo, esta, se dirige a buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser el garante del respeto de los derechos fundamentales del procesado, así como de las víctimas y sobre todo a conocer la verdad sobre lo ocurrido. No sobra mencionar, que tanto el juez de control de garantías como el juez de conocimiento poseen el imperativo constitucional de dar prevalencia a los principios sobre los cuales se fundamenta el Estado social de derecho, es-

pecialmente la búsqueda de la verdad como presupuesto para el alcance de la justicia material, y con ello el fin esencial de mantener un orden social justo.

2.4 Principio de igualdad de armas de las partes procesales

Este elemento se justifica al decir de la Corte Constitucional en la sentencia hito precedente, que la igualdad de trato jurídico entre las partes que participan en el debate procesal debe estar precedido por la igualdad de armas en el proceso, porque deben contar con instrumentos procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio garantizando el uso en las mismas posibilidades de “alegación, prueba e impugnación”. Dicho de otra manera, la prohibición tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción.

Concluye la Corte, enseñando en la misma providencia, que no se trata de avalar el abandono de la búsqueda de la verdad, sino de acercar el proceso penal a las garantías de la democracia constitucional y en este sentido entender el concepto de verdad, porque es evidente que el decreto oficioso de pruebas, que parte de vacíos probatorios que pretende llenar el juez, desequilibra la posición en que se encuentran las partes y la igualdad de instrumentos procesales

que están diseñados en el proceso penal para garantizar la eficacia de los derechos y libertades de los intervinientes en el proceso.

La facultad probatoria del juez en desarrollo del proceso penal (Arazi, 2002, pág. 461) no responde a favorecer a cualquiera de las partes, ni subsanar carencias probatorias presentadas las partes en desarrollo del proceso, dado que, cuando el juez ordena de oficio una medida de prueba desconoce el resultado de la misma, por lo tanto no lo hace para beneficiar a una parte en perjuicio de la otra; además la producción de la prueba se realiza con el control de ambas e, incluso, permitiendo que ellas ofrezcan contraprueba a pesar de que la etapa de ofrecimiento haya precluido.

3. Discusión

Develado un número importante de teorías que han intentado dar respuesta al concepto de la verdad, es menester determinar su concepción en el sistema de tendencia acusatoria adoptado por Colombia, tomando como punto de partida el Estado social de derecho. Sin embargo, para una mejor comprensión del tema es necesario determinar el concepto de principio. Desde la óptica gramatical (Real Academia Española, 2012, pág. 1) en una de las muchas acepciones que expone, es *un postulado que denota la norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta*.

Con la vigencia de la norma superior de 1991 Colombia se erigió en un Esta-

do social de derecho, construido sobre la prevalencia de la dignidad humana, circunstancia especial que transformó el sistema jurídico al incorporar el antiformalismo como fuente formal del derecho para dar garantía real y efectiva a los derechos fundamentales de la persona, como lo señaló (Sentencia T-190, 2010) la Corte Constitucional al indicar que el Estado Social de Derecho:

“Debe estar presente en cada una de las actuaciones estatales, independientemente del sujeto sobre quien recaiga dicha actuación. Es tal la importancia que reviste, que la garantía de los derechos humanos, está cimentada en la consideración de la dignidad humana como esencia de la naturaleza del hombre. Pues resulta claro que en su trasegar histórico la dignidad como exigencia moral se ha positivizado a través de la creación de los derechos fundamentales, faro en la aplicación de medidas y garantía de derechos”.

Esta Corporación en (Sentencia C-1287, 2001) explicando el concepto de principio, efectuó una magistral exposición, trayendo a colación dos posturas *ius-filosóficas* importantes; la primera de ellas, la del maestro Ronald Dworkin que hace distinción entre valores y principios, aduciendo que: “estos poseen un mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa”. La segunda postura es la de Robert Alexy, quien concibe los principios como “mandatos de optimización, en tanto tales son normas que ordenan que algo se realice en

la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas”; concluye que “los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios”.

El máximo órgano desde su creación se ha pronunciado en repetidas ocasiones para referirse al tema de la verdad como principio para la eficacia y materialización del *iuspuniendi* del Estado social de derecho, mencionando que con la nueva noma superior se han presentado diversos sistemas para la dirección y desarrollo del proceso penal, lo que delimita los medios jurisdiccionales para llegar a la verdad como fin del proceso. En relación a la búsqueda de la verdad la Corte presenta varios aspectos importantes para estudiarla: i) Como una relación intrínseca e indubitable como presupuesto para alcanzar la justicia; ii) Como una extensión plena y concreta del principio y respeto a la dignidad humana y, iii) Como un derecho social que se enmarca como garantía del juez en desarrollo de su función jurisdiccional.

En desarrollo de los postulados planteados la Corte de cierre (Sentencia T-275, 1994) señaló que la validez y la búsqueda de la verdad son objetos de la justicia:

“El derecho a participar de la búsqueda de la verdad sobre sus familiares también está íntimamente ligado con el respeto a la dignidad, a la honra, a la memoria y la imagen del fallecido. Sobre la búsqueda de la verdad

como derecho social garantizado por el juez, hay que partir de premisas verdaderas y llegar a una conclusión verdadera. La inquietud que plantean los enigmas jurídicos es inherente a la existencia humana y es oficio del juzgador tratar de averiguarlos para absolver o condenar, para reparar o no reparar”.

El derecho a saber la verdad significa, dijo la Corte (Sentencia U-1184, 2001) que las víctimas de hechos punibles:

“tienen no sólo un interés patrimonial, sino el derecho a que se reconozcan el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores, de hallarlos responsables y condenarles”.

Para materializar la pronta y eficaz administración de justicia sin desconocer el principio de respeto a la dignidad humana, resulta necesario que el juzgamiento de determinada conducta punible y su respectivo proceso de adecuación típica se fundamenten sobre la verdad real y no apenas en supuestos de hecho que no correspondan directamente a la actuación sobre la cual se gesta la acción penal. Como valor agregado y en cumplimiento de los fines esenciales del Estado, se preceptúa

la vigencia de un orden social justo por medio de la búsqueda y propensión a la verdad, como lo afirma la Corte (Sentencia C-199, 2002) al expresar que el orden social justo al que propende nuestro sistema constitucional, impone que el objetivo del proceso penal sea llegar a la verdad real y sancionar o no sancionar al inculpatado de conformidad con ella. Por esta razón no es posible adelantar el juzgamiento a partir de un error, y por eso la sana lógica indica que sea el proceso el que se adecue a la realidad y no ésta a aquel.

Ahora bien, cuando la máxima corporación declaró exequible el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal (Sentencia C-396, 2007) señaló que:

“Es claro que sólo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho, cuando el proceso penal se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso penal (...) que en esa búsqueda y concreción de la justicia penal, resulta indudable que el concepto de verdad adquiere una enorme relevancia, puesto que, aunque difusa e indeterminada, la verdad es el punto de partida de la decisión judicial que hace justicia. De hecho, una decisión judicial en el marco del derecho penal no es justa si está fundada en la comprobación equivocada, hipotética

e inverosímil de los hechos o de las condiciones que condujeron a la producción del delito”.

Agrega la máxima Corporación en esta misma providencia (Sentencia C-396, 2007) que:

“en el contexto de nuestra Constitución, la búsqueda de la verdad en el proceso penal no es sólo una norma informadora del ordenamiento jurídico como garantía de justicia para el sindicado o para la sociedad, sino también, es un instrumento de protección a la víctima y de eficacia de derechos con especial relevancia constitucional”.

