



### **ACADEMIA Y DERECHO**

Revista Semestral de la  
Facultad de Derecho de la  
Universidad Libre Seccional Cúcuta  
ISSN: 2215-8944 / Año 4 N° 6  
Primer Semestre 2013

### **EDITOR**

Mg. Darwin Clavijo Cáceres

### **COMITÉ EDITORIAL**

Mg. (C) Diego Armando Yañez Meza  
Mg. Débora Guerra Moreno  
Iván Ariel Vila Casado  
Mg. (C) Carlos Alberto Colmenares Uribe

### **COMITÉ CIENTÍFICO**

Ph. D. Rodrigo Rivera Morales  
Ph. D. Víctor Manuel Gelvez Ordoñez  
Ph. D. Marcela Flórez Romero  
Ph. D. José Ignacio Zamudio Franco

### **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE**

#### **PRESIDENTE NACIONAL**

Víctor Hernando Alvarado Ardila

#### **RECTOR NACIONAL**

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

#### **CENSOR NACIONAL**

Antonio José Lizarazo Ocampo

#### **PRESIDENTE SECCIONAL**

Holger Cáceres Medina

#### **RECTOR SECCIONAL**

Iván Ariel Vila Casado

#### **DECANO**

#### **FACULTAD DE DERECHO**

José Vicente Carvajal Sandoval

#### **DIRECTOR CENTRO DE INVESTIGACIONES**

Débora Guerra Moreno

#### **DIRECTOR PUBLICACIONES**

Darwin Clavijo Cáceres

#### **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

Carlos Alejandro Chacón Moreno  
Penal

Freddy Alberto Pabón Martínez  
Sociales



UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA  
FACULTAD DE DERECHO  
ACADEMIA Y DERECHO

Revista semestral

ISSN: 2215-8944

Derechos reservados

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

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

Portada:

Iglesia del Rosario de Cúcuta donde  
se reunió el Congreso de Colombia  
1851

Diagramación e Impresión:

ARTE GRÁFICO J. RAMÍREZ

Se imprimieron 1000 ejemplares.

Correspondencia y suscripciones  
Universidad Libre Seccional Cúcuta  
Avenida Canal Bogotá  
Intersección Benjamín Herrera  
Cúcuta, Norte de Santander, Colombia  
dirinvestigaciones@unilibrecucuta.edu.co  
www.unilibrecucuta.edu.co

## PRESENTACIÓN



El cuarto año consecutivo de la Revista Academia y Derecho de la Facultad de derecho de la Universidad Libre seccional Cúcuta constituye un reflejo del papel que desde hace muchos años decidió, la universidad, desempeñar en la región del Nororiente colombiano, constancia, dedicación, esfuerzo.

Esta edición es una excusa para conmemorar el pasado y percibir el futuro de esta institución de educación superior; al mismo tiempo para recordar hombres que con optimismo lucharon por hacer de esta la institución de la que toda una ciudad se siente orgullosa; hombres que estuvieron a la altura de su tiempo, que defendieron, respetando las ideas ajenas, la noble y visionaria idea de este centro de pensamiento libre que por cuarenta años ha sido la Universidad Libre seccional Cúcuta.

Cuarenta años cumple la Universidad Libre en Cúcuta, tiempo que ha dedicado a formar hombres libres, líderes con visión del mundo, profesionales batalladores que han sabido construir una ciudad en medio de las inconstancias propias de su condición fronteriza, que han impulsado los más importantes cambios y transformaciones de nuestra nación, cuarenta años forjando una cultura de respeto por las ideas de los demás, fortaleciéndose para alcanzar un espacio en el panorama nacional.

Pero si bien es importante el pasado y todo lo que para la Universidad Libre representa, más importante es el futuro; decía Ortega y Gasset «la vida es una faena que se hace hacia delante» por tanto, «nuestro espíritu está siempre en el futuro». Hacia allá va dirigida la mirada de esta institución, velando por el porvenir de la sociedad a la que se debe.

La Universidad Libre seccional Cúcuta, se repiensa en cada una de sus acciones, es una institución consciente de la responsabilidad que le corresponde en la construcción de un futuro mejor para todos. Sus docentes, sus investigadores, sus estudiantes, los directivos de la institución, tienen un propósito común, como uno solo, con la ideología y los principios definidos por sus fundadores están convencidos de que su aporte contribuirán a hacer de esta la nación grande y gloriosa con la que todos soñamos.

Cuarenta años  
formando líderes.



BENJAMÍN HERRERA CORTEZ  
1853-1924  
Fundador de la Universidad Libre



# TABLA DE CONTENIDO

## DERECHO ADMINISTRATIVO

- ¿Conciliar o no conciliar? El precedente jurisprudencial frente a la discrecionalidad administrativa de los comités de conciliación.....7  
*Por: Diana Carolina Pineda Fajardo*

## DERECHO CONSTITUCIONAL

- La ratio decidendum en la búsqueda del sentido de la tipicidad como elemento del debido proceso.....29  
*Por: Luis Antonio Muñoz Hernández*

## DERECHO LABORAL

- Neogarantismo en el sistema de riesgos laborales.....43  
*Por: Luis Alberto Torres Tarazona*
- Algunas reflexiones presentes para el futuro del derecho del trabajo.....59  
*Por: Sandro José Jácome Sánchez*

## DERECHO PROBATORIO

- La carga de la prueba en el Estado Social de Derecho.....75  
*Por: Pedro Alirio Sánchez Novoa*
- La valoración del documento electrónico en Colombia.....87  
*Por: Cindy Charlotte Reyes Sinisterra*
- Lo probable y lo demostrable. Una aproximación a la obra de Lawrence Jonathan Cohen....111  
*Por: Orión Vargas Vélez*

## HISTORIA DEL DERECHO

- Alexander Von Humboldt: sus ideas filosóficas, políticas, jurídicas y sociales en la obra viaje a las regiones equinociales del nuevo continente.....125  
*Por: Hermann Petzold-Pernía*

## **CULTURA JURÍDICA**

Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico prevalente.....155  
*Por: Jennifer Patricia Santos Ibarra*

## **REFLEXIONES DE UN GRAN MAESTRO DEL DERECHO PROCESAL**

El juez civil y el principio de oportunidad.....173  
*Por: Jorge W. Peyrano*

Guía de Autores.....179

## ¿CONCILIAR O NO CONCILIAR? EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL FRENTE A LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN\*

*To conciliate or not to conciliate? the jurisprudential precedent in front of the administrative discretionary of the conciliation committees*

*Recibido: 26 de octubre del 2012*

*Revisado: 9 de diciembre del 2012*

*Aceptado: 20 de enero del 2013*

*Diana Carolina Pineda Fajardo\*\**

### RESUMEN:

La Conciliación Extrajudicial Contenciosa Administrativa ha sido establecida, entre otras razones, con el fin de descongestionar la justicia contenciosa administrativa y evitar lesiones patrimoniales a las Entidades de Derecho Público, otorgándoles, a través de los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial, la potestad de decidir en cada caso, la procedencia de conciliar o no. La Discrecionalidad Administrativa que gozan dichos Comités tiene límites, como lo es la jurisprudencia, por tal razón en el presente escrito se pretende analizar si las entidades públicas deben acogerse a los precedentes jurisprudenciales cuando son llamadas a conciliar casos que por su naturaleza fáctica y jurídica son similares a los ya fallados por las altas cortes, existiendo precedente jurisprudencial aplicable al caso.

### PALABRAS CLAVE:

Precedente jurisprudencial, comités de conciliación, conciliación contenciosa administrativa, discrecionalidad administrativa.

### ABSTRACT:

Administrative Litigation Settlement Reconciliation has been established, among other reasons, in order to relieve the administrative contentious justice and avoid injury public entities, through conciliation committees for legal defense, the power to decide in each case, the origin of reconciled or not. The administrative discretion enjoyed by these committees has limits, as the jurisprudence, for this reason in the present writing is to analyze if public entities must fulfill the legal precedents when they are called to reconcile for its legal and factual nature are similar to those were already judgement by the high courts

### KEY WORDS:

Jurisprudential precedent, Committees of Conciliation, Contentious administrative conciliation, administrative discretion.

\* Artículo inédito. Este artículo hace parte de la tesis de investigación «El principio de precaución en el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado» presentada en la Maestría en Derecho Administrativo, Modalidad Investigación, Universidad Externado de Colombia, adscrita a la línea de investigación en Responsabilidad del Estado, del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo.

\*\* Candidata a Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Universidad Industrial de Santander. Correo electrónico: carolinapineda\_abogada@hotmail.es



## INTRODUCCIÓN

La conciliación hace parte de uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, MASC, diseñados con el objetivo de generar en la comunidad una solución directa y amigable de las controversias que se presenten entre las partes, a través del diálogo y con la intermediación de un tercero neutral, denominado conciliador. Por tal razón, el legislador estableció para algunos procesos judiciales, entre los cuales se encuentra algunos asuntos de lo contencioso administrativo, la conciliación como un requisito de procedibilidad, con el cual se busca disminuir la congestión judicial, y la solución de las controversias de una forma ágil, eficaz y en corto tiempo.

En este sentido, la Ley 23 de 1991 (Congreso de la República, 1991)<sup>1</sup>, por la cual se crearon mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, ante la apremiante congestión en lo contencioso administrativo, otorgó la posibilidad a las personas de derecho público de conciliar extrajudicialmente, los conflictos de carácter particular o contenido patrimonial que se debatan ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en los cuales se ejerzan las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. Posteriormente, en el año 2009, a través de la Ley 1285 de 2009 (Congreso de la República, 2009), el

Congreso de la República, estableció la conciliación de lo contencioso administrativo, en los asuntos anteriormente señalados, como requisito de procedibilidad para acceder a la justicia contenciosa administrativa (Congreso de la República, 2009)<sup>2</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, y ante la necesidad de que las personas de derecho público se blinden con un adecuado frente de defensa judicial que cuide de sus intereses, el Decreto 1716 de 2009, reguló la conformación de los Comités de Conciliación para la defensa judicial de dichas entidades, diseñándolos como «una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad» (Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009, Artículo 16), quienes tendrán la tarea de decidir cada caso en específico sobre la procedencia de conciliar o no, sujetándose a las normas sustantivas, procedimentales y de control vigente (Presidencia de la República, 2009)<sup>3</sup>.

Ahora bien, es cierto que la Ley ha consagrado la discrecionalidad de los Comités de Conciliación para la defensa judicial de las Entidades Públicas, con el objeto de que, entre otras facultades, decidan en cada caso particular sobre la procedencia de conciliar ó no conciliar. Pero, dicha discrecionalidad va

1 Artículo 59: «Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ventilan mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.» (Congreso de la República, 1991).

2 Artículo 13: «Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente: Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.» (Congreso de la República, 2009).

3 Artículo 16: «Comité de Conciliación. El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad. Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité. Parágrafo único. La decisión del Comité de Conciliación acerca de la viabilidad de conciliar no constituye ordenación de gasto.» (Presidencia de la República, 2009).

acompañada de un margen de restricción, el cual es el sometimiento de sus decisiones, a las Normas y a la Jurisprudencia aplicable al caso. Igualmente, establece que el fin de los Comités de Conciliación es, además de la defensa de la Entidad Pública, el evitar lesionar el patrimonio público y la prevención del daño antijurídico. Así las cosas, la Ley consagró expresamente la obligatoriedad de los Comités de acatar las normas y adoptar la Jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación, sin embargo, no menciona taxativamente el sometimiento de dichas entidades a los precedentes jurisprudenciales, como fuente de derecho, consagrado como tal en la Constitución, en la Ley y la Jurisprudencia.

Por lo expuesto, surge la inquietud de analizar la discrecionalidad administrativa de los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público frente a la aplicación de precedentes jurisprudenciales en situaciones fácticas y jurídicas similares en las que se convoque a la entidad a conciliar.

En tal sentido, el precedente jurisprudencial, por ser una figura propia del *common law*, y estar regido nuestro ordenamiento jurídico por el derecho greco-romano, ha tenido una acogida paulatina en nuestro ordenamiento, sin embargo, en la actualidad, y por los beneficios que la figura ofrece en garantías e igualdad de los administrados y en la administración de justicia, ha tomado tal fuerza, que ha pasado de estimarse, como un criterio auxiliar de la actividad judicial (Asamblea Constituyente, 1991)<sup>4</sup> (como lo establece la Constitución Política) a equipararse como fuente material de Derecho. La finalidad del Precedente Jurisprudencial, es la de fijar una posición

interpretativa por parte de autoridades judiciales, sobre circunstancias fácticas y jurídicas, que puedan ser aplicadas posteriormente a casos sustancialmente similares.

Entonces, si el Precedente Jurisprudencial es fijado por una Alta Corte Judicial con el fin de que la Administración de Justicia, resuelva casos que por su naturaleza jurídica y fáctica son similares. Y, bajo el entendido de que la conciliación en lo contencioso administrativo se estableció como un mecanismo que contribuya a la descongestión de la Administración de Justicia, a la efectiva protección y garantía de los derechos de los ciudadanos, y a la protección del patrimonio público, quedando en cabeza de los Comités de Conciliaciones para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público, la facultad de decidir conciliar o no conciliar cada caso en particular. Podría entenderse que, dada la potestad que ha sido radicado en cabeza de estos Comités, podría o debería, concebirse que su sujeción, o límite, radica no únicamente en las normas o leyes existentes y aplicables a cada caso, sino también, abarca la adopción de los precedentes jurisprudenciales que haya adoptado el Consejo de Estado y/o la Corte Constitucional en torno a situaciones fácticas y jurídicas similares, o simplemente dentro de la discrecionalidad que le ha dado la Ley de decidir la procedencia o no de la conciliación, pueden apartarse de los precedentes jurisprudenciales, argumentando otra salida jurídica.

#### PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Por consiguiente, tenemos que el problema jurídico a desarrollar en el presente escrito, se centra en: ¿Basados en la discrecionalidad administrativa

<sup>4</sup> Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. (Asamblea Constituyente, 1991)

pueden los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público apartarse de los Precedentes Jurisprudenciales frente a situaciones fácticas y jurídicas similares al momento de tomar una decisión de conciliar o no conciliar?

De acuerdo con lo anterior, en un primer examen del problema jurídico anunciado, podríamos señalar que los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público, no pueden excusarse en la potestad discrecional que goza la Administración, para apartarse de un Precedente Jurisprudencial adoptado por el Consejo de Estado y/o la Corte Constitucional, dado que la Discrecionalidad Administrativa no es absoluta, goza de unos límites entre los cuales se encuentran, el acatamiento de la Ley, la igualdad como principio y derecho fundamental, el principio de objetividad y deber de buen gobierno, y el interés público representado en el patrimonio público.

## **METODOLOGÍA**

En este sentido, el presente estudio ha sido orientado a través del método de investigación sistemático jurídico, dado que se pretende analizar la Discrecionalidad Administrativa de los Comités de Conciliación de las Entidades de Derecho Público en conjunto con el ordenamiento jurídico, y así determinar los alcances y límites de la potestad con la que cuentan dichas entidades de decidir la procedencia de conciliar o no cada caso en los que son llamados a conciliar, y así poder determinar la injerencia del precedente jurisprudencial frente a dicha facultad. En tal sentido, el presente escrito se orientó a través de una investigación documental, utilizando como instrumento la ficha de análisis documental y la técnica de análisis de contenido.

## **PLAN DE REDACCIÓN**

Llegado a este punto, procederemos a desglosar el plan de redacción, el cual se ha estructurado de forma deductiva, en tal sentido partiremos de lo general del tema para llegar a la particularidad del mismo. Por lo cual, se ha dividido el escrito en tres Capítulos, en el Primero de ellos examinaremos la evolución del precedente jurisprudencial en Colombia. En el Segundo Capítulo, enfatizaremos sobre la potestad de la Discrecionalidad Administrativa de los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público. Y por último, en el Tercer Capítulo analizaremos el precedente jurisprudencial como Fuente de Derecho y limitante de la Discrecionalidad Administrativa de los Comités de Conciliación para La Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público.

- 1. EVOLUCIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA**
- 1.1. LA JURISPRUDENCIA COMO CRITERIO AUXILIAR DE INTERPRETACIÓN DE JUSTICIA**

Nuestro ordenamiento jurídico de origen greco romano ha fijado como su principal fuente de derecho a la Ley, por el contrario para el sistema jurídico del *common law*, su fuente principal de derecho radica en la jurisprudencia, en tal sentido, los casos que se deban resolver han de fundamentarse en precedentes judiciales, es decir, en sentencias anteriormente pronunciadas donde hayan ocurrido hechos similares al caso a resolver. Siendo ésta la principal razón por la cual la teoría del precedente jurisprudencial ha entrado paulatinamente y con cierta incertidumbre en nuestro ordenamiento jurídico, dado que en un principio era inconcebible pensar en la jurisprudencia como fuente de derecho, sino como un simple criterio auxiliar de interpretación de justicia.

En tal sentido, nuestro Código Civil establece en su Artículo 17 los efectos de las Sentencias Judiciales, restándoles fuerza obligatoria, limitando sus alcances únicamente respecto de las causas en que fueron pronunciadas, es decir, sobre el objeto de la Litis, prohibiéndole a los jueces vincular los efectos de las sentencias a otros negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

Ahora bien, revisemos brevemente el proceso legislativo que en Colombia ha tenido la jurisprudencia, como criterio auxiliar de interpretación judicial a fuente de derecho. La Ley 61 del 25 de noviembre de 1886 fue la primera norma en establecer el concepto de doctrina legal y de darle la connotación de criterio auxiliar de interpretación de justicia a la jurisprudencia al fijar en su artículo 39 lo siguiente:

«Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso» (Consejo Nacional Legislativo, 1886).

De lo cual se contempla que la jurisprudencia, o las decisiones de la Corte, son sólo criterios auxiliar de interpretación judicial, dado que las decisiones que tome en caso sometido a su estudio deben estar basadas en la Ley, y las decisiones tomadas con anterioridad que puedan llegar a

constituir doctrina probable son sólo aquellas que hacen referencia a la interpretación de una norma o al vacío legal que la misma deja.

Posteriormente, la Ley 153 del 15 de agosto de 1887 trajo consigo el concepto de *doctrina legal más probable*, las cual la constituían tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, pudiéndola aplicar los jueces solamente en casos dudosos (Presidencia de la República, 1887)<sup>5</sup>. Por su parte, la Ley 105 del 24 de noviembre de 1890 preceptuó en su artículo 371 la noción de *doctrina legal*, siendo esta:

La interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para llenar los vacíos que ocurran, es decir en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso (Ley 105 del 24 de noviembre de 1890, Artículo 371).

En 1896 la Ley 169 del 31 de diciembre derogó el artículo 371 de la Ley 105 de 1890 que contemplaba el concepto de *doctrina legal*, y subrogó el artículo 10 de la ley 153 de 1887 que hacía referencia a *doctrina legal más probable*, y por su parte estableció en su artículo 4 la noción de *doctrina probable*, según la cual «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

<sup>5</sup> ARTÍCULO 10. En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable. (Presidencia de la República, 1887)

para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores». Esta medida abrió la posibilidad a los jueces de aplicar en casos análogos decisiones que hayan adoptado la Corte Suprema sobre un mismo punto de derecho, y no sólo en casos dudosos como lo contemplaba la doctrina legal más probable.

El anterior cambio a «*doctrina probable*» juega un papel importante con el derecho a la igualdad, derecho introducido por el artículo 16 de la Constitución de 1886; la interpretación jurisprudencial del mismo, dio origen al principio de igualdad ante la Ley, principio que fue incorporado en el artículo 13 de Constitución de 1991, que establece la igualdad ante la Ley, y la igualdad de trato de las autoridades.

Debe aclararse, como lo hizo en su oportunidad, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-836 de 2001, que el concepto de doctrina probable debe entenderse en un sentido orgánico y hacerse extensivo, a su vez, a la jurisprudencia emitido por el Consejo de Estado, dado que:

En el año de 1896 cuando se promulgó la Ley 169 la Corte Suprema de Justicia era la cabeza única de la jurisdicción y a pesar de que el Consejo de Estado también contaba con un fundamento constitucional como cabeza de la justicia contencioso administrativa, el ejercicio de esta competencia estaba supeditado constitucionalmente a que la ley estableciera dicha jurisdicción. Posteriormente,

en 1905, el Acto Legislativo No. 10 suprimió el Consejo de Estado, sin que jamás hubiera ejercido su función jurisdiccional. No fue sino hasta el año de 1910, mediante el Acto Legislativo 03, desarrollado por la Ley 130 de 1913, que se dispuso la creación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, restableciéndose el Consejo de Estado a través del Acto Legislativo 01 de 1914. Fue sólo hasta entonces que se estableció en nuestro país la dualidad de organizaciones jurisdiccionales (Sentencia C-836-2001, 2001).

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que cada jurisdicción goza de autonomía judicial dado que los temas que se tratan en una y otra son diferentes especialidades, por tanto, la prerrogativa de la doctrina probable debe entenderse aplicable a cada jurisdicción, ordinaria, constitucional y administrativa, conforme a las disposiciones de sus Altas Cortes.

Llegando a este punto, podemos señalar que la facultad que ha otorgado la Ley y la Constitución a la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado y la Corte Constitucional de fijar criterios que orienten el ordenamiento jurídico en la decisión de casos análogos, conlleva a la unificación de jurisprudencia y a la interpretación del ordenamiento positivo, conforme a la realidad social y a los cambios de la misma; a la igualdad ante la Ley y de trato por parte de las autoridades, el principio de buena fe en las autoridades, la seguridad jurídica y la confianza legítima depositada en las mismas (Sentencia C-836, 2001)<sup>6</sup>.

6 La fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Corte Constitucional, Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. (Sentencia C-836, 2001)

## 1.2. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL

Una vez examinado el recorrido histórico legislativo que llevo a la creación de la noción de doctrina probable, otorgando fuerza vinculante a tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho que expidan en casación la Corte Suprema de Justicia, y por interpretación orgánica de la norma, el Consejo de Estado, entraremos a revisar, el concepto del precedente jurisprudencial constitucional, teniendo de presente que ha sido la Corte Constitucional quien a través de su jurisprudencia se ha encargado de darle fuerza a la teoría del precedente jurisprudencial.

Como primera medida, es necesario traer a colación dos jurisprudencias de la Corte Constitucional, la Sentencia C-104 de 1993 y la Sentencia C-836 de 2001, que plasman la diferencia entre dos clases de precedentes, uno el constitucional y el otro expedido por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Pues bien, la Sentencia C-104 de 1993, acogiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, basa la diferencia entre la sentencias de la Corte de

Constitucionalidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (recordemos que por sentido orgánico debe entenderse a su vez Consejo de Estado) en la cosa juzgada constitucional, dado que la jurisprudencia emitidas por la Corte Constitucional constituyen precedente obligatorio, con efecto *erga omnes*, obligando la adopción de sus efectos a futuro y su aplicación ulterior. Diferente a la jurisprudencia promulgada por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado que tiene efectos *inter partes* o como criterio auxiliar de interpretación de justicia, toda vez que en ellas se debaten intereses contrapuesto de los litigantes, mientras que en la Corte Constitucional se revisa la constitucionalidad de las normas, leyes y decretos (Sentencia C-104, 1993)<sup>7</sup>.

Por su parte, la Sentencia C-836 de 2001 hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y sus efectos vinculantes a casos posteriores similares, dado que es la misma Constitución la que otorga fuerza normativa a la doctrina elaborada por la Corte, todo en pro de los derechos de los ciudadanos a una interpretación uniforme y constante del ordenamiento jurídico, al

7 Se observa que entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el resto de jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país -en la que se encuentra la del Consejo de Estado-, existen semejanzas y diferencias. Las semejanzas consisten en que se trata de un pronunciamiento jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada. Las providencias tanto de la Corte Constitucional -art. 21 del Decreto 2967 de 1991-, como del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad -art. 175 del código contencioso administrativo- tienen efectos erga omnes, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos inter partes. Las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del código contencioso administrativo (reproducción del acto suspendido). Tales providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar -art. 230 CP-, para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior. Así lo había establecido la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirmó lo siguiente: No hay duda de que en el proceso constitucional que se sigue ante la Corte Suprema de Justicia, rige y existe la institución de la COSA JUZGADA que le da firmeza a las decisiones que adopte... Pero en el proceso constitucional dicho instituto no está rigurosamente asentado en la triple identidad que lo caracteriza en el proceso civil, ya que la índole propia que lo distingue de los demás procesos establece matices o modalidades a dichos ingredientes, o los excluye como presupuestos de dicha institución. Con respecto a la IDENTIDAD DE PARTES, requisito fundamental de la cosa juzgada en el proceso civil, en el constitucional no se da pues en él no se presenta enfrentamiento entre litigantes con intereses contrapuestos, y ni siquiera el Estado autor de la norma general que se acusa, asume esta posición por conducto del Procurador General de la Nación ya que la intervención de éste en dicho proceso, se impone en guarda y prevalencia del ordenamiento constitucional. Por ello en la revisión oficiosa de constitucionalidad de los decretos legislativos que el Presidente de la República dicta con fundamento en las facultades de los artículos 121 y 122 de la Constitución, y en la de los proyectos de ley objetados de inconstitucionalidad por el gobierno, el proceso nace y se adelanta sin que medie demanda o solicitud de parte. Cuanto a la identidad de la *causa petendi* (*eadem causa petendi*) debe tenerse en cuenta que el juez de la constitucionalidad no está limitado a examinar la norma acusada que (sic) sólo a través de los motivos que haya aducido el demandante, ya que la Corte debe confrontar el acto acusado con la norma fundamental no solo por las razones que presente el actor, sino a la luz de todos los textos constitucionales y por todas las posibles causas de inconstitucionalidad que exista, a fin de que la decisión final produzca efectos absolutos y erga omnes respecto de los textos acusados... Así las cosas, tienen diferente fuerza jurídica, por disposición de la Constitución, la jurisprudencia constitucional y el resto de la jurisprudencia del país (Sentencia C-104, 1993).

derecho a la igualdad en la administración de justicia, la confianza legítima y la seguridad jurídica que depositan los ciudadanos en los jueces. En tal sentido, los jueces no podrán apartarse de la doctrina fijada por la Corte de forma caprichosa, omitiendo el deber constitucional de brindar seguridad jurídica (Sentencia C-836, 2001)<sup>8</sup>.

En otro orden de ideas, considera el profesor Carlos Bernal Pulido:

Las reglas que determinan la vinculación y la aplicación del precedente judicial en Colombia han sido sobre todo una creación jurisprudencial. Ellas se refieren en lo esencial a tres grandes aspectos: la interpretación del artículo 230 de la Constitución, la identificación de los precedentes y la posibilidad de inaplicar y modificar los precedentes.

Así las cosas, contrario a la exigencia para constituir doctrina probable en el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en donde se requiere tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho; la Corte Constitucional ha establecido que una sola sentencia constitucional puede servir de precedente jurisprudencial, dado que no toda la Sentencia *per se* constituye precedente, la fuente de dicha figura radica en la *ratio decidendi* (Iturralde)<sup>9</sup>, razón por la cual se

hace necesario distinguir entre ->*decisum*>, <<*obiter dicta*>> y <<*ratio decidendi*>>-. Dicha distinción la encontramos en la Sentencia de Unificación SU-1300 del 6 de diciembre 2001 de la Corte Constitucional:

En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de *Decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter dicta*, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El *decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o <<dichos de paso>>, no tienen poder vinculante, sino una <<fuerza persuasiva>> que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación.

