

REVISTA ACADEMIA & DERECHO

CENTRO SECCIONAL DE INVESTIGACIONES



UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA

Universidad Libre Seccional Cúcuta	Revista Academia & Derecho	Publicación Semestral	ISSN: 2215-8944	Año 4 Nº 7 2013	Julio - Diciembre	Pág. 188	Centro Seccional de Investigaciones	Facultad de Derecho
---	-------------------------------------	--------------------------	--------------------	-----------------------	-------------------------	-------------	---	---------------------------

REVISTA ACADEMIA



&

DERECHO

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. (C) 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
Incluida 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 2222
Correo electrónico: revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co
Página web: en construcción
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	Iván Vila Casado
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 Luis Enrique Niño Ochoa - Investigaciones José María Peláez Mejía - Penal Freddy Alberto Pabón Martínez – Sociales

Tabla de contenido

Carta del director	9
Diego Armando Yañez Meza <i>Universidad Libre Seccional Cúcuta, Cúcuta, Colombia</i>	
Guía de autores	11
Guide d’auteurs	17
Guía de autores	23

DERECHO PROCESAL

<i>Reglas de prueba en el incidente de reparación integral,</i>	29
José María Peláez Mejía, <i>Universidad Libre Seccional Cúcuta, Cúcuta, Colombia.</i>	
<i>El fin del proceso un asunto cultural: la búsqueda de la verdad o la solución del conflicto,..</i>	41
Pedro Alirio Sánchez Novoa, <i>Universidad Libre Seccional Cúcuta, Cúcuta, Colombia.</i>	
<i>La medida cautelar innominada y su inaplicación por los jueces civiles municipales, civiles del circuito y administrativos de oralidad de Medellín en los procesos declarativos,</i>	53
Camilo Andrés Garzón Correa, Martha Nelly García Zapata, <i>Universidad Cooperativa de Colombia, Medellín, Colombia.</i>	

DERECHOS HUMANOS

<i>El análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore,</i>	79
Gerson Eduardo Ayala Peñaranda, <i>Universidad de Pamplona, Pamplona, Colombia.</i>	

DERECHO ADMINISTRATIVO

Validez del modelo actual de la revocatoria del mandato en Colombia, 107
Darwin Gilberto Clavijo Cáceres,
Universidad de Pamplona, Pamplona, Colombia.

La teoría de los actos separables del contrato estatal: disfunción de la luz de la ley 1437 de 2011, 133
Jennifer Patricia Santos Ibarra,
Universidad Simón Bolívar, Cúcuta, Colombia.

Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción, 145
Gabriel Jaime Mármol,
Independiente, Bogotá, Colombia.

REFLEXIONES GRANDES MAESTROS DEL DERECHO PROCESAL

Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo, .. 171
Diana María Ramírez Carvajal,
Universidad de Medellín, Medellín, Colombia.

Carta del director

Diego Armando Yañez Meza

La publicación de la Revista Academia & Derecho en el periodo julio-diciembre del año 2013 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 administrativo, contratación estatal, constitucional, laboral, probatorio, procesal, penal, interpretación y argumentación, humanos, 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 Revista 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 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 región; al ser el único espacio académico en publicación seriada, la Revista proporciona un espacio siempre necesario, indispensable y angular para la comunidad 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.

En la especialidad del derecho administrativo y en particular sobre contratación estatal se destacan las investigaciones tituladas *“Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción”* y *“La teoría de los actos separables del contrato estatal”*.

En la especialidad del derecho penal y en particular sobre derecho procesal penal se destaca la investigación titulada *“Reglas de prueba en el incidente de reparación integral”*.

En la especialidad del derecho administrativo y en particular sobre derecho procesal administrativo se destaca la investigación titulada *“Validez del modelo actual de la revocatoria del mandato en Colombia”*.

En la especialidad de los derechos humanos se destaca la investigación titulada *“El análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore”*.

En la especialidad del derecho procesal se destaca la investigación titulada *“El fin del proceso un asunto cultural: la búsqueda de la verdad o la solución del conflicto”* y *“La medida cautelar innominada y su inaplicación por los jueces civiles municipales, civiles del circuito y administrativos de oralidad de Medellín en los procesos declarativos”*.

Finalmente, como elemento estructural de la Revista se presenta la Sección *“Reflexiones grandes maestros del derecho”*, en esta edición dedicada al Derecho Procesal, y en la cual la doctora Diana María Ramírez Carvajal, reconocida en el ámbito académico como la persona que mejor conoce en América las teorías del profesor italiano Michele Taruffo, presenta su valoración frente a *“Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo”*. Sin duda un escrito que presenta actualizado y nutrido insumo para el inicio de sucesivas investigaciones.

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 12, espacio sencillo y 2.54 cm a cada margen. Las notas al pie de página deben pre

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

sentarse 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 un 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 semestrielle 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 la 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 Revues de Science, Technologie et Innovation Colombiennes de Février 2010 et le Document Guide pour le Service Permanent d'Indexation des Revues Séries 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 apporte 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 sommet à processus éditorial ne peut pas être présenté à d'autres revues.
- c. Dans le contenu du document ne doit être qu'énuméré les point 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 inclusions de références bibliographiques.

Mots-clés / Key Words: Doivent montrer l'idée des sujets fondamentaux qui se trouvent dans l'article. Il requiert 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 par 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 éditorial, sans modifier le fond de la thématique traitée. Une fois reçu l'article dans le courriel institutionnel de la Revue l'auteur reçoit une réponse sur le compliment initial 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 remise de son concept.

La remise 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 imprimée 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, quartier El Bosque, Cúcuta - Colombie ou peut-être envoyé par mail au courriel revistaacademiaderecho@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 documentos publicados na Revista que, a juízo do Comité Editorial, constituem um aporte importante na discussão do tema por parte da comunidade científica de referência.

6. **Editorial:** É um documento escrito pelo Editor, um membro do Comité Editorial ou um pesquisador convidado 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

Titulo: 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 académica, **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 eletrónica 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 recollecção 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 validez da hipótese da investigação que foi feita no processo de pesquisa.

O autor do documento que é sometido 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 uteis 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 uteis 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 electrónica e/ou na pagina web. Nesse sentido, quando o autor se somete 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 electrónico revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co.

Reglas de prueba en el incidente de reparación integral *

Rules of evidence in the incident of comprehensive repair

Recibido: 19 de enero del 2013 - Revisado: 18 de marzo del 2013 - Aceptado: 30 de mayo del 2013.

José María Peláez Mejía**

Resumen

El presente artículo tiene por objeto dilucidar cuáles son las reglas probatorias que deben de ser aplicadas en el incidente de reparación integral, puesto que en la praxis judicial colombiana se presenta la dificultad de establecer si han de ser éstas las del Código General del Proceso o las del Código de Procedimiento Penal, no existiendo acuerdo aún en dicho aspecto. Por lo tanto y para tales efectos se procederá primero a delimitar el problema jurídico, mostrando las diversas respuestas dadas por la doctrina nacional, para luego brindar una solución plausible al citado cuestionamiento desde el punto de vista jurisprudencial y también constitucional.

Palabras clave

Incidente de reparación, pruebas, principios, línea jurisprudencial.

Abstract

This paper aims to elucidate what evidentiary rules that must be applied in the event of full compensation, since in the Colombian legal practice is difficult to establish if they are to be the Code of Procedure of the General presented are or the Code of Criminal Procedure, there being no agreement yet on that aspect. Therefore, and for such purposes will first proceed to define the legal problem, showing various responses given by the national law, then provide a plausible solution to that question from the point of view of jurisprudence and constitutional.

Key words

Incident repair, testing, principles, jurisprudential line.

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto del proyecto de investigación intitulado "Investigación crítica de las líneas jurisprudenciales colombianas en torno a los problemas jurídicos que plantea el sistema penal acusatorio y la dogmática jurídico penal" de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, adscrito al Centro de Investigaciones Seccional.

** Abogado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Magister en Derecho Penal de la Universidad Libre Bogotá. Magister (C) en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre Bogotá. Docente de Pregrado y Posgrado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Director del Semillero de Investigación en Derecho Penal "Claus Roxin".

Correo electrónico:
jmpmdeus@gmail.com

Introducción

Uno de los cuestionamientos más importantes que ocurren al interior de la praxis judicial en el desarrollo del sistema de procedimiento penal colombiano es, indiscutiblemente, la determinación de cuáles son las reglas de prueba que deben ser aplicadas a la hora de llevar a cabo el Incidente de Reparación Integral. Puede observarse que en la mayoría de los casos los funcionarios jurisdiccionales optan por aplicar la normatividad penal en materia de prueba, para establecer la responsabilidad civil derivada de la conducta punible por la que se obtuvo finalmente condena.

Estas apreciaciones parten de una base común: el incidente de reparación integral es un procedimiento más -como lo sería el juicio oral- al interior del proceso penal -tanto así que su regulación está regida de inicio a fin en los artículos 102 al 108 (Ley 906, 2004) del Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP), entre otros-, llevado a cabo por un juez penal conforme al artículo 102, que debe tener como fuente normativa en la regulación del trámite probatorio lo dispuesto en los artículos 372 y ss., máxime cuando por ejemplo el artículo 382 enuncia una lista de medios probatorios en los cuáles no se establece distinción alguna en tratándose del procedimiento incidental (Ley 906, 2004).

Esta posición es avalada por algún sector de la doctrina, al respecto (Urbano Martínez, 2011), afirma en lo atinente:

“Como puede apreciarse, en el incidente de reparación integral existe actividad probatoria y ésta se dirige a la determinación del daño causado con la conducta punible y la indemnización correspondiente, teleología que guarda correspondencia con los fines del proceso penal pues recuérdese que uno de estos tiene que ver con la reparación del daño. Ahora, del régimen legal del incidente de reparación y de sus desarrollos jurisprudenciales, se infiere que esta actividad probatoria, si bien no está vinculada rigurosamente a la estructura probatoria del juicio oral, al punto que, por ejemplo, no existe deber de aseguramiento o descubrimiento; tampoco se caracteriza por una informalidad probatoria como la del traslado del artículo 447 del C.P.P.; antes bien, se rige por los principios probatorios del juicio previstos en el artículo 250.4 de la C.P. Por estos motivos, para acreditar los perjuicios causados con la conducta no basta con aportar los elementos materiales probatorios en poder del incidentante pues estos sólo adquieren la calidad de pruebas si se practican ante el juez de conocimiento; es decir, si ante él acuden los testigos y peritos y si los documentos, salvo las excepciones legales, se aportan con los correspondiente testigos de acreditación.”

Así mismo, existe una segunda opinión de carácter intermedio que, aún cuando considera que ciertas reglas probatorias del juicio no son del todo aplicables al incidente de reparación integral, tampoco comparte la posibilidad de aplicar por integración normativa las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil. Sobre dicha postura se ha expuesto por otra de las tendencias en la doctrina (González Navarro, 2012) lo siguiente:

*“Ahora en cuanto a la aplicación del incidente por vía de integración del artículo 25 para traer lo dispuesto en la obra procesal civil, existe una enorme dificultad y es que el procedimiento civil está sentado sobre la escritura y como tal esto significaría que como el incidente de reparación integral suscitado por sentencia condenatoria penal se le reconoce en el contexto **de partes** no se puede aplicar la ideología de un sistema escriturario en la medida que la dinámica del sistema acusatorio es a base de audiencias y **sobre oralidad**.”*

En virtud de este inconveniente procesal no veo otra opción que el Juez de conocimiento penal sea quien dirija el tema de la presentación de la prueba ge-

nerando la pedagogía donde se proteja a la víctima en ese acápite para que por aplicación de las normas de la obra procesal civil no se le revictimice (...)”

Finalmente se cuenta con una tercera tesis doctrinal (Uribe García, 2008) (Saray Botero, 2013)¹ de conformidad con la cual las reglas probatorias aplicables en el incidente de reparación integral deben ser sin lugar a dudas las del Código de Procedimiento Civil (o Código General del Proceso), según la fórmula jurídica de la integración normativa contemplada en el artículo 25 del C.P.P. por cuanto el legislador al regular el tema incidental dejó como vacío en la regulación procesal lo relativo al trámite que debía seguirse con respecto a la producción e incorporación probatoria durante dicha fase.

Problema de investigación

Ante este panorama tan disímil de la doctrina, el operador jurídico se plantea como problema jurídico la siguiente pregunta: ¿Las reglas de prueba aplicables en el incidente de reparación integral son las del juicio, las civiles o ha de ser elaborada una mixtura?, y seguidamente, ¿Qué consecuencias traería el tomar partido por cada una de las tesis? Miremos lo que implicaría el aceptar alguna de ellas como válida.

¹ En diversas charlas y simposios de capacitación se ha afirmado que el incidente de reparación integral es un trámite civil llevado a cabo ante un juez penal, por lo que puede decirse que para efectos del mismo el “juez penal se convierte en juez civil” al tener que aplicar el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil (o Código General del Proceso después del 1° de enero del 2014), dados los vacíos y la casi total ausencia de codificación sobre este tema por parte del código de procedimiento penal

Metodología

La presente investigación se formuló en su esquema dentro de un diseño de investigación cualitativo, propio de un tipo descriptivo, explicativo y correlacional, realizado a través del método lógico inductivo (Clavijo Cáceres, 2013) que emplea como instrumento de investigación la ficha de análisis documental y jurisprudencial y como técnica el análisis de contenidos.

1. Aplicación estricta de las reglas probatorias del juicio oral

En caso de que se optara por aplicar estrictamente las reglas probatorias de juicio oral se tendría que: (i) prohibir la aplicación de la prueba de oficio, (ii) utilizar el testigo de acreditación para la incorporación de los documentos y los elementos materiales probatorios, (iii) aplicar las técnicas de incorporación de documentos para la aducción de cada uno de ellos, (iv) exigir argumentativamente a las partes en litigio los requisitos de admisibilidad, pertinencia, conducencia y autenticación previstos en el CPP para los medios físicos o documentales de prueba tanto en la solicitud de los mismos como en su práctica, y (v) tener en cuenta las reglas especiales de prueba tales como: la prueba de referencia (y su excepcional aplicación), los limitados uso de la entrevista en la fase de juicio, la prueba de refutación, la

prohibición de permanencia de la prueba, entre otros.

2. Aplicación a las reglas del procedimiento civil

Si se optara por darle aplicación a las reglas del procedimiento civil² se tendría que el trámite sería el que se señala a continuación:

2.1 En cuanto al decreto de las pruebas

Para el decreto de las pruebas ofrecidas no rigen los principios probatorios propios del sistema acusatorio, sino del régimen civil. En consecuencia “las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”, conforme al artículo 179 (Decreto 1400, 1970) del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) y el artículo 170 (Ley 1564, 2012) del Código General del Proceso (en adelante CGP). Contra el auto que niega la práctica de una prueba procede el recurso de apelación conforme a lo establecido en el artículo 321 del CGP y 351 del CPC. En caso de que algún testigo o perito de los llamados a responder no se encuentre de manera inmediata para su práctica deberá el Juez suspender la audiencia y citarlo en debida forma -artículo 110 del CPC y artículo 107 del CGP).

² Acá deberá tenerse en cuenta que según el acuerdo No. PSAA13-10073 de la Sala Administrativa del CSJ, en el Distrito de Cúcuta será implementado “el sistema oral” a partir del 01 de octubre de 2014 por lo cual el trámite probatorio que seguiría el Incidente de Reparación Integral sería el previsto en el Código de Procedimiento Civil, mientras que de esa fecha en adelante sería el del Código General del Proceso (C.G.P). Por eso se ponen ambas referencias.

2.2 Práctica de pruebas

Según el CPC el trámite sería el siguiente -artículo 432-: (i) se recibirán los documentos que pretendan aducirse; (ii) las partes escucharán el dictamen del perito designado y lo interrogará el juez bajo juramento acerca de su idoneidad y de los fundamentos de su dictamen. De la misma manera podrán las partes controvertirlo. Si el perito no concurre, el juez designará inmediatamente su reemplazo para que rinda dictamen en la fecha de la continuación de la audiencia; y (iii) se recibirá las declaraciones de los testigos que se encuentren presentes y prescindirá de los demás.

Por el contrario según el CGP el trámite sería el siguiente -artículo 373-): (i) se practicará el interrogatorio a los peritos que hayan sido citados a la audiencia, de oficio o a solicitud de parte; (ii) se recibirán las declaraciones de los testigos que se encuentren presentes y prescindirá de los demás; y (iii) se practicará la exhibición de documentos y demás pruebas que hubiesen sido decretadas.

2.3 Principios aplicables

Esta postura daría cabida a principios y reglas tales como la carga dinámica de la prueba, la prueba de oficio y la aducción simple de documentos.

3. Aplicación intermedia de las reglas de prueba

Finalmente, el adoptar por tesis una visión intermedia de aplicación

de las reglas de prueba sólo trae como consecuencias dudas: ¿Qué reglas tomo de cada procedimiento?, ¿Frente a principios incompatibles cuál escojo?, ¿Qué recursos regirán para el decreto de pruebas?, ¿Cómo justificar racionalmente ante una mixtura indiscriminada de reglas probatorias que la decisión tomada no es arbitraria? Pareciera que esta tercera vía dificulta aún más la labor del funcionario jurisdiccional y ponen en entredicho su labor de administrar justicia.

4. Línea jurisprudencial frente al problema jurídico en las decisiones de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

En relación con la Corte Constitucional debe decirse que, aún cuando son múltiples y de gran riqueza jurídica los pronunciamientos que ha proferido en torno a la temática relacionada con las víctimas y el incidente de reparación integral *-en ejes muy puntuales tales como el papel de la aseguradora o el derecho a la defensa del tercero civilmente responsable-*, no ha habido hasta el momento una sentencia de tutela o de constitucionalidad en la que esta alta corporación sienta su posición de manera unívoca y precisa en torno a la naturaleza del trámite incidental y las reglas de prueba aplicables para el mismo.

De igual manera, al examinar el pensamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia nos encontramos con que ésta tampoco ha

planteado de manera exacta el problema jurídico que nos ocupa en torno a las “reglas de pruebas” aplicables en el incidente de reparación integral. Sin embargo, ella, a diferencia de la Corte Constitucional, sí ha desarrollado una doctrina pacífica en lo relativo a la naturaleza del mismo pudiéndose extraer de allí una serie de disposiciones jurisprudenciales que nos brindan un punto de partida adecuado para la solución del cuestionamiento objeto de investigación en el presente artículo.

Así las cosas, se tiene como decisiones que integran la línea jurisprudencial en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación penal a las siguientes: (Sentencia Casación 31676, 2009), (Sentencia Casación 34547, 2011), (Sentencia Casación 39053, 2012), (Sentencia Casación 39188, 2012), (Sentencia Casación 40160, 2013) (Sentencia Casación 34145, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 2011).

¿Cuál es la naturaleza jurídica del incidente de reparación integral?		
	●	
	31676(06-05-09), M.P. Sigifredo Espinosa Pérez	
	●	
	34145(13-04-11), M.P. Sigifredo Espinosa Pérez	
	●	
Civil	34547(27-04-11), M.P. María del Rosario González	Penal
	●	
	39053(27-06-12), M.P. Sigifredo Espinosa Pérez	
	●	
	39188(12-12-12), M.P. María del Rosario González	
	●	
	40160(29-05-13), M.P. Javier Zapata Ortiz	

De las providencias relacionadas y examinadas es posible extraer las siguientes reglas de derecho aplicables:

Regla 1: Es una acción independiente del proceso penal.

Regla 2: Es una acción posterior al proceso penal.

Regla 3: Es una acción civil al final del proceso penal.

Regla 4: Su objetivo es indemnizatorio (civil).

Regla 5: Su trámite o procedimiento es especial según los artículos 102 a 108 (Ley 906, 2004) que brinda pautas generales, pero los vacíos se llenan con el código de procedimiento civil.

Las anteriores reglas constituyen **doctrina probable**³ de la Corte Suprema de Justicia y poseen el carácter de precedente de obligación relativo, por lo cual en principio obligan de manera vertical a los funcionarios jurisdiccionales.

Resultado de investigación

El problema jurídico planteado podría formularse en otros términos: ¿Cuáles son las reglas probatorias que deben ser aplicadas en el incidente de reparación integral? La respuesta frente al mismo es: deben ser aplicadas las reglas de prueba del Código de Procedimiento Civil y a partir del 1° de octubre de 2014 las del Código General del Proceso.

Los argumentos que fundamentan tal postura son los siguientes:

Argumento constitucional

Acudiendo al espíritu de la reforma constitucional llevada a cabo por (Acto Legislativo 03, 2002), logra evidenciarse que el constituyente primario pretendió hacer un cambio sustancial a

nivel principalístico de la acción penal y NO de la acción civil, modificando aquella sin tocar ningunos de los aspectos atinentes a la responsabilidad civil y el derecho de acción que pertenece a la misma. En efecto, vemos que ese acto legislativo tuvo como puntos claros de reforma los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política, los cuales corresponden únicamente a la temática normativa de la acción penal.

Argumento de la separación decisional

De conformidad con la reforma efectuada por (Ley 1395, 2010) la decisión en torno al incidente de reparación integral es tomada mediante sentencia jurídica y temporalmente separada del fallo sobre la responsabilidad penal del acusado. Dos razones se unen para conformar este argumentos: primero, que la sentencia sobre el incidente de reparación integral se emite cuando la sentencia del proceso penal se encuentra debidamente ejecutoriada, es decir, cuando ya no hay proceso penal; y segundo, la existencia de una separación clara entre la sentencia de responsabilidad penal y la sentencia del incidente

³“Sobre este punto el artículo 4° (Ley 169, 1896) establece que “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”. En tal sentido, es posible observar que la doctrina probable es una regla de derecho que opera no por analogía fáctica, sino porque constituye la interpretación probablemente correcta dada a una disposición legal, agregándose a ello que dicha doctrina se construye a partir de tres decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que la Corte Constitucional (Sentencia de Constitucionalidad 836, 2001) consideró que los jueces inferiores que desearan apartarse de la doctrina probable dictada por la Corte Suprema de Justicia, “están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia”, es decir, se garantiza la autonomía e independencia de la rama judicial y se establece por ende un precedente de obligatoriedad relativa.” (Peláez Mejía, 2013).

de reparación integral, pudiéndose afirmar que en el sistema penal acusatorio se emiten dos tipos de sentencias: una penal y una civil.

Argumento de la remisión legal

Las causales y cuantías para acudir en casación frente a la sentencia que decide el incidente de reparación integral son las expresadas en el Código de Procedimiento Civil (o Código General del Proceso a partir del 1° de enero de 2014) por remisión legal expresa que realiza el Código de Procedimiento Penal en su artículo 181.

Argumento de la naturaleza del objeto de discusión

Teniendo en cuenta que el tema de discusión del incidente de reparación integral es diferente al debatido en el proceso penal, ha de decirse que este constituye otro punto de vital importancia para considerar que durante este trámite el juez penal se vuelve un juez civil, ya que dicho de manera más clara, en el proceso penal se discute la responsabilidad penal del acusado, mientras que en el incidente de reparación integral se litiga es en torno a la responsabilidad civil del condenado. Como puede verse entonces, la naturaleza del objeto problemático estudiado en cada escenario es diferente y por ende los principios que lo rigen también distintos.

Argumento de la teleología de las pruebas penales

Un argumento más para llegar a la conclusión de que en el incidente de reparación integral se aplican las reglas del Código de Procedimiento Civil (o del Código General del Proceso a partir del 1° de enero de 2014), es que no existen reglas de evidencia o de prueba en el Código de Procedimiento Penal para aplicar al incidente de reparación, ya que las reglas contenidas en el Capítulo III, del libro III (Ley 906, 2004), de conformidad con el artículo 372 son aplicables únicamente al proceso penal ya que según su tenor literal *“las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”*. Así las cosas, si las reglas de prueba del libro III del CPP no son aplicables al incidente de reparación integral, habría que remitirnos indiscutiblemente al Código de Procedimiento Civil por reglas comunes de interpretación de la Ley ante vacíos normativos y también por mandato expreso del legislador penal cuando en el artículo 25 consagró como norma rectora lo siguiente: *“En materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal”*.

Argumento jurisprudencial

La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, ha establecido, como se puso de presente líneas atrás mediante doctrina probable, una serie de reglas que apuntan claramente a un “incidente de reparación integral” cuya naturaleza es claramente civilística. Por ende, y como lo afirma la Alta Corporación “*esa ostensible separación de objetos también conlleva la distinción de trámites, al punto que se consagra en la Ley 906 de 2004, la forma incidental para el cobro de perjuicios, destinando un capítulo para su regulación, en el cual, cabe anotar, sólo se establecen pautas generales, para efectos de que sea la normativa especial, dígase el procedimiento civil, la que cubra los vacíos, o mejor, de forma general regule el asunto propio de su naturaleza.*” (Sentencia Casación 34145, 2011).

Conclusiones

Teniendo en cuenta los 6 argumentos expuestos es posible concluir lo siguiente:

Debe afirmarse que queda sin peso la tesis según la cual deben ser aplicadas las reglas de prueba del juicio oral para el incidente de reparación integral, al igual que la postura que aboga por la mixtura entre las disposiciones civiles y penales, ya que tanto a nivel constitucional como jurisprudencial se establece indubitablemente que el trámite incidental, por su naturaleza civil, debe ser regido bajo los parámetros de una legislación acorde con su esencialidad,

máxime cuando de manera expresa el legislador penal no consagró una regulación particular.

Al tener el incidente de reparación integral una *naturaleza civil* y ser *independiente* del proceso penal, no puede predicarse una vinculación necesaria en las decisiones de ambos trámites, por lo que perfectamente podría el Juez negar las pretensiones del incidente a pesar de existir una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Lo anterior trae también como consecuencia el que el incidente de reparación integral no *presuponga* como probado ninguna pretensión tan solo por el hecho de que las conductas punibles desplegadas por el sujeto activo de la misma ya fueron demostradas en Juicio durante el procedimiento criminal.

La imputación de la responsabilidad que se hace en el incidente de reparación integral no se hace conforme los elementos de la conducta punible previstos en el Código Penal, sino de acuerdo con las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico-civil y comercial.

El orden con el cual se llevan a cabo la práctica de pruebas en el incidente de reparación integral es el siguiente:

Mientras se aplique el Código de Procedimiento Civil (Art. 432) las pruebas deberán practicarse así: (i) Se recibirán los documentos que pretendan aducirse; (ii) Las partes escucharán el dictamen del perito designado y lo in-

terrogará el juez bajo juramento acerca de su idoneidad y de los fundamentos de su dictamen. De la misma manera podrán las partes controvertirlo. Si el perito no concurre, el juez designará inmediatamente su reemplazo para que rinda dictamen en la fecha de la continuación de la audiencia; y (iii) Se recibirán las declaraciones de los testigos que se encuentren presentes y prescindirá de los demás.

Cuando se le dé aplicación al Código General del Proceso (Art. 373) las pruebas deberán ser practicadas de esta manera: (i) Se practicará el interrogatorio a los peritos que hayan sido citados a la audiencia, de oficio o a solicitud de parte; (ii) Se recibirán las declaraciones de los testigos que se encuentren presentes y prescindirá de los demás; y (iii) Se practicará la exhibición de documentos y demás pruebas que hubiesen sido decretadas

El hecho de que las reglas de prueba del incidente de reparación integral sean las del procedimiento civil implica además que La sentencia debe cumplir con el requisito legal de la congruencia según el canon 305 del CPC, modificado, en el sentido de que: (i) El Juez no puede reconocer lo que no se le ha pedido (*extra petita*); (ii) El Juez no puede reconocer más de lo pedido (*ultra petita*) y (iii) El Juez no puede dejar de resolver lo que le fue solicitado (*citra petita*), sin perjuicio de que exista autorización legal expresa para proceder de oficio (Art. 281 del C.G.P.)

Referencias

- 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.
- Urbano Martínez, J. J. (2011). *La nueva estructura probatoria del proceso penal*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- González Navarro, A. L. (2012). *Restablecimiento del derecho y reparación integral en el sistema penal acusatorio*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Leyer.
- Uribe García, S. (2008). *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*. Bogotá D.C., Colombia: Librería Jurídica Sanchez R. Ltda.
- Saray Botero, N. (2013). *Incidente de reparación integral de perjuicios*. Bogotá D.C., Colombia: Fiscalía General de la Nación & Departamento de Justicia de los Estados Unidos.
- Clavijo Cáceres, D. (2013). *El proyecto de investigación. Haciendo posible la tesis de grado* (Segunda ed.). Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.
- Decreto 1400. (21 de septiembre de 1970). Presidencia de la República. *Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil*. Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Código General del*

- Proceso y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.c., Colombia.
- Sentencia de Constitucionalidad 836. (2001). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil* . Bogotá D.C., Colombia.
- Peláez Mejía, J. M. (2013). Estructura y aplicación del precedente judicial en Colombia. *Navaja De Ockham* , 1 (1), 13-42.
- Ley 169. (31 de diciembre de 1896). Congreso de la República. *Sobre reformas judiciales* . Bogotá D.C., Colombia.
- Acto Legislativo 03. (19 de diciembre de 2002). Congreso de la República. *Por el cual se reforma la Constitución Nacional* . Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 1395. (12 de julio de 2010). Congreso de la República. *Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.* Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia Casación 34145. (13 de abril de 2011). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez* . Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia Casación 31676. (6 de mayo de 2009). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.:*
- Sigifredo Espinosa Pérez* . Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia Casación 34547. (abril de 2011). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: María del Rosario González De Lemos* . Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia Casación 39053. (27 de junio de 2012). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez* . Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia Casación 39188. (12 de diciembre de 2012). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: María del Rosario González Muñoz* . Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia Casación 40160. (29 de mayo de 2013). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Javier Zapata Ortiz* . Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia Casación 41633 . (9 de octubre de 2013). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero* .
- Sentencia Casación 34145. (13 de abril de 2011). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez* . Bogotá D.C., Colombia.

El fin del proceso un asunto cultural: la búsqueda de la verdad o la solución del conflicto*

The end of the process a cultural issue:
the search for truth or conflict resolution

Recibido: 10 de febrero del 2013 - Revisado: 12 de abril del 2013 - Aceptado: 13 de junio del 2013

Pedro Alirio Sánchez Novoa**

Resumen

El presente artículo pretende generar una discusión sobre el tema de la finalidad del proceso en nuestro país, pues siempre ha existido la disyuntiva, si el fin del proceso es la solución del conflicto o la búsqueda de la verdad para fundamentar la decisión.

Se utilizó el enfoque metodológico cuantitativo, con un tipo de investigación documental o bibliográfica, de tipo descriptivo para delimitar procesalmente el concepto de verdad en el contexto del Estado social de derecho, para tomar como referencia la verdad depurada de la que en su momento Rene Descartes definió como el producto del razonamiento con la construcción de silogismos que no posean errores de ningún tipo. Y de tipo experimental para analizar la congestión judicial desde el punto de vista cultural y lo que ha representado para el país, pues a pesar de que la rama judicial es autónoma, en los últimos años se ha visto como una empresa de producción de sentencias, que en la práctica genera una desnaturalización de la función judicial, en donde el fin del proceso sea la solución del conflicto, sin importar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, haciendo un cambio muy sesgado de nuestro eje cultural.

Palabras clave

Proceso, finalidad, adversarial, inquisitivo, prueba, verdad, Estado social de derecho.

Abstract

This article aims without hesitation, generate a discussion on the issue of the purpose of the process in our country, it has always been a dilemma, if the

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. El presente producto de investigación hace parte del proyecto "El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos con la reforma del Código General del Proceso", que se desarrolla en el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo, bajo la dirección de Diego Armando Yañez Meza, y adscrita a la línea de investigación en "Conocimiento, innovación y desarrollo sostenible regional" de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

** Abogado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Candidato a Magister en Derecho Procesal Contemporáneo en la Universidad Libre en convenio con la Universidad de Medellín. Auxiliar Judicial Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Cúcuta. Docente de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta y de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Autor de distintos artículos científicos.

Correo electrónico:
pedroaliriosanchez@gmail.com.

end of the process is the solution of the conflict or the search for truth to substantiate the decision.

Quantitative methodological approach was used, with a type of documentary or bibliographic research, descriptive to procedurally define the concept of truth in the context of social rule of law, to refer to the refined truth that at the time Rene Descartes, defined as the product of reasoning with the construction of syllogisms that do not have any errors. And experimental analyzing judicial congestion from the cultural point of view and what it has meant for the country type, because even though the Judicial Branch is autonomous, in recent years it has seen a production of sentences, which effectively creates a distortion of the judicial function, where the end of the process is the solution of the conflict, regardless of the effective protection of the rights of citizens, making a very skewed axis of our cultural change.

Key words

Process, purpose, adversarial, inquisitive, proof, truth, rule of law.

Introducción

El tema que se abordará se concentra en la finalidad del proceso, partiendo de la concepción de la cultura occidental con la presencia de dos vertientes, el derecho continental y el derecho anglosajón, que además vislumbran dos concepciones: el *civil law* y el *common law*.

Se parte de la siguiente premisa: como América Latina fue descubierta por España en su mayoría, dichas tierras se incorporaron a este reino, por lo tanto se les aplica el derecho castellano, que para nosotros en particular al adaptarse se denominó como derecho de indias, influenciado directamente por el *civil law*, a diferencia de Estados Unidos de Norte América, que se encuentra influenciado por el derecho anglosajón y por ende por el *common law*, presentándose una diferencia cultural que altera la forma de ver el proceso, y más aún su finalidad, mientras que el fin del proceso para los países como el nuestro es la búsqueda de la verdad como fin último del proceso debido a

la imposición del sistema inquisitivo, para los países como Estados Unidos de Norte América el fin del proceso es la solución del conflicto influenciado por el sistema adversarial, lo cual genera una gran disyuntiva de índole cultural definitivamente.

Partiendo de esta premisa anteriormente expresada, es evidente que nuestro país se vio influenciado directamente por el *civil law*, lo que implica que el fin del proceso sea la búsqueda de la verdad como fin máximo, no obstante, en materia penal con la entrada en vigencia del nuevo orden procesal penal (Ley 906, 2004), se cambió el sistema inquisitivo por el adversarial al adoptar el sistema penal acusatorio, empezando nuestro país a cambiar culturalmente en lo procesal, pues el fin del proceso para el sistema adversarial es la solución pronta del conflicto y para ello se fundamenta en la oralidad como herramienta para lograrlo.

En materia civil con la entrada en vigencia del código general del proceso

(Ley 1564, 2012), en asuntos laborales y en otras jurisdicciones como la contencioso administrativo (Ley 1437, 2011) se está impulsando la oralidad, cambiando el paradigma cultural procesal, podría pensarse que el fin del proceso sería la solución del conflicto, teniendo en cuenta lo demorado que resultan a veces los procesos en Colombia.

Problema de investigación

¿Cuál es el parámetro aplicable frente al criterio que define el fin del proceso conforme a la doctrina en las teorías más autorizadas y las nuevas reformas procesales adoptadas en Colombia?

Metodología

Se destaca un diseño de investigación cualitativo, propio de un tipo descriptivo, explicativo y correlacional, realizado a través del método lógico inductivo (Clavijo Cáceres, 2013) que emplea como instrumento de investigación la ficha de análisis documental y jurisprudencial y como técnica el análisis de contenidos.

1. El ser individual en la sociedad

El hombre es un ser individual que siempre va a propender por satisfacer sus propias necesidades o las de su grupo, eso no ha cambiado desde los inicios de la humanidad, en el salvajismo reinaba la ley del más fuerte, hoy en día, los grupos económicos, los

terroristas y el Estado se disputan el poder para satisfacer sus necesidades, por tal motivo para evitar los desmanes y mantener la convivencia pacífica, se han adoptado políticas proteccionistas de los derechos humanos, no solo en el plano internacional, sino en el interno de un país, aunque siempre existirá desigualdad social, por el flagelo que (Marx, 1975) determino como “*la explotación del hombre por el hombre*”; por tal motivo, los fuertes intelectualmente, físicamente o económicamente siempre tendrán mayor ventaja frente a los demás, debido a que ellos se apropian de los medios de producción y la propiedad privada, derechos que el mismo Estado les protege de la manera más eficiente posible, solo analicemos este caso doméstico, hay más protección policial en la zona bancaria y comercial de una ciudad, que en las zonas periféricas de alta incidencia de intolerancia, ¿y porque?, porque hay que proteger al más fuerte que es el dueño de la propiedad privada, para garantizar la prosperidad económica del Estado y lograr que la inversión extranjera sea una realidad.

2. El ordenamiento jurídico procesal del Estado colombiano

El ordenamiento jurídico de un Estado está integrado por todas las fuentes del derecho, tanto de producción como la ley, la constitución, los actos administrativos y el derecho internacional, este último en aplicación del artículo 93 de la Constitución Política “Bloque de Constitucionalidad”, como

también por las fuentes indirectas como la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales de derecho, la costumbre y la equidad (Yañez Meza, Las fuentes del derecho en la Constitución política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos, 2012), bajo el “concepto de jurídico procesal se manifiesta todo el derecho procesal positivo, es decir, el conjunto de normas procesales que dotadas de una positividad manifiesta y que organizan un y que organizan un conjunto normativo impregnado de unidad y dinamismo.” (Agudelo Ramírez, 2006), esto implica que el poder judicial de un país como el nuestro, debe alternar las fuentes del derecho en la toma de decisiones, no entendiendo el artículo 230 de la Constitución Política, como el que impone a los jueces el sometimiento al imperio de la ley y relega a la jurisprudencia como fuente auxiliar, para garantizar el Estado de derecho.

Esto no puede ser analizado en su tenor literal, pues si no hubiere sometimiento a la ley, los jueces simplemente decidirían a su arbitrio, como sucedía en la antigua Roma antes del digesto y con las institutas de Justiniano que se agruparon en el *corpus iuris civilis*, los magistrados resolvían los casos en concreto con la doctrina, esto implicaba que el juez tomaba la decisión con fundamento en razón, esto era peligroso, pues cada conflicto generaba una solución que no siempre era igual así el caso fácticamente fuese el mismo, pues el poder se centraba en

el Juez quien era creador de ley, más concretamente doctrina, al respecto Merryman citado por (Agudelo Mejía, 2011) señala: “a la par con la creación de este cuerpo legal, Justiniano eliminó toda la doctrina que no era concordante s éste y, en su defecto, prohibió hacer mención a cualquier norma que no estuviera contenida en el *Corpus Iuris Civilis*...”

En tal sentido, cuando se adopta un Estado Social de Derecho como el nuestro, esto “significa que el ordenamiento jurídico colombiano está basado en el principio de legalidad -Estado de derecho- y en la estructura de los valores o derechos fundamentales y económicos -Estado social-. Por lo tanto, es indispensable que todas las ramas del poder, incluida la Corte Constitucional y los Jueces en general, protejan tanto el Estado de derecho como el Estado social. Si se sacrifica uno en beneficio del otro, estaremos violando el artículo 1° de la Carta Política.” (Tamayo Jaramillo & Jaramillo Jaramillo, 2012).

No obstante, la Constitución política de Colombia, establece que prima el derecho sustancial sobre el derecho procesal, situación que genera un paradigma de rango epistemológico debido a que el fin del proceso judicial es la protección efectiva de los derechos tutelados de las personas, tales como la vida, honra y bienes, derechos estos que son de contenido sustancial, pero no se puede dejar de cumplir con los formalismos o rigorismos del trámite

judicial respectivo.

En este contexto resulta aplicable lo señalado en la doctrina al siguiente tenor:

“Todas las reglas de procedimiento judicial deben dirigirse a cuatro fines: 1° rectitud en las decisiones; 2° celeridad; 3° economía; 4° exención de trabas superfluas. La rectitud en las decisiones es el objeto directo; los otros tres son objetos colaterales. Se trata de evitar los inconvenientes accesorios, conocidos con los nombres de *dilaciones, vejaciones y gastos*, bajo el supuesto de que estas dilaciones, vejaciones y gastos no sean necesarios o cuyo mal sea preponderante, contrabalanceando los efectos, el mal supere al bien, es decir, que contrabalanceando los efectos, el mal supere al bien.” (Bentham, 2008).

Para este autor era claro desde siglo XVIII que conseguir la verdad en un proceso es casi imposible, pues una simple prueba testimonial recaudada suele contener tantos errores que implican que la verdad se mezcle con la imaginación y esta se distorsione notablemente, por consiguiente en aras de cumplir con los principios de celeridad, economía y la reducción de trámites innecesarios, se pueden adoptar decisiones en los que la verdad no sea el ingrediente principal, sino

otras cuestiones, como el razonamiento de las partes y del juez, esto último, debe apartar los “fantasmas de su imaginación, y le harían perder de vista, su verdadera guía, que no es otra cosa que la ley. La ley adjetiva, es decir, la ley sobre procedimientos no es buena sino en tanto que concurra al cumplimiento de la ley sustantiva.”¹, manteniendo la imparcialidad en la toma de decisiones.

El Juzgador tiene la tarea de confirmar los hechos en que se fundamentan las pretensiones o las excepciones de las partes, siendo el fin del proceso judicial visto de otra perspectiva: “en otras palabras, son distintas las respuestas que pueden darse en cuanto a la tarea que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria, debatiéndose acerca de si le toca: verificar los hechos, o bien si debe, comprobarlos, acreditarlos, buscar la certeza de su existencia, la verdad real de lo acontecido en el plano de la realidad o más simplemente, contentarse con lograr una mera convicción acerca de los hechos controvertidos en el litigio.” (Alvarado Velloso, 2010).

En este orden de ideas, sostiene el referido autor “el objeto de la labor probatoria no se encamina a la búsqueda final de la verdad última de las cosas sino al simple convencimiento del juez que debe resolver el litigio; que el juzgador debe manejarse con auténtica imparcialidad tanto en la labor de procesar cuanto en la de sentenciar.”².

¹ Ibidem.

² Ibidem.

3. El fin del proceso a la luz de las diferentes vertientes, tratadistas y tendencias

Para el Maestro Carnelutti, el fin del proceso es mantener la paz y convivencia del conglomerado social, y ello solo se consigue cuando la labor probatoria adelantada dentro del proceso tenga como directriz la búsqueda de la verdad como valor fundamental en que se debe sustentar la decisión judicial, tal y como se puede observar en la siguiente cita: “un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por lo tanto, sea justa y cierta...” (Carnelutti, 2008).

Para Jurista Michele Taruffo, el “...proceso no tiene finalidades cognoscitivas o científicas; no se lleva a cabo porque alguien quiera conocer los hechos sino porque es necesario eliminar un conflicto de intereses. Entonces, la verdad no sirve y, es más, queda excluida del conjunto de los objetivos perseguibles en el proceso; con máximo, aquélla podrá configurarse como un *by-product* de la actividad procesal, al que no es necesario prestar una atención especial” (Taruffo, 2011).

La tendencia post-moderna del derecho procesal es la simplicidad de los procedimientos sin que pierdan eficiencia, para lograr un sistema procesal civil eficiente; por lo tanto la discusión no debe ser si el proceso

es oral o escrito, ni si un proceso es bueno o malo, pues son aspectos que dependen de la elección de los fines para lo cual se usa, por lo que es necesario dejar de lado las discusiones y simplemente medir si el instrumento procesal es eficiente, teniendo en cuenta los motivos de la decisión judicial, esto es: “A.) El objetivo del proceso es que el conflicto de las partes llegue a su fin, sin tener en cuenta los contenidos de la decisión y la calidad de la decisión final, ya que una decisión incluso equivocada, puede poner fin a una controversia de manera eficiente y que las partes no pretendan seguir discutiendo y B.) Que el objetivo del proceso sea poner fin a la controversia de las partes involucradas en el litigio, solo mediante decisiones que sean consideradas imparciales, correctas, precisas y justas. En esta perspectiva, los contenidos y la calidad de las decisiones son muy relevantes, dado que determinan el núcleo real de los propósitos y funcionamiento de los mecanismos judiciales” (Taruffo, Páginas sobre justicia civil, 2009)

Siempre ha existido una oposición entre la concepción del proceso como instrumento de resolución de conflictos y acerca de la idea de la búsqueda de la verdad sobre los hechos del caso se manifiesta habitualmente cuando se dice que la búsqueda de la verdad no puede ser el objetivo de un proceso que pretende solucionar conflictos.” (Taruffo, 2011).