Presentan como argumento los que dependen por la verdad real como fin de la justicia material, que la Corte Constitucional negó la facultad probatoria oficiosa del juez en la etapa del juicio oral al declarar la exequibilidad de la norma en cuestión, desconociendo que las pruebas de oficio son una herramienta fundamental con que cuenta el operador jurídico para procurar que la decisión proferida sea proporcional a la conducta punible cometida, en cumplimiento de las garantías del procesado, los derechos de las víctimas y la sociedad. Acertadamente (Montealegre Lynett, 2005, pág. 207) afirma que:

“Se distorsiona la verdad por medio de numerosas garantías jurídicas, como por ejemplo las prohibiciones de prueba, que se imponen en el camino de la indagación de toda la verdad. Ellas nos obligan a no tomar conocimiento de partes de la realidad y

a dejarlas a un lado en la búsqueda de la verdad. También esto resulta en una verdad formal”.

La Corte también trató el tema de la verdad alcanzada con objetividad, para responder a quienes conciben la separación entre la verdad procesal y la verdad real, al definirla (Sentencia T-950, 2011) como aquella que muestra los hechos y que permite el alcance de la justicia material, la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el acceso efectivo a la administración de justicia y la eliminación del defecto procedimental por exceso ritual, comentando:

“Se está frente al defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando la autoridad judicial, por una inclinación extrema y aplicación mecánica de las normas adjetivas, renuncia de forma consciente a la verdad jurídica objetiva que muestran los hechos, lo que trae como consecuencia el sacrificio de la justicia material, de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (art. 228 C.P.), cuando éstas, tan sólo son un instrumento o medio para la realización de aquél y no fines en sí mismas y del acceso efectivo a la administración de justicia (art. 229 *ibidem*)”.

Dice el artículo 336 (Ley 906, 2004) que en la acusación, el fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

Esta norma nos permite afirmar que de la verdad objetiva prevista como principio de imparcialidad se pasa a la verdad como probabilidad, caracterizada por la coexistencia de un grado de conocimiento definido expresamente por los alcances probatorios que se hayan desarrollado en el proceso, entendiendo que la finalidad de la prueba es la verdad y a través de la actividad probatoria y los medios de prueba se alcanza el conocimiento de los hechos constitutivos de la conducta punible.

Sin embargo, este grado de conocimiento va acompañado inexorablemente de incertidumbre, que aparece en el campo fáctico cuando no es revelado por las pruebas, y por tanto, la probabilidad será, según (Bustamante Rúa, 2010, pág. 80) comprendida como “un elemento adicional, propio de la ciencia de las matemáticas o la ciencia de la lógica, y que pueda ser considerada como parte del sistema de valoración judicial denominado sana crítica”.

La Corte (Sentencia C-620, 2001) señaló que no existe una división infranqueable entre la fase de instrucción y la etapa de juzgamiento. El proceso penal es uno sólo, conformado por diferentes etapas no excluyentes entre sí, sino, por el contrario, complementarias, pues lo que se busca es la consecución de la verdad, tanto en la etapa de investigación que adelanta el fiscal, como a lo largo de la etapa de juzgamiento, en aras de hacer efectivo el principio de justicia material. En consecuencia, no se puede pretender que el juez quede atado a las decisiones del fiscal, máxime teniendo en cuen-

ta que en él radica la decisión final del proceso.

Por tanto, es en desarrollo de la fase del juicio oral, particularmente en el transcurso de éste, que se efectiviza la garantía material de los principios de contradicción e inmediación de la prueba a través de la verdad discutida, argumentada, y dialéctica, remitiéndose nuevamente a la *aletheia* de los griegos que consistía en el acto de desvelamiento, descubrimiento o desocultamiento de lo velado, oculto o incierto por medio de la construcción de la verdad mediante el choque argumentativo entre los intervinientes del proceso.

Para el caso de las víctimas, el procesado, y el consecuente deber del Estado de investigar las conductas punibles realizadas y con ello llevar a cabo la determinación de responsabilidad del sujeto activo de las actuaciones; la dimensión colectiva, a su vez, según lo manifiesta la Corte (Sentencia C-370, 2006) incluye “la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia, de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de tales hechos”; finaliza la misma providencia con una aseveración clara y categórica: “un sistema que no beneficie la reconstrucción de la verdad histórica o que establezca apenas débiles incentivos para ello, podría comprometer este importante derecho”.

Lo anterior permite delimitar la verdad como principio, derecho individual y derecho colectivo, y como valor agrega-

do a ello se le concibe como presupuesto para el alcance efectivo y material de la justicia, todo con el fin de propender la vigencia del orden social justo, como fin esencial del Estado; No obstante lo anterior y como quedo establecido, con los resultados de la investigación existe aún en la doctrina un grueso número de teóricos que sostienen que la prohibición de las facultades de oficio de los jueces de conocimiento constituye una abierta violación al principio de la verdad real como instrumento necesario para lograr la justicia. Esgrime la doctrina, que utilizando el principio de la buena fe consagrado en artículo 83 superior, la facultad oficiosa para ordenar pruebas de oficio del Juez de conocimiento en el proceso penal debe operar exigiendo condiciones mínimas para viabilidad, como la adecuada motivación de la proveniencia donde se expliquen las razones para su procedencia y siempre que los elementos probatorios aportados por las partes no posean la idoneidad suficiente para tomar decisión ajustada en derecho.

Conclusiones

El análisis efectuado a los criterios expuestos por los teóricos de la filosofía y el plasmado en el supuesto factico del artículo 361 del código de procedimiento penal al prohibir la aprueba de oficio al Juez de conocimiento y los esbozados en la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional relacionada con la búsqueda de la verdad en el proceso con tendencia acusatoria, nos lleva a concluir:

El concepto y alcance de la verdad sigue siendo un problema complejo de corte filosófico y epistemológico sin resolver, teniendo en cuenta que no existe un criterio definido acerca de esta. En el ámbito jurídico sucede algo similar, concurren en este campo diversas corrientes; unas, que consideran la verdad como presupuesto esencial para llegar a la justicia, y otras, que la conciben como un aspecto contingente que es posible o no encontrar en el desarrollo del proceso penal.

En el contexto formalista, nuestra norma Constitucional parte de la concepción del Estado social de derecho en que se erigió Colombia, para afirmar con la Corte Constitucional que la búsqueda de la verdad en el proceso penal *es un fin, un principio y un derecho constitucional* que se impone a las autoridades y a los particulares que intervienen en éste.

Por último, plantea la doctrina, que partiendo del principio de la buena fe contemplado en artículo 83 superior, la facultad oficiosa para ordenar pruebas de oficio del Juez de conocimiento en desarrollo del proceso penal, tiene viabilidad siempre que se cumplan con las siguientes condiciones; *i)* Que la facultad oficiosa de ordenar pruebas es de carácter excepcional: siempre que los elementos probatorios aportados por las partes no posean la idoneidad suficiente para tomar decisión ajustada en derecho; *ii)* Es un deber del Juez, motivar el interlocutorio que ordena la prueba oficiosa, argumentando razonablemente las razones y argumentos de

corte fáctico y jurídico que lleve a tomar dicha determinación y, *iii)* Las pruebas decretadas y practicadas serán susceptibles de contradicción por las partes.

Referencias

- Cociña Cholaky, M. (2011). La averiguación de la verdad como finalidad del proceso penal. *Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Chile. Obtenido de http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110884/decooci%20C3%20B1a_m.pdf?sequence=1.
- Alvira, T. (1982). Esencialismo y verdad. *Anuario filosófico*. Obtenido de <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/2135/1/01.%20TOM%20C3%20S%20ALVIRA,%20Esencialismo%20y%20verdad%20.pdf>.
- Arazi, R. (2002). *La prueba. Deberes del juez y carga de las partes en la etapa probatoria*. Bogotá D.C.: Universidad Libre.
- Balestrini Acuña, M. (1998). *Estudios documentales, teóricos, análisis de discurso e historias de vida* (Primera ed.). Caracas, Venezuela: Editorial Foto Quintana.
- Belardinelli, S. (1991). La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas. *Anuario filosófico*. Obtenido de <http://dadun.unav.edu/>

bitstream/10171/2322/1/02.%20 Sergio%20Belardinelli.%20La%20 Teor%C3%ADa%20Consensual%20de%20La%20Verdad%20 de%20J%C3%BCrgen%20Habermas.pdf.