8 La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular (Sentencia C-836, 2001).

9 El precedente, conforme lo anterior, se le tiene bajo la construcción jurídica del sistema de *common law*, como una fuerte formal de creación del Derecho, diferente de la ley, y originada en las decisiones judiciales, específicamente en las razones que le sirvieron de sustento a la misma - *ratio decidendi*-, esto es, en la solución jurídica a una situación fáctica específica, la cual, por efectos de la evolución del sistema, pasa a convertirse en un antecedente vinculante en una especie de paradigma de solución frente a casos similares o semejantes que puedan ocurrir con posterioridad - *stare decisis*-, configurando de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico, una clara regla o norma de contenido jurídico, demarcando un principio o definiendo un concepto adecuado y propio en materia jurídica (Iturralde).

En el mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 la Corte admitió que «tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.

(...)

En la sentencia que se viene siguiendo, se precisa que «en realidad son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente ‘puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores’». El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. (SU-1300, 2001).

Así las cosas, el precedente jurisprudencial constitucional tiene su centro de atención en una parte de la

providencia, en la *ratio decidendi*, la razón en la que se fundamenta la decisión adoptada por el Juez Constitucional, y que sirve de fundamento jurídico para resolver casos análogos, en tal sentido la *ratio decidendi* es una construcción jurídica acorde a la Constitución que fija el sentido de la norma constitucional según el problema jurídico plantado, correspondiéndole al juez que va aplicarla una sentencia determinar qué considera como *ratio decidendi*, para lo cual deberá examinar a su vez las demás sentencias que se vinculan dentro de la providencia para resolver el problema jurídico que se ha planteado para el caso a decidir.

### 1.3. LA UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En materia Contenciosa Administrativa la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempla en el Artículo 10 el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, según el cual:

Artículo 10: Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Disposición que fue declarada constitucionalmente exequible por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-634 del 24 de agosto de 2011, Magistrado

Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, en el entendido que:

[L]as autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

De este artículo se vislumbra que el legislador ha dotado a la jurisprudencia del carácter de fuente formal de derecho, en tal sentido ha expresado la Corte Constitucional en la sentencia en mención que:

[E]l Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional. Además, este último argumento permite hacer compatible la actividad creadora de derecho por parte de los jueces con el principio democrático. En efecto, en las sociedades contemporáneas, merced a la complejidad de las relaciones entre sus agentes, es imposible que las asambleas representativas puedan configurar preceptos que solucionen, de manera

específica, todos los casos posibles. Por ende, es inevitable (y como se verá más adelante incluso necesario y valioso) que los jueces conserven la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador. (Sentencia C-634 , 2011)

Es de anotar que la figura de unificación jurisprudencial que pretende el Legislador adoptar en materia contenciosa administrativa hasta ahora ha comenzado su proceso de aplicación y puesta en práctica, por lo tanto, aún no se tienen resultados de su efectividad y eficacia, sin embargo, la finalidad que se persigue con la misma vislumbra un escenario en el que se ínsita a las autoridades a adoptar la jurisprudencia, y no solo la Ley, como fuente de derecho y por ende como regla vinculante a la hora de resolver casos sometidos a su estudio, lo que conlleva a la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza de los administrados en las entidades pública.

## **2. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO**

### **2.1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA**

La Discrecionalidad Administrativa es una figura propia de la Administración Pública, entendiéndose ésta última, en forma general y abstracta como una forma de organización, diseñada y estructurada para el ejercicio de la función pública y la gestión del Estado en la consecución de sus fines y de la satisfacción del interés general. Dado el fin de la Administración Pública, sus actuaciones están regidas por

actos reglados y actos discrecionales, tendientes a la legalidad y el interés general.

Por competencia reglada, se entiende «aquel sometimiento por parte de la Administración a actuar en un sentido determinado, sin posibilidad de apreciación o de escogencia» (Morand -Deviller, 2010). En tal sentido HUGO MARIN, respecto a los actos reglados expresa: «la Administración se ve limitada a constatar la ocurrencia de las circunstancias que configuran el supuesto de hecho normativo para aplicar la correspondiente consecuencia jurídica -ésta y aquél detalladamente fijados por el precepto en cuestión, que no deja espacio alguna a la más mínima valoración subjetiva» (Marín Hernández, 2007)

Ahora bien, en tanto a la Discrecionalidad Administrativa, entiende MORAND -DEVILLER, que «hay poder discrecional cuando la administración dispone de cierta libertad de acción -actuar o no actuar-, y de decisión -escogencia entre varias soluciones legales-. En una competencia modulable, graduada, según «escala de discrecionalidad» (Morand -Deviller, 2010). Por su parte, HUGO MARIN, señala que:

[C]uando estamos en presencia de facultades discrecionales la autoridad administrativa se encuentra frente a disposiciones que le confieren esa mayor o menor libertad de juicio y decisión, habida cuenta que alguno de los elementos integrantes de la norma jurídica que aplica (de acuerdo con su estructura clásica (...), supuesto de hecho y consecuencia jurídica) no ha sido agotadora y plenamente contemplado por el legislador. (Marín Hernández, 2007)

Por consiguiente, tenemos que la discrecionalidad administrativa es aquella

potestad que goza la Administración para tomar decisiones en aquellos espacios que la Ley no ha regulado total o parcialmente. Al ser un principio general de nuestro ordenamiento jurídico, el de la legalidad, es la misma Ley la que otorga las potestades discrecionales a la Administración, la que abre la puerta para que la Administración de forma autónoma adopte determinada decisión en un caso concreto, estableciendo su límite en la misma legalidad y en el interés general. Es por ello que la discrecionalidad administrativa no debe entenderse como potestad absoluta, porque se confundiría con arbitrariedad, al contrario, debe entenderse, como la potestad que se otorga a la Administración para que sea ésta quien determine en cada caso concreto cómo ejecutará la norma que la habilita a tomar una decisión en la que pondere el interés público o colectivos, con los interés y derechos individuales, bajo la primacía de la legalidad.

En tal sentido, cuando la Administración goza de potestad discrecional, tiene la tarea de analizar en cada caso específico, cuál es el interés general que se persigue, o qué intereses se verían afectados con la decisión a adoptar. Es de aclarar, que la facultad de la Administración, en cada caso en particular donde goza de discrecionalidad administrativa, es la de ponderar cuál es la mejor solución ante los hechos e interés comprometidos para la satisfacción del interés público, el cual no lo determina la Administración, sino que está previamente definido y fijado por los órganos de dirección política, en nuestro caso el Congreso como poder legislativo, y el Gobierno por ser quien determina los lineamientos políticos a seguir por la Administración. Concluyendo, la discrecionalidad es la facultad de elegir cuál es la solución más acorde a la satisfacción del interés general o público, siendo éste el componente máximo de la discrecionalidad.

Finalmente, traemos a colación el concepto de Discrecionalidad Administrativa desarrollado por HUGO MARIN, quien la define como:

[E]l margen de relativa libertad discrecional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos -aun de componente extrajurídicos- en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico. (Marín Hernández, 2007)

Así las cosas, la discrecionalidad administrativa encuentra su fundamento en la libertad que otorga la Ley a la Administración, de ser autónoma en la toma de decisiones, frente aquellos supuestos de hecho en los que la Ley no ha establecido o fijado norma jurídica sobre cómo debe resolverse el mismo. Lo anterior da cabida a examinar esa potestad

discrecional en los caso de conciliación en los que son convocados la entidades de derecho publico, pues si bien la Ley da la potestad a los Comités de Conciliación de fijar políticas para la defensa judicial de las entidades publicas a las cuales están adscritas, es necesario revisar y por ende integrar la norma que otorga esta discrecionalidad con el resto del ordenamiento jurídico con el fin de determinar los límites de la misma, y en especial la injerencia del precedente jurisprudencial en dichos límites y en la satisfacción del interés tanto particular como general de los Administrados de que las actuaciones de la Administración se ciñan al ordenamiento jurídico en su conjunto.

## 2.2. LA FACULTAD DE CONCILIAR O NO CONCILIAR COMO POTESTAD DISCRECIONAL DE LOS COMITÉS PARA LA DEFENSA JUDICIAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

La conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos ha sido reglada por el legislador, quien ha dispuesto como obligación la creación de Comités de Conciliación para la Defensa Judicial en algunas entidades de derecho público (Presidencia de la República, 2009)<sup>10</sup>, tales como, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles. En tal sentido, ha puesto en cabeza de los Comités de Conciliación, entre otras funciones, la potestad de decidir en cada caso particular, en la que es convocado la entidad a conciliar, la decisión de conciliar o no conciliar.

10 Artículo 15. Campo de aplicación. Las normas sobre comités de conciliación contenidas en el presente capítulo son de obligatorio cumplimiento para las entidades de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles. Estos entes pondrán en funcionamiento los comités de conciliación, de acuerdo con las reglas que se establecen en el presente decreto. Parágrafo único. Las entidades de derecho público de los demás órdenes podrán conformar comités de conciliación. De hacerlo se regirán por lo dispuesto en el presente decreto. (Presidencia de la República, 2009)

Pero, ¿qué es la conciliación extrajudicial en lo contencioso administrativo? Como lo hemos mencionado, la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, un instrumento de autocomposición, que sirve como medida preventiva y de solución directa entre las partes de sus controversias, sin necesidad de acudir a la vía procesal. En este caso, las partes de la conciliación contenciosa administrativa son, el convocante o los convocantes, sean personas naturales o jurídicas de derecho privado o público, y el convocado o convocados, personas de derecho público o personas privadas que ejercen funciones públicas.

Dado a que las partes convocadas representan al Estado y por ende el interés general, la conciliación extrajudicial contenciosa administrativa goza de un tratamiento especial. En primera medida, es obligatoria como requisito de procedibilidad, cuando las pretensiones objeto a reconocimiento, giren en torno a la nulidad y restablecimiento de derecho, la reparación directa o sobre controversias contractuales. Segundo, el Ministerio Público en cabeza de los procuradores judiciales, son los únicos que tienen la facultad para actuar como conciliadores extrajudiciales, teniendo la tarea de dirigir la conciliación y velar para que las decisiones adoptadas por las partes sean acordes a derecho y no vayan en detrimento del Estado, la legalidad y el interés general. Tercero, el acuerdo conciliatorio siempre requiere la aprobación judicial, siendo el juez de lo contencioso administrativo el encargado de revisar la legalidad de lo conciliación y la no vulneración del patrimonio público. De lo anterior se contempla que la conciliación extrajudicial administrativa goza de tal importancia que para su firmeza requiere de la procuraduría como conciliador, y de la aprobación judicial, razón por la cual, cuando las partes llegan a un acuerdo durante la conciliación y la misma es

aprobada por la justicia administrativa, tal acuerdo goza de control de legalidad y por tanto se presume legal.

Abordado en forma general la finalidad de la conciliación extrajudicial contenciosa administrativa, entremos a revisar qué son los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las entidades públicas, cuáles son sus funciones y cómo opera la discrecionalidad administrativa en sus decisiones.

Como ya se ha indicado, los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de una Entidad Pública, son instancias administrativas, encargadas de estudiar, analizar y formular políticas para la prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses de la entidad; igualmente, tienen la tarea de decidir en cada caso particular, sobre la procedencia de conciliar o no conciliar, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, según lo dispone el artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, norma que establece en el artículo 19 las funciones de los Comités de Conciliación, entre las cuales se encuentran:

1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.
2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.
3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones administrativas de las entidades, así como las deficiencias de las actuaciones procesales por parte de los

apoderados, con el objeto de proponer correctivos. 4. Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto. 5. Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada. (...). (Presidencia de la República, 2009)

De las funciones esbozadas, se contempla la de «Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros para actuar en las audiencias de conciliación» (Presidencia de la República, 2009). De donde se observa claramente la potestad discrecional que la Ley ha instaurado en las entidades de derecho público a través de sus comités de conciliación, dado que otorga una libertad de actuación facultada por la Ley (determinar procedencia o improcedencia de conciliar), y como tal, dicha facultad está reglada y limitada por la misma Ley al disponer que sus actuaciones deben estar sometidas a las

normas sustanciales, procedimentales y a las pautas jurisprudenciales. Siendo esto un claro ejemplo de que todas las competencias de la administración son regladas, pero no en absoluto, dado que es la misma norma la que otorga a la administración la potestad discrecional para decidir su actuación en determinado momento.

Aunado a lo anterior, en cuanto a la competencia reglada y poder discrecional, es válido traer a colación al profesor francés Georges Vedel, quien al respecto considera:

Son como mínimo tres los aspectos en los cuales toda decisión administrativa está reglada: el primero, la *competencia* del órgano actuante, siempre prefijada por la ley, que de forma imperativa establece las atribuciones de cada agente administrativo; el segundo, los *motivos*, vale decir, los presupuestos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión, que deben ser siempre «*material y jurídicamente exactos*», aun cuando la administración disponga de discrecionalidad para apreciar las consecuencias que se derivan de los mismos; y el tercero, el *fin* perseguido, que debe ser siempre de interés público. Además de estas tres reglas, que son constantes, la discrecionalidad de la Administración puede hallarse más o menos reducida por las leyes y reglamentos que regulen el ámbito de su actividad» (Geroges, 1980)<sup>11</sup>.

11 Vedel, Georges, Derecho administrativo, J. Rincón Jurado (trad. De la 6ª ed.), Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. 264. Citado por: Marín Hernández, Hugo. (2007) *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia.

Desglosemos el concepto de VEDEL en cuanto a los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las entidades públicas y el tema tratante. En primera medida, la *competencia* de los Comités es reglada, el Decreto 1716 de 2009 regula en el Capítulo II lo concerniente a los Comités, sus funciones, su conformación e integración en pro de la prevención del daño antijurídico y la defensa de los intereses de la entidad. Como instancia administrativa que tiene a su cargo la gerencia jurídica de la entidad a la cual se encuentra adscrita, los *motivos* bajo los cuales sustenta sus decisiones deben ser conforme a derecho, en tal sentido, la decisiones que tomen en cada caso sometido a su análisis sobre la procedencia de conciliar o no conciliar, no puede ser arbitraria ni jurídicamente inviable, dado que la discrecionalidad de la que gozan, no es absoluta, *contrario sensu*, es limitada por las normas y la jurisprudencia aplicables al caso. Lo anterior es derivado del *fin* que se persigue con la conformación de dichos Comités en las entidades de derecho público, ya que como instancia administrativa encargada de la defensa judicial de la entidad debe velar por la salvaguarda del interés general, del patrimonio público y de los intereses de la entidad, además, deben tener presente la finalidad de la conciliación prejudicial que como mecanismo alternativo de solución de conflicto, busca evitar el desgaste judicial y en tiempo de la entidad en aquellos casos que por su naturaleza fáctica y jurídica pudieran ser conciliados y no llevados a una instancia judicial.

### 3. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL COMO FUENTE DE DERECHO Y LIMITANTE DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN PARA LA DEFENSA JUDICIAL DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO

#### 3.1. DE LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Como se ha mencionado, la discrecionalidad administrativa no puede confundirse con el absolutismo del poder ni el desconocimiento del orden jurídico, político y social de un Estado, en este sentido, la discrecionalidad administrativa goza de unos límites y de unos medios de control, tendientes a evitar el abuso del poder.

##### 3.1.1. LEGALIDAD COMO LÍMITE DE LA DESVIACIÓN DE PODER: EL CONTROL DE ELEMENTOS REGLADOS.

El primer límite a la desviación del poder de la Administración lo encontramos en la misma facultad que otorgó dicha potestad discrecional. En un Estado social de derecho como el nuestro, donde el poder radica en el pueblo y la soberanía popular es trasladada a través de la democracia representativa al poder legislativo, es ésta quien determina por medio de las normas y leyes los fines esenciales del Estado, el interés general y establece las pautas para el cumplimiento de los mismo, fijando así, el límite por medio del cual debe circundar la Administración. De tal forma, que si el órgano legislador otorga a la Administración cierta libertad de decisión, sus actuaciones no deben ser ajenas a los lineamientos fijados por dicho órgano, dado que las mismas deben conllevar al cumplimiento de los fines e intereses generales establecidos, evitando caer en la desviación del poder.

Por desviación de poder entiende el Consejo de Estado:

[L]a desviación de poder, es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el fin que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera pues, que este vicio se reconoce, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse. (Sentencia N° 85001-23-31-000-2004-01989-02 , 2011)

Además de lo anterior, la legalidad, se convierte así en un límite a la discrecionalidad administrativa, a la desviación del poder autoritario no devengado de la soberanía popular, sino de un interés particular, conllevando lo anterior a la igualdad y a la seguridad jurídica. Y, aunque en algunos casos, sea tan grande o amplio el margen de libertad que el legislador ha entregado a la Administración, no estableciendo en norma expresa los límites a dicha facultad, debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo, conectándose así con los principios generales de derecho, los derechos fundamentales, el interés general, los fines del Estado e incluso a los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado. Es de recordar, que la discrecionalidad administrativa permite a las autoridades una pluralidad de soluciones justas, las cuales deben dirigirse siempre a la consecución del fin determinado que ha establecido el

legislador a través de la norma que atribuye dicha potestad.

### **3.1.2. EL CONTROL DE LOS HECHOS DETERMINANTES.**

La autoridad administrativa a la cual la norma, le ha otorgado potestad discrecional sobre determinado asunto, lo primero que debe revisar para hacer uso de la misma, es el hecho sometido a su conocimiento, el supuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata; en segundo lugar, debe realizar una subsunción de esa realidad en la norma desencadenando una consecuencia jurídica originada de las múltiples posibilidades legales de elección que tiene. En tal sentido, el fundamento factico ineludiblemente no puede variar, ni tiene posibilidades de elección por parte de la administración, es una y solamente una, lo que puede variar es la interpretación y valoración que la administración realice sobre dicha realidad para subsumirla dentro de la normatividad que considere pertinente.

Es decir, la discrecionalidad administrativa radica en la subsunción o la correspondencia que realice la Administración entre el supuesto de hecho y el fundamento normativo para tomar una decisión, y el control a tal potestad radica en que el hecho es el que es, no pudiéndose modificar, control que se diferencia a la interpretación que del hecho haga la Administración.

### **3.1.3. CONTROL BASADO EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.**

Aunado al principio de legalidad, se encuentra el control a la discrecionalidad administrativa basado en los Principios generales del derecho, los cuales orientan la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. La Constitución Política en su artículo 230 los establece

como criterios auxiliares de la actividad judicial, en tal sentido, ante la ausencia de la Ley como supuesto máximo de límite a la discrecionalidad, la Administración debe tener en cuenta los Principios generales del derecho, entre los cuales se encuentran la objetividad e imparcialidad, la confianza legítima e igualdad, entre otros, siendo estos los que nos interesan en el presente estudio.

### **3.1.3.1. CONTROL BASADO EN LA OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD.**

El control basado en la objetividad e imparcialidad es el denominado como «deber de una buena administración», la imparcialidad va cobijada como deber propiamente del funcionario público, mientras que la objetividad, de la Administración como tal. La imparcialidad conduce a que los funcionarios públicos en una situación fáctica determinada valoren los hechos y, por ende, la norma aplicable a los mismos, y la consecuencia de dicha valoración, sin tener en cuenta los sujetos inmersos en los fundamentos fácticos, evitando la peticionamiento de la Administración y el tratamiento desigual o favorable a personas determinadas por sus condiciones de amistad o enemistad, preferencias políticas o personales, siendo por tanto, la imparcialidad una consecuencia de la igualdad de trato ante la Ley, el motivo que conllevo a la toma de una decisión, cual quiera que sea, de una autoridad administrativa, debe estar circunscrito a la Ley, y no al interés particular.

Por su parte, la objetividad hace relación a la valoración que la Administración realiza sobre todos los puntos en juego, positivos o negativos, que puedan llegar afectar tanto el interés general como el interés público en un caso determinado. Así las cosas, la Administración antes de tomar una decisión, debe valorar todas las

circunstancias jurídicas, políticas, económicas, sociales, ambientales que puedan llegar afectar, realizando una ponderación sobre los mismos para llegar a la toma de una decisión.

Lo anterior, conduce al deber de buen gobierno, el que cataloga el profesor HUGO MARÍN como:

[E]l correcto ejercicio de la función administrativa que se concreta en la detallada y cuidadosa investigación de las circunstancias de hecho del caso sometido a examen, en la disposición de los mecanismos que posibiliten la participación real y efectiva de todos los ciudadanos interesados en el mismo a fin de que aporten nuevos y distintos elementos de juicio que ilustren el que haya de ser adoptado como criterio decisorio, igualmente, en la racional y razonable ponderación de los diferentes derechos, interés y principios jurídicos implicados, todo lo cual habrá de redundar en un incremento no sólo de la calidad de las decisiones administrativas discrecionales en cuenta seguramente menos pasibles de contravenir el ordenamiento, sino también de su legitimidad y de su idoneidad para servir de forma adecuada y oportuna a los intereses generales.» (Marín Hernández, 2007)

### **3.1.3.2. CONTROL BASADO EN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EN LA CONFIANZA LEGÍTIMA.**

La igualdad como principio general de derecho y derecho fundamental esta orientada a la consecución de igualdad de

trato, condiciones y oportunidades para las personas, no imponiendo cargas o perjuicios a una u otra en forma injustificada. En tal sentido, la Constitución Política reza en su artículo 209, que la función administrativa está al servicio del interés general y debe desarrollarse con fundamento, entre otros, al principio de igualdad. Es por ello que la Administración al hacer uso de una facultad discrecional debe ponderar que situaciones fácticas similares sean tratadas de la misma forma, sin discriminación alguna por factores políticos, económicos, religiosos, personales, entre otros. Igualdad que va de la mano del principio de confianza legítima, que es la expectativa legítima, basado en el principio de buena fe, que tiene el administrado en la Administración de que su caso, que es fáctica y jurídicamente similar o análogo a otro ya fallado y conocido por la misma, sea tratado de manera igual, prohibiendo dicho principio a la Administración ir en contra de su acto propio, generando así seguridad jurídica entre los administrados e igualdad de trato.

### **3.2. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL COMO LÍMITE DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LOS COMITÉS DE CONCILIACIÓN**

Una vez revisado a groso modo algunos de los límites a la discrecionalidad administrativa, revisemos si el precedente jurisprudencial puede ser entendido como límite a la potestad discrecional de los Comités de Conciliación de las Entidades de Derecho Público. En un primer contexto, según lo revisado anteriormente, bajo la primacía de la legalidad, la función de analizar las pautas jurisprudenciales por parte de los Comités de Conciliación en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada, y que la jurisprudencia es reconocida como fuente formal de derecho, se puede colegir que el precedente jurisprudencial es un límite a la potestad discrecional que goza

los Comités de Conciliación al decidir en cada caso concreto sometido a conciliación, el conciliar o no conciliar, y para fijar las pautas para el desarrollo de las audiencias de conciliación y los lineamientos a seguir en casos fácticos y jurídicos similares en los que son llamados a conciliar la entidad que representan.

Debe tenerse en cuenta la distinción realizada por la Corte Constitucional entre precedente constitucional y el precedente fijado por el Consejo de Estado como máximo órgano de lo contencioso administrativo. Por tanto, ha de traerse a colación que tres decisiones uniformes adoptadas por el Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, es decir, que el precedente en lo Contencioso Administrativo gira en torno a la Cosa Juzgada, mientras que en la Corte Constitucional, su fundamento se encuentra en la *ratio decidendi*, más no en la jurisprudencia en su totalidad. En dicho sentido, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha consagrado la figura de unificación jurisprudencial, como límite a la discrecionalidad de la Administración, quien debe tener en cuenta, al momento de tomar decisiones, las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado y las de la Corte Constitucional.

Por sentencias de unificación establece el CPACA en su artículo 270 que se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por:

- Importancia jurídica.
- Trascendencia económica o social.
- Necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.
- Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios

- Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Por otro lado, otra de las figuras novedosas del CPACA en su artículo 102, y que nos ayuda a confirmar la tesis que estamos abordando, es la extensión de la Jurisprudencia del Consejo de Estado a tercero por parte de las autoridades, según la cual: «Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.»

En este punto, examinemos la legalidad de las decisiones adoptadas por los Comités de Conciliación frente a determinado caso sometido a conciliación. Los actos de la Administración que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas generales o particulares y concretas, son actos administrativos posibles de control de legalidad. (Sentencia No. 25000-23-27-000-2007-00251-01, 2012)<sup>12</sup> Por ende, las Actas de los Comités de Conciliación constituyen actos administrativos sometidos al control de legalidad, dado que es a través de dichas Actas que los Comités materializan la decisión de conciliar o no conciliar que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas.

Por consiguiente, los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público cuando sometan a su estudio un caso concreto de conciliación, aunque gocen de potestad discrecional para decidir sobre la procedencia o no de conciliar, debe basar su decisión en un juicio de imparcialidad y

objetividad, ponderando la situación jurídica y fáctica en estudio, con las normas que la regulen, aplicando las sentencias de unificación que el Consejo de Estado haya expedido sobre el tema, aplicando así, la extensión de la jurisprudencia contenciosa administrativa, al igual, debe adoptar las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución del asunto tratante, y las de carácter obligatorio *erga omnes*.

De tal forma que, el desconocimiento por parte de los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público de los precedentes jurisprudenciales constitucionales y contenciosos administrativos, conllevan a que sus actuaciones, plasmadas a través de Actas, se configure como una conducta caprichosa de la Administración, que desconoce el principio de legalidad, la jurisprudencia como fuente formal de derecho, la seguridad jurídica, la igualdad ante la Ley, la confianza legítima, e incluso, conducen al detrimento patrimonial de la entidad que defienden, omitiendo así el cumplimiento de sus funciones como lo es la prevención del daño antijurídico, la defensa de los intereses de la entidad y la lesión al patrimonio público.

## RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta la bibliografía, jurisprudencia, normas y demás material de investigación consultado, y el desarrollo dado al tema central de investigación, el resultado de la misma, nos conduce a determinar que desde un punto de vista sistemático jurídico, no se puede entender que la discrecionalidad administrativa que

12 La Sala reitera que aquéllos actos de la administración que crean, modifican o extinguen tanto situaciones jurídicas generales como situaciones jurídicas particulares o concretas son actos administrativos posibles de control de legalidad. También reitera que, independientemente de la forma del instrumento o mecanismo que use la Administración (resoluciones, oficios, circulares, instrucciones, etc.) para materializar las decisiones que toma, si tales instrumentos o mecanismos contienen la voluntad de crear, modificar o extinguir la situación jurídica general o particular y concreta son actos administrativos posibles de control judicial. En el caso concreto se discute si son actos administrativos las actas de los comités de conciliación judicial y los oficios que comunican esa decisión. (Sentencia No. 25000-23-27-000-2007-00251-01, 2012)

gozan los Comités de Conciliación de las Entidades de Derecho Público para fijar la política de defensa judicial de la entidad y por ende para decidir en cada caso en particular en los que son llamados a conciliar, la procedencia de la misma, que la entidad pueda apartarse de los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso a resolver, dado que el criterio interpretativo de los jueces plasmado a través de las providencias judiciales ha tomado tal fuerza que ha pasado de ser un criterio auxiliar de justicia ha convertirse en una fuente de derecho encaminada, no sólo a orientar la interpretación de un Juez frente a los hechos facticos y jurídicos sometidos a estudio, sino también, a guiar a la Administración en la resolución de situaciones jurídicas puestas a su conocimiento, siendo un ejemplo de esto, la figura de extensión de la jurisprudencia en torno a las Sentencias de Unificación del Consejo de Estado y las de constitucionalidad expedida por la Corte constitucional, figura incorporada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

## CONCLUSIONES

Del análisis realizado puede darse respuesta al interrogante planteado «¿**Basados en la discrecionalidad administrativa pueden los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las entidades de derecho público apartarse de los precedentes jurisprudenciales frente a situaciones fácticas y jurídicas similares al momento de tomar una decisión de conciliar o no conciliar?**», de la siguiente manera:

La facultad discrecional que gozan los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público, no es absoluta, la misma norma que otorga tal potestad, contempla a su vez los limitantes a la misma.