Esta finalidades generan un conflicto epistemológico, por un lado solucionar conflictos significa encontrar

el arreglo más conveniente para los intereses de las partes en litigio con el fin de mantener la convivencia pacífica, pero de todas maneras, la decisión ha de tomarse con una verdad sobre los hechos que se encuentran en controversia, por lo tanto, "Así, una solución puede ser buena aunque la decisión se funde sobre una determinación falsa, inaceptable o parcial de los hechos del caso" (Taruffo, 2011, pág. 39).

Por otro lado, la búsqueda de la verdad en el proceso debe ser analizada con factores como el tiempo, los costos y la actividad judicial, por tal motivo, cuando el fin del proceso es la búsqueda de la verdad, genera que los procesos sean más demorados y costosos, debido a que el juez como director del proceso debe usar todas las herramientas que tiene en su poder, como el decretar pruebas de oficio para lograr conseguir la verdad de los hechos.

Por consiguiente, cuando la finalidad del proceso es la solución del conflicto podemos decir sin temor a equivocarnos que nos encontramos frente a un sistema adversarial, en donde las partes son contendientes y el juez decide con fundamento en la verdad que pueden ofrecer las partes con sus medios probatorios, y el juez solo valora las pruebas, sin entrar a comprometer su imparcialidad al decretar pruebas de oficio para enderezarles las falencias probatorias a

algunas de las partes, no obstante, como lo dice Michele Taruffo con respecto a la búsqueda de la verdad en los sistemas dispositivos: "la búsqueda de la verdad termina siendo un desvalor, algo que debe ser evitado y que quizás también temido o repelido."³.

4. El fin del proceso según los sistemas procesales que más han influido culturalmente en Colombia

No obstante, así el fin del proceso sea la solución del conflicto, no podemos negar abiertamente la presencia de la verdad al tomar una decisión judicial, pues la verdad suele ser el producto del racionamiento del juez sobre los hechos probados dentro del proceso, que lejos de ser una realidad absoluta, si debe ser una verdad depurada que no admita errores.

En los sistemas procesales inquisitivos la "búsqueda de la verdad es considerada un valor: ese modelo (malo) es precisamente el que configura la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso. En consecuencia, la búsqueda de la verdad es considerada en términos negativos, más o menos acentuados como es obvio en función del rigor con el que siga el esquema en cuestión."⁴.

En un sistema inquisitivo puro el fin del proceso es la búsqueda de la

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

verdad porque de ella se desprende la decisión justa, y en un sistema adversarial puro el fin del proceso es solucionar el conflicto de las partes, pero como la mayoría de los sistemas actuales son mixtos, porque tienen matices de los dos sistemas, el fin del proceso ha de ser resolver el conflicto con fundamento en la verdad, y surge un interrogante: ¿qué es la verdad?:

En un proceso judicial, la verdad es lo que se consigue después de un debate en donde se respetan los derechos fundamentales, y que el derecho sustancial se cumpla con observancia de los derechos fundamentales, y esta no es una verdad absoluta, ya que el fin del proceso no es la búsqueda de la verdad absoluta a toda costa, sino resolver el conflicto, para mantener la convivencia pacífica, cumpliendo con las garantías constitucionales y el debido proceso, pero la decisión no se puede apartar de la verdad (verdad obtenida de las partes y los hechos probados dentro del proceso), porque el problema sería ético-jurídico, pues cada parte tiene su verdad de los hechos, y la sustenta en sus pruebas o evidencias y le corresponde al juzgador depurar la verdad, mediante la valoración eficiente de los medios probatorios, con utilización del razonamiento, cumpliendo con los principios y postulados del Estado social de derecho.

El Juez para construir la verdad, debe utilizar tres niveles que le permitan de manera adecuada realizar una valoración probatoria que desentrañe

razonadamente la verdad, el sentido común, la ciencia que nos somete a un método y la filosofía que implica la argumentación y razonamiento que produzca una decisión, con fundamento en los elementos fácticos probatorios que sirvan de fundamento a las pretensiones o excepciones.

Por lo tanto, para conseguir una aproximación a la verdad, hay que analizar las razones reales de la decisión, con un fundamento teórico general a la luz de algunos principios semiológicos que indubitablemente, son aplicables a la motivación como discurso del juez, que genera simplemente un silogismo lógico de valor debidamente justificados evitando toda probabilidad de error, mediante la construcción de datos sensibles reales, con el respeto del principio de contradicción, que es el elemento más importante para una decisión justa, utilizando el método de descartes que se enmarca en la filosofía cartesiana.

Pues al juez le frecen como mínimo dos verdades en un litigio con fundamento en las pruebas aportadas. Y con esas mismas pruebas e incluso con pruebas de oficio, el juez debe desentrañar la verdad, dudando siempre de los razonamientos de las partes, y tomando como fundamento la verdad depurada que tenga menos probabilidades de error, que le permitan al Juez tomar una decisión justificada y que se evidencie la comprobación de la verdad.

Para nadie es un secreto que la rama judicial se encuentra congestionada, y la congestión se debe más a un problema cultural, que incluso estructural, pues un proceso que tenga como finalidad la búsqueda de la verdad a toda costa, genera demora en el trámite, pues es indefectible que el juez haga uso de su deber-poder de decretar pruebas de oficio, lo que hace que los procesos se dilaten en el tiempo generando demora en los trámites y más aún generando escozor entre los usuarios de justicia.

Por otro lado, para tratar de acabar con la congestión judicial se han creado juzgados de descongestión temporales, que por su corta duración, implican solamente trasladar grandes cantidades de procesos de un lugar a otro, generando mayor congestión y confusión en los usuarios de la justicia, que constantemente ven que sus procesos pasan de un lugar a otro sin recibir el trámite oportuno requerido, sino simplemente cambiando de anaquel.

El sistema inquisitivo que ha marcado la historia procesal de Colombia ha gestado atrasos y demoras en los trámites de las etapas del proceso, lo que implica que el problema sea cultural como un recuerdo nostálgico de influencia de la época de conquista.

Solo analicemos las siguientes cifras, extraídas del Informe del Departamento Nacional de Planeación citado por la Corte Constitucional:

“...En un documento reciente del Departamento Nacional de Planeación se afirma que la persistente acumulación de expedientes en la justicia formal “a pesar de las medidas de descongestión y las constantes reformas legales implementadas, sigue siendo un factor determinante de los resultados insuficientes de la gestión del sector.” Y ello, a pesar de que el gasto del Sector Justicia, en términos reales, ha registrado un aumento importante a partir de 2004 (entre 1998 y 2003 se mantuvo relativamente estable), “hasta alcanzar en el año 2006 un incremento del 33% con respecto a lo observado en 2003”

[S]e pueden deducir varias ideas relevantes para una reforma de la justicia orientada a la descongestión: hay que tomar medidas cuya conveniencia, en condiciones teóricas ideales, podría discutirse, pero que, ante fenómenos como el de la congestión y la mora, parecen inevitables; el aparato de justicia tiene que administrarse con la conciencia de que los recursos que se dedican a su funcionamiento son, necesariamente, escasos; hay problemas que tienen que ser rechazados del conocimiento de la justicia, porque hay muchos otros problemas serios, dignos de consideración, cuya atención debe prevalecer; debe limitarse el recurso de apelación y debe acabarse con la idea de que más instancias signifique mayor justicia. (Sentencia de Constitucionalidad 124, 2011).

De lo anterior se observa, que Colombia está generando un cambio cultural en lo referente al proceso judicial, para afrontar las tendencias mundiales de simplicidad de trámites, tutela efectiva y justicia pronta, cambiando de paradigma en lo que respecta al fin del proceso, pues la búsqueda de la verdad no es sesgada, pero se enfatiza el proceso en el fin primordial de la solución del conflicto de manera pronta y eficaz, acercándonos más a la cultura anglosajona, y al sistema adversarial para lograr de una vez por todas depurar la congestión en nuestro país.

En las diferentes especialidades del derecho se está tendiendo a la oralidad, para efectos de lograr que el proceso sea más expedito, tal y como se ha hecho en la jurisdicción de lo contencioso Administrativo con la expedición de la Ley 1437 de 2011, y en lo civil se ha realizado la modificación más importante de los últimos tiempos con la creación de la Ley 1564 de 2012, que trae como beneficios un proceso civil oral con unas etapas procesales bien definidas con tendencia adversarial, pero que por falta de infraestructura y presupuesto no ha entrado en operatividad de manera integral por decisión del Consejo Superior de la Judicatura, el cual mediante el Acuerdo N° PSAA14-10155 del 28 de mayo de 2014 definió la suspensión del cronograma de implementación del Código General del Proceso hasta tanto se apropien los recursos en aplicación del numeral 6 del artículo 627 de la Ley 1564 de 2012.

Conclusiones

El fin del proceso en Colombia desde sus inicios fue la búsqueda de la verdad, por un asunto de herencia cultural española, pero desde hace varios años, estamos tendiendo al sistema adversarial que nos ofrece el derecho anglosajón, como ha sucedido con la implementación del sistema penal acusatorio con tendencias adversariales y con reformas importantes como el Código General del Proceso, que buscan la pronta solución del conflicto como fin primordial, dejando a un lado la cultura de la búsqueda de la verdad absoluta que además es un ideal imposible de cumplir por razones lógicas.

La verdad sobre los hechos es difícilmente obtenida en un proceso, máxime que al reconstruir los hechos, las pruebas se alteran por el paso del tiempo u ofrecen resultados diversos por su manipulación, o los testigos expresan hechos falsos producto de la mezcla de la imaginación y la realidad que reflejan situaciones diferentes a las que se plantean aún sin intención de mentir, lo que implica que el aparato jurisdiccional no se debe desgastar exageradamente en la búsqueda de la verdad.

No obstante, como nuestro sistema procesal en Colombia es mixto, el fin del proceso es la solución del conflicto, pero con fundamento en la verdad depurada que no pueda ser desvirtuada razonablemente, para garantizar la tutela efectiva de los derechos en un

Estado social de derecho.

La verdad es el producto del razonamiento del juez, quien al escuchar los argumentos de las partes y al confrontarlos con las pruebas se inclina por la verdad que ofrezca menos margen al error, y que el juzgador en su fallo pueda representar adecuadamente con una argumentación fáctica y legal.

Así el fin del proceso sea la solución del conflicto, no nos podemos apartar del todo de la verdad razonada de los hechos planteados por las partes, pues el hacerlo generaría un conflicto social de grandes magnitudes, e incredibilidad de la función del aparato jurisdiccional, y perder la confianza en este poder público, implica la anarquía total.

Es pertinente hacer un análisis de nuestra cultura jurídica, debido a que siempre hemos estado influenciados por corrientes jurídicas foráneas, y eso no es que sea malo, pero cuando adoptamos nuestros sistemas procesales propios, debemos tener en cuenta que si adoptamos una tendencia, está debe marcar todo el sistema, pues si estamos teniendo al sistema adversarial, se debe hacer hincapié en que el fin del proceso sea la solución del conflicto respetando la tutela efectiva de los derechos reconocidos por la Constitución y las leyes al conglomerado social, dejando de lado la posibilidad que el juez se desgaste en el decreto de pruebas de oficio y tomar la decisión con la verdad depurada que se extraiga de los hechos

probados por las partes en cumplimiento del principio de autorresponsabilidad.

Referencias

- Agudelo Mejía, D. A. (2011). Impacto del common law en los países de tradición civilista: análisis a partir del principio stare decisis. En *La jurisdicción y la protección internacional de los derechos* (Primera ed.). Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Agudelo Ramírez, M. (2006). *Filosofía del derecho procesal* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Leyer.
- Alvarado Velloso, A. (2010). *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Bentham, J. (2008). *Tratado de las pruebas judiciales* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Valleta Ediciones S.R.L.
- Carnelutti, F. (2008). *Instituciones del proceso civil* (Vol. I). Caracas, Venezuela: Editorial Atenea C.A.
- Clavijo Cáceres, D. (2013). *El proyecto de investigación. Haciendo posible la tesis de grado* (Segunda ed.). Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.

- JUDICATURA, C. S. ACUERDO N^o PSAA-14-10155. *“Por el cual se suspende el cronograma previsto en el Acuerdo PSA13-10073 . Bogotá D. C. , Bogotá D. C., Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.*
- Ley 1437. (18 de enero de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 906. (1 de septiembre de 2004). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.* Bogotá D.C., Colombia.
- Marx, K. (1975). *El capital* (Primera ed., Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.
- Sentencia de Constitucionalidad 124. (1 de marzo de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. C.P.: *Luis Ernesto Vargas Silva.* Bogotá D.C., Colombia.
- Tamayo Jaramillo, J., & Jaramillo Jaramillo, C. (2012). *El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibañez.
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil.* Barcelona, Barcelona, España: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos.* (J. Ferrer Beltrán, Trad.) Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
- 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. (D. G. Clavijo Caceres, Ed.) *Revista Academia & Derecho*(5), 7-34.

Medida cautelar innominada y su inaplicación por los jueces civiles municipales, civiles del circuito y administrativos de oralidad de Medellín en los procesos declarativos*

Injunction innominate and non-application by the municipal civil judges, civil of the circuits and administratives of orality in Medellín in the declarative processes

Recibido: 5 de marzo del 2013 - Revisado: 10 de mayo del 2013 - Aceptado: 4 de junio del 2013.

Camilo Andrés Garzón Correa**
Martha Nelly García Zapata***

Resumen

Las medidas cautelares innominadas, son una especie de las medidas cautelares consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque con algunas particularidades propias de su ámbito de aplicación, pues amplían el criterio para poder lograr una sentencia judicial efectiva. El artículo realiza una aproximación respecto al contenido, alcance, antecedentes y justificación de las medidas cautelares innominadas, revisando su historia en el Derecho Colombiano, cómo han sido interpretadas por los operadores judiciales y una breve reseña del desarrollo de éstas en Venezuela.

Palabras clave

Medidas innominadas; decreto de oficio; cautelares; procesos declarativos; debido proceso

Abstract

The unnamed protective measures, are a kind of precautionary measures enshrined in the Colombian legal system, although some proper scope of its peculiarities, therefore broaden the criterion in order to achieve an effective sentence. The article is an approach to the content, scope, background and rationale of the unnamed precautionary measures, reviewing

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. El presente producto de investigación hace parte del área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia Sede Medellín, la cual participa en la Red Interuniversitaria de Derecho Procesal en Medellín en el proyecto "Las subreglas en las providencias de la Corte Constitucional sobre las acciones de constitucionalidad y de tutela a partir del debido proceso judicial"; investigación que se elabora junto con los estudiantes Semilleros de Derecho Procesal, quienes son auxiliares de investigación.

** Abogado de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín. Actualmente docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia Sede Medellín, miembro del Grupo de Investigación "Jaime Sierra García".

Correo electrónico: camiloa.garzon@campusucc.edu.co

** Abogada de la Universidad de Medellín. Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Cooperativa de Colombia Sede Neiva. Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Católica de Bogotá. Actualmente docente tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Medellín, miembro del Grupo de Investigación "Jaime Sierra García".

Correo electrónico: marta.garciaz@campusucc.edu.co

its history in Colombian law, as interpreted by judicial officers and a brief review of the development of these in Venezuela.

Key words

Unnamed interim measures, ex officio; Injunction; declarative process; due process

Introducción

El trabajo que se presenta sobre las medidas cautelares innominadas, es fruto del área de Derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Medellín, la cual participa en la Red Interuniversitaria de Derecho Procesal en Medellín en el proyecto *“las subreglas en las providencias de la corte constitucional sobre las acciones de constitucionalidad y de tutela a partir del debido proceso judicial”*; investigación que se está elaborando junto con los estudiantes del Semillero de Derecho Procesal, auxiliares de investigación en la misma. Tiene como objetivo identificar los criterios procesales que tienen en cuenta los Jueces Administrativos de Oralidad del Circuito de Medellín, los Jueces Civiles del Circuito de Medellín y los Jueces Civiles Municipales, para el decreto ya sea de oficio o a solicitud de parte de medidas cautelares atípicas o innominadas.

La Jurisprudencia Constitucional en sentencia de tutela (Sentencia T 788, 2013) ha señalado que las medidas cautelares son un instrumento procesal que tienen por objeto:

“...garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se

modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado”

La Ley 1564 del año 2012 y la Ley 1437 del año 2011 autorizan la aplicación de este tipo de medidas cautelares a los jueces; el análisis de las mismas se realizará en desarrollo del presente artículo, pero vale la pena mencionar desde ya, que son cautelas propias para cada caso, tal y como indica (Villamil Portilla, 2012) *“Son estas cautelas medidas inespecíficas de creación de la parte demandante, al juez apenas le corresponde juzgar su utilidad, proporcionalidad y pertinencia para la realización del derecho que la sentencia contingente-mente habrá de reconocer”*. Por tanto, corresponde al análisis de los elementos de la pretensión declarativa, pues así podrá decretar medidas distintas a las tradicionales (entiéndase inscripción de la demanda, suspensión del acto administrativo, embargo y secuestro de bienes) que garanticen la efectividad de su sentencia judicial.

El Código General del Proceso (en

adelante CGP) consagra las medidas cautelares innominadas en su artículo 590, al igual que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPA-CA) quien también las consagran en sus artículos 229 y 230; normativa vigente en el caso del CGP desde el 1 de octubre de 2012, por disposición expresa del artículo 627 numeral 4º del mismo Código; y en el CPACA, según el artículo 308, el 2 de julio de 2012, por tanto los jueces Colombianos, no han tenido más de dos años para darle interpretación y aplicación a las medidas cautelares atípicas, pero aún así, son disposiciones vigentes, sobre las cuales es importante preguntarse, si en la ciudad de Medellín se han aplicado dichas medidas y bajo qué criterios.

Problema de investigación

Actualmente, el CPACA (Ley 1437 de 2011) y el CGP (Ley 1564 de 2012) consagran la posibilidad que en sus procesos declarativos se decreten medidas cautelares que no están reguladas, es decir, singulares para cada caso. Debido a las particularidades de estas medidas, en el presente texto se busca analizar, ¿Cuáles son los criterios que deben tener los jueces para el decreto de las medidas cautelares innominadas?

Metodología

En el presente trabajo, se utilizó el método de la encuesta a los Juzgados Civiles municipales y del Circuito de Medellín y a los Juzgados Adminis-

trativos de Medellín, para evidenciar si en estos se han decretado medidas cautelares innominadas, igualmente se realizó un rastreo jurisprudencial, para evidenciar los pronunciamientos de las altas cortes sobre el tema en cuestión. Se trata de una investigación cualitativa, pues se trata de estudiar el impacto que han tenido las medidas cautelares atípicas en la aplicación del derecho en la ciudad de Medellín.

1. El origen de las medidas cautelares en la legislación colombiana

Acorde con la norma sustantiva, encontramos en el Código Civil, Título Preliminar, Capítulo V “Definiciones de varias palabras de uso frecuente”, que en el artículo 65 se define la Caucción así: “Caucción significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caucción la fianza, la hipoteca y la prenda.”

El artículo 65 menciona como una de las especies de caucción la Fianza, cuya consagración legal se encuentra en el Libro Cuarto “De las obligaciones en general y de los contratos” Título XXXV “De la fianza”, en el Capítulo I, De la constitución y requisitos de la fianza, su definición en el artículo 2361 se identifica en los siguientes términos:

La fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si

el deudor principal no la cumple.

La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.

A su vez, en el artículo 2362, se consagran las clases de fianza que al tenor del citado artículo reza:

La fianza puede ser convencional, legal o judicial.

La primera es constituida por contrato, la segunda es ordenada por la ley, la tercera por decreto de juez.

La fianza legal y la judicial se sujetan a las mismas reglas que la convencional, salvo en cuanto la ley que la exige o el Código Judicial dispongan otra cosa.

Así mismo, el estatuto Civil consagra los eventos en que el deudor puede ser obligado a prestar fianza, el artículo 2374 del Código Civil indica:

Es obligado a prestar fianza a petición del acreedor:

1....

2. El deudor cuyas facultades disminuyan en términos de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de su obligación.

3. El deudor de quien haya motivo de temer que se ausente del territorio, con

ánimo de establecerse en otra parte, mientras no deje bienes suficientes para la seguridad de sus obligaciones.

Se observa, como en el numeral tercero del artículo en mención, el legislador hace referencia a que haya motivo de temer, desarrollando de ésta forma el principio denominado *suspectio debitoris*, (Hernandez Villarreal, Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelares?, 2014) como directriz encaminada a que el acreedor pueda afectar a su deudor, en el poder de disposición sobre sus bienes, bien obligándole a prestar fianza en un proceso, especialmente encaminada a ese efecto, o bien cautelando sus bienes anticipadamente, mediante el embargo o la inscripción de la demanda.

Pese a lo anterior, en el mismo Libro Cuarto, en mención, pero en el Título XXXVI dedicado al contrato de prenda, el legislador señala expresamente la prohibición de tomar o retener, a título de prenda, bienes del deudor en contra de su voluntad, lo cual consagra en el artículo 2417 del Código Civil así: “No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia....”.

Significa lo anterior, que en caso de administrar justicia, el juez si puede ordenar tomar una cosa del deudor contra su voluntad o afectarle un derecho y en la mayoría de los casos, sin que el deudor se entere, toda vez que no

ha sido notificado de la demanda, con el fin de servir de prenda en el cumplimiento de la obligación determinada a petición de parte.

De otro lado, en el Título XXXI “Del depósito y del secuestro”, del libro en mención, encontramos el capítulo III “Del secuestro”, en el cual el artículo 2273 dice: “El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituir al que obtenga una decisión a su favor.”

A su vez, el artículo 2276, consagra las clases de secuestro en los siguientes términos: “El secuestro es convencional o judicial. El convencional se constituye por el solo consentimiento de las personas que se disputan el objeto litigioso. El judicial se constituye por decreto de juez, y no ha menester otra prueba.”

Por lo anterior, se puede concluir que el secuestro, al que hace relación las normas citadas, es una especie de fianza, toda vez que en ambos casos se trata de retener una cosa en garantía del cumplimiento de una obligación de entregar; sin perder de vista, que ambas figuras se encuentran en el Libro Cuarto “De las obligaciones en general y de los contratos”, del Código Civil, independiente de que una sea garantía real y la otra una garantía personal, pero dirigidas al mismo fin, cual es el cumplimiento de una obligación.

De lo hasta aquí expuesto, se evidencia como el origen y raigambre de

las medidas cautelares se encuentra en las normas sustantivas, en el Código Civil, toda vez que desarrollan el concepto de fianza judicial, al remitirlo al Código de Procedimiento Civil, según el cual el juez, a petición de parte, impone al demandado ciertas restricciones, o inmoviliza la comerciabilidad de algunos bienes en función de asegurar el cumplimiento de una obligación, presente o futura.

Al iniciarse un proceso declarativo, el demandante busca una garantía para el cumplimiento de su obligación y le solicita al juez afectarle un derecho a su deudor, pese a estar su derecho incierto, toda vez que lo que está pretendiendo, es precisamente la declaración de su derecho; por ende el peticionario es quien debe indicarle al juez el respaldo de la obligación que persigue.

Si bien, dicha solicitud en relación con las medidas cautelares es rogada por parte del demandante y es su obligación señalar las medidas cautelares a considerar, también es cierto que el juez es quien tiene la facultad de determinar oficiosamente, si dichas medidas son procedentes o no, con miras a brindar un equilibrio y protección al demandado y evitar el uso o abuso desproporcionado del derecho que le asiste al demandado, en relación con lo solicitado por el demandante, al respecto se ha dicho:

“Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administra-

ción de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende... los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.” (Sentencia C 379, 2004)

Colombia tradicionalmente ha sido extraño a la aplicación de medidas cautelares en los procesos declarativos, una de las razones para esto, es que el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil no las hacía atractivas o no lograban proteger los derechos que están en curso del litigio. Dicho artículo regulaba únicamente las medidas cautelares tradicionales, es decir la inscripción de la demanda para los procesos en los que estuviesen en debate derechos reales, embargo en asuntos de responsabilidad civil contractual y extracontractual; secuestro cuando iniciase la segunda instancia de estos procesos. Por tanto dichas disposiciones no eran satisfactorias para las partes, y eran limitadas para ciertos procesos, el legisla-

dor estaba en mora de implementar un sistema que verdaderamente sirviera para garantizar el cumplimiento de la sentencia.

En los procesos Contenciosos Administrativos el panorama era mucho peor, pues la medida cautelar existente era la suspensión provisional del acto administrativo y se aplicaba únicamente cuando se estaba en presencia de procesos con pretensión de Nulidad, es decir, cuando la pretensión tenía un origen contractual o un fin de reparación, no existía medida preventiva alguna que ayudara a dar cumplimiento a la sentencia. Por último vale la pena citar a (Parra Quijano, 2013) quien dice:

Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario.

2. ¿Por qué innominadas?

Lo innominado trata de aquello que no está nombrado expresamente por el legislador, pero el Código General del Proceso y el Código de Proce-

dimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, facultan al Juez para que en cada caso y mediante petición de parte (situación que se analizará más adelante) la decreta conforme al artículo 590 que indica que si la “encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”.

Dentro de la doctrina existe acuerdo en que las medidas innominadas cautelares surgen del artículo 700 del Código de Procedimiento Civil Italiano citado por (Proto Pisani, 1994) dice:

Fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, se halle éste amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, aparezcan más idóneas, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.

Las medidas cautelares típicas, no alcanzan a cubrir todas las necesidades que resultan de un proceso judicial, pues no siempre existen bienes para ser objeto de embargos y secuestros, es por lo anterior que el profesor Venezolano (Rangel, 1989):

Por ello, en el ejercicio de esta delicada e importante facultad, el juez ha de atender principalmente a la naturaleza de la relación sustancial en cautela de la cual es solicitada la medida; apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación; la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte; apreciar si la tutela normativa ordinaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño; y todas las demás circunstancias que le lleven a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

Por tanto, la denominación más técnica para esta figura del derecho, sería medidas atípicas, pues aplicando analógicamente la clásica clasificación de los contratos, los contratos atípicos son aquellos que no tienen regulación normativa, más allá de la normas generales de existencia y validez para todos los contratos, por tanto, estas medidas, solo tienen una normas que regulan la forma de solicitarse, los requisitos para que el juez las otorgue (existencia) y deja por decirlo de alguna manera, a la imaginación del peticionario cómo será el contenido de las mismas.

En este punto del texto es importante citar algunos ejemplos que nos ha traído la doctrina, los cuales servirán

para ilustrar cuáles han sido las medidas solicitadas, la profesora Venezolana Mariolga Quintero Tirado, citada por los Panameños Jorge Fábrega y Adán Arnulfo Arjona en un artículo denominado “Medidas cautelares innominadas”, publicado por la revista de la Universidad de Antioquia, Estudios de Derecho en su volumen 47, nos instruye con los siguientes ejemplos:

Una agencia de publicidad inautorizadamente se vale de nuestra reproducción fotográfica para anunciar un producto comercial y considerándolo atentatorio para nuestra personalidad, demandados a la firma publicitaria por daños y perjuicios, solicitando, por otro lado, que ante la tardanza en el pronunciamiento definitivo se prohíba preventivamente la circulación de tal anuncio.

Los propietarios o poseedores de agua se oponen al desmonte que pretende efectuar el propietario del fundo dominante en la cabecera del río que se la suministra, invocando disminución del agua que utilizan y exigen que provisionalmente tome el juez las medidas que impidan la realización del desmonte.

Demando al arrendador por haber sido negligente en el cumplimiento de su obligación atinente a las reparaciones mayores del inmueble, y ante la necesidad evidente de las mismas para evitar males más graves a los ocupantes del mismo,

pide el arrendatario se tomen las medidas provisionales del caso (Fabregá & Arjona, 1989).

Este tipo de medidas comportan obligaciones de hacer o de no hacer, será importante que los jueces Colombianos a la hora de decretarlas, disminuirlas, aumentarlas o modificarlas, tengan muy claro la regulación de este tipo de obligaciones en el Código Civil y en la jurisprudencia que ha dado sobre esto la Corte Suprema de Justicia, además del criterio auxiliar de la doctrina; pues en el Código Civil en toda su normativa, trae amplia regulación de las obligaciones de hacer y no hacer, y según la imposición que haga el Juez, deberá revisar si exista una norma en el ordenamiento jurídico que soporte dicha prestación, o qué sanción trae el incumplimiento de la misma. De esta manera, se considera podrían ponerse algunos límites al amplio criterio que tiene la parte que solicita la medida atípica y segundo el juez que la concederá.

3. Regulación de las medidas cautelares innominadas en Colombia

En esta parte del texto, se quiere evidenciar, como en Colombia se ha tenido la existencia normativa de las medidas genéricas, desde el mismo Código Civil, y como a raíz de la aparición del Código Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, nuestra legislación fue creando paulatinamente las medidas cautelares innominadas, eso sí teniendo claro que su positivización

se realizó en disposiciones normativas, novedosas para el Derecho Colombiano en aquellas épocas, como por ejemplo el decreto que creó la mal llamada Jurisdicción Agraria o la Ley 256 de 1996, por la cual se regula la competencia desleal.

Posteriormente se analizarán pronunciamientos jurisprudenciales de las altas cortes sobre las medidas innominadas, toda vez que como se verá, la Corte Constitucional declaró inexecutable su aplicación en la ley 1493 de 2011, la cual le otorga algunas funciones de vigilancia y control a la Unidad Administrativa Especial - Dirección Nacional de Derechos de Autor. Asimismo, un pronunciamiento de tutela realizado por la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación de una medida cautelar innominada.

También será importante revisar para el caso Colombiano, la aplicación por la Superintendencia de Sociedades de este tipo de medidas, ya que este ente administrativo con función excepcional jurisdiccional, ha sido uno de los más activos en el uso de las mismas, incluso de oficio.

a. Consagración normativa

Como se dijo, al dar una pequeña introducción de este punto, el Código Civil Colombiano trae un leve asomo de una medida cautelar innominada, a través del artículo 959, que reza:

ARTICULO 959. <MEDIDAS

PREVENTIVAS DENTRO DEL PROCESO>. Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada.

Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.

Véase como el legislador desde aquel momento, les ha dado a nuestros jueces la posibilidad que en los procesos reivindicatorios se tomen medidas que permitan el aseguramiento del derecho, sin mencionar específicamente cuales, solo definiéndole la obligación que aquellas conduzcan a evitar el deterioro de la cosa.

Por ende, esta norma permite por ejemplo, se le solicite al Juez que el demandado realice un cerramiento al bien para evitar invasiones o que por ejemplo, tal y como lo regula el Código General del Proceso para los procesos de pertenencia, se fije una valla donde se indique que este bien está siendo sometido a un proceso que discute a quien pertenece su derecho real de dominio.

Mucho después en el tiempo, se expide el Decreto 2303

de 1989, el cual regula la Jurisdicción Agraria, en su artículo 121 contiene una importante disposición, pues indica que el juez debe tomar medidas precautelativas, lo cual lo enuncia de la siguiente manera:

ARTICULO 121. MEDIDAS PRECAUTELATIVAS. Desde el momento de la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, el juez, de oficio o a petición de parte, si considera que se está causando daño al ambiente o a uno o más recursos naturales renovables, o existe peligro inminente de que se produzca, aunque sea distinto del indicado en la demanda, tomará las medidas del caso, previa realización de una inspección judicial.

El juez podrá conminar al demandado, bajo apremio de multas, para que suspenda las obras o actividades constitutivas del riesgo o causante del daño, o realice los trabajos necesarios para conjurar el primero o hacer cesar el último.

El juez podrá exigir caución para garantizar el cumplimiento de lo ordenado e imponer multas en caso de desobediencia.

Es muy importante ver en esta norma cómo le indica al juez que de oficio deberá tomar todas aquellas medidas que eviten un daño al medio ambiente,

de lo cual se puede concluir, que será para cada caso concreto, según las necesidades y teniendo en cuenta la comprensión del juez que tramite el asunto, el decreto de una medida de cautela específica y propia para este litigio en particular, por ende será atípica.

Deberá tenerse en cuenta también, la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, norma aplicable por los jueces colombianos, la cual en los artículos 245 y 246 indica:

ART. 245. Quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Las medidas cautelares podrán pedirse antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio.

ART. 246. Podrán ordenarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

- a) El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción;
- b) El retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo los envases,

embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;

c) La suspensión de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior;

d) La constitución por el presunto infractor de una garantía suficiente; y,

e) El cierre temporal del establecimiento del demandado o denunciado cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción.

Si la norma nacional del país miembro lo permite, la autoridad nacional competente podrá ordenar de oficio, la aplicación de medidas cautelares.

De esta norma se hará un breve análisis en el siguiente capítulo, sobre el pronunciamiento del Juez Segundo Civil del Circuito de Medellín, quien en un caso concreto negó la aplicación de esta norma.

Continuando con este análisis histórico de las medidas, se encuentra que la Ley 256 de 1996, regulatoria de la competencia desleal y que es una norma de contenido sustancial y procesal, en su artículo 31 enuncia:

ARTÍCULO 31. MEDIDAS CAUTELARES. Comproba-

da la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.

Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud.

Si las medidas se solicitan antes de ser interpuesta la demanda, también será competente para adoptarlas el Juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos.

No obstante, una vez presentada la demanda principal, el Juez que conozca de ella será el único competente en todo lo relativo a las medidas adoptadas.

Las medidas cautelares, en lo previsto por este artículo, se regirán de conformidad con lo establecido en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil.

La Ley 472 de 1998, la cual regula el ejercicio de las acciones populares

y de grupo, consagra también la posibilidad para la parte accionante, de solicitarle al Juez el decreto de ciertas medidas cautelares, pero en este caso, la norma enuncia una lista de medidas que puede decretar el juez.

Artículo 25º.- Medidas Cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Del texto citado, es importante hacer algunas acotaciones, lo primero, es que el legislador, dada la especialidad del tema, consagra medidas cautelares distintas a las tradicionales de los códigos (embargo, secuestro, inscripción de la demanda o suspensión provisional de acto administrativo), pero como se ve, su enunciación es abierta, por tanto es viable considerarlas dentro de la clasificación de las medidas cautelares atípicas, al otorgarle amplio criterio al juez para buscar la protección del derecho amenazado. Es importante tener en cuenta, que el artículo 26 de la norma estudiada establece criterios para oponerse a la medida cautelar, lo cual constituye un caso sui generis para la regulación de las medidas cautelares en el Derecho Colombiano, las causales de oposición consagradas por el legislador son:

Artículo 26º.- Oposición a las Medidas Cautelares. El auto que decreta las medidas previas será notificado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días. La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:

- a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;
- b) Evitar perjuicios ciertos e in-

minentes al interés público;

c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.

d) Corresponde al quien alegue estas causales demostrarlas.

Posteriormente, el Congreso expide la Ley 1437 del año 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma de gran actualización al Derecho Administrativo Colombiano, en relación con las medidas cautelares en los procesos en mención, como se dijo anteriormente, el Decreto 01 de 1984, sólo regulaba como medida cautelar la suspensión provisional del acto administrativo en tratándose de procesos con pretensiones de nulidad. Esta nueva norma procesal trae en su TÍTULO V, que trata sobre DEMANDA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Capítulo XI, sobre las Medidas Cautelares, todo un capítulo para tratar de darle eficiencia y protección al derecho a las partes de este tipo de proceso. Es importante traer a colación los artículos 229 y 230 de la norma en comento, de los cuales se realizará un análisis.

ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en

cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

PARÁGRAFO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ~~y en los procesos de tutela~~ del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.

ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca

al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autori-

dad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

Leídas estas normas, se evidencia que por primera vez un Código Procesal quiere ser más detallista en las medidas cautelares innominadas; se indica en el Libro Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la ley 1437 de 2011:

Es así como en vigencia del nuevo código el ámbito de acción del juez administrativo se amplió, pues se contemplaron otras posibilidades de decisión cautelar que van más allá de la simple suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

En ese orden, atendiendo su propósito o finalidad, el artículo 230 del CPA y CA clasificó a las medidas cautelares en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.

Como su nombre lo indica, con las medidas preventivas se pretende evitar la configuración de perjuicios o la vulneración de los derechos de la parte demandante. Con las medidas conservativas se busca preservar el statu quo, o lo que es lo mismo,

“ordenar que se mantenga la situación” previa al conflicto, en espera de lo que se resuelva en la sentencia; mientras que con las medidas anticipativas se quiere “que se restablezca [la situación] al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante.

(..)

Otro elemento novedoso introducido por el artículo 233 del CPA y CA consiste en la obligación del juez de dar traslado al demandado de la solicitud de medida cautelar para que se pronuncie sobre ella, previo a adoptar cualquier decisión al respecto. (Gomez Aranguren, 2012)

De lo anterior, es claro que el legislador Colombiano, da un giro radical en cuanto a las medidas cautelares, otorgando importantes herramientas al Juez Administrativo y a la parte solicitante de la medida, para que basándose en los criterios indicados por el legislador y en las pautas de las obligaciones de hacer y no hacer del Código Civil, puedan solicitar la medida pertinente para que exista una verdadera tutela jurisdiccional efectiva.

Poco después de haberse expedido el CPACA, se expide la Ley 1493 de 2011, por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones. Dicha norma es regulatoria de

los derechos de autor y no es aplicable por autoridad que tenga poder judicial (ya sea como juez o como autoridad administrativa con posibilidad de administrar justicia), hace parte del derecho administrativo sancionador, y en su artículo 30 literal d, traía una disposición que creaba medidas cautelares innominadas para este asunto, así:

Artículo 30. Medidas cautelares. El Director de la Unidad Administrativa Especial -Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior podrá adoptar, en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control y mediante resolución motivada, las siguientes medidas cautelares inmediatas:

(...)

d) Cualquiera otra medida que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control.

La Corte Constitucional, en sentencia de constitucionalidad 835 del año 2013 declaró inexecutable esta norma, este análisis se realizará más adelante, en un acápite especial sobre jurisprudencia de medidas innominadas.

El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, Ley 1563 de 2012, por su lado establece en el Artículo 32 las medidas cautelares aplicables a los procesos arbitrales:

Artículo 32: A petición de cualquiera de las partes, el tribunal

podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente.

Adicionalmente, el tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar, el tribunal apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Asimismo, el tribunal tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El tribunal establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares innominadas, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el

tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida.

Si el tribunal omitiere el levantamiento de las medidas cautelares, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador o a quien le corresponda, a solicitud de parte, procederá a cancelarla.

Parágrafo. Las medidas cautelares también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia.

Quien ejerza funciones jurisdiccionales, podrá decretar medidas cautelares para este propósito en los procesos sometidos a su conocimiento, sean o no procesos arbitrales.

En materia arbitral, desde tiempo atrás ha existido la discusión sobre la posibilidad que el árbitro decrete medidas cautelares innominadas, (Hernández Villarreal, *Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?*, 2007), ha explicado como la doctrina a estado dividida antes de la expedición de la norma antes citada, pues parte de ella, indicaba que la norma era enunciativa sobre

las medidas consagradas en el Decreto 2279 de 1989 (inscripción del proceso y secuestro de bienes muebles), es decir, que los árbitros tenían la facultad, en virtud del poder que le daban las partes, de decretar otro tipo de medidas. Pero esta postura era minoritaria, pues como explica el Hernández Villarreal, la mayoría de los juristas, se inclinaban porque esta consagración era taxativa, pues no está permitido al árbitro ejercer más funciones que la que les da la ley.

Esta discusión, fue finalizada por la Ley 1563, pues reguló, de forma clara la posibilidad para los árbitros, acoplado el Estatuto Arbitral a las exigencias del Derecho Internacional.

Por último, el Código General del Proceso, Ley 1564 del año 2012, finalizó la serie de disposiciones que en Colombia consagran las medidas cautelares atípicas o genéricas, regulando lo siguiente:

ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS.

En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares: (...)

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que

se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Se deberá tener en cuenta, por expresa disposición del artículo 627 del Código General del Proceso, que esta norma está vigente desde el 1 de octubre de 2012, por tanto, pasados casi dos años de su vigencia, sería completamente normal que los abogados hayan solicitado a sus jueces la aplicación de este tipo de medidas, y que los jueces Colombianos hayan decretado en varios procesos muchas de ellas, pero como se verá más adelante en este artículo no existe la más mínima aplicación de estas medidas, en particular en la ciudad de Medellín.

Es importante explicar en detalle varias disposiciones del artículo cita-

do, para entender, cuál es la auténtica finalidad del legislador al establecer el amplio margen de las medidas innominadas. Al leer detalladamente el artículo, se encuentra como primera exigencia del legislador la racionalidad de la misma, por tanto, el primer cuestionamiento por el Juez a la hora de decretar dicha medida, sería la siguiente: ¿exige el legislador que se efectúe un “test de razonabilidad” para aplicar una medida cautelar atípica?, este test se realiza cuando está en juego el principio de igualdad. La ley da la posibilidad al demandante de pretensionar una cualquier medida para proteger su derecho, mientras que el demandado sólo tendrá la posibilidad a través de las denominadas “contra-cauteladas” solicitar la modificación de la misma pagando una caución. Al respecto ha dicho el profesor (Bernal Pulido, 2002):

(...) de acuerdo con la Corte, el análisis de esta justificación debía efectuarse mediante un “test de razonabilidad”, compuesto por tres “etapas”: “a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual”; “b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido”. A su vez, según la Corte, esta última etapa se subdivide en la aplicación de los tres subprincipios de la proporcionalidad idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El Juez ya sea Administrativo o Civil, deberá determinar si la aplicación de esta medida, protege fines constitucionales, y seguramente argumentar la protección de una tutela jurisdiccional efectiva. La Corte Constitucional aplicó éste test en la Sentencia C-835 del año 2013, la cual se analizará a continuación, sentando con ello el precedente jurisprudencial de aplicación obligatoria en la Rama Judicial.

b. Jurisprudencia de las altas cortes colombianas sobre las medidas atípicas

En este punto se realizará el análisis de la Sentencia C-835 del año 2013 y una sentencia de tutela interpuesta contra la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga resuelta por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

La sentencia C-835, aplicó el test de proporcionalidad, para decidir si el artículo 30 de la Ley 1493 de 2011 es inexecutable; en el primer paso del test el juez debe buscar que la norma (o la medida en caso de estar aplicando una medida innominada) persiga objetivos constitucionalmente válidos, la Corte indicó:

“Se acepta entonces que el objetivo de la disposición normativa acusada **persigue objetivos constitucionalmente válidos**, pues no solo pretende hacer efectiva la inspección, vigilancia y control de sociedades de gestión colectiva, sino salvaguar-

dar los intereses de los titulares y beneficiarios de derechos de autor y similares que se asocian en ese tipo de organizaciones para garantizar la adecuada explotación y reconocimiento de sus derechos”.

Posteriormente, la Corte en el análisis del segundo punto del test de proporcionalidad, realiza un importante pronunciamiento, diciendo lo siguiente:

“...en el ordenamiento jurídico colombiano hay cabida para una serie de medidas cautelares atípicas o innominadas novedosas, que además de **no ser viables de oficio**, solo pueden imponerse por el juez en ciertos procedimientos para proteger derechos litigiosos, prevenir daños o asegurar la efectividad de las pretensiones, dentro de parámetros que para su imposición, son claramente delineados por el legislador”. (Negritas y subrayas propias)

Este apartado de la sentencia, es importante tenerlo en cuenta, como se mostrará más adelante, la Superintendencia de Sociedades si considera viable la aplicación de oficio.

Continuando con el análisis de la sentencia, y volviendo al segundo punto del test de proporcionalidad o razonabilidad, sigue la Corte analizando el significado y contenido de las medidas atípicas, indicando como el Juez debe tener un criterio de equidad y razonabilidad, para aplicarlas, y el legislador

debe establecer esas reglas, lo cual no sucede en la norma analizada por la Corte Constitucional en la sentencia en mención, al dejar abierto el criterio a la entidad administrativa para la aplicación de las medidas innominadas, no le impone tener en cuenta criterios de necesidad y razonabilidad para acudir a la misma. Por tanto, acá finaliza el juicio de constitucionalidad sobre la norma, al no sobrepasar el segundo punto del test, no cuenta con la idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, es decir, no son idóneas en este caso concreto, para proteger los derechos de la parte investigada. Por tanto es menester en las medidas cautelares, la razonabilidad del Juez al aplicarlas y además, deberán ser a petición de parte.