- Bustamante Rúa, M. M. (enero-junio de 2010). La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal. *Revista Opinión Jurídica*, 9(17), 71-91.
- Ferrajoli, L. (2006). *Epistemología jurídica y garantismo* (Primera ed.). México D.F., México: Distribuciones Fontamara. Obtenido de <http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/27.-%20Epistemologia%20Juridica%20Y%20Garantismo%20-%20Ferrajoli,%20Luigi.pdf>.
- Foucault, M. (1973). La verdad y las formas jurídicas. Obtenido de http://www.posgrado.unam.mx/arquitectura/aspirantes/La_verdad.pdf.
- Gutiérrez, C. B. (1983). El concepto de verdad en Heidegger. Confrontación de la crítica de Tugendhat. *Revista Ideas y Valores*. Universidad Nacional de Colombia. Obtenido de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/viewFile/19321/20276>.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2003). *Metodología de la investigación* (Tercera ed.). México D.F., México: MC-Graw-Hill. Obtenido de http://data.over-blog-kiwi.com/0/27/01/47/201304/ob_195288_metodologia-de-la-investigacion-sampieri-hernande.pdf.
- Hessen, J. (1926). Teoría del conocimiento. (J. Gaos, Trad.) Instituto Latinoamericano de Ciencia y Artes. Obtenido de <http://es.slideshare.net/mariaeugeniadome/15782053-teoriadelconocimientojhessen>.
- Laserna, M. (1985). La teoría de la verdad en Kant. *Revista Ideas y Valores*. Universidad Nacional de Colombia. Obtenido de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/viewFile/18994/19926>.
- Ley 906. (31 de agosto de 2004). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C., Colombia.
- Montealegre Lynett, E. (2005). *Constitución y sistema acusatorio*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Parra Quijano, J. (2002). *Manual de derecho probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado*. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Real Academia Española. (2012). *Diccionario de la lengua española*. Vi-

- gésimosegunda*. Obtenido de <http://lema.rae.es/drae/?val=principio>.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sentencia C-1287. (5 de diciembre de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-144. (3 de marzo de 2010). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-199. (19 de marzo de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., Colombiano.
- Sentencia C-370. (18 de mayo de 2006). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-396. (23 de mayo de 2007). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-591. (9 de junio de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia C-600. (10 de agosto de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C., Colombiana.
- Sentencia C-620. (13 de junio de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-190. (18 de marzo de 2010). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-275. (15 de junio de 1994). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia T-950. (15 de diciembre de 2011). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia U-1184. (1 de noviembre de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia U-640. (5 de noviembre de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá D.C., Colombia.
- Taruffo, M. (julio de 2008). ¿Verdad negociada? *Revista de Derecho*, XXI(1), 129-151. Obtenido de <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v21n1/art06.pdf>.
- Voltaire. (1994). *Diccionario filosófico*. París, Francia: Universitas. Oxford. Voltaire Foundation.

Responsabilidad y culpa médica: antecedentes y conceptos*

Liability and medical guilty:
background research and concepts

Recibido: 23 de julio del 2013 - Revisado: 3 de octubre del 2013 - Aceptado: 15 de diciembre del 2013

Jaime Luis Árias Fonseca**

Resumen

El presente escrito examina bibliográficamente los conceptos de responsabilidad y culpa médica en Colombia como una derivada de la responsabilidad civil. Para tal efecto, se realiza primero, un repaso de los antecedentes históricos de esta figura con especial mención de la casuística prevista esencialmente en el derecho romano. Y segundo, con apoyo en la doctrina y jurisprudencia, se aborda la culpa médica como elemento principal y generador de la obligación de resarcir el perjuicio causado al paciente, para luego aterrizar en una contextualización de la responsabilidad médica que emerge básicamente de aquélla.

Palabras clave

Responsabilidad médica, culpa médica, obligación de reparar.

Abstract

The present paper examines the concepts of bibliographically liability and medical fault in Colombia as a derivative liability. To that end, is performed first, an overview of the historical background of this figure with special mention of casuistry provided essentially Roman law. And second, to support the doctrine and jurisprudence, medical guilt as a principal element and generator obliged to compensate the damage caused to the patient is approached, before landing in a medical liability contextualization emerges basically it.

Key words

Medical responsibility, medical guilt and obligation to repair.

* Artículo Inédito. Producto de la investigación denominada "Responsabilidad y culpa médica", adscrita al Grupo Tipo B de Investigación en Derecho, Política y Sociedad de la Universidad de la Costa - CUC.

** Abogado, Universidad de la Costa - CUC. Maestrante de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda (V Corte). Abogado. Consultor, Asesor y Litigante en derecho administrativo, responsabilidad civil y del Estado, constitucional, comercial, contratación civil y mercantil. Asesor de la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla. Docente e investigador Universitario. Docente Corporación Universitaria Americana, Sede Barranquilla y de la Corporación Universitaria de la Costa - CUC, sede Sabanalarga - Atlántico.

Correo electrónico:
jarias@coruniamericana.edu.co y/o
jarias1@cuc.edu.co.

Introducción

De la *praxis* jurídica de Colombia referente a la responsabilidad civil, independientemente de su tradicional clasificación como contractual o extracontractual, emerge de manera diferencial una arista conceptual que la doctrina autorizada nacional e internacional reconoce comúnmente con la nominación de responsabilidad médica, con la cual se hace alusión en términos estrictos a la responsabilidad del profesional de la salud y en efecto a la obligación de resarcir los perjuicios causados al paciente que sufrió un daño en su vida o integridad física producto de su conducta culposa, ya sea por impericia, cuando se carece de experiencia, habilidad, capacidad o conocimiento adecuado para prescribir un tratamiento médico o terapéutico; ya sea por negligencia, cuando pese a contar con el conocimiento pertinente para atender al paciente, el mismo no se observa y en consecuencia se produce el daño; ya sea por imprudencia, cuando el profesional de la salud actúa obstinada y temerariamente pese haber previsto el resultado dañino; y ya sea cuando actúa soslayando la reglamentación sobre la prestación del servicio a la salud o cuando se aparta de la *Lex Artis*.

Lo anterior, sin perder de vista, que desde una perspectiva amplia y contemporánea, esta tipología de responsabilidad se podría predicar conjuntamente en contra de las Entidades Promotoras de Salud (EPS); Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (I.P.S) y per-

sonal paramédico. Adicionalmente, en virtud de la construcción teórica del acto médico complejo, se podría decir que la responsabilidad médica no solamente se circunscribe a la actuación del galeno al realizar el diagnóstico y prescribir un tratamiento, sino también podría aludir a todas las actuaciones “previas, concomitantes y posteriores a la intervención profesional, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, hasta que culmina su demanda del servicio” (Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección 3, Subsección B, Sentencia del 27 de abril de 2011. M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. No. 17001-23-31-000-1995-05004-01(20368), 2011, p.12). Actividades que por cierto, por lo regular son efectuadas por el personal paramédico o administrativo.

La responsabilidad médica que se examina bibliográficamente en el presente escrito de manera preliminar, que como viene dicho se desprende de la construcción teórica de la responsabilidad civil en general, hoy por hoy, luego de proferida la Constitución Política de 1991 y teniendo en cuenta el sinnúmero de derechos fundamentales (la salud, integridad física, intimidad, dignidad, la información por falta de consentimiento informado, etc.) que pueden verse afectados por la ocurrencia de una culpa médica, despierta sin lugar a dudas un gran interés por parte de la academia y de los operadores judiciales, alcanzando en efecto, un alto nivel de discusión jurisprudencial y doctrinal, tanto así,

que se encuentran sentencias de las Altas Cortes y estudios académicos que dedican extensas líneas al análisis de la materia. Algunos de estos últimos, además de indicar su fundamentación teórica, reseñan su origen histórico esencialmente en el derecho romano.