La jurisprudencia es una fuente formal de derecho, el legislador a través del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ha querido instituir la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado como precedente jurisprudencial, al establecer que la Administración en la toma de sus decisiones, debe observar y acatar las sentencias de unificación expedidas por tal órgano sobre situaciones fácticas y jurídicas similares.

Los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público no pueden apartarse del precedente jurisprudencial tanto Contencioso Administrativo como Constitucional, al momento de tomar una decisión sobre conciliar o no conciliar un caso determinado, dado que estarían incurriendo en ilegalidad, abuso de poder y desconociendo el límite de su potestad y las funciones como entidad encargada de la defensa judicial de la entidad a la cual pertenecen.

Debe entenderse sistemáticamente la potestad discrecional de los Comités de Conciliación para la Defensa Judicial de las Entidades de Derecho Público con la figura de extensión de la jurisprudencia.

## REFERENCIAS

Sentencia C-104, D-164 (Corte Constitucional 11 de marzo de 1993).

Sentencia C-836, D-3374 (Corte Constitucional 9 de agosto de 2001).

SU-1300, T-463299 (Corte Constitucional 06 de diciembre de 2001).

Sentencia C-634 , D-8413 (Corte Constitucional 24 de agosto de 2011).

Sentencia N° 85001-23-31-000-2004-01989-02 , 0730-08 (Consejo de Estado 27 de enero de 2011).

Sentencia No. 25000-23-27-000-2007-00251-01, 17927 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta 01 de noviembre de 2012).

Asamblea Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. *Artículo 230*. Colombia.

Congreso de la República. (22 de enero de 2009). Ley 1285 de 2009. *Por medio de la cual se reformó la Ley 270 de 1996, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República;. (21 de marzo de 1991). Ley 23 de 1991. *Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Colombia.

Consejo Nacional Legislativo. (25 de noviembre de 1886). Ley 61 de 1886. *Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales*. Bogotá D.C., Colombia.

Geroges, V. ( 1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.

Iturralde, S. (s.f.). En J. O. Gamboa, *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo colombiano* (Vol. Serie derecho administrativo, pág. 24). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Marín Hernández, H. (2007). En *Discrecionalidad Administrativa* (pág. 141). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Morand -Deviller, J. (2010). En Z. y Rincon Ardila, *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Presidencia de la República. (15 de agosto de 1887). Ley 153 de 1887. *Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*. Bogotá D.C, Colombia.

Presidencia de la República. (14 de mayo de 2009). Decreto 1716 de 2009. *or el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001*. Bogotá D.C., Colombia.

Pulido, B. (2008). El Precedente en Colombia. *Revista de derecho del Estado*, 87.

**LA RATIO DECIDENDUM EN LA  
BÚSQUEDA DEL SENTIDO DE  
LA TIPICIDAD COMO  
ELEMENTO DEL DEBIDO  
PROCESO \***

*Decidendum ratio in the search typicity meaning  
of due process as a*

*Recibido: 16 de septiembre del 2012*

*Revisado: 29 de noviembre del 2012*

*Aceptado: 20 de Enero del 2013*

*Luis Antonio Muñoz Hernández\*\**

**RESUMEN:**

La racionalidad del juez en su función, pregunta sobre la tipicidad, la cual, no obstante partir de la objetividad de los grafos normativos, su examen en lo concreto o en lo constitucional, pertenece en buena medida a su interior, como ser humano complejo. El sentido de la tipicidad, confronta la justicia interior del juez y se gradúa dentro de lo justo, siendo la sociedad, su destinataria. Lo que es justo le pertenece al interior de cada ser humano. Pero al juez, le toca hacer pública y aplicable la justicia. La investigación muestra cómo al examinar la tipicidad, el derecho legislado y el derecho del juez interactúan, en especial en lo constitucional, como una parte dinámica del derecho abstracto.

**PALABRAS CLAVE:**

Tipicidad, Justicia, Ley, Decisión Judicial, Derecho Concreto, Debido Proceso, argumentación, interpretación.

**ABSTRACT:**

Judge the rationality of its function, the typical question, which, however from the objectivity of graphs normative consideration in the concrete or in the Constitution, belongs largely to its interior, as complex human being. The sense of typicality, facing the interior of the judge and justice graduates in the just, being the Company, its target. What is fair belongs within each human being. But the judge, it's up to publicize and apply justice. The research shows how to examine the typical, statutory law and the right of the judge interact, particularly in constitutional, as a dynamic part of abstract right.

**KEYWORDS:**

Keywords: typicality, Justice, Law, Judicial Decision, Right Concrete, Due Process, argument, interpretation.

---

\* Artículo inédito. Este artículo es producto de la investigación en el proyecto «derecho y realismo» desarrollado por el Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Seccional Cúcuta perteneciente al Centro de Investigaciones Seccional.

\*\* Maestrando en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Magister en Paz, Desarrollo y Resolución de Conflictos de la Universidad de Pamplona -Colombia- con doble titulación Universidad de Granada -España-, Especialista en Derecho Procesal la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Abogado de la Universidad Seccional Cúcuta. Profesor y Jefe del Área de Derecho Procesal de la misma universidad. Correo electrónico [antonio.munoz@unilibrecucuta.edu.co](mailto:antonio.munoz@unilibrecucuta.edu.co) y [luismunoz24@msn.com](mailto:luismunoz24@msn.com).



## INTRODUCCIÓN

Abordar y analizar una decisión justa es pensar en la aplicación concreta del derecho sustancial preexistente, esto desde la óptica y lo inherente a pensar en lo justo en cuanto a la conformidad con la legalidad. Pero al tiempo esta función judicial no puede escindirse de lo que se concibe como justicia y ello lleva a interiorizarse cada ser humano - juez en particular, desde lo más íntimo de su interior y ella, la justicia diferente en cada ser, cuando se hace decisión, genera diferencias naturales ante los demás, a su vez, cada uno con su concepción individual de dicha justicia. Función nada fácil la del juez, de adecuar no solo los parámetros señalados por la tipicidad, sino además los de la justicia<sup>1</sup>.

Amartya Sen en su libro «La Idea de Justicia» dice que la justicia debe conseguirse al ubicar lo injusto, combatiéndolo para descubrir con ello lo justo. Otros de inclinación normativa y contractualista como Thomas Hobbes, luego John Locke, Jean-Jaques Rousseau e Immanuel Kant, conciben la justicia en instituciones justas y otros comparatistas, como Smith, Condorcet, Wollstonecraft, Bentham, Marx, Jhon Stuart Mill, prefieren que ella sea el producto de una conciliación entre estas instituciones justas y el comportamiento real de la gente. (Sen Amartya, «La Idea de Justicia». Editorial Taurus, Buenos Aires Argentina. 2010 Pgs 19,20. 2010)

Ahora bien, teniendo claro, como explícitamente lo enseña Hans Kelsen, quien citado por Luis Recaséns Siches, (Recaséns S. luis, 1980.) hace énfasis que

el Derecho no solo comprende el ordenamiento jurídico estático, donde se le concibe como la normativa general y abstracta, sino que, además lo debe integrar también, el derecho concreto, fruto del ejercicio jurisdiccional (también actos administrativo y jurídicos de derecho privado, ajenos a la presente investigación); dejando de un lado la inveterada forma de pensar que cuando el juez ejerce jurisdicción<sup>2</sup>, solo es una mecánica aplicativa del derecho, con la participación del juez, solo para acertar a los silogismos preestablecidos por la Ley<sup>3</sup>; en su obra, Kelsen explica qué es y cómo se forma el derecho (Hans Kelsen, 1960.) desde el punto de vista dinámico. Este artículo mostrará en un primer momento, el pensamiento del creador de derecho particular colombiano, al emitir su decisión, la evolución o involución de su racionalidad.

Así mismo y lo más importante para este estudio, el anterior ejercicio, se hará no solo desde la actividad jurisdiccional ordinaria, sino además desde la constitucional, la primera, encontrando su justeza en la identificación del los hechos que comprende el conflicto de intereses, con la tipicidad, preexistente y válida; y la segunda, auscultando e inmiscuyéndose en los tipos de la norma general, que si se especula, creando normativa abstracta, o lo que puede denominar como, el aspecto dinámico en cabeza del juez constitucional del derecho abstracto, al señalar en su ratio decidendum, la regla de derecho, vía sobre interpretación.

Conociendo como son ellas, cómo se conciben, su evolución, y algunas observaciones sobre las mismas, el

1 Sobre la gran variedad de posiciones argumentativas que abordan el concepto de justicia, se puede consultar el ejemplo-ejercicio «Tres niños y una flauta: Una ilustración.» En el libro La Idea de Justicia de Amartya Sen, página 44. Allí las posiciones todas válidas y con toda la fuerza argumentativa de: 1. Los utilitaristas, 2. Los igualitaristas económicos y 3. Los libertarios pragmáticos, difieren sobre a cuál de los niños debe dársele una flauta.

2 Se hace claridad que no se puede confundir función judicial con jurisdicción, dado esta no es la única función que ejerce el juez. (apuntes de clase de maestría derecho procesal contemporáneo 2012)

3 Manuel Atienza es muy claro al ilustrar sobre la diferencia de entre explicar el derecho, que se limita a la aplicación del mismo y argumentar el derecho refiriéndose a la justificación frente a la normativa.

cometido secundario de este artículo es ofrecer conclusiones tendientes a ilustrar sobre la realidad de estas decisiones.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Motivó la investigación aquí expuesta los siguientes interrogantes: ¿existe ejercicio del debido proceso partiendo desde la norma sustancial?. Puede el juez en su función, realizar un rol más dinámico al estudiar, analizar e interpretar el derecho abstracto y, llegar a creación de derecho o al menos dinamización del derecho abstracto, no solo desde el ejercicio mismo inter partes sino dentro de su rol de control constitucional al conciliar las normas con la constitución del ejercicio jurisdiccional. Qué participación o protagonismo tiene la tipicidad frente al debido proceso?.

Compendio de los anteriores interrogantes se define como pregunta base: ¿cómo se vincula a la jurisdicción con el derecho sustancial preexistente, para que la decisión pase el control del debido proceso?

Delanteramente se concluye que la tipicidad es transversal a todo el derecho sustancial y condiciona la decisión justa para cumplir con el debido proceso.

## COMENTARIO PREVIO

La información obtenida de la clases de la maestría de Derecho Procesal Contemporáneo y la investigación que se motivó, confrontándolas con la lectura y las relatorías realizadas sobre el tema tipicidad, la jurisprudencia y su objeto creador del derecho concreto, se advirtió el olvido, o mejor, el apego y la fidelidad que desde estudiantes de pregrado se ha adquirido respeto de la tipicidad, compendiada solo desde la tipicidad penal. Omisión imperdonable. Si. Generalmente se olvida que la tipicidad se predica en todos los campos del derecho y esa es una

realidad, precisando que el olvido no lo es desde la fundamentación académica, dado que, típico es el quehacer del hombre hecho normativa, sino desde la realidad de la administración de justicia en donde se debe admitir, es donde estaba puesto el muro.

En ese orden, ¿se había advertido la verdadera dimensión de la tipicidad diferente a la penal? Muy poca cosa.

En hora buena advertimos ello y entonces se hace un alto y se reflexiona, para poder realizar esta investigación.

## METODOLOGÍA

Se trata de una investigación cualitativa de teoría fundada, con análisis jurisprudencial y de información hermenéutica de cuarto nivel, mediante fichado de textos. En escenario se sitúa en estudio de casos concretos, lo que no amerita estadística dado que su objeto no es análisis cuantitativo.

### 1. DESARROLLO CONCEPTUAL Y ANALÍTICO

#### 1.1. NATURALEZA DE DERECHO CONCRETO

Administrar justicia es aplicar el derecho consagrado en la Ley sustancial al caso concreto. Nada más anquilosado. En dicha expresión se advierte a un juez mecánico, aplicador, médium, lógico, silogístico, como fue concebido desde el triunfo revolucionario francés y hoy, para muchos, vigente.

Por la experiencia de la investigación, de las ideas de Recaséns Siches, el mismísimo Kenssen, Perelman, Herzy Wroblewski y de la argumentación de Manuel Atienza, el juez, es el principal protagonista de la actividad jurisdiccional. La era del juez activo, moldeador de la norma, y hacedor de derecho llegó.

El juez concebido así, garantiza para la sociedad, con sus sentencias, actos creadores y productivos al momento de interpretar el derecho abstracto y muy alejado del silogismo y de la lógica deductiva. El mejor homenaje que se le rinde a la regla de derecho es la más próxima y real interpretación de la misma al caso concreto, es su humanización, su conversión social.

Retomando lo dicho en líneas iniciales, la distancia entre las celdas de los grafos de la Ley y el juez convidado de piedra, es cada vez mayor, puesto que en medio de ellos se ha interpuesto la razón de este y su acción hermenéutica.

Ahora bien, en su ejercicio jurisdiccional, el juez completa el sentido de la norma, con las relaciones sociales, antropológicas del caso que está juzgando y siguiendo a Recasens Siches (Recaséns S. luis, 1980.), constatados los hechos, debe identificar la norma y a su vez hacer una cualificación jurídica de los anteriores. Allí, al momento de hallar la norma sustancial preexistente aplicable, la analiza en toda su extensión, desde su semántica, su alcance y su validez, o como se le denomina en esta investigación como la «deconstrucción de la tipicidad», que para cada caso debe ser diferente así sea la misma norma utilizada. Este ejercicio no podría realizarse si no se contara con la participación de un raciocinio sabio, activo y ético del juez.

Se observa el siguiente tema puntual: Responsabilidad Civil extracontractual del Estado.

Uno de los estandartes del orden justo social, comprende la obligación de

cada individuo de la comunidad, de responder por sus actos y de los daños que puedan ocasionar, elevándose a estatus constitucional el respecto por los derechos del otro y de responder en caso que sean conculcados.<sup>4</sup>

Este mandato constitucional se desarrolla para particulares, en el artículo 2341 del Código Civil y para el Estado en el inciso 2 del artículo 2 y 90 de la Constitución.

Para el derecho concreto, es claro que, para poder lograr la meta de la declaración judicial de la responsabilidad civil del Estado, debe hallarse de la normativa la correspondencia con la norma sustancial preexistente, ejercicio que es denominado por la jurisprudencia como los elementos esenciales que compone la axiología de la responsabilidad. Y es en este punto, donde para hallar estos elementos de la responsabilidad, que se examina la tipicidad, obsérvese:

La norma abstracta, artículo 90 Constitución Política:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

4 Esto se evidencia en la Constitución Política de Colombia de 1991, en el Título II. De Los Derechos, Las Garantías y Los Deberes, Capítulo 5, De los Deberes y Obligaciones. Artículo 95. «La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios»

La jurisprudencia se ha detenido en examinar el sentido de la palabra «imputable» (imputación), lo que ha generado, en la forma de entender y estudiar los elementos de la responsabilidad estatal. Esta concreción del derecho por el juez, solo en lo tocante a esta palabrita, ha generado posiciones disimiles.<sup>5</sup> (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias: del 26 de abril de 1947 MP. Dr.: Pedro Castilla Pineda; del 4 de abril de 1968 MP. Dr.: Fernando Hinestrosa; El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencias: del 12 de octubre de 1993. C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 21 de octubre de 1999.C.P. Alier Eduardo Hernández Enrique; del 28 de octubre de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 22 de junio de 2001, C.P. Dra.: Helena Giraldo Gómez. Exp. 12.701; del 30 de noviembre de 2006, C.P. Dr.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 15.201; y del 18 de mayo de 2010.C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de abril de 1947 MP. Dr.: Pedro Castilla Pineda, en vigencia de la Constitución de 1886, consideró como único elemento el daño, y la preocupación giraba en esencia en la carga de la prueba del mismo.

La Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 1968 MP. Dr.: Fernando Hinestrosa, en vigencia de la Constitución centenaria, consideró también, como único elemento el daño.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 12 de octubre de 1993. C.P. Carlos Betancur Jaramillo. No incluyó la imputación, solo el daño y el

nexo de causalidad, entre el daño y el actuar administrativo, adicionándole la falla del servicio.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1999.C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, incluyó la imputación. La racionalidad de este fallo, arrojó como conclusión, la imputación lo es desde lo hecho, el cual se identifica con la relación de causalidad entre el hecho y un daño; y desde lo *juris*, es decir, una razón de derecho que justifique, «...la disminución patrimonial sufrida por la víctima se desplace al patrimonio del ofensor». Con esta sentencia, se logra desentrañar en concreto, sin entrar a calificar como bueno o malo el resultado del ejercicio creador, la tipicidad de la palabra imputable.

En el mismo sentido el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1999. C.P. Ricardo Hoyos Duque, incluyó la imputación, quien tomando la argumentación de la sentencia del 21 de octubre, fortaleció su racionalidad, desentrañando su sentido.

La misma sección tercera en otro pronunciamiento importante, mediante sentencia del 22 de junio de 2001, C.P. Dra.: Helena Giraldo Gómez. Exp. 12.701, expresó: «Se precisa inicialmente que para determinar la responsabilidad demandada es requisito fundamental establecer la imputación del mismo respecto del sujeto demandado».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la sección tercera, del 30 de noviembre de 2006, C.P. Dr.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 15.201.

5 Sobre el análisis jurisprudencial y la base teórica de la tipicidad, en el caso de la imputación como elemento de la responsabilidad estatal, se consultó el estudio que no solo en jurisprudencia sino también en doctrina compiló el Dr. Luis Enrique Giraldo Gómez, en su estudio denominado «Imputación como elemento estructural de la responsabilidad». Revista Responsabilidad civil y del Estado, Nro. 28 del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, noviembre de 2010.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 18 de mayo de 2010.C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Dispuso que los elementos son el hecho dañoso la imputabilidad al demandado, y nexos de causalidad entre estos. La carga probatoria en cabeza del accionante.

Sobre este tema, luego de los vacíos y la incertidumbre que ofrecía la norma abstracta, los ha llenado la sabiduría del juez. Bien lo expresa Luis Recaséns Siches: «Nunca ha podido el legislador cumplir el propósito de crear la totalidad de reglas de Derecho necesarias, ni nunca podrá cumplirlo. Ahora bien, como esta función debe ser cumplida, cuando el caso apremia, es el juez quien interviene como una especie de legislador suplente. (...)» (Recaséns S. Luis, 1980, p 228).

Termina este primer momento del estudio, cuestionándonos si ejemplos creadores como el anterior, no han logrado sustituir la tradición codificadora que desde La Bastilla se heredó, donde los argumentos del juez no lo son, sino más bien, un apego al criterio gramatical o literal de aplicación, lógica y sin razón de la Ley. Que juzgue el lector.

En palabras concluyentes, la tradición codificadora en cabeza del legislador se ha venido desvaneciendo en la medida en que el otrora juez mero aplicador silogístico ha venido humanizando y justificando su función social, alrededor de otras circunstancias diferentes a las que rodean la interpretación exclusivamente literal. La naturaleza del derecho abstracto, pasa de la rigidez de su incolumidad, al dinamismo de la razón judicial, como se verá en líneas que siguen.

## 1.2. EL DERECHO ABSTRACTO DESDE EL DINAMISMO QUE LE IMPRIME EL JUEZ CONSTITUCIONAL, Y SU RELACIÓN CON EL DEBIDO PROCESO

Causó interés este ámbito, sabiendo como es de importante la modulación que el juez constitucional hace a la tipicidad que a la postre será la preestablecida para la base del ejercicio jurisdiccional como creación del derecho concreto. Y es en este campo en donde también se puede identificar el debido proceso y su gran variedad de principios y garantías que lo integran.

Sí, el debido proceso se debe predicar y respetar desde el derecho procesal propiamente dicho y el derecho constitucional, dando paso a lo que se conoce como el derecho constitucional procesal y derecho procesal constitucional. En palabras del profesor colombiano Martín Agudelo Ramírez, «... En ambos espacios, una institución como el debido proceso resulta ineludible desarrollarla. (...)» (Agudelo R. Martín 2007, p 1).

En este estadio constitucional del juez, el debido proceso no se circunscribe en una decisión de reconocimiento en donde se identifique la pretensión sustentada en hecho con relevancia jurídica, con la norma sustancial preexistente y con respeto a una forma también preexistente en el derecho procesal, sino a la co-construcción del derecho abstracto, función esta que también debe como ya se dijo, honrar un debido proceso, que gira esencialmente en la cosa juzgada constitucional. «(...) En el caso del proceso jurisdiccional, el debido proceso incorpora la exigencia del cumplimiento de requisitos y condiciones formales que, en términos de racionalidad práctica, posibilitan la consecución de metas concretas como la vigencia de un orden social justo que tenga fundamento en la dignidad humana. (...)» (Agudelo R. Martín 2007, p. 14).

En ese orden, la labor creadora, en casos concretos, también es desarrollada por el juez constitucional en sede de juicios de constitucionalidad del derecho abstracto, en aras de señalar derroteros normativos justos y acordes a la protección de la dignidad humana.

Colombia tiene dos tribunales constitucionales, de un lado el Consejo de Estado en sede muy excepcional de juez de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de actos administrativos de carácter general,<sup>6</sup> en especial y entre otros, cuando el ejecutivo a través de sus decretos, resoluciones u órdenes, quiebra los principio de necesidad, jerarquía e indelegabilidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria que le otorga el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución. Y del otro, la Corte Constitucional, cuya natural función y esencia es la constitucional, ambas contenidas en la Constitución Política de 1991, que fue el producto de un pacto consensuado entre diferentes corrientes políticas, donde el constituyente como soberano, reconoció el pluralismo, la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana; abandonó el Estado de derecho y la primacía de la Ley, para dar paso a un Estado Constitucional, reemplazando la hegemonía del principio de legalidad, por la supremacía de la constitucionalidad (Schlesinger, Cristina P. 2006, P. 251 y s.s), concibiéndose el Estado Colombiano conforme al artículo primero (1), como Estado Social de Derecho y cuyos fines se expresan en el artículo dos, y entre los cuales se encuentra « ... promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución», entendiendo la misma como una Constitución material dirigida a alcanzar JUSTICIA SOCIAL.

El constituyente creó la jurisdicción constitucional, cuya máximo órgano representó en la Corte Constitucional, encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitucional, y por ende de cumplir el fin estatal de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, atendiendo que la misma se consagró como norma de normas, no dejando duda de la supremacía.

Valga recordar que la Corte Constitucional, como un órgano de naturaleza judicial se ubica en la rama del poder público judicial, concibiendo su función y naturaleza eminentemente jurídica, pero sin olvidar que la Carta, es producto de un acto político fundacional, y por lo tanto es de naturaleza política, situándose entonces la Corte en lares jurídico - políticos. Para el francés Louis Favoreu el Tribunal Constitucional es « .... una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos.» (Favoreu, Louis.1994, p. 13, citado en Tarapués, Diego F. 2006), advirtiendo así la necesidad de autonomía e independencia que requiere, impidiendo que el mismo se ubique dentro de cualquiera de las tres ramas del poder público, toda vez que a su parecer se pondría en tela de juicio su objetividad e independencia.

La posición de Louis Favoreu tiene un interesante sustento, se cree que debe considerarse en los estrados académico, y político del sistema Colombiano, atendiendo la función asignada a la Corte Constitucional por mandato del poder constituyente, advirtiendo desde ya, que dicha discusión no sería aceptada por la

<sup>6</sup> En realidad, el Consejo de Estado es la máxima autoridad dentro de la Jurisdicción administrativa, solo que también se le asignó esta misión propia de la jurisdicción constitucional.

rama legislativa, y ejecutiva, que en la actualidad impulsan y motivan reformas tendientes a limitar y hacer nugatorio la función de la Corte Constitucional. Sin duda se le tacharía como la instauración de un poder omnipotente sin dar paso si quiera a la discusión de dicho asunto, resaltando que en países como Chile, Perú y Ecuador, en los cuales se respeta la división, independencia e insubordinación de las ramas del poder público, se ha decidido otorgar plena autonomía al tribunal constitucional, constituyéndolo como un poder independiente, por fuera de las ramas tradicionales, siendo Colombia y Brasil, los dos Estados de América del Sur que ostentan un tribunal constitucional, enmarcado dentro de la rama del poder judicial, advirtiendo que los tribunales italiano y español constituyen poderes independientes al de la rama judicial ((Favoreu, Louis.1994, p. 13, citado en Tarapués, Diego F. 2006).

La anterior explicación a manera de introducción, con el objeto de mostrar la naturaleza de la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución Política, en defensa de los derechos fundamentales, la protección de los principios, y deberes consagrados en la Constitución Política, y el establecimiento de un orden justo, labor que le ha merecido fuertes críticas, por parte de las ramas del poder público ejecutiva, legislativa, e incluso la misma judicial, quienes advierten el desborde del ámbito competencial de la Corte Constitucional, al verse compelidas en ocasiones a obedecer mandatos emitidos como máximo interprete de la Constitución Política.

En este punto, es importante preguntar, si la función que ejerce la Corte Constitucional ¿es eminentemente jurídica, ó implica matices de índole político?, refiriéndose al tema el jurista Laureano Gómez, ha indicado que el acto de interpretación de la Constitución es un instrumento político y jurídico emanado del

poder constituyente (Gómez S, Laureano. 2008, p.187), se destaca en este aspecto que los fallos emitidos por la Corte Constitucional se consideran como verdadera fuente de derecho (i), y tienen una connotación política en las actuaciones del Estado (ii). Frente al primer aspecto, se tiene que la Corte Constitucional, abandonó la exclusividad de legislador negativo, emitiendo pronunciamientos interesantes como las sentencias integradoras o aditivas, situaciones que reflejan el carácter de colegislador positivo, que escapa a su naturaleza eminentemente jurídica, en la cual se enmarcó, teniendo una complejidad mixta esto es, jurídico - política, siendo absurdo pretender que la Corte Constitucional como supremo interprete y guardiana de la Constitución Política, limite su actuar como si fuese un Alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, desconociendo su naturaleza especial, o peor aún pretender limitar su alcance y «... convertirle en un mero calificador de las formas procedimentales y ritualidades de adopción de las normas» (Gómez S, Laureano. 2008, p. 72).

Todo lo anterior explica y complementa la etapa dinámica en la creación del derecho que realiza el juez constitucional. En efecto, la tipicidad de la norma sustancial se convierte en factor primordial del debido proceso; y así la regla de juicio que debe emplear el juez, aún el constitucional, se circunscribe a la órbita de la mencionada regla material, y la *ratio decidendi* entonces está íntima o armónicamente conectada con la finalidad del contenido normativo, solo que, este debido proceso hoy, cuenta con el concurso dinámico del ordenador, a tal punto que el punto de partida de su función no lo es, a desde de sus grafos sino, dentro de los mismos, modulando, interpretando, sobre interpretando, en fin, haciendo derecho. Para este estudio, el debido proceso desde la óptica dinámica del derecho abstracto, en cabeza del juez que acaba de explicarse,

expone en evidencia, no solo un debido proceso desde el querer normativo del Derecho sustancial, sino además desde la sabiduría del juez.