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de tutela con radicado 11001-02-03-000-2014-00342-00, de forma muy corta y concreta, indica sobre las medidas cautelares innominadas su procedencia en los procesos declarativos, tratándose en dicho caso de un proceso reivindicatorio, donde la parte solicitó en primera instancia una medida, consistente en ordenar al demandado, quien era poseedor, la no realización de contratos de subarriendo sobre el bien inmueble objeto de la litis; en ese caso, el Juez de primera instancia negó la medida, por ser una de las pretensiones el pago de los frutos civiles generando con ello incompatibilidad entre la pretensión y la medida cautelar solicitada; en segunda instancia el Tribunal Superior, decidió concederla por considerarla viable y acorde a la protección del sis-

tema, por garantizar la no perturbación de terceros, en este caso arrendatarios, afectando el cumplimiento de la sentencia.

c. Aplicación por la Superintendencia de Sociedades

La Superintendencia de Sociedades, a través de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, en su texto denominado Jurisprudencia Societaria, trae una importante recopilación de pronunciamientos sobre distintos temas, entre ellas existen tres sobre medidas cautelares innominadas; se realizará un corto análisis de estos pronunciamientos, sobre todo en el sentido del decreto de oficio de las mismas por parte de la Delegatura.

El primer concepto a tener en cuenta, Auto No. 801-017366 del 10 de diciembre del año 2012, se realizó en el marco de la elección de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Barranquilla, donde meses antes a dicha elección, se constituyeron de forma sospechosa gran cantidad de sociedades por acciones simplificadas, y al darse cuenta de esto, la misma Cámara inicia un proceso buscando la cancelación del registro mercantil, por considerar la constitución de las sociedades ilícita, al no tiene por objeto ejercer el comercio; se crean según la Cámara de Comercio para abusar del derecho, mientras se realiza el pronunciamiento de fondo por parte del Juez competente, el demandante solicita la suspensión provi-

sional de las matrículas mercantiles de las sociedades demandadas. Esta es una medida solicitada a petición de parte, la Superintendencia realiza un estudio intenso sobre la creación de sociedades, y sobre una investigación adelantada por Superintendencia de Industria y Comercio. La Delegatura de la Superintendencia de Sociedades decide conceder la medida innominada, por la proximidad de las elecciones y así garantizar la transparente elección de los miembros de la junta directiva.

El segundo pronunciamiento del 1º de febrero del año 2013, Auto No. 801-001488, se trata de una pretensión de una sociedad quien es accionista de una sociedad por acciones simplificada, en la cual solicita, se rescinda los votos emitidos por esta última durante la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de la sociedad demandada, al existir exceso al poder conferido al representante legal; lo primero a tener en cuenta por la Superintendencia para decretar medidas cautelares en los procesos, es la probabilidad de éxito de las pretensiones formuladas, esto es, buscar la apariencia de buen derecho exigida por la norma procesal en el artículo 590 del Código General del Proceso. En segundo lugar, habrá de determinarse el interés económico del demandante, por ejemplo en el presente caso, el demandante es un accionista de la sociedad, los actos mercantiles a realizarse por el representante legal de la sociedad podrán afectar el patrimonio de los socios, por tanto el despacho decretó las medidas cautelares, ordenó

poner en suspenso cualquier acto jurídico a realizar por el mandatario, para así proteger durante el curso del proceso el patrimonio del demandante. Anadido a lo anterior, la Delegatura decide decretar una medida cautelar de oficio, inscribir la demanda en el registro mercantil de una de las empresas a la cuales se les vendió participación accionaria de la demandante, negocio que realizó el representante legal de ésta, sin contar con la debida autorización, por tanto la Superintendencia encontró según su concepto, la importancia de darle publicidad en los registros mercantiles de las empresas adquirentes de acciones del proceso que pretende la rescisión de estos negocios.

El tercer caso que recopila el libro que se viene analizando, donde se estudia una medida cautelar innominada en un proceso de desestimación de la personalidad jurídica. El demandante solicita la inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria de un bien específico el cual había sido incluido en los estados financieros del demandado, pero de dicho bien de forma continua pasa a manos de otras personas y regresa al patrimonio de la empresa demandada, con el fin de demostrar respaldo patrimonial cuando le conviene y disminuirlo cuando no es conveniente. Comienza nuevamente la Superintendencia a estudiar las probabilidades de éxito del demandante, partiendo de las pruebas anexadas junto con la demanda, además en este caso concreto, la Superintendencia decidió de oficio la suspensión del acto

mediante el cual se extrajo el inmueble concerniente del patrimonio de la empresa demandada. El argumento para lo anterior es: “Se trata de una medida que, en criterio del Despacho, no solo busca ‘asegurar la efectividad de la pretensión’, sino que guarda, además, una cercana proporción con los efectos nocivos que parecen haberse derivado de la donación controvertida”. (RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group SAS, 2013).

Sobre estos pronunciamientos, se debe tener en cuenta, el estrecho margen entre el prejuizamiento y protección al demandado, al juzgar la apariencia del buen derecho no existe un límite claro definido en estos pronunciamientos por el ente Jurisdiccional de asuntos societarios para explicar por qué no está adelantando una sentencia.

4. Resultado del rastreo en los Jueces Civiles Municipales y del Circuito y Administrativos de Medellín

Se realizó un sondeo por los 17 Juzgados Civiles del Circuito, 30 Juzgados Civiles Municipales de Medellín, así como en los 16 Juzgados de Oralidad Administrativos de la misma ciudad, los cuales fueron encuestados por los alumnos miembros del semillero de derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Medellín, participantes de la Red Interuniversitaria de Derecho Procesal de Medellín.

De este rastreo, en los 63 Juzgados encuestados, sólo se encontró en el juzgado Segundo Civil del Circuito una solicitud de unas medidas cautelares innominadas, las cuales fueron negadas, vale la pena aclarar los fundamentos de derecho consistieron en la Decisión 486 de Cartagena analizada en el desarrollo del presente texto y no en el Código General del Proceso.

En los demás juzgados no se evidenció al momento de diligenciar la ficha, la aplicación de las normas sobre medidas cautelares innominadas vigentes desde el año 2012.

5. Análisis desde el derecho venezolano

En el derecho venezolano, el cual consagra dichas medidas en el Proceso Civil desde 1986, el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil de aquel país se indica respecto de la temática tratada, que únicamente el poder judicial tiene la potestad de tratar esa medida, ya que estas se vuelven en una mínima afectación al ejercicio de los derechos.

Para que procedan las medidas preventivas se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. La demanda ya debe estar admitida, así lo estableció la Corte Suprema de Justicia Venezolana en su fallo del 12/12/1979.

2. La presunción grave del derecho que se reclama o el *Fomus Boni Iuris*.

3. Cuando exista riesgo manifiesto que quede ilusoria la ejecución del fallo o el *Fomus Periculum in Mora*.

4. Que la petición encaje dentro de los casos taxativamente determinados en el Código de Procedimiento Civil.

5. Es importante mencionar el supuesto que el solicitante de la medida no disponga de un medio que le permita cauciones, afianzar o garantizar las resultas del proceso, porque las medidas cautelares pueden causar desastres patrimoniales a las personas contra quien se dirige. (Morales, 2008)

La citada profesora venezolana (Morales, 2008) continúa indicando:

“...su aplicación y enfoque relacionado con la necesidad de tener una visión mejorada de éstas y que permitan a las partes implicadas en el proceso civil su uso para evitar un daño y abreviar el proceso; así como las medidas cautelares innominadas y su importancia, igualmente, permitió precisar el compromiso de la administración

de justicia, quienes deben asumir con responsabilidad social y profesionalismo el poder cautelar general concedido por la ley al juez; para que el arbitrio, con criterio de oportunidad, y atendiendo a las circunstancias de modo tiempo y lugar, pueda escoger los medios más adecuados para asegurar el resultado procesal de la ejecución”.

Conclusiones

Poca acogida ha tenido dentro de los abogados litigantes en Medellín las medidas cautelares atípicas, por tanto, se deberá preguntarse en la continuación de esta investigación ¿se conoce la posibilidad de solicitar medidas cautelares innominadas en los procesos declarativos por parte de los abogados de Medellín?

No existe apropiación por parte de la comunidad jurídica en Medellín entorno a las medidas cautelares innominadas.

La Superintendencia de Sociedades ha dado aplicación a medidas cautelares atípicas de oficio, sin tener en cuenta la Sentencia C-835 del año 2013, por lo cual desconoce el precedente de la Corte Constitucional, lo que podría generar acciones de tutela contra esta Superintendencia por violación del debido proceso y del principio de igualdad.

Las medidas cautelares innominadas

requieren para su aplicación un test de proporcionalidad, que la Superintendencia de Sociedades lo realiza en dos pasos, el análisis de la probabilidad de éxito de los demandantes y el interés económico de estos.

En el derecho Venezolano existe ya amplia tradición y depuración del trámite de las medidas innominadas, pues en la doctrina es amplio su conocimiento y en la comunidad jurídica se conoce su alcance y funcionalidad.

Referencias

- Sentencia C 379, 379 (Corte Constitucional 27 de Abril de 2004).
- RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group SAS, Auto No. 801-016441 (Delegatura Societaria de la Superintendencia de Sociedades).
- Sentencia T 788, 788 (Corte Constitucional 2013).
- Bernal Pulido, C. (2002). El juicio de igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En *INSTRUMENTOS DE TUTELA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL* (págs. 51-74). México D.F: INSTRUMENTOS DE TUTELA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL.
- Fabregá, J., & Arjona, A. (Marzo de 1989). Medidas Cautelares Innominadas. *Estudios de Derecho*, XLVII (113-114), 195-202.
- Gómez Aranguren, G. E. (2012). El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011. En *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la ley 1437 de 2011* (págs. 173-184). Bogotá D.C: Banco de la Republica.
- Hernández Villarreal, G. (2 de Febrero de 2007). Obtenido de Redalyc: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73390108>
- Hernández Villarreal, G. scielo. Obtenido de Sitio web de scientific electronic library online: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0124-05792007000100007&script=sci_arttext.
- Morales, E. (2008). LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 503-525.
- Parra Quijano, J. *Sites Goolge*. Obtenido de <https://sites.google.com/site/congresodchoprocesal/>
- Proto Pisani, A. (s.f.). Las tendencias actuales del Derecho Procesal Civil en Italia. (A. Pérez Duarte, Trad.) <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1376/4.pdf>. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1376/4.pdf>

Rangel, A. (1989). Medidas Cautelares Innominadas. *Instituto Colombiano Derecho Procesal*, VIII. Obtenido de <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>

Villamil Portilla, E. (2012). Algunos apuntes acerca de las cautelares en el Código General del Proceso. En I. C. Procesal, *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (Primera ed., pág. 174). Universidad Libre de Colombia.

Análisis del conflicto y la mediación como método de resolución: Redorta y Moore*

Conflict analysis and mediation as a method of resolution: Redorta and Moore

Recibido: 18 de febrero del 2013 - Revisado: 30 de abril del 2013 - Aceptado: 29 de mayo del 2013.

Gerson Eduardo Ayala Peñaranda**

Resumen

El conflicto y la mediación de manera conceptual, han creado un campo interdisciplinar en el cual se puede encontrar gran variedad de análisis de distintos autores. El presente trabajo se propone revisar los conceptos de conflicto y de la mediación específicamente como método de resolución. Se revisan ambos temas desde un análisis teórico, desarrollado especialmente por Josep Redorta para los conflictos y de Christopher Moore para la mediación permitiendo delimitar los conceptos que representan gran importancia para nuestra sociedad. Esta revisión permite, por un lado, explorar la estructura, el ciclo y la tipología de los conflictos y por otro, enunciar las distintas formas de encontrar la resolución de un conflicto y la descripción de las etapas necesarias para lograr la mediación.

Palabras clave

Conflicto, mediación, resolución.

Abstract

The conflict and the mediation in a conceptual way have created an interdisciplinary field in which you can find a wide variety of analysis of different authors. This paper aims to review the conflict concepts and the mediation, specifically as a resolution method. We review both issues from a theoretical analysis, developed especially by Josep Redorta for conflicts and Christopher Moore for the mediation of allowing to limit concepts that represent great importance to our society. This review allows, one hand, to explore the structure, the cycle and the typology of conflicts and the other, to set out the different ways to find conflict resolution and the description of the steps needed to achieve mediation.

Key words

Conflict, mediation, resolution.

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto del proyecto de investigación "Imaginar los sociales del posconflicto", realizado al interior del Grupo de Investigación PAZCODE de la Universidad de Pamplona.

** Abogado. Magister en paz, desarrollo y resolución de conflictos. Miembro del Grupo de Investigación PAZCODE de la Universidad de Pamplona.

Correo electrónico:
dramirez@udem.edu.co.

Introducción

Hablar de “conflicto” en lenguaje cotidiano puede tener una serie de inconvenientes interpretativos, pues este término suele tener diferentes acepciones y también diferentes sinónimos confundibles con la realidad semántica del término: el conflicto es considerado, la mayoría de veces, un proceso que implica de manera interna un choque de intereses, los cuales pueden ser analizados y, algunas veces, resueltos; lo que depende de la voluntad de las partes.

Vicenç Fisas, experto en el tema de “conflicto y paz” nos explica el concepto de conflicto como: “Una construcción social, una creación humana diferenciada de la Violencia (puede haber conflictos sin violencia, aunque no violencia sin conflicto), que puede ser positivo o negativo según como se aborde y termine, con posibilidades de ser conducido, transformado y superado (puede convertirse en paz) por las mismas partes, con y sin ayuda de terceros, que afecta a las actitudes y comportamientos de las partes, en el que como resultado se dan disputas; suele ser producto de un antagonismo o una incompatibilidad (inicial, pero superable) entre dos o más partes, el resultado complejo de valoraciones, pulsiones instintivas, afectos, creencias, etc., y que expresa una insatisfacción o desacuerdo sobre cosas diversas (1998: 185)”.

Como primera medida, el conflicto es diferente a la Violencia, ésta es más bien una expresión del mismo (López,

et. al., 2004: 149), también considera Fisas el hecho de que un conflicto puede “ser conducido, transformado y superado”, en cuanto a la transformación del conflicto, nos aporta Lederach en sus estudios (1998) que el conflicto puede transformarse y crecer, por lo que es necesario que el mismo sea dirigido o encaminado hacia lo positivo, lo que nos llevaría al estudio profundo del tema, de sus estructuras y niveles, en aspectos y contextos variados. El análisis del tema de conflictos siempre resulta incompleto, aún hasta para los mejores autores, quienes sostienen que el conflicto es un tema extenso y que todavía no encuentra respuesta a muchas de sus inquietudes y fenómenos.

Por lo tanto, el análisis del conflicto abarca un vasto campo de literatura, lo que demuestra la verdadera pertinencia de este tema en diferentes disciplinas (psicología, derecho, filosofía...) con el fin de poder lograr crear espacios de mediación que transformen las realidades de los conflictos como una prioridad mundial y poder entender que más allá de esto, lo realmente impactante en la práctica es comprender lo más profundo del ser humano, su naturaleza dentro del conflicto, conocer que “las personas directamente implicadas [dentro de un conflicto] a menudo se dedican a exigir las soluciones que a ellas les conviene y no quieren escuchar las preocupaciones y las razones del otro” por lo que “suelen asumir una actitud intransigente e inflexible, basada en su propia solución” (Ledereach, 1998: 23).

La comprensión de este concepto es importante para la situación actual a nivel local e internacional, pues no se trata sólo de describir y revisar su semántica, sino también sus implicaciones en la vida misma y en la manera de solucionarlos, sus estrategias y métodos. Para este proceso es menester que se realice esta revisión, pues evitará en el futuro algunos inconvenientes académicos. Además de presentar esta distinción, profundizaremos en el análisis del mismo desde la perspectiva de Redorta y se presentará, dentro de los métodos de resolución, el camino de la mediación y las etapas que ésta debe tener.

1. ¿Qué es conflicto?, diversidad de conceptos

El conflicto hace parte de la cotidianidad del ser humano pues es consustancial a las relaciones humanas. Sin embargo, existe de manera no académica un elevado número de sinónimos para referirnos a este mismo; un ejemplo puede ser la idea que tenemos de “pleito” o de “problema”, de “inconveniente” o, como en Estados Unidos, de “situación” [*situation*] y de otros sinónimos que utilizamos para llamar a nuestros “conflictos” de otra manera. Según Lederach, “El lenguaje no es simplemente una manera de comunicarnos. Es uno de los principales modos en que construimos y comprendemos nuestra realidad” (1998: 21), lo que indica que en nuestra realidad hay una negación a llamar “conflicto” a lo que corresponde; según la *Enciclopedia de paz y conflictos*

éste se puede definir como cualquier situación de disputa o divergencia en la que existe “una contraposición de intereses, necesidades, sentimientos, objetivos, conductas, percepciones, valores y/o afectos entre individuos o grupos que definen sus metas como mutuamente incompatibles” (p. 149).

No obstante, en nuestra menuda realidad nacional muy a menudo sólo existe la vaga idea de un “conflicto armado”, pues en la cotidianidad este es el resultado de la invasión del término y de la influencia de los medios masivos de comunicación, el resultado es que vemos el “conflicto” de manera negativa y olvidamos que es natural en nuestras relaciones este fenómeno y que por lo tanto, es beneficioso para todos que le conozcamos de manera más profunda con el fin obtener mejores beneficios sociales y civiles: “La percepción del conflicto como algo negativo está muy extendida. De hecho, etimológicamente, el lexema -flicto procede de flígere que significa chocar o topar. El prefijo co- se refiere a interacción. Por tanto, el conflicto se refiere al chocar o topar unos con otros. La primera acepción que aparece en el diccionario de usos del español María Moliner, es «momento más violento de un combate», lo que viene a corroborar la negatividad con la que se entiende la palabra conflicto” (López, et. al., 2004: 149).

El conflicto que nosotros llamamos “armado”, se clasifica -preferiblemente- dentro de los conflictos político-sociales cuya visión es igualmente negati-

va para algunas culturas. Sin embargo, este campo complejo en construcción requiere demostrar que no sólo el conflicto es sinónimo de violencia, sino también de cambio. El conflicto debe indicar que históricamente en algunos casos se transforma en oportunidades para la paz (Lederach, 1998), lo que nos lleva a estudios que proponen no sólo análisis de su semántica, sino análisis de sus causas y consecuencias.

Por lo tanto, precisar el concepto del conflicto de manera académica requiere de un análisis complejo; diferentes autores han propuesto una gran variedad de definiciones, por ejemplo, según Josep Redorta y Eduardo Infante en una investigación de la Universidad de Sevilla halló para un estudio sobre la definición de conflicto en el periodo de 1993-1996, 78 definiciones distintas (Infante, 1998: 491, citado en Redorta, 2004: 29). Adicionalmente, el conflicto es un concepto empleado en varios campos de la ciencia, por ejemplo en el área psicosocial, en la cibernética, en la etología y en organizaciones que corresponden a otras áreas del conocimiento, lo que demuestra la dificultad de tener una concepción única.

Para solucionar esta greña, se ha desarrollado una disciplina especial para el estudio del origen o causas y consecuencias de los conflictos: la conflictología. Ésta, reúne la riqueza de otras disciplinas como la psicología, la antropología, la historia y los pensamientos clásicos, con el fin de presentar una mejor comprensión del concepto y

del desarrollo de las técnicas y estrategias para la “resolución de conflictos”.

La conflictología, como la ciencia del conflicto, hace parte de este trabajo ya que en ella se encuentran aportes valiosos para poder tener un acercamiento conceptual a este constructo complejo que se complementa con otras disciplinas a la hora de buscar herramientas de resolución. Redorta afirma que “no existe una teoría general del conflicto”, algunos autores sostienen la necesidad de que exista una: “Es necesaria una teoría general del conflicto no sólo para que nos ayude a explicar, predecir y tratar algunos elementos del comportamiento humano, sino porque además constituye la base para la comprensión de los conflictos particulares” (Alzate, 1998: 17, citado en Redorta, 2004: 32-33).

Es relativamente nueva la disciplina del conflicto y en ella se observa que algunos elementos aún no son claros y son demasiado profundos, como sus orígenes: “Preguntarse por las fuentes del conflicto es adentrarse primero en la filosofía, la religión y cuantas opiniones existen que pretendan dar cuenta de a qué razón responde el ser humano. En tanto que somos incapaces de respondernos respecto al conflicto central, es decir, el existencial el qué somos y qué significado tiene la vida, se hace difícil identificar los orígenes de los conflictos” (Redorta, 2004: 34).

El conflicto, de esta manera comprende incógnitas universales que se han generado desde hace miles de años

y aún con algunas posibles respuestas, ninguna de ellas es totalmente comprobable.

Sin embargo, teniendo en cuenta las condiciones de esta realidad Redorta aconseja que este concepto no debe comprenderse de manera lineal o tradicional, “el conflicto no puede ser analizado plenamente en el marco de los principios disyuntivistas del paradigma científico clásico” (Ibáñez, 1988, citado en Redorta, 2004: 47), sino que debe ser considerado desde un nuevo paradigma de “complejidad”: “El nuevo paradigma nos ayuda a pensar desde lo simplificado a lo complejo, de lo cartesiano a lo no cartesiano y, por tanto, de lo racional a lo intuitivo, de lo analítico a lo sintético, de lo reduccionista a lo holístico y, en resumen de lo lineal a lo no lineal” (Redorta, 2004: 52).

Implica entonces, que no se debe estudiar “el conflicto”, desde la idea tradicional (aristotélica) de causa-efecto, sino que este estudio sugiere no separar ni aislar cada uno de los aspectos o elementos del conflicto, a fin de considerar la totalidad del mismo, y poder de esta manera, tener en cuenta sus relaciones y sus contextos.

Desde todo punto de vista es entendible esta situación, dado que la gran responsabilidad que enfrenta esta disciplina, que ayuda a describir la conducta del ser humano, es demasiado amplia

y sólo puede avanzar en la medida en que reconoce patrones del desarrollo de cada conflicto llevándonos a realizar estudios o análisis particulares de cada conflicto presentado.

Por ende, comprender este concepto de manera académica permite interpretar la estructura de un fenómeno social que requiere de mucha atención, pero que es necesaria puesto que otorga a los estudiosos del tema crear por lo menos un mapa de caracterización que sirva para apoyar la intervención de los conflictos con el fin último de producir una salida pacífica a los mismos. Por eso, aunque en el campo de los conflictos se tienda a ver las cosas de manera borrosa o poco estable, se debe iniciar un proceso de categorización que permita descubrir patrones organizados, elementos que se encuentran fuera de una posición lineal y permitan un consenso provisional.

En esta primera parte del trabajo, se abordará el estudio de Josep Redorta¹ con respecto a la estructura del conflicto, tema que se desarrolla en *Cómo analizar los conflictos* (2004) y, en una porción más pequeña, *El poder y sus conflictos* (2005) puesto que para empezar, se debe tener en cuenta que la estructura del conflicto está constituida en su núcleo “por el poder y sus distintas formas” (2004:63), pues éste está presente de continuo en las relaciones sociales, por eso es importante que se incluya dentro de esta revisión.

¹ Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto del proyecto de investigación sobre Valoración y Estándares de Prueba, realizado al interior del Grupo de Investigación PAZCODE de la Universidad de Pamplona.

La estructura del conflicto es la forma esencial en la que es pensado un conflicto. Lederach, por ejemplo, nos presenta un esquema en donde siempre se deben relacionar tres aspectos (a manera de triángulo): proceso-personas-problemas. Sin embargo, para Alzate “este marco de referencia desde luego, está pensado más en la intervención que en la comprensión del fenómeno” (Alzate, 1998: 43, citado en Redorta, 2004: 67). Otros autores como Galtung o Coser igualmente propusieron esquemas de estructura triangular que difieren del esquema de Lederach según el contexto en el cual se desarrolla el conflicto.

2. Resolución de conflictos: Josep Redorta

Josep Redorta, con el ánimo de establecer una síntesis de lo que se puede comprender desde la estructura del conflicto, decide, basado en la estructura del conflicto propuesta por varios autores, crear una estructura llamada “multipolar”. Esta estructura se compone de elementos dispersos y subjetivos, valorados por algún autor quien los incluye como parte de la comprensión y posible orientación a la solución de conflictos. En ésta también se pueden encontrar elementos que se consideran importantes y que reseñaremos en este trabajo, tales como las metas, el contexto, las partes, el poder, las fuentes, el patrón, la función, las expectativas, el eje, la vivencia, el desencadenante, el ciclo, los métodos, las normas, el estilo, los efectos, el ámbito y la complejidad.

Las metas como elemento de la estructura, significan los objetivos que buscan alcanzar las partes del conflicto, estos se pueden presentar de manera total o parcialmente incompatibles, lo que “afectará tanto a las consecuencias del conflicto como a las tácticas y estrategias que las partes utilicen en su resolución” (2004: 71). El contexto entre otras partes de la estructura, determina el escenario en el cual se desarrolla el conflicto, puede ser la escuela o el lugar de trabajo, influyendo en el tipo de conflicto, es similar *al ámbito*. *Las partes* de un conflicto igualmente se consideran elementos de la estructura, éstas representan el número de contendientes. En cuanto al *poder y sus relaciones* “dependen en general de los recursos que se empleen en el conflicto y, por tanto en gran medida su evolución futura” (2004:71).

El patrón del conflicto, manifiesta que estos algunas veces, toman un curso semejante, lo que permite incluso con la experiencia poder llegar a pensar cuál o cómo será su desarrollo, se relaciona en gran medida con *la fuente*.

La función es otro elemento que rescata aspectos positivos del conflicto, como por ejemplo la capacidad de relacionar las partes. Igualmente *las expectativas* juegan un papel fundamental en la estructura; esta parte permite reconocer las aspiraciones futuras de todo conflicto.

Los ejes del conflicto como elemento de la estructura ayudan a analizar lo que está ocurriendo con el autor. Según

Redorta (2004), Schutz (1958) ya había elaborado una “teoría respecto a los grupos sobre tres ejes básicos: inclusión (dentro o fuera del grupo), el control (más o menos poder) y la afectividad (percepción de cercanía personal)” (72).

La vivencia, significa la percepción, que se puede ver afectada mediante el conflicto, generando una pérdida de visión realista. Esta parte de la estructura se relaciona con las emociones y puede llegar a comprometer otras partes de la estructura.

El desencadenante es otro elemento de la estructura al cual se le atribuye el motivo por el que se da inicio al conflicto. *El ciclo* como tal representa para la estructura del conflicto el factor tiempo y *el método* es “el conjunto de prácticas que las partes ponen en acción al servicio de sus metas y que contienen cierta estrategia” (72).

Las normas, “tienen que ver con la forma cambiante en que se regula el conflicto” (72). Se asemeja a un consenso implícito de las partes en conflicto. *El estilo* se entiende como las distintas formas de pelear que “usan los participantes y que miden desde su implicación hasta la capacidad de negociación” (72). *Los efectos* también hacen parte de la estructura y son el elemento que demuestra los resultados que se producen por causa del conflicto.

Finalmente, *la complejidad* está presente en toda la estructura del conflicto. Los límites de muchos aspectos

se acostumbran a ser borrosos y como tal deben ser percibidos. El azar puede cambiar el curso de los acontecimientos y la no previsibilidad puede ser la norma en un asunto que sigue planteamientos no lineales (73).

La estructura fijada por Redorta se considera un elemento de apoyo, que permite la influencia de varios autores, sin embargo otras estructuras se conforman de menos elementos, pero con grandes extensiones cada una.

En el estudio de Redorta, es de vital importancia tener en cuenta el elemento de *los ciclos* – que se relacionan con el factor tiempo–, los cuales se pueden analizar en tres procesos: *escalada*, *desescalada* y *estancamiento*. El ciclo del conflicto al igual que otras esferas del conflicto ha tenido una gran participación de diversos autores, lo que señala que para algunos, este modelo se representa visualmente de forma llámese circular, lineal, helicoidal y espiral, pero finalmente con el mismo sentido. Un ciclo marcado por el tiempo.

Los tres procesos de los ciclos del conflicto pueden llegar a entenderse de la siguiente manera: “El concepto de “escalada” ha sido ampliamente aceptado por la literatura científica para recoger una “expansión secuencial de la amplitud o intensidad del conflicto” (Geller, 1990; Pruitt y Rubin, 1986, citados en Redorta, 2004: 75).

Este concepto es marcado por la desconfianza y el ánimo de competi-

ción. La definición de la “desescalada” representa todo lo contrario y, finalmente el proceso de “estancamiento” se caracteriza porque los actores del conflicto llegan a un punto donde ya no se encuentran interesados en seguir el conflicto, se muestran cansados, de manera tal que éste tiende a reducirse y a buscar soluciones.

La fase de “estancamiento” puede significar igualmente tiempo fuera, con la intención de retomar el conflicto más tarde y seguir el proceso de escalada, todo esto se puede llegar a presentar hasta el punto de madurez donde el conflicto da el paso a la resolución o transformación, en el cual se genera un cambio de manera radical. Son tres los elementos que Redorta destaca que pueden conducir el conflicto al punto de madurez: *i*. Empate en el conflicto, *ii*. Pérdida de control y *iii*. Oportunidad de ganar cooperando.

Entonces, el factor del tiempo se divide en ciclos al igual que los factores de clasificación, que también juegan un papel importante dentro del análisis del conflicto pues estos adquieren una gran variedad de expresiones teniendo en cuenta la postura de los autores.

En cuanto a la *tipicidad de los conflictos*, Redorta considera que ésta es el soporte que permite discriminar las diferencias dentro del conflicto y con ellas igualmente formar una jerarquía, como en algunos casos se puede evidenciar según el interés científico de algunos autores. Los conceptos nos permiten

agrupar definiciones, pero se debe tener en cuenta siempre que éstas deben estar compuestas de atributos y reglas. Los atributos pueden llegar a ser rasgos flexibles que se muestran con regularidad, mientras la regla es mucho más exigente, certera y delimitadora: “Todos los autores han coincidido en que los conflictos son difíciles de clasificar. Lo más fácil es una clasificación de criterio único, es decir la que permite incluir un tipo de conflictos en una categoría e imputar el resto a la contraria” (2004: 90-91).

Josep Redorta resalta algunas clasificaciones ya existentes, teniendo en cuenta el esfuerzo de algunos autores en esta difícil tarea. Kriesberg es uno de estos autores, él propuso clasificar los conflictos de la siguiente manera: “... por dimensión: “conflictos entre personas”, “conflictos entre organizaciones”, “conflictos entre grupos” (*communal groups*), y “conflictos entre Estados”, para referirse luego a las distintas relaciones entre ellos y establecer una nueva y amplísima clasificación (*from varied circumstances*) en la que recoge los de larga duración, los destructivos y la combinación entre ambos” (1999: 415-417, citado en Redorta, 2004: 94).

Redorta también destaca el trabajo de Coombs y Avrunin quienes clasifican los conflictos en tres grandes grupos: Conflictos de *Tipo I* en los cuales sus contendientes tienen objetivos incompatibles; *Tipo II*, en los que sus contendientes quieren cosas diferentes, pero luchan por la misma y los de *Tipo*

III, cuyos contendientes quieren la misma cosa, pero luchan por motivos diferentes.

Finalmente Christopher Moore es otro de los autores que han propuesto estilos de clasificación que, según Redorta, vale la pena tener en cuenta. Propone cinco grandes elementos para su clasificación: *conflictos de valores, conflictos estructurales, conflictos de intereses, conflictos de relaciones interpersonales y conflictos de información*. Este último trabajo sobre la tipología representa una herramienta especialmente de intervención lo cual la hace distinta a todas las demás que tratan sólo de teorizar las clasificaciones, pero no llegan hasta este punto.

Redorta, en su análisis, pasa de la clasificación a la forma del conflicto. Propone entonces, el concepto de morfología, con el cual encuentra que los patrones repetitivos que diferencian los unos de los otros pueden servir para una discriminación que alcance una tipología clara: “...patrones y conflicto es un campo prácticamente inexplorado en la ciencia. En 1987 Escudero, Sobral y Gutiérrez revisaron desde esta perspectiva la literatura existente y concluyeron: “la mayor parte de los estudios revisados sobre el conflicto interpersonal no incluyen en su metodología ningún intento de analizar eventos de interacción conflictiva producida realmente en situaciones interpersonales...” (Escudero, Sobral y Gutiérrez, 1987: 116, citado en Redorta, 2004: 101).

Todo esto les permitió, a algunos autores, encontrar que paradójicamente no existía un análisis de secuencias de conflictos interpersonales. Este nuevo proceso de identificar las formas del conflicto contribuyó de manera notoria a la teoría del conflicto. Algunos autores, teniendo en cuenta elementos de codificación y patrones de simetría, propusieron estudiar las formas del conflicto, lo que Redorta llama identificar cómo la gente “conflictúa” (2004: 102), dejando de lado el por qué y sus consecuencias. El tema de los patrones de conflicto, tienen su origen en Pondy quien vinculó el término “episodios de conflicto” y lo definió de la siguiente manera: “los episodios de conflicto tienen una estructura y porque la tienen, deben ser diagnosticados y controlados” (Pondy, 1992: 259, citado en Redorta, 2004:103).

Asimismo, Redorta afirma que “la tarea fundamental de un sistema de reconocimiento de patrones es clasificar, asignar a cada patrón de entrada una etiqueta” (2004: 106). Para los conflictos este proceso necesita de aspectos similares a la consolidación y la filtración, estrategias que permitan una identificación y posteriormente un reconocimiento de conductas presentes en el ser humano. Guiado por la clasificación creada por Moore en *El Proceso de mediación: Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, propone de manera empírica 15 patrones de conflicto, los cuales se reseñan de esta manera:

El conflicto de recursos escasos

Se relaciona con procesos de competición que se afectan especialmente por elementos de poder. Los animales son un claro ejemplo de este conflicto, estos luchan por la obtención de recursos básicos, especialmente cuando se encuentran de manera escasa. La competición como mecanismo de defensa empleado en este conflicto al igual que el de cooperación, se emplea según sean dispuestos los intereses: “La escasez tiene claros efectos sobre el deseo y la motivación y en este sentido se explican algunos comportamientos” (2004: 136).

La motivación juega un papel fundamental en la obtención de una meta o de un logro planteado. Este conflicto se puede ver representado en las organizaciones como resultado de los deseos de poder y autoridad o en el campo medio ambiental donde el agotamiento de la naturaleza supone una falta de distribución equitativa generada por el ataque a los recursos renovables y no renovables en comunidades vulnerables que crean la necesidad de lucha por la obtención de estos recursos. El patrón básico de este conflicto muestra que “disputamos por algo que no hay suficiente para todos” (2004: 144).

El conflicto de poder

Hace normalmente presencia en los *ciclos de escalada* donde el conflicto tiende a complicarse. Se puede ver ejemplificado especialmente en la política, en los medios de comunicación e incluso en la etapa de la adolescencia. Pese a su dinámica otros muchos más

conflictos pueden tomar la forma de un conflicto de poder.

El logro como eje central del conflicto de poder crea la necesidad de competencia, y esto a su vez crea una visión limitada de éxito o fracaso, lo que hace que las partes implicadas lo interpreten como un conflicto. Las características de la personalidad de los actores implicados en este tipo de patrón conflictivo, asumen desde temprana edad características de superioridad y liderazgo que con el paso del tiempo consolidan un comportamiento y ciertas consecuencias.

El autoritarismo y la jerarquización son dos elementos que se desprenden del conflicto de poder. En el primero, se busca sobresalir con el objetivo de mantener supuestamente el control de las situaciones; el autoritarismo crea un choque directo contra las relaciones sociales. La jerarquización, por otra parte, demuestra una dinámica en cuanto a la toma de decisiones, construcción de normas y la capacidad de adaptarse a la forma simbólica de la pirámide, donde el estatus y el prestigio pueden ayudar a ubicar un lugar dentro de esta estructura, situando en la cumbre de ésta a aquel que posee un máximo nivel de poder.

Según Redorta, Michel Foucault – gran analista del tema del poder–, hace ver que este elemento se caracteriza por ser dinámico e inestable (Redorta, 2004: 152-154 y 2005). Para algunos otros autores como Max Weber el poder se pue-

de acumular y a futuro llegar a producir desequilibrio en las relaciones (154). Finalmente, el patrón básico del conflicto de poder propuesto por Redorta manifiesta que “disputamos porque alguno de nosotros quiere mandar, dirigir o controlar más a otro” (157), aspecto que tiene que ver más bien con nuestra naturaleza y que influye en cada una de nuestras acciones; esto permite que Redorta pueda ampliar más esta investigación en *El poder y sus conflictos o ¿Quién puede más?*, en donde nos permite la siguiente conclusión con respecto a esta tipicidad: “Todo conflicto tendrá siempre y en algún nivel un componente de poder” (2005: 130).

El conflicto de autoestima

Hace parte de nuestra personalidad, se encuentra en la intimidad individual de cada ser. La autoestima se elabora desde una edad temprana, de manera igual que otros aspectos importantes de nuestra personalidad. Este componente se encarga de crear un mecanismo de seguridad para cada ser y demuestra en muchos casos que en momentos de crisis por parte de la interacción social, puede llegar a generar una respuesta violenta.

Redorta afirma que este tipo de conflicto “tiene que ver de forma directa con las conductas de “protección de la autoestima” que utilizan los contendientes ante una situación vivida como amenazante” (2004:160). La autoestima se desarrolla en la interacción social y esto conduce a que algunas posturas

que se descalifiquen, comprometan un choque directo con la autovaloración de cada ser, lo que genera una reacción de conflicto.

Las comparaciones sociales son el ejemplo más objetivo de este tipo de conflicto; en ellas podemos observar que la autoevaluación que se haga puede comprometer la autoestima dependiendo de cómo nos juzgue la sociedad; por ejemplo, en casos de comparación donde el resultado es negativo, la auto-percepción se puede modificar e incluso generar un enemigo interno que afecte la seguridad de cada ser. En los procesos de comparación social Redorta asume que “el proceso de competitividad como el de comparación de opiniones o conformidad tienen que ver con la autoestima” (2004: 163).

El patrón básico de este conflicto consiste en que nosotros disputamos “porque mi orgullo personal se siente herido” (2004: 170). Esto indica, desde el componente de merecimiento, que la autoestima muestra dos caminos: el de aceptación y el de rechazo. De manera implícita se deduce que la presencia de valores o la ausencia de los mismos conllevan al conflicto.

El conflicto de valores

Es el cuarto de los conflictos propuestos por Redorta. En éste se debe resaltar primero que los valores se construyen de acuerdo a las creencias; el conflicto llega sólo cuando las creencias no son las mismas y una de las partes

intenta coaccionar a la otra o a las otras partes teniendo en cuenta no sólo las relaciones interpersonales sino también las relaciones colectivas. El conflicto de valores se caracteriza por la polarización de los grupos comprometidos en el conflicto, por su larga duración y por su relación con elementos culturales los cuales pueden incluso ayudar a comprender de mejor manera el contexto en el cual se desarrolla el conflicto.

Kohlberg uno de los representantes más importantes en el campo del desarrollo moral, propone “que los hombres pueden llegar a construir sucesivamente seis grandes estructuras de razonamiento moral para solventar de forma cada vez mas adecuada sus conflictos de valor” (1989: 89, citado en Redorta, 2004: 176).

Las creencias religiosas, el poder y las ideologías son algunos de los procesos que permiten demostrar la dinámica del conflicto de valores, pues representan elementos subjetivos que para el ser humano alcanzan puntos de encuentro colectivo que se pueden comprender culturalmente. El concepto de valor, por sí mismo -según Redorta-, se considera una concepción conflictiva, de la cual se pueden llegar a tener varios puntos de vista.

El patrón básico del conflicto de valores identificado asume que “disputamos porque mis valores o creencias fundamentales están en juego” (2004:185). Esta concepción como patrón de conflicto, afirma que la discu-

sión inicia por la comprensión de la realidad, desde una perspectiva distinta a la personal que se puede ver amenazada por otras que intentan cambiar un constructo mental ya formado.

El conflicto estructural

Es considerado, en algunos casos, de manera similar al conflicto social o de clases. Redorta, en este tipo de conflicto lleva su análisis a un nivel micro donde las relaciones interpersonales entran en contraposición. Éste se caracteriza por su larga duración, por las dificultades en su proceso de resolución, porque está compuesto de obstáculos de manera frecuente e inesperada. Todas las características anteriores hacen que algunos autores lo consideren un conflicto intratable.

Redorta resalta el trabajo de Talcott Parsons (1937, 1951, 1953, 1956, 1964, 1971) en donde se analiza que la acción social representa cualquier conducta y, por ende, sostiene que “toda acción es moral, es decir debe ser interpretada en un marco de referencia y es producto de la interacción de fuerzas e influencias de cuatro contextos distintos y simultáneos” (Redorta, 2004: 189): *biológico, psíquico, social y cultural*.

Estos *contextos* mantienen una relación entre sí, excepto el *contexto biológico*, y producen entre ellos procesos de institucionalización y de internalización, en la medida en que estos se transforman primero en normas y roles, y posteriormente, se interiorizan tanto

a nivel individual como grupal para lograr así una estabilidad que se manifiesta en la convivencia.

El *contexto social* posee una variedad de análisis que permite conocer los enfrentamientos que están marcados o presentes en la historia, un ejemplo de ello lo constituye el marxismo que resalta la lucha contra el capitalismo, o el neomarxismo que presta mayor atención a la cultura y a la ideología. Las clases sociales y los problemas que en ellas se presentan deben tener un marco de referencia, que permita distinguir su proceso evolutivo y las condiciones en las cuales se puede estar presentando el conflicto en la actualidad. Los cambios de la estructura social están marcados por elementos que han evolucionado en busca de mayor eficacia, pues la constante defensa de los derechos humanos en todas sus expresiones, confirma que un nuevo sistema de red se encarga de una acción social marcada por la información.

La violencia estructural que se presenta en la esfera social, muestra su intervención en las relaciones personales en cuestiones por ejemplo de raza, género y otras más, permitiendo que la intervención de los Derechos Humanos sea un mecanismo que vigile este tipo de conductas. Johan Galtung (en sus estudios de 1969, 1975, 1980, 1988, 1989) concluye que los conflictos estructurales son causados por "estructuras opresivas de relaciones humanas" (Citado en Redorta, 2004:195).

Según el patrón básico del conflicto estructural analizado por Re-

dorta sugiere que "disputamos por un problema cuya solución requiere largo tiempo, esfuerzo importante de muchos o medios más allá de nuestras posibilidades personales" (2004: 197). Este conflicto que para algunos autores se representa como algo intratable, debe nutrirse de las acciones de apoyo individual que cada ser humano pueda aportar para la resolución. Sólo de esta manera se puede generar un cambio en este conflicto.

El conflicto de identidad

Se relaciona con gran cantidad de elementos psicosociales. La identidad posee tanto a nivel social como personal características defensivas del yo. Redorta sostiene que "con la denominación de conflicto de identidad tratamos de centrarnos en aquellas situaciones de hecho que son vividas como una amenaza para la identidad" (2004: 200). En la etapa de la adolescencia es frecuente observar que la rebeldía encaja en este conflicto, teniendo en cuenta la base de que éste se concentra en la búsqueda de identidad. Lo mismo sucede en algunos países que han sido reprimidos por su falta de independencia afectando de manera directa su identidad que ha provocado en ellos un estado adolescente y conflictivo.

El ser humano como organismo independiente y libre cuenta con un esquema de identidad al cual obedecen sus comportamientos y normas. Sin embargo, elementos del desarrollo humano hacen que este proceso se lle-

ve de manera ascendente en el sentido que adquiere cada vez más elementos que construyen su identidad y su independencia. Este tipo de conflicto se puede llegar a relacionar en algunos aspectos con el “macro conflicto” que plantea Galtung en su libro *Trascender y Transformar* en el que se establecen los constantes choques entre la cultura y los Estados, considerando Galtung que la identidad es una “necesidad básica” (2003: 139).

Asimismo, el mecanismo de “aparición” está presente en el conflicto de identidad. Este hace que las personas se sientan motivadas a seguir un modelo que consideran digno de tal conducta. Se debe tener en cuenta a la hora de proponer una *mediación*. Este mecanismo, pues hace que las personas idealicen un comportamiento y pierdan de vista su propia identidad, a causa de los elementos externos.