Esa ubicación histórica que realiza la doctrina sobre la responsabilidad médica en el derecho romano, donde llegó a concebirse la impericia del médico como causante de la muerte del esclavo y la culpabilidad por el inadecuado suministro de medicamentos (Lázaro, 2011, ps. 24 -26). Ambos casuísticos convergen en la actualidad en lo conceptualizado por la doctrina como “*LA CULPA MÉDICA*”¹. En ese sentido, recuérdese que en la ley Aquilea se consideró responsable a quien producía un daño no solo por dolo sino “por culpa y por impericia en la profesión o arte que se ejerce”, *verbigratia*, el médico que “por falta de conocimientos diese un medicamento nocivo”, equiparándose de ese modo “la impericia a la culpa” (De La Rada, 1857, ps. 175-176).

Aunque en nuestros días la impericia atribuida al médico referenciada por Ulpiano según Próculo en el Digesto D.9, 2, 7, 8 (ULPIANUS libro octavo decimo *ad edictum*)² hace parte de una de las modalidades de culpa, resulta importante destacar que desde tiempos

inmemorables del derecho romano, los jurisconsultos de la época ya preveían algunas hipótesis que hoy pueden considerarse como antecedentes históricos de la pluricitada responsabilidad médica.

Pues bien, en los siguientes párrafos, se examina a partir de la doctrina y jurisprudencia los conceptos de responsabilidad y culpa médica, no sin antes hacer mención a sus antecedentes históricos, que como se advierte, se hallan básicamente en el derecho romano, claro está, sin desconocer la posible influencia histórica de otras culturas jurídicas.

Problema de investigación

La responsabilidad y culpa médica son cuestiones que en la actualidad aún demandan estudios y debates jurídicos con los cuales se procuran básicamente desentrañar sus elementos constitutivos, y en consecuencia, determinar cuándo se está frente a los mismos. Aunque no ha sido pacífico llegar a una conceptualización de los precitados temas, en especial porque la obligación del profesional de la salud por regla general es de medio, hoy la doctrina y la jurisprudencia tratan de establecer el alcance y los elementos característicos de estas materias, los cuales, entre otras cosas se han determinado a partir de la casuística, que para algunos proviene

¹ Entre los autores que se pueden consultar se encuentra, YEPES RESTREPO, Sergio. La responsabilidad civil médica. 6 Edición. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. 2004, p. 71.

² De esa manera lo referencia MOGOLLÓN IBARRA. Jorge Eduardo. La responsabilidad profesional de los médicos. [PDF]. En Revista de Derecho Privado, nueva época. Año I, núm. 1, enero -abril de 2012, pp. 45-72. (Consultado 28 -02-2014). ISSN 0188-5049

en principio del Derecho Romano. De ahí, que resulte oportuno preguntarse como primera medida: ¿Los conceptos de responsabilidad y culpa médica se construyeron a partir de la casuística concebida en el Derecho Romano?

En efecto, lo primero a determinar es si en realidad se podrían afirmar que los conceptos de responsabilidad y culpa médica tienen su antecedente en el Derecho Romano.

Metodología

El presente artículo preliminar hace parte de una investigación jurídica que se guía por un método crítico-racional, toda vez que, busca exponer de manera argumentada y ordenada el análisis realizado con relación a un objeto de estudio como es la responsabilidad y culpa médica.

1. La responsabilidad y la culpa médica

1.1 Antecedentes históricos

La responsabilidad médica, estudiada en la actualidad como una derivada conceptual de la responsabilidad civil, según documenta la doctrina autorizada, entre ésta Lázaro y Fernández, encuentra su antecedente histórico en el

Derecho Romano, específicamente en los siguientes eventos recogidos en Digestos e Institutas de la época:

D.9, 2, 7,8 (ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum).- Proculusait, sin medicus servum imperetis secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.

[Ins. 4,3 7, libro IV, título III sobre Ley Aquilia]. Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperame medicamento dederit.

D. 9,2 8 pr (Gaus libro séptimo ad edictum provinciale).- idem iuris est, si medicamento perperamus fuerit, sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intelligitur³.

D. 9, 2, 9: "Item si obstetrix medicamento dederit et in demulier perierit, lae odistinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin verodedit, ut si bimulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit"⁴

La primera de las citas, comenta Lázaro (2011), hace mayor énfasis a la impericia que a la casuística, presumiendo en efecto, el daño causado en virtud de la misma al esclavo durante una operación. Entretanto, Fernández simplifica

³ Texto original extraído de LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen. La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en el contrato de arrendamiento: del Derecho Romano al Derecho Civil histórico valenciano. Dykinson. Madrid. 2011, ps. 24 -26.

⁴ Texto original extraído de FERNANDEZ ASIAN, Eugenio. "La culpa extracontractual en el Derecho navarro." En: Príncipe de Viana. [en línea]. 1946. No. 25 ps. 737-766. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2251977.pdf p.755

el sentido de dicho evento afirmando que se alude a la “Operación ejecutada por un médico con impericia causando la muerte, porque la impericia se reputa culpa. (Digesto, lib. 9. °, tít. 2. °, ley 7.a)” (Fernández, 1946, p. 755).

En el segundo de los apartes citados, según Soriano, se hace relación a la impericia como culpa propiamente dicha: “si la cirugía fue mal practicada, o si prescribió un medicamento inapropiado” (Soriano, 2000, p.4). Al respecto dice Lázaro (2011) que, “en el texto, claramente la impericia del médico se tiene como culpa, ahora sí que hay referencia al daño concreto *-occiderit-*” (ps. 24-26). Éste considera que ese texto fue incorporado en el D. 9, 2, 7, 8. Entretanto, el profesor Mogollón al sintetizar la “Legislación de Justiniano, expuesta en el título tercero del libro cuarto de sus instituciones” relata: “la impericia se cuenta también como culpa; por ejemplo, si un médico ha muerto a tu esclavo por haberlo operado mal, o por haberle administrado inoportunamente algún medicamento” (Mogollón, 2012, p. 20).

En consonancia con lo antedicho, Fernández (1946) señala que el texto en mención indica: “[c]omo si se hubiere aplicado indebidamente una medicina, o si habiendo hecho bien la operación, hubiese descuidado la operación, pues se le considera reo de culpa. (Digesto, lib. 9. °, tít. 2. °, ley 8.a)” (p. 755).

El tercer texto transcrito apunta a la responsabilidad del médico durante el “postoperatorio”, queriendo ello significar, que “también es culpable el médico por el abandono de la debida curación o por administrar un medicamento inadecuado o de forma inconveniente que provoque el daño” (Lázaro, 2011, p. 60). En igual sentido, Mogollón (2012) traduce: “Si un médico, después de haber operado a tu esclavo, abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa” (p.60).

El cuarto texto, de acuerdo con algunos autores⁵, atañe a la muerte de la mujer provocada por el suministro de medicamentos realizado por una partera o comadrona. Entre esos, véase AEDO (2011), quien destaca que Labeón distinguía entre el hecho de “que si la administró con sus manos se considera que mató, pero si la dio a la mujer para que ésta se la tomara debe darse una acción por el hecho. Y esta opinión es correcta, ya que, más que matar, proporcionó una causa de muerte” (p.755).

Por otro lado, el Código de Hammurabi (2400 a.C.), según Gomes, César y De Franca (1998), estableció:

El médico que produce la muerte de alguien libre, en el tratamiento, o quien deja ciego a un ciudadano libre, se le amputarán las manos; si quien muere es un esclavo, pagará el médico su precio; si lo dejara ciego, pagará la mitad de su precio. (p.4).