### 1.3. UN CASO QUE REFLEJA LA FUNCIÓN JUDICIAL DINÁMICA DEL DERECHO ABSTRACTO. SU ENFRENTAMIENTO CON LA DECISIÓN CONCRETA

Ni creación abstracta pura, función monopolística del legislador, ni creación concreta pura dado que no se desatan o resuelven pretensiones frente a la norma sustancial preexistente. Esa es la función dinámica del juez constitucional al examinar la tipicidad que garantizará el orden social justo. Si, es un maravilloso ejercicio que toma la Ley sustancial preexistente como producto inacabado, que pasa por el control de calidad si la frase se permite, de la razón, la sabiduría de ese juez tropos, jurídico y político.

Tema: Responsabilidad Civil Objetiva extracontractual del Estado, en materia de privación injusta de la libertad.

Retomando lo dicho en líneas anteriores sobre la norma sustancial preexistente, de perogrullo se expresa que uno de los estandartes del orden justo social, comprende la obligación de cada individuo de la comunidad, de responder por sus actos y de los daños que puedan ocasionar, elevándose a estatus constitucional el respecto por los derechos del otro y de responder en caso que sean conculcados; para particulares, en el artículo 2341 del Código Civil y para el Estado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución y el artículo 90 *ibídem*.

Ahora la identificación de la tipicidad cuando responde el Estado en casos de privación injusta de la libertad.

Norma abstracta: el otrora artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, hoy

derogado, pero aún acciones perpetradas durante su vigencia

Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

Esta responsabilidad está ubicada dentro de las excepcionales objetivas. Se sabe que las cargas públicas a las que está sometidos los colombianos, en virtud de sus funciones públicas y de interés general, puede quebrarse cuando su exceso viola la igualdad, en cuyo caso responde el Estado por los daños causados y que el ciudadano no debió soportar.

Existen casos de responsabilidad objetiva, como cuando el ciudadano haya sido privado injustamente de su libertad.

Sobre este tema el Consejo de Estado ha sido constante en su jurisprudencia hacedora del derecho concreto, al considerar que el Estado siempre debe responder, dado que la tipicidad del artículo 414 C.P.P., y el régimen objetivo así lo imponen. Su *ratio decidendum* se resume en que: no es necesario auscultar la intención de la autoridad jurisdiccional; que existe siempre responsabilidad del estado cuando al que se le haya privado de la libertad y luego exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía

hecho punible, adicionando que la responsabilidad se extiende a casos de aplicación del *indubio pro reo*, esto es, cuando se absuelve por falta de pruebas. (Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencias de 2 de junio de 1994, expediente 8998; del 27 de marzo de 1994 exp. 9.763; del 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754; del 27 de septiembre de 2000, exp. 11.601; del 14 de marzo de 2002, exp. 13.606 y del 4 de diciembre de 2006, exp. 25000-23-26-000-1994-09871-0).

Ahora bien, desde el ámbito dinámico del derecho abstracto, el juez constitucional al modular la tipicidad del artículo 68 de la Ley Estatutaria, sobre el error jurisdiccional, toma *ratio decidendum* aplicable a la norma en estudio que en algunos aspectos coincidentes y muchos totalmente divergentes al derecho concreto elaborado por el Consejo de Estado. La posición racional de la Corte Constitucional, fue el sustento argumentativo de los salvamentos de voto al interior del Consejo de Estado.

Aquí la Corte Constitucional, a la sazón de su función natural provisional, se detuvo en la tipicidad de la norma y se preguntó sobre la palabra **injusta**. Delimitó su polisemia y estableció las reglas a seguir al momento de identificar los hechos con relevancia jurídica con la norma sustancial preexistente. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1997).

Al establecer las reglas en su *ratio decidendum*, estuvo de acuerdo con la línea del Consejo de Estado, pero solo en cuanto a la objetividad inicial, predicada que, no se debe buscar la intencionalidad del juez o del funcionario que emite la medida de privación. En lo demás en un momento subjetivo, establece la Corte que, no siempre el Estado debe responder en casos de privación y el privado es absuelto bajo las circunstancias que se detallan en el artículo 414 del C.P.P., sino que es menester que esa privación sea injusta.

### 1.3.1. SENTENCIA C-037 DE 1997 (QUE REVISÓ EL PROYECTO DE LEY NO. 58/94 SENADO Y 264 /95 CÁMARA, ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA) DE CONTROL CONSTITUCIONAL AUTOMÁTICO, PREVIO, DEFINITIVO E INTEGRAL

Para la Corte Constitucional, la medida de privación de la libertad debe ser injusta, es decir, que esta sea ilegítima. Y determinó cuándo o mejor en qué casos es injusta la medida: «(i) del hecho de que la detención se produjera por delitos cuya acción se encontrara prescrita; (ii) por un delito que la legislación hubiera sustraído de tal medida; (iii) la detención se produjera en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exigiera querrela de parte para el ejercicio de la acción penal; (iv) la medida cautelar se profiriera sin un fundamento legal o razonable, en consideración a las exigencias legales y a la prueba que obraba en el proceso; (v) el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la Ley no correspondiera con la prueba que obraba en el proceso penal; (vi) se hubiera excedido el plazo razonable; (vii) fuera desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trataba, o (viii) la misma no fuera necesaria para el cumplimiento de los requisitos que fundamentaban la medida. (...)» (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1997).

Innecesaria o excesiva son los factores que resumen la calidad de injusta de la medida de privación de la libertad, lo que se hace necesario entonces, demostrar la injusticia de la medida de aseguramiento que hubiera sufrido el procesado.

Detecta esta investigación, como el Consejo de Estado viola la Cosa Juzgada Constitucional, que nació de la C-037/1997 de manera integral y definitiva, al estudiar

la Ley 270 del año 1998, Estatutaria de Administración de Justicia, por lo que era innecesario para el caso, hacer el esfuerzo interpretativo realizado en clave de concreción del derecho. Desconoció el Consejo de Estado los pronunciamientos de la Corte Constitucional que modula los alcances de la frase «detención injusta», fijando los eventos y señalándole al juez administrativo la carga argumentativa de analizar en cada caso, la proporcionalidad y la necesidad de la medida.

### RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

La conclusión delantera a la que se había llegado como hipótesis, quedó comprobada. En efecto, por lo analizado, se puede afirmar que la tipicidad es transversal a todo el derecho sustancial y condiciona la decisión justa para cumplir con el debido proceso y la ratio dedidendum debe llenar los estándares señalados por la tipicidad. Ahora bien, como también se comprobó, la participación de la racionalidad del Juez le hace partícipe de la parte activa del derecho abstracto. No cabe duda entonces, que la interacción entre la norma y la función creadora del juez es inescindible.

### CONCLUSIONES

El concepto de justicia interna en todos, se torna en un reto para el Juez, quien debe explicitarla e imponerla por conducto de sus fallos.

La tipicidad se debe predicar de todos los campos del derecho y no exclusivamente del derecho penal.

La preexistencia de la Ley sustancial, obliga al Juez en su ejercicio jurisdiccional a conciliar la conducta humana con el contenido semántico de la Ley, no como un silogismo deductivo, sino como un ejercicio sabio, real y ético.

El contenido del Derecho no está circunscrito únicamente a la normativa legal o constitucional, tiene un componente complementario en la decisión racional del Juez. El primero es llamado Derecho abstracto y el segundo, derecho concreto.

El derecho abstracto, conocido como el estático, tiene su momento dinámico en el Juez constitucional.

La actividad jurisdiccional en ocasiones enfrenta la decisión judicial racional concreta, con la decisión judicial racional dinámica abstracta, prevaleciendo la última sobre la primera. El debido proceso se rompe si esta prevalencia se desatiende, violándose entonces la cosa juzgada constitucional.

El debido proceso funge como institución que equilibra el derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal.

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.

Por la clase de decisiones que toma y por su naturaleza, la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución Política de 1991, (texto político por excelencia) y responsable de la guarda e integridad de su supremacía, tiene una complexión mixta, esto es, jurídico - política, siendo absurdo pretender que como supremo interprete y guardiana de la Constitución Política, limite su actuar como si fuese un Alto tribunal de la jurisdicción ordinaria, desconociendo su naturaleza especial, o peor aún pretender limitar su alcance y «... convertirse en un mero calificador de las formas procedimentales y ritualidades de adopción de las normas» (Gómez S. Laureano. 2008, p.72.).

## REFERENCIAS

Agudelo R, Martín. (2007). *El Proceso Jurisdiccional*, Medellín: Librería Jurídica Comlibros.

Atienza, Manuel. (2003). *Las razones del derecho*, México: Editorial Universidad Autónoma de México.

Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991

Favareu, Louis. (1994). *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona: Editorial Ariel p. 13, cita original de TARAPUÉS, Diego Fernando. (2006), ponencia *El Tribunal Constitucional Como Poder Autónomo En El Sistema Político Colombiano*. Ponencia, Cali: Pontificia Universidad Javeriana de Cali.

Gómez S, Laureano. (2008). *Hermenéutica Jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución*, Bogotá: ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Giraldo G, Luis F. (2010). *Revista Responsabilidad civil y del Estado*, 28, 81-114.

Kelsen, Hans. (1960), *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Recanséns Siches, Luis. (1980). *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México: Porrúa S.A.

Saavedra L, Modesto, Jurisdicción y ATIENZA Manuel. (1996). *Derecho y Justicia*, Medellín: Trotta.

Schlesinger, Cristina Pardo. (2006). *Teoría Constitucional. Liber Amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo*, Bogotá: Universidad del Rosario.

Sen Amartya. (2010) *La Idea de Justicia*, Buenos Aires: Taurus.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de abril de 1947 MP. Dr.: Pedro Castilla Pineda.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 1968 MP. Dr.: Fernando Hinestrosa.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 12 de octubre de 1993.C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1999.C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1999.C.P. Ricardo Hoyos Duque

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia del 22 de junio de 2001, C.P, Dra.: Helena Giraldo Gómez. Exp. 12.701.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera., sentencia del 30 de noviembre de 2006, C.P. Dr.: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 15.201.

Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera., Sección tercera. Sentencia del 18 de mayo de 2010.C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencias: de 2 de junio de 1994, expediente 8998; del 27 de marzo de 1994 exp. 9.763; del 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754; del 27 de septiembre de 2000, exp.11.601; del 14 de marzo de 2002, exp. 13.606 y del 4

de diciembre de 2006, exp. 25000-23-26-000-1994-09871-0.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C 037 de 1997 (que revisa el proyecto de ley No. 58/94 Senado y 264 /95 Cámara, Estatutaria de la Administración de Justicia, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-760-08/>

## NEOGARANTISMO EN EL SISTEMA DE RIESGOS LABORALES \*

*Neo garantismo in the system of occupational working*

*Recibido: 10 de noviembre del 2012*

*Revisado: 3 de enero del 2013*

*Aceptado: 20 de enero del 2013*

*Luis Alberto Torres Tarazona\*\**

### RESUMEN:

La seguridad social integral implica el desarrollo del sistema de riesgos profesionales, hoy, riesgos laborales, por ello, este artículo tiene como objetivo primordial presentar a la comunidad académica si dicha regulación (ley 1562 de 2012) contribuye con el aseguramiento del sistema dentro de un Estado Social de Derecho o por el contrario se aparta de su fin.

Para ello resolveremos si ¿la modificación del sistema de riesgos laborales responde a la aplicación del neogarantismo?, que dará como resultado el uso obligado del principio de universalidad; por consiguiente, se abordará en este texto el concepto de riesgos, así como los cambios suscitados por la ley 1562 de 2012.

### PALABRAS CLAVES:

garantismo, riesgo, nueva ley, universalidad, protección

### ABSTRACT:

Comprehensive social security system development involves professional risk, today, workplace hazards, therefore, this article aims primarily to present to the academic community if such regulation contributes to the assurance of the system itself within a rule of law or otherwise deviates from its end.

To solve this modification yeah occupational hazards system responds to the application of neogarantismo?, Which will result in the application of the principle of universality must therefore be addressed the concept of risk as well as the changes caused by the 1562 law, 2012.

### KEYWORDS:

garantismo, risk, new law, universality, protection

\* Artículo inédito. Investigación presentada en el VIII Seminario Internacional de Seguridad Social y el Mundo del Trabajo (2013).

\*\* Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre (Bogotá, D.C.). Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Candidato a *magister* en Derecho Administrativo. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Investigador de la Especialización de Derecho Laboral y Seguridad Social del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre. Correo electrónico: [luisa.torrest@unilibrebog.edu.co](mailto:luisa.torrest@unilibrebog.edu.co) / [albertotota@hotmail.com](mailto:albertotota@hotmail.com)



## INTRODUCCIÓN

A propósito del desarrollo que ha tenido la seguridad social como disciplina autónoma, primero desde la norma constitucional como neo garantismo, y a la par, el auge en los últimos años dentro de esta casa de estudios (Universidad Libre) de la mano del área de derecho laboral; es pertinente realizar un esbozo sobre el impacto, sobre la trascendencia de la última modificación del Sistema de Riesgos Profesionales, hoy, Riesgos Laborales.

La palabra riesgo viene del latín *riscare*, el cual hace referencia a arriesgarse, que implica necesariamente peligro. El legislador tiene la necesidad de prever todas las actividades que envuelvan ineludiblemente un riesgo para las personas que desarrolla una actividad.

Acaecido un hecho que configure riesgo, puede conllevar a desestabilizar núcleos de la sociedad. Es por esto, que la regulación en tema de riegos, y este caso la regulación de los riesgos laborales, llevan implícitamente loables intenciones para el beneficio y la estabilidad de la población en donde se encuentran tanto las personas que laboran por cuenta ajena (trabajadores dependientes), como todos aquellos que deben ser resguardados por la exposición a la que se ven expuestos.

Ahora bien, por tan notable finalidad su regulación ha venido teniendo un impacto trascendental en las normas que emanan del legislador, esto como consecuencia de la lucha de los trabajadores a lo largo de la historia colombiana, en cuanto al reconocimiento de derechos por parte del legislativo en donde se denota la influencias que han tenido en nuestras instituciones el derecho Alemán, Europeo y Norteamericano.

Pues bien, la finalidad del sistema bajo el enfoque del riesgo es proteger a los trabajadores, en primera medida, para

que en el evento de la ocurrencia de un hecho (daño) que pueda alterar su salud física o mental, y por tal motivo, no pueda volver a trabajar o, no lo haga de la misma manera o, muera en dicho oficio, conlleve el amparo de dicha afectación, pero a la par las neo garantías, se presentan como prevención, en todo aquello que aqueje la vida personal y el de las personas que lo rodean.

Entonces tenemos que la reglamentación de los riesgos laborales, nace conforme a hechos tales como, la invención de la maquina y su utilización en las empresas, el cambio de pensamiento que dio entrada a la modernidad, pero sobre todo en la actualidad esta precepto se encuentra sustentada en la dignidad humana, la cual, actualmente en Colombia, está contemplada como derecho y principio constitucional, y al mismo tiempo, debe entenderse conforme a los criterios de la Corte Constitucional y acordes a los tratados internacional.

En tal sentido, las normas de un país que se encuentra enmarcado dentro de los parámetros de un Estado Social de Derecho, deben ir encaminadas a dignificar la vida de las personas, y se dignifica más la vida cuando se previene, que cuando se protege.

Dentro de la Constitución Política de 1991, se consagra a lo largo de varios artículos (Preámbulo, artículos 2, 4, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, y 53, entre otros) que la Seguridad Social es un derecho. A la par, mediante los pronunciamientos de la Corte Constitucional, debemos entender que es un derecho fundamental, lo que hace que dentro del ordenamiento no sea una figura yerta o estática, sino que por el contrario, además de ser un derecho, está investido como una garantía, la cual está en cabeza del Estado.

Por ello, corresponde al Estado la dirección, coordinación, control y el reglar el sistema, empero, las normas que se

expidan deben responder a principios generales de la seguridad social como la progresividad, como la utilidad en su creación, como la favorabilidad, respondiendo así a la protección del riesgo (factores de riesgo) con ocasión o causa de la relación laboral o del medio donde se desempeñe la labor, dentro y fuera de las relaciones laborales.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Con esta breve reseña, empezamos a desarrollar la presente investigación, y con ella responder sí ¿la modificación del sistema de riesgos laborales responde a la aplicación del neogarantismo?, entendiéndolo como la concepción sociopolítica que tiene los Estados sociales y democráticos de propender por el amparo de sus habitantes, fundante todo, en la dignidad humana. La cuestión se abordará desde tres partes, la primera mediante una aproximación al tema, la segunda, frente a la pregunta, y por último, daremos unas conclusiones.

## METODOLOGÍA

El presente estudio se identifica con un enfoque cualitativo, en tipo de investigación descriptivo y explicativo. Se realizó con fundamento en los estudios doctrinales y legales pertinentes en formulación de ficha de análisis documental.

### 1. GENERALIDADES DE LOS RIESGOS LABORALES

Los riesgos profesionales, hoy laborales, no son un tema nuevo dentro de la legislación colombiana, sin embargo, su desarrollo resurge a partir de normativas como la ley 100 de 1993 y el decreto 1295 de 1994, entre otras.

Concha y Velandia (2011) indican que el surgimiento de este resguardo en Colombia es desde comienzos del siglo XX, siendo la ley 57 de 1915 la encargada de expresar los accidentes de trabajo, y en ella se estableció que el patrono sería responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios en el ejercicio de su profesión.

Posteriormente se promulgaron la ley 6 de 1945 donde se definió la enfermedad profesional, y la Ley 90 de 1946, que determinó beneficios en caso de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Así, mediante el decreto 3170 de 1964 se establece en Colombia el Reglamento General del Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, pruebas que denotan guarda.

Antes de seguir con el eidos que nos convoca, debemos precisar, ¿qué hace parte del Sistema de Protección Social? (Ley 789 de 2002 y 1151 de 2007), el cual se compone de:

El Sistema de Seguridad Social Integral,

el Sistema de Promoción Social, y

el Sistema de Formación Para El Empleo<sup>1</sup>.

Por ello, este subsistema (riesgos laborales) de la Seguridad Social Integral hace parte del Sistema de Protección Social, y se fundamenta en la protección del riesgo, originalmente al que estaban expuestos los trabajadores. De la misma manera Cortes (2012, 6) determina que se cimienta en un sistema de aseguramiento, en donde el empleador traslada el riesgo que crea al trabajador a una entidad aseguradora a cambio de una prima.

Conforme lo anterior, Arenas Monsalve (2011, 642) reseña que el sistema concede especial importancia a la prevención del riesgo, de modo que las ARL, los empleadores, y los trabajadores tienen responsabilidad específica en la materia, esto es, el cuidado como principio orientador dentro de las políticas del Sistema de Protección Social, o lo que es lo mismo, al hablar de riesgos laborales debemos hablar de salud ocupacional, como componente *sine qua non*.

El objetivo del sistema de riesgos laborales, podríamos sintetizarlo entonces en la protección de las contingencias derivadas por la exposición a factores de riesgo, entendiendo la protección no solo como cuidado posterior, sino, obligatoriamente como cuidado previo (precaución). Ejemplo de esto, es como la constitución española da las pautas respecto de la: «necesidad de desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo» (Ley de prevención de riesgos laborales. Recuperado el día 15 de marzo de 2013. En <http://www.insht.es/portal/site/Insht>)

Por consiguiente la real ley 31 de 1995 nos enseña qué debemos entender por «prevención» siendo el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo. Igualmente refiere que debemos entender como «riesgo laboral», la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Que se debe calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, y para ello se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo. Por último, que se debe considerar como «daños derivados del trabajo», siendo estas las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo (artículo 4 *ibídem*).

De otra parte, la legislación Argentina, establece en la Ley 24.557 de 1994 la cobertura de los accidente de trabajo, accidentes *in itinere*, y algunas enfermedades profesionales listadas.

Y a la par, la legislación nacional, conforme la última modificación, ley 1562 de 2012, en su artículo 1 claramente estipula que:

Es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan.

Las disposiciones vigentes de salud ocupacional relacionadas con la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo, hacen parte integrante del Sistema General de Riesgos Laborales.

Por consiguiente, el núcleo esencial lo podemos sintetizar:

- a. Protección de contingencias, en donde, el daño producido dentro de los puestos laborales está resguardado en regulaciones positivas.
- b. Políticas de prevención.
- c. Asistencia, ante la ocurrencia por la exposición a factores de riesgo

Por ello, el riesgo al que se está expuesto por el desempeño de la función o la ejecución de órdenes, como lo hemos determinado la amenaza a un daño, es lo que, el sistema resguarda. Riesgo que

podría equiparse a la ecuación: «Riesgo = Prov x Ser» (Prevención de riesgos laborales. Recuperado el 15 de marzo de 2015. En <http://www.elergonomista.com/27en01.html>)

En donde se tiene en cuenta la probabilidad de que se produzca el daño (prov), y la severidad del mismo (ser), deben cuantificarse; tan es así, que es obligatorio al analizar cada puesto de trabajo, que claramente se determinen tanto los factores de riesgo, exposición, tasas de ausentismo, subprogramas dependiendo la actividad, estadísticas de enfermedades y accidente, entre otros (Prevención de riesgos laborales. Recuperado el 15 de marzo de 2015. En <http://www.elergonomista.com/27en01.html>)

## 2. UNIVERSALIDAD COMO PARTE DEL NEOGARANTISMO

La modificación del sistema realizada en el año 2012 rompe el amparo que se generaba en el trabajo por cuenta ajena (contrato laboral), puesto que en aplicación a los principios generales de la seguridad social, se da plena diligencia a la protección de todas las personas, pero en especial: «la universalidad implica el compromiso estatal, en todos sus órdenes de ampliar la cobertura del régimen a todas las personas» (Arenas Monsalve, 2011).

Para responder al problema planteado, de sus pesos y contrapesos extraemos la inclusión no solo a aquellos que laboran por cuenta ajena (trabajador dependiente), sino también la inserción de

los trabajadores independientes, miembros de agremiaciones y asociaciones, Defensa Civil, Bomberos y Cruz Roja, al igual que los trabajadores informales, aplicándose con ello el principio de universalidad, en lo que se refiere a ampliar la cobertura, tal y como se denota en el artículo 2 de la ley 1562 de 2012.

Se llenó el vacío dejado por sentencias como la C-858 de 2006 y C-1155 de 2008, que vedaron del ordenamiento colombiano excesos del ejecutivo, por ello, ya poseemos definiciones para los accidentes de trabajo y las enfermedades laborales, que juntas encierran el objeto de estudio del sistema (SRL).

Al revisarse no varían dichas nociones conforme las que se estaban utilizando (artículo 200 del CST para enfermedad profesional y decisión 584 de la CAN para accidente de trabajo), sin embargo se aclaran y estructuran mejor; ejemplo de ello, es que además de conceptualizarse<sup>2</sup>, se estipula claramente que se relacionan con desempeño de la función, ejecución de órdenes, aún fuera del lugar y horas de trabajo. También, cuando se da el accidente *in itinere* (itinerante), pero se agrega como novedad que también se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función. Y por último, se extendió a actividades recreativas, deportivas o culturales, a los trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión.

2 Ley 1562 de 2012. Artículo 3°. Accidente de trabajo. Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo. Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador. También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función. De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión.

Respecto de la enfermedad laboral<sup>3</sup>, se determina patentemente que es por la exposición a factores generadores de riesgo, al igual que la forma de determinar si es una enfermedad de origen laboral, ya sea mediante la tabla de enfermedades laborales, o la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, aristas para reconocerlas como enfermedad laboral. Obligándose el Ministerio de la Salud y Protección Social, y el Ministerio de Trabajo, a realizar una actualización de la tabla de enfermedades cada tres años.

De otra parte, cambio significativo dentro de los lineamientos del nuevo sistema es la introducción de postulados más proteccionistas a los ya existentes, fijando (artículo 7 ley 1562 de 2012) que la mora durante la vigencia de la relación laboral (incluyendo contrato de prestación de servicios) no es pretexto para dejar de prestar el servicio por parte de las ARL (Administradoras de Riesgos laborales), por el contrario, lo prestarán sin problema alguno y después podrán repetir contra el empleador o contratante que dejó de cumplir con sus obligaciones.

Aspecto sustancial de la permutación es la aplicación de políticas que aunque no son nuevas, hoy sin lugar a dudas toman relevancia en las empresas, ya que la Salud Ocupacional, sale del rincón del olvido en donde había estado por parte de los entes de control y vigilancia, y por parte de las mismas empresas, para tomar un nuevo aire, estableciéndose así que la educación, la prevención, el ambiente laboral y la vida saludable son parámetros precisados dentro del nuevo Sistema de Riesgos Laborales.

Por tal razón, se vislumbra un creciente campo para aquellos profesionales de las diferentes disciplinas puesto que se hace imperioso la implementación de especialistas en su calidad de supervisores para las empresas de alto riesgo, puesto que la ley otorga a terceros «la revisión y aplicación de los Programas de Salud Ocupacional». Tarea mayúscula para los versados en Seguridad Social y carreras afines con este nuevo reto profesional.

Esta ley, la de riesgos laborales, aumenta el número de entidades que por primera vez pueden realizar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, puesto que adiciona las ya existentes: Instituto de Seguros Sociales -ISS-, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-, Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y Entidades Promotoras de Salud -EPS-, a la par, también lo puede hacer la Junta Regional. Las demás reglas contenidas en el Manual Único de Calificación siguen intactas y continúan obligatorias al momento de dictaminar.

Como vemos, hay ideas diversas, pasando por la ampliación de la cobertura, instaurando los conceptos de accidentes y enfermedades (cuando su nexos es por causa o por ocasión del trabajo o por estar dentro del medio laboral), la no suspensión del servicio, ampliación del objeto del Fondo de Riesgos Laborales, calificación de la pérdida de la capacidad laboral, sistema obligatorio de calidad, sanciones, entre otros; Sin embargo, ninguna de las reglas

3 Ley 1562 de 2012, Artículo 4°. Enfermedad laboral. Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes. **Parágrafo 1°.** El Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo Nacional de Riesgos Laborales, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales. **Parágrafo 20.** Para tal efecto, El Ministerio de la Salud y Protección Social y el Ministerio de Trabajo, realizará una actualización de la tabla de enfermedades laborales por lo menos cada tres (3) años atendiendo a los estudios técnicos financiados por el Fondo Nacional de Riesgos Laborales.

de la ley 1562 de 2012 (vigente desde el 11 de julio) despierta tal interés como aquella que determina la reforma a la Constitución y especialmente al concepto de derechos fundamentales que conlleva la seguridad social como parte integral de la carta política.

No queda claro si lo descrito en el artículo 22 de la normativa cuando habla de la prescripción de las prestaciones del Sistema de Riesgos Laborales hace referencia no solo a las mesadas pensionales cuya prescripción es de tres años, al mismo tiempo, se refiere a «las demás prestaciones» hablando de la prescripción; significa que hace alusión a las instituidas en el decreto 1295 de 1994 y en la ley 776 de 2002, esto es, prestaciones asistenciales y económicas, como la incapacidad temporal o permanente, las indemnizaciones, la pensión de invalidez de origen laboral o de sobrevivientes (artículo 7 decreto 1295 de 1994), entonces, «todas» es la pregunta que nos inquieta, prescriben a partir de la fecha en que se genere, concrete y determine el derecho, ó por el contrario, el reconocimiento de la pensión de invalidez o de sobrevivientes originada de una enfermedad laboral o accidente de trabajo como lo han determinado todas las Cortes del país (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia) es imprescriptible y no se pierde tal derecho por el paso del tiempo.