La identidad se construye con apoyo de la interacción social, que además provoca en el individuo el acto de imitar comportamientos que se encuentran en cualquiera de sus contextos, es decir, el ser humano se expone potencialmente a heredar los comportamientos que observa como parte de su misma naturaleza. Esto se puede entender de manera sencilla en las conductas que se imitan y adquieren en el núcleo familiar.

Otra de las ciencias implicadas en el análisis del patrón de conflicto de identidad, aparte de la psicología, es la sociología. Desde esta última “Manuel

Castells ha advertido que debe distinguirse entre identidades y roles; las identidades son fuentes de sentido más fuertes que los roles debido al proceso de autodefinición e individualización que suponen. Afirma que, mientras la identidad organiza el sentido, el rol organiza la función” (1999: 29, citado por Redorta, 2004: 206).

El patrón básico del conflicto de identidad es definido de la siguiente manera: “disputamos porque el problema afecta a mi manera íntima de ser lo que soy” (2004: 209). Esta definición resulta evidente tanto en aspectos de identidad personal como en los de identidad social.

El conflicto normativo

En principio se puede entender desde el campo jurídico como una herramienta legal que asegura un correctivo a la contravención de la misma. Sin embargo, este conflicto de igual manera integra la norma social, aquella que resulta más amplia y compleja de comprender, compuesta por valores, expectativas, legitimidad y emociones.

Los valores como elemento estructural de la norma integran, en conjunto, una cultura que se encarga de legitimar cualquier conducta. La producción social de reglas busca brindar seguridad, en la medida en que reconoce un proceso de influencia que genera unos derechos que nos evitan tener dilemas. Redorta sostiene que “la norma procede de la jerarquía y la función de la

jerarquía es evitar que tengamos que estar continuamente poniéndonos de acuerdo para tomar decisiones; de ahí nace la legitimación del poder político” (2004: 214). Las normas están presentes en todos lados, incluso éstas pueden llegar a tomar efectos de reciprocidad para ocupar cualquier espacio de la interacción social, es decir, el conflicto de valores elabora un pensamiento de que todo aquello negativo que le hagamos a nuestros semejantes tendrá un efecto de búmeran.

Al mismo tiempo, el no cumplimiento de una norma es caracterizado como una conducta desviada que genera en la sociedad rechazo frente a aquellas personas que no respetan o que incumplen las normas establecidas para el beneficio de todos. Estas acciones sólo conllevan a una reflexión de valores que nace para entender el porqué de estos comportamientos, a razón de ello se pueden incluso descubrir nuevas realidades que desmonten normas ya existentes.

Finalmente, el patrón básico del conflicto normativo identificado por Redorta mantiene que “disputamos porque se incumple una norma social o legal” (2004: 222). Este conflicto posee una gran cantidad de ejemplos en los cuales vale la pena resaltar el papel de la cultura como legitimadora de las normas.

El conflicto de expectativas

Este conflicto en la tipología pro-

puesta por Redorta es uno de los menos abordados, pues resulta innovador y poco estudiado. Se hace en la medida que esperamos que algo suceda sin dejar de lado que no siempre las cosas salen de acuerdo a lo que nos podemos imaginar. La “frustración”, que se genera por el cambio de planes, resulta como una ruptura de expectativas producida en el marco de la relación interpersonal. El “nivel de tolerancia” como otro elemento del conflicto de expectativa, juega un papel principal en la medida que nos indica si la reacción frente a ello ocasionará una respuesta agresiva o no. Y finalmente la “anticipación”, un elemento cronológico que se enfoca en el marco del cumplimiento de los objetivos.

El desempeño de roles hace suponer que se tienen ciertas expectativas sobre algo, pues este se convierte también en un compromiso personal que debe cumplir ciertas metas. Según Redorta: “En la medida en que el rol contiene expectativas, se constituye una nueva fuente de conflicto de expectativas que esencialmente tendrán que ver con la forma en que el rol se asume, se interpreta y se desempeña en el marco de la interacción” (2004: 232).

Las relaciones interpersonales se ven constantemente influenciadas por este conflicto, ya que asume que cada participante posee sus expectativas que se interpretan como un control del entorno que posibilita el alcance de ciertas metas y el no cumplimiento puede ocasionar un conflicto. Este patrón de con-

flicto se resume de la siguiente forma: “disputamos porque no se cumplió o se defraudó lo que uno esperaba del otro” (Redorta, 2004: 235).

El conflicto de inadaptación

Vincula al concepto de estrés teniendo en cuenta que el rechazo al cambio puede generar esta reacción, es decir, la inadaptación supone una modificación que conlleva a un desajuste del entorno, produciendo por último una presión que ataca la estabilidad de la situación. La evolución ha demostrado que los procesos de cambio poseen de manera implícita conflictos de inadaptación; Darwin encuentra que “el propio hombre procede de un origen común en un largo proceso evolutivo. La lucha por la existencia es adaptativa. Sólo sobreviven los que se adaptan adecuadamente al medio ambiente” (1998, citado en Redorta, 2004: 239).

La principal emoción presente en este conflicto es el miedo, el cual se hace visible en las nuevas experiencias, aquellas que anticipan de manera mental un resultado negativo que impide el normal desarrollo de las acciones. La adaptación a la vida en sociedad también hace parte de este conflicto que resulta de gran importancia para la convivencia. El desarrollo de habilidades sociales sólo se hace posible por medio de la interacción con lo demás, éste a su vez requiere de un nivel de tolerancia que es analizado desde distintas corrientes psicológicas.

El patrón de conflicto de inadaptación según Redorta se refiere a que “disputamos por que cambiar cosas nos produce tensión” (2004: 247). Todo cambio posee en su dinámica una resistencia que hace mucho más difícil cualquier estrategia de mediación. Sin embargo, el nivel de tensión externa se puede convertir, con el paso del tiempo, en un elemento motivacional que apoya el cambio.

El conflicto de información

Es el décimo de los conflictos propuestos por Redorta. Éste no sólo se debe considerar sinónimo de un malentendido, pues resulta mucho más amplio y comprende aspectos tales como: la reserva de la información, el exceso de información, las mentiras, el olvido, los rumores, la confusión y la persuasión. Mecanismos en general que distorsionan la comunicación y se convierten en el motivo de un conflicto. La información en la actualidad se considera un elemento de valor para la sociedad. Este elemento a su vez debe tener presente la interpretación que se vale de la semántica, la sintáctica, la pragmática, la semiótica y las herramientas que en nuestros días ha creado la tecnología para poder nos comunicar. “Disputamos por algo que se dijo o no se dijo o que se entendió de forma distinta” (Redorta, 2004: 261), es el patrón básico del conflicto de información. El tema de la comunicación se puede presentar en cualquier escala de la interacción social, pero aparte de ello éste se puede presentar en procesos de mediación que están en evolución de

superación, lo que significa que para las partes el conflicto se pondría en retroceso.

El conflicto de intereses

Dentro de la presente tipología se reconoce como uno de los más complejos para definir. Según Redorta “es un conflicto que limita la capacidad de actuar correctamente a una parte porque genera contradicciones que afectan a la ética y a lo deseable socialmente” (2004: 263). Este conflicto se caracteriza por tener una notable conexión con los conflictos de recursos escasos, normativo y de poder. Se presenta especialmente en condiciones interpersonales, organizacionales e intergrupales.

Los procesos subyacentes de este conflicto nombran la toma de decisiones desde la teoría de *los juegos* (1944)² desarrollada por John Von Neuman y Morgensten, haciendo referencia de los casos en los cuales se presenta el conflicto, frente al cual se deben tomar las decisiones adecuadas, para poder alcanzar un resultado positivo

El conflicto de intereses se relaciona con la negociación y la mediación. Serrano y Rodríguez (1993: 9, citado en Redorta, 2004: 266) retoman a Morley y Stephenson (1977) para señalar que “la negociación debe entenderse como un proceso de interacción comunicativa en

que dos o más partes intentan resolver un conflicto de intereses, utilizando el diálogo y la discusión, descartando la violencia como método de actuación y avanzando hacia un acercamiento gradual mediante concesiones mutuas”.

No obstante, en casos donde la negociación no logra cumplir las expectativas propuestas, se emplea un proceso de mediación que Yarn define como “un término genérico que abarca ciertos procedimientos conciliatorios y no decisivos relativos a la resolución de disputas en los que interviene un tercero no vinculado a la disputa” (1999: 272, citado en Redorta, 2004: 267-268).

Las soluciones planteadas a los conflictos de intereses son acompañadas por mecanismos propuestos desde el derecho. Estas herramientas sociales que mantienen el orden e intentan comprender y aplicar una normatividad preexistente no son las únicas formas de enfrentar este conflicto; la cooperación y el arbitraje resultan más flexibles.

Un conflicto de intereses se encuentra presente en procesos de convivencia donde la interacción natural del grupo genera motivos para el inicio de un conflicto. El patrón básico para este conflicto es: “disputamos porque mis deseos o intereses son abiertamente contrapuestos a los suyos” (Redorta, 2004: 272).

² Esta teoría fue más adelante, en 1957 introducida por Luce y Raiffa en *Games and decisions: Introduction and critical survey*, quienes definen el juego “como una estrategia dirigida a situaciones de conflicto, en las que una persona debe realizar una elección sabiendo que otras personas están efectuando sus propias elecciones al mismo tiempo y que el resultado del conflicto está determinado por todas las elecciones realizadas” (130, citado en Redorta, 2004: 264).

El conflicto atributivo

Señala las responsabilidades que se le atribuyen a cada una de las partes. Para Redorta “este tipo de conflicto se origina muchas veces por una discrepancia sobre las causas de un conflicto preexistente. La atribución mutua de responsabilidad entre las partes suele conducir a la escalada del conflicto” (2004: 273).

Los procesos subyacentes del conflicto atributivo describen cómo se crea, por medio de la interacción, un juicio en el momento en que se cree haber descubierto la causa que produjera cierto resultado. Igualmente, procesos de inferencia dan a entender que se conocen cuáles son las causas que pueden originar un conflicto, teniendo en cuenta los efectos comunes que nombra Redorta. El conflicto atributivo no encuentra fácilmente una salida, pues se apoya en criterios personales que atribuyen a una situación ciertos resultados. Criterios de consenso, distintividad y consistencia pueden en algunos casos predecir algunas cosas de forma acertada, el conflicto igualmente se puede crear cuando todo ello pueda tener otra explicación. Finalmente, el patrón básico del conflicto atributivo indica que “disputamos porque el otro no asume su responsabilidad o culpa en una situación planteada” (Redorta, 2004: 283).

El conflicto de relaciones personales

Se compone en gran medida de la personalidad de cada una de las partes,

ya que éstas fijan una postura que a través del tiempo suele representar, para el adversario, una causal del conflicto. Sus procesos subyacentes comprenden todo lo que se interpone en las relaciones personales. La falta de empatía se puede ver de manera constante en este conflicto.

Las relaciones interpersonales llegan a un conflicto, entre otras razones, por el autoritarismo o el dogmatismo que se busca imponer en las relaciones sociales produciendo una respuesta defensiva. Además la desconfianza, que es otro gran síntoma de los conflictos, ocupa un campo de análisis no sólo de este tipo sino dentro de las áreas de estudio de la reconciliación y la mediación, pues resulta que, sin la confianza, es casi imposible llegar a la salida de un conflicto.

El patrón básico del conflicto de relaciones personales se entiende de manera operativa: “Disputamos porque habitualmente no nos entendemos como personas” (Redorta, 2004: 294). Todos los conflictos, de manera implícita, pertenecen a esta tipología, sólo que en este caso se da un interés especial por la personalidad de cada una de las partes.

El conflicto de inhibición

Demuestra aquellas conductas que se prefieren evitar, es decir toda acción que nos conduzca al miedo o al castigo. Este conflicto se puede presentar por la obstrucción que aparece en las acciones; posee algunas explicaciones de tipo biológico, entre otras, que inten-

tan comprender esta conducta. El campo psicosocial desarrollado por Redorta en la tipología de conflictos mantiene que la inhibición se hace presente como consecuencia conductual de un estímulo de aversión que se compone de un aprendizaje y se expresa como una respuesta defensiva creando el motivo del conflicto. El patrón básico de este conflicto indica que “Disputamos porque claramente le corresponde al otro la solución” (Redorta, 2004: 303).

Conflicto de legitimación

Se llega a relacionar con los conflictos de poder y el conflicto normativo. Según Yarn, legitimación es “el reconocimiento de que la otra parte tiene sus genuinos intereses, asuntos que le conciernen y emociones y un derecho a ser escuchado como un negociador serio e igual” (1999: 257, citado en Redorta, 2004: 306).

Por tanto, existe un orden, que inicia del consenso propuesto por la sociedad, el cual a su vez permite tener un reconocimiento de determinadas conductas y posterior a ello un poder de autoridad. Toda esta dinámica se relaciona con aspectos jurídicos pero se convierten también en el soporte de la legitimación en casos de conflicto. Si desde su inicio no se construye un consenso se puede hablar del conflicto de legitimación.

El reconocimiento es un proceso subyacente al conflicto de legitimación, indica que existe un valor social que en algunos casos es independiente de las

normas jurídicas, el cual permite identificar y distinguir a los actores y puede llegar a consolidar una norma. El proceso legitimador es el segundo proceso subyacente, en éste se puede ver que la autoridad legitimada desarrolla un trabajo especial en el orden jerárquico para dar solución a los conflictos. Finalmente, el patrón básico del conflicto de legitimación señala que “disputamos porque el otro no está de alguna manera autorizado a actuar como lo hace, lo a hecho o pretende hacerlo” (Redorta, 2004: 315).

3. La mediación como resolución de conflictos

Una vez se ha desplegado el análisis acerca de la estructura y la tipicidad de los conflictos, se presentará la “mediación” como el método de resolución de conflictos más conveniente para la actualidad. Considerada como un análisis posterior al conflicto, demuestra que tiene un sin número de perspectivas, lo que requiere al igual que el conflicto, tener un asesor teórico para este trabajo, en este caso lo desarrolla el autor Christopher W. Moore quien ha trabajado y estudiado este tema y le aportó a Josep Redorta la guía para la tipología de conflictos según sus causas, expuesta arriba.

La historia de los conflictos mundiales nos enseña que “la guerra es el conflicto más grave por antonomasia” (Redorta, 2005: 131) y que además, es el conflicto más difícil de resolver. Sin embargo, los conflictos están presentes

en cualquier contexto sea laboral, deportivo, familiar, etc. Frente a esto la sociedad ha diseñado estrategias para intervenir y lograr una resolución, según Moore en *El proceso de mediación* (1995: 30), que se encuentra incluido en los métodos de administración y resolución de conflictos.

El autor propone, entre otras cosas, y como primera medida hacer una diferenciación de estos métodos de la siguiente manera:

(1) evitación del conflicto: éste se caracteriza por la baja intensidad de poder y la falta de importancia del elemento necesario para generar un regateo que conduzca a la negociación.

(2) discusión informal y resolución del problema: se presenta en la mayoría de casos con ejemplos muy simples de la vida diaria, estos se pueden resolver de manera verbal y en algunos casos se abandonan por la falta de interés de las partes las cuales se consideran las únicas responsables de tomar las decisiones.

(3) en los casos en los que una discusión no encuentra la salida a un conflicto, se habla entonces que se requiere de una negociación. Que, según Moore, es aquella donde, "Los participantes se incorporan voluntariamente a una relación provisional destinada a la mutua educación en relación con las necesidades y los intereses de los dos, con el propósito de intercambiar recursos específicos, o de resolver una o más cues-

tionales intangibles, por ejemplo la forma que la relación adoptará en el futuro o el procedimiento mediante el cual se resolverán los problemas" (1995: 32).

(4) la mediación, considerada por algunos autores como un arte, se convierte en el siguiente método de administración y resolución de conflictos propuestos por Moore. Ésta se convierte en una negociación que incluye un actor externo llamado "mediador" quien debe poseer características esenciales como la neutralidad, la aceptabilidad de las partes en conflicto y quien debe tener una ética modulada, según Jean François especialmente por "la valentía, la prudencia y la rectitud" (1997: 177). Además, es preciso aclarar que éste [el mediador] no se encuentra de ninguna manera obligado a la obtención de determinado resultado.

La historia de la mediación incluye en los inicios de su práctica, a Jesús como mediador, según la Biblia: "Porque hay un solo Dios, y un solo mediador entre Dios y los hombres, el hombre Cristo Jesús, que se dio a sí mismo como rescate para todos, de lo cual se dará testimonio a su debido tiempo" (I Timoteo, 2: 5-6, citado en Moore, 1997:52). Posteriormente, las comunidades religiosas tuvieron presente este tipo de trabajo, sin ninguna estructura clara. Sólo hasta los primeros años del siglo XX la mediación como resolución de conflictos se convirtió en un método válido de trabajo.

Algunas entidades normativas recomiendan en algunos casos el método

de la mediación que es ampliamente reconocido por sus resultados en conflictos de gran escala. El centro nacional de mediación de Francia establece en su primer artículo que “la mediación es un proceso facultativo que requiere el acuerdo libre y explícito de las personas implicadas, de comprometerse en una acción (la mediación) con la ayuda de un tercero independiente y neutro (el mediador) formado especialmente en este arte” (François Six, 1997: 209).

(5) El arbitraje es el siguiente método o herramienta para la resolución de conflictos, éste conviene ser diferenciado de las anteriores propuestas, pues en él se pueden tomar decisiones a modo de consulta o de carácter obligatorio, dependiendo del acuerdo al que lleguen las partes en disputa; este proceso según Moore es preferido en algunos casos principalmente por sus bajos costos.

(6) El método judicial agrega a las partes en conflicto a los abogados, quienes defienden las posturas de cada parte para que un juez tome una decisión amparado en una normatividad preexistente; “el resultado generalmente se atiene a la regla gana/pierde y se basa como premisa en una decisión acerca de la identidad del que tiene razón y del que está equivocado” (Moore, 1995: 34-35).

(7) El método legislativo igualmente hace parte de esta variedad de propuestas que buscan salida a un conflicto; éste se asemeja al enfoque ju-

dicial, en el sentido de ser un método de carácter público que puede llegar a constituirse en una ley y también que puede señalar un ganador y un perdedor.

El último enfoque propone un método extralegal, el cual se divide en dos acciones: (8) la no violenta y (9) la violenta. La primera se puede entender como la expresión libre que no se rige por la norma, que de manera creativa trae como resultado la resolución a un conflicto, ejemplo de ello puede llegar a ser una marcha pacífica. Y la segunda, busca llegar a defender su postura al punto de obligar a su adversario a desarrollar las acciones que considera necesarias; la acción violenta mantiene la fuerza física como instrumento de poder sometiendo a su adversario a sus objetivos.

Luego de la descripción de los distintos enfoques propuestos para la resolución, Moore se interesa más por la mediación. Identifica –en un estudio más profundo– tres momentos claves del conflicto en los cuales se puede iniciar el proceso de la mediación. El primero es llamado “latente”, que “se caracteriza por las tensiones básicas que no se han desarrollado por completo y no se han convertido en un conflicto polarizado” (1995: 47). Se puede considerar en este punto que sus consecuencias crearán un problema que se puede intervenir desde su identificación.

El segundo momento es representado por el “conflicto emergente”.

Según Moore, “son disputas en que se identifican a las partes; éstas reconocen que hay una discrepancia y la mayoría de los problemas son evidentes, pero no se ha procedido a una negociación viable o un proceso de resolución de problemas” (1995: 48). Finalmente, se presenta el “conflicto manifiesto”, el cual representa el punto donde las partes han puesto en práctica sus herramientas para la resolución, pero el resultado no es positivo.

Los mediadores pueden generar movimientos o acciones racionales que implican técnicas de influencia (Moore, 1995: 60); éstas se dividen en dos: los movimientos contingentes y los no contingentes. Los primeros sólo se aplican en casos especiales donde se requiere la ayuda de un tercero que permita solucionar una situación específica. Los segundos se caracterizan por permitir el ingreso del mediador desde el momento en que se considera parte del proceso para la resolución del conflicto.

El mediador generalmente debe tener en cuenta la elaboración de hipótesis en las que se sugiere recopilar datos acerca de la disputa. Trazar una hipótesis sobre los puntos críticos, tener una revisión teórica que permita conocer más a fondo el conflicto y las posibles intervenciones. Posterior a ello se selecciona una teoría y una intervención y finalmente se verifica o anula la hipótesis. La mediación, según Moore, posee etapas; Sostiene que, en ellas, las primeras cinco se aplican antes de tener una reunión con las partes en conflicto y

posterior a ello se presentan siete etapas más para un total de doce. Las etapas son consideradas movimientos del mediador, las cuales brindan un orden al trabajo de la mediación.

3.1 Etapas del proceso de mediación

La primera etapa se refiere a los contactos iniciales con las partes en disputa. En ella las partes de manera voluntaria invitan al mediador para desarrollar un trabajo que permita alcanzar la resolución de un conflicto. Los problemas más comunes en esta etapa de inicio son la falta de conocimiento que pueda llegar a tener cualquiera de las partes con la figura de la mediación e igualmente las fuertes emociones presentes como causa del conflicto que pueden opacar el trabajo de la mediación. En esta etapa se debe reconocer que ambas partes aceptan la mediación para que el mediador inicie con un trabajo pedagógico individual que resuelve las dudas presentes en cada parte. Las tareas del mediador en esta primera etapa de ingreso según Moore incluyen: “(1) la promoción de la credibilidad personal, institucional y de procedimiento; (2) el establecimiento de cierto rapport con los litigantes; (3) la información a los participantes sobre el proceso de negociación, el rol del mediador y la función de la mediación, y (4) la formulación de un compromiso de iniciación de la actividad mediadora” (1995: 98).

La segunda etapa busca elegir una estrategia para orientar la mediación, en ella se deben elegir dos cosas: el enfoque y el escenario. El enfoque corresponde a las ya nombradas formas

para buscar una solución al conflicto. Mientras, el escenario o lugar puede ser: público, privado, informal y formal, institucional y no institucional, y voluntaria y coercitiva (1995: 116); un enfoque dado puede aplicarse en diferentes escenarios.

Esta etapa debe identificar los intereses de las partes. Este objetivo se puede cumplir con acciones concretas como lo es hablar con cada parte, con el fin de obtener una información preliminar que servirá para descubrir los intereses que existen en común, lo cual puede considerar los detonantes del conflicto. Esto puede definir la conveniencia de un proceso de mediación.

Existen cinco alternativas estratégicas generales. La primera es la competencia, aquella que supone un resultado de gana-pierde. La segunda, evita el conflicto teniendo en cuenta algunas razones de peso que impiden resolver el enfrentamiento. La tercera, es la adaptación, ésta acepta los intereses del otro propiciando un mejor ambiente para la relación. La cuarta, es el compromiso negociado; esta alternativa es generalmente jurídica y se limita a la decisión de un juez, y la quinta y última, propone la negociación basada en los intereses, con lo que se puede tener un gana-gana. Esta última estrategia, según Moore, funciona de forma coherente con la negociación y la mediación. Finalmente, en esta etapa sólo se deben tener en cuenta criterios como “el coste, el tiempo, la relación entre los litigantes, la dinámica interna en la disputa y

las fuerzas en conflicto” (Moore, 1995: 139). Todos estos anteriores criterios mantienen como fin elegir el mejor enfoque y escenario.

La tercera etapa de los movimientos del mediador consiste en recopilar y analizar la información de los antecedentes. Este movimiento requiere de tiempo proporcional a la gravedad del conflicto. En esta etapa, para Moore, sobresalen algunos instrumentos útiles para la recolección y posterior análisis de la información: la observación directa, por medio de la cual se puede obtener “información de primera mano acerca del modo en que las partes reaccionan” (1995: 140); la técnica de la entrevista, la cual cumple dos objetivos: romper el hielo y comprender los puntos de trabajo para la intervención.

La cuarta etapa consiste en idear un plan detallado de mediación. Según Moore “es una secuencia de pasos de procedimiento promovidos por el interventor los cuales ayudaran a los negociadores en conflicto a alcanzar un acuerdo” (1995: 173). En este momento se eligen quienes pueden participar en las negociaciones, de acuerdo a las necesidades que se tengan ya estimadas. Además, se estructuran partes de la logística, como lo es el lugar de encuentro y las reglas de comportamiento, especialmente sobre aspectos de la comunicación.

Se debe, además, elaborar el esquema de una agenda que será aprobada por las partes cuando inicie la mediación; la agenda debe contener los temas

de trabajo que se abordarán en el orden de mayor a menor complejidad, dando en el inicio un tratamiento especial que logre con el paso del tiempo disminuir lo que Moore llama “las emociones intensas”, si el caso así lo requiere.

La quinta etapa es la promoción de la confianza y la cooperación; esta origina un ambiente apto para la negociación. En ella se presenta la conciliación definida por Moore como “el ingrediente psicológico de la mediación en que el tercero intenta crear una atmósfera de confianza y cooperación que conduzca a la negociación” (1995: 206). Esta etapa también busca vencer emociones intensas como el miedo y proponer canales de comunicación asertivos que ayuden a reducir los estereotipos presentes en los conflictos.

Generar la confianza no es una tarea fácil de promover entre las partes de un conflicto. Sin embargo, esta logrará el mayor avance de la negociación, especialmente si consigue aclarar el reconocimiento y la legitimidad de cada una de las partes en conflicto. Algunas de las estrategias que Moore recomienda en este movimiento son: encontrar puntos de encuentro que compartan las partes y pedir a las partes tener especial cuidado, tanto con la comunicación verbal como con la no verbal.

La sexta etapa representa el comienzo de la sesión mediadora, en ella el mediador busca que los negociadores intercambien la mayor cantidad de información sobre los puntos en conflicto,

teniendo en cuenta las estrategias anteriormente mencionadas. En esta etapa el mediador aprovechando, la presencia de las partes, explica nuevamente en qué consiste la mediación, cuál es su rol, cuáles son los puntos de la agenda de trabajo y de qué forma se manejará la confidencialidad.

La séptima etapa consiste en definir las cuestiones y elaborar una agenda. En este punto se centra la atención en los temas de mayor interés, pasando a sostener un ciclo coordinado por los negociadores quienes entienden de primera mano cuáles son los puntos que deben entrar a negociar. El rol del mediador en esta etapa puede ser el de observador en algunos casos y en otros casos debe “reformular el modo de ver la disputa y de redefinirla a través de las partes; el mediador puede abrir la puerta a soluciones que implican más colaboración y que son equitativamente satisfactorias” (1995: 283).

En la séptima etapa la neutralidad e imparcialidad del mediador debe mantener la confianza de los negociadores hacia él. El proceso deberá unir caminos hacia la cooperación, esto igual se demostrará en la consolidación de la agenda que debe ser flexible frente a los movimientos contingentes que se puedan presentar: “El mediador debe ser una persona activa que sin tomar partido se involucre en la negociación y se interese por que el resultado sea bueno: practicable, realista y duradero” (Martínez de Murgia, 1999: 127).

La octava etapa es definida como develación de intereses ocultos en las partes en disputa. Se presenta en los casos donde los negociadores piensan que la no exteriorización de sus intereses les permite tener una ventaja sobre el proceso negociador, convirtiéndose en una de las formas más comunes de bloqueo en las negociaciones. Según Beatriz Martínez “para que la mediación tenga buen éxito, es inaceptable que las partes acudan a ella con la intención de ganarlo todo en un juego de suma-cero, típico de la negociación competitiva” (1999: 52). Es en estas condiciones en las que Moore mantiene que se deben investigar los intereses de cada parte.

Moore sugiere que para identificar los intereses se deben aplicar dos procedimientos. Los indirectos, que se identifican cuando una de las partes disimula sus reales intereses con una posición rígida o cuando se observa inseguridad en sus intereses; los directos, que se presentan cuando existe una negociación posicional. Para Moore significa que “están dispuestas a explorar explícitamente sus intereses por que el nivel de confianza es suficientemente elevado como para justificar la exploración mutua” (1995: 305).

El mediador y los negociadores, tan pronto reconocen sus intereses, proceden de manera franca a exponerlos para que a su vez se permita identificar si estos son: “1) Mutuamente excluyentes, en cuanto la satisfacción de las necesidades de una parte impiden la satisfacción de los intereses de la otra;

(2) mixtos, en cuanto las partes tienen algunas necesidades compatibles y las otras competitivas, y (3) compatibles, en cuanto tienen necesidades análogas y no excluyentes” (Moore, 1995: 315). Esta etapa propende por una aceptación que más adelante será útil para producir acuerdos.

La novena etapa busca generar alternativas de acuerdo, puesto que busca soluciones que mantengan un arreglo equitativo; para ello se proponen algunas estrategias; entre estas la denominada por Fisher (1964, citado en Moore, 1995: 327) como “fraccionamiento”; se aplica dividiendo una cuestión en pequeñas partes, acción que permitirá un mejor manejo y un avance progresivo. La segunda estrategia es lo contrario a la anterior, de manera tal que se busca un acuerdo general, que produzca un cambio.

Existe otro tipo de técnicas que pueden ayudar a comprender de manera ordenada la propuesta de Moore. Ésta mantiene como objetivo principal lograr encontrar un equilibrio en las negociaciones. El ganador ajustado, por ejemplo, es una propuesta de Steven J. Brams y Alan D. Taylor quienes, en su libro *La solución ganar-ganar*, formulan este proceso de negociación que se puede proponer en la mediación. Éste consiste en que “las partes indican cómo valoran la obtención de los diferentes bienes o la solución de los temas a su manera mediante la distribución de cien puntos” (2000: 84); indica que una puntuación numérica, de acuerdo

a los intereses de cada parte, garantiza en gran medida propiedades como la equidad, la eficiencia y la ausencia de envidia, elementos que se ajustan a un desenlace positivo.

La décima etapa es la evaluación de alternativas de acuerdo. En ésta se permite consolidar los logros. “La tarea del mediador consiste en ayudar a las partes a evaluar estas alternativas y en facilitarles la estimación de los costos y el beneficio de la aceptación o el rechazo” (Moore, 1995: 350). Moore plantea que a este nivel la mediación ya debe contar con una gama de acuerdos que cuentan con la aceptación de las partes y que se pueden considerar el camino hacia la resolución.

Esta etapa también puede revelar cuáles son los límites que las partes han definido frente a la resolución, siempre y cuando las mismas partes lo permitan. El mediador, en casos donde cualquiera de las partes obstaculice el acuerdo, debe: “(1) convencer a la parte que alienta expectativas exageradas de que su reclamo no es congruente con lo que puede obtenerse en la realidad o (2) convencer a la parte de que la otra ha llegado a su límite y no puede ofrecer nada más” (Moore, 1995: 358).

La etapa decimoprimerá representa la última negociación. Según Moore en ésta se “incluyen los movimientos que las partes encaran para reducir el alcance y el número de sus discrepancias y avanzar hacia el acuerdo y la terminación del conflicto” (1995: 363).

En esta etapa se debe lograr una resolución incluso, hasta de las situaciones de menor interés.

La última negociación plantea, entre otros movimientos, espacios de tiempo que puedan generar de manera individual una reflexión sobre los acuerdos y finalmente la resolución. En este sentido también los plazos fijados ya para el cumplimiento de los acuerdos juega un papel principal; esta última característica es una de las razones por la cuales se prefiere más la mediación que cualquier otro método de resolución.

La decimosegunda etapa representa el acuerdo final. De ella depende el seguimiento y cumplimiento de los acuerdos, garantizando una resolución. El acuerdo formal consiste en la creación de una última agenda de trabajo que permita desarrollar las propuestas planteadas durante la negociación, por medio de un equipo de supervisión, el cual debe estar compuesto por quienes sugieran las partes del conflicto.

Finalmente se formaliza el acuerdo con acciones autónomas, es decir, con acciones que ejecutan los negociadores de acuerdo a lo pactado. En esta etapa se puede recordar de manera verbal los acuerdos fijados; expresar gestos de cooperación e intercambiar documentos y evidencias de los acuerdos pactados. En algunos casos, estos documentos poseen cláusulas jurídicas que aseguran los convenios fijados. Según Moore, “los convenios se caracterizan por un intercambio de consideraciones,

una promesa o un pacto en el sentido de que una parte acepta cumplir a cambio de las promesas o los actos de la otra” (1995: 403).

Conclusiones

El conflicto se debe considerar como algo natural, presente en los seres humanos, donde los efectos secundarios representan dos opciones: una de ellas puede agudizar la relación de manera competitiva, mientras la otra puede significar un medio de resolución, una salida pacífica que constituya una oportunidad de cambio. Además este concepto abordado por Redorta de manera estructural está influenciado por otros autores que integran una visión homogénea frente al conflicto.

La mediación hace parte de los métodos de administración y resolución de conflictos, en ella se requiere por medio del diálogo que la voluntad de las partes genere un proceso de cooperación, donde cada etapa permita planear una evolución flexible y equilibrada. La mediación se convierte en un proceso donde el mediador debe plantear constantemente hipótesis de trabajo en cada una de sus etapas con el objetivo de lograr una salida al conflicto.

El conflicto y la mediación hacen parte de un mismo sistema conceptual, es decir se hace casi imposible estudiar uno de estos temas sin tener en cuenta al otro. Diferentes autores mantienen un sinnúmero de perspectivas sobre es-

tos dos conceptos. Sin embargo, Christopher Moore y Josep Redorta proponen un análisis integral donde se hace visible una conexión directa entre el conflicto y un método de resolución (la mediación). Ambos autores coinciden en motivar nuevas investigaciones, teniendo en cuenta que el análisis aún en esta época no es completo y requiere de mayor esfuerzo académico.

Referencias

- Brans, S. y Taylor, A. (2000). *La solución ganar ganar*. Barcelona: Ariel.
- Fisas, V. (1998). *Cultura de paz y gestión de conflictos*, Barcelona: Icaria.
- François Six, J. (1997). *Dinámica de la mediación*, Barcelona: Paidós.
- Galtung, J. (2003). *Trascender y transformar: una introducción al trabajo de conflictos*, México D.F: Quimera.
- Jiménez, F. y López, M. (2007). *Hablemos de paz*, Pamplona: Ed. Universidad de Pamplona Colección Concordia 272.
- Lederach, J. P. (1998). *Construyendo la paz. Reconciliación Sostenible en Sociedades Divididas*, Bilbao: Bakeaz.
- López Martínez, M., et. al. (2004). *Enciclopedia de Paz y Conflictos*. Granada: Editorial Universidad de Granada/Junta de Andalucía.

Martínez De Murguía, B. (1999). *Mediación y resolución de conflictos*. México: Paidós.

Moore, C. (1995). *El Proceso de mediación*, Buenos Aires: Granica.

Redorta, J. (2004). *Cómo analizar los conflictos: la tipología de los conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona: Paidós.

Redorta, J. (2005). *El poder y sus conflictos*, Barcelona: Paidós.

Validez del modelo actual de la revocatoria del mandato en Colombia*

Validity of the current model of the removal of officials in Colombia

Recibido: 07 de marzo del 2013 - Revisado: 25 de mayo del 2013 - Aceptado: 28 de junio de 2013

Darwin Gilberto Clavijo Cáceres**

Resumen

El artículo presenta un análisis del modelo actual de la revocatoria del mandato en Colombia, el cual parte de revisar el modelo de Estado social de derecho, democrático y participativo, que se establece en la Constitución Política de 1991.

La estructura del estudio, inicia analizando el concepto de Estado Social de Derecho contenido en la Carta Magna, así como el concepto de la democracia participativa y como se encuentra configurada en Colombia. Además, se hace referencia al control social y a los mecanismos de participación ciudadana, para finalmente establecer la validez del modelo actual de la revocatoria del mandato que se encuentra establecido en Colombia.

Así como sin participación no hay democracia, la participación de los ciudadanos es la base de todo el sistema, sin ciudadanos no hay democracia y son los ciudadanos los que deciden en la base social con el respeto a las mismas normas y principios que hacen que la sociedad sea pluralista y democrática.

Para que los ciudadanos puedan tener injerencia en las decisiones del Estado, se crearon mediante la Ley 134 de 1994, los mecanismos de participación ciudadana conocidos en Colombia, como son: iniciativa popular legislativa y normativa; referendo; consulta popular, del orden nacional, departamental, distrital, municipal y local; revocatoria del mandato; plebiscito y el cabildo abierto. Sin embargo, su aplicabilidad no ha sido favorable, por lo cual se consideran mecanismos no válidos.

Palabras clave

Revocatoria del mandato, mecanismo de participación, democracia, Estado Social de Derecho, Constitución, ciudadanía.

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. El presente producto de investigación hace parte del proyecto "Imaginar los escenarios sociales de la participación ciudadana en el Municipio de Pamplona", que se desarrolló por el Grupo de Investigación "Instituciones jurídico procesales, filosofía y desarrollo en la modernidad" de la Universidad de Pamplona.

** Abogado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Administrativo y Docencia Universitaria de la Universidad Libre. *Magister* en Educación Superior de la Universidad Santiago de Cali. Doctorando en Educación y Cultura latinoamericana de la Universidad de Artes y Ciencias de Chile.

Correo electrónico: clavijocaceres@yahoo.com.

Abstract

The paper presents an analysis of the current model of the removal of officials in Colombia, which part of reviewing the model social state of law, democracy and participation, which is set in the 1991 Constitution.

The structure of the study begins by analyzing the concept of rule of law contained in the Constitution, as well as participatory democracy is configured as found in Colombia. Moreover, referring to social control and citizen participation mechanisms, to finally establish the validity of the current model of the revocation of the mandate is established in Colombia.

Just as there is no democracy without participation, the participation of citizens is the foundation of the whole system, there is no democracy without citizens and citizens are the ones who decide on the social basis with respect to the same rules and principles that make be pluralistic and democratic society.

To enable citizens to have input in decisions of the State, created by Act 134 of 1994, citizen participation mechanisms known in Colombia, including: legislative and regulatory popular initiative, referendum, referendum, at the national, departmental, district, municipal and local recall referendum, plebiscite and open forums. However, its applicability has not been favorable for mechanisms which are considered invalid.

Key words

Revocation of mandate, mechanism of participation, democracy, rule of law, Constitution, citizenship.

Introducción

Los primeros artículos (1 y 2) de la Constitución Política definen a Colombia como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundamentada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, y aparece la participación y la democracia como fundamentos de la organización estatal.

El derecho a la participación es una consecuencia de la condición de democracia participativa, este, no solo permite sino que asegura a los ciudadanos

la posibilidad de elegir y ser elegidos y de intervenir de manera directa en las decisiones que afectan a la comunidad. De esta forma los ciudadanos asumen un rol protagónico en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Por su parte, para cumplir con sus fines esenciales el Estado garantiza los derechos y deberes consagrados en la Constitución y le corresponde desarrollar los instrumentos a través de los se hace efectiva la participación.

La participación corresponde a la esencia misma de la democracia. En la democracia participativa propuesta por el constituyente para el país los ciudadanos interactúan directamente con la administración pública, es decir la relación entre Estado y ciudadano no se logra a través de representantes sino di-

rectamente, sin intermediarios. Sin embargo, la complejidad de las relaciones sociales y el crecimiento demográfico dificultan este ejercicio directo; por esta razón se han desarrollado un conjunto de instrumentos de orden constitucional que tienen por objeto asegurar una participación efectiva de los ciudadanos, denominados mecanismos de participación ciudadana.

La revocatoria del mandato es un instrumento que permite esa relación directa entre el Estado y los ciudadanos, como quiera que, precisamente, la revocatoria junto con el voto permite actuar sin intermediarios, por ello son los mejores exponentes de los que es la democracia directa. Es una forma por medio de la cual todos los ciudadanos materializan su participación en la toma de decisiones estableciendo una relación de doble vía entre el administrador y el administrado, entre el elector y el elegido; así, se concreta el ejercicio del control social permitiendo la vinculación de los ciudadanos a la vigilancia sobre la planeación y ejecución de los recursos públicos, así como frente al ejercicio de las funciones públicas.

Para la participación política, la Constitución consagró seis mecanismos: dos de ellos son atribución especial del Ejecutivo: la consulta popular y el plebiscito. El referendo, el cabildo abierto, la iniciativa popular legislativa y la revocatoria del mandato, pueden ser convocados por grupos de ciudadanos organizados y con personería jurídica o que demuestren consenso popular mediante un número definido

de firmas. Con todo, en el caso de los cuatro últimos, su aplicabilidad se ha hecho casi imposible por lo dispendioso del trámite, lo que cuestiona su validez en el la actualidad, pues como se desprende de lo dicho por la Corte Constitucional, la falta de viabilidad fáctica de los mecanismos de participación ciudadana equivale a su inexistencia (Corte Constitucional, 1994).

Problema de investigación

¿Cuáles son las variables que en la actualidad limitan la aplicabilidad del mecanismo de participación ciudadana de revocatoria del mandato en Colombia?

Metodología

Se destaca un diseño de investigación cualitativo, propio de un tipo descriptivo, explicativo y correlacional, realizado a través del método lógico inductivo (Clavijo Cáceres, 2013) que emplea como instrumento de investigación la ficha de análisis documental y jurisprudencial y como técnica el análisis de contenidos.

La metodología cualitativa ha permitido un enfoque analítico, propositivo y bibliográfico, con el objetivo de obtener información que permitió deducir conclusiones válidas para todo el territorio nacional.

1. El Estado Social de Derecho

En 1991 la Constitución Política de Colombia definió al país en su artículo

1º como un Estado social de derecho y como un Estado democrático, participativo y pluralista:

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

El Estado Social de Derecho es un Estado de tipo democrático, caracterizado por el reconocimiento de derechos individuales y colectivos (económicos, sociales, culturales). Sin embargo, a pesar del texto constitucional, el modelo solo se consolida en la medida en que se concrete un acceso homogéneo del total de la población a los diferentes derechos mencionados, hecho que no se evidencia claramente en Colombia, debido en gran medida a las debilidades del sistema político actual. El modelo de Estado asumido por la Constitución de 1991 supone una perfecta armonía e interacción entre el Estado y la comunidad que lo integra en un constante proceso de retroalimentación a través del cual el Estado interviene para la estructuración del modelo social, al tiempo que la sociedad participa, por medio de diferentes instrumentos, en el ejercicio del poder estatal. Como lo señala (Madrinan Rivera, 1997) “El concepto de Estado Social de Derecho supone e im-

plica el entrecruzamiento, interacción o simbiosis de Estado y Sociedad”.

El Estado Social de Derecho supone una configuración democrática de sus instituciones que se logra mediante dos dimensiones diferentes; de una parte, democracia política como método de designación de los gobernantes y democracia social como la realización del principio de igualdad en la sociedad (Durán, 2001). En este contexto la democracia garantiza que todos los miembros del conglomerado social tienen igual posibilidad de participar, activa o pasivamente, en las decisiones importantes de la sociedad; precisamente la Constitución Política estableció desde el artículo 1º el carácter democrático y participativo, con lo cual asume el reto y el compromiso de promover la participación ciudadana en todos los espacios de la vida social.

El crecimiento de las sociedades y por ello las dificultades logísticas que se presentan para materializar y hacer efectiva la participación ciudadana, ha generado dos formas de participación, la representativa y la participativa, que se identifican con lo que se conoce como la democracia representativa y la democracia participativa. Como lo afirma (Puerta R, 2010) es evidente que el ejercicio directo de la democracia se limita en las condiciones demográficas, geográficas y procedimentales propias de cada nación, pero aún así el tema de la representatividad genera demandas no resueltas que los mecanismos de participación pudieran contribuir a resolver.

2. Democracia Participativa

La Constitución de 1991 definió el carácter de democracia participativa o directa en Colombia, pero sin excluir la condición de democracia representativa. En el Preámbulo y a lo largo del texto define a Colombia como un “Estado social de derecho, organizado en forma de República democrática, participativa y pluralista”, incluye como fines esenciales del Estado: “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”; reconoce que todo ciudadano tiene el derecho fundamental de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y establece el deber de participar; pero, con todo lo anterior, también establece en el artículo tercero que la “soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público” y que esta soberanía puede ser ejercida en forma directa o por medio de sus representantes, de esta forma se conjugan las dos formas de democracia.

El Estado Social de Derecho garantiza la participación ciudadana, de esta forma adquiere legitimidad, como ya se dijo, al facilitar que los ciudadanos se conviertan en sujetos políticos; mediante la participación, no solamente se legitima el modelo de Estado sino que además se distribuye la responsabilidad entre los miembros de la sociedad.