⁵ Entre esos véase a AEDO BARRENA. Cristián. La interpretación jurisprudencial extensiva a los verbos rectores de la *lexaquilia de damno*. En Revista *Ius et Praxis*. [PDF]. Año 17, N° 1, 2011, pp. 3 – 30. p. 10 y FERNANDEZ ASIAN, Eugenio. “La culpa extracontractual en el Derecho navarro.” En: *Príncipe de Viana*. [en línea]. 1946. No. 25 ps. 737-766. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2251977.pdf p.755

Igualmente, indican que otros códigos:

Como el libro de los Vedas, el Levítico, ya establecían penas para los médicos que no aplicasen con rigor la medicina de su época. Así, ellos podrían tener las manos amputadas o perder la propia vida si el paciente quedase ciego o terminara falleciendo, cuando el fuese un ciudadano y, si fuera esclavo, indemnizarían a su señor (dueño) con otro siervo. (Meirelles&Voloso, 1998, p. 4).

Contrastando la casuística antes mencionada en especial la romana con las previsiones realizadas en la actualidad por la doctrina y la jurisprudencia, guardando las proporciones del caso, véase que la Corte Suprema de Justicia al referirse a la responsabilidad médica matiza:

[E]l acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, **ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquellos ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad**, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o

que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas (Corte Suprema de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 13 de 2002. Expediente No. 6191. M.P. Nicolás BecharaSimancas. ps. 24 -26)

De la lectura del texto precitado, destáquese por ejemplo, cómo perdura en el tiempo la previsión del derecho romano de considerar como culpa médica y en efecto generadora de responsabilidad, el hecho de suministrar un medicamento inadecuado al paciente. ([*Ins. 4,3 7, libro IV, título III sobre Ley Aquilia*]. *Imperitiaquoqueculpaeadnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam eum medicamentum dederit. D. 9,2 8 pr (Gaus libro séptimo ad edictum provinciale).*- *idem iuris est, si medicamento perperamus fuerit, sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpaereus intellegitur*⁶).

Igualmente, obsérvese de manera simplificada cómo se conserva a nivel jurisprudencial la máxima romana (D. 9,2 8 pr (Gaus libro séptimo ad edictum provinciale).- *idem iuris est, si medicamento perperamus fuerit, sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpaereus intellegitur*), referente a la responsabilidad del médico durante el postoperatorio, *verbigratia*, la Corte Suprema de Justicia refiriéndose a la misma, establece entre otras obligaciones médicas la que regla: “ejercer

⁶ Texto original extraído de LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen. La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en el contrato de arrendamiento: del Derecho Romano al Derecho Civil histórico valenciano. Dykinson. Madrid. 2011, ps. 24 -26.

un completo y constante control durante el postoperatorio o postratamiento, hasta que se agote la intervención del médico tratante o el paciente abandone la terapia” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 11 de abril de 2012, expediente No. 33.920. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán, p. 39).

Aunque en la contemporaneidad la culpa médica no solo se traduce en impericia, sino también en imprudencia, negligencia, violación al reglamento y, como dice Yepes (2004), “faltas de gestión, coordinación, administración o decisión” (ps. 72-75). Toda la casuística prenombrada de una u otra forma potencializaron sin lugar a dudas la construcción doctrinal y jurisprudencial de lo que hoy se conoce como responsabilidad médica. No obstante, pese a ello, no sobra decir que, la imprudencia y negligencia, propias de la culpa, también fueron concebidas en el derecho romano.

1.2 La culpa médica

En el presente trabajo se acuña la nominación “Culpa Médica” difundida entre otros autores por Sergio Yepes Restrepo para hacer referencia como elementos de la responsabilidad médica a: “hecho culposo, conducta, falla, falta, acto o acción” (Yepes, 2004, p.71). Con ello, indiscutiblemente se deben especificar los tipos de culpa, máxime si se tiene en cuenta que éstas adquieren gran significación al momento de abordar el estudio de la responsabilidad médica.

Las tipologías de culpa médica comúnmente aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia son las siguientes: 1) Impericia; 2) Imprudencia; 3) Negligencia; 4) Violación de reglamentos y 4) Faltas de gestión, coordinación, administración o decisión. Como en todas las ciencias, enseña la Corte Suprema de Justicia, la “médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 26 de 2010. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, p. 24). Otros autores como Serrano (2000), siendo más específicos a la materia objeto de estudio, aluden a las formas de falta médica clasificándolas en: 1) Imprudencia médica; 2) Negligencia médica; 3) Impericia Médica y 4) Violación a los reglamentos. Antes de precisar cada una de las formas de culpa enumeradas, vale la pena realizar una breve síntesis doctrinal sobre el significado de culpa como tal.

En ese sentido, Chacón (2003), quien compila el pensar de reconocidos doctrinantes: “Para PLANIOL culpa es una falla contra una obligación preexistente. EMANUEL LEVY la concibe como “la legítima confianza engañada”. Para los hermanos HENRY y LEÓN MAZEAUD “es un error de conducta que no cometería una persona prudente colocada en las mismas condiciones extremas del causante. Para otros la culpa, “es el hecho ilícito imputable a un autor” (p. 85).

Tecnificando el concepto de culpa, y partiendo de la distinción con el dolo, Cubides (2005) expresa: “en la culpa (...) no hay en la voluntad del agente la intención positiva de causar daño a otro. Se trata de una conducta negligente, descuidada, sin intención de dañar; es la falta de la diligencia debida” (p. 290).

En el Derecho Romano, se entendía por culpa toda aquella “ilegalidad imputable sin distinguir si nace de un hecho (facto) o de una omisión (omissione), si de la voluntad de que obra, o de negligencia o descuido” (Navarro, De Lara & De Zafra, 1842, p. 261).

Al leerse detenidamente los conceptos de culpa precitados, se puede inferir que si bien, no existe un criterio inequívoco, en ellos se resumen las derivaciones que hoy se plantean como formas de culpa, las mismas que prácticamente son concebidas como culpa médica, lógicamente hiladas con respecto a la pluricitada responsabilidad médica.

Visto lo anterior, éntrese a definir los tipos de culpa médica, y para el efecto, véase en primera instancia a Yepes (2004), quien conceptúa lo siguiente:

Impericia. Se define como la falta de pericia o habilidad en una ciencia o arte. Aplicado al campo de los servicios de salud, consiste en la falta de conocimiento o capacidad profesional para realizar un acto médico.

Imprudencia. Consiste en la falta de templanza, cautela, prudencia y buen

juicio. Existe cuando se somete a un paciente a un riesgo injustificado que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicos.

Negligencia. Es un descuido, o falta de cuidado, o una omisión, como cuando no se emplean medios conocidos y disponibles en la prestación de un servicio de salud. Si el profesional, no acatando medidas de cuidado, higiene o seguridad que tiene a su disposición, atenta contra la salud del paciente, estaría actuando de manera negligente; igualmente, si el profesional no revisa la historia clínica, las instrucciones de un equipo, las indicaciones de otro colega...

Violación de reglamentos. Está constituido por la infracción de los principios científicos y las normas legales. Además de ella, en el campo médico, se daría cuando el profesional se aparta de la *lexartis*, en la realización de una técnica o un procedimiento. Abarcaría además la violación de normas legales que consagran reglas precisas y de obligatorio cumplimiento, así como normas de ética médica, estudios profesionales y escuelas científicas. (ps. 72-75).

Por su parte Serrano (2000), en segunda instancia determina:

Imprudencia médica. La imprudencia médica se da cuando el galeno adopta una actitud profesional injustificadamente apresurada, o carente del juicio previo y necesario que se requieren para prever los resultados del acto médico.

Negligencia médica. Es la actitud

profesional mediante la cual, el médico no hace lo que debe hacer pudiéndole hacer. Se configura cuando el profesional de la medicina que conociendo sus deberes y sabiendo cómo debe realizar el acto médico, y encontrándose en la posibilidad de hacerlo, pues nada le impide cumplir con su deber, no lo hace.

Impericia médica. Se da cuando el médico realiza su actuación profesional sin el conocimiento, la habilidad o la capacidad profesional requerida para realizar un tratamiento o intervención adecuada.