Mayúscula idea les queda a los operadores judiciales de interpretar dicho articulado, puesto que en un interpretación sesgada cercena derechos sociales fundamentales al darle un corto tiempo para su exigibilidad, ya que como la normativa lo afirma, prescriben en el término de tres años, y tal concepción contravía el núcleo de protección de Estados democráticos como el nuestro, ese *status personae*, y claro está, principios como la dignidad humana como pilar de la Constitución, que sin lugar a dudas podrían

ceder sino quedan visibles las reglas de juego e perdiendo así la preeminencia que la Seguridad Social sea categorizada como derecho y garantía constitucional (Torres, 2013, 3).

Vale la pena detenernos en dos temas: Respecto a quien debe cancelar el valor del aporte en el caso de los trabajadores independientes y contratistas persona natural, y lo relacionado con los exámenes de salud ocupacional para trabajadores y contratistas.

Sea lo primero que en aplicación a las nuevas políticas introducidas en la normativa (1562 de 2012) son afiliados obligatorios tanto trabajadores independientes y contratistas personas naturales, siempre y cuando, la exposición al riesgo esta categorizada entre los niveles 4 y 5; Por el contrario, sí el trabajador independiente no tiene o no está expuesto a dichos niveles, su afiliación es voluntaria dentro del sistema. Con ello, actualmente todas las personas pueden afiliarse al SRL, superando problemas de cobertura en cuanto a los sujetos, ya que se amplió la protección para quienes por décadas estaban desamparados.

Igualmente, nace una nueva obligación al contratante, de índole económica, generada por el trabajador independiente como por el contratista persona natural, toda vez que, quedó expresamente obligado a cancelar el valor del aporte el contratante, ya que por las actividades que se le encargan, el contratante está exponiéndolo a un posible daño, o mejor, está arriesgando a factores de riesgo al contratista o trabajador independiente, y por ello, el de asumir el valor del aporte.

Sin embargo, la normativa no examina el centro de trabajo, ni una menor o mayor exposición a riesgos para condicionar el pago, menos obliga a realizar un panorama de riesgos; por el contrario,

se exige solo por el hecho de ser niveles 4 y 5, puesto que se consideran actividades de alto riesgo, tal y como lo establecen los decretos 1295 de 1994, 1607 de 2012 y 723 de 2013.

Disentimos de lo reglado puesto que lo que debe primar «es el puesto de trabajo» y la exposición a que se está sometido, esto es, que las tareas o labores propias deberán valorarse para que el contratante cancele el valor del aporte, ya que, si existen centros de trabajos debidamente valorados, la cotización deberá variar según el nivel del riesgo, y no se deberá tomar en cuenta la actividad principal de la entidad o de la institución, y solo en el evento que no haya dichos estudios, será pauta a seguir la actividad de la empresa, para que ahí sí, el valor del aporte lo cancele el contratante.

Ejemplo de ello, es la Policía Nacional -en su calidad de contratante-, en donde la actividad de la empresa (entidad estatal) concibe ya de por sí un riesgo, por consiguiente, el valor del aporte por ser nivel IV y V sería la regla, y por ello se generaría la obligación de cancelarlo por el contratante y no por el contratista.

En cambio, en el ejemplo anterior, si se tiene en cuenta cada caso particular, la exposición al riesgo, centros de trabajo, nivel de exposición, tendría que variar (de I a V) y, por consiguiente, quien cancele dicho aporte será directamente el contratista y ya no el contratante.

Sin embargo, la duración del contrato (civil, comercial o administrativo) debe ser igual o mayor de un mes, y así lo aclaró el decreto reglamentario de la ley (723 de 2013), para que se dé la calidad de afiliado al sistema, generándose de forma adicional, que si son varios los contratos, deberán cuantas veces sea afiliarse a la misma ARL, sin importar el número de veces.

Como segunda medida, recordemos que mediante la resolución 2346 de 2007 del Ministerio de Protección Social (ya inexistente), en Colombia son obligatorios los exámenes médicos ocupacionales, estipulándose que deben ser pre ocupacionales, ocupacionales y pos ocupacionales, toda vez que, conforme al decreto 614 de 1984 es obligación de los empleadores organizar y garantizar el funcionamiento de la salud ocupacional, siendo las evaluaciones médicas ocupacionales parte de los subprogramas de medicina preventiva y del trabajo (Resolución 1016 de 1989, numeral 1 del artículo 10).

Por ello, es obligatorio para todos los empleadores -públicos o privados-, contratistas, subcontratistas, entidades administradoras de riesgos laborales, personas naturales y jurídicas prestadoras o proveedoras de servicios de salud ocupacional, entidades promotoras de salud, instituciones prestadoras de servicios de salud y trabajadores independientes del territorio nacional, monitorear la exposición a factores de riesgo, y determinar la existencia de consecuencias en la persona por dicha exposición. Por ello, conforme el artículo 3 de la Resolución 2346 de 2007 del Ministerio de Protección Social existen tres tipos de evaluaciones médicas ocupacionales obligatorias: a) Evaluación médica pre ocupacional o de pre ingreso. b) Evaluaciones médicas ocupacionales periódicas (programadas o por cambios de ocupación). Y, c) Evaluación médica pos ocupacional o de egreso.

Igualmente, además de reactivarse la obligación por parte de los empleadores en realizar los exámenes ocupacionales, la reciente regulación (decreto 723 de 2013) hace obligatorios estos exámenes a los contratistas (personas naturales) y a los trabajadores independientes, pero por cuenta de las personas y no del contratante.

Por último, vale la pena analizar *grosso modo* que desde 1994 ha existido en Colombia canon en donde aparecen enlistadas las enfermedades laborales, tal y como se ordenó en el decreto 1295 de 1994, que conllevó a la expedición de una regulación de pocas, en dicho momento de enfermedades profesionales (Decreto 1832 de 1994), tabla que posteriormente fue modificada por el decreto 2566 de 2009, en donde se observan 42 padecimientos como consecuencia del trabajo. Norma que está vigente dentro del ordenamiento colombiano, y muestra de ello es cuando se: «establece patologías prácticamente mono causales, ejemplo de ello es la asbestosis como consecuencia de la exposición al asbesto, cuando la exposición a asbesto ocasiona múltiples patologías y no únicamente asbestosis» (Jiménez Rodríguez, 2013).

Amén, debido a la expedición de la ley 1562 de 2012, se hace necesario reglamentar el artículo 4° *ibídem*, sobre la actualización de la tabla de enfermedades laborales, utilizándose un doble criterio, ya sea por agentes de riesgos, o por grupos de enfermedades.

Respecto del componente primero pretende determinar diferente a la anterior tabla, que existen agentes etiológicos o factores de riesgo, se describe expresamente las ocupaciones o industrias donde representativamente se puede dar y, un vasto listado de las enfermedades que se producen por la combinación de los factores, agente y las industrias:

AGENTES QUÍMICOS		
AGENTES ETIOLÓGICOS O FACTORES DE RIESGO OCUPACIONAL	OCUPACIONES / INDUSTRIAS	ENFERMEDADES
Arsénico y sus compuestos arsenicales	<p>El listado de ocupaciones e industrias no es exhaustivo. Se mencionan las más representativas, pero pueden existir otras circunstancias de exposición ocupacional.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Metalurgia de mineros arsenicales e industria electrónica;</li> <li>2. Extracción de arsénico y preparación de sus compuestos;</li> <li>3. Fabricación, preparación y utilización de tintas, lacas (gas arsina), insecticidas, parasiticidas y raticidas;</li> <li>4. Procesos industriales en los que haya liberación de hidrogeno arsenicado;</li> <li>5. Preparación y conservación de pieles y plumas y conservación de madera;</li> <li>6. Agentes de la producción de vidrio, aleaciones de plomo, medicamentos y semiconductores.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Angiosarcoma de hígado (C22.3)</li> <li>2. Neoplasia maligna de los bronquios y del pulmón (C34)</li> <li>3. Otras neoplasias malignas de la piel (C44)</li> <li>4. Polineuropatía debida a otros agentes tóxicos (G62.2)</li> <li>5. Encefalopatía tóxica aguda (G92.1)</li> <li>6. Blefaritis (H01.0)</li> <li>7. Conjuntivitis (H10)</li> <li>8. Queratitis y Queratoconjuntivitis (H16)</li> <li>9. Arritmias cardiacas (I49)</li> <li>10. Rinitis crónica (J31.0)</li> <li>11. Ulceración o necrosis del tabique nasal (J34.0)</li> <li>12. Bronquiolitis obliterante crónica, Enfisema crónico difuso o Fibrosis pulmonar crónica (J68.4)</li> <li>13. Estomatitis ulcerativa crónica (K12.1)</li> <li>14. Gastroenteritis y Colitis tóxicas (K52)</li> <li>15. Hipertensión portal (K76.6)</li> <li>16. Dermatitis de contacto por irritantes (L24)</li> <li>17. Otras formas de hiperpigmentación: Melanodermia (L81.4)</li> <li>18. Leucodermia no clasificada en otra parte. (Vitiligo).</li> </ol>

El anterior cuadro, nos sirve a manera de ejemplo, en la medida de conocer y manipular el proyecto de decreto donde se actualiza la tabla de enfermedades, observándose una exposición a agentes químicos, pero igual puede ser a agentes diversos.

Igualmente, como segundo factor es por grupo de enfermedades, en donde esta primero descrita la enfermedad como tal, el código a que corresponde, los factores de riesgo, y las industrias donde se puede generar:

ENFERMEDAD	CÓDIGO CIE - 10	AGENTES ETIOLÓGICOS O FACTORES DE RIESGO OCUPACIONAL	OCUPACIONES / INDUSTRIAS  El listado de ocupaciones e industrias no es exhaustivo. Se mencionan las más representativas, pero pueden existir otras circunstancias de exposición ocupacional.
Tuberculosis Pulmonar Tuberculosis del Sistema nervioso Tuberculosis de otros órganos Tuberculosis Miliar	A15 - A16 A17 A18 A19	Micobacterium Tuberculosis Micobacterium Bovis	Médicos, enfermeras, trabajadores de anfiteatro, personal de laboratorios biológicos y de diagnóstico, personal de lavandería en IPS, centros de diálisis, veterinarios, enfermeros de veterinaria, centros de refugiados o de inmigrantes, albergues para indigentes, centros de tratamiento para adicciones e instituciones correccionales, carniceros y mineros cuando previamente exista silicosis.

Con dicha actualización, se aumenta de 42 enfermedades a más de 200 anomalías de origen laboral, denotándose una mayor precisión al momento de determinar el origen, puesto que ya está plenamente descrito dentro de este vademécum, sin que se pueda confundir que sean de origen común, y con ello, las reglas respecto a la riesgos laborales sean específicas a favor de los trabajadores por cuenta propia o ajena, que se vean expuestos a un riesgo. Ideas todas generadas desde la vigencia del Sistema de Riesgos Laborales, razón que hace que a manera de hipótesis recalquemos la idea de que el objetivo de la normativa estudiada es brindar mayor salvaguardia resultante por la exposición a factores de riesgo.

Diremos entonces que hay presencia de garantismo (neograntismo), el cual se percibe desde varios ángulos:

1. Mayores políticas sobre prevención.
2. Vigilancia y control por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.
3. Resguardo mediante normativas tanto de enfermedades como accidentes por la exposición a factores de riesgo.
4. Implementación del principio de universalidad.
5. El SRL deben responder a principios como la progresividad, como la utilidad, como la favorabilidad.
6. Como parte de las nuevas políticas del sistema, no será necesario esperar el daño, sino que la exposición es suficiente para su amparo.

## CONCLUSIONES

Las nuevas políticas, de conformidad con las últimas modificaciones legislativas intentan en primera medida establecer una

cultura preventiva, por cuanto la forma de tratar tanto a los trabajadores independientes y contratistas (persona natural) se asemeja al resguardo que tiene los trabajadores dependientes, y de igual manera, se les protege de forma similar a estos nuevos afiliados.

Dicha cultura, cuyo fin es la protección y la prevención comienza con la obligación de exigir actualmente tanto a trabajadores como contratistas exámenes médicos ocupacionales.

Vislumbramos un nuevo enfoque del SRL (sistema de riesgos laborales) puesto que se denota la utilización del principio de universalidad al exigirse a mayor número de personas a afiliarse al sistema, y al permitir a otras de forma voluntaria ingresar, pero a la par brinda una protección mayor por la exposición, bastando la simple puesta en peligro para ser protegido (cobertura de contingencias).

Sin embargo, falta reglamentación respecto a los trabajadores informales, la exposición a riesgos, centros de trabajo, elementos de protección, listado tanto de enfermedades como de accidentes que pueden verse expuestos, por ello, respecto de dichos afiliados falta la reglamentación respectiva.

La nueva orientación genera deberes económicos a los contratantes, por ser ellos quienes generan la exposición a factores de riesgo.

De otra parte, quedan definidos conceptualmente que se entiende por enfermedad laboral y accidente de trabajo, llenado con ello vacíos existentes.

Respecto de la tabla de enfermedades claramente nace la obligación al Estado de su actualización cada tres años.

Por consiguiente, la modificación del sistema de riesgos laborales categóricamente responde a la aplicación del neoguantarismo, esto es, políticas sociales que propender por el amparo de sus habitantes, fundados en la dignidad humana, esto es, la consolidación del derecho fundamental a la seguridad social, sin embargo, debe demostrarse la efectividad no solo en su diligencia, sino en el costo para implementarse.

Y aunque no lo desarrollamos dentro de la presente investigación, la prevención no solo debe ir dirigida hacia riesgos físicos, sino que debe orientarse a la par a la protección de los riesgos psicosociales, entendidos estos como la sumatoria de factores intralaborales, extralaborales y personales que influyen en la ejecución de la labor u oficio.

Condiciones psicosociales cuya identificación y evaluación muestran efectos negativos en la salud de los trabajadores o en el trabajo, tal y como lo determina la resolución 2646 de 2008, los cuales en una interrelación dinámica, mediante percepciones y experiencias, influyen en la salud y el desempeño de las personas (artículo 5 *ibidem*), puesto que aspectos familiares, desplazamiento largos para ir a trabajar, estrés, problemas personales, exceso de jornadas laborales, carga laboral, acoso, medio ambiente laboral, entre otras circunstancias, afectan directamente la salud mental, y por ende, a los trabajadores dependientes, trabajadores independientes, contratistas y el trabajo, labor u oficio que efectúan.

## REFERENCIAS

ARENAS MONSALVE, G. (2011). *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*, Editorial Legis, Bogotá.

CORTES GONZÁLEZ, J.C. (2012). *Régimen de Los Riesgo laborales en Colombia*, Editorial Legis, Bogotá.

CETINA VARGAS, O. (1986). *Derecho Integral de Seguridad Social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.

HENAO ROBLEDO, F. (2008). *Codificación en Salud Ocupacional*, Ecoe ediciones, primera edición, Bogotá.

JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, S. (2013). *Regulación De La Enfermedad Laboral En Colombia y Proyecto De Nueva Tabla De Enfermedades*, Ensayo realizado sobre el proyecto de ley que habla de la nueva tabla de enfermedades laborales, publicado en el blog [DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL](#).

PUYANA SILVA, A. (2011). *El Sistema General de Riesgos Profesionales en Colombia*. 1° ed. Universidad Externado de Colombia

RENGIFO ORDOÑEZ, J.M. (1974). *La Seguridad Social en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá.

TORREGROZA SÁNCHEZ, A.E. (2009). *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Editorial Ibáñez, Bogotá.

TRUJILLO MEJÍA, R.F. (2009). *Seguridad Ocupacional*, Ecoe ediciones, quinta edición, Bogotá.

## NORMATIVA

Ley 31 de 1995 (España)

Ley 1562 de 2012

Decreto 723 de 2013

Ley 789 de 2002

Ley 1151 de 2007

Decreto 1295 de 1994

Decreto 1607 de 2012

Decreto 1832 de 1994

Resolución 2346 de 2007 del Ministerio de  
Protección Social

Resolución 2646 de 2008

**FUENTE WEB:**

[http://www.ugtcai.org/portada/  
manual.pdf](http://www.ugtcai.org/portada/manual.pdf)

[http://  
seguridadsocialintegral.blogspot.com](http://seguridadsocialintegral.blogspot.com)

**OTROS**

PREGÓN DISTRITAL, artículo *Se  
Reestructura la ley 100 - Nuevo sistema  
de Riesgos Laborales*, publicado marzo -  
abril de 2013, edición 65, Bogotá.



## ALGUNAS REFLEXIONES PRESENTES PARA EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO\*

*Some reflections present for the future of labor law*

*Recibido: 29 de septiembre del 2012*

*Revisado: 3 de noviembre de 2012*

*Aceptado: 20 de enero del 2013*

*Sandro José Jácome Sánchez\*\**

### RESUMEN:

Frente a las nuevas estrategias del 'capital', que de muchas maneras disfraza el trabajo subordinado de trabajo 'autónomo e independiente' (mediante la tercerización ilícita con ropajes formales de licitud), los trabajadores cuentan, gracias a las conquistas laborales de vieja data, con instrumentos jurídicos que protegen el trabajo dependiente, los cuales tienen una dogmática *pro operario* que hay que hacerles valer en los escenarios administrativos, políticos y judiciales de la mano con una justicia comprometida con la defensa de los derechos que dimanen el trabajo humano.

Así como el 'capital' ha utilizado las nuevas tecnologías y formas de administración para evadir la responsabilidad de protección del trabajo humano, la clase trabajadora cuenta con las tecnologías de las comunicaciones para integrarse y reivindicarse, como cuando se organizaban en el entorno físico de la empresa. Este debe ser el nuevo rol para hacerle frente a la aplicación inadecuada de instrumentos formales que son distractores del mundo real y que pueden llevar a decisiones ajustadas al derecho civil (de iguales), pero no al espíritu de la justicia material que protege el derecho del trabajo, orientado desde la cúspide normativa del ordenamiento colombiano.

### PALABRAS CLAVES:

Subordinación, simulación del trabajo dependiente, simulación del contrato de trabajo, tercerización, ampliación del concepto de subordinación.

### ABSTRACT:

Faced with new strategies of 'capital', which in many ways subordinate work disguises work 'separate and independent' (through outsourcing unlawful lawful formal robes), workers have, thanks to long-standing labor gains, legal instruments that protect dependent work, which have a dogmatic *pro worker* to be on stage to assert administrative, political and judicial hand with a justice committed to the defense of the rights deriving human labor.

\* Artículo inédito. Este artículo es producto de la investigación en el proyecto «Derecho laboral comparado Colombia-Venezuela» desarrollado por el Grupo de Investigación en Integración Fronteriza Estudios Jurídicos y Sociales de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, perteneciente al Centro de Investigaciones Seccional.

\*\* Abogado Litigante y Asesor de empresas, Especialista en Derecho del Trabajo, Seguridad Social, Disciplinario. Msc. en Derecho del Trabajo; docente y Jefe del Área de Derecho Laboral de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Exconjuvez Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta. Correo electrónico: sandro.jacome@unilibrecucuta.edu.co.

Just as the 'capital' has used new technologies and forms of administration to evade responsibility for protection of human labor, the working class has communication technologies to integrate and claimed, as when organized in the physical environment company. This should be the new role to deal with the inadequate implementation of formal instruments that are distracting from the real world and can lead to civil adjusted decisions (of the same), but not the spirit of justice material that protects the right of work, oriented from the top Colombian legal regulations .

**KEY WORDS:**

Subordination, dependent work simulation, simulation of the employment contract, outsourcing, expanding the concept of subordination.

## INTRODUCCIÓN

Es conocido en la historia, dependiendo de cada etapa que ha vivido la humanidad, que la relación individuo-trabajo ha tenido diversas formas de expresión, partiendo desde las etapas primitivas, cuando no se tenía plena conciencia del concepto de lo que se efectuaba como labor, se trabajaba para subsistir en circunstancias difíciles y, menos aún, observarse cualquier objeto de regulación de la actividad. Se trabajaba día a día sin otra pretensión más allá de la preservación en el inmediato presente.

Luego llegamos a etapas más recientes, cuando el trabajo humano ha sido objeto de regulación familiar, social y estatal con la creación del Estado de Derecho, encontrando en esos procesos de decantación histórica aspectos que van desde conceptos del hombre solidario, el hombre como objeto o mercancía<sup>1</sup>, el trabajo del hombre como bien objeto de trueque o como mercancía<sup>2</sup>, el trabajo regulado por el derecho civil (o de iguales), hasta llegar a un punto en el que comenzó a regularse la labor humana desde un contexto dirigido por la lógica de una relación jurídica desigual (protectora del trabajador, como parte débil de la relación), para tratar de igualar la diferencia que en la vida real tiene quien ofrece su fuerza de trabajo (trabajador) con el que la utiliza y se lucra de la misma (empleador).

Esta última concepción nace de la unión, organización y acción de los trabajadores en el entorno de las primeras fábricas, que en la revolución industrial comienzan con una serie de estrategias dirigidas a torpedear la producción con el

fin de lograr la atención que permitiera reivindicar el trabajo humano en cuanto a trato, condición, jornada, retribución, amparo frente a los riesgos que deriva, etcétera.

A nuestro juicio, dentro ese proceso histórico de las regulaciones de la relación de trabajo, siempre ha existido una constante en todas las etapas, que yace en la clara limitación que hace de su libertad quien ofrece el servicio para la complacencia de quien lo recibe y entrega algo a cambio por el favor obtenido. En este contexto vemos cómo el hombre esclavo, siervo, aprendiz, artesano, arrendador de su fuerza de trabajo, hasta llegar a ser modernamente llamado trabajador independiente, autónomo o dependiente, según sea el grado menor o mayor de la entrega de la libertad, conocida también como deberes de obediencia, fidelidad y lealtad, que albergan el concepto en la jerga de este derecho, como la subordinación, con sus dos caras de la moneda, de un lado el poder de mando del empleador y, del otro, el deber de acatar el mandato o la instrucción por parte del trabajador dentro del marco de la ejecución de la actividad convenida.

En el actual panorama donde existe un punto de numerosos debates sobre cuáles son los conceptos que debe apropiarse la comunidad organizada o el 'capital', para salir al paso de las crisis económicas, enfrentando las tesis respecto si el trabajo independiente visto como más barato, por estar exento de las cargas de protección al individuo, por parte de quien emplea, frente al trabajo dependiente al que en muchos casos se acusa injustamente de ser el culpable de las crisis y del estanco de la

1 En el esclavismo el hombre trabajador bajo el concepto de esclavo era considerado un objeto de propiedad de otros hombres, que adquiría esta condición producto de procesos de colonización, producto de la guerra o por deudas.

2 El periodo del esclavismo en la historia del derecho del trabajo, en su ocaso comienza a dar paso al feudalismo donde el hombre deja de ser propiedad del hombre, pero intercambia su trabajo como mercancía con los dueños de la tierra, a cambio de la permanencia en un pedazo de tierra ajena para vivir y producir su alimento y el de su familia.

economía micro o globalizada, no se encuentran propuestas unificadas por las ciencias sociales (el derecho y la economía), que planteen de manera pacífica fórmulas de regulación del trabajo humano que se adecuen a los intereses del nuevo capital, sin cercenar la dignidad humana del trabajador, que gira en torno a los principios del derecho del trabajo conquistados.

### REFLEXIONES SOBRE LA SITUACIÓN DE CONTEXTO EN EL DERECHO COMPARADO

Los principios del derecho del trabajo hacen parte de la mayoría de las regulaciones internas de cada país y son pregonados por organismos, instrumentos y fuentes formales internacionales. Estos principios son el de protección al trabajador, la primacía de la realidad sobre las formalidades, la irrenunciabilidad de derechos mínimos, la estabilidad en el empleo, la norma más favorable, la indubio pro-operario, la condición más beneficiosa, la no regresividad de los derechos sociales; en unión con las demás garantías laborales también de vieja conquista<sup>3</sup> (igualdad de oportunidades, remuneración mínima, jornada máxima, capacitación, adiestramiento, descanso necesario, seguridad social, protección especial a menores de edad, trabajadoras embarazadas y personas con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales, etcétera).

Hoy, nos encontramos en la búsqueda de la mejor estrategia que regule el trabajo humano y existen, en el caso de América Latina, muchas formas y prácticas de administrar el empleo. Marcadamente, se

encuentran empresas que manejan enfoques fordistas y tayloristas, grupos que laboran autónomamente, contratistas independientes y hasta nuevas formas que rompen esquemas tradicionales de autoridad laboral interna, como en Brasil, modelos anárquicos de administración de personal. Todas esas prácticas en sí, no son malas, grave es que se utilicen en detrimento de la protección social que brindan los instrumentos jurídicos al trabajo y que se conoce formalmente como dependiente y subordinado.

La nueva estrategia del capital, quizás para frenar la acción de los trabajadores en la búsqueda de nuevos derechos y para evadir responsabilidades sociales, apunta a conceptos que vienen denominándose ‘la flexibilización laboral’ y la ‘tercerización del empleo’. Las organizaciones empleadoras que aplican estos conceptos, combinan de manera perversa y descarada las formas de administración del empleo (que debe darse en condiciones dignas y justas para el trabajador) con un esclavismo camuflado con uniformes y lindas instalaciones, como es el caso de algunas entidades bancarias, donde los trabajadores laboran por procesos armónicamente sistematizados, sometidos a jornadas de más de 13 horas diarias, sin tener una remuneración por el trabajo que excede la jornada legal y el que es cumplido en jornada nocturna.

Encontramos, también, el trabajo ‘autónomo’ que se cumple en entidades de tipo cooperativo, empresas donde los trabajadores actúan de manera independiente, que se remunera bien y con consideración, organizaciones que han

3 Por ejemplo, en el caso de Colombia, todos estos derechos y garantías están amparados desde la Constitución Política que guarda especial atención por el trabajo como eje fundamental del Estado social y democrático de derecho, desde el preámbulo, pasando por los artículos 1,25,26,38,39,48,53,54,55,56.

optado por utilizar métodos ‘anárquicos’<sup>4</sup>. En Brasil, en la empresa Semco S.A. los trabajadores no cumplen horario, no hay jefes, no hay jerarquías, y en la empresa cada quien presta el servicio de acuerdo con unas metas establecidas. Lo grave es que a la par de las buenas prácticas laborales, que todavía existen, las nuevas formas de relaciones de trabajo, que encubren el elemento subordinación con

el falaz pretexto del otorgamiento de autonomía e independencia al que desarrolla una labor material o intelectual, han llegado con fuerza, quizás como una nueva estrategia del capital.