En términos generales la democracia directa presenta dos opciones, en primer lugar, la participación ciuda-

dana como instrumento político que se refiere a los medios a través de los cuales los ciudadanos interactúan con los órganos de poder, ejemplo de ellos son el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. Por otro lado, se encuentran diferentes formas de participación que están definidas en la Constitución colombiana que, en ausencia de un estatuto especial, viene siendo reglamentadas, ejemplo de estas formas son la participación en el control fiscal, las veedurías ciudadanas, la planeación participativa.

El ordenamiento jurídico de las naciones ofrece a sus asociados diferentes instrumentos de participación ciudadana; la forma de estos y las posibilidades para su ejercicio determinan que la democracia pueda llamarse representativa o participativa y en el último caso participación directa o indirecta.

El politólogo español (García Pelayo, 1957) explica con relación a la democracia directa: “El pueblo ejerce de modo inmediato y directo las funciones públicas que se le atribuyen”.

Desde otra perspectiva (Duverger, 1968) sostiene que la democracia directa no existe en la realidad, o por lo menos la considera “un régimen rarísimo cuya importancia es más teórica que práctica”. No obstante, el autor señala que en la democracia directa las personas participan directamente tomando las decisiones del gobierno. En otras palabras, no hay un intermediario entre el asunto que se decide y el ciudadano.

Es diferente la participación indirecta, en ella los ciudadanos no intervienen sobre los asuntos que se deciden, su participación se limita en la elección de un representante que actúa en su nombre; es la democracia representativa, modelo que cambio, al menos en teoría, la Constitución de 1991 en Colombia.

Otra forma es la democracia semi-directa; en este modelo se combinan aspectos de los dos modelos; de la democracia indirecta se toma la elección de representantes, pero se complementa con aspectos de la directa como cuando se le reconocen al ciudadano el acceso a las decisiones de ciertos asuntos mediante instrumentos como: la iniciativa popular, el cabildo abierto, el plebiscito o referendo.

Debe entenderse la democracia participativa como aquella en la que los ciudadanos, directamente o por intermedio de asociaciones, participan en la toma de decisiones en una forma mucho más evidente y clara que en la democracia representativa. "El eje central de la democracia participativa es la organización ciudadana, es decir, la capacidad que tenga la ciudadanía para juntarse y organizarse de acuerdo con sus intereses o aspiraciones. En ese orden de ideas, la democracia de participación supera la toma de decisión y la delegación por el voto y reemplaza las actuaciones individuales por la acción colectiva entorno a intereses del mismo tipo" (Forero Pineda, Cardona Moreno, & Córboza Martínez, 1999).

La democracia representativa, modelo que reconocía la anterior Constitución, la de 1886, se manifiesta fundamentalmente en el voto por medio del cual se eligen los representantes que, en teoría, "interpretan" la voluntad del pueblo. El propio (Bobbio, 1994), señala que "en términos generales la expresión democracia representativa quiere decir que las deliberaciones colectivas, las deliberaciones que involucran a toda la colectividad, no son tomadas directamente por quienes forman parte de ella, sino por personas elegidas para este fin".

El modelo de participación directa de la Constitución colombiana presenta unas características y fines diferentes; su finalidad es superar la representación directa para la construcción de un nuevo modelo de país, fundamentado en la participación ciudadana para consolidar una democracia directa.

Antes de la Constitución de 1991 se observaba una menor participación de los miembros del conglomerado social, los mismos no participaban activamente sino de una forma pasiva que, como ya se expuso, se reducía a elegir al mandatario o representante popular el día de elecciones; de esta forma lo único que necesitaba un Estado democrático para ostentar el título y asegurar el éxito del modelo es el correcto y adecuado uso de los sistemas electorales: organismos autónomos, elecciones libres, equidad en la elección, representatividad en los órganos del Estado, etcétera.

(Sartori, 1994) afirma que por el

contrario, la democracia participativa supone un mayor nivel y categoría de responsabilidad y compromiso ciudadano, es decir, no se trata de solo elegir al representante; la función ciudadana va más allá del voto, el ciudadano se involucra; debe estar presente en el momento de la toma de decisiones; se convierte en parte activa en las funciones de la administración pública, lo que le obliga a mantenerse actualizado sobre la forma como se desarrolla la gestión pública.

Una característica de la democracia representativa es la importancia de los partidos políticos, son ellos los que le dan el soporte necesario al sistema, definiendo vasos comunicantes entre los ciudadanos y la administración pública. Pero los partidos políticos en Colombia entraron en un proceso de decadencia, derivado en gran medida en la corrupción, que les ha impuesto limitaciones en su desempeño y pérdida de la legitimidad frente a la sociedad llevando al fracaso el modelo representativo. No sucede lo mismo en la democracia participativa, en donde el principal soporte lo define la interacción: órganos gubernamentales - ciudadano que se materializan a través de las diferentes formas de participación ciudadana: el plebiscito, el referéndum, el cabildo, la revocatoria, etc. A través de ellos se llega a decisiones colectivas, "Consensuar ideas y proyectos en la que los ciudadanos sean parte de las soluciones". (Vallejo Mejía, 1994).

Bien lo ha definido la Corte cons-

titucional colombiana (Sentencia de Constitucionalidad 180, 1994):

"Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto de ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional. No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual. La participación concebida dentro del sistema democrático a que se ha hecho referencia, inspira el nuevo marco sobre el cual se estructura el sistema constitucional del Estado colombiano. Esta implica la ampliación cuantitativa de oportunidades reales de participación ciudadana, así como su recomposición cualitativa en forma que, además del aspecto político electoral, su espectro se proyecte a los planos de lo individual, familiar, económico y social".

En la democracia participativa los ciudadanos interactúan con la adminis-

tración pública, es decir hay un contacto directo, no a través de representantes, de esta forma la administración conoce las aspiraciones, necesidades, problemas de la comunidad y escucha propuestas de solución, al tiempo que comparten las visiones de la sociedad, lo que desea, además esta forma de gobernar provoca el involucramiento de la sociedad en las tareas de la comunidad, con lo que se mejoran los resultados. Todo esto desencadena una participación progresiva, se mejoran las formas de participación y se tiene un mayor conocimiento de las funciones del Estado (Peraza, 2005).

La democracia participativa desarrolla mecanismos para resolver las restricciones y debilidades de la democracia representativa. Así la democracia participativa formula una idea alternativa frente al tradicional concepto de la democracia representativa. Sin embargo, señala (Seall-Sasiain, 2006) que la democracia participativa no tiene como propósito sustituir a la representativa, sino que formula instancias de participación más directas y auténticas en los asuntos públicos, a través de institutos tales como el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular, la revocación de mandato, la acción popular, etc.

Por supuesto, los instrumentos que propone la democracia participativa no contradicen la esencia de la democracia representativa, en realidad son mecanismos complementarios, coadyuvantes o potenciadores de aquélla, de modo a dotarla de mayor vitalidad, eficacia y actualidad. Se trata de

un modelo de democracia que pretende ir mucho más allá que una participación por medio del voto para elegir cada cuatro años funcionarios y representantes, para convertir al ciudadano común en el protagonista directo en la construcción de la nueva sociedad que reclama la nación. (Campos Z., 1993).

3. Control Social

La revisión de las formas proporcionadas por el constituyente y el legislador para el ejercicio de la democracia participativa permite identificar diferentes espacios en correspondencia a las diferentes necesidades de participación. Entre todos sobresale, por su dimensión estratégica de conjunto, la que se conoce como el control social.

El control social es el derecho y el deber de los ciudadanos a participar de manera individual o a través de sus organizaciones, redes sociales e instituciones, en la vigilancia de la gestión pública y sus resultados (Proyecto de Ley 227 de 2012 Senado, 134 de 2011 C, 2012).

El control social se ha conformado como una forma de participación ciudadana que permite a los individuos de la sociedad colombiana, y las organizaciones que hacen parte de la misma, influir en las condiciones de modo, tiempo, y lugar de como se desarrolla la gestión pública (Contraloría de Cundinamarca, 2013).

El modelo participativo del Estado Social de Derecho implica la adopción de diferentes alternativas para asegurar

una verdadera participación, de manera tal que se permita que la comunidad incida directamente sobre las decisiones que afectan a todos en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (art. 2 C.P.). Es esta la razón por la que se han establecido un conjunto de instrumentos conocidos como “mecanismos de participación ciudadana” revestidos con el carácter de derechos políticos fundamentales, puestos en cabeza de todos los ciudadanos, con el objetivo de que todos puedan participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

La Constitución Política de Colombia proporciona, a los ciudadanos, la posibilidad de participar e intervenir activamente en el control de la gestión pública (art. 270), determinando la forma como se puede hacer efectiva esa participación en la planeación, el seguimiento y la vigilancia de los resultados de la gestión estatal. “El control social tiene por objeto el seguimiento y evaluación de las políticas públicas y a la gestión desarrollada por las autoridades públicas y por los particulares que ejerzan funciones públicas. La ciudadanía, de manera individual o por intermedio de organizaciones constituidas para tal fin, podrá desarrollar el control social a las políticas públicas y a la equitativa, eficaz, eficiente y transparente prestación de los servicios públicos de acuerdo con lo establecido en la regulación aplicable y correcta utilización de los recursos y bienes públicos” (Proyecto de Ley 227 de 2012 Senado, 134 de 2011 C, 2012).

Los mecanismos de participación ciudadana que han sido desarrollados como los instrumentos válidos para ejercer el control social y garantizar la eficacia en la gestión del aparato estatal, han sido desarrollados por el legislador (Ley Estatutaria 134, 1994), “Por la cual se dictan todas las normas sobre mecanismos de participación ciudadana”, y en desarrollo de lo previsto en el artículo 103 de la Constitución Política Colombiana que establece:

“Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”

El control social es una instancia de participación ciudadana por medio de la cual los individuos directamente o por intermedio de organizaciones pueden intervenir desde diferentes formas

en el desarrollo de la gestión pública. “El Estado de Derecho moderno tiende al control no solo político si no jurídico de los actos de gobierno” (Cortes, 2012). Es decir, el individuo orienta, corrige, paraliza “las decisiones, la administración y manejo de recursos, el tiempo y lugar de realización de servicios y programas del Estado”, y de esta forma se materializa una forma de participación que, de una manera cierta, contribuye a que la sociedad alcance las metas propuestas de una forma eficiente y transparente (Restrepo Botero, 1997). “Este control social a la gestión pública se realiza a través de observaciones, sugerencias y, llegado el caso, mediante denuncias” (Ministerio del Interior y de Justicia, 2003).

En los términos del proyecto de Ley estatutaria por medio de la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática¹, se puede desarrollar el control social a través de veedurías ciudadanas, las Juntas de Vigilancia, los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios, las auditorías ciudadanas y las instancias de participación ciudadana, en los términos de las leyes que las regulan, y a través del ejercicio de los derechos constitucionales dirigidos a hacer control a la gestión pública y sus resultados. En materia de servicios públicos domiciliarios el control social se

sujeta a las normas especiales contenidas en la Ley 142 de 1999.

El control social constituye una categoría amplia que comprende no solo el intercambio de información sino también la posibilidad de intervenir en el ejercicio del poder. Incorpora la rendición de cuentas pero también la petición de cuentas en torno a las instituciones -las reglas de juego- de un colectivo social. Además, no se puede desconocer la importancia del papel que juega la confianza en el proceso del control social, entendida como la resultante de la interacción entre el ciudadano y las instituciones (confianza pública) y la creación de condiciones desde el gobierno -confianza oficial- (Eslava, 2008).

Adicionalmente este autor (Eslava, 2008) señala que para que el control social sea completo debe ser integral y esa integralidad se desarrolla en tres espacios diferentes; el primero referido a la contestabilidad, que permite informar y justificar las acciones y decisiones; en segundo lugar, la obligatoriedad, que permite contemplar incentivos para premiar o sancionar los aciertos y desaciertos de la gestión pública; y tercero, la receptividad por medio de la cual se garantiza la retroalimentación entre ciudadanos y gobernantes para incidir en la forma como se desarrolla la administración para evaluar el cumplimiento de los objetivos y propósitos

¹ El proyecto de Ley fue revisado por la Corte Constitucional Colombiana quien lo devolvió al Congreso por vicios de procedimiento saneables. Sin embargo, pasados varios meses desde la decisión del alto tribunal el legislativo no ha revisado ni corregido los vicios.

sociales. De manera tal que el control social se desarrolla en diferentes escenarios: 1) Rendición de cuentas como contrapeso de poderes; 2) mecanismos de petición de cuentas del lado de la demanda, es decir del ciudadano corriente al funcionario, y 3) la petición de cuentas con mecanismos que garantizan su incidencia, esto es, tienen el suficiente respaldo constitucional y legal para incidir en la forma como se desarrolla la administración.

Pérez Colman, citado por (Lenardón, 2007), argumenta que es evidente que el control social de la comunidad sobre las acciones de sus representantes genera actuaciones dentro de los cánones de responsabilidad ética y cívica que la representación les impone, porque va más allá de la fiscalización de los actos y resultados de la administración y porque está presente en las diversas posibilidades de la participación social, desde la formulación hasta la aplicación de las políticas públicas.

Según Wierna, “la problemática del control público no puede ser entendida si no se abordan dos conceptos básicos: la soberanía y el poder”. La primera le pertenece al pueblo que, con el objeto de que el Estado satisfaga las necesidades colectivas, le delega al segundo. Esa transferencia de autoridad requiere control para evitar abusos y discrecionalidad por parte de los delegados. Petrei citado por este autor señala que: “el control descansa en tres pilares: en la necesidad de establecer mecanismos que aseguren el menor

desvío posible entre las preferencias de los individuos respecto a la acción del Estado; en la concepción democrática que asigna al legislativo un papel de control sobre el ejecutivo; y en la necesidad de contar con sistemas de información para verificar que los objetivos se cumplan”.

Como bien opina Aicardi, también citado por (Lenardón, 2007):

“...en la gestión pública es importante el control de legalidad pero más aún el de las consabidas “3 E” (eficiencia, economía y eficacia), a las que él agrega la transparencia, como una forma de mostrar a la población los resultados de la gestión, sean estos positivos o negativos. Con este fin, el control se transforma en un medio eficaz no solamente para descubrir irregularidades sino también para retroalimentar la toma de decisiones, favorecer la ejecutividad, el desarrollo de la capacidad gerencial y la responsabilidad compartida.”

En consecuencia, el control social se materializa o toma forma mediante el uso de los mecanismos de participación ciudadana, que efectivamente son los instrumentos de la democracia participativa, siempre que se garantice su uso; lo que en últimas pone al control social como una de las categorías que componen el concepto de democracia participativa, convirtiéndolos en conceptos complementarios.

4. Mecanismos de participación ciudadana

Si bien es cierto que la participación ciudadana fue reconocida universalmente como derecho en 1948 a partir de la “Declaración universal de los derechos humanos” en los siguientes términos: “Artículo 21, 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos”, en Colombia solo hasta la Constitución del año 1991 se incorporó en el ordenamiento como instrumento de la administración para el desarrollo de sus funciones y como derecho de los ciudadanos; la carta magna establece: “Colombia es un Estado Social de Derecho... democrática, participativa y pluralista...”.

Hasta la llegada de la Constitución del año 1991 la participación ciudadana solo se hacía efectiva mediante el uso de mecanismos de hecho, no institucionalizados, como las huelgas, las marchas populares, las protestas públicas (Restrepo Botero, 1997). De allí que la gran frustración del pueblo colombiano sea reconocer que los mecanismos de participación ciudadana no han alcanzado a llenar las expectativas de una sociedad ansiosa por participar.

Se observa en la realidad política del país, que en Colombia la democracia no ha podido alcanzar los niveles que le impone la Constitución. En estricto sentido, a pesar del texto constitucional, en Colombia la democracia se reduce a una frágil democracia representativa que

ha evidenciado profundas limitaciones como forma de organización política del Estado y su relación con la sociedad.

El principal reto que impuso la Constitución fue el desarrollo y consolidación de una verdadera democracia participativa. La carta política colombiana incorpora un conjunto de formas de intervención ciudadana en las decisiones públicas, lo cual propicia y fortalece la organización y la iniciativa de la población. La Constitución política define un conjunto de principios, derechos y mecanismos de participación que además de fortalecer las instituciones representativas y tradicionales, establece formas muy diversas de participación política y social.

Además la Constitución Política de 1991 reconoció los derechos de participación política relacionados con la conformación, ejercicio y control del poder político, como son: el derecho de elegir y ser elegido, tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos y consultas populares, el derecho de construir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas o el derecho de revocar el mandato de los elegidos (Díaz Londoño, 2009).

La Constitución colombiana establece en el artículo 103 los mecanismos de participación ciudadana, a saber: El voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, la iniciativa popular normativa y legislativa, la revocatoria

del mandato, el cabildo abierto. Junto a lo anterior la Constitución impone la obligación y la responsabilidad de promover y capacitar a las organizaciones sociales para que tengan presencia y representación en las instancias de poder y de decisión, en la planeación, ejecución y en el control de la gestión pública y administrativa.

El proyecto de Ley estatutaria que modifica la Ley 134 del año 1994 y la Ley 741 del año 2002, reglamentarias de los mecanismos de participación ciudadana propone dos formas de participación, los de origen popular y los de origen de autoridad pública, según sean promovidos o presentados directamente mediante solicitud avalada por firmas ciudadanas o por autoridad pública en los términos de la ley. Señala el proyecto de ley "Son de origen popular la iniciativa popular legislativa y normativa ante las corporaciones públicas, el cabildo abierto y la revocatoria del mandato; es de origen en autoridad pública el plebiscito; y pueden tener origen en autoridad pública o popular el referendo y la consulta popular. (Proyecto de Ley 227 de 2012 Senado, 134 de 2011 C, 2012). Con todo el mismo proyecto aclara que no son las únicas formas de participación ciudadana pues "La regulación de estos mecanismos no impedirá el desarrollo de otras formas de participación democrática en la vida política, económica, social y cultural, ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en esta ley."

Se dijo en párrafos anteriores,

que el Estado colombiano introduce la democracia participativa en el modelo político del país y lo hace de una forma explícita en el artículo 1 de la Constitución política de Colombia en donde se establece que "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general". No obstante, el modelo de Estado, la norma constitucional y las buenas intenciones del constituyente primario, el deficiente desarrollo legislativo de los mecanismos de participación ciudadana en nada contribuyen a la consolidación de una verdadera democracia participativa. Por otro lado, la presencia de una débil cultura democrática, permeada, por una clase política con intereses "difusos" impide la evolución del modelo a estadios más democráticos. "Con ese condicionamiento, no es extraño la ausencia de una ciudadanía responsable, consiente, y cívicamente involucrada en los asuntos de interés público" (Seall-Sasiain, 2006).

5. Revocatoria del mandato

Revocar es: "dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución" (Real Academia Española, 2001). Desde una perspectiva jurídica, revocar es quitar el poder entregado. En Colombia desde la Constitución de 1991 se

contempla este mecanismo de participación ciudadana.

La revocatoria del mandato o plebiscito revocatorio es un procedimiento legal y constitucional que permite a los electores destituir a quien ha sido elegido popularmente para desempeñar un cargo público, antes de que termine el período para el cual fue elegido cuando se presenten circunstancias específicas determinadas en la ley. Este mecanismo de participación, usado en muchas democracias, denominado “*recall*” en el derecho anglosajón, tiene como antecedente la figura conocida en el antiguo Estado griego como el “ostracismo” por medio de la cual se condenaba al destierro a quien podía representar un peligro para la asamblea en razón del poder político que adquiriría; pero la figura como se conoce modernamente nace en Suiza en 1846. En Estados Unidos, el *recall* fue adoptado por el cuerpo electoral de la ciudad de Los Ángeles en 1903, a pesar de ser reconocido desde 1890: en la actualidad el *recall* tiene diferentes ámbitos de aplicación en los Estados que componen la Unión Americana.

El fundamento de este mecanismo reside en el principio de soberanía popular y de la representación, en cuanto que los elegidos son depositarios de la voluntad popular, razón por la cual están sujetos al control ciudadano, toda vez que el pueblo lo que hace es otorgar a sus gobernantes un mandato para que ejerzan el poder político y del nexo de responsabilidad que existe entre los electores y los elegidos, entre gobernan-

tes y gobernados, el cual se plasma mediante la elección popular (sufragio). La posibilidad de ejercer control sobre los funcionarios de elección popular mediante este mecanismo constituye, sin duda alguna uno de los avances más significativos logrados por la Constitución de 1991 (Rivera Sánchez, 2006).

De ahí que el concepto de mandato imperativo adquiere especial valor, pues los mandatarios deben atenerse a las instrucciones de sus electores.

A partir de lo anterior se puede caracterizar la revocatoria del mandato en la siguiente forma:

- Es un mecanismo de participación ciudadana directo en cuanto es desarrollado de manera directa por el ciudadano.
- Se trata de una facultad y un derecho de naturaleza constitucional.
- La finalidad es poner término anticipado al periodo del mandato popular que se le ha conferido a un funcionario elegido por voto popular.
- Se concreta en el cumplimiento de unos requisitos de orden legal.
- La causa que produce la revocatoria, en el caso colombiano, es esencialmente el cumplimiento de las obligaciones definidas en el plan de gobierno, aunque el artículo 65 de la Ley 134 de 1994 señala: “por

la insatisfacción general de la ciudadanía o por el incumplimiento del programa de Gobierno”.

De acuerdo con lo anterior mediante el procedimiento de revocatoria del mandato el electorado tiene el derecho a destituir del cargo a un funcionario público a quien él mismo eligió, antes de que concluya el período de su mandato. Es decir, el pueblo, mediante el sufragio y de manera vinculante, decide sobre la continuidad en el desempeño del cargo de un funcionario de elección popular.

Como se observa este mecanismo de participación ciudadana, que es una forma de control social, permite que los mismos electores intervengan de manera directa en un asunto político de interés e importancia pública como es la permanencia o no de un funcionario de elección popular en el ejercicio del cargo para el cual fue elegido, Ferreyra citado por (Verdugo Silva, 2007), por lo que se presenta como un verdadero mecanismo de participación ciudadana.

Es una forma por medio de la cual todos los ciudadanos materializan su participación en la toma de decisiones estableciendo una relación de doble vía entre el administrador y el administrado, desde otra perspectiva entre el elector y el elegido; así se concreta el ejercicio del control social y se “contribuye a la construcción de un sistema político donde el ciudadano tenga canales efectivos de expresión, realizando el ideal del estado democrático de derecho”

(Verdugo Silva 2007).

La naturaleza propia de la revocatoria del mandato que implica la participación directa de los ciudadanos, hace de esta un modelo de democracia directa, pues en este caso es el ciudadano quien directamente, sin que medie intermediación alguna, participe en la decisión sobre la permanencia del funcionario, sujeto pasivo del proceso revocatorio. De manera tal que junto con el derecho al sufragio son los mejores exponentes de esta forma de democracia; de allí que su fundamento este determinado por dos aspectos: la soberanía popular y el mandato popular (Henao Hidrón, 2003); respecto de la primera, la soberanía popular, se refiere al verdadero titular del poder: el pueblo integrado en estricto sentido político por los ciudadanos, lo que se expresa en el artículo 3 de la Constitución de Colombia en la siguiente forma:

“La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

Y en cuanto al mandato popular, es claro que en Colombia, al menos en teoría, quienes ejercen el poder político lo hacen en desarrollo de un mandato popular otorgado por el pueblo; por lo tanto si este otorgó el poder también lo podrá retirar. En este sentido señala la Corte Constitucional colombiana:

“Al residir la soberanía en el pueblo, como así lo establece el artículo 3o. de la Constitución, éste otorga un mandato programático a sus elegidos, cuya efectividad dependerá de haberse hecho explícito aquello a lo cual se compromete a defender y por cuyo incumplimiento sus electores pueden llamarlo a exigirle “cuentas” por sus acciones u omisiones y en tal caso, revocarle el mandato. La revocatoria es tal vez uno de los derechos políticos de mayor repercusión para hacer realidad la verdadera democracia participativa, que postula el artículo 1o. de nuestra Carta Política, por cuanto otorga a los electores un importante poder de control sobre la conducta de sus representantes, con lo que establece un nexo de responsabilidad entre estos y su base electoral. De ahí que quienes tienen derecho, jurídica y políticamente a revocar un mandato, sean las mismas personas que lo confirieron u otorgaron. No quienes son ajenos a la relación establecida, que en este caso es la de elector-elegido. El derecho a revocar el mandato forma parte no sólo de uno de los mecanismos de participación ciudadana de mayor importancia, sino que además tiene la naturaleza de un derecho fundamental de origen constitucional atribuido a todo ciudadano con miras a que pueda participar en la conformación, ejercicio y ante todo, en el control del poder político. La revocatoria del mandato es

la consecuencia lógica del derecho de participación del ciudadano en el ejercicio del poder, como quiera que este conserva el derecho político de controlar al elegido durante todo el tiempo en que el mandatario ejerza el cargo” (Sentencia de Constitucionalidad 180, 1994).

Cada Nación define o estructura los procedimientos, causas y mecanismos para hacer la revocatoria del mandato, cuando la contempla en su ordenamiento; pero aunque hay diferentes formas y otros procedimientos como: el proceso disciplinario, el juicio político, la moción de censura o alguna otra forma, es en el caso de la revocatoria del mandato en el que el ciudadano elector participa directamente, de esta forma se materializa la participación mediante el mismo procedimiento que se hizo la elección, es decir el sufragio. Como bien lo afirma (García Campos, 2005) “a diferencia de otros procedimientos de destitución (como el juicio político y el *impeachment*) la revocación del mandato se decide en las urnas por el mismo cuerpo electoral que designó al funcionario público y no supone una acción judicial que exige las garantías del debido proceso”. Aunque es necesario que el proceso revocatorio se desarrolle en estricto cumplimiento del orden legal vigente.

El objetivo de la revocatoria es que los votantes tengan un control permanente sobre los funcionarios públicos (Zimmerman, 1992) y de acuerdo con este objetivo conlleva, o mejor, implica la cesación de una autoridad en particular. Por sus características y, repetimos, es un mecanismo participación cuyos

efectos recaen en un sujeto individualizado, por ello es un instrumento que permite la rendición de cuentas de cada funcionario.

Como ya se ha señalado en repetidas oportunidades en este texto, la asamblea constituyente incorpora en la Constitución Política de 1991 la revocatoria del mandato y la consulta popular como mecanismos de participación ciudadana como opciones frente al tradicional mandato no imperativo propio de la democracia representativa (Bobbio, 1994).

La Constitución Política de Colombia respecto de la participación ciudadana establece en el art. 40:

“Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.

5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”.

Atendiendo lo ordenado por el constituyente la Ley reglamenta el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana. Respecto de la revocatoria del mandato señala en el artículo 6:

“Revocatoria del Mandato. La revocatoria del mandato es un derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde” (Ley Estatutaria 134, 1994).

Se debe aclarar que el proyecto de ley estatutaria aprobada por el Congreso de la República para reglamentar, entre otros aspectos, los mecanismos de participación, no consideraba la defini-

ción de la revocatoria del mandato y en consecuencia se mantiene, por ahora, la definición establecida en la Ley 134 ya referida.

Al hacer referencia a la revocatoria es necesario considerar el voto programático, pues se constituye como un supuesto básico del mecanismo. La Constitución Política al respecto establece en el artículo 259 lo siguiente:

“Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático.

A su vez (Ley 131, 1994), por la cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones señala en su artículo 1º:

“En desarrollo del artículo 259 de la Constitución Política entiende por voto programático el mecanismo de participación mediante el cual los ciudadanos que votan para elegir gobernadores y alcaldes, imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que haya presentado como parte integral en la inscripción de su candidatura.”

La Constitución Política de Colombia establece que tanto los Gobernadores como los Alcaldes al ser elegidos democráticamente asumen con la ciudadanía la obligación de cumplir con el programa de gobierno que presentaron

cuando se inscribieron como candidatos. Es en la expresión de la Corte Constitucional:

“una expresión de la soberanía popular y la democracia participativa que estrecha la relación entre los elegidos (alcaldes y gobernadores) y los ciudadanos electores. Al consagrar que el elector impone al elegido por mandato un programa, el voto programático posibilita un control más efectivo de los primeros sobre estos últimos. La posibilidad de la revocatoria del mandato es entonces la consecuencia de esa nueva relación consagrada por la Constitución de 1991 (Sentencia de Constitucionalidad 011, 1994).

Entonces, el incumplimiento del programa propuesto por el Alcalde o Gobernador equivale a quebrantar el pacto que se asume con los electores, situación que da pie para que su elección pueda ser revocada por el mismo pueblo, como lo establece el artículo 259 de la Constitución:

“Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático”.

En Colombia, la revocatoria del mandato es un derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han con-

ferido a un gobernador o a un alcalde. El trámite, definido en las Leyes 131 y 134 del año 1994, se inicia cuando un grupo de ciudadanos que representen un porcentaje no inferior al 40% de los votos que obtuvo el gobernante elegido, solicita ante la Registraduría Nacional del Estado Civil que convoque a votaciones para revocar el mandato del mismo, fundamentando su solicitud en el incumplimiento del programa de gobierno o en la insatisfacción general de la población.

El Registrador informa a la persona cuyo mandato pretende revocarse y posteriormente convoca a votaciones; la revocatoria opera si así lo determinan la mitad más uno de los votos, siempre que el número de sufragios no sea inferior al 55% de la votación válida emitida el día en que se eligió al mandatario. Si la revocatoria prospera, el Presidente de la República procede a remover al gobernador revocado, o el gobernador remueve al alcalde revocado -según el caso-, y a nombrar un encargado transitoriamente hasta que se elija popularmente al nuevo gobernante, el cual ocupará el cargo por el período constitucionalmente establecido.

La (Ley 741, 2002) dispuso que la revocatoria de mandato procede siempre y cuando se surtan los siguientes requisitos:

1. Que haya transcurrido no menos de un año del mandato o periodo del gobernador o el alcalde, tiempo a partir del cual puede iniciarse

la recolección de firmas.

2. Mediar por escrito, ante la Registraduría Nacional, solicitud de convocatoria a pronunciamiento popular para revocatoria, mediante un memorial que suscriban los ciudadanos en número no inferior al 40% del total de votos que obtuvo el elegido.

En ese caso, son los delegados departamentales, los registradores municipales, distritales o especiales, quienes reciben dicha solicitud y realizan la verificación de los apoyos.

El proceso finaliza con la expedición de una certificación donde consta el número total de apoyos recibidos, el número de apoyos válidos, el número de apoyos rechazados especificando el motivo y definiendo claramente si se tiene el número de apoyos necesarios para que proceda o no la convocatoria a la revocatoria del mandato.

El artículo 66 de la Ley 134 de 1994 indica al respecto:

“Informe de la solicitud de revocatoria. Aprobada la solicitud y expedida la respectiva certificación, el Registrador del Estado Civil correspondiente, dentro de los cinco días siguientes, informará del hecho al respectivo funcionario”.

El Proyecto de Ley Estatutaria 134 de 2011 de la Cámara y 227 de 2012 Senado, al que hemos hecho referencia

en varias oportunidades modifica dos aspectos fundamentales relacionados con los apoyos para la revocatoria del mandato, así, establece el citado proyecto en primer término: se exige que para presentar una revocatoria se requiere del apoyo de un número de ciudadanos que hagan parte del censo electoral departamental, municipal o distrital de no menos del treinta por ciento (30%) de los votos obtenidos por el elegido; y, en segundo término, en la revocatoria del mandato el pronunciamiento popular deberá ser por la mitad más uno de los votos ciudadanos que participen en la convocatoria, siempre que el número de sufragios no sea inferior al cuarenta (40%) de la votación total válida registrada el día en que se eligió al respectivo mandatario. Como se observa, el Congreso de la república trató con este proyecto de hacer más viables los apoyos necesarios para materializar el mecanismo.

La Corte Constitucional (Sentencia de Constitucionalidad 180, 1994) precisa lo siguiente:

“Al residir la soberanía en el pueblo, como así lo establece el artículo 3o. de la Constitución, éste otorga un mandato programático a sus elegidos, cuya efectividad dependerá de haberse hecho explícito aquello a lo cual se compromete a defender y por cuyo incumplimiento sus electores pueden llamarlo a exigirle “cuentas” por sus acciones u omisiones y en tal caso, revocarle el mandato. La

revocatoria es tal vez uno de los derechos políticos de mayor repercusión para hacer realidad la verdadera democracia participativa, que postula el artículo 1o. de nuestra Carta Política, por cuanto otorga a los electores un importante poder de control sobre la conducta de sus representantes, con lo que establece un nexo de responsabilidad entre estos y su base electoral. De ahí que quienes tienen derecho, jurídica y políticamente a revocar un mandato, sean las mismas personas que lo confirieron u otorgaron. No quienes son ajenos a la relación establecida, que en este caso es la de elector-elegido. El derecho a revocar el mandato forma parte no sólo de uno de los mecanismos de participación ciudadana de mayor importancia, sino que además tiene la naturaleza de un derecho fundamental de origen constitucional atribuido a todo ciudadano con miras a que pueda participar en la conformación, ejercicio y ante todo, en el control del poder político. La revocatoria del mandato es la consecuencia lógica del derecho de participación del ciudadano en el ejercicio del poder, como quiera que este conserva el derecho político de controlar al elegido durante todo el tiempo en que el mandatario ejerza el cargo”.

Como se ha visto, en Colombia la revocatoria sólo opera respecto de los gobernadores y alcaldes pues legalmente no está prevista para otros fun-

cionarios de elección popular como los congresistas, los diputados de asambleas departamentales o los concejales, tampoco se considera la posibilidad de revocatoria para el Presidente de la República, funcionario que al igual que los gobernadores y los alcaldes presenta un plan de gobierno a consideración del electorado.

La revocatoria del mandato es de ejecución inmediata, y se tendrá que convocar a nuevas elecciones dentro de los dos meses siguientes para elegir un nuevo gobernador o alcalde. Es importante hacer claridad sobre este plazo, ya que la Ley 134 de 1994 fija un término de tres (3) días. Aquí deben aplicarse los principios generales de la interpretación normativa. Al tratarse de dos leyes estatutarias, ambas tienen el mismo rango y jerarquía, por lo tanto al ser la Ley 134 de 1994 posterior, y además, especial frente a la Ley 131 de 1994, en lo que se refiere a los mecanismos de participación ciudadana, prevalece aquella debiendo acudir a su articulado, pero en lo que atañe al término para convocar a nuevas elecciones luego de acaecida la revocatoria del mandato.

Entre 1996 y 2010 se presentaron a la Registraduría Nacional del Estado Civil 80 solicitudes para la revocatoria del mandato de Alcaldes, ninguna de Gobernador, de estas solo se sometieron al escrutinio de los electores 37, es decir el 46%. El 54% restante no soporto la revisión de firmas que evidenciaban el apoyo de por lo menos el 40% de los votos que obtuvo funcionario elegido

al que se pretende revocar. Con todo se debe aclarar que de todos los procesos llevados a las urnas, ninguno concluyó con la revocatoria del funcionario. (Registraduría Nacional del Estado Civil. 2013)

En el 2013 se presentaron ante la Registraduría Nacional de Estado Civil 35 solicitudes de revocatoria, de estas solo 12, es decir el 34% superaron la revisión de las condiciones básicas para poner en consideración de los electores, es decir el 66% de los procesos no fueron viables. De igual forma, de las 12 revocatorias sometidas a las urnas ninguna concluyó con el retiro del funcionario. (Registraduría Nacional del Estado Civil. 2013)

Conclusiones

La revocatoria del mandato supone un conjunto de ventajas en la consolidación del modelo democrático del país; de una parte genera una expectativa entre la sociedad aumentando el interés en la participación en los asuntos políticos, pues la revocatoria supone una decisión de trascendental importancia; por otro lado es un mecanismo que, una vez alcance la viabilidad que supone debe tener obligará a los gobernantes a estar en permanente revisión de los planes de gobierno propuestos a los electores, este sentido se hará válido el voto programático y por supuesto contribuirá con el fortalecimiento y desarrollo de la cultura ciudadana respecto de la responsabilidad de política

de los ciudadanos. Es probable que este efecto no se observe en el corto plazo, pero en el largo plazo y en la medida en que se utilice en las grandes ciudades todos los colombianos aprenderán a hacer uso de este instrumento de la democracia directa. La revocatoria, repito en la medida en que se haga viable logística y operativamente, genera un conjunto de vasos comunicantes entre el funcionario elegido y los electores a través del plan de gobierno como materialización de voto programático, ello promueve en los ciudadanos el hábito del control social como forma de participación.

Aunque hasta la fecha ninguna revocatoria de mandato ha prosperado se puede observar que al año 2013 se han presentado 35 solicitudes, es decir el 43% de las que presentaron entre 1996 y 2010 (14 años). Con esto se evidencia que el interés por esta forma de participación está creciendo.

Aunque la percepción general sobre este mecanismo de participación, cuyo objetivo fundamental es el ejercicio del control ciudadano sobre la gestión de los Alcaldes y Gobernadores, es que no ha logrado los propósitos para los que fue creado, el crecimiento del número de iniciativas presentadas en 2012 demuestran que se ha iniciado un proceso de consolidación de toda una cultura de la participación ciudadana que le da validez al modelo y haciéndolo eficiente en la medida de las proporciones. De cualquier forma, el mecanismo fue reglamentado hasta 1994, pero

viable, frente a los periodos de gobierno, hasta 1996, es decir el mecanismo tiene menos de veinte años de creación.

Si bien es cierto que cada día hay mayor interés en la sociedad por el uso de este mecanismo, también es cierto que logísticamente se presentan dificultades para su materialización. Los altos porcentajes de participación respecto del censo electoral, las dificultades para recoger las firmas que evidencian el apoyo del 40% del número de votos que obtuvo el elegido, las dificultades para la financiación de la campaña revocatoria frente a los recursos con los que cuentan los funcionarios, la manipulación de los grupos y sectores políticos, la falta de garantías para quienes la proponen y los bajos niveles de cultura política, han impedido que los resultados sean mejores o por lo menos más visibles.

Aunque la Constitución y el sistema legal consideran la participación ciudadana como la forma válida para acceder a gran parte de los derechos enunciados y se observa una mayor demanda de ellos, de parte de la comunidad, para incidir en la toma de decisiones, la estructura estatal ha mostrado una mínima capacidad de respuesta a los intentos sociales por hacer de la participación el instrumento que el constituyente de 1991 ofreció como la verdadera fórmula para una democracia participativa. Los mecanismos de participación ciudadana tienen como propósito materializar la democracia participativa y hacer viables los fines

del Estado definidos en la Constitución Política de 1991, haciendo viable la intervención de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas.

La revocatoria del mandato presenta dos clases de finalidades, unos inmediatos relacionados específicamente con el castigo para el funcionario por el incumplimiento del programa de gobierno por el que votaron sus electores o por la insatisfacción ciudadana por el desempeño de la administración. Pero independientemente de los resultados de una revocatoria en particular, el instrumento estudiado tiene una finalidad mediata, en este caso de trata de la generación y consolidación del modelo de democracia participativa que se definió para el país.

A diferencia de otros países en los que opera la revocatoria del mandato en nuestro país solo es viable para dos autoridades frente a siete que son elegidos mediante el sufragio universal. En Colombia son elegidos popularmente presidente, gobernadores, alcaldes, senadores, representantes a la Cámara, diputados de asamblea departamental y concejales, además se eligen a los miembros de las juntas administradoras locales, miembros del parlamento andino, rectores de universidades públicas. Si bien esta fue la decisión del constituyente con el fin de no causar inestabilidad política en sectores de importancia estratégica para la nación como la Presidencia y el Congreso de la República, la extensión de los efectos de la revocatoria a otras instancias podría contribuir a

disminuir los altos niveles de ineficiencia y corrupción que se presentan en el país. Si el pueblo es quien a través del voto delega a sus representantes el ejercicio de autoridad y la toma de decisiones, todos aquellos designados de esa forma deberían ser sujetos de revocatoria, puesto que el principio de soberanía popular afecta la situación de todas y no solo de algunas de las autoridades electas.

Los bajos niveles de participación en los procesos revocatorios evidencian que la cultura de la participación hasta ahora está comenzando a construirse, ello impone la tarea a las universidades, partidos políticos, organizaciones sociales, en general a toda la nación de generar espacios a través de los cuales se fortalezcan y refuerce la cultura ciudadana de la participación. Se hace necesario que el Estado a través de sus diferentes órganos competentes atiendan las repetidas decisiones de la Corte Constitucional en cuanto a que la verdadera participación solo se da cuando los ciudadanos pueden hacer uso de los mecanismos creados para ello, esto se logra con formación, cultura, publicidad, resultados, de lo contrario los mecanismos de participación ciudadana, no solo la revocatoria del mandato se convertirán en figuras decorativas para un inexistente Estado social de derecho.

Referencias

Bobbio, N. (1994). *El futuro de la democracia* (Primera ed.). Madrid, España: Fondo de Cultura Económica.

- Campos Z., C. (1993). Elementos para una participación comunitaria (Primera ed.). Bogotá D.C, Colombia: Fondo Editorial CEREC.
- Clavijo Cáceres, D. (2013). *El proyecto de investigación. Haciendo posible la tesis de grado* (Segunda ed.). Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.
- Contraloría de Cundinamarca. (2013). Control social. El derecho a la participación. <http://www.contraloriadecundinamarca.gov.co/control-social.php> . Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 131. (1994). Congreso de la República. Por la cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., Colombia.
- Corte Constitucional. Sala Plena. (1994) Sentencia de Constitucionalidad 011. M.P.: Alejandro Martínez Caballero . Bogotá D.C., Colombia.
- Cortes, P. (2012). Equilibrio y Control del Poder Político en la Tradición Constitucional Colombiana. Revista virtual Via Inveniendi Et Iudicandi , 7 (13)
- Díaz Londoño, J. A. (enero-diciembre de 2009). Estado social de derecho y neoliberalismo en Colombia: Estudio del cambio social a finales del siglo xx. Revista de antropología y sociología VIRAJES , 205-228.
- Durán V. Estado Social de Derecho, Democracia y Participación. (2001) En: VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos "Estado Social de Derecho, Democracia y Participación"; Valle de Bravo, México 2001 Abr 22-25 [<http://www.carlosmanzano.net/articulos/Duran.html>]. [Consultado 2014 febrero 26].
- Eslava, A. (2008). Políticas públicas y control social. Una aproximación neoinstitucional. http://www.researchgate.net/publication/256523242_Polticas_publicas_y_control_social._Una_aproximacin_neoinstitucional . Bogotá D.C., Colombia: Universidad Eafit.
- Forero Pineda, C., Cardona Moreno, G., & Córbo Martínez, C. (1999). *Planeación participativa. Estrategia de paz* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Consejo Nacional de Planeación.
- García Campos, A. (2005). La revocatoria del mandato: un breve acercamiento teórico. Revista Quid Juris , 1 (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/1/cnt/cnt3.pdf>).
- García Pelayo, M. (1957). Derecho constitucional comparado. *Revista de Occidente* , 5, 183.
- Duverger, M. (1968). *Los partidos políticos* (Primera ed.). Madrid, España: Fondo de Cultura Económica.