Violación de los reglamentos. Teniendo en cuenta que la medicina es una profesión estrictamente reglada, como quiera que su objeto es la salud humana, el médico incurre en falta cuando por acción o por omisión viola las disposiciones legales que regulan su profesión, y que le exigen comportarse de determinada forma, es decir que en este caso la falta deviene de la violación de la obligación exigida al médico, tanto en la ley, como en los reglamentos. (ps. 121-122)

Simplificando lo anotado, Gomes, César y De Franca (1998), expresan: “la negligencia, consiste en no hacer lo que debería ser hecho; la imprudencia consiste en hacer lo que no debería ser hecho y la impericia en hacer mal lo que debería hacerse bien”. (p. 2)

La Corte Suprema de Justicia en un memorable razonamiento hace énfasis a la culpa médica y su tipología en el siguiente tenor:

Al profesional de la salud, **es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte**, sobre él gravitan prestaciones concretas, sin llegar a extremo rigor, considerada la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas. En este contexto, por regla general, **la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa**, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en **razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la *lexartis***, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8º decreto 2280 de 1981), naturalmente “*el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza*”, incluso éticos componentes de su *lexartis* (cas. civ. sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430), respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 17 de 2011. M.P. William Namén Vargas, Rad. 11001-3103-018-1999-00533-01, 2011, p.10) –Negrilla y subrayado fuera del texto original–.

Con base a lo anterior, y como a continuación se examina, puede afirmarse que el fundamento de la responsabili-

dad tratada es la culpa médica. Entiéndase por ella, si se quiere, como el producto o resultado de una conducta no intencional realizada generalmente por un profesional de la medicina, la cual es reprochable y su daño resarcible a favor de quien lo sufre, ya sea por impericia, cuando se carece de experiencia, habilidad, capacidad o conocimiento adecuado para prescribir un tratamiento médico o terapéutico; ya sea por negligencia, cuando pese a contar con el conocimiento pertinente para atender al paciente, el mismo no se observa y en consecuencia se produce el daño; ya sea por imprudencia, cuando el profesional de la salud actúa obstinada y temerariamente pese a haber previsto el resultado dañino, y, ya sea cuando actúa soslayando la reglamentación sobre la prestación del servicio a la salud o cuando se aparta de la *Lex Artis*.

1.3 Responsabilidad médica

De la *praxis* jurídica de Colombia referente a la responsabilidad civil, independientemente de su tradicional clasificación como contractual o extracontractual, nace de manera diferencial una variante conceptual que la doctrina autorizada nacional e internacional reconoce comúnmente con la nominación de responsabilidad médica, con la cual se hace alusión en términos estrictos a la responsabilidad del profesional de la medicina y en efecto a la obligación de resarcir los perjuicios causados al paciente que sufrió un daño en su vida o integridad física producto de la conducta culposa de aquél, ya sea por impe-

ricia, cuando se carece de experiencia, habilidad, capacidad o conocimiento adecuado para prescribir un tratamiento médico o terapéutico; ya sea por negligencia, cuando pese a contar con el conocimiento pertinente para atender al paciente, el mismo no se observa y en consecuencia se produce el daño; ya sea por imprudencia, cuando el profesional de la salud actúa obstinada y temerariamente pese haber previsto el resultado dañino, y, ya sea cuando actúa soslayando la reglamentación sobre la prestación del servicio a la salud o cuando se aparta de la *Lex Artis*.

Para abordar lo anunciado como responsabilidad médica, se parte inicialmente de la apreciación que concierne a lo denominado por la doctrina como obligación de medio, que predica: “[e]l médico no puede prometer, asegurar ni garantizar la cura del enfermo. Por lo tanto, el único resultado que se puede ofrecer es que se pondrá todo el empeño, diligencia, pericia, conocimiento, prudencia y cuidado para una correcta ejecución” (Guzmán, 2001, p.1). De no actuar bajo esa órbita, surgirá en contra del profesional de la salud, como consecuencia, la obligación de reparar los perjuicios causados al paciente. Cabe advertir, que la obligación del médico podrá ser eventualmente de resultado “como en aquellos casos de cirugías estéticas, donde el paciente piensa que va a obtener un resultado por la información deficiente que dan los facultativos; pues la información sesgada puede dar expectativas irreales y es la que genera la responsabilidad” (Ruiz, 2004, p. 199).

Se repite, la obligación que genera responsabilidad médica es de medio y no de resultado como creen algunas personas de manera errada, pues, la segunda, únicamente se encuentra prevista para procedimientos médicos de carácter estéticos.

Otra precisión que resulta oportuna efectuar en atención a la clásica división de responsabilidad civil en contractual o extracontractual, es la referente a que la responsabilidad médica, se reputa como contractual cuando surge el deber o la obligación de resarcir “los perjuicios causados como consecuencia de la violación al contrato de asistencia médica. Por lo general la naturaleza de la responsabilidad civil médica es contractual, porque mayoritariamente el vínculo jurídico entre el paciente y el médico es un contrato” (Serrano, 2000, p. 80).

Entretanto, la responsabilidad civil médica extracontractual, afirma Serrano (2000):

[N]ace por la violación del deber general de cuidado establecido en la Ley, y específicamente cuando no existiendo acuerdo de voluntades con el paciente o sus interesados para la prestación del servicio médico, se viola el deber de asistencia consagrado en la Ley y en los códigos de ética médica. (...) La responsabilidad extracontractual se puede presentar frente al paciente o frente a terceros, es extracontractual frente al paciente cuando no ha existido acuerdo de voluntades o cuando el daño no tiene nada que ver con el acto médico. (p. 145)

En consonancia con lo formulado por el doctrinante citado, véase lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, que refiriéndose a dicha clasificación señala:

En lo atañadero a la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida **es su clasificación en contractual o extracontractual** (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Noviembre 17 de 2011. Rad. 11001-3103-018-1999-00533-01. M.P. William Namén Vargas, p.10) - Negrilla fuera del texto original-

Aunque aparentemente, pareciere que en la actualidad existe una marcada diferencia entre uno y otro tipo de responsabilidad, dada la complejidad que representa hoy en día la medicina y en consecuencia la configuración de la culpa médica y su análisis en la *praxis* jurídica, en opinión del autor, y con apoyo en la jurisprudencia, se puede afirmar que la realidad es otra, hasta el punto que la referida distinción cada vez resulta más inverosímil al momento de

administrar justicia por parte de los operadores judiciales.

Para reforzar la precitada posición, resulta imprescindible traer a colación el siguiente razonamiento jurisprudencial:

[L]a Corte, en su prístino propósito de administrar y lograr la justicia, sin desconocer la dicotomía normativa entre la responsabilidad contractual y extracontractual por sus directrices o reglas jurídicas diferenciales (...) ni las críticas (...) nos parece que, **en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción**, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el 'derecho general' o 'derecho común' y los regímenes especiales de responsabilidad civil'), ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, verbi gratia, en tratándose de los intereses de consumidores y usuarios cuya protección 'no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial (sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01), puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas

tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante' (cas. civ. 7 de febrero de 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01, [SC-016-2007]) y, **de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales** (cas. civ. 11 de septiembre de 2002 [SC-172-2002], exp. 6430; 13 de septiembre de 2002, exp. 6199; 27 de septiembre de 2002, exp. 6143; 18 de mayo de 2005, exp. 14405)(Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de mayo de 2009. M.P. Dr. William Namén Vargas. Exp. 05001-3103-002-2002-00099-01. ps. 29-30) -Negrilla fuera del texto original-.