Los conceptos de la mal llamada flexibilización que pretende reducir costos operativos a cambio de la explotación de los trabajadores han encontrado como

4 La empresa Semco S.A de Brasil ha logrado combinar prácticas de absoluto y extremo respeto por los trabajadores, sin autoritarismo, sin formalismos ortodoxos, logrando buenos resultados. Nos permitimos citar algunos apartes de la experiencia, contada por el propietario, tomada de [http://html.rincondelvago.com/administración sin administradores](http://html.rincondelvago.com/administración_sin_administradores). «LA ADMINISTRACIÓN SIN ADMINISTRADORES De cómo una compañía no ortodoxa produce dinero evitando las decisiones, las reglas y la autoridad ejecutiva. Ricardo Semler, 30 años, es presidente de Semco S.A., la más grande compañía manufacturera marina y de maquinaria procesadora de alimentos de Brasil, y su libro «Girando las Mesas» se ha mantenido como Bestseller durante 60 semanas. Es vicepresidente de la Federación de Industrias del Brasil y miembro de la junta de SOS Atlantic Forest, la más importante organización de defensa del medio ambiente. En Brasil, donde todavía florecen el paternalismo y el feudalismo del negocio familiar, me desempeño como presidente de una compañía manufacturera que trata a sus 800 empleados como adultos responsables. La mayoría de ellos, incluyendo a los trabajadores de la fábrica, establecen sus propias horas de trabajo. Todos tienen acceso a los libros de la compañía. La gran mayoría vota sobre varias decisiones corporativas importantes. Todos reciben salario mensual sin importar la descripción del puesto. Más de 150 de nuestros administradores estipulan sus propios salarios y primas. Lo anterior puede sonar a una forma no convencional de manejar un negocio, pero parece funcionar. Muy cerca del desastre financiero de 1980, Semco es hoy una de las compañías brasileñas de más rápido crecimiento, con un margen de utilidades del 10 % sobre ventas de \$ 37 millones, en 1988. Nuestras cinco fábricas producen un rango de productos sofisticados, incluyendo bombas marinas, escáneres digitales, lavadoras comerciales de platos, filtros para camión y equipo de mezcla para cualquier cosa desde chicle hasta combustible para cohetes. Entre nuestros clientes se encuentran Alcoa, Saab y General Motors. Hemos construido varias fábricas de galletas para Nabisco, Nestlé y United Biscuits. Nuestros competidores multinacionales son, entre otros, AMF, Worthington Industries, Mitsubishi Heavy Industries y Carrier. Asociaciones de Administración, sindicatos y la prensa repetidamente nos han señalado como la mejor compañía para trabajar en Brasil. En realidad, ya no promocionamos puntos de trabajo. Estas palabras generan hasta 300 solicitudes para cada posición disponible. Los cinco administradores principales - los llamamos asesores- incluyen un director de recursos humanos que trabajó en Ford de Brasil, un ejecutivo veterano de 15 años de Chrysler y un hombre que dejó su puesto como presidente de una compañía más grande para unirse a Semco (...) Y eso es exactamente lo que sucedió. Sólo que aún más. Por ejemplo, un hombre que quería comenzar a las 7:00 a.m., pero como el operador de la grúa no entraba hasta las 8:00 a.m., él no podía comenzar. Entonces se inició una discusión general, y el resultado final fue que ahora todos saben operar la grúa. En realidad, la mayoría de personas puede ahora desempeñar varios puestos. El sindicato nunca ha puesto reparos porque la iniciativa surgió de los mismos trabajadores, Fue idea de ellos. Más aún, la gente del piso de la fábrica organizó el horario, y si dicen que este mes construirán 48 lavadoras comerciales de platos, entonces podemos ir a jugar tenis, porque 48 será lo que construyan. (...) En el caso de Semco, cada división cuenta con un programa de participación de utilidades individual. Dos veces al año calculamos el 23 % de la utilidad posterior a los impuestos sobre el estado de ingresos de cada división y le damos un cheque a tres empleados que han sido elegidos por quienes trabajan en esa división. Estos tres trabajadores invierten el dinero hasta que cada unidad puede reunirse y decidir por simple mayoría de votos lo que desean hacer. En la mayoría de las unidades, se ha decidido una distribución por igual. Si la unidad tiene 150 trabajadores, se divide el total por 150 y se le entrega a cada uno su parte. Así de simple. Quien barre el piso recibe igual que el socio de la división. Una división escogió utilizar el dinero para un fondo para préstamos para construcción de vivienda. Se trató de una votación muy estrecha y es posible que los trabajadores cambien de parecer el año entrante. Mientras tanto, algunos de ellos ya han recibido préstamos y han comenzado a construir sus casas. En cualquier caso, los empleados hacen lo que quieren con el dinero. Los asesores no intervienen. La experiencia de Semco me ha llevado al convencimiento de que la participación de utilidades tiene una excelente oportunidad de funcionar cuando corona en un amplio programa de participación de los empleados, cuando el criterio sobre las utilidades es tan claro y simple que el empleado menos favorecido puede entenderlo y, quizás lo más importante, cuando los empleados tienen acceso cada mes a las estadísticas más vitales de la compañía, costos, gastos generales, ventas, nómina, impuestos, utilidades. TRANSPARENCIA: Son muchas las cosas que contribuyen a un exitoso programa de participación de utilidades: bajo nivel de cambio de empleados, pago competitivo, ausencia de paternalismo, negativa a otorgar premios de consolación cuando las utilidades bajan, distribución frecuente (trimestral o semestral) de utilidades y muchas oportunidades para que los empleados cuestionen las decisiones de la administración que afectan las futuras utilidades. Pero nada es más importante que aquellas estadísticas vitales de reportes frecuentes, cortos, francos sobre cómo se desempeña la compañía. Transparencia total. Sin tretas, sin simplificaciones. Por el contrario, todos los empleados de Semco asisten a clases para aprender a leer y entender las cifras, y uno de sus sindicatos es el que dicta las clases. Cada mes, cada empleado recibe un hoja de balance, un análisis de pérdidas y ganancias, y un estado de flujo de caja de su división. Los informes contienen unos 70 ítems (más, incidentalmente, de los que utilizamos para manejar la compañía, pero no queremos que nadie piense que tratamos de retener información). (...) Muchos de nuestros ejecutivos se alarmaron por la decisión de compartir mensualmente los resultados financieros con todos los empleados. Temían que los trabajadores desearan saberlo todo, hasta la forma en que pagamos a nuestros ejecutivos. Cuando realizamos la primera gran reunión para discutir estos informes financieros con los comités de la fábrica y los líderes del sindicato de trabajadores del metal, la primera pregunta que recibimos fue «¿Cuánto se ganan los jefes de división?» Les contestamos. Respiraron. Desde ese día los trabajadores de la fábrica les dicen «maharajás». ¿Y qué? Si los ejecutivos se sienten turbados por sus salarios, significa posiblemente que no se los están ganando. Las nóminas confidenciales son para aquellos que no pueden mirarse al espejo y decir con convicción, «vivo en un sistema capitalista que remunera en escala geométrica. Gasté mis años en la escuela, poseo años de experiencia, soy capaz, consagrado e inteligente. Me merezco lo que recibo». En Semco, eliminamos la segmentación y especialización del trabajo de Frederick Winslow Taylor. Terminamos con los Cien años de Soledad del analista de salarios. Terminamos con el pago por horas y ahora le damos a todos un salario mensual. Organizamos los salarios de la siguiente forma: Muchos de nuestros trabajadores pertenecen a los sindicatos, y negocian sus salarios en forma colectiva. El salario del resto de trabajadores involucra un elemento de autodeterminación (...)»

principales instrumentos las estrategias que se conocen como la tercerización interna y externa<sup>5</sup>, donde se evaden responsabilidades de la empresa que se beneficia del servicio, respecto de los trabajadores que confluyen a cumplir los procesos productivos como partes de un engranaje, y que a su vez se encuentran con unos precarios salarios y elevadas jornadas de trabajo. Así mismo, acuden las formas posibles de simulación del contrato de trabajo a figuras como las cooperativas, contratistas independientes, contratos sindicales, sociedades simplificadas por acciones, etcétera, que son combinadas con las prácticas de la tercerización, para ocultar de manera formal la relación de trabajo dependiente que es evidente en la vida real.

Si el panorama es así, para hacerles frente a las malas prácticas laborales que atentan contra la dignidad del hombre tenemos un presente en el que gracias a las conquistas laborales de vieja data se cuenta con instrumentos jurídicos que protegen el trabajo dependiente, que tienen su dogmática eminentemente *pro hómine*, pero hay que hacerlos valer en los escenarios políticos, administrativos y judiciales de la mano con una justicia que debe estar comprometida con desterrar lo que contravenga la dimensión protectora al trabajo humano.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Bajo ese contexto, se pueden hacer varias especulaciones sobre el futuro del derecho laboral, desde la óptica de conservar los mínimos derechos de los trabajadores sin que se deslaboralice la

relación. Pretendemos especular cómo con los instrumentos jurídicos que se tienen, que se encuentran categorizados como principios, se puede hacer frente en el presente y el futuro a esas nuevas formas de esclavismo que tratan de imponerse por el ‘capital’, las cuales no son más que unas modestas recomendaciones, por lo menos para el caso colombiano.

## METODOLOGÍA

La metodología empleada se fundamentó en el análisis comparado de distintos referentes normativos, doctrinales y de las fuentes del derecho internacional público en la especialidad del derecho laboral, teniendo como instrumento la ficha de análisis documental y técnica el análisis de contenidos.

### 1. FRENTE A LA SIMULACIÓN DEL TRABAJO DEPENDIENTE QUE SE DISFRAZA CON LA FORMA DE TRABAJO INDEPENDIENTE

En el marco de nuestro Estado Social y democrático de derecho desde la Constitución misma se apropiaron los instrumentos jurídicos para combatir el fenómeno de simulación del contrato de trabajo. En el artículo 53, se estatuye como principio del derecho del trabajo la primacía de la realidad sobre las formalidades. Este principio encuentra su desarrollo en la ley colombiana, en el Código Sustantivo del Trabajo, en los artículos 23 y 24<sup>6</sup>. En similar forma ocurre para el régimen de los trabajadores oficiales que trata el Decreto 2127 de 1945. Los precitados artículos señalan:

5 Como tercerización se ha conocido la forma de administración de empresas que han adoptado dividir un proceso productivo en varios subprocesos que se asignan para su realización con empresas externas, que a veces pueden hacer parte del mismo grupo empresarial. Como tercerización interna, se conoce la forma de administración donde se contratan trabajadores de empresas externas para que realicen en las mismas instalaciones de la empresa contratante subprocesos ligados a un proceso de producción.

6 Código Sustantivo del Trabajo Arts. 23 y 24.

**ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES:** 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, ejecutada por sí mismo.

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos sobre los que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

**ARTICULO 24. PRESUNCIÓN:** Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Aunque este principio es utilizado ordinariamente por los operadores jurídicos colombianos, se observa que en muchas ocasiones expresamente no se desconoce

este postulado, pero sí de manera tácita, cuando se dejan de apreciar las pruebas que, aportadas en los procesos laborales, indican de manera inequívoca las prácticas simulatorias que pretenden ocultar la relación de trabajo, de las cuales es evidente su reproche, por ejemplo cuando se exime de responsabilidad de la relación laboral a entidades prestadoras de servicios de salud, que han contratado personal médico y paramédico para el cumplimiento permanente del objeto social, bajo la figura del contrato de prestación de servicios profesionales o bajo la figura de contratación con entidades comerciales u organizaciones sin ánimo de lucro que envían personal en misión con carácter temporal, para efectuar actividades de carácter permanente de la esencia del objeto social de la entidad empleadora prestadora del servicio de salud.

Da grima ver cómo los operadores jurídicos hacen una precaria utilización de las reglas de la sana crítica, especialmente las subreglas de la experiencia y de la lógica, para desmontar una simulación y declarar un contrato realidad.

Consideramos que si en el futuro este derecho que da prelación a la primacía de la realidad sobre las formas, que en muchos casos se ha dejado de aplicar, se utiliza sin vacilación formal, como debe ser, el futuro del derecho del trabajo tendrá una fortaleza que no lo hará sucumbir fácilmente.

## 2. FRENTE A LA TERCERIZACIÓN ILÍCITA

Además de los instrumentos jurídicos, proclamados en el derecho positivo interno, como el de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la legislación cuenta con instrumentos jurídicos que protegen el trabajo que se disgrega en apariencia, no se permite de manera generalizada y permanente la intermediación laboral, y recientemente se

han expedido normas que prohíben que el trabajo de las organizaciones cooperativas<sup>7</sup> pueda fungir de intermediario laboral, así:

Existe un concepto de unidad de empresa contemplado en el artículo 194<sup>8</sup> CST, que indica:

### DEFINICIÓN DE EMPRESA

1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del

Ministerio o del juez del trabajo.

3. No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de la descentralización industrial, las explotaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, sólo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas después de un plazo de gracia de 10 años de funcionamiento. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o por solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa de la que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente.

La Ley 50 de 1990<sup>9</sup> autoriza a las empresas de servicios temporales, como únicos intermediarios laborales en caso de empleo que no puede ser superior a un año así:

**ART. 71 LEY 50/1990:** Es empresa de servicios

7 Con estas nuevas disposiciones se pretende que las Cooperativas de Trabajo Asociado utilizadas para cumplir los objetivos de trabajo autónomo y para efectuar una perversa intermediación laboral no lo puedan seguir haciendo

8 Código Sustantivo del Trabajo Art. 194.

9 Ley 50 de 1990 Arts. 71 y 77.

temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

**ART. 77 LEY 50/1990:** Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere remplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más.

La Ley 1429 de 2010<sup>10</sup>, conocida como Ley de Primer Empleo, prohíbe a las cooperativas de trabajo asociado ser intermediarios laborales, teniendo en cuenta que con este tipo de asociaciones

se ha efectuado intermediación interna ilegal de manera inescrupulosa, con el fin de evadir responsabilidades laborales que recaen de manera directa en los beneficiarios de los servicios contratados que son verdaderos empleadores. El artículo 63 de la norma dispone:

**ART. 63 LEY 1429/2010:**

Contratación de personal por medio de cooperativas de trabajo asociado. El personal requerido en toda institución o empresa pública y privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado por Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores cumplidas de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo.

El Ministerio de la Protección Social mediante las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta 5000

10 Ley 1249 de 2010 Art. 63.

salarios mínimos legales mensuales vigentes a las instituciones públicas y empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las precooperativas y cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la ley. El servidor público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.

Así mismo, el Decreto 2025 de junio de 2011<sup>11</sup>, dispuso toda una reglamentación tendiente a conjurar de manera definitiva esta perversa forma de tercerización ilegal del trabajo, con la que ha pretendido evadirse las obligaciones y responsabilidades directas del empleador que se beneficia y lucra del trabajo subordinado ajeno. No obstante las críticas técnicas bien fundadas, que se hacen desde los sectores académicos a la redacción y confección de la norma, se refleja una voluntad gubernamental de acabar con esa mala práctica. Aquí los considerandos de la norma:

«...Que mediante la Ley 1233 de 2008, se dictaron normas en relación con las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, así como las condiciones para la contratación de estas con terceros, paralelo con lo cual, se contemplaron las prohibiciones para el evento en que dichas entidades

actúen como empresas de intermediación laboral o envíen trabajadores en misión; razón por la que a través del presente decreto se hace necesario dictar normas orientadas a su reglamentación parcial, en cuanto a las conductas objeto de sanción.

«Que, adicionalmente, es necesario reglamentar el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, en concordancia con la Ley 79 de 1988 y la Ley 1233 de 2008, en lo referente a la contratación de personal a través de cooperativas y precooperativas de trabajo asociado y terceros contratantes que infrinjan las prohibiciones contenidas en dichas normas (...).»

### 3. EL PAPEL DE NUESTROS JUECES DEL TRABAJO

Si contamos con unos jueces internos del trabajo que en su consciente posición de operadores jurídicos comprendan la lógica propia del derecho laboral, entendida como protectora al trabajador y a la dignidad humana, en la que la voluntad de las partes se encuentra limitada a unos derechos mínimos del trabajador en condiciones dignas y justas, en cuanto a remuneración, jornada de trabajo y protección social, verdaderamente este derecho social podrá tener un futuro en la medida que todos los principios fundantes positivados desde la cúspide del ordenamiento jurídico tengan en la administración de justicia unos interlocutores que imposibiliten, ante la investida de cualquier teoría económica

deshumanizante, que dicha dogmática protectora entre en desuso.

Consideramos que en nuestro modelo de Estado, día a día debe contar con más eco en el escenario judicial una teoría fuerte y sólida en procura del respeto por el trabajo decente, máxime si se tiene en cuenta que, en nuestro criterio, la principal fuente que mantiene la economía de mercado es la posibilidad de gasto y de consumo, que con los excedentes del salario hace la población laboralmente activa, que al encontrarse debidamente asistida, en cuanto a las contingencias que puedan afectar la salud y los ingresos, y debidamente remuneradas, podrán seguir consumiendo mayor número de bienes y servicios, que a su vez permitirá que los ciclos de mercado mantengan la dinámica de producción, comercialización, venta y consumo, que es lo que mantiene la economía y garantiza el empleo.

Acorde con lo anterior, resaltamos las consideraciones que recoge la Organización Internacional del Trabajo, oficina regional para América Latina y el Caribe en la página web, como las que lleva a cabo sobre trabajo decente<sup>12</sup> Virgilio Levaggi en el siguiente sentido:

**«¿QUÉ ES EL TRABAJO DECENTE? Virgilio Levaggi (\*)**

Los términos ‘empleo’ y ‘trabajo’ se usan como sinónimos. Sin embargo, este alude a una categoría de actividad humana más amplia que aquel.

El Tesoro de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) define al trabajo como el conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos. El

empleo es definido como «trabajo efectuado a cambio de pago (salario, sueldo, comisiones, propinas, pagos a destajo o pagos en especie)» sin importar la relación de dependencia (si es empleo dependiente-asalariado, o independiente-autoempleo).

Trabajo decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se adelanta sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo.

En 1999, Juan Somavia —primer director general de la OIT (fundada en 1919) proveniente del hemisferio sur— presentó su memoria «Trabajo decente». En ella introduce el mencionado concepto, caracterizado por cuatro objetivos estratégicos: los derechos en el trabajo, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social. Cada uno cumple, además, una función en el logro de metas amplias como la inclusión social, la erradicación de la pobreza, el fortalecimiento de la democracia, el desarrollo integral y la realización personal.

Siete años después, los ministros que —en representación de los países— forman parte del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas declararon: «Estamos convencidos de la urgente necesidad de crear un entorno a escala nacional e internacional que propicie el logro del empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos como base del desarrollo sostenible. Para la creación de

12 <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang-es/index.htm>, tomado 20 de Agosto de 2011, 11:30 am.

oportunidades laborales es imprescindible contar con un entorno que fomente la inversión, el crecimiento y la capacidad empresarial. Es fundamental que hombres y mujeres tengan oportunidad de conseguir un empleo productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana para lograr la erradicación del hambre y la pobreza, el mejoramiento del bienestar económico y social de todos, el crecimiento económico sostenido y el desarrollo sostenible de todas las naciones, así como una globalización plenamente incluyente y equitativa».

El trabajo ha sido, es y –previsiblemente– será componente sustantivo del contrato social que sustenta la gobernanza de las sociedades. Por ello, los cimientos de la paz mundial se refuerzan al crearse más oportunidades de trabajo decente.

Si se acepta la posibilidad de gerenciar el gran cambio en que vivimos y no solo ser sujetos pasivos, se debe civilizar la globalización a partir de la humanización del mundo del trabajo. Civilizar la globalización es dar un rostro humano al desarrollo mundial, mediante la reafirmación de los valores esenciales y universales que sintetizan aspiraciones comunes a la humanidad.

En Latinoamérica hay ocho países para cuyos ciudadanos el principal problema que afrontan es el desempleo. Simultáneamente, en la región estamos en proceso de crecimiento económico sostenido. En el caso peruano no se veía desde mediados de la década del 70. Las circunstancias favorecen la acción a favor de que disminuyan los desposeídos en nuestras tierras. Ello, a su vez, contribuirá con el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y a enfrentar el principal problema que caracteriza a nuestros países:

no son los más pobres del mundo, pero sí aquellos con los mayores índices de desigualdad.

Luego de que –en los últimos meses– América Latina ha pasado por una docena de procesos electorales con resultados diversos, las mayorías deben tener motivos no solo para apoyar la democracia, sino para sentirse satisfechas al participar en las oportunidades de progreso.

Promover el trabajo decente contribuirá a estabilizar un modelo de desarrollo –en democracia– que ponga al centro a la persona y resulte, por ende, promotor de la inclusión. Así crecerá el número de satisfechos con el régimen democrático que hoy caracteriza al hemisferio.

(\*) Director Regional Adjunto de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe»

#### 4. LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE SUBORDINACIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico es común que se haya entendido el concepto de subordinación, en el escenario de la relación de trabajo, desde una perspectiva limitada, centrandose solamente este elemento esencial y que caracteriza el contrato de trabajo, como la facultad que tiene el empleador de ir dando órdenes durante el transcurso de la relación, es decir, desde la perspectiva de ordenar directamente y obedecer en el mismo sentido, dejando de un lado el enfoque de la subordinación desde la óptica de la actividad, que se cumple cuando un proceso productivo es disgregado en varios subprocesos, que si son mirados aisladamente por ser desarrollados por distintas empresas<sup>13</sup>, aparentemente no se

13 Cada empresa desarrolla una fase de un proceso productivo tendiente a la consolidación de un producto, por ejemplo: Una empresa fabrica las llantas, otra los chasis, otra los frenos, otra los motores, y así sucesivamente, con el objetivo de armar un vehículo que ensambla la empresa que contrata todas las fases.

observa conexión directa entre quien recibe el servicio para un fin último y el trabajador individualizado que labora en una empresa contratada o subcontratada para cumplir con un proceso que hará parte de un producto final.

Esa actividad de la cual nos hemos referido, si se mira de manera agregada, como parte de ese fin último o producto final, es notable que existe una actividad principal que subordina las actividades contratadas o subcontratadas para la consecución de un mismo objeto. Piénsese, por ejemplo, en la fábrica de automóviles que contrata con terceros la fabricación de las piezas de los vehículos que regenta con su marca y que finalmente lo que hace es unir las partes ¿será que ese trabajo disgregado no está dirigido al mismo objeto?

Esta imposición de actividades por una empresa hacia otras que participan de la misma cadena de producción, debe ser mirada por el mundo jurídico como una sola actividad en cabeza de un empleador principal, el que se beneficia con ese producto final como resultado de la unión de los procesos que de manera consciente disgregó para diluir responsabilidades, con la creación de este complejo artificio como una forma sofisticada de encubrir trabajo verdaderamente subordinado a un solo mando central que presenta o comercializa un producto final como suyo. El Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 23, presenta la subordinación de la siguiente manera:

**«ARTICULO 23. CST  
ELEMENTOS ESENCIALES.**

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

b. ...La continuada subordinación o dependencia

del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país...».

Consideramos que el concepto de subordinación, que a su vez impone al empleador no solo un poder directivo, sino también unos deberes de protección al trabajador, para que genere responsabilidad respecto de quien se beneficia del trabajo subordinado, y en consecuencia de la producción, venta y comercialización de un bien o servicio que se origina en un proceso que hoy trata de disgregarse en varias empresas para evadir las responsabilidades de protección directa, debe extenderse más allá del contexto formal del objeto social del empleador y llevarlo al plano de la actividad en sentido amplio, que utiliza el disfraz de varios objetos sociales, pero conexos y afines a una ejecución.

En ese sentido, la solidaridad patronal debe extenderse a los empleadores que participaron en la cadena productiva. En esta vía, el concepto de solidaridad en materia patronal debe verse más allá de la identidad de objeto social, de cómo está limitado en la legislación en el artículo 36 del CST, en armonía con el artículo 34 ibidem, y debe extenderse a la actividad o ramo de la industria como tal, en sentido general, el cual en apariencia formal puede estar en cabeza de varios objetos sociales distintos, pero que hacen

parte de una actividad que no logra el resultado final sin la unión de todos ellos. Al respecto nos permitimos citar los artículos en mención<sup>14</sup>:

**El artículo 34 del CST** establece la solidaridad entre contratantes y contratistas independientes así:  
**C O N T R A T I S T A S**  
**I N D E P E N D I E N T E S:** Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios. Las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para ejecutarlos con sus medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos de que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra será solidariamente responsable en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las

obligaciones de los subcontratistas frente a los trabajadores aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

**El artículo 36 CST** establece la solidaridad entre socios así:  
**RESPONSABILIDAD SOLIDARIA:** Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y estos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.

## 5. EL NUEVO ROL DE LA ORGANIZACIÓN DE TRABAJADORES. CONCLUSIONES

Las grandes conquistas en la mejora de las condiciones laborales que se han suscitado en la historia de la humanidad, que han dado a la existencia de lo que conocemos como derecho del trabajo, han sido producto de la organización y acción constante de los trabajadores y que, en países como Colombia, estos derechos alcanzados en otras latitudes se han copiado e incorporado al ordenamiento interno producto de la presión internacional, y como lo sostiene Francisco Rafael Ostau de Lafon de León, mediante el discurso paternalista de la clase política, legisladores y jueces.

Gracias a estos procesos tenemos en el país un derecho laboral al que se le conoce una lógica y una dogmática propia, y que se nutre con la conceptualización externa que

cada día es más conocida y apropiada en nuestro medio, así sea a pasos cortos, por algunos de los que tienen a cargo la administración de justicia, que en últimas son quienes hacen que estos derechos se materialicen ante la presencia del conflicto.

Las organizaciones sindicales tienen el reto, por lo menos, de no dejar que se extinga lo alcanzado, y para ello deberán asumir estrategias de apoyo en la tecnología, como lo hacen las organizaciones empresariales, que producen sin agrupar trabajadores en un mismo entorno físico, como se observa con las estrategias de tercerización externa e interna, a tal punto que se cuenta con una capacidad de persuasión mental que justifica la disgregación de los trabajadores fuera de la empresa, sin prescindir del trabajo, poniéndolos a laborar en un esquema igual al que se conoció con los artesanos en el feudalismo, con la diferencia que el empresario actual tiene cómo controlar el proceso productivo que disgrega, a costa de la explotación brutal del trabajador en cuanto al ingreso, que se disminuye y la jornada de labor que triplica la legal.

Con esa nueva estrategia de denominación de trabajo ‘independiente’ se disfraza de moderna y libre la labor subordinada que debe ser protegida, y con cargo al ahorro de los costos de protección

del trabajador se incrementa la pobreza de muchos y aumenta de forma escandalosa e injusta la riqueza de pocos. Nos referimos, entonces, a que la estrategia de la organización trabajadora con destino a no disgregarse y a agruparse necesariamente deberá hacerse utilizando nuevas tecnologías, teniendo en la conexión virtual una buena herramienta, en la medida que físicamente cada vez se imposibilita más la agrupación de los trabajadores, como se observaba antes alrededor de la empresa o la fábrica. Este tipo de herramientas los puede volver a acercar.

Hoy, está demostrado que mediante el internet la ciudadanía se puede convocar masivamente para la consecución de fines concretos<sup>15</sup>, por lo que el trabajador habrá de utilizar las posibilidades de la posmodernidad a su favor, para unirse y fortalecerse, así como lo ha hecho el empleador para producir sin la afluencia masiva de trabajadores en el mismo sitio.

La organización trabajadora deberá asumir la estrategia de participar en los espacios que ofrece la democracia, para que desde los escenarios de poder coadyuve con la preservación de las conquistas laborales que son derecho positivo, y propugnar porque nuevas reivindicaciones se incorporen por lo que la presencia en los escenarios de poder político debe ser inevitable.