- Henao Hidrón, J. (2003). Derecho procesal constitucional. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Lenardón, F. R. (2007). Administración pública, control social y eficiencia. *Enfoques*, 55-88.
- Madriñan Rivera, R. E. (1997). *El Estado Social de Derecho* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ley 741. (31 de mayo de 2002). Congreso de la República. Por la cual se reforman las Leyes 131 y 134 de 1994, Reglamentarias del voto programático. Bogotá D.C., Colombia.
- Ley Estatutaria 134. (31 de mayo de 1994). Congreso de la República. Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana. Bogotá D.C., Colombia.
- Ministerio del Interior y de Justicia. (2003). Participación en el control a la gestión pública. Momento de sensibilización (Primera ed., Vol. Módulo I). Bogotá D.C., Colombia: Defensoría del Pueblo, Veeduría Distrital, Control Social a la Gestión Pública.
- Peraza, A. (2005). Democracia participativa y derechos humanos. *Revista aportes andinos* (13), 1-8.
- Proyecto de Ley 227 de 2012 Senado, 134 de 2011 C. (8 de mayo de 2012). Informe de ponencia segundo debate proyecto de Ley 227 de 2012 senado, 134 de 2011 cámara. http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=227&p_consec=32510. Bogotá D.C.
- Puerta R, M. I. (2010). *El debate entre los modelos de democracia participativa y representativa. Elementos teórico-conceptuales* (Primera ed.). Valencia, Venezuela: Asociación de Profesores Universidad de Carabobo.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (Vigésima segunda ed., Vol. II). Bogotá D.C., Colombia: Espasa.
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (2013) Mecanismos de participación ciudadana. Revocatorias de mandato radicadas. En: <http://www.registraduria.gov.co/-Revocatoria-de-mandato,394-.html>. Consultado el 15 de julio 2013
- Restrepo Botero, D. I. (1997). Relaciones Estado-sociedad civil en el campo social. Una reflexión desde el caso colombiano. *Revista del CLAD Reforma y Democracia* (7), 127-154.
- Rivera Sánchez, J. L. (2006). Revocatoria del mandato para funcionarios de elección popular en los gobiernos locales. *Revista de derecho electoral* (2), 1-42.
- Sartori, G. (1994). *¿Qué es la democracia?* Bogotá D.C., Colombia: Altamir.

- Seall-Sasiain, J. (2006). Referéndum, iniciativa popular y democracia participativa: limitaciones constitucionales y legales para su efectiva aplicación. *Anales de legislación paraguaya* (8).
- Sentencia de Constitucionalidad 180. (14 de abril de 1994). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Hernando Herrera Vergara . Bogotá D.C., Colombia.
- Vallejo Mejía, C. (1994). La planeación en Colombia: una reflexión general. En *Gerencia Pública en Colombia* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Consejería Presidencial para la Modernización del Estado & Asociación Colombiana para la Modernización del Estado.
- Verdugo Silva, J. T. (2007). La revocatoria del mandato en el Ecuador, Países de la Comunidad Andina y del Continente Americano. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/3C343874053D49F60525790B000917C7/\\$FILE/T519-MDE-Verdugo-LaRevocatoriadelMandato.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/3C343874053D49F60525790B000917C7/$FILE/T519-MDE-Verdugo-LaRevocatoriadelMandato.pdf) . Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador.
- Zimmerman, J. (1992). *Democracia participativa: el resurgimiento del populismo*.

La teoría de los actos separables del contrato estatal: distinción a la ley 1437 de 2011*

The theory of separable acts of state contract:
distinction according to the law 1437 of 2011

Recibido: 29 de febrero del 2013 - Revisado: 10 de abril del 2013 - Aceptado: 17 de mayo del 2013

Jennifer Patricia Santos Ibarra**

Resumen

La Ley 80 de 1993 es la norma rectora en materia de contratación estatal en Colombia. En ella constituye pilar fundamental el principio de transparencia consagrado en el artículo 24, mereciendo especial referencia el numeral 7° en atención a que divide las dos etapas más importantes del contrato estatal y su importancia radica en el hecho de regular, en últimas, lo que el derecho francés ha distinguido como “teoría de los actos separables del contrato”. La Ley 1474 de 2011 introdujo modificaciones entorno a los actos separables del contrato, distinguiendo el papel de la interrupción del proceso contractual una vez se presenta la demanda, conceptualizando al acto separable y señalando las acciones procedentes y sobre la acumulación de pretensiones, en consecuencia, un cúmulo de variables que motivan aspectos discutibles que deben clarificarse frente al nuevo orden procesal.

Palabras clave

Actos separables, contrato estatal, medios de control, etapa precontractual y medidas cautelares.

Abstract

Law 80 principle of transparency enshrined in Article 24 is a fundamental pillar, deserving special reference numeral 7 ° considering that divides the two major stages of state contract and its importance lies in the fact regular , ultimately, what French law has distinguished itself as “theory of separable acts of the contract .” The 1474 Act 2011 introduced changes to the separable acts environment contract , distinguishing the role of disruption of the contractual process once the application is made , conceptualizing and pointing to act separable from the actions and the accumulation of

* Artículo inédito. Artículo de reflexión. Producto del proyecto de investigación sobre servicios públicos domiciliarios adscritos a la línea de investigación en Derecho Administrativo, realizado al interior del Grupo de investigaciones en derecho General Comparado y Fronterizo DECOFRON del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar Cúcuta.

** Abogada de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta. Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Actualmente Sustanciadora del Juzgado Sexto Civil de Oralidad del Circuito de Cúcuta.

Correo electrónico:
jennifersantos813@gmail.com.

claims, therefore, a host of variables that motivate questionable aspects to be clarified in front of the new procedural order.

Key words

Separable acts, state contracts, modes of control, pre-contractual stage and precautionary measures.

Introducción

El derecho de la contratación estatal (Benavides, 2004) se ha convertido en uno de los instrumentos más efectivos y a la vez más controvertidos (Martínez Cárdenas & Ramírez Mora, 2006) para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Desde su primer antecedente en el *Fallo Terrier* (Islas Colín, 2008) la concepción del Estado se transformó; posteriormente, con la crisis de la noción del servicio público (Martínez-Abarca Ruíz-Funes, 1958) se observa en la realidad que el Estado no es quien, en exclusiva, presta un servicio público y que realiza actividades distintas con el ánimo de lucrarse como en la actividad desarrollada a través de las empresas industriales y comerciales del Estado, reflejándose que la actividad contractual es la piedra angular de la interacción entre la administración pública y los particulares.

La etapa precontractual, momento en el cual se identifica y ubican los actos objeto del presente estudio, es en

gran medida la que define el perfeccionamiento del contrato en cuanto a su aptitud legal y perfila que la ejecución contractual sea efectiva. Los medios de control sobre los actos separables son un espacio en el que se discuten aspectos transcendentales en la relación contractual (Matayana Camacho, 2013); debe destacarse que jurisprudencialmente se ha reconocido que es un acto separable la *declaratoria de desierto del contrato*. Nótese que cada uno de estos actos define un punto central de lo que será finalmente el cumplimiento de un objeto que contribuye al cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Dadas estas características especiales y ante las materias definitorias que desarrollan estos actos¹ y por los efectos que se desprenden de ellos, sea cual sea la decisión del juez que conoce su demanda, es imprescindible conocer su régimen jurídico frente a los cambios introducidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPA-CA).

¹ "...los actos administrativos pueden clasificarse desde distintos y variados puntos de vista, según el criterio en función del cual sean agrupados. Así, según su contenido u objeto, los actos administrativos pueden clasificarse en actos generales y particulares, actos de autorización, de aprobación y de concesión, actos de permiso y de admisión, actos que ordenan o prohíben, actos de registro y constatación, actos sancionatorios, constitutivos y declarativos, etc.; según el número de órganos que intervengan, en actos simples y complejos; según el grado de autonomía en su expedición, en actos reglados y discrecionales; según la forma de exteriorizarse, en actos expresos, tácitos o presuntos; según el papel que cumplen en el procedimiento administrativo, en actos preparatorios, actos de trámite, actos definitivos y actos de ejecución; según su relación con el contrato estatal, en **actos separables del contrato**, actos contractuales y actos post contractuales; según la denominación o forma de presentación, en decretos, resoluciones, disposiciones, ordenes administrativas, certificaciones, circulares; etc." (Berrocal Guerrero, 2009). (Negrillas fuera de texto original)

Al respecto se destaca el Consejo de Estado colombiano:

“La Sala Plena, en auto de 10/05/91, al definir cuál era el Tribunal competente para conocer de la demanda contractual frente al acto que declaró la realización del riesgo, consideró que con la expedición del decreto ley 2304 de 1989, que reformó el C.C.A, se suprimió la referencia a los actos separables que hacía el artículo 87 original del C.C.A., pero esa referencia se mantuvo por vía jurisprudencial. Se dijo: “entiende la Sala por actos administrativos relativos al contrato, los que se dictan dentro de la operación contractual y por actos separables los que aun siendo relativos al contrato, se profieren dentro de la etapa precontractual” (Acción de simple nulidad, 2006).

Problema jurídico

¿Cuáles son los principales cambios que introdujo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en la teoría de los actos separables propios a la actuación contractual según la Ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado?

Metodología

El presente artículo es el producto de investigación se empleó el tipo de investigación documental (Suárez, 2007), entendida como “aquella búsqueda o

indagación que se basa en la localización, registro, recuperación, análisis e interpretación de fuentes bibliográficas”, y descriptiva, a partir del estudio de la Ley y la jurisprudencia del juez contencioso administrativo.

Para ceñirse a un método y técnica que permitan hacer de esta investigación un proceso científico, se asumió dentro del análisis documental como técnica primaria la observación documental; en segundo lugar se situó como menciona (Balestrini Acuña, 2010) “ el conjunto de técnicas operacionales para el manejo de las fuentes documentales”, para el presente artículo las de subrayado, bibliográficas y citas.

1. Actos separables del contrato estatal

El artículo 24, numeral 7° de la Ley 80 de 1993 divide las dos etapas más importantes del contrato estatal, la precontractual y la contractual; cuando la norma indica que se motivarán en forma detallada y precisa i) los *informes de evaluación*, ii) el *acto de adjudicación* y iii) la *declaratoria de desierta del proceso de escogencia*, no siendo estos los únicos, distingue las decisiones que se originan **con ocasión de la actividad contractual**-aquellos que se producen a partir del perfeccionamiento del contrato hasta la liquidación contractual- de aquellas **de naturaleza propiamente precontractual en la fase de modalidad de selección**. El Consejo de Estado (Sentencia Simple Nulidad 15188, 2006) señaló frente a los actos separables “(...) que los

actos administrativos expedidos con ocasión de la actividad contractual son los propiamente contractuales, y que los expedidos en la actividad contractual son los separables o precontractuales”.

Estos son los que han sido reconocido por la doctrina (Expósito Vélez, 2011) como los actos separables del contrato, actos que se producen en la etapa previa y que gozan de separabilidad en relación con el contrato, siendo separables son autónomos e independientes frente al contrato; en términos de derecho administrativo, el control de legalidad frente a esos actos se hace mediante acciones totalmente distintas a aquella acción que es natural del contrato, la acción natural del contrato es la controversia contractual de que trata el artículo 87-1 del Código Contencioso Administrativo -artículo 141 CPACA-, en cambio, frente a los actos previos o precontractuales por pertenecer a la típica actividad administrativa, son previos o separables, en consecuencia, contra ellos se ejercitará las acciones típicas contencioso administrativas, la de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de la naturaleza jurídica del acto².

Igualmente la Corte Constitucional ha contribuido en la teoría de los actos separables del contrato, que en últimas son aquellos actos que han decidido cuestiones de fondo: “3. *Los actos preparatorios del contrato administrativo, pertenecen a la categoría que la doctrina*

ha llamado “actos separables del contrato”. Aunque no han sido definidos por la ley, han sido entendidos por el h. Consejo de Estado como aquellos que constituyen decisiones unilaterales de la Administración en las etapas precontractuales” (Sentencia de Constitucionalidad 1048, 2001).

En primera medida hay que identificar que en la etapa precontractual existen unas subetapas que podrían distinguirse como: **a)** subetapa de planeación, que comienza con la identificación de la necesidad y termina con el acto administrativo de apertura y con este inicia la convocatoria; posteriormente puede encontrarse la **b)** subetapa de convocatoria o desarrollo de la convocatoria, que inicia con el acto administrativo de apertura y termina con la entrega de propuestas, es decir, con el cierre de la convocatoria, cierre de la licitación; finalmente se distingue la **c)** subetapa final que termina con la adjudicación previo al avalúo de las propuestas, traslado de las evaluaciones a los oferentes para que hagan observaciones y finalmente el acto de adjudicación o de declaratoria de desierta.

Como actos separables del contrato estatal se distinguen entonces **i)** el acto de apertura del proceso de selección, **ii)** el pliego de condiciones, **iii)** el acto de inscripción, calificación y clasificación en el registro único de proponentes, **iv)** el acto de adjudicación y **v)** el acto que declara desierto. Destacando algunas de los contenidos de cada una de estas decisiones se destaca:

² *Ibidem.*

1.1 Primer acto separable

Frente al acto de apertura del proceso de selección que abre el procedimiento, que es un acto separable, es un acto de carácter general, no procede contra él a efectos de su control de legalidad recurso alguno en sede administrativa, porque contra los actos de carácter general no procede recurso alguno, entonces surge un cuestionamiento: ¿aunque sea un acto de carácter general es posible que ésta condición mute?, en (Páez, 2012) Sentencia del Consejo de Estado del 10 de agosto del año 1961 con ponencia del Dr. Carlos Gustavo Arrieta, se expone que tal condición cambia, es decir, la naturaleza de acto cambia y se puede entonces atacar solicitando el restablecimiento del perjuicio aplicando la teoría de *los móviles y las finalidades*, porque en este caso no hay contrato, solamente hay un acto que está dando una convocatoria que tiene un contenido mínimo “que invita a...”; si el acto de carácter general que impide al futuro y probable contratante de forma particular acceder al procedimiento de selección, éste puede verse perjudicado de manera precisa, de forma individual, entonces la connotación del acto es distinta, se convierte en un acto de carácter particular, de allí que el medio de control ya no será el de simple nulidad sino el de nulidad y restablecimiento del derecho, es más, si ello se aduce en sede administrativa se puede impugnar el acto mediante el recurso propio de la vía gubernativa, esto es el recurso de reposición porque no tiene superior jerárquico.

1.2 Segundo acto separable

El segundo acto separable, el pliego de condiciones, es en ésta etapa del proceso -etapa precontractual-, un acto de la misma naturaleza que el acto administrativo de apertura, es decir, de carácter general, en consecuencia sigue la misma regla que se ha explicado, cabe la demanda en simple nulidad a no ser que aplique la nulidad y restablecimiento del derecho en las condiciones antes mencionadas.

1.3 Tercer acto separable

Tercer acto separable del contrato, acto de inscripción, calificación y clasificación en el Registro Único de Proponentes (en adelante RUP); este acto se lleva a cabo en la Cámara de Comercio, la cual ejerce una función administrativa que en estricto sentido no desarrolla la entidad estatal.

Las Cámaras de Comercio son entidades gremiales que aplican lo que la Constitución Política ha denominado en el inciso 2º del art. 210: “los particulares también pueden desarrollar función administrativa”, esto es entonces descentralización por colaboración, los particulares también pueden desarrollar función administrativa, o sea que la Cámara de Comercio en virtud del ejercicio del Registro Único de Proponentes desarrolla típica función administrativa, expide actos administrativos y en consecuencia esos actos administrativos son susceptibles de los recursos de la vía gubernativa si son procedentes y

de las acciones típicas contencioso administrativas.

1.4. Cuarto acto separable

Frente al acto de adjudicación, el artículo 9° inciso 3° (Ley 1150, 2007) establece claramente que el acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario, entonces, cuando la norma menciona que es irrevocable es porque no procede recurso en la vía gubernativa, ahora bien, por qué es que la norma sólo establece que sólo cabe el recurso de reposición contra los actos administrativos contractuales, porque la mayoría de actos que se producen en la primera etapa son actos de carácter general, y aquellos otros sobre los cuales podría haber recurso no cabe porque en ese caso de adjudicación es irrevocable, por eso es que no cabe el recurso de reposición sobre todo en la primera etapa del contrato, sólo la interposición de las acciones contencioso administrativas en el término establecido en la disposición (Ley 1437, 2011).

1.5. Quinto acto separable

La declaratoria de desierta también es un acto separable del contrato, de acuerdo con (Auto 30141, 2006), la declaratoria de desierta homologa con todos sus efectos y en su naturaleza al acto de adjudicación. Sin embargo, es discutible que se tenga a este acto como acto separable pues con la declaratoria de desierta quedó truncada toda posibilidad para celebrar el contrato, ahí se acabó el procedimiento, si la adminis-

tración quiere celebrar el contrato bajo el mismo objeto lo que tiene que hacer es abrir un nuevo procedimiento.

Finalmente, puede decirse que la etapa precontractual se relaciona en forma directa y específica con el contrato a celebrar, se relaciona principalmente con los términos de referencia o pliegos de condiciones, selección del contratista, la suscripción o celebración del contrato conforme a las exigencias legales, conforme a los artículos 6, 7, 12 y 14 (Ley 80, 1993). En esta etapa también se involucran las actividades relacionadas al proceso de diseño y selección de objetivos, metas y acciones acordes a la visión para el logro de resultados. Aquí se identifica la importancia de la planeación, los requerimientos de la planeación, productos de la planeación y las exigencias reglamentarias de la planificación (2013).

2. Aspectos materiales de los actos separables del contrato estatal y las modificaciones en virtud de la Ley 1437 de 2011

Señala el artículo 141 inciso 2° (Ley 1437, 2011): Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso; por su parte indicaba el artículo 87 inciso 2° (Decreto 01, 1984): los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de

nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. *Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.*

A partir de esta nueva realidad normativa que introdujo la Ley 1437 de 2011, extensa y dispersa en gran medida (Santofimio Gambóia, 2010), se produce un cambio sustancial de la institución, entre otras, a partir del **i**) tiempo otorgado para interponer el medio de control en la remisión intranormativa al artículo 164, numeral 2º, literal c) del CPACA; **ii**) el papel de la interrupción del proceso contractual una vez presentada la demanda; **iii**) la conceptualización misma sobre lo que es un acto separable; y **iv**) sobre cuáles son las acciones procedentes y en la acumulación de pretensiones. Frente a todos ellos se motivan aspectos discutibles que deben clarificarse de cara al nuevo orden procesal.

Lo anterior, es relevante además porque sobre estos actos es que se ejerce acción en los medios de control y sobre los cuales se generan consecuencias condenatoria significativas para la administración pública y, finalmente, porque a pesar de ser un tema central en la discusión del derecho de la contratación estatal existe doctrina que no analiza su desarrollo en los estudios especializados (Palacio Hincapié, 2010).

La ideología de la institución puede definirse en el siguiente contexto:

Como lógica reacción ante tales inequidades, el Consejo de Estado francés elaboró una concepción jurisprudencial distinta: La teoría del acto separable —*théorie des actes détachables*— que, en lo fundamental, interpreta que los diferentes actos unilaterales que dicta la administración —hasta la adjudicación o perfeccionamiento del contrato— son susceptibles de ser aislados e impugnarse, en forma separada, a través del recurso por exceso de poder. En este marco y aun con sus imperfecciones técnicas procesales, la concepción del acto separable introdujo criterios proclives a una mayor protección de los licitantes injustamente desplazados en los procesos de selección de contratistas. (Casarini)

En términos del derecho administrativo, el control de legalidad frente a los actos separables del contrato se hace a través de medios de control totalmente distintos a aquel natural del contrato, el medio de control natural del contrato es la controversia contractual de que trata el artículo 141 (Ley 1437, 2011), antes artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01, 1984), en cambio, frente a los actos previos o precontractuales por pertenecer a la típica actividad administrativa, se ejercitará los medios de control típicos contenciosos administrativos, la de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del

derecho -artículos 137 y 138- (Ley 1437, 2011) tal medio de control que se ejerza dependerá de la naturaleza jurídica del acto.

Según el artículo 87 inciso segundo (Decreto 01, 1984), *-Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación-*, ahora bien, el artículo 164 (Ley 1437, 2011) en el literal c) del numeral 2, modificó el tiempo para interponer las demandas señalando que *-Cuando se pretenda la nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso-* (Expósito Vélez, 2011). Entonces cuando la norma del artículo 141 establece la posibilidad de interpretar las pretensiones de nulidad y/o la de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que se profieran con antelación a la suscripción del contrato, se deja abierta la puerta para igualmente acudir a la pretensión de controversias contractuales contra dichos actos, siempre que se haya celebrado el contrato.

Entonces esas acciones -medios de control- procederán siempre y cuando se ejerciten ellas -nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho-, dentro de los 4 meses siguientes a la notificación, comunicación, ejecución o publicación

de dichos actos y siempre y cuando no se haya celebrado el contrato, porque si se ha celebrado el contrato el medio de control precedente es de controversias contractuales porque la pretensión ya va dispuesta a que se declare la nulidad absoluta del contrato, con independencia de que esa nulidad absoluta arrastre cualquier otro acto de lo que se esté cuestionando de la primera etapa del contrato, al respecto el Consejo de Estado (Sentencia Simple Nulidad 15188, 2006) ha señalado:

“Asimismo la providencia abordó el estudio del caso bajo la Ley 80 de 1993 e indicó, de acuerdo con lo previsto en el inc 2 del art 77, que los actos administrativos de la actividad contractual sólo son objeto de acción contractual; explicó que son dos vías de interpretación, las que se emplean en el tratamiento del acto separable en materia contractual: interpretación restrictiva por la cual la actividad contractual es únicamente la que se cumple después de la celebración del contrato, lo que significa que los actos previos están por fuera de la acción contractual y se demandan sólo mediante las acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho. e, interpretación amplia: que comprende toda la actividad contractual, esto es todos los actos antecedentes, concomitantes y posteriores; y concluyó que de acuerdo con el art 77 de la ley 80 de 1993, los actos producidos con motivo u ocasión de la actividad contractual son todos, esto es, tanto previos como posteriores a la celebración del contrato, y se someten a la acción contractual.”

Otro cambio que introdujo la redacción de dicho artículo es (Expósito Vélez, 2011) permitir que estén legitimados todos aquellos que vean un derecho afectado con ocasión de la expedición de los actos previos de carácter particular, o de cualquier persona en lo relativo a los actos previos de carácter general, permitiendo así que terceros ajenos a la relación contractual no acreditados como proponentes, pero con un interés específico demostrado en el procedimiento de selección, logren atacarlos.

Por otra parte es preciso resaltar que el artículo 87 (Decreto 01, 1984) en su inciso segundo también establecía que la interposición de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho no interrumpiría el proceso de licitación, *contrario sensu*, el artículo 230 en su numeral segundo abrió la posibilidad de suspender los procedimientos de selección o el contrato cuando se controvertieran actos previos o precontractuales, al respecto señala dicha disposición legal que – *Las medidas cautelares podrán ser preventivas, consecutivas, anticipativas o de suspensión (...), entre las medidas a decretar se halla la de -2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual (...).* Tal introducción legal resulta de vital importancia al otorgar a los particulares un medio judicial eficaz para controvertir dichos actos y no acceder como mecanismo principal a la vía de tutela a no ser que se encuentre involucrado un derecho fundamental y se corrobore la posible ocurrencia de un

perjuicio irremediable que haga necesaria la intervención inmediata del juez de tutela con una decisión que ampare los derechos vulnerados o amenazados pero de manera transitoria.

Frente a lo dicho anteriormente, la Corte Constitucional (Sentencia de Unificación 713, 2006) señaló:

“La razón que fundamenta la procedencia de la suspensión provisional frente a los actos administrativos precontractuales se encuentra en que la propia Constitución en el artículo 238 Superior, le otorga un carácter general a dicha medida cautelar frente a toda clase de actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial, incluidos por supuesto aquellos proferidos en el procedimiento de formación de la voluntad contractual de la Administración, con sujeción exclusivamente a los motivos y requisitos que establezca el legislador. Por consiguiente, si mediante la suspensión provisional de los actos administrativos precontractuales, es posible impedir total o parcialmente la continuación del proceso licitatorio o la celebración del contrato estatal; no existe razón válida para entender que la acción de tutela se convierte en un mecanismo definitivo y prevalente de defensa judicial, pues ello implicaría subvertir la regla conforme a la cual la acción de amparo constitucional tan sólo procede de manera subsidiaria.”

El régimen jurídico que se ha descrito contiene características especiales

dadas las condiciones propias de un ordenamiento jurídico que merece un trato distinto -derecho administrativo-, permitiendo entonces la evolución de una institución que a pesar de sus tropiezos conduce a la administración pública a garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Conclusiones

Los actos separables del contrato son aquellos actos que se producen en la etapa previa del contrato -precontractual-, y que gozan de separabilidad en relación con el contrato, en razón a su autonomía e independiencia frente al contrato, o sea, en términos del derecho administrativo, el control de legalidad frente a esos actos se hace mediante acciones totalmente distintas a aquella acción que es natural del contrato.

Como actos separables pueden distinguirse expresamente cinco: **i)** el acto de apertura del proceso de selección, **ii)** el pliego de condiciones, **iii)** el acto de inscripción, calificación y clasificación en el registro único de proponentes, **iv)** el acto de adjudicación y **v)** el acto que declara desierto.

El tiempo para demandar los actos previos al contrato es de 4 meses sin que se haya celebrado el contrato, esto a través de los medios de control de nulidad o nulidad o restablecimiento del derecho, celebrado el contrato el control se hará a través de las controversias contractuales, medio de control típico de la contratación estatal.

El proceso de selección o el contrato pueden suspenderse cuando se demanden actos previos o separables, con la posibilidad que introdujo la Ley 1437 de 2011 frente a las medidas cautelares, entre ellas la posibilidad de que con la demanda se pretenda suspender un procedimiento o actuación administrativa, de carácter contractual inclusive.

Referencias

- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Martínez Cárdenas, E. E., & Ramírez Mora, J. M. (2006). La corrupción en la contratación estatal colombiana. Una aproximación desde el neoinstitucionalismo. *Revista reflexión política*, 8 (15), 148-162.
- Islas Colín, A. (2008). El servicio público en el derecho francés. *Instituto de investigaciones jurídicas UNAM*.
- Martínez-Abarca Ruíz-Funes, C. (4 de mayo de 1958). *La colaboración particular y la crisis de la noción clásica del servicio público*. Retrieved 2014 from <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/12200/1/La%20colaboracion%20particular%20y%20la%20crisis%20de%20la%20nacion%20clasica%20del%20servicio%20publico.pdf>.
- Matayana Camacho, E. (2013). *Manual de contratación de la administración pública* (Tercera ed.). Bogotá D.C.,

- Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Acción de simple nulidad, 73001-23-31-000-1997-04707-02(15188) (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera 26 de abril de 2006).
- Suárez, N. (2007). *La investigación documental paso a paso* (Tercera ed.). Mérida, Venezuela: Universidad de Los Andes.
- Balestrini Acuña, M. (2010). *Estudios documentales, teóricos, análisis de discurso y las historias de vida. Una propuesta metodológica para la elaboración de sus proyectos* (primera ed.). Caracas, Venezuela: BL Consultores Asociados.
- Expósito Vélez, J. C. (2011). El nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1.437 de 2.011) requiere de un análisis profundo, debido al nuevo alcance que trae a figuras tradicionales del derecho administrativo colombiano: la nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y las denominadas controversias contractuales. *Revista digital de derecho administrativo* (6), 25-45.
- Sentencia Simple Nulidad 15188. (26 de abril de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. M.P.: *María Elena Giraldo López* . Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia de Constitucionalidad 1048. (4 de octubre de 2001). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: *Marco Gerardo Monroy Cabra* . Bogotá D.C., Colombia.
- Páez, B. L. (2012). Teoría de los Móviles y Finalidades y su influencia en el Nuevo Código Contencioso. In *Instituciones del Derecho Administrativo en el Nuevo Código. Una mirada a la ley 1437 de 2011*.
- Ley 1437. (18 de enero de 2011). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 1150. (16 de julio de 2007). Congreso de la República. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Bogotá D.C., Colombia.
- Auto 30141. (2 de agosto de 2006). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera . M.P.: *Ramiro Saavedra Becerra* . Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 80. (28 de octubre de 1993). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* . Bogotá D.C., Colombia.

- (12 de marzo de 2013). From <http://www.mindomo.com/mindmap/etapas-de-la-contratacion-a81a774f9e-444dc590908e42342a4493>
- Santofimio Gambóia, J. O. (2010). *Contratación estatal. Legislación* (Tercera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Palacio Hincapié, J. Á. (2010). *La contratación de las entidades estatales* (Sexta ed.). Bogotá D.C., Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Casarini, L. *En torno a la impugnación judicial de los actos administrativos dictados en la etapa de ejecución de un acto administrativo*. http://www.gordillo.com/pdf_unamirada/09casarini.pdf.
- Decreto 01. (2 de enero de 1984). Presidencia de la República. *Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia de Unificación 713. (23 de agosto de 2006). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia.

Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción*

Analysis of monitoring the state contract: the role
of surveillance and anti-corruption mechanism

Recibido: 29 de enero del 2013 - Revisado: 10 de abril del 2013 - Aceptado: 15 de mayo del 2013

Gabriel Jaime Mármol**

Resumen

Aunque pareciera de menor importancia el tema de la supervisión de los contratos suscritos por las entidades estatales, no puede ser tratada como un tema netamente formal porque es a partir de ella que se activan las prerrogativas de poder asignadas a la autoridad en consideración a que dicha figura es el eslabón que la conecta con el contratista durante la ejecución contractual; se parte de la hipótesis en virtud de la cual deben adoptarse oportunas medidas administrativas de carácter preventivo, correctivo, sancionatorio, e inclusive que permitan el actuar de organismos de control ante la ocurrencia de eventuales hechos que infrinjan disposiciones de tipo penal, disciplinario o fiscal.

Es por ello que el sujeto designado para desarrollarla debe tener mínimas calidades en el conocimiento de la actividad contratada por llanas que resulten las obligaciones a cumplir, y más aún cuando concurren actividades de mayor complejidad y de aspectos variados, para lo cual se deberán conformar equipos plurales de supervisores, o de apoyo a la misma. Por ello la no designación del supervisor no es una omisión sin repercusiones, ya que dicho rol estará siempre asignado en quien representa legalmente a la entidad o a quien éste haya delegado la competencia contractual, sin que pueda alegarse como eximente de responsabilidad su falta de idoneidad frente al asunto funcional en el que se desarrolla el objeto contractual. A lo anterior debe considerarse el nuevo aditamento que a ella se le atribuye como mecanismo de lucha contra la corrupción, muy a pesar que no es en la etapa contractual donde se ciernen los mayores actos que la infectan de nocivas prácticas atentatorias de la moralidad administrativa; de ahí que

* Artículo inédito. Artículo de reflexión. El presente producto de investigación hace parte del proyecto "Las cláusulas excepcionales en el contrato estatal para el logro de los fines del Estado conforme al principio de legalidad y de juricidad", que se desarrolló en la Maestría en Derecho Administrativo (Investigación) en la Universidad Externado de Colombia, adscrita a la línea de investigación en "Contratación estatal" del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo.

** Abogado de la Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá D.C. Especialista en Derecho Contractual y Relaciones Jurídico Negociales de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial y De Los Negocios de la Universidad Santo Tomás de Aquino. Magister (C) en Derecho Administrativo, modalidad investigación, de la Universidad Externado de Colombia (2011-2012).

Correo electrónico:
derroka@gmail.com

toman relevancia los diferentes aspectos que la componen, esto es, características que la identifican y que la diferencian de la interventoría, mas allá de su denominación; las funciones legales a cumplir, el sujeto designado y su idoneidad, etc.

Palabras clave

Contrato Estatal, ejecución contractual, fines del Estado, interventoría, supervisión, entidad contratante, prerrogativas públicas; dirección, control y vigilancia, moralidad administrativa, corrupción.

Abstract

Although it seems minor theme supervision of contracts by state agencies, can not be treated as a purely formally issue because it is from it that the prerogatives of power assigned to the authority consider are activated such figure is the link that connects it to the contractor during contract execution; is part of the hypothesis under which appropriate administrative measures preventive, corrective, punitive, character should be adopted and even allowing the act watchdogs upon the occurrence of any events that violate provisions of criminal, disciplinary or tax.

That is why the subject should be appointed to develop minimum quality in the knowledge of the activity resulting flat contracted obligations to meet , and even more when you attend activities more complex and varied aspects, for which teams should be formed plural of supervisors, or support for it. Therefore, the non-appointment of the supervisor is not an omission without repercussions, since this role will always be assigned who legally represents the entity or his or her delegate contractual competition, but may be invoked as a defense to liability not competent against the practical case in which the contractual object is developed. To this should be considered the new addition that she is credited as a mechanism to combat corruption , in spite that it is not in the contractual stage where the greatest acts that infect harmful practices that attempt hover administrative morality; become relevant hence the different aspects of it , that is, identifying characteristics which distinguish the auditing , beyond his name; meet legal duties, the designated subject and suitability, etc.

Key words

State contract, contract execution, end state, supervision, monitoring, contracting entity, public prerogatives; management, control and monitoring, administrative morality, corruption.

Introducción

La razón que justifica una permanente atención en el desenvolvimiento de las estipulaciones acordadas en los contratos suscritos por cualquier entidad u organismo de naturaleza pública en la ejecución de recursos públicos, es la exigencia milimétrica en el cumplimiento de las condiciones de tiempo, modo y lugar que se hayan establecido para el logro de los fines del Estado; esto por encontrarse inmerso en ellos-todos el interés general. De manera que cualquier bien, servicio u obra deberá ser

adquirido dentro de los parámetros de oportunidad y calidad planeados para solventar una necesidad específica en atención al bien común.

Es por ello que la facultad de dirección, vigilancia y control sobre los negocios jurídicos asumidos por las entidades públicas de cualquier orden, sector y nivel, se consignaban siempre en la norma de contratación estatal; así es como en el pasado con las disposiciones (Decreto 150, 1976) y (Decreto 222, 1983), se implementó que el medio operativo para esta vital función en la gestión pública

era la interventoría; que en otrora contenía también la funcionalidad diferencial que en la actualidad se le atribuye a la supervisión; pero no se erigía como un mecanismo ritualizado que derivaba en sometimientos y juicios respecto de la conducta del ejecutor, por más incidencia que tuviera en las prestaciones contratadas, ya que el interés no se focalizaba en esa problemática que para entonces aún no parecía evidenciarse. Por el contrario, en el presente, y respecto a la figura de la supervisión objeto de este artículo; es “creada” por la norma que instrumentaliza elementos jurídicos que pretenden combatir la corrupción que galopa al veloz compas de la ejecución anual del presupuesto de la Nación.

Sin embargo, no pareciera existir norma jurídica alguna que pudiera disuadir la mas vulgar y descarada intención de esquilmar el erario publico comprometido en los contratos que suscribe la autoridad estatal; aún cuando los recursos tengan como cause loable el abastecimiento de alimentos y medicinas a cualquier grupo de damnificados como consecuencia de despiadadas catástrofes naturales; o, aún cuando se pretenda la protección y el socorro de una población arrasada por tan cruento conflicto interno que vive nuestro País. Fines superiores como el de solidaridad (Hofmann, 2002)¹, el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, por más altruistas que sean, no

logran cohesionarnos y no son la imprevista que identifican los resultados de nuestra contratación dentro del caudal de una gestión pública que debe estar “orienta[da] hacia la construcción de una cultura de la legalidad y del cuidado de los bienes comunes”, como lo indica el artículo 79 (Ley 1474, 2011).

Fue dentro de ese marco esperanzador como en su momento se ostentó el innovador marco jurídico contenido en la Ley por medio de la cual se expedía el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80, 1993) (en adelante ECE), cuya presentación fue realizada por el Presidente de la República Cesar Gaviria Trujillo en el acto de sanción de la misma al siguiente tenor:

“Le entregamos hoy al país un nuevo estatuto de contratación que pone el acento en los principios de una administración pública eficiente, responsable, justa y transparente. (...) Un estatuto que abrirá la puerta a una nueva generación de gerentes públicos que deben obrar en niveles cada vez mayores de compromiso y eficacia en el cumplimiento de objetivos de interés general. Un estatuto, en fin, que nos permitirá dar un renovado impulso al propósito de consolidar el inaplazable proceso de modernización y moralización de nuestras instituciones.” (Betancur Cuartas, 1996).

¹ El concepto de solidaridad describe, de una parte, la igualdad de ciertos intereses y la recíproca dependencia en su satisfacción, mientras de otra parte exige la acción normativa común en la superación del déficit producido por el aislamiento y las desigualdades sociales y reclama para esto disciplina.

Es así como tan laudables fines consagrados desde nuestra norma suprema en su artículo 2º (Gómez Sierra, 2006) e instrumentalizados por la Ley, son avasallados por la satisfacción de mezquinos intereses de un pequeño grupo de inescrupulosos funcionarios y contratistas², por considerar que su cuarto de hora para triunfar ha llegado con la elección del burgomaestre de turno. Inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses, sanciones disciplinarias, condenas penales, juicios de responsabilidad fiscal y el sojuzgamiento al que se exponen en los medios de comunicación, quedan todas risibles en sus cometidos de exhibir tan reprobables conductas con el fin de moralizar y expiar el ejercicio de la función pública que se debe en su razón, condición y finalización a la defensa del interés público y del beneficio general.

De sumo cuestionable que esta minoría que nunca ha tenido distingo en su la-

teralidad ideológica, partido político, condición social o nivel económico³; considere que su mayor contribución a la sociedad es la red de favores que piensan multiplicadores en beneficio de todos... de quienes con calculados esfuerzos hilvanan el triunfo del pregonero y adalid de un supuesto futuro promisorio para el municipio, departamento o Nación; y quien de antemano ha comprometido e hipotecado el patrimonio público en parcelados peculios. Este reprochable proceder no logra espantarse ni aunque los diferentes sistemas normativos asuman los más tenebrosos rótulos en sus frontispicios, tales como, "Estatuto anticorrupción"⁴ o "Código Disciplinario Único", que dibujan en el imaginario colectivo las tenebrosas fauces... pero de una inofensiva autoridad que a pesar de emprender campañas⁵, juicios disciplinarios, fiscales, penales, entre otras medidas, no producen mayores efectos disuasorios⁶.

² La corrupción se presenta porque existe un mercado en el que se puede desarrollar. Existen agentes demandantes y oferentes de corrupción que obtienen ganancias por las transacciones de las que participan. Las políticas anticorrupción deben incorporar medidas orientadas a eliminar la oferta de corrupción por parte de los agentes públicos y la demanda privada. Presentación del Estatuto Anticorrupción - Ley 1474 de 2011, por parte del Ministro de Interior.

³ La Segunda encuesta sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas 2010, realizada por transparencia por Colombia y la Universidad Externado de Colombia, arroja que el 93% de los empresarios considera que hay empresarios que ofrecen sobornos en sus negocios, mientras que el 26% de ellos afirma tener programas e inversiones contra el soborno. Tomado de: http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=107&Itemid=536.

⁴ El Estatuto Anticorrupción contenido en la ley 1474 de 2011 incorporó una serie de regulaciones en otros sistemas normativos que inciden en las áreas más determinantes de la conducta que se quiere atacar, tales como: Estatuto General de Contratación Pública y su norma modificatoria -L. 80/93, L. 1150/07; Código Único Disciplinario -L. 734/02; Código Penal -L. 599/00; Código de Procedimiento Penal -L. 906/04; Estatuto de Control Interno de las Entidades Públicas -L. 87/93; Ley de Acción de Repetición -L. 678/01; el Régimen de la Administración Pública -L. 489/98; entre otras normas de rango legal.

⁵ Ley 1474/11. Estatuto anticorrupción. Artículo 80. Divulgación de campañas institucionales de prevención de la corrupción. Los proveedores de los Servicios de Radiodifusión Sonora de carácter público o comunitario deberán prestar apoyo gratuito (...) a la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República,

Lo anterior permite reconocer el esfuerzo que las autoridades emprenden mediante la adopción de medidas que desde la lectura del texto jurídico parecen contundentes, pero que en muchos casos sólo enriquecerán los análisis y diagnósticos que en el futuro se hagan para sustentar la expedición de originales medidas de prevención y castigo que no lograrán el mínimo nivel disuasorio⁷, pero sí el máximo nivel de frustración que nuevamente se gravarán en los pergaminos de nuestra rica biblioteca jurídica mientras se desvanecen los escasos recursos dirigidos a la solvencia de imperecederas necesidades.

En gran medida a ello se debe que to-

das estas micro empresas mercantiles de los recursos públicos no se vean afectadas por rigurosas y drásticas que sean las normas reglamentarias o sancionatorias, ya que con su inquietante dinámica logran permeare los esquemas de responsabilidad, vigilancia y control que se precisan para blindar los procesos de selección adelantados por los servidores públicos, que en su deber competencial despliegan la búsqueda de quienes se predicen sus colaboradores naturales⁸ y el complemento en tan suprema responsabilidad por el directo impacto social y económico que generan⁹. Personas estas, huelga decir, se les reconoce como los encargados de *"busca[r] el cumplimiento de los fines esta-*

la Fiscalía General de la Nación, el Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción y otras entidades de la Rama Ejecutiva con un mínimo de 15 minutos diarios de emisión a cada entidad, para divulgar estrategias de lucha contra la corrupción y proteger y promover los derechos fundamentales de los Colombianos.

⁶ Gaceta del Congreso 291 de 2000, Exposición de motivos Ley 734 de 2002 Código disciplinario único, "Tal vez unas de las mayores deficiencias, y la que más críticas ha generado por sus graves consecuencias, está en el régimen de sanciones. El sistema vigente impide imponer sanciones acordes con la gravedad de las conductas debido a la enumeración escasa y taxativa de las faltas gravísimas, que son las únicas que dan lugar a destitución. De esta forma, conductas que afectan de manera verdaderamente grave el correcto funcionamiento de la administración pública no son castigadas o sólo pueden serlo de modo irrisorio, con sanciones que no corresponden a la gravedad de los hechos, como la represión para un homicidio o la multa en casos de existencia de intereses personales en la celebración de contratos estatales. Así, a más de generar impunidad, la gestión disciplinaria pierde eficacia y poder de disuasión para evitar la comisión de faltas.

⁷ En síntesis, el Estatuto Anticorrupción es una normativa integral. Incluye medidas novedosas producto del conocimiento sobre el fenómeno de la corrupción en Colombia, que sigue recomendaciones internacionales y que debe generar un nuevo clima para los negocios entre los particulares y la gestión pública.

Las herramientas jurídicas que se entregan a los órganos de control del Estado son disuasorias, dada su capacidad de impacto frente a los corruptos. Eliminar la corrupción, que es el propósito final de esta Ley, significa mayores recursos para atender las necesidades de los colombianos y tener una sociedad más próspera, pues se emplean de manera eficiente, se aumenta la cobertura y democratiza el acceso a los servicios del Estado.

⁸ Exposición de motivos (Ley 80, 1993), Gaceta del congreso 75 del 23 de septiembre de 1992. A nadie escapa que la acertada escogencia del particular que colaborará en el logro de los cometidos estatales vinculados a una determinada actividad de la administración, constituye un factor primordial cuya inobservancia puede comprometer virtualmente la eficaz ejecución del contrato y, por consiguiente, la satisfacción misma del interés público que ha debido tenerse presente al tiempo de su celebración.

⁹ (Ley 80, 1993) art. 3. (...) Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

tales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados"¹⁰ mediante la celebración y ejecución de los contratos.

De forma que mientras la conducta humana logra ceñirse a los parámetros morales y éticos que demanda una sociedad evolucionada, esto es, movida por la íntima convicción y el deber social de retribuir como individuo parte de sus beneficios al colectivo de quien los ha recibido, siempre será necesario un modelo de gestión contractual basado en el concepto panóptico-policivo que disuada a cada individuo a proceder enmarcado en los cánones mencionados. De manera que por exigentes que resulten los requisitos para participar en los procesos de selección y severas las medidas sancionatorias de conductas en las que incurran los contratistas, se requerirá cada vez con mayor poder el rol de vigilante; pero de él debe resaltarse la única verdadera virtud que lo hará admirable, su implacable autoridad e inquebrantable honestidad.

La función que antes se encontraba vinculada a una figura diferente, es ahora cumplida mediante una estampa legal con identidad propia, por lo menos así se recibió, aunque no sea del todo cierto por estar de antes nominada desde la norma del año 1993; eso sí, con total indefinición y sin propósito claro en la medida que no aparece ligada con alguna singularidad ajena a la de la inter-

ventoría, también contenida en la misma tipología. Es por ello que al interior de las entidades y organismos públicos se presentaban ciertos escollos al momento de decidir quienes podían ser designados, la formalidad para hacerlo, para que tipos de contratos, el límite de sus competencias y la forma de ejercerlas; para lo cual vale la pena entender su génesis, naturaleza jurídica y su desarrollo normativo.