Ejemplificando ciertas situaciones que dificultan la determinación de la responsabilidad como contractual o extracontractual, señala la Corte:

Aunque existen algunos eventos en los que no hay consenso sobre la naturaleza de la acción, **como acontece con las relativas a la atención del paciente en los que éste no puede prestar su consentimiento, ni puede hacerlo en su nombre o por su cuenta un tercero (como acontece en graves casos de emergencia), o en aquellos**

en los que el daño se produce en las etapas previas a la celebración del contrato, o en los que el perjuicio es ocasionado en materia ajena a la que es objeto del negocio, casos estos en los que la doctrina discute en torno a si la responsabilidad es extracontractual o contractual. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de agosto de 2011. M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. No. 2001 00778 01. p. 16) - Negrilla fuera del texto original.-

Bien lo referencia la Corte Suprema de Justicia, en la práctica puede suceder que, unos “mismo hechos, actos o conductas”⁷, además de engendrar una obligación de resarcir el perjuicio causado en virtud de la relación contractual médico-paciente, también podrá ocasionar perjuicios a terceros ajenos al vínculo contractual, por tanto, en aras de glorificar el principio constitucional del acceso a la administración de justicia, le corresponderá al Juez en ocasiones desentrañar, de acuerdo a su razonado criterio *juris*, el tipo de responsabilidad especial en aquellos casos donde se presenta la reclamación conjunta del paciente y terceros ajenos al contrato. Por esta y otras razones, llevan preferiblemente a llamarla responsabilidad médica, independiente de que sea contractual o extracontractual, porque lo realmente importante es resarcir a quien o quienes han sido afectados por una culpa médica; sin embargo, no podría descartarse de un tajo dicha clasificación en especial

cuando el caso *sub-examine* no representa mayores complejidades, o cuando se trate de establecer los límites para acudir a la acción judicial, último punto que se cree deberá cambiar, y en efecto, tendrá que unificarse.

Lo destacable de este tipo de responsabilidad es que, afirma Guzmán (2001):

[E]l médico debe reparar el daño sufrido por su paciente cuando debió atenderlo en debida forma por un contrato o acto jurídico extracontractual) y como consecuencia de su conducta reprochable, generó un perjuicio o daño; o cuando incurrió en una conducta médica prohibida y generó el daño (hecho ilícito) o cuando, por mandato de la ley estaba obligado a atender al paciente y no lo hizo. (p. 8)

En ese sentido resulta oportuno recalcar como lo hace Chacón (2003), que el ejercicio de la profesión médica:

[S]e encuentra regulado por una serie de preceptos de carácter ético – legal. El acto médico puede acarrear determinadas consecuencias. Unas positivas, que resultan acordes con las expectativas trazadas, como cuando evoluciona satisfactoriamente el paciente. Y otras que resultan adversas a estos propósitos al generar consecuencias nefastas, frente a las cuales deben el Estado, o el profesional entrar a responder, siempre y cuando concurra alguna de las formas de culpabilidad, es decir, que no obre causal alguna de inculpabilidad. (p.85)

⁷ Anotación que se resalta de COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de mayo de 2009. Exp. 05001-3103-002-2002-00099-01.

Entonces, es claro que únicamente podrá hablarse de responsabilidad médica cuando se presenten algunas de las modalidades de culpa aceptadas casi que unánimemente por la doctrina, tales como: 1) la imprudencia médica; 2) la negligencia médica; 3) la impericia médica y 4) la violación a los reglamentos o *lex Artis*.

Tan cierto es lo antedicho, que el Consejo de Estado, considera:

[E]n materia del acto médico, y **de la responsabilidad derivada de su concreción, lo relevante no es el error en sí mismo - pues la medicina no puede ser considerada como una ciencia exacta -, sino aquel descuido inexcusable que conlleva la falta de aplicación del diagnóstico o del tratamiento idóneo cuando se tienen claros, concurrentes y múltiples indicios patológicos que debieron ser despejados de manera oportuna, con el fin de que la enfermedad o la situación padecida por el paciente, en este caso la gestante y su bebé, no se hubiera agravado, ya que, el médico, en atención a la posición en la que se encuentra frente al paciente, debe velar porque los riesgos que le resultan previsibles y, de manera específica, por él controlables, se mantengan en la órbita de su manejo y dominio.** (Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. Sentencia de 28 de marzo de 2012. M.P. Dr. Enrique Gil Botero. Expediente No. 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163).p. 39) - Negrilla fuera del texto original-.

Aclarado entonces, que para determinar la existencia de una responsabilidad médica debe verificarse la ocurrencia de una culpa médica en cualquiera de las modalidades mencionadas, precisese igualmente, que este tipo de responsabilidad desde una visión amplia, de compleja construcción, puede endilgarse en contra de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), Institución Prestadora de Servicios de Salud (I.P.S), clínicas del sector privado y cualquier profesional de la salud (enfermeras, instrumentadores quirúrgicos, paramédicos, etc.).

En lo que respecta a la responsabilidad que asiste a otros agentes, véase por ejemplo, la correspondiente a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) e Institución Prestadora de Servicios de Salud (I.P.S), de conformidad a la Corte Suprema de Justicia:

Es principio del sistema organizado, administrado y garantizado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la calidad en la prestación de los servicios de salud, atención de las condiciones del paciente según las evidencias científicas, y la provisión "*de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada*" (artículo 153, 3.8, Ley 100 de 1993).

En idéntico sentido, **las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer**

procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2º, Decreto 1485 de 1994).

Igualmente, **la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos.** Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.

La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS *“en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”*, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los *“contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras*

de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. *Contrario sensu*, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 17 de 2011. M.P. William Namén Vargas, Exp. No.11001-3103-018-1999-00533-01. p.10) – Negrilla fuera del texto original.-

De lo anteriormente expuesto, se subraya que a nivel de responsabilidad médica el profesional de la salud no es el único que se obliga a resarcir los perjuicios, en especial cuando se está en presencia de un paciente afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud (sin importar que sea el régimen contributivo o subsidiado “SISBÉN”), comoquiera que, son solidariamente responsables junto al médico las Entidades Prestadoras de Salud – E.P.S, las Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, por los daños causados, sobre todo, en casos de lesiones o muerte.

La solidaridad mencionada, nace de lo que algunos doctrinantes denominan como prestación médica colectiva, que va más allá del acto médico propiamente dicho, esto es, el realizado por el galeno al diagnosticar la enfermedad y prescribir un tratamiento para mejorarla. Al respecto destaca Llamas (1998):

(...) actualmente, por la propia complejidad de la ciencia médica y de las

técnicas que conlleva, y las demás razones que a continuación exponemos, lo normal es la prestación colectiva y no sólo eso, sino que también el acto médico propiamente dicho procede de varios facultativos, tanto en el nivel de toma de decisiones como en el de la ejecución material del mismo. (p. 258).

La *praxis* médica actual demuestra que la atención de un paciente demanda por lo regular la intervención de varios agentes, entre los que se cuentan: Entidades Promotoras de Salud (EPS); Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (I.P.S); personal paramédico y médicos. Ahora bien, si la persona aquejada en su salud decide acudir a un consultorio atendido por un facultativo, podría decirse que se está frente un acto médico propiamente dicho o individual. No obstante, se reitera que esto último es de escasa ocurrencia, pues, hoy puede imputarse responsabilidad tanto a la organizadora de la prestación del servicio que puede ser una clínica (Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud I.P.S) como al galeno. El centro hospitalario tiene el deber de garantizar la óptima prestación del servicio en sus instalaciones de acuerdo a los términos y condiciones higiénicas establecidas convencional o legalmente.