15 Se han conocido experiencias exitosas en las que se puede convocar a las personas para hacer causa común, utilizando herramientas que pueden aprovechar los trabajadores para los fines de convocatoria y agrupación. Al respecto, me permito citar parte de la vivencia conocida en Colombia, tomada de [www.eltiempo.com](http://www.eltiempo.com): «Marcha contra las Farc, mayor movilización en la historia del país: Los colombianos inauguraron, ayer, una nueva era de la protesta social en el mundo. La globalización del repudio. La historia dirá que la primera gran marcha realizada en distintas partes del planeta, de manera simultánea y convocada por una red social (Facebook), se hizo contra las Farc, un grupo «terrorista» acusado de secuestrar y asesinar en Colombia, y que millones de personas reaccionaron en su contra marchando de manera pacífica en todos los continentes. El éxito de la jornada se debe, principalmente, a la ‘magia’ de Internet. Al llamado marketing viral, capaz de hacer que un mensaje se despliegue a gran velocidad, en cuestión minutos, en grandes masas o audiencias, sin importar fronteras, idiomas o culturas. En este caso el puente fue Facebook, que en la actualidad tiene 64 millones de personas activas, cifra que crece a una tasa diaria de 250.000 nuevos inscritos. «Ni siquiera las convocatorias de Barack Obama o Hillary Clinton en Facebook han tenido una respuesta como esta contra las Farc», dijo Alberto Pardo, experto de Internet. El llamado contra las Farc llegó a 193 ciudades de Colombia y del mundo. Y fueron millones de colombianos los que salieron a marchar. Desde pequeños grupos como el de Irak (3 personas), con un cartel artesanal en español que decía: «Soy Julio, vivo en el Kurdistan irakí. Desde aquí, paz para Colombia, fin para las Farc»; el del desierto del Sahara (en Argelia, de 5 personas), con una pequeña pancarta que reza: «No más Farc, rompamos esas cadenas»; o los millones que desbordaron las vías y las plazas de la capital colombiana (la más grande de todos los tiempos), con todo tipo de condenas a esta organización alzada en armas desde hace casi 50 años. Tampoco se había visto, jamás, así como ayer, la capacidad de convocatoria y de respuesta ciudadana, alejada de intereses partidistas. Fue un solo hombre, Oscar Morales, un ingeniero civil, quien desde la soledad de su casa, en Barranquilla, originó la convocatoria. Y tampoco se había visto que millones de colombianos respondieran de manera tan espontánea. En Colombia hubo un desbordamiento humano en veredas, barrios, pueblos y ciudades, hastiado de la violencia. Los políticos y sociólogos, acostumbrados los primeros a generar movimientos de masas y los segundos a estudiar estos fenómenos, apenas empiezan a digerir lo de ayer (...)»

Podríamos decir que así como el movimiento obrero aprovechó la agrupación en la empresa para organizarse sindicalmente, en la transición del feudalismo al capitalismo, hoy, cuando el empleador quiere sacar al trabajador de la empresa por el avance tecnológico que le permite producir sin agrupar, estos avances tecnológicos deben constituirse para la clase trabajadora en una nueva herramienta que les permita, de igual manera, agruparse y ejercer la presión que origina el Derecho del Trabajo.

## REFERENTES

Beaudonnet, Xavier, Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno, manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho, 1 ed., Centro Internacional de Formación de la OIT, Turin, Italia, 2009.

Cosmópolis, Mario Pasco y Otros. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Discusiones y Debates*, 'Crisis Económica Mundial y Derecho del Trabajo', 1º ed., Bogotá. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2009.

Delgue, Juan Raso y Otros. *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Discusiones y Debates*, 'El Impacto de la crisis en las relaciones de trabajo», 1º ed., Bogotá. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2009.

Jácome Sánchez, Sandro José y otros. *Compendio teórico práctico de derecho del trabajo individual y colectivo*. 1ª ed., Bogotá, Legis. 2013.

López Cárdenas, Jairo Alonso. *Derecho Laboral Individual*. Medellín, Colombia. 2008.

López Fajardo, Alberto. *Elementos de Derecho del Trabajo*. Bogotá, D.C. Edit. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Cuarta Edición. 2010.

Ostau de Lafont, Francisco Rafael. *El discurso paternalista en la formación de la norma laboral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Constitución Política de Colombia 1991

Código Sustantivo del Trabajo - Colombia

Decreto 2025 de 2011.

Ley 50 de 1990.

Ley 1429 de 2010.

Manual de Derecho Laboral, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C, 1 ed, 2008.

## REFERENTES VIRTUALES

<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang-es/index.htm>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3945957>, *Marcha contra las Farc, mayor movilización en la historia del país, 2008.*

<http://html.rincondelvago.com/administracion-sin-administradores.html>, *tomado 21 de Agosto de 2011, 11:42 am*

<http://es.shvoong.com/humanities/140457-concepto-trabajo/> hora 10: 21

<http://es.shvoong.com/humanities/140457-concepto-trabajo/> hora 10:21

## LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO\*

*The burden of proof in the social status of law*

*Recibido: 15 de septiembre del 2012*

*Revisado: 3 de noviembre de 2012*

*Aceptado: 20 de enero del 2013*

*Pedro Alirio Sánchez Novoa\*\**

### RESUMEN:

En este artículo se analiza el sistema procesal civil de Colombia, a la luz de las dos vertientes procesales (Inquisitivo y Adversarial), para establecer si con la implementación del Código General del Proceso, al adoptar un sistema más Adversarial que permita una justicia pronta y efectiva por la oralidad y que influencia tiene el estado social de derecho con la aplicación de dicho sistema procesal, en lo que respecta al decreto de pruebas de oficio, toda vez que por ser un deber-poder, el juez muchas veces comprometer su imparcialidad para satisfacer el derecho sustancial, pero a que costo, trasgrediendo el principio procesal y constitucional de la igualdad de las partes.

### PALABRAS CLAVE:

Sistema Procesal Civil Inquisitivo, Sistema Procesal Adversarial, Pruebas de Oficio, Juez.

### ABSTRACT:

This article discusses the civil procedure system of Colombia, in the light of the two procedural aspects (Inquisitive and Adversarial), to determine whether the implementation of the General Code of Procedure, by adopting a more adversarial system that allows prompt justice and effective by the oral and what influence the social state of law with the application of the procedural system, with respect to the decree of evidence ex officio, since to be a must-order, the judge often compromise their impartiality satisfy the substantive law, but at what cost, transgressing the constitutional and procedural principle of equality of the parties.

### KEY WORDS:

Inquisitive Civil Litigation System, System Adversarial Procedure, Testing Office, Judge.

---

\* Artículo inédito. Este artículo es producto de la investigación en el proyecto: «La carga de la prueba en el Código General del Proceso: análisis integral frente al derecho a la prueba» desarrollado por el Grupo de Investigación en Derecho Procesal (GIDPRO) de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, perteneciente al Centro de Investigaciones Seccional.

\*\* Abogado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomas. Msc. en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Docente de las materias Derecho Comercial y Derecho Probatorio. Auxiliar Judicial del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y autor de diversos artículos científicos. Correo electrónico: pedroaliriosanchez@hotmail.com



## INTRODUCCIÓN

Para nadie es un secreto que nuestra Jurisdicción Civil se encuentra congestionada, por el gran número de conflictos jurídicos que se ventilan en los estrados judiciales, ya que los jueces civiles, no solo tramitan procesos que son de su naturaleza, sino acciones de tutela, hábeas corpus, acciones populares, acciones de grupo, acciones de cumplimiento e incidentes de desacato entre otros que generan un atraso incluso justificado; por otro lado el abuso del derecho y del proceso por quienes *«...ejercen una facultad justamente con fin de bloquear, retardar o hacer indebidamente difícil y complicado el proceso, la multiplicación de demandas, solicitudes y reclamaciones, hasta la petición o producción no necesaria de pruebas inadmisibles o irrelevantes. Ninguna especificación puede ser exhaustiva...»* (Taruffo & Taruffo, 2009), además nuestro ordenamiento jurídico procesal civil en la actualidad pregona un sistema más Adversarial o Dispositivo, pero con la talanquera de que el Juez como director del proceso tiene el deber-poder de decretar pruebas de oficio que incluso altera la imparcialidad del fallador debido a que puede prejuzgar e incluso suprimir el debate probatorio de las partes, inclinando la balanza hacia la protección tutelar de una de ella en pro de un juicio de valor que efectivice los derechos fundamentales de los ciudadanos en la estructura del Estado Social de Derecho.

Lo que pretende este artículo de reflexión, es demostrar que la aplicación de un sistema procesal más Adversarial, no es violatorio de los postulados del estado social de derecho, porque la prevalencia del derecho sustancial no implica el favorecimiento de la parte que no fue efectiva con su aportación probatoria, siendo inocua la práctica de pruebas de oficio.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Colombia adoptó un sistema procesal civil Adversarial con la implementación de la oralidad, pero conservó del sistema inquisitivo el decreto de pruebas de oficio en aras de hacer prevalecer el derecho sustancial en cumplimiento de los postulados del estado social de derecho.

De lo anterior surge la siguiente macro-pregunta: ¿Será que la supresión del decreto de pruebas de oficio por parte del juez atenta contra los postulados del estado social de derecho, más concretamente a la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal?

## METODOLOGÍA

Se hace una investigación exploratoria relativa a los sistemas procesales: Inquisitivo y Adversarial, de lo que históricamente ha representado en nuestro país, con referencia al modelo de estado, que es muy influyente en el derecho.

El trabajo se desarrolla alrededor de tres ejes centrales, en primer lugar lo que significa un sistema procesal inquisitivo y uno Adversarial, en segundo lugar el papel que juegan las pruebas de oficio en los dos sistemas y frente al estado social de derecho, y tercero, que con la implementación del Código General de Proceso se debió omitir el decreto de pruebas de oficio del Juez para que la Justicia fuera más pronta y efectiva, y siendo más dispositiva.

Se desarrolló un marco teórico suficiente con el cual se puede detectar todos los elementos del fenómeno jurídico, y además ordenarlos en una estructura dinámica que corresponda al orden jurídico de los sistemas procesales, del estado de derecho y del deber - poder de decretar pruebas de oficio. Con esas premisas, en primer lugar, se investiga y se busca un paradigma adecuado al análisis y

comprensión del fenómeno jurídico, sea en las conexiones e interacciones internas del sistema jurídico, sea en las externas con otros sistemas. Por otra parte, investigando el Derecho como un sistema cultural, se buscan sus raíces en los procesos mentales del conocimiento (de la razón, de la intuición y de la acción). En consecuencia, en torno a los tres ejes del conocimiento (analítico-lógico, sintético-intuitivo y pragmático-operativo) que de ahí resultan, se desarrolla una estructura según la cual los factores operacionales del Derecho se conectan por medio de una dialéctica triádica en diversos niveles de complejidad.

## PLAN DE REDACCIÓN

Como se realizó una investigación exploratoria de tono descriptivo y además bibliográfica, la gestión del dato o referente, lo constituyen los libros consultados, las normas y la jurisprudencia que sobre el tema se ha desarrollado en los últimos años en el país, ya que la investigación se desarrolló en el año 2012 y 2013, ante la promulgación de la ley 1564 de 2012, que corresponde al Código General del Proceso. El esquema de resolución al problema parte del análisis del sistema adversarial e inquisitivo, continuando con el Estado Social de Derecho, pruebas de oficio en el Código General del Proceso y el *civil law* y *common law*.

### 1. SISTEMA ADVERSARIAL E INQUISITIVO

Nuestro País, con la expedición de la ley 906 de 2.006, adoptó un sistema procesal penal acusatorio (Adversarial), que limita al Juez en el campo probatorio, al no poder decretar pruebas de oficio, situación que no atenta contra nuestro Estado Social de Derecho<sup>1</sup>, ni mucho menos contra el artículo 29 de nuestra Constitución, ni contra la

naturaleza democrática de nuestro ordenamiento jurídico y el compromiso de nuestro Estado frente al respeto de la dignidad de las personas. Nuestra anterior codificación procesal penal, utilizó como modelo para Juzgar a las personas que delinquieran el sistema inquisitivo que significa justicia-venganza, en el que se concentraba el poder en el Juez, hasta el punto de que podía decretar pruebas de oficio en aras de cumplir con el fin de proceso en ejercicio de un poder-deber.

El Sistema Penal Acusatorio Adversarial según Damaska citado por Beatriz Quintero Arredondo tiene «la forma de una contienda o de una disputa, como una lucha entre dos adversarios frente a un árbitro relativamente pasivo cuyo principal poder consiste en llegar a un veredicto, al paso que el modelo no-Adversarial se estructura como una indagación oficial. En el primer modelo la iniciativa procesal corresponde por regla general a las partes y en el segundo es el órgano público quien realiza la mayor parte de la actividad.» (Arrendo & Arredondo Quintero, 2010).

Los modelos no adversariales mandan del Juez una mayor actividad que obviamente genera atraso o mora en la toma de decisión, dado que tiene el deber de decretar pruebas de oficio para esclarecer los hechos en la búsqueda de la verdad, debido a que se «involucra el alcance de las consecuencias de la Consagración Constitucional Positiva de la idea de Estado Social de Derecho, como determinante de la figura del Juez Director del Proceso, con poderes concernientes a la vigilancia de la forma y a la salvaguarda de la ética en el proceso. Es sin embargo polémico, si la consagración constitucional, por si sola implica el entendimiento de unos

<sup>1</sup> Artículo 1 de la Constitución Política «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.*»

poderes investigativos para el cumplimiento de la misión que el mensaje es procurar que la verdad formal coincida con la real, una manera de hacer justicia en el caso en concreto.» (Arrendo & Arredondo Quintero, 2010).

Le corresponde al legislador implementar el sistema procesal que ha de regir para la Jurisdicción Civil, por consiguiente, en toda reforma procesal debe analizarse cuál de los sistemas debe ser predominante, si el sistema Adversarial o el Inquisitivo, pues la situación no solo es de ideales sino de resultados, ya que la Jurisdicción debe ser analizada mas como un servicio público esencial; que como un órgano magno que busca la verdad a todo costo, máxime que la verdad real es algo casi imposible de verificar, siempre la verdad será procesal, y el producto del razonamiento de las partes y del fallador.

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, 2009, págs. 245-247).

Siempre ha existido una oposición entre la concepción del proceso como instrumento de resolución de conflictos y la idea de la búsqueda del 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, pág. 39)

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,

El CGP establece como deberes del Juez el decretar pruebas de oficio para esclarecer los hechos que las partes ventilan en un proceso civil, así mismo de manera oficiosa podrá distribuir la carga de las pruebas entre las partes para hacer más eficiente el proceso, siendo el juez un verdadero gerente del proceso,

aplicando la tendencia del *case manager*, en donde el juez utiliza todos sus poderes para hacer más efectivo el proceso, sobre estos dos tópicos, es pertinente reseñar que la distribución de la carga de la prueba de oficio, no genera violación de derechos fundamentales, ni va en contra del principio de imparcialidad del Juez y de la igualdad de las partes, debido a que las pruebas previamente fueron solicitadas por las partes en la etapa permitente y lo único que hace el juez, es determinar quién va a recaudar a aportar la prueba requerida, teniendo en cuenta la facilidad o elementos de racionalidad. No obstante con respecto a la aportación solicitud de pruebas, el caso es diferente, pues siempre que el juez decreta una prueba de oficio, compromete su imparcialidad, así sea de manera inconsciente, pues el solo pensar que para probar un hecho ventilado por una parte se requiere de la práctica de una prueba, se está favoreciendo su negligencia o torpeza, y esa prueba de oficio se convierte en un premio a la falta de profesionalismo y raciocinio de los aportados de las partes, y por lo tanto, en aras de la prevalencia de un derecho sustancial no se puede sacrificar el derecho a la igualdad de las partes.

Si lo que se pretendía era un sistema oral en civil que permita un justicia pronta y efectiva, es un éxito lo planteado en el CGP, pero el proceso civil a pesar de ser oral, no tiene tendencia Adversarial, debido a que con respecto al fin de proceso, aún sigue siendo la búsqueda de la verdad a toda costa, típico de los sistemas inquisitivos, en donde la principal finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad razonada con el otorgamiento de facultades al fallador para tomar parte activa del proceso que implica entre otras el decreto de pruebas de oficio, que compromete su imparcialidad ostensiblemente.

Por otro lado el sistema procesal civil con tendencias Adversarial, si bien,

también tienen como finalidad la búsqueda de la verdad sobre los hechos en conflicto, lo más importante es resolver el conflicto suscitado entre las partes (Carvajal, 2005).

## 2. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Con las Constituciones de la Postguerra, y con el surgimiento del denominado Estado Social de Derecho, cambió notoriamente la posición del Juez frente a la sociedad, pues el Juez es el encargado de efectivizar los derechos fundamentales de las personas, que fueron totalmente ultrajados en los estados en guerra, de ahí que FERRAJOLI citado por Luis Prieto Sanchis, sostiene que «no comparte la imagen del Juez como «Boca Muda» de la ley o la Constitución, una imagen nacida en la Ilustración pero divulgada y asumida como dogma por el paleo positivismo» (Sanchis, 2010).

El estado social de derecho después de la segunda guerra mundial propone una tregua ideológica, y es la más importante de la Postmodernidad, los liberales consiguieron el derecho a la propiedad para poder ser unos estados dentro del estado por el acaparamiento de la riqueza, pero cedieron ante la intervención del estado en las Políticas Económicas, ya que en un estado de derecho la intervención del estado es mínima.

Si bien es cierto el proceso civil no puede ser observado como una batalla entre dos o más contendores, sino como un instrumento para promover la paz y el bienestar del conglomerado social. Toda vez que los derechos subjetivos y los estados o situaciones jurídicas de que son titulares las personas, están protegidos por el ordenamiento jurídico, conforme lo reza el artículo 2 del inciso segundo de la Constitución Política: «las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas que residen en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, esto implica que el estado, debe

garantizar a la sociedad el Bienestar, la tranquilidad, y la convivencia pacífica, a la que se deben sujetar todas las personas de la sociedad.

Por regla general, las personas no deberían infringir la ley, y por ende cumplir con todas sus obligaciones: Legales, convencionales o testamentarias, sin tener que acudir a la coerción. Pero cuando, no hay satisfacción de los derechos que se encuentran contenidos en las obligaciones de origen civil, es menester acudir a la ACCIÓN CIVIL, que simplemente es el ejercicio de la protección jurídica por parte del estado.

El Juez en un estado social de derecho es el único capaz de impartir justicia pensando en la protección efectiva de los derechos tutelados por la Constitución y las Leyes, incluso involucrándose en la realidad social.

Para el Neoconstitucionalismo, el Juez tiene el deber de propiciar por un control judicial de los actos de poder, incluyendo el ordenamiento jurídico mediante una compleja y ordenada argumentación e interpretación jurídica, pero tomando como parámetros reales a la Constitución, lo que implica que el Juez «está llamado a constatar y, en muy escasa medida, a escoger, valorar o decidir» (Sanchis, 2010), pero no reemplazar a las partes para enderezarles sus falencias en la petición de pruebas y decretar pruebas de oficio que generan un desequilibrio de las partes en contienda, que atenta contra el derecho de la igualdad frente a la ley.

### 3. PRUEBAS DE OFICIO

No obstante, nuestra el Código General de Proceso, establece que a las partes les incumbe probar los presupuestos de las normas jurídicas de la acción o excepción que está planteando en un

proceso civil, en virtud del Principio de la Autorresponsabilidad, de tal manera que son las partes las que deben soportar las consecuencias de su descuido en la solicitud de pruebas en las etapas procesales correspondientes, ya que su actitud pasiva o inclusive su inadecuada actividad probatoria que no logra convencer al Juez de los hechos que le pone de presente, máxime que el Juez como Director del Proceso en realidad no conoce a las partes, ni tendrá jamás certeza plena de los hechos que le pone a consideración, por consiguiente si las partes no solicitan pruebas o «algunas resulten superfluas, no despliegan toda la actividad deseada en su diligenciamiento (Por ejemplo, si no interrogaron al testigo sobre los hechos que solo ellos saben y que les hubieren permitido sacar adelante el proceso a su favor, sufren las consecuencias» (Quijano, 2009).

Partiendo de lo transcrito anteriormente, vale la pena hacer la siguiente reflexión, nuestra profesión de abogado nos da las herramientas cognoscitivas jurídicas suficientes para elaborar demandas, tramitar procesos, proponer excepciones y por ende solicitar pruebas pertinentes, conducentes y útiles que le permitan el convencimiento del Juez, por lo tanto, es ilógico aunque no irreal que los profesionales del derecho omitan la petición de pruebas necesarias para la prosperidad de las pretensiones o excepciones de su cliente, y si ello ocurre, el Juez no debería decretar pruebas de oficio para enderezar las falencias de los sujetos procesales, porque eso atenta contra el principio de imparcialidad e igualdad.

Es evidente que el debate procesal se enmarca en un fenómeno Jurídico Cultural de nuestra propia idiosincrasia que nos ha llevado a tergiversar la concepción del Estado Social de Derecho, para darle una connotación de Estado Bienestar de Principios de Postguerra, que en el campo

procesal implica que el Juez tiene el deber de Realizar la Justicia sin importar que ello atente contra el principio dispositivo del derecho civil, porque la Justicia Social es un valor trascendental que legitima la propia existencia del estado, pero esto no puede degenerar en un Juez que se entromete o involucra demasiado con las partes hasta el punto de enmendar las falencias producto de su descuido o de su incapacidad demostrativa, decretando pruebas de oficio que favorezcan a alguna de las partes.

#### 4. CIVIL LAW Y COMMON LAW

De ahí que un sistema inquisitivo nace de la indagación que se implementó en el siglo XII en el Imperio Carolingio, que luego fue adoptado por la Iglesia con el Derecho Penal y se disemina por el mundo como la «Santa Inquisición», caracterizándose por Monopolio del Poder por parte del Estado en la Actividad Judicial, siendo un Juez Activo con amplias facultades para incidir en las necesidades de las partes y a la vez para lograr los fines del estado (Carvajal D. M., 2009)

Por consiguiente debido a que nuestro sistema procesal civil en la actualidad es más inquisitivo que Adversarial, el Juez tiene el deber-poder de decretar pruebas de oficio, por el contrario si el sistema procesal fuere más Adversarial el Juez estaría limitado en el debate probatorio, no siendo factible que decrete pruebas de oficio, garantizando la imparcialidad total de las partes, convirtiéndose como un gerente o administrador del proceso que debe resolver el caso con los elementos probatorios aportados por las partes, aplicando la sana crítica, el raciocinio, su experiencia y capacidad volitiva.

En el Derecho Romano Antiguo, la Justicia Civil era manejada por Jueces Privados, siendo simplemente como árbitros que resolvían los conflictos entre

particulares, mediante un proceso oral, público, contradictorio y el impulso era totalmente dispositivo de las partes, lo que implicaba que para la Justicia Civil operaba el sistema Adversarial, antes de que cayera el imperio romano se cambio de sistema para el Inquisitivo debido a que el estado asumió la definición de los conflictos entre particulares. El derecho romano dio origen a dos vertientes: El Civil Law y el Common Law, el primero como modelo de proceso se extendió por Alemania, Italia, Francia, Portugal, España y lógicamente a Colombia y Latinoamérica producto de las conquistas, siendo un modelo más Inquisitivo que Adversarial; el segundo se aplicó en Australia, Holanda, Inglaterra y en los Estados Unidos de Norte América por las mismas razones que Latinoamérica.

El Civil Law que es la tendencia de nuestro país, es mas Inquisitivo en todo sentido, pues nuestro sistema procesal civil, es el Juez quien debe velar por la búsqueda de la verdad, incluso decretando pruebas de oficio ante la inactividad de las partes, este sistema es eminentemente escrito, aunque algunos países lo aplican en el sistema oral. El civil law es conocido como el derecho continental que involucra todas las relaciones civiles entre particulares, como sus negocios jurídicos, las obligaciones, los bienes, las sucesiones y demás derechos que se involucran con el derecho a la propiedad, este sistema «se fundamenta en la presencia de jueces profesionales, dotados de específica competencia técnico-jurídica. Desde el punto de vista histórico, esto ha influido de manera determinante en la estructura de muchos ordenamientos procesales modernos. En particular, la presencia de este tipo de Juez ha dado lugar a un modelo de proceso caracterizado por el empleo sistemático de la forma escrita y por la ausencia de concentración, es decir, por la posibilidad de que el procedimiento se desarrolle en una pluralidad de momentos distanciados entre sí en el tiempo...» (Taruffo & Taruffo, 2009, pág. 81)

En el Common Law que se acentúa en los Estados Unidos de Norte América, en el cual las partes de manera previa recolectan las pruebas y conservan el material probatorio y los mismos abogados privados son los candidatos para conservar las pruebas, luego son presentadas por las partes ante Juez para la preparación de la audiencia, sin la posibilidad de que el Juez decrete pruebas de oficio, lo que implica que el proceso del Common Law es oral y por ende adversarial, ya que se «sustenta políticamente en un Sistema Adversarial, un sistema de enfrentamiento que se concentra únicamente en la resolución de conflictos, ya que se entiende la sociedad como soberana en la decisión política de administrarse justicia. Igualmente esta forma de Estado no podría ser un productor exhaustivo de normas que determinen la interacción contractual, familiar, laboral y de responsabilidad de los ciudadanos.» (Carvajal D. M., 2009).

En los Estados Unidos de Norte América se está gestando una nueva tendencia procesal que es el «Case management», con el fin de optimizar los recursos económicos en «donde el Juez aparece como un verdadero director, función activa que contemporáneamente puede resumirse, como lo dice López, en tres grandes puntos de política procesal: 1. Gerencia judicial de los casos; 2. Referencia en materia probatoria y 3. Promoción de la resolución del conflicto.» (Carvajal D. M., 2009, pág. 39).

Partiendo de la premisa de que el Estado debe proteger al más débil para así efectivizar el derecho fundamental de la igualdad, se podría pregonar que es indispensable que el Juez decrete pruebas de oficio para buscar la verdad real por encima de la verdad formal con el fin de equilibrar las cargas, toda vez que las pruebas aportadas o solicitadas por las partes pueden ser insuficientes para comprobar la verdad, y para nadie es un secreto que el poder económico de las

partes influye bastante el recaudo probatorio, por ejemplo un testigo que se encuentre en el exterior, o un testigo que resida fuera de la sede del caso, le corresponde a la parte asumir los costos necesarios para su recaudo y a veces las partes no poseen dichos recursos, pues así exista declaratoria de amparo de pobreza esos costos los debe asumir la parte, como lo dice MICHELE TARUFFO: «Los recursos de una parte pueden ser limitados y su posible inversión en la recolección de evidencias puede no ser equilibrada en comparación con la inversión de la otra parte: (como el trabajador, el consumidor, la gente pobre) que no puede de hacer uso eficaz de sus derechos.» (Carvajal M. T.-D., 2005, pág. 19).

Lo anterior expuesto implica que el Juez en aras de lograr la certeza debe «comprometer su imparcialidad - como un verdadero *investigador* en orden a procurar la *verdad* para lograr con ella hacer *justicia* conforme con lo que él mismo entendido que es ese valor, convirtiéndose así en una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen Juez Magnaud...» (Velloso, 2010).

El Fallador con el decreto de pruebas de oficio, debe tener un sigilo y proporcionalidad adecuada, pues siempre va a tener que encontrar la forma de decretar dichas pruebas sin que comprometa su imparcialidad o altere la igualdad de las partes, y es una tarea bastante difícil, lo mejor es que el Juez no decrete pruebas de oficio para que el proceso sea más Adversarial y pueda cumplir los fines, esto es, la solución del conflicto con fundamento en una verdad razonada y adecuada con las pruebas aportadas por las partes, pero como nuestro CGP lo establece como un deber-poder, el juez debe asumir la tarea como lo dice la doctora María Ramírez Carvajal, directora de la Maestría de Derecho Procesal Contemporáneo, esto es,

«establecer un adecuado equilibrio entre el deber-poder del Juez y las garantías constitucionales de las partes» (Carvajal D. M., 2011), que no comprometan la imparcialidad, independencia, equilibrio de las partes, publicidad y legalidad de la actuación, haciendo prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, sin que ello implique suplantar a la partes en el debate probatorio.