Problema de investigación

De lo anterior se generan interrogantes que a lo largo del artículo serán contemplados, en consideración al hecho que solo hasta la expedición del estatuto anticorrupción se llenó de contenido las figuras de la Interventoría y la supervisión, y por ello surgen algunos interrogantes que en el pasado generaron imprecisiones en el ejercicio de estas figuras, y aun hoy algunos de ellos siguen surtiendo el mismo efecto, tales como, ¿podían los contratos suscritos por la administración prescindir de vigilancia, dirección y control en la medida que no aparecía determinada en la norma contractual del 93 una figura diferente a la interventoría que parecía solo concebida para los contratos de obra producto de licitación? Dado por cierto este planteamiento, ¿Era viable hacer uso de la interventoría bajo cualquier otra denominación para el seguimiento de la ejecución de cualquier otra tipología contractual? ¿Como en la norma del 93 no se detallan funciones, al-

¹⁰ *Ibidem.*

cance y contenido para el seguimiento de la ejecución contractual, de donde se podía entender su fundamento jurídico y sus límites? ¿En realidad la figura de la supervisión solo es creada por la norma anticorrupción?

Metodología

La presente investigación se desarrollo con fundamento en un diseño de investigación cualitativo, propio de un tipo descriptivo, explicativo y correlacional, realizado a través del método lógico inductivo (Clavijo Cáceres, 2013) que emplea como instrumento de investigación la ficha de análisis documental y jurisprudencial y como técnica el análisis de contenidos.

1. La necesidad y la obligación de vigilar la ejecución contractual - derecho y deber

Si no perdemos de vista que muy a diferencia de lo que ocurre con las compras realizadas por los particulares, así sean en cualquiera de sus variadas y naturales congregaciones privadas como ser humano social que es (familiares, empresariales, religiosas, culturales, políticas, etc.) entendemos que su actuar primario parte de su naturaleza individual, de manera que sus impulsos no propiamente van movidos por una necesidad colectiva, sino que en mayor o menor grado son los deseos caprichosos, vanidosos y suntuosos que cada individuo según su estilo e ingresos de vida tenga los que le ciñen su actuar; siendo así se ubica en el extremo opuesto de las mo-

tivaciones que justifican la adquisición de una obra, bien o servicio en cabeza de cualquier entidad u organismo de carácter público, toda vez que para ésta deberá siempre estar encuadrada por los mandatos constitucionales y legales concebidos como de interés público o beneficio general. En este sentido ha sido reiterada la posición adoptada por la Corte Constitucional cuando ha señalado que:

“12. La simple descripción, entonces, de la contratación pública muestra que está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares. Así, la construcción de la teoría jurídica ius publicista para el contrato suscrito por el Estado y su necesaria autonomía respecto del acuerdo celebrado entre particulares, parte de la diferencia entre los objetivos propios de los contratos público y privado. Mientras en el contrato público el fin principal y primordial es la defensa del interés general, en el segundo, cuya relevancia es individual, los fines son esencialmente lucrativos y la concreción de los intereses particulares de los contratantes.” (Sentencia de Constitucionalidad 932, 2007).

La contratación estatal puede ser asimilada a un circuito retroalimentador que emite una señal de entrada que estimula

al destinatario con la inyección de atractivas porciones de recursos públicos, y una señal de salida que responde al estímulo, generando una actividad favorable y recíproca que podemos relacionar con adquisiciones para sus propósitos. Es de resaltar que las adquisiciones que se realizan con los recursos públicos no se requieren per se; los libros, computadores, medicamentos, armas, etc., no son necesarios por lo que cada uno de esos elementos significan en una sociedad por la simple utilidad que prestan, sino además por el beneficio que en determinado momento significan para un grupo de asociados y porque dichos acervos se vinculen con una función legal encomendada a la administración. Como ilustración se exponen cuestionamientos que evidencian lo dicho, ¿cuál es la utilidad para el ejército que sus municiones lleguen posterior al ataque guerrillero?, en esa misma cadena de acontecimientos, ¿cuál sería la utilidad para un médico que atiende a un militar herido en combate si no tiene disponible vendaje, antibiótico, instrumentos quirúrgicos, porque el proveedor no los entregó a pesar del requerimiento hecho con antelación?, ¿cuál es la utilidad de una flamante vajilla para una entidad pública?¹¹.

Indefectiblemente cualquier obtención material o inmaterial que se sufrague

con recursos públicos debe tener sustento en la insuficiencia o carencia de unos haberes necesarios para satisfacer, aunque no necesariamente de forma absoluta, a una comunidad o grupo en su convivencia y supervivencia. Debe mencionarse que incluso este parámetro también corresponde a las adquisiciones que por vía de donativos se reciban de otros Estados, organismos multilaterales, o personas particulares, ya que la justificación de todo gasto indirecto que de estos activos se derive, tales como, legalizaciones, mantenimientos, bodegajes, transportes, deben encuadrarse en los mismo criterios que justifican su adquisición directa. Con lo anterior, se quiere poner de relieve la trascendental importancia que tiene la contratación que realiza la autoridad pública cuando se evidencia de su calidad y oportunidad la estrecha relación con la necesidad a cubrir; en ello se debe centrar la atención de quien hace seguimiento de la ejecución contractual, ya que cualquier beneficio perseguido con la inversión realizada se malogra si la entrega por parte del contratista no es oportuna y con las calidades exigidas; esto a propósito de las prácticas recurrentes en las entidades públicas de conceder prórrogas que superan hasta tres y mas veces el plazo inicialmente pactado; que si bien no hay limitante legal que así lo impida, se debe entender que el plazo

¹¹ Dentro de los muchos casos en donde se ha cuestionado la compra de bienes y servicios adquiridos por funcionarios públicos cuyo valor no encuentra relación con la necesidad a cubrir, puede ponerse de presente el ocurrido en el 2003 en la EPM: Periódico El Colombiano, Medellín, Julio de 2004. "El problema comenzó a finales de 2003, cuando el senador antioqueño Bernardo Alejandro Guerra Hoyos denunció en los medios de comunicación que por orden de la gerente general se compró el 16 de julio de 2003 una vajilla de 100 millones de pesos." En este caso fue absuelta la Gerente de las Empresas Públicas de Medellín por considerar la Fiscalía que dicha compra se realizó conforme lo determinado en la ley.

sólo obedece a las circunstancias que configuran la necesidad.

Si bien el plazo no parece determinado en el texto legal como elemento de la esencia del contrato estatal (Sentencia Nulidad Electoral, 2005)¹², es claro que por las repercusiones que produce en tanto las motivaciones que lo justifican, será de cardinal vigilancia y exigencia la entrega de lo contratado oportunamente, no por menos se contempla como un derecho y deber de la entidad conforme al artículo 4º, numeral 1 (Ley 80, 1993). Y es precisamente de ese catálogo de acciones para el cumplimiento de los fines de la contratación en la norma consignados de donde se deriva la imprescindible labor del supervisor, que en principio recae de forma genérica en cabeza de la persona jurídica que celebra el negocio por medio de su representante legal, éste en virtud de su competencia, no obstante, su sola competencia no es suficiente para desempeñar la labor de vigilancia del contrato por ser necesario que en el sujeto que realiza dicha acción concorra la cualidad de idóneo, esto es, que tenga el conocimiento y la experiencia, lo cual permite entender que es de las pocas funciones asignadas a un determinado servidor público diseñada

para ser cumplida por intermedio de otro, en consideración a su idoneidad y transitoria ejecutoria.

Independiente de la denominación que se de a la figura o el vínculo que con la entidad tenga a quien se designe para que haga seguimiento a los contratos celebrados (interventoría o supervisión; funcionario público o contratista), todas las tareas a ella encomendadas deben ser ensambladas desde la estructura base contenida en el artículo 4º de la Ley 80 de 1993, ya que a partir de estas se deberán detallar cada una en concordancia con la técnica contenida para cada negocio contractual objeto de atención, mediante el manual de contratación y acabadas en el contrato suscrito para el efecto del apoyo a la supervisión, si es del caso.

Las actividades asignadas al supervisor en el manual o en el eventual contrato suscrito se derivan de las potestades propias de las entidades que son entregadas por el legislador para ser accionadas por quienes dentro de la entidad tengan calidades cognitivas relacionadas con el singular tema que se involucra en el contrato, esto sin descuidar la solvencia moral que debe predicarse de

¹² Señala el Consejo de Estado: "Por otra parte, la prórroga del plazo de los contratos tiene el sustento jurídico de que el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues no es una de '... aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente'. Tampoco es un elemento de la naturaleza del contrato, esto es el que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin la necesidad de una cláusula especial, dado que si no se pacta, no existe norma legal que lo establezca. El plazo es, por tanto, un elemento accidental del contrato en razón a que, en los términos del mismo artículo, ni esencial ni naturalmente le pertenece a éste, y se le agrega por medio de cláusulas especiales, es decir que no es necesario para la formación del acto ni se sobreentiende como integrante de él. De consiguiente, no siendo el plazo un elemento de la esencia del contrato sino meramente accidental, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues éstas lo establecen en el respectivo contrato."

quien será el depositario de la moralidad administrativa, según BENDECK OLIVELLA, Jorge, citado por (Betancur Cuartas, 1996) "habida cuenta que en las actuaciones contractuales en las que intervienen consultores, interventores o asesores externos, el cabal cumplimiento de la finalidad y de los objetivos perseguidos, dependen en buena medida de la recta y diligente conducta de dichas personas," y de los cuales se debe su designación a características no dadas por el vínculo laboral, ni por el nivel jerárquico que dentro de la institución ocupan; son el eslabón que une la cadena de control entre la entidad y el particular ejecutor; una instancia que busca contrarrestar las nocivas decisiones del contratista, aportando su experiencia y conocimiento a la orientación de la ejecución contractual cuando advierta una desviación de la senda por la que debe discurrir. Por ello sus funciones, responsabilidades y calidades, son vitales para blindar el éxito del contrato.

Desde la entrada en vigor del Estatuto de la contratación pública era evidente la importancia de otorgar a las entidades contratantes medios de acción que le permitieran vigilar, controlar y dirigir la ejecución del objeto contractual (Marienhoff), lo que en ideas de Marienhoff se expone en el sentido que "[e]n toda esta categoría de contratos, las cláusulas exorbitantes virtuales constituyen expresiones de potestades o prerrogativas que le corresponde a la administración pública en su carácter de órgano esencial del Estado, en cuanto ella ejercita su capacidad para actuar en el

campo del derecho público. Entre tales cláusulas implícitas o virtuales corresponde mencionar las siguientes: (...) e) la que faculta a la Administración pública a dirigir y controlar, en forma constante o acentuada, el cumplimiento o ejecución del contrato." Encuentra esta visión doctrinaria clara concreción en nuestra legislación, toda vez que las disposiciones de control sobre el contrato estatal se incorporan a él sin que las partes puedan interferir con su voluntad a fin de limitarlas, condicionarlas o restringirlas por escapar del diámetro de disposición legal a ellas concedido, y sustentarse en normas de derecho público que hacen de estas un acatamiento imperioso e innegociables.

Se observa así una estrategia legislativa ya que estas aparecen marcadamente relacionadas como deberes ineludibles que a su vez se condensan en derechos de su titular, habida cuenta de la trascendencia de sus logros en pro de máximas que la vinculan, lo que debe entenderse que para cada negocio jurídico celebrado no solo corresponden un seguimiento de su ejecución, sino que esta función deberá tener correspondencia con la especialidad y/o particularidad técnica estructurada en cada uno, llevando al contratante a contar con el personal idóneo necesario para realizar el seguimiento a cada una de las labores contratadas.

Esta disponibilidad del personal a la que se alude, se debe entender y extender desde antes de la suscripción del contrato, no en su calidad de supervi-

sor y mucho menos de interventor, sino en la de estructurador de las condiciones técnicas, financieras y legales que conforman las columnas del andamiaje de cada negocio; debiendo aparecer el agente público en todas las instancias o etapas, sea en la de selección, ejecución o liquidación; en particular para el tema de análisis y dado que la función de vigilar la ejecución del contrato en nada se debe ver influenciada por el rótulo que se le asigne al sujeto que la ejecute; ésta se debe cumplir para los propósitos superiores que la soportan sin rangos de salvedades derivados de la denominación que se les de en una figura o del vínculo que las une.

2. De la interventoría a la supervisión - desarrollo y evolución

“La primacía del interés general afirmada en la Constitución desde el preámbulo y el artículo 1 superior se constituye en el eje de toda actuación estatal (...), [e]n materia contractual dicho interés determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas” (Sentencia de Constitucionalidad 128, 2003), no por menos el legislador otorga a la autoridad puntuales facultades

de acción y coacción unilaterales que la ubican en una cota diferenciada en su relación comercial con el privado. Esta relación simbiótica entre el sector privado y el público no deja de ser en cierto modo difusa, porque si bien desde la norma se diseña un vínculo de cooperación que en cuya movilidad fluyen derechos y deberes recíprocos y se predica equilibrio e igualdad en las cargas dentro del armonioso cauce de colaboración; también se crean esquemas de sometimientos, controles, y sanciones unilaterales (contratos de adhesión, supervisión o interventoría, cláusulas excepcionales, multas, cláusulas penales¹³, etc). (Concepto 1748, 2006).

Para evitar el desvío hacia intenciones cicateras que mengüen el propósito superior, hay que mencionar que uno de los más recientes y encomiosos esfuerzos del legislador por crear métodos eficaces que contrarresten las sofisticadas estrategias de defraudación¹⁴ de la “esperanza en la institucionalidad” que le asiste a todo individuo por ver realizado ideales a cargo del Estado mediante acertadas ejecuciones contractuales, es la tipificación de la vigilancia directa de los contratos por parte de las entidades públicas en la figura de la supervisión,

¹³ Señala el Consejo de Estado: “La validez de éstas estipulaciones se fundamenta en los principios de la autonomía de la voluntad y de la buena fe contractual, pues si bien los contratos estatales son por lo general de adhesión, los contratistas tienen la posibilidad de discutir su clausulado durante la etapa precontractual, solicitando las modificaciones al mismo en las oportunidades previstas al efecto, de manera que no pueden luego alegar la nulidad o la ineficacia de las estipulaciones penales para eludir el pago de las sanciones que voluntariamente convinieron.

¹⁴ La corrupción se presenta porque existe un mercado en el que se puede desarrollar. Existen agentes demandantes y oferentes de corrupción que obtienen ganancias por las transacciones de las que participan. Las políticas anticorrupción deben incorporar medidas orientadas a eliminar la oferta de corrupción por parte de los agentes públicos y la demanda privada. Exposición de motivos (Ley 1474, 2011).

marcando diferencias con el negocio jurídico contenido en el artículo 32 numeral 2º - y 3º de la Ley 80/93, que determina la interventoría, en otra usada indistintamente por los contratantes con sus propios funcionarios o personas externas -jurídicas o naturales- para la vigilancia que debía ejercer respecto de sus contratos. Esto dicho desde la visión más detallada y especificada en el estatuto anticorrupción que entra a delimitar la supervisión y la interventoría de los contratos, lo que no era evidente en el ECE.

En los antecedentes normativos recientes encontramos que la denominación inicial dada a la manera como la entidad contratante realizaba seguimiento a sus contratos era la interventoría, así fue como desde el (Decreto 150, 1976)¹⁵ se concebía, eso sí, de forma más restrictiva, ya que era considerada una especie del contrato de obra, la norma la describía así:

"ARTICULO 68. DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS DE

OBRA. Según su objeto, los contratos de obras públicas pueden clasificarse en tres grupos:

1o.) Para ejecución de estudios, planos, anteproyectos, proyectos, localización de obras, asesoría, coordinación o dirección técnica y programación;

2o.) Para construcción, montaje e instalación, mejoras, adiciones, conservación y restauración;

3o.) Para el ejercicio de la interventoría." (subraya fuera de texto).

La figura era coherente desde la dinámica de la economía de entonces, en el entendido que era el contrato de obra una actividad de inversión social con considerables inyecciones presupuestales, según BENDECK OLIVELLA, Jorge, citado por (Betancur Cuartas, 1996) "[n]o cabe duda, de que un alto porcentaje del gasto público de inversión se efectúa mediante el instrumento de la contratación, tal como se infiere claramente del análisis efectuado por la Contraloría

¹⁵ Es certero considerar que estos medios de vigilancia y control de los contratos se justifican desde la importancia que representan para el logro de los fines del estado contenidos en cada uno de ellos, lo que en la norma actual se evidencia y concuerda con la carta fundamental vigente. Pero siendo esta inicial norma referida (D. 150 del 76) preconstitucional, no aparecen tan evidentes estos vínculos, sin embargo, la filosofía de nuestro Estado ha sido fundamentada en el interés general y toda su operación se dirige a su consolidación. Incluso apartes de la Constitución pasada así lo develan, entre otras, tenemos: Art. 16. Las autoridades de la República están instituidas para (...) asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Art 17. El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado. Art. 30. (...)La propiedad es una función social que implica obligaciones. Art. 32. Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular.

General de la República sobre el valor total de la contratación de obra pública a marzo de 1989, factor éste significativo en ese sentido si se tiene en cuenta que dicha modalidad de contratación representa un elevado porcentaje de la contratación total del Estado, a pesar de que el aludido estudio se circunscribe a la administración central." Y debido a eso adquiriría mayor preponderancia la interventoría a los mismos, por eso era que sobre él gravitaban las mayores regulaciones al punto de llegar la norma a extremos de disciplinar aspectos como las formas de pago, responsabilidades, la escogencia de los trabajadores, su remuneración, etc.

Debe recordarse que para entonces el objetivo nuclear solo era la observancia del cabal desempeño de las obligaciones contractuales en una sola figura vigilante. Aquel precepto contractual imponían; (I) realizarla sólo en los contratos de obra, (II) cumplirla con funcionarios-artículo 96 (Decreto 150, 1976)- o personas particulares - naturales o jurídicas, (II-a) estas personas debían ser especializadas con experiencia, (II-b) registradas, calificadas y clasificadas como interventores; y, (III) fijar para cada supervisión funciones acorde al contrato a vigilar. Esta última característica es una facultad de confección de las funciones concedida al operador administrativo, en reconocimiento del disímil contenido técnico, financiero y legal sobre el cual pueden estructurarse los diversos actos jurídicos asumidos por la entidad. Y la única prohibición contemplada fue evitar contratar como interventor a

quien era el autor del proyecto o diseño de la obra. El modelo de selección a seguirse era el concurso de méritos, y si la cuantía era inferior a \$500.000.00, o el Consejo de Ministro lo consideraba conveniente, podía contratarse directamente.

Más adelante y en la búsqueda de una regulación eficiente "se pasa al Decreto 222 de 1983, que trata de ser un estatuto moderno de contratación, con importantes innovaciones normativas, pero que desde su expedición fue duramente cuestionado" (Palacio Hincapié, 2003), debido a "que como es sabido se caracterizaba por su desconfianza hacia los sujetos involucrados en la actividad contractual y por el excesivo formalismo con el que se pretendió superar esta situación" (Mutis Vanegas & Quintero Munera, 2000); y aparece allí la primera variación respecto a su esencia, cuando se considera en el inciso 2º del artículo 115 que "son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría ..." (Decreto 222, 1983). Lo anterior indica que la interventoría siempre ha estado subsumida dentro de una tipología contractual genérica, antes aparecía como obra, y desde la norma inmediatamente anterior a la actualmente vigente, se encuentra dentro de la consultoría.

La única razón que puede analizarse para entender dicho tratamiento frente a esta tipología, dijérase un poco indiferente, es que su resultado no se concreta como un activo durable y permanente en el tiempo a favor de la entidad para

uso directo de ésta, por lo inasible que resulta luego de finalizada la obra que sí se evidencia materialmente por su uso, utilidad y beneficio.

Bajo ésta normativa (Decreto 222, 1983) no sufrió mayores cambios de fondo la figura -interventoría- excepto la ya mencionada; con esto se dejó un vacío que tal vez en su momento no significó mayores traumatismos pero que en la actualidad, y a medida que las condiciones de mercado, económicas y las mismas necesidades sociales fueron evolucionando se comenzó a evidenciar, ya que se incrementaba la demanda de bienes y servicios de conformación compleja, y su seguimiento era ineludible. Por eso una elemental compraventa de máquinas de escribir para la realización de los formales trámites administrativos, judiciales o legislativos que se agotaba con la simple entrega del bien y pago por un valor equivalente, mutaron a la adquisición de equipos de cómputo cuyas obligaciones implicaba describir servicios (de instalación y configuración), garantías (técnicas y legales), licenciamiento (software), transporte (equipos), mantenimiento (preventivos y correctivos), suministro (repuestos); y aún así no deja de ser una compraventa, ya no tan elemental y básica, lo que hacía imperioso y necesario una vigilancia constante durante toda su ejecución e incluso más allá de ésta. Esta misma complejidad se reflejó en todos los demás contratos, fueran de tracto sucesivo o de ejecución instantánea y la misma prerrogativa había que ejercer frente a todos.

Con el ECE (Ley 80, 1993), se percibió que no se colmó el espacio que para entonces sí requería especial trato dado el contexto social, económico y político que envolvía una realidad con marcados visos de liberación de mercados e interdependencia de economías; lo que con el transcurso del tiempo se fue acentuando por la voracidad del mercado y lo apremiante de las necesidades en un mundo globalizado en donde la producción y prestación de los bienes y servicios son ofertados tanto en mercados formalizados como informales.

Por ello la interventoría se consolidó y se conservó como venía concebida en el anterior cuerpo normativo, esto es, dentro de la tipología contractual de consultoría; pero se entendió que solo era obligatoria para los contratos de obra pública. En estricto sentido lo descrito en la norma no fija una restricción que impidiera usar la figura en otros contratos, ya que la condición allí sobresaltada que dirigía a cumplir la función con persona independiente de la entidad cuando el contrato fuera producto de una licitación pública solo respondía a una situación de especial regulación, mas no de limitada aplicación en atención a la categoría de prerrogativa de poder que por medio de ella se debe ejercer sobre todos los negocios públicos. Esto se desprende de entender que la mencionada figura procede también para todos los demás contratos, incluso para los contratos de obra que fueran producto de otros modelos de selección, porque sobre la forma debía imponerse el fondo, bajo el entendido, se insiste, que res-

ponde al cumplimiento de los derechos y deberes asignados por el legislador, sin margen alguno de discrecionalidad.

Esto último se extrae de detalladas obligaciones asignadas como derechos y deberes a las entidades estatales para la consecución de sus fines supremos, y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos; ya que sin categorizar tipologías, modalidades, procesos, cuantías o algún otro elemento de forma, el legislador atribuyó a las contratantes “[a]delantar[án] revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad”, conforme al numeral 4º del artículo 4 (Ley 80, 1993); de lo que debe entenderse con claridad que es a todas las condiciones comerciales, técnicas, económicas y legales contenidas en todo negocio jurídico que recae la permanente atención del vigilante, porque deben “[e]xigir[án] que la calidad de los bienes y servicios adquiridos (...) se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas, numeral 5º (Ley 80, 1993), sin que haya margen de exclusión u omisión sobre algún negocio en particular.

Por otro lado, y para quienes con certe-

za entendían que las obligaciones contenidas en el artículo 4º del ECE les eran aplicadas a todo contrato pero que de la norma no se desvelaba con claridad la figura a usarse, esto es, la interventoría o la supervisión; y esta última además por no aparecer tan expuesta dentro del contenido normativo; se tenía que la polémica podía ser resuelta ágilmente mediante una interpretación sistemática de la norma, que permite extraer elementos suficientes para concatenarse unos con otros y propiciar una respuesta sustentada y contundente.

Lo primero es que dentro del tipo contractual de consultoría del ECE aparecen contenidas tanto la supervisión cuando se lee que “*Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a (...) las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión*”¹⁶, como la interventoría cuando a renglón seguido se señaló que “*Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, (...)*”, artículo 32, numeral 2º (Ley 80, 1993). Claro, de relieve está y salta a la vista que ninguna de las dos fue definida por el legislador indicando los elementos esenciales y diferenciadores de cada una de ellas que las hiciera funcionales para casos específicos. Para dicho propósito es necesario entenderlas en primera fase según la acepción natural¹⁷, y para ello debe acudir a la definición dada por el organismo rec-

¹⁶ El texto transcrito viene en su mayoría como la norma anterior (Decreto 222, 1983), que consagraba la consultoría, sin embargo, las actividades subrayadas son agregadas por la norma actual de contratación estatal (Ley 80, 1993).

¹⁷ Código Civil Colombiano, Artículo 28. SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

tor del idioma castellano a cada una de ellas.

Como la palabra Interventoría determina una acción, el diccionario de la Real Academia de la lengua nos define el sujeto que la realiza: Interventor,ra. (Del lat. *interventor*, -ōris). 1. adj. Que interviene. Capacidad interventora. 2. m. y f. Persona que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones para asegurar su corrección; a lo anterior podemos adicionar a la definición un elemento particular inserto en la norma que condiciona su ejercicio, y es el concerniente a que “Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente.”; esto es, que el nivel de acción del interventor se define sobre dos particularidades; la primera, parte de entender que por ser necesariamente una consultoría ésta demanda un especial conocimiento de la materia objeto de intervenir, y de esto mencionado se deriva la segunda, que es el poder de impartir ordenes interviniendo en la actividad en ejecución, por lo cual se le impuso como obligación “entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”, conforme lo dispone el artículo 32, numeral 2º (Ley 80, 1993).

Ahora, el mismo método habrá de seguirse y poner de presente el significado de la palabra Supervisor: 1. tr. Ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros; así, pareciera no evidenciarse elemento singular a ella atribuido, pero este significado dado en el diccionario y conjugado con ciertos elementos mimetizados en la norma, nos dirige a una interpretación que permite diferenciarla para su aplicación práctica frente a la interventoría, ya que para esta última le está dado su directa intervención respecto de la técnica desarrollada por el contratista, de allí que como requisito legal sus órdenes o sugerencias deben quedar escritas¹⁸; esto en nuestro criterio es diferencial y por ello la figura es impuesta para los contratos de obra producto de licitaciones, además por traer de antaño el lastre de ser el tipo contractual más importante de los usualmente celebrados y porque sin duda será la manera en que deba vigilarse la ejecución de los contratos que demanden mayor exigencia técnica. Esto lo denotaba el profesor Villar Palasí; “Hemos visto cómo, históricamente, la figura del contrato administrativo se construye jurisdiccionalmente alrededor del concepto obra pública-servicio público como objeto del contrato. Posteriormente, la jurisprudencia fue am-

¹⁸ El interventor en desarrollo de su labor de seguimiento y vigilancia técnica y administrativa, cumple funciones de intervenir o tener injerencia directa en la ejecución de las obras de construcción, esta intervención se presenta de diferentes maneras, entre ellas las siguientes: 1) Suspender la ejecución de una actividad de obra, debido a su deficiente calidad, bien sea por el empleo de materiales que no cumplen los requerimientos de calidad, o por deficiencias en la mano de obra utilizada; 2) Ordenar la corrección en la ejecución de alguna actividad de la construcción, por fallas en el cumplimiento de los diseños que rigen para la obra; por ejemplo localización, dimensiones, texturas, colores; 3) Ordenar la demolición de obras que no cumplan con los requerimientos de especificaciones de diseño para el proyecto; 4) Ordenar el retiro del personal de obra que no cumpla con los requerimientos en seguridad social aplicables según normatividad vigente; 5) No autorizar la ejecución de una actividad de obra debido a la falta de diseños y/o especificaciones de construcción.

pliando la calificación de contrato administrativo a todos aquellos que tienden de una manera directa e inmediata a la satisfacción de una necesidad pública.” (Villar Palasi, 1969).

Cierto es que por estar arropadas las dos figuras dentro del genérico contrato de consultoría, debían las dos -interventoría y supervisión- contratarse mediante el mismo modelo de selección determinado, lo que se clarificó mediante la Ley 1150 de 2007 que señalaba en su artículo 2º num. 3º que el concurso de méritos correspondía a la modalidad prevista para la selección de consultores. Esta modalidad no hacía funcional la contratación de supervisores para la vigilancia de los contratos de menor impacto y complejidad ya que su sola elegibilidad resultaba mas onerosa desde el punto de vista administrativo y operativo. Esta situación fue zanjada con el decreto reglamentario que creaba el proceso de selección de menor cuantía y diseñaba así un proceso mas expedito para dicho propósitos, esto es, que todo contrato menor al 10% de la menor cuantía fuera contratado mediante la modalidad de mínima cuantía, para lo cual se expidieron sucesivas normas reglamentarias que así lo determinaban (Dec. 066 de 2008 art. 46; Dec. 2474 de 2008 art. 46. Dec. 2025 de 2009 Art. 3, modificado por el Dec. 3576 de 2009, Dec. 2516 de 2011); no fue muy técnica esta manera de proceder, lo que condujo a que fueran atacadas ante la jurisdicción estas disposiciones por no tener la capacidad crear una modalidad de selección que no se encontraba contemplada en la ley.

Esto fue corregido con la expedición de la ley 1474 de 2001 cuando ya se entra a regular lo concerniente a la supervisión y crea la modalidad de selección de mínima cuantía, que ya no era necesaria para la selección de aquella toda vez que la misma norma habilitó la contratación directa para contratar los profesionales necesarios para apoyar a la supervisión, permitiendo con esto mayor agilidad para solventar su necesidad.

3. Características de la supervisión - elementos que la identifican

El Estatuto Anticorrupción es la norma que se ocupa de regular la figura de la supervisión, y con ello conforma un panorama más completo en cuanto a las características que le confieren identidad propia y alejada de la distorsión que se suscitaba por estar catalogada desde la creencia como una especie de la interventoría. Y como a pesar de los intentos normativos por organizar y conceptualizar esta figura jurídica todavía son muchos lo vacíos que se detectan, es necesario realizar las siguientes precisiones para entender la naturaleza jurídica de la supervisión en la actividad contractual.

Teniendo claro que la supervisión debe ser permanente durante la actividad contractual, los rasgos respecto de su ejercicio según lo dispuesto en la norma son los siguientes: I) cualquier tipo contractual independiente del modelo de selección del que haya derivado, debe contar con una supervisión, excepto el contrato de obra cuando es producto

de un proceso de licitación pública; II) esta se precisa cuando el contrato a supervisar no requiere de conocimiento especializado; III) solo puede ser cumplida por funcionarios de la entidad; IV) para complementar al supervisor es procedente contratar personal de apoyo mediante contrato de prestación de servicios; V) esta no necesariamente se debe entender como instancia monolítica dado que debe realizar seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico; VI) los propósitos centrales son proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual.

En particular nos referiremos a algunas de esas características mencionadas:

Las discusiones al interior de las entidades estatales han recaído sobre quienes se encuentran habilitados legalmente para desempeñar dicha función, para lo cual y por aparecer acentuado en la norma, se tiene que la supervisión "es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados" y, en consecuencia, solo funcionarios a ella vinculados pueden cumplirla; pero como ya fue mencionado, no es la relación legal entre el individuo y la entidad la virtud de quien es designado como supervisor, porque esto conduciría a pensar que el funcionario que se desempeña como auxiliar contable pueda controlar un contrato de asesoría jurídica, derivando en un absurdo por ser áreas de conocimiento diferentes. Si el funcionario carece de

conocimiento y experiencia en la actividad a vigilar deberá ponerlo en conocimiento de quien lo ha designado, dado que de esa condición proviene su óptimo desempeño y responsabilidad, incluso, se abre eventualmente la oportunidad de contratar personal de apoyo. Teniendo en cuenta que no aparece evidente ni sugerido en la norma los presupuestos que deben concurrir para contratar personal de apoyo, debe entenderse que será suficiente la motivación con los mismos argumentos para contratar cualquier otra actividad mediante contrato de prestación de servicios, esto es, (i) personal insuficiente y (ii) falta de personal idóneo.

Conforme al principio de legalidad en nuestro actual ordenamiento positivo colombiano no existe un empleo público que no tenga como elemento funcional precisos deberes, responsabilidades y competencias; sin embargo, como la supervisión es un medio para el cumplimiento de unas funciones públicas, lo más seguro es que no aparezcan dentro de los manuales de funciones de las entidades públicas un cargo al que se le hayan señalado esas funciones con dicha denominación; entre otras cosas porque solo hasta que se determinen en los estudios previos las características técnicas de los bienes, servicios u obras a adquirir se podrá perfilar al personal adecuado; luego, no puede consignarse desde antes expresas funciones de supervisión en documentos con vocación de permanencia y de baja modificabilidad como los manuales de funciones. No obstante, y por tratarse de funciones

de orden legal que por medio de la figura supervisora corresponde cumplir, debe entenderse que dicha obligación en primera instancia recaerá en quien está asignada la capacidad contractual, de forma que sin ser la persona idónea es él quien la cumplirá en caso que nunca sea designado el idóneo, esto conforme el marco normativo que señala; (Ley 80 de 1993, Art. 25 num 5o.) “[l]a responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.”

Por otro lado, y dado que los actos jurídicos por las partes celebrados se someten a jerarquías normativas superiores, deberán siempre transitar dentro del cause señalado por ellas, de forma que las obligaciones estipuladas en los contratos de prestación de servicios que establezcan funciones del supervisor, no pueden superar en su alcance y dimensión las concebidas en los ordenamientos generales. Lo anterior da cuenta de la extralimitación cometida por quienes cumpliendo esta función de vigilancia, abordan rangos de acción ajenos a su naturaleza, tales como, firmar actas de suspensiones o modificaciones invadiendo competencias a otros asignadas.

De la norma se extrae como principal elemento diferenciador entre la supervisión y la interventoría que la primera

no requiere de conocimientos especializados, pero no puede generar confusión esta característica al punto de pensarse que cualquiera que aparezca en la nómina de funcionarios de la entidad pudiera ser designado como tal, ya que la ausencia de conocimiento especializado no desconoce el requisito de idoneidad (conocimiento y experiencia) para realizar el óptimo seguimiento y vigilancia del contrato. Con ello se quiere resaltar que en apariencia hay objetos contractuales que pueden ser supervisados por cualquiera, pero que incluso en los de ejecución instantánea como una adquisición de televisores, se requerirá tener meridiana claridad para diferenciar entre Led, Plasmas, 3D, Smart tv, UltraHD; que además se conjuga con otra serie de características que ofrece la avanzada tecnología y hacen de la supervisión una labor más allá de la básica operatividad. Tampoco será necesario contratar a un experto en equipos televisivos para este particular caso, pero sin duda, no cualquier persona sabe diferenciar esta tecnología y como deberá certificar que lo entregado se ajusta a lo contratado, lo recomendable será no adolecer de algún grado de información pertinente.

Siendo cierto lo antes dicho, esto es, que el conocimiento especializado referido en la norma no puede entenderse como ausencia de conocimiento, corresponde entender que si se trata de realizar una supervisión consistente en “el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato” surge la posibilidad de conformar una

figura colegiada compuesta por conocedores en cada una de las áreas definidas en el escrito normativo, no de otra manera pueda entenderse ese seguimiento en lo financiero y contable realizado por quien no cuenta con el conocimiento adecuado.

Ahora bien, ¿cuál fue la sutileza discursiva por el legislador al reservar a la entidad el desempeño de las funciones de supervisión con su personal vinculado a su nómina cuando no se requiera de conocimientos especializados, pero concediendo de cualquier manera contratar a particulares mediante contratos de prestación de servicios solo para el apoyo de la misma?

Las razones pueden ser variadas y de diferente naturaleza, pero de todas formas anodinas, porque en cuanto a su naturaleza jurídica, su responsabilidad, su propósito y su objeto, no varían en cualquiera de los vínculos posibles en que se cumplan. Si la forma autorizada para vigilar los contratos del Estado son todas las posibles legalmente, esto es: (i) designando directamente a sus funcionarios; (ii) contratando mediante prestación de servicios, (ii-a) con conocimientos especializados, o, (ii-b) para apoyar la supervisión; pues es apenas normal que para el caso excluido, esto es, la supervisión que no requiera conocimientos especializado, también lo hubiera permitido, ya que la única razón que se alcanza a inferir es evitar erogaciones presupuestales para casos que no demanden mayor nivel de conocimiento, limitante inocua cuando permi-

te contratar apoyos a la supervisión. O lo que es lo mismo, si las tareas a cumplirse por parte del supervisor corresponden a funciones públicas propias de la entidad, de obligatorio cumplimiento y no requieren de especializados conocimientos, pues basta con que se configuren los requisitos de insuficiencia de personal o personal sin idoneidad para que se habilite el uso del contrato de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión previsto en la ley, artículo 32 numeral 3º (Ley 80, 1993) y su reglamento, artículo 81 (Decreto 1510, 2013).

4. El objeto natural de la supervisión - el seguimiento y la vigilancia para el cumplimiento del contrato

El actual marco legal (Ley 1474, 2011), redibuja un devenir diferente al concebido en los primeros intentos de conformar un Estatuto de contratación estatal mediante la expedición de los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1983, en donde el único y genuino propósito de realizar un seguimiento a los contratos celebrados se encaminaba al control de su ejecución para garantizar el cabal cumplimiento de lo requerido en ellos. No obstante, ya no es suficiente la exigencia de condiciones de técnica, de calidad y oportunidad aplicadas por el agente privado en la cristalización del objeto y sus obligaciones contractuales, ya que situaciones circundantes y ajenas a este núcleo esencial entran afectando directamente el objetivo final. "Para nadie es un secreto que por desventura la corrupción ha generado altos sobre-costos

en los bienes y servicios que contrata el Estado, e importantes sacrificios en cuanto a su calidad e idoneidad con lo que no solamente se afecta la eficiencia y eficacia del gasto público y la estabilidad macroeconómica, sino también y de qué manera, la moral pública y la legitimidad del Estado, que hacen de la necesidad de asumir una actitud contundente frente a este fenómeno no sólo una necesidad económica sino un imperativo ético.” (Conpes 3186, 2002).

Es necesario entender que toda la actividad contractual efectuada por el particular habrá de canalizarla a través del supervisor, y sin pretender que sea quien adopte decisiones, sí es el medio con el que además de hacer el seguimiento de la ejecución, se recaba la información para emprender cualquier medida sancionatoria en desarrollo del debido proceso por el incumplimiento contractual. Por ello los verbos rectores de su marco de movilidad se representan en: exigir, adelantar, solicitar, adoptar, actuar, respetar, informar, certificar, entregar, etc. Con este proceder lo que

en principio se buscaba era el cumplimiento del contrato; sin embargo, ahora le aparece asignada la obligación primordial de dar a conocer a la entidad los hechos constitutivos de corrupción. Es esta la razón por la cual la supervisión de los contratos es tipificada y regulada en la norma dirigida a la lucha contra la corrupción, y su concepción gira en torno a consolidarse como el dique que contenga tan nefastas consecuencias.

Respecto a esto último vale la pena decir que los mayores intentos de desguinzar la norma por parte de los particulares interesados en el contrato, y de las autoridades que replican su intención mediante el abuso de poder¹⁹, tienen fertilidad durante la etapa precontractual en la estructuración del pliego de condiciones, ya que por ejercicio de la facultad de confección de estos atribuido a la administración, se puede con premeditada intención establecer condiciones restrictivas que contrarresten la concurrencia y pluralidad (Sentencia de Constitucionalidad 713, 2009)²⁰ que se pretende en desarrollo de un proce-

¹⁹ (Ley 80, 1993), artículo 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio: 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

²⁰ La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.

so público de selección, que tiene como propósito la escogencia de la oferta más favorable a sus intereses propendiendo por obtener ofrecimientos diferenciales y competitivos dentro de parámetros objetivos. Es por ello que un mecanismo como la supervisión que se activa solo durante la ejecución contractual no promete mayores resultados en contra de tan execrables prácticas.

Es claro entonces que no solo hasta la expedición del Estatuto Anticorrupción aparecen las funciones que debe cumplir el supervisor, porque nunca hubo un vacío en la norma contractual del año 1993 que dispuso la dirección, vigilancia y control del contrato; ya que además de las contenidas en su artículo 4º, que fueron consagradas expresamente como derechos y deberes de las entidades estatales, también lo son las contenidas en su artículo 5º, por encontrar en los derechos y deberes de los contratistas una correlativa acción por parte de la entidad; pero de igual forma son las que por omisión y sanción se le asignan, como las contenidas en el Código Disciplinario Único en el artículo 48 numerales 30 a 35 (Ley 734, 2002). Entonces, siendo cierto el contenido imperativo de los mandatos legales referidos, encontramos como sustento y la razón de ser de la vigilancia contractual, tanto en las prerrogativas de poder público como en las cláusulas excepcionales contenidas en el ECE, por que son ellos – Supervisor e Interventor-, los sujetos directos encargados de accionar las decisiones finales que adoptará el competente.

Conclusiones

De siempre, por la finalidad ínsita en toda contratación realizada con recursos públicos, y por estar toda la organización estatal canalizada en virtud del interés general, el seguimiento y control a los mismos ha de ser una prerrogativa de poder de ineludible observancia, por lo que indistinta será la denominación del mecanismo usado para tal objetivo.

De lo antes anotado, debe saberse de la supervisión como un medio legal para cumplir con los derechos y deberes asignados a las entidades contratantes, dirigidas en principio al cumplimiento del objeto contractual que pretende la concreción de los fines del Estado, es por ello que ante la ausencia del formalismo de la designación del supervisor, la función pública habrá de cumplirse, y su responsabilidad recaerá en quien tenga la facultad de designación; esto es, que tanto la adecuada o errónea escogencia del supervisor, como de su no designación será de responsabilidad única del representante legal o competente contractual delegado.

No obstante lo anterior, es claro que su denominación y regulación contenida en la norma anticorrupción pone de relieve como nuclear propósito la lucha contra prácticas deshonestas en la contratación estatal. Sin embargo, para cuando se activa el ejercicio de las funciones de supervisión ya se ha agotado toda la etapa precontractual en donde se desarrollan los procesos de selección, considerado el espacio más propi-

cio para asegurar por medios ilegales y prácticas perversas la adjudicación de los contratos²¹.

La supervisión se desarrolla por parte de la entidad contratante cuando el seguimiento al contrato no requiera de conocimientos especializados, pero a quien se designe para cumplir las tareas de supervisión deberá ser idóneo para vigilar el cumplimiento del contrato.

Las funciones del supervisor deberán referir en esencia a las fijadas en la ley, también estarán desarrolladas en el manual de contratación²² adoptado por cada entidad, y agregar claridad operativa en cada uno de los contrato de prestación de servicios que se suscriban para dicho propósito; pero además deberán ser conocidas por el contratista supervisado, en la medida que las acciones desplegadas por el supervisor

inciden directamente sobre aquel.

Referencias

Decreto 150. (27 de enero de 1976). Presidencia de la República. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Bogotá D.C., Colombia.

Decreto 222. (2 de febrero de 1983). Presidencia de la República. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Colombia.

Hofmann, H. (2002). *Filosofía del Derecho y del Estado* (Primera ed.). (L. Villar Borda, Trad.) Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

²¹ Lo anterior resulta coincidente con la encuesta del Banco Mundial que muestra que los funcionarios públicos entrevistados declararon que en el 49.7% de las licitaciones públicas en Colombia se realizan pagos adicionales para asegurar la adjudicación de contratos. La percepción de los funcionarios es corroborada por los empresarios que en un 62% coincidieron en que “siempre o casi siempre” las empresas recurren a pagos extraoficiales para ganar concursos o licitaciones públicas. En la encuesta de Probidad, el 46% de los empresarios encuestados ratificó lo anterior.

Las encuestas del Banco Mundial y de Confecámaras muestran que en estas condiciones de contratación pueden gestarse procesos de “selección adversa” porque vastos sectores empresariales se han marginado de las oportunidades de trabajar con el Estado debido a la poca transparencia en los procesos licitatorios, con lo cual se ha restringido la competencia por los negocios estatales. Al indagar sobre los criterios de rechazo básicos para su no participación, cerca de la mitad de los empresarios encuestados consideraron, en orden de importancia: i) la competencia injusta, ii) la complejidad en el proceso licitatorio y iii) tener contactos personales dentro de la entidad contratante, aspectos que ratifican la existencia de un creciente nivel de desconfianza respecto a la capacidad del Gobierno para establecer reglas claras de participación para las entidades y los oferentes, y corregir las deficiencias existentes en la mayoría de los procesos de contratación del Estado. Departamento nacional de planeación, (Conpes 3249, 2003) “Política de contratación pública para un estado gerencial”.