Sumado a lo anterior, examínese la jurisprudencia y la doctrina denominada como “**ACTO MÉDICO COMPLEJO**”. Al respecto véase lo dispuesto por el Consejo de Estado en la Sentencia de abril 27 de 2011, como nota de relatoría:

FALLA MÉDICA - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / RESPONSABILIDAD MEDICA - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Acto médico propiamente dicho. Acto médico complejo. Actos anexos / ACTO MEDICO - Carácter complejo. Carácter integral / ACTO MEDICO - Acto médico propiamente dicho / ACTO MEDICO COMPLEJO - Actos anexos

[L]a responsabilidad patrimonial por los daños causados con ocasión de la actividad médica involucra, de una parte, el acto médico propiamente dicho, que se refiere a la intervención del profesional médico en sus distintos momentos y comprende particularmente el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, incluidas las intervenciones quirúrgicas, y de otra, todas aquellas actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la intervención del profesional médico, que operan desde el momento en que la persona asiste o es llevada a un centro médico estatal, actividades que están a cargo del personal paramédico o administrativo. Sobre la distinción entre el acto médico propiamente dicho y los actos anexos que integran el llamado “acto médico complejo”, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en repetidas oportunidades y ha acogido la clasificación que sobre tales actos ha sido realizada por

la doctrina en: (i) actos puramente médicos, que son realizados por el facultativo; (ii) actos paramédicos, que lo son las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; que regularmente son llevadas a cabo por personal auxiliar, tales como: suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar la tensión arterial, etc. y (iii) actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hostelería, entre los que se incluyen el alojamiento, manutención, etc. y obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes. Se anota, al margen, que esta distinción tuvo gran relevancia en épocas pasadas para efectos de establecer el régimen de responsabilidad aplicable y las cargas probatorias de las partes, en los casos concretos, pero de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que de manera más reciente adoptó la Sala, en todo caso el régimen de responsabilidad aplicable en materia de responsabilidad médica es el de la falla del servicio y por lo tanto, dicha distinción sólo tiene un interés teórico. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. No. 17001-23-31-000-1995-05004-01(20368), p.1)

La anterior cita jurisprudencial, reafirma la distinción entre la responsabilidad médica cuando proviene de la relación médico-paciente y el acto complejo, que demanda una intervención colectiva de otros agentes. Cabe anotar que este último, hace alusión a todas las actuaciones previas, concomitantes y posteriores ajenas al acto médico in-

dividual, las cuales se presentan desde el mismo instante en que el paciente es asistido en primeros auxilios y transportado a una clínica u hospital, actuaciones que como bien lo señala el Consejo de Estado, están a cargo del personal paramédico o administrativo.

Conclusiones

Del examen bibliográfico preliminar realizado, se pudo extraer que la casuística propuesta básicamente en el derecho romano que hoy encuadra en lo denominado por la doctrina y jurisprudencia como responsabilidad médica es sin lugar a dudas, el antecedente histórico que tiene ésta a nivel teórico-práctico, en especial a lo que se refiere a las clases de culpa, que si bien han sido decantadas en tiempos posteriores por la doctrina, ello no es óbice para desconocer su precedente.

Se determinó que la culpa médica se configura por: 1) la imprudencia médica; 2) la negligencia médica; 3) la impericia médica y 4) la violación a los reglamentos o *lex Artis*.

Por culpa médica, debe entenderse si se quiere, el producto o resultado de una conducta que raya con el deber ser, y que por tanto, resulta reprochable y resarcible el daño que se llegare a ocasionar, ya sea por impericia, cuando se carece de experiencia, habilidad, capacidad o conocimiento adecuado para prescribir un tratamiento médico o terapéutico; ya sea por negligencia, cuando pese a contar con el conocimiento pertinente para

atender al paciente, el mismo no se observa y en consecuencia se produce el daño; ya sea por imprudencia, cuando el profesional de la salud actúa obstinada y temerariamente pese haber previsto el resultado dañino, y, ya sea cuando actúa soslayando la reglamentación sobre la prestación del servicio a la salud o cuando se aparta de la *Lex Artis*.

Se estableció que si bien la responsabilidad médica es una derivada de la civil, la cual se encuentra precedida por la antaño clasificación de responsabilidad contractual o extracontractual, en la actualidad dada la complejidad que puede representar la ubicación de una u otra en un caso particular, dicha división está llamada a desaparecer, en especial, porque lo que interesa es que el Juez administrando justicia, declare la existencia de responsabilidad y en efecto ordene el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con motivo a una culpa médica.

Y por último, se afirmó que por responsabilidad médica, se puede predicar en términos estrictos a la conducta culposa realizada por un profesional de la medicina que genera responsabilidad, y la obligación de resarcir a quien sufre el daño. Lo anterior, sin perder de vista que desde una visión amplia, esta tipología de responsabilidad puede llegar a predicarse en contra de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), Institución Prestadora de Servicios de Salud (I.P.S), clínicas del sector privado y paramédico.

Referencias

AEDO BARRENA. Cristián. La interpretación jurisprudencial extensiva a los verbos rectores de la *lex-aquilia* de damno. En Revista Ius et Praxis. [PDF]. Año 17, N° 1, 2011, pp. 3 – 30.

CHACÓN PINZÓN, Antonio José. Fundamentos de responsabilidad médica. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Medellín. 2003.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 13 de 2002. M.P. Nicolás BecharaSimancas. Exp. No. 6191.

----- . Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 17 de 2011. M.P. William Namén Vargas, Rad. 11001-3103-018-1999-00533-01.

----- . Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de mayo de 2009. M.P. Dr. William Namén Vargas. Exp. 05001-3103-002-2002-00099-01.

----- . Sala de Casación Penal. Sentencia de 11 de abril de 2012, expediente No. 33.920. M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

----- . Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de agosto de 2011. M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. No. 2001 00778 01.

- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. M.P. Dr. Enrique Gil Botero Expediente No. 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163).
- , Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. No. 17001-23-31-000-1995-05004-01(20368).
- CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. 5ª Edición. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2005. p. 290.
- DE LA RADA Y DELGADO, Juan de Dios. Elementos de Derecho Romano. Imprenta de Repulles. Madrid. Tomo II. 1857. p. 175-176.
- FERNANDEZ ASIAN, Eugenio. "La culpa extracontractual en el Derecho navarro." En: Príncipe de Viana. [en línea]. 1946. No. 25 ps. 737-766. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2251977.pdf p.755.
- LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen. La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en el contrato de arrendamiento: del Derecho Romano al Derecho Civil histórico valenciano. Dykinson. Madrid. 2011, ps. 24 -26.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. La Responsabilidad Civil del Médico: Aspectos Tracionales y Modernos. Ed- Trivium. Madrid, 1998.
- GUZMAN MORA. Fernando. Criterios para definir la responsabilidad civil del acto médico en Colombia. En revista CONAMED. Año 5, Vol. 10, Núm. 21, octubre – diciembre, 2001. [Consultado 28-02-2014]. ISSN 1405-6704.
- MEIRELLES GOMES, JÚLIO CÉZAR y VELOSO DE FRANCA, Genival. Error Médico. Parte IV. Catapulta. Brasilia. Brasil. 1998. Organizadores: Dres. Sergio Ibiapina Ferreira Costa, Volenei Garrafa y Gabriel Ozelka.
- MOGOLLÓN IBARRA. Jorge Eduardo. La responsabilidad profesional de los médicos. [PDF]. En Revista de Derecho Privado, nueva época. Año I, núm. 1, enero –abril de 2012, pp. 45-72. ISSN 0188-5049.
- NAVARRO ZAMORANO, Ruperto, JOAQUÍN DE LARA Rafael, DE ZAFRA José Álvaro. Instituciones de Derecho Romano. Parte General. Tomo III. Imprenta del Colegio de Sordo – Mudo. Madrid. 1842. p. 261.
- YEPES RESTREPO, Sergio. La responsabilidad civil médica. 6 Edición. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. 2004.

RUIZ, Wilson. La responsabilidad médica en Colombia. En *Criterio Jurídico*. V.4 2004 pp. 195-216. [Consultado 25-02-2014]. ISSN 1657-3978.

SORIANO CIENFUEGOS, Carlos. El casuismo romano como metodología propia del derecho. (TEMA VIII). Universidad Panamericana, México. p. 14. Disponible en: www.edictum.com.ar/.../Prof.%20Carlos%20Soriano%20Cienfuegos.doc.

SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Nuevos conceptos de responsabilidad médica. Ediciones Doctrina y Ley. Santa fe de Bogotá. 2000.