²² Colombia Compra Eficiente. Lineamientos generales para la expedición de Manuales de Contratación. Que es un manual de contratación? El Manual de Contratación es un documento que: (i) establece la forma como opera la Gestión Contractual de las Entidades Estatales y, (ii) da a conocer a los partícipes del sistema de compras y contratación pública la forma en que opera dicha Gestión Contractual. El Manual de Contratación es también un instrumento de Gestión Estratégica puesto que tiene como propósito principal servir de apoyo al cumplimiento del Objetivo Misional de cada Entidad Estatal. Expedida con fundamento en el artículo 160 (Decreto 1510, 2013).

- Ley 1474. (12 de julio de 2011). Congreso de la República. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 80. (28 de octubre de 1993). Congreso de la República. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública . Bogotá D.C., Colombia.
- Betancur Cuartas, J. (1996). Nuevo estatuto general de la contratación administrativa (Séptima ed.). Bogotá D.C., Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Gómez Sierra, F. (2006). Constitución Política de Colombia Anotada (Vigésima Segunda ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Leyer.
- Sentencia de Constitucionalidad 128. (18 de febrero de 2003). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Álvaro Tafur Galvis . Bogotá D.C., Colombia.
- Concepto 1748. (25 de mayo de 2006). Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P.: Enrique José Arboleda Perdomo . Bogotá D.C., Colombia.
- Palacio Hincapié, J. Á. (2003). La contratación de las entidades estatales (Cuarta ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Mutis Vanegas, A., & Quintero Munera, A. (2000). La contratación estatal: análisis y perspectivas (Primera ed., Vol. Colección Profesores). Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Decreto 1510. (17 de julio de 2012). Presidencia de la República. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública . Bogotá D.C., Colombia.
- Conpes 3186. (31 de julio de 2002). Departamento Nacional de Planeación. Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública , 16. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia de Constitucionalidad 713. (7 de octubre de 2009). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: María Victoria Calle Correa . Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 734. (5 de febrero de 2002). Congreso de la República. Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico. Bogotá D.C., Colombia.
- Conpes 3249. (20 de octubre de 2003). Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Política de contratación pública para un Estado gerencial . Bogotá D.C., Colombia.

- Clavijo Cáceres, D. (2013). El proyecto de investigación. Haciendo posible la tesis de grado (Segunda ed.). Cúcuta, Colombia: Universidad Libre Seccional Cúcuta.
- Sentencia de Constitucionalidad 932. (8 de noviembre de 2007). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra . Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia Nulidad Electoral. (24 de agosto de 2005). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C.P.: Darío Quiñonez Pinilla . Bogotá D.C., Colombia.
- Marienhoff, M. S. Contratos administrativos. Teoría general. En Tratado de derecho administrativo (Tercera ed., Vols. III-A). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Villar Palasi, J. L. (1969). Lecciones sobre contratación administrativa. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho.

Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo*

Contemporary Procedural Law: some ideas from the work of Michele Taruffo

Recibido: 5 de marzo del 2013 - Revisado: 10 de abril de 2013- Aceptado: 18 de mayo de 2013

Diana María Ramírez Carvajal**

Resumen

Un cambio de época significa ruptura de paradigmas, cambio de ideas y también de perspectivas. Pero un cambio de época es lento y está acompañado de una amplia zona gris, el ejemplo más cercano se vivió cuando la edad media entra al renacimiento, posteriormente a la ilustración para finalmente nacer la edad moderna o era de la razón.

En esta línea evolutiva, la constitucionalización del derecho a partir de la adopción de las Constituciones materiales de postguerra, el reconocimiento de la pluralidad jurídica como coexistencia de diversos sistemas que interactúan, el acercamiento del common law y del civil law, y las formas de fusión que se empiezan a concretar a partir de teorías *ius naturalistas* –*ius positivistas*, son un síntoma claro de que se vive actualmente un cambio de época.

En esta transformación las distintas áreas del derecho han empezado a migrar, no en vano actualmente al constitucionalismo se le denomina neoconstitucionalismo, el derecho laboral discute como prioridad el principio de realidad y la filosofía del derecho en su dimensión privada empieza a preguntarse por la moral y la justicia social. Y esta transformación hoy no le es indiferente al derecho procesal. De esto trata este artículo de establecer algunos lineamientos del cambio que se debe producir, especialmente a partir de la academia.

Palabras clave

Derecho procesal, derecho sustancial, nuevos paradigmas, perspectivas contemporáneas.

Abstract

A change of season means breaking paradigms, exchange of ideas and perspectives. But a new era is slow and is accompanied by a large gray area,

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto del proyecto de investigación sobre Valoración y Estándares de Prueba, realizado al interior del grupo de investigaciones en derecho procesal, con la financiación de la Universidad de Medellín.

** Abogada. *Magister* en derecho procesal de la Universidad de Medellín, doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia, su tesis mereció el reconocimiento *cum laudem* y fue dirigida por MICHELE TARUFFO. Desde 2001 ha dirigido los programas de Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Actualmente es la jefe del Doctorado en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín y hace parte desde 2010 del Consejo Nacional de Acreditación de Colombia en calidad de Consejera. Profesora de derecho procesal y probatorio desde 1999 en universidades colombianas y del exterior. Conferencista. Autora de los libros: *La Prueba de Oficio* (una perspectiva para el proceso dialógico civil) y *La Prueba en el Proceso una Aventura Intelectual*, también ha sido coautora de textos como *La Valoración de la Conducta, Prueba y Decisión Judicial, Derecho Procesal Contemporáneo y Prueba Científica*. Ha recibido varios reconocimientos a su trabajo académico, entre ellos: Reconocimiento Metroseguridad, Mención de Honor Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia y el Premio Investigación Científica Universidad de Medellín.

Correo electrónico:
dramirez@udem.edu.co.

the closest example came when the average age comes to rebirth, then finally to the illustration for the modern age birth or age of reason.

In this storyline, the constitutionalization of the law from taking material postwar constitutions, recognition of legal pluralism and coexistence of various interacting systems, the approach of the common law and civil law, and forms of fusion that begin to narrow from naturalists *ius cogens* positivist theories, are a clear sign that a new era nowadays.

In this transformation the different areas of law have begun to migrate, not in vain today to constitutionalism is called neo-constitutionalism, labor law discussed as a priority the reality principle and philosophy of law as a private dimension begins to question the moral and social justice. And this transformation today is not indifferent to procedural law. That's what this article establish some guidelines that change must occur, especially from academia.

Key words

Procedural law, substantive law, new paradigms, contemporary perspectives.

Introducción

MICHELE TARUFFO no solamente es un maestro que guía y enseña, es también un explorador del mundo y sus culturas, pero especialmente es un amigo que acompaña en los avatares de la vida académica. Tiene muchos dones pero dos son notables, comparte con claridad y gran destreza todo su conocimiento y se relaciona con todas las personas con una humildad difícil de encontrar en los juristas notables.

La obra académica de MICHELE TARUFFO es inmensa, la componen fascinantes libros, artículos, memorias y ensayos. Su estudio es obligado actualmente para contemporizar los conocimientos sobre el derecho procesal y su apropiación definitiva en la realidad del proceso, de los diversos países, seguramente tomará varias generaciones, pues como un gran maestro del Derecho, TARUFFO reúne tres capacidades superiores: la profundidad del filósofo, la suficiencia del teórico y la practicidad del procesalista.

Por todo ello no se puede dejar de acudir a un merecido homenaje, al maestro y al amigo. Mucho menos se puede dejar de compartir ideas que deben reconocerse surgen en la vida académica cotidiana, después de interactuar con la obra de TARUFFO. Este artículo es un corto bosquejo de esas ideas y presenta al lector tres aspectos puntuales sobre los contornos del que hoy se denomina, derecho procesal contemporáneo.

El primer acercamiento busca generar una concepción más integral del proceso, bajo los nuevos paradigmas dados por el constitucionalismo contemporáneo, que obliga a los estudiosos la deconstrucción de las instituciones cimentadas desde la teoría general del proceso y a su nueva sistematización a la luz de las políticas constitucionales que permean todo el quehacer jurídico.

El segundo aspecto que trata este artículo hace alusión a la aplicación que en el proceso tienen los valores de la verdad y la justicia, porque a pesar de la tradicional idea de que al proceso no le

interesa la verdad, el estudioso debe ser abierto y confrontar lo aprendido con el ámbito cultural en el cual se inserta, pues no se puede ignorar la realidad social. El derecho procesal tiene la virtud de apropiarse no solo de una actitud teórica y contemplativa, sino también práctica, para orientar la revisión permanente de las instituciones, facilitando una adecuada producción judicial.

Y por último se hace un acercamiento a la función del derecho probatorio en el proceso, donde se hace prioritario, abordar el estudio del debido proceso como uno de los más importantes avances jurídicos contemporáneos para el derecho procesal, que ya no puede ser considerado como un ordenamiento atemporal, acríptico y mecanicista (visión meramente instrumental) sino, por el contrario, como un sistema de garantías que posibilita el libre acceso a la Administración de Justicia y en definitiva, al logro de la justicia.

Son diversas las obras de Michele Taruffo que permiten al estudioso del derecho procesal viajar en las tendencias expuestas, desde la sistemática, la dogmática y la exégesis a linderos más amplios del conocimiento de esta disciplina, pero debe tenerse en cuenta que para este trabajo han sido determinantes tres textos: (Taruffo, *Sobre las fronteras*. Escritos sobre la justicia civil,

2006)¹, *Simplemente la Verdad* (Taruffo, *Simplemente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos, 2010) y *La prueba* (Taruffo, *La prueba*, 2008)².

1. Derecho procesal contemporáneo

Cuando se utiliza la cualificación “contemporáneo” para designar al estudio del derecho procesal se crean variadas expectativas. Algunos sectores entienden que se trata de un tipo específico de “escuela de pensamiento”, otros entienden que es una tendencia que se autodenomina contemporánea con la única finalidad de desconocer las concepciones jurídicas tradicionales, con lo cual de paso se desconocerían abiertamente sus aportes.

Establecer una postura contemporánea en el derecho, se debe entender como la búsqueda por aplicar adecuadamente los cambios que la permanente dinámica del mundo y sus transformaciones le imprime a las disciplinas jurídicas. Es entonces una visión holística e integradora, desde un gran macro sistema, en permanente evolución, donde confluyen lo político, lo social, lo filosófico, lo epistémico, lo jurídico y lo práctico.

Por ello estudiar, analizar, pensar y crear desde una perspectiva contemporánea, se debe entender como la ca-

¹ Sobre las fronteras es un texto que fue traducido por el grupo de investigaciones en derecho procesal, la investigadora Beatriz Quintero tuvo a cargo esta tarea y se publicó en español en la editorial Temis de Bogotá.

² Ambos textos fueron publicados por Marcial Pons de Barcelona.

pacidad de asumir retos, nuevas dinámicas en la aplicación del derecho sin llevar a rupturas absolutas que dañen el contexto, pero cambiando con decisión todo aquello que deba evolucionar (Ramírez Carvajal, 2013).

1.1 Un cambio de época

Una primera idea que surge en este trabajo a partir de la obra de Taruffo y que se enfrenta con la enseñanza universitaria actual en cuanto al derecho procesal y especialmente al proceso, es sostener que el proceso ha superado el paradigma sistemático de las etapas y los términos. El proceso se mueve como un sistema complejo.

La tradición enseña que el proceso se restringe a la interpretación de la ley por parte del juez, debido a que la ley gozaba de “completud” frente a las situaciones sociales conflictivas reales, pues el juez es un técnico en la aplicación del derecho procesal. Para TARUFFO el proceso se dinamiza y gira sobre un eje prioritario a todo lo demás, la decisión judicial.

Para dimensionar adecuadamente esta idea, se debe entender que un sistema complejo es la articulación de múltiples variables, cada una compuesta por una diversidad de agentes donde todos interactúan al mismo tiempo. Por ello los sistemas complejos no se estudian como estructuras cerradas –como se enseña el proceso en las facultades de de-

recho-, un sistema complejo se estudia como un sistema abierto pues tratar de entenderlo y estudiarlo como cerrado no equivale a hacerlo más simple sino menos fluido. Al ser abierto, el sistema complejo permite que por sus estructuras pase permanentemente materia e información, provenientes de cada uno de los agentes y de las variables que lo componen (Johnson, 2007).

Parafraseando a JOHNSON³, un sistema complejo independientemente de la cantidad de actores que en él confluyen, reconoce que tiene restringidos los recursos, el sistema complejo se mueve en un contexto donde los recursos son finitos y restringidos, este es uno de los condicionantes para que su realización sea única en su propia dinámica. Dos sistemas complejos no son idénticos aunque tengan características en común, siempre tendrán múltiples diferencias desde diversas variables o agentes que los lleva a ser únicos -un ejemplo de ello es el proceso jurisdiccional-. En la interacción de esta pluralidad de variables y de agentes, abiertos al flujo de información se generan indefectiblemente realidades emergentes. Aunque se prepare mucho la dinámica del sistema complejo, el sistema complejo no es predecible, controlable o manejable- un ejemplo de ello es el conflicto y/o el litigio que se procesa.

Y las preguntas frente a este fenómeno son determinantes: ¿cómo el

³Ibidem.

juez adquiere conocimiento sobre los hechos del proceso, que nunca presenció?, ¿cómo establece conexiones de validación sobre situaciones que tendrán consecuencias jurídicas? Las respuestas a estos interrogantes no son simples, tampoco son unívocas, por el contrario son construcciones intelectuales dinámicas y cambiantes que empujan el estudio del proceso jurisdiccional en el derecho contemporáneo hacia la perspectiva de los sistemas complejos, pues en él convergen dinámicas de diversos agentes, entre ellas: el poder judicial, la función constitucional del juez, la elección del derecho aplicable en un sistema jurídico multivariable, la configuración del hecho con relevancia jurídica, la demostración del hecho, la relevancia de la tutela judicial efectiva y todos sus componentes sobre el procedimiento y la decisión judicial suficientemente motivada y justificada que soluciona el conflicto intersubjetivo de intereses, entre otros.

La dinámica de la complejidad hace que estructuras rígidas y unidireccionadas tales como la aplicación del precedente judicial como regla imperativa, las reglas dispositivas, la tarifa legal, las sanciones permanentes a la intervención de las partes o las herramientas eficientistas como las estadísticas y los términos cortos y perentorios, entre otras tantas, sean por decir lo menos altamente ineficaces en la solución "real" del conflicto.

El proceso como un sistema complejo debe construirse y estudiarse

como un proceso dialógico (Ramírez Carvajal, *La prueba de oficio*, 2009), abierto, poroso, para que por él puedan fluir las garantías constitucionales. Este es un proceso que define sus objetivos a través del acuerdo entre los sujetos procesales y especialmente es un proceso con un gran anclaje en las estructuras probatorias, para fortalecer la imparcialidad del juez y los principios constitucionales y que por tanto minimiza el procedimentalismo pues su columna vertebral se encuentra en la demostración probatoria de los hechos y en la fundamentación racional de la decisión judicial.

1.2 La prevalencia del derecho procesal

Una segunda postura sobre las nuevas corrientes que rigen el proceso, es que la idea aclamada desde el siglo XVIII de que el derecho sustancial tiene que ser prevalente sobre el derecho procesal, es un gran distractor en la actividad de procesamiento.

Es cierto que el derecho sustancial ha sido entendido en el derecho occidental como el conjunto de normas que contienen relaciones jurídicas protegidas por la ley, bien en forma de derechos (capacidad de exigencia) o en forma de obligaciones o deberes (sujeción a la voluntad de otro) y que el derecho procesal a contracara ha sido estudiado como un conjunto de normas que contienen la reglamentación instrumental para aplicar el derecho sustancial que ya ha sido previamente otorgado por el legislador.

Sin embargo, esta idea que se viene replicando desde el siglo XVIII en nuestros códigos y que hoy incluso puede leerse como norma constitucional⁴, debe ser estudiada a fondo para darle un real sentido contemporáneo:

El derecho sustancial es bifocal, presenta una situación fáctica general (por lo tanto ficticia) impersonal y abstracta y una consecuencia jurídica que se aplica cuando quede demostrada esta situación. A contracara aparecen los denominados instrumentos procesales, cuya labor más importante es que vuelven particular lo que era general en la norma del legislador, personal lo que era impersonal y concreto lo que era abstracto. Es decir el derecho procesal vuelve real el derecho sustancial, lo crea, ya que hasta el momento es solo una ficción, una proyección del legislador. Un ejemplo bastante simplista se puede tomar de la norma que afirma que “todo padre debe alimentos a sus hijos”, bien, solamente a través del proceso se identifica adecuadamente y con alto grado de probabilidad al padre y se determinan cualificada y cuantificadamente los alimentos que deberá recibir el menor, en un tiempo, lugar y modo determinados.

Esto ocurre así, porque el derecho sustancial es fiel al legislador y sigue las dinámicas de la sociedad, en cuanto a sus diversos componentes, niveles, clases, estamentos y estructuras. Por eso

los legisladores, según los patrones democráticos, no tienen que ser elegidos a partir de una cualificación jurídica sino de apropiación social. Pueden ser legisladores: tenderos, arquitectos, médicos, futbolistas y en fin, quien mejor contacto tenga con el nicho social que representará. A *contrario sensu*, el derecho procesal es fiel al poder jurisdiccional, sigue una dinámica técnica jurídica, por ello responde a la soberanía que le otorga el Estado y el juez. El derecho procesal sirve con esmero al juez para que a través suyo se puedan recrear los hechos, dinamizar las relaciones humanas con respeto y decoro y lo más importante decidir con una imparcialidad pulcra.

Al seguir con fidelidad la labor del legislador, el derecho sustancial se atomiza en una lógica social, se divide y subdivide en gran diversidad de áreas dependiendo de las necesidades de los pueblos: penal, civil, laboral, agrario, familia, cooperativo y espacial, entre otros tantos. Esto significa que la naturaleza jurídica del derecho sustancial siempre está en discusión y parte de la premisa inicial de que es privado pero mutando en muchas oportunidades hacia lo público. Igualmente vale la pena dejar sentado que los principios tienen aplicaciones diversas, según el área del derecho sustancial que los apropie.

Nuevamente y en paralelo, el derecho procesal al seguir una línea de servicio para la rama jurisdiccional,

⁴ La Constitución Política de Colombia, en su artículo 228 expresa “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial”.

hace prevalecer la lógica técnico jurídica sobre la lógica del sentido común (Taruffo, *La prueba*, 2008). El derecho procesal se construye sobre bases de unicidad, por ello actualmente se estudia desde la tutela judicial pero desde sus inicios en la escuela científica alemana se informa desde la teoría general del proceso y la teoría general de la prueba. Por ello el manejo de los principios que lo informan es único: economía, eficiencia y validez, entre otros y por supuesto su naturaleza jurídica se presenta como de orden público.

Como puede concluirse, esta mal llamada prevalencia del derecho sustancial, a la mejor manera de Montesquieu le da prevalencia al legislador sobre el juez, lo cual es totalmente inaceptable, por lo menos desde que las constituciones se posicionan como parte dinámica de las fuentes del derecho.

A lo expuesto debe agregarse que la constitucionalización del derecho no conmina al derecho procesal a la mera técnica que sirve para desarrollar las ideas del legislador, si se quiere puede ser todo lo contrario.

Es indudable que el derecho sustancial a partir del fenómeno de posguerra, se supera a si mismo y consolida los derechos humanos como una gama de derechos fundamentales que prevalecen -estos si- sobre la multiplicidad de derechos legislados y decantados en la ley. Siempre hay prevalencia de los derechos fundamentales.

No obstante, lo que también es claro es que la constitucionalización del derecho ha empujado al derecho procesal a que igualmente se supere a si mismo desde la ley y se consolide en una agrupación de garantías constitucionales que desde el derecho español se denominan tutela judicial efectiva, garantías que se estudian como el derecho fundamental de acceder al juez, de que este resuelva en términos razonables y motivando adecuadamente, a que la sentencia sea efectiva y eficiente y sobre todo al respeto del debido proceso, que también es otra garantía constitucional, que además se erige como derecho fundamental.

El derecho procesal emerge desde el derecho constitucional y se convierte en un derecho fundamental y prioritario de los ciudadanos, pues sin estas garantías no es posible el respeto ni siquiera, de los derechos fundamentales vulnerados.

2. **Sobre los valores de la verdad y la justicia en el derecho procesal contemporáneo**

Una de las mayores discusiones entre el derecho procesal tradicional y el derecho constitucional de posguerra, se ha centrado en dar importancia a los valores y los principios constitucionales como fuentes del derecho y por tanto como fundamento de la decisión judicial en el proceso jurisdiccional.

Algunas corrientes de procesalistas defienden la idea de que el proceso no necesita de la verdad y que tampoco está por mucho interesado en terminar con disposiciones justas, pues sus reglas impiden alcanzar estos ideales. A su vez el neoconstitucionalismo replica fuertemente y exige que los valores y los principios sean parte dinámica del derecho y por tanto de la decisión del juez y del fin del proceso.

Esta discusión es una de las líneas de trabajo más consolidadas de MICHELE TARUFFO, donde a través de su obra a dado a los procesalistas herramientas claras, sencillas y dinámicas para apropiarse por lo menos los valores determinantes en su actividad, la verdad y la justicia.

2.1 La verdad en el proceso

La verdad como fenómeno desde la contemplación se estudia por la filosofía, y desde ahí la apropian corrientes fundamentalistas que pretenden sostener que la verdad es única, es real y es absoluta. Desde la obra de TARUFFO puede entenderse como la verdad es un valor importante para la consistencia de la sociedad, pero también ha de clarificarse que difiere de manera radical de conceptos tales como la certeza, la verosimilitud, la ideología y la convicción (Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010).

Desde esta idea se levantan conceptos de dualismos sobre la verdad:

verdad real versus verdad formal, verdad material versus verdad procesal, entre otras⁵. En esta gradual discusión es plausible sostener que el derecho no hace parte de corrientes fundamentalistas que sigan un único concepto de verdad y que mucho menos entienda que la verdad es real o verdadera. El derecho interactúa plenamente desde el proceso dialógico con una concepción de verdad relativa que se construye, pues en el proceso la circunstanciación, la temporalidad de los fenómenos y los acontecimientos divergentes y convergentes, son variables que determinan un resultado probable.

En esta dinámica, la verdad se estudia como un concepto valor, por tanto es multicausal y multivariable y es por ello que la verdad se relaciona con otros valores que informan la labor jurisdiccional.

2.1.1 La verdad y la imparcialidad del juez

La imparcialidad en el proceso es uno de los valores más preciados de la sociedad en cuanto a la función jurisdiccional y no puede haber imparcialidad si el juez no actúa hacia la verdad y no propende por que las partes respeten las reglas de construcción de la verdad. Que el juez deba ser imparcial constituye una afirmación de la que, con toda probabilidad, nadie ha dudado (Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010).

⁵ *Ibidem*.

Las concepciones tradicionales sostienen que la imparcialidad se obtiene al evitar vinculación afectiva o familiar con una de las partes, al no tener un interés económico en el resultado del proceso o al evitar un interés fincado en alguna de las pretensiones que se discuten. Por eso se han concentrado en torno a la imparcialidad discusiones como el favorecimiento que el juez realiza con la prueba de oficio, la necesidad o no de otorgar poderes “inquisitivos” al juez, la disfuncionalidad de las actividades de dirección y de instrucción del juez, e incluso se discute sobre la necesidad de retomar un modelo procesal adversarial (Alvarado Velloso, 2004).

Hoy la imparcialidad se debe centrar en agregar más y mejores elementos de objetivación en las actividades del juez, las cuales indudablemente han crecido en los últimos periodos⁶. Descubrir la imparcialidad del juez en el marco de la objetivación -discusión abierta de sus actuaciones a la luz de las garantías procesales constitucionales- conlleva la interacción con otro principio procesal, el principio de legalidad.

Cuando el juez actúa dentro del principio de legalidad, bien en sentido material -preexistencia de la ley sustancial aplicable- y en sentido formal -respeto por el debido proceso- está fortaleciendo la imparcialidad en el proceso y por tanto la construcción de la verdad.

De ahí que la imparcialidad de la decisión se construya dialógicamente desde las garantías constitucionales del debido proceso probatorio y la publicidad.

El debido proceso probatorio se compone de una serie de subprincipios que llevan la actividad del juez hacia la consecución de decisiones justas y, aunque es claro que una decisión justa es además verdadera, el debido proceso probatorio impide que el Juez obtenga la verdad sobre los hechos a cualquier costo o por cualquier medio. De tal forma que la decisión final del juez, no puede sustentarse en percepciones subjetivas. Cuando el Juez es respetuoso del debido proceso, sustenta su decisión en los datos y conocimientos obtenidos a través de las diversas etapas probatorias, las que a su vez han tenido que surtir el contradictorio adecuadamente (Ramírez Carvajal, *La prueba en el proceso. Una aventura intelectual*, 2013).

El principio de publicidad a su vez, se concibe como el conjunto de condiciones necesarias para establecer el contradictorio o una relación dialéctica adecuada con el fin de fortalecer los criterios de verdad y de justicia. Si ello es así, puede decirse que la publicidad es un principio determinante o por lo menos de gran influencia en la obtención de la decisión imparcial. Este principio tiene dos perspectivas, la material y la formal:

⁶ Los códigos contemporáneos otorgan amplios poderes al juez en sus labores procesales, de hecho en reformas actuales como el código general del proceso colombiano, se marca un fuerte desequilibrio entre la posición del juez -el cual se considera como director con poderes disciplinarios de dirección y de instrucción- y la posición de las partes -las cuales cada vez más se empujan a la inactividad-. Ver (Ley 1395, 2010) y (Ley 1564, 2012).

La perspectiva material del principio de publicidad se relaciona con la dialéctica en el proceso. La segunda vertiente, la formal, tiene que ver con el derecho a un proceso abierto, público, no secreto. La dimensión material del principio de publicidad surge del Estado como modelo político democrático, donde “el poder se ejerce y el derecho se origina, de manera discursiva”. En esta medida la dimensión material del principio de publicidad tiene una relación interdependiente con otros principios constitucionales: el principio democrático, el derecho de acceso a la administración de justicia, la legítima defensa y la contradicción” (Ramírez Carvajal, *La prueba de oficio*, 2009).

2.1.2 La verdad y los principios del derecho probatorio en el proceso

También debe considerarse que la verdad es referente para el adecuado desarrollo probatorio del proceso (Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010). La verdad en las actuaciones probatorias contiene la base de un equilibrado enfrentamiento de las partes y lo que es aún más importante de una adecuada fundamentación de la decisión imparcial.

Muchos de los principios que desde la ley informan el derecho probatorio se relacionan directamente con una actividad imparcial y objetiva por parte del juez.

El principio de libertad probatoria, implica que las partes tienen una amplia

posibilidad de elegir las pruebas que consideren adecuadas para comprobar y confirmar los hechos que sustentan su causa, este principio también se convierte en una responsabilidad para el juez, quien deberá analizar abiertamente desde el debido proceso, solicitudes que surjan por fuera de los propuestos por el legislador. Las fuentes de prueba y por tanto los medios en el mundo moderno se diversifican y complementan. Restringir la creatividad y libertad probatoria de las partes puede significar restringir su capacidad de mostrar los hechos de manera fidedigna.

La libertad probatoria debe ser un criterio ampliado (Ferrer Beltrán, 2010). Hoy es una institución que los códigos regulan con esmero desde el inicio del proceso hasta antes de los alegatos de conclusión, a las partes se les dice cómo aducir la prueba en el proceso, qué tipo de prueba es solemne, qué términos tiene para solicitarla, cómo se tacha la prueba, cómo se controvierte, cómo se interroga y contrainterroga y también cuántas preguntas tiene posibilidad de realizar en el interrogatorio de parte.

Sin embargo como afirma este mismo autor⁷, la libertad probatoria como principio debería tener una regulación más equilibrada, mayor laxitud en términos y oportunidades procesales para las partes, respetando una adecuada contradicción y defensa. En cuanto al juez propiciando un minucioso control en cada una de las etapas del proceso de tal forma que la prueba ineficiente, deficiente, impertinente o inconducen-

te, sea controlada en la admisión, en el juicio de relevancia y en la audiencia de pruebas, y también el juez deberá someterse a una mayor regulación en la actividad de valoración probatoria, la cual debe ser suficientemente explicada, en desarrollo del principio de publicidad.

No aparece compatible con el debido proceso probatorio el que la regulación de la prueba se concentre en los actos procesales de parte, pero que sea débil en la etapa más importante que es aquella de la valoración, pues esta permite una motivación suficiente e imparcial.

Otro principio probatorio que se relaciona con la imparcialidad y la objetivación de la decisión judicial y por ende con la verdad es el de la necesidad de la prueba. Toda decisión debe basarse en prueba regular y oportunamente allegada al proceso. La decisión se fundamenta en el ordenamiento jurídico obviamente, pero el derecho contemporáneo exige que la decisión se fundamente en la prueba lo cual a su vez significa que se enfoque en la verdad de los hechos que son materia del litigio, pues la prueba contiene el conjunto de métodos para la reconstrucción del mismo.

El principio de la necesidad de la prueba implica que el conocimiento privado del juez está proscrito en toda circunstancia y esto se debe a que el conocimiento privado y personal del juez no está aducido en el proceso como acto procesal que se objetiva y por tanto im-

plica subjetividad, por ello no puede ser utilizado ni para dirigir el proceso, ni para probar los hechos del litigio.

Es pues la necesidad de la prueba un principio que además de ser guía para la actuación del juez y la motivación de sus decisiones, es un principio que sirve de límite al subjetivismo, enemigo directo de la verdad en el proceso.

Por último, es de gran importancia el principio denominado autorresponsabilidad de parte o carga de la prueba en cuanto a la verdad en el proceso.

Este principio exige que las partes se hagan responsables de sus dichos, de sus afirmaciones y de sus narraciones, lo cual no solamente es un pedido de ley sino de las garantías constitucionales. Las partes deben colaborar con la justicia, actuar con buena fe y con lealtad y por tanto son los directamente responsables de sus actos, de sus dichos y de la veracidad que contienen.

Son actos de parte las enunciaciones que sobre los hechos ellas realizan en sus demandas, pues cuando la parte y/o su abogado se acercan al conflicto con la intención de llevarlo ante el juez para una solución integral, transforman los hechos que lo generaron para darle vida a las afirmaciones del litigio, por ello (Taruffo, *Simplemente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos, 2010) afirma que las partes a través de sus abogados no están interesadas en la verdad, no porque estén autorizadas

⁷ Ibidem.

para mentir o porque el proceso esté diseñado para tramitarse con falsedad sino por su condición de co-creadores del litigio a partir del conflicto, los lleva a adecuarlo como mejor les conviene.

De tal forma que, sobre un caso de violencia familiar, la parte definirá con su abogado una adecuación típica que concuerde con una de las causales del divorcio o con una que se adecue a la nulidad, según prefieran. Esto implica un desdoblamiento o escogencia de ciertos hechos o acontecimientos para obtener una adecuación típica y legal que conlleve consecuencias jurídicas deseables.

Esta intervención del hecho por las partes, se complementa con la complejidad del hecho (Gascón Abellán, 2010) desde la ley, y ayuda a explicar la complejidad de la verdad en el proceso.

El legislador se expresa en códigos lingüísticos muchas veces confusos, por eso los hechos desde el derecho no son planos ni homogéneos, por lo menos tres estructuras elaboradas del hecho jurídico se identifican en la demanda y que parafraseando a GASCÓN pueden explicarse así:

Los hechos externos son todos aquellos actos, actividades o transformaciones de la realidad en general, que pueden exteriorizarse y por tanto percibirse a través de los sentidos. Son tales los golpes, las caídas, tomar objetos, correr linderos, disparar un arma o herir a alguien entre otros. Este tipo de hechos

están vinculados directamente con las pruebas que la doctrina ha denominado directas, esto es: documentos como fotos o filmaciones, declaraciones de terceros, declaraciones de parte, peritaje o inspección judicial.

Los hechos internos son expresiones de la voluntad de los sujetos, por tanto no se pueden describir, porque aunque se expresen verbalmente en todo caso quedará la duda de su veracidad. Son ejemplos de hechos internos: la reponsabilidad, la culpa en todos sus grados, la intención, la imputabilidad, la inimputabilidad y la simulación entre otros. Esta tipología de hechos no se pueden probar con las pruebas directas porque al no ser descriptibles no pueden ser percibidos. La forma de confirmar su existencia es a través de pruebas indirectas, esto es indicios y presunciones.

Los hechos valor son representaciones que hace la sociedad de sus ideales. Al ser valores o ideales se escapan de cualquier dinámica probatoria, pueden establecerse a partir de relaciones analíticas o argumentativas.

Ahora, cuando el juez debe "llenar" o "concretar" cláusulas generales como la responsabilidad, la culpa o la imputabilidad o cuando debe fundamentar valores como la buena o mala fe, la prudencia normal o la gravedad del daño, utiliza el sentido común (Taruffo, La prueba, 2008), por ello estas cláusulas dependen directamente del indicio o de la argumentación.

En resumen, las partes cuando configuran sus peticiones ante el juez transforman los hechos sociales, los hechos materia de conflicto para construir su propia teoría del caso y en esa transformación pueden alterar parte del conflicto, en la medida en que el derecho se los permita. Este poder de las partes, el poder co-creador del hecho se controla con la actividad oficiosa del juez, especialmente los poderes de dirección y de instrucción, pues propician el contrapeso requerido para la construcción de la verdad en el proceso.

Pero deberá tenerse presente que los poderes de oficio del juez, como estabilizadores en el proceso, se le otorga siempre en relación directa con la imparcialidad, con la objetivación y en respeto de las garantías constitucionales.

2.2 La justicia en el proceso

La verdad como valor en el proceso está directamente relacionado con la justicia, pues no podría sostenerse que el proceso se fundamentó en actuaciones fraudulentas, mentirosas o falsas y que aún así se produjo una decisión judicial justa.

Es por ello que no puede de ninguna manera sostenerse que al derecho procesal, estando representado actualmente en las principales garantías constitucionales, no le importa la verdad. Sostener ello implícitamente significaría que se admiten en el abogado actividades desleales o fraudulentas, lo cual desde la constitución y la ley es incorrecto.

No obstante, al igual que ocurre con la verdad en el derecho, la justicia no permite posturas totalitarias, por ello resulta necesario identificar elementos objetivables que den cuenta de unas prácticas adecuadas y asimilables a lo que una fijación universalizable entendería por justicia.

(Taruffo, La prueba, la verdad y la decisión judicial, 2004) expone de manera muy acertada un concepto de justicia en la decisión, que contiene por lo menos tres requisitos:

Para que una decisión sea justa en los objetivos de los procesos judiciales, se requieren tres condiciones, todas condición necesaria para que haya una decisión justa pero ninguna de ellas individualmente es considerada suficiente para que se produzca este tipo de decisión justa. La primera de estas características es que el procedimiento debe ser correcto, equilibrado, lo cual se produce cuando el Juez es independiente, cuando el Juez es imparcial y cuando se respeta el Derecho a ser oído en el proceso. La segunda condición necesaria, es que en el proceso los hechos del caso tienen que ser determinados de manera correcta, veraz y completa. No puede haber una decisión judicial justa, si no esta basada en una determinación correcta de los hechos. Y la tercera condición es que en el proceso judicial tiene que haber una identificación correcta y adecuada de la norma legal relevante y de la misma manera una interpretación y aplicación igualmente correcta de esa norma.

En esta postura de TARUFFO se encuentra la triangulación de tres elementos estructurales en el derecho procesal contemporáneo: el proceso adecuado o debido proceso, la prueba de los hechos y la adecuada aplicación del ordenamiento jurídico.

El debido proceso es un derecho de naturaleza fundamental, es guía de todas las actuaciones procesales. En su calidad de derecho fundamental tiene impacto internacional, lo que significa que puede ser reclamado a nivel internacional ante la corte interamericana de los derechos humanos (Bernal Pulido, 2004).

El debido proceso se compone de una serie de principios que a su vez igualmente son derechos fundamentales, esa es parte de su complejidad. El debido proceso exige el respeto por el juez natural y competente, la doble instancia, el principio de legalidad, la legítima defensa, el derecho de contradicción y la nulidad de la prueba por haber sido obtenido violando el debido proceso mismo o cualquier otro derecho fundamental.

Una decisión justa debe provenir de un proceso que en la mayor medida posible haya respetado todos los derechos fundamentales que hacen parte del debido proceso.

Con respecto al segundo elemento, el derecho probatorio es el conjunto de métodos que por excelencia permiten establecer una confirmación legítima y

veraz de los hechos que se discuten en el proceso, es la confirmación de la ocurrencia de los mismos, en un espacio de tiempo y con una circunstanciación determinados.

Saber elegir el tipo de pruebas que confirmarán el hecho, aducirlas legalmente en el proceso y llevarlas al proceso con total respeto de los derechos fundamentales de las partes, son requisitos esenciales para que la prueba sea considerada legítima y válida y por tanto cumpla con su finalidad.

El último y tercer elemento, tiene que ver con la aplicación adecuada del ordenamiento jurídico. El derecho contemporáneo ha alcanzado un alto nivel de complejidad, a las fuentes del derecho que antes solamente se componían de la ley abstracta emitida por el legislador, se ha integrado la constitución, la jurisprudencia, el precedente, la doctrina legal probable y la aplicación de principios y valores entre otros. Todo ello implica que encontrar la norma o el conjunto de normas que permitan una adecuada definición del conflicto en el proceso, cada vez más se convierte en una tarea difícil de precisar.

Hacen pues, parte integral de la justicia en el proceso, el respeto por las garantías constitucionales que integral la tutela judicial efectiva, el derecho de acción como derecho fundamental, es decir que más que significar el acceso a un proceso judicial, conlleva la dialéctica permanente entre todos los sujetos procesales y la explicación de todos los actos y decisiones que realice el juez, es-

pecialmente la decisión que pone fin al proceso.

La justicia de la decisión debe complementarse con una motivación suficiente y adecuada. El juez tiene como imperativo explicar los entornos jurídicos, probatorios y fácticos de su decisión con claridad y contundencia.

3. **Fin del proceso y función del derecho probatorio**

La función del derecho probatorio se relaciona directamente con el fin del proceso. Para permear las ideas de la función del derecho probatorio en el proceso, se debe asumir que en el derecho contemporáneo, el proceso es un método racional para la solución de los conflictos a través de la aplicación del ordenamiento jurídico complejo, de la comprobación de los hechos y no de cualquier forma.

A esta función dinámica del proceso, el derecho probatorio le aporta la verdad en la ocurrencia de los hechos, como disciplina reconstructiva que es. La finalidad del derecho probatorio es producir conocimiento en el juez, sobre unos hechos que no presencié, lo cual es una idea bastante alejada de aquella que sugiere alcanzar la verdad "real", su aporte directo está en una adecuada reconstrucción del hecho y por ello aporta directamente al principio de imparcialidad, generando así límites a la decisión del juez y en esta medida asegurando un mayor grado de justicia en la decisión del juez.

Es así como se puede sostener que el fin de la prueba no es lograr la convicción del juez (Taruffo, *Simplemente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos, 2010). El juez no tiene conocimiento sobre el conflicto, sobre los hechos, sobre el litigio y por ello las afirmaciones de la demanda se prueban, para tal efecto se realizan dentro del proceso una serie de actividades y técnicas para obtener la información requerida. Esto se denomina teoría de la confirmación. Cada medio de prueba tiene proyectados por el legislador unos pasos y técnicas diferentes para que produzca en el proceso la información útil para que el juez conozca los hechos (Ramírez Carvajal, *La prueba en el proceso*. Una aventura intelectual, 2013).

Por ello deben entenderse como prueba, todos los elementos de información que efectivamente aportan a la producción de conocimiento -no a la convicción- con relación a la ocurrencia de los hechos discutidos en el proceso. Lo cual se explica en sus tres momentos:

- La prueba como fuente es la génesis del proceso y se encuentra fuera del proceso, en la ocurrencia de los hechos. La fuente se compone de elementos subjetivos como las personas que presenciaron o fueron protagonistas de la ocurrencia de los hechos del conflicto; y de elementos objetivos como todos los rastros físicos, documentos, evidencias, huellas, heridas y similares que igualmente quedaron en el sitio de los hechos y que pue-

den ser usados como información dentro del proceso.

Las fuentes son todos los elementos que contienen información potencialmente útil para el proceso. Serán las partes quienes definan si efectivamente son útiles a sus causas o no.

- La prueba como medio es un concepto jurídico, corresponde al conjunto de instrumentos o de herramientas que sirven para aducir, para transportar legítimamente al proceso las fuentes de prueba. El código determina cuáles son pero se parte de un principio general de libertad probatoria, el cual permite ampliar el catálogo.
- En sentido estricto el concepto de prueba, es un concepto complejo (Devis Echandía, 2002) porque denota demostración, es decir conexión y confirmación con las afirmaciones que constituyen el litigio. Por tanto la prueba se refiere a un estado mental de conocimiento sustentable y racional. Por tanto se puede sustentar que probar en sentido estricto es una actividad intelectual, explicativa, demostrativa y confirmativa sobre los hechos o afirmaciones que conforman el litigio, y que permiten el conocimiento sobre la ocurrencia de los mismos.

Conclusiones

Como puede descubrirse, la obra de MICHELE TARUFFO es una obra de lectura obligada para el estudioso del derecho, porque abre puertas y derrumba paradigmas. Sus conceptos son analizados en contexto con gran fluidez por ello muestran perspectivas diferentes, multidimensionales y permiten al lector la maduración de sus propias ideas en la redefinición de conceptos. Desde TARUFFO se puede hacer crítica proactiva en beneficio de la evolución del derecho y en favor de las nuevas generaciones.

Lo expuesto en este artículo son ideas sobre las dinámicas jurídicas. En el marco de la educación se propone que el proceso, para el mundo contemporáneo se enseñe y se estudie con las estructuras propias de un sistema complejo. El proceso judicial se mueve desde la concepción de un sistema rígido que fundamenta su actividad en términos y etapas, para reconocer su complejidad en cuanto a los sujetos procesales, a sus posturas, la complejidad del conflicto, la complejidad del hecho, la complejidad de la prueba y especialmente la complejidad de lo que significa la decisión del juez.

En esta complejidad de actores y actuaciones, vale la pena hacer un alto en el camino cada vez que encontremos órdenes tales como la prevalencia del derecho sustancial y la búsqueda de la verdad real sobre la procesal, pues

su mal entendimiento puede falsear el debido proceso constitucional. Hoy se debe trabajar como en filigrana, creando y recreando cada una de las instituciones que ha dejado como herencia el iuspositivismo radical.

Uno de los nuevos paradigmas en el proceso implica un trabajo serio con los valores de verdad y justicia, TARUFFO ha mostrado caminos y ha propiciado elementos prácticos para su discusión y aplicación. El derecho constitucionalizado exige el reconocimiento de los principios y es por esta nueva postura que no se puede negar su aplicación procesal.

En esta discusión lo importante es que la verdad y la justicia no pueden ni deben desconocer principios como la imparcialidad del juez y la legalidad de sus actuaciones, por tanto su estudio debe ser siempre integrado revisando pesos y contrapesos, libertades y límites.

Referencias

- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. (L. Manríquez, & J. Ferrer Beltrán, Trans.) Barcelona, España: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (Primera ed.). (B. Quintero, Trans.) Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Ramírez Carvajal, D. M. (2013). *La prueba en el proceso. Una aventura intelectual* (Primera ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sanchez R. Ltda.
- Johnson, N. (2007). *Simply complexity*. Londres, Inglaterra: Oneworld Oxford.
- Ramírez Carvajal, D. M. (2009). *La prueba de oficio* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. (D. Accatino Scagliotti, Trans.) Barcelona, Colombia: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Alvarado Velloso, A. (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.
- Ley 1395. (12 de julio de 2010). Congreso de la República. *Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*. Bogotá D.C., Colombia.
- Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia.
- Ferrer Beltrán, J. (2010). La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana.

- In Varios, *La prueba y la decisión judicial* (Primera ed.). Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (Tercera ed.). Barcelona, España: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2004). La prueba, la verdad y la decisión judicial. In *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Procesal* (Primera ed.). Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Bernal Pulido, C. (2004). *El derecho fundamental del debido proceso* (Primera ed.). Medellín, Colombia: Señal Editora.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial* (Quinta ed., Vol. I). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.