## CONCLUSIONES

A pesar de que han existido innumerables reformas al Código de Procedimiento Civil, pasando incluso de un sistema escrito a la implementación de un sistema oral, aún no se ha gestado una reforma que ofrezca un cambio de cultura jurídica importante, dado que en materia civil nos encontramos en un sistema mixto, pero con matices más centrados en el sistema inquisitivo, que generan una mayor actividad oficiosa del Juez, sobre todo en el debate probatorio, lo que implica que así el CGP establezca un sistema oral, no es Adversarial y por ende el fin de proceso será la búsqueda de la verdad a todo costo, y no la solución del conflicto, lo que va a generar más demora en trámite de los procesos y alteración de la igualdad de las partes.

En materia penal al Juez le es vedado decretar pruebas de oficio, debido a que el sistema penal acusatorio es Adversarial, y ese fue uno de los más grandes avances, dejando a un lado el sistema Inquisitivo y ello no atenta contra el Estado Social de Derecho, no obstante, en materia civil, a pesar de estar a puertas de aplicarse un sistema oral, es inquisitivo, situación que es una verdades paradoja jurídica, teniendo en cuenta que son derechos de menor rango, donde no se compromete la igualdad de las partes, toda vez, que en materia Civil el Juez tiene el deber-poder de decretar pruebas de oficio en la búsqueda de la conformación o certeza de la verdad

ofrecida por las partes, sin importar que con ello, se atenta con el principio de Autorresponsabilidad de la prueba, contra el principio de imparcialidad, igualdad de las partes e independencia del Juez.

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. Por lo tanto, 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 aun 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 vedad depurada que no pueda ser desvirtuada razonablemente, y 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 vedad que ofrezca menos limite a error, y que el Juzgador en su fallo pueda representar adecuadamente con una argumentación fáctica y legal, con la posibilidad de decretar pruebas de oficio.

Por otro lado, 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.

El Estado Social de Derecho se caracteriza por una mayor intervención del estado en los asuntos del resorte de los particulares para ofrecerles una tutela efectiva de sus derechos subjetivos, en aras del respecto del debido proceso y de la dignidad humana, pero ello no implica que el Juez deba suplantar a las partes para decretar pruebas de oficio que beneficien a alguna de las partes, indistintamente que se trate de la parte más débil o solvente, pues la intervención del estado debe ser en asuntos sociales y no en los conflictos privados, pues no debemos confundir el estado social de derecho con el estado bienestar de la Postguerra. Máxime que las partes cuando acuden a un litigio deben ofrecer un esquema probatorio que sustente sus hechos y sus pretensiones en forma adecuada y con el máximo de profesionalismo.

El deber-poder de decretar pruebas de oficio por parte del Juez en la jurisdicción civil es un arma de doble filo que en ningún momento sirve para la tutela efectiva de los derechos subjetivos, pues es un deber de las partes probar los hechos en los que sustenta sus pretensiones, y siempre que un Juez decreta pruebas de oficio debe prejuzgar e inclinar la balanza hacia los intereses de alguna de las partes para comprobar los presupuestos que el Juez aduce en favor de alguna de las partes.

Nuestro sistema procesal civil, debe asumir una posición más Adverbial para que el Juez simplemente decida, argumente e

intérprete con su capacidad de raciocinio en aplicación de los sistemas de valoración de la prueba (Tarifa Legal, Libre Convencimiento, o aplique la proporcionalidad), las reglas de la experiencia y la sana crítica, sin entrometerse en los intereses de las partes y decretar pruebas de oficio que le endereza el conflicto a alguna de las partes. Lo que implica que se debe eliminarse la posibilidad de decretar pruebas de oficio por parte del juez, máxime que el modelo tiene a la oralidad y se enmarca más dentro de lo dispositivo.

El limitar al Juez en el decreto de pruebas de oficio no atenta contra los fines del Estado, ni mucho menos contra la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, pues si bien es cierto el proceso es una herramienta para hacer efectivos los derechos subjetivos, son las partes las obligadas a velar por sus intereses privados.

Muchas veces los procesos se tornan interminables por el ejercicio del deber-poder del Juez en el decreto de pruebas de oficio, pues esta facultad implica que incluso estando el proceso para dictar sentencia se podrá decretar pruebas de oficio generando un desgaste del aparato jurisdiccional haciendo más costoso y demorado el proceso.

La adopción en Colombia de un Sistema Procesal Civil más Adversarial generaría un proceso menos costoso, más expedito y eficaz, pues las partes deben ser responsables en la solicitud y aportación de pruebas, y debe quedar en la historia que el Juez pueda decretar pruebas de oficio.

En Colombia es necesario eliminar la posibilidad de decretar pruebas de oficio por parte de los Jueces Civiles, para resolver los conflictos de manera más eficiente y por ende más rápida, pues si una parte que no demostró con las evidencias los supuestos de derecho, los

hechos en los que sustenta sus pretensiones es obvio que debe ser vencida en el litigio, como si se tratase de una verdadera contienda deportiva, máxime que con ello no se atenta contra los postulados del estado social de derecho, ni contra la tutela efectiva de los derechos de las personas, ni mucho menos contra la prevalencia del derecho sustancial, debido que en aras de proteger tales derechos, tampoco se pueden vulnerar otros derechos de igual relevancia como el debido proceso, la igualdad de las partes, la imparcialidad e independencia del juez.

## REFERENCIAS

Arredondo, B. Q., & Arredondo Quintero, B. (2010). El Mítico Sistema Acusatorio. En D. M. Carvajal, *Reflexiones sobre el proceso penal - Una Perspectiva Comparada* (pág. 16). Medellín: Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín.

Carvajal, *Reflexiones sobre el proceso penal - Una Perspectiva Comparada* (pág. 189). Medellín: Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín.

Carvajal, D. M. (2009). La Prueba de Oficio. En D. M. Carvajal, *La Prueba de Oficio* (págs. 251-252). Bogotá : Universidad Externado de Colombia .

Carvajal, D. M. (2011). Los Limites Constitucionales a los poderes de oficio que tiene el Juez sobre la prueba. En D. M. Carvajal, *Temas Procesales* (pág. 104). Medellín: Comlibros.

Carvajal, M. T.-D. (2005). recoleccion y presentación de evidencias en el litigio civil. En M. T.-D. Carvajal, *recoleccion y presentación de evidencias en el litigio civil* (pág. 17). Medellín: Señal Editora.

Quijano, J. P. (2009). Manual de derecho probatorio. En J. P. Quijano, *Manual de derecho probatorio* (págs. 5-6). Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda. .

Sanchis, L. P. (2010). Teoría del derecho No Neoconstitucionalista para el Estado Constitucional. En M. C.-L. Jaramillo, *El Canon NeoConstitucional* (pág. 309). Bogotá D. C . : Universidad Externado de Colombia.

Taruffo, M., & Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. (m. A. Calle, Trad.) Madrid - España, Madrid, España: Marcial Pons.

Velloso, A. A. (2010). La Prueba Judicial. En A. A. Velloso, *La Prueba Judicial* (pág. 16). Bogotá: Universidad del Rosario.

## LA VALORACIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA\*

*The assessment of the electronic document in Colombia*

*Recibido: 24 de septiembre del 2012*

*Revisado: 15 de octubre del 2012*

*Aceptado: 20 de enero del 2013*

*Cindy Charlotte Reyes Sinisterra\*\**

### RESUMEN:

Este artículo tiene como finalidad principal mostrar avances y conclusiones que se han tomado del estudio de un Proyecto de Investigación titulado «La prueba electrónica en Colombia». Aunque son muchos los aspectos, que sobre la prueba electrónica se han dicho hasta el momento, la idea es plantear una posición inicial y concreta sobre la valoración de lo que en la actualidad ha denominado la doctrina como documento electrónico.

Se hace énfasis en la valoración de la prueba, porque es uno de los grandes retos a los que se enfrentan tanto la comunidad académica como los jueces que consideran que son ajenos a todo aquello que en el proceso esté contenido en un medio novedoso, como el electrónico. Se demuestra que la solución está más cerca de lo imaginado, y que no es otra, que entender de fondo el sentido de las instituciones del Derecho Procesal, y diferenciar el documento tradicional de un documento que por sus características especiales traspasen la frontera de un medio de prueba a otro, como en el caso del dictamen pericial.

Se parte de presupuestos que han sido vistos y calificados como complejos, pero que encuentran solución cuando se separan diferentes aspectos que tienen relación con la prueba, tales como: licitud, autenticidad, veracidad y eficacia, lo que en muchos casos ha llevado a la comunidad a confundir el manejo que a esta prueba se le debería dar en un proceso judicial.

### PALABRAS CLAVE:

Prueba, prueba electrónica, valoración de la prueba, documento electrónico, mensaje de datos.

### ABSTRACT:

This article aims to show progress and main findings of the study were taken from a research project entitled «The use of electronic evidence in Colombia». Although many aspects of

\* Artículo inédito. Este artículo es producto de la investigación en el proyecto: «La prueba electrónica en Colombia» desarrollado por el Grupo de Investigación en Derecho Procesal (GIDPRO) de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, perteneciente al Centro de Investigaciones Seccional.

\*\* Abogada de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especializando en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Msc. en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Docente de las materias Teoría General del Proceso y Derecho Comercial General de la Universidad Libre de Cúcuta. Abogada Litigante. Directora de Proyecto «La Prueba Electrónica en Colombia» como investigadora del Grupo de Investigación de Derecho Procesal «GIDPRO» de la Universidad Libre de Cúcuta. Correo electrónico: cindyreyes318@hotmail.com.

electronic evidence that have been said so far, the idea is to raise a specific position and on the assessment of what is now called the doctrine as electronic evidence.

Emphasis is placed on the evaluation of evidence, because it is one of the great myths challenges facing both the academic community and the judges they consider to be outside whatever the process is contained in a novel means, as the mail. We show that the solution is closer than imagined, and that there is another background to understand the sense of procedural law institutions, and differentiate a traditional paper document their special characteristics side of the border of half test to another, as in the case of the expert.

It is part of budgets that have been seen and described as complex, but find solution when separating different aspects that are related to the test, such as legality, authenticity, veracity and efficiency, which in many cases has led to the community to confuse the management that this test should be given in a judicial proceeding.

**KEY WORDS:**

evidence, electronic evidence, evaluation of evidence, electronic document data message

## INTRODUCCIÓN

La valoración de la prueba, es uno de los temas que diferentes expertos del Derecho Procesal, han venido estudiando a lo largo de los años, debido a su importancia, siendo la etapa probatoria, una de las más importantes del proceso. Pero... ¿Por qué se califica a esta etapa como una de las más importantes del proceso y no a otra? Se podría pensar en esta respuesta: Es en este instante, cuando las fuerzas se miden entre las partes, sin ser esto, un molde que limite al juez, para decretar pruebas de oficio cuando así se requiera, cumpliéndose como objeto del procedimiento, la tutela efectiva de uno o varios derechos de la parte que los tenga, promoviendo de esta forma, que la justicia no se quede en las páginas de un libro, o en las cátedras moralistas y abstractas en donde solo alcanza el calificativo de una utopía jurisdiccional y en otros casos de las partes.

De otro lado, el mundo es expuesto a los alcances de la ciencia y la tecnología, y es así como se escucha por todos lados hacer referencia a las tecnologías de la información y de la comunicación, a tal punto de tener influencia en algunas ciencias sociales, como el Derecho. Es decir, con lo anterior se quiere resaltar que instituciones que tienen directa relación con el Derecho Procesal, han sido influenciadas en este siglo, por las Tics, y solo bastaría con pensar en la jurisdicción, la competencia, etc., para darse cuenta que el mundo cada día tiene menos límites cuando se trata de hacer referencia a la sociedad de información.

Una de las instituciones más importantes del Derecho, y que sirve como instrumento para aplicar el derecho sustancial a situaciones específicas, es el proceso. El anterior, también presenta gran influencia en todo su desarrollo (procedimiento) de lo que se busca a través de lo que se ha denominado Plan de Justicia

Digital, pero cabe resaltar que para efectos de este documento de investigación se hará énfasis en una de las etapas del proceso, que es donde adquiere bastante importancia la práctica de las pruebas para su posterior valoración.

En Colombia, desde hace muchos años y con la expedición de la Ley 527 de 1999 (Congreso, 1999), se empezó a hablar y a regular lo concerniente al acceso y uso de mensajes de datos, pero lo anterior no ha sido suficiente para hacer referencia a lo que es en totalidad una prueba electrónica, entendiendo el concepto de la misma, con la interpretación que puede hacerse en base a la lectura de la norma anteriormente citada y bajo figuras como la equivalencia funcional que asemejó todas las pruebas que podrían darse en un medio electrónico, a la prueba documental tradicional.

Sin embargo muchos son los estudios que en abstracto se han escrito acerca del tema, y que en principio parten de definiciones algo confusas que asemejan al igual que la Ley 527 de 1999 (Congreso, 1999) el concepto de prueba electrónica y prueba documental, y que se prestan para que alrededor del mundo se hable de sinónimos que no son más que conceptos mal utilizados, y que se diferencian en cuanto a la generalidad que pueda abarcar uno y otro, lo que de entrada puede generar una primera hipótesis que se resume de la siguiente manera: «todo documento electrónico es una prueba electrónica, pero no toda prueba electrónica es un documento electrónico».

Otra de las grandes confusiones que hace presencia en lo relacionado con la valoración de la prueba electrónica y los medios de prueba que deben servir de ruta de acceso en el proceso, para demostrar un hecho, es que aunque parece una distinción que se ha dejado clara en el pasado, es necesaria de recordar y no es otra que la definición de fuente y medio

de prueba en relación con la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación frente a las consecuencias que esto puede tener en un futuro en materia probatoria.

Es así, como se muestran algunos de los incidentes interesantes que la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en el Derecho generan, pero específicamente en una de las etapas más neurálgicas e importantes del mismo: la etapa probatoria, haciendo énfasis en la tarea que en específico deberán tener algunas respuestas por parte de los administradores de justicia, pero que también serán de gran utilidad a litigantes, docentes y en general a toda la comunidad académica.

#### COMENTARIO PRELIMINAR AL PLAN DE REDACCIÓN

El Derecho Probatorio es una de las ramas más importantes del Derecho por cuanto, si bien el derecho de acción se cristaliza en el proceso, por medio de un acto procesal, que no es otro que la demanda, pues esa demanda a su vez contiene en sí misma una pretensión que deberá ser fundamentada en hechos que solo se pueden demostrar por medio de las pruebas. ¿Es lo mismo prueba que medios de prueba? Dentro de los medios de prueba que se conocen, se encuentran el testimonio, el dictamen pericial, la inspección judicial, la prueba documental, ahora en vigencia del Código General del Proceso, también la declaración de parte, el juramento estimatorio y la prueba por informes.

Para efectos de este artículo, muchos pueden pensar que solo se hará relación a la prueba documental, lo que no es cierto y obedece precisamente a la confusión entre fuente y medio de prueba a la que se hizo referencia anteriormente. Esto en respuesta, a que con el apareamiento de las Tecnologías de

información y la comunicación, también nace en materia probatoria lo que se puede denominar como **documento electrónico** o mensaje de datos, tal y como se denomina en la Ley 527 de 1999, pero en realidad el estudio de lo concerniente a la prueba electrónica es mucho más amplio que el que pensó el legislador al expedir la ley anteriormente citada que en la práctica no ha concebido muchos aspectos que se tratarán de explicar a lo largo del desarrollo de este artículo de reflexión sobre el tema en estudio.

Hasta este momento, todo parece entendible y de cierta manera un problema más teórico y de conceptos, pero lo cierto es que es a partir de experiencias prácticas donde se construyen bases y fundamentos para que la teoría no se aleje a la realidad que se presenta a través de un medio intangible, tal y como se da en estos casos y el uso de la prueba electrónica, en las diferentes ramas del derecho, por cuanto el crecimiento de actividades que se han simplificado en respuesta a la desmaterialización de los mismos para que sean más ágiles, también necesitan de un proceso que les garantice tutela efectiva.

Es preocupante, pero por la desconfianza en la tecnología se pueden generar desde obstáculos relacionados al acceso a la administración de justicia como la violación de los derechos de las personas que no podrán tener otra opción que renunciar al único medio probatorio que en determinados casos sería el más idóneo para demostrar un hecho que fue realizado a través de un medio electrónico.

En el año de 1999, se intentó dar respuesta a la situación con la expedición de la Ley 527, que aunque incorporó algunos términos que serán de gran importancia para el estudio del documento electrónico y la incorporación del mismo dentro de la práctica judicial, lo cierto es que tanto los litigantes como los administradores de justicia siguen dudando

de su confiabilidad, integralidad, autenticidad y eficacia. No se quedan atrás los estudiantes de muchas universidades del país que aún haciendo parte de un proceso de formación jamás llegan a conocer realmente que es una prueba electrónica, cómo debe ser aportada, y demás características que terminan por direccionar la utilización de la misma dentro de un determinado proceso.

Las consecuencias de esta desconfianza, cada vez son más graves y ya no serán casos excepcionales sino muy frecuentes aquellos en donde se pueda revelar la falta de conocimiento por parte de jueces, litigantes, estudiantes de derecho y las mismas partes respecto del tema. Algunos derechos como el debido proceso, contradicción, acción, prevalencia del derecho sustancial frente al procesal, defensa y el derecho a la prueba se podrán ver vulnerados a gran escala frente a un rechazo de la sociedad en respuesta a las exigencias que sus mismas prácticas sociales, económicas y políticas en busca de la globalización y el desarrollo.

De esta manera, se podría resumir lo que se pretende a través de la realización de este artículo, producto de un proyecto liderado por la Universidad Libre de Cúcuta y que se materializará en la elaboración de un documento que servirá de guía para utilizar las pruebas electrónicas, y además responderá a aspectos tales como, la valoración, solicitud, admisión, y decreto de las mismas. A través de este documento también se hará una crítica directa a las creencias preestablecidas que se puedan tener al respecto del tema y que se consideren erróneas, interpretación del marco legal existente en esta materia y crítica de Leyes como el caso de la 527 de 1999, y figuras que se vuelven enunciativas en la práctica, tales como la que desde hace años se denomina equivalencia funcional.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuáles son los aspectos que debe tener en cuenta el operador jurídico para la valoración de la prueba electrónica en Colombia?

## METODOLOGÍA

Este artículo es producto de la investigación que se está realizando en torno a «La prueba electrónica en Colombia», la cual, es socio-jurídica partiendo del análisis crítico que se hará con base en vacíos normativos y la interpretación de normas que deberán ayudar a evitar ambigüedades, que puedan generar conflictos que tengan consecuencias negativas frente a la tutela judicial efectiva de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

Se utiliza un método inductivo porque se parte de casos individuales donde se evidencien conflictos en torno a la solicitud, decreto y valoración de pruebas electrónicas, lo que permite estructurar respuestas relacionando aspectos teóricos y prácticos, resolviendo la problemática que se pretende resolver.

El método hermenéutico es de vital importancia, por cuanto la interpretación de leyes y de teorías será necesaria para la estructuración de parámetros que son de utilidad a los administradores de justicia en lo que concierne a la valoración del documento electrónico en Colombia.

### 1. LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS EN EL DERECHO

El Derecho es una ciencia que tiene influencias ideológicas pero que siempre tendrá que ir evolucionando para poder solucionar los conflictos de una sociedad que por naturaleza difiere de pensamientos y de valores sociales, económicos y culturales. Sin lugar a dudas, el Derecho es una disciplina en permanente cambio

porque parte de las necesidades del hombre y de sus comportamientos.

De otro lado, el denominado medio electrónico puede llegar a ser el medio más necesario y más empleado en el campo jurídico, para probar hechos que son relevantes dentro de un proceso y que serán determinantes respecto a lo que podrá ser tenido en cuenta por los jueces para administrar justicia. Frente a una alternativa probatoria bastante innovadora, serán necesarias adecuaciones en el contexto del Derecho Procesal y Derecho Sustancial partiendo de nuevos cambios que deben generarse respecto a la solicitud, decreto, práctica y valoración de la prueba electrónica en Colombia.

La valoración de la prueba electrónica, en la actualidad es un tema de gran importancia, pero aunque existen leyes como la Ley 527 de 1999 en Colombia que han reiterado la equivalencia funcional de este tipo de pruebas con el documento tradicional, la utilización de los mismos es mínima en los diferentes Juzgados, Tribunales y Cortes colombianas, ya sea por la desconfianza que de éstos implícitamente reconocen la mayoría de jueces, la falta de preparación de los litigantes en este ámbito, o la ignorancia de los avances probatorios respaldados legalmente que se han vivido respecto del tema, por parte de la población. La valoración de la prueba electrónica se debe adaptar a la normativa existente en la actualidad como han sido las modificaciones establecidas en la Ley 1395 de 2010, y el Código General del Proceso que indirectamente han abierto paso a los cambios que son consecuencia de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

La problemática en la comunidad respecto a la utilización de pruebas electrónicas, el decreto y práctica e incluso la valoración de las mismas ha incrementado a través de los años. En el

año 2008 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (CSJ, 2008), negó el derecho al acceso a la administración de justicia por rechazar la presunción de autenticidad del documento electrónico. Actualmente son más los casos en que los hechos que deben ser demostrados dentro de un proceso encuentran esta posibilidad por medio de este tipo de pruebas a los que el legislador se ha referido como documentos elaborados o mensajes de datos.

En cuanto a las normas existentes sobre la regulación de los documentos tradicionales en Colombia, y que en muchas ocasiones deberán complementar lo regulado en la Ley 527 de 1999, hay que hacer alusión al Código General del Proceso, pero un aspecto como el reconocimiento expreso de la presunción de autenticidad frente a los mensajes de datos, está en espera mientras la Ley 1564 de 2012 (Congreso, Ley 1564, 2012), entra en vigencia, en totalidad. El anterior Código de Procedimiento Civil, se prestaba en muchas ocasiones para que se le negara a las pruebas electrónicas cabida en un proceso pensado a la antigua, pero tanto la Ley 1395 de 2010 (Congreso, Ley 1395, 2010), como el Código General del Proceso (Congreso, Ley 1564, 2012), han sido mucho más claros y representan un avance para que el uso de la prueba electrónica en Colombia, aumente con el paso del tiempo.

Para la Universidad es de gran importancia hacer un estudio que basado en las normas jurídicas, realidades sociales y estudio de casos pueda responder los siguientes interrogantes: ¿Se refiere la legislación existente a como debe ser la valoración del documento electrónico?, ¿Se aplica la presunción de autenticidad a los documentos electrónicos con fundamentos en la ley y en la misma Constitución?, ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de la utilización de este tipo de pruebas en la práctica judicial?, ¿Qué aspectos deberán ser tenidos en cuenta por las partes que

necesiten solicitar este tipo de pruebas y que aspectos deberán ser tenidos en cuenta por los administradores de justicia respecto a la eficacia, pertinencia y valoración la prueba electrónica en Colombia?

Todas estas preguntas formuladas anteriormente fueron punto de partida para desarrollar un proyecto que lidera la Universidad Libre de Cúcuta, sobre «La Prueba Electrónica en Colombia», en el que se plantearán varios puntos que no se han tenido en cuenta por los administradores de justicia colombianos, fundamentados en planteamientos de expertos en el tema dentro del ámbito nacional e internacional, Tratadistas de Derecho Procesal y Derecho Probatorio Internacional.

En respuesta a lo propuesto anteriormente, se considera de gran relevancia realizar un estudio sobre los aspectos legales que deben ser tenidos en cuenta por los jueces colombianos para la valoración de la prueba electrónica dentro de un proceso, una investigación que servirá de consulta para estudiantes y académicos; se propondrán soluciones y respuestas que generarán argumentos que podrán ser de gran utilidad para los litigantes del país. Se creará mediante esta ampliación de una primera investigación denominada «La presunción de autenticidad del documento electrónico»<sup>1</sup> (Reyes Sinisterra, 2009), una guía que evidenciará la necesidad de utilizar este tipo de pruebas dentro de los procesos judiciales.

## 2. PRUEBA ELECTRÓNICA VS. DOCUMENTO TRADICIONAL

Como se viene explicando, lo que se hizo en países como Colombia, al tratar el tema de la prueba electrónica fue asimilar su valoración al documento tradicional, por

eso se consideró hacer alusión al concepto de documento tal y como viene siendo concebido desde hace mucho tiempo.

La doctrina, (Cardozo Isaza, 1985) define el documento como «cualquier cosa que siendo susceptible de ser percibida por la vista o por el oído, o por ambos, sirve por sí misma para ilustrar o comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano»; mientras que (Rodríguez, 1983) sostiene «De lo hasta aquí expuesto, se deduce que el documento es:

- a. Un acto extraprocesal y preprocesal, porque se realiza con anterioridad al proceso para ser representado en este (opinión que no comparte el profesor Jairo Parra Quijano, por cuanto un documento no es un acto sino una cosa, que sirve para representar).
- b. Contenido en una cosa (el documento no está contenido en una cosa, sino que la cosa es el documento mismo que sirve para representar)
- c. Que representa o aporta datos o circunstancias, declaraciones de voluntad o de verdad (puede servir para emitirlas, pero, en sí mismo, el documento es una cosa).
- d. Con relevancia jurídica probatoria (es criterio expuesto por Carnelutti).
- e. En relación con el tema a probar (este requisito tiene que ver con la eficacia del documento y no debe estar

<sup>1</sup> Esta investigación fue presentada en el marco del XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, 2008. Además, con este trabajo se obtuvo el Primer puesto del IX Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho, organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, 2008.

contenido en una especie de definición)

Para Hernando Devis Echandía, el documento «Es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera» (Devis Echandía, 1994). Francesco Carnelutti señala «El documento no es sólo una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho» (Carnelutti, 1955) y Jaime Guasp, lo define como:

«La Prueba real es aquella en que un objeto físico sirve como instrumento para convencer el juez de la existencia o inexistencia de ciertos datos procesales. Más dentro de la prueba real hay que establecer una distinción importante según que el objeto físico que funciona como medio de prueba sea susceptible, por su naturaleza de ser llevado a la presencia del órgano jurisdiccional. Sólo en el primero de estos dos casos es cuando realmente cabe hablar, dentro de un proceso, de prueba documental». «Documento es, por tanto, aquel medio de prueba que consiste en un objeto que puede, por su índole, ser llevado físicamente a la presencia del juez» (Guasp, 1968).

Ahora, es importante hacer un pequeño recorrido para entender lo que ha dicho la doctrina, acerca del documento electrónico, y de esta forma evidenciar el porqué de su trato confuso, y el calificativo que incluso la misma Ley 527 de 1999 le da a los documentos electrónicos, sin regular en forma absoluta lo que concierne a la prueba electrónica, tal y como se plantea en este artículo.

Según el profesor Jairo Parra Quijano:

«todos los humanos se habían acostumbrado, casi a confundir documento con papel, pero desde hace algún tiempo, se logró que las personas se acostumbrarán por ejemplo, a entender que un video, un disco, también eran documentos, esto por decirlo de alguna forma, amplió la mente de los humanos para aceptar que puede hablarse de documento, cuando está contenido en un soporte informático. Este es el material donde se encuentra la declaración o representación, lo cual le permite afirmar que «documento es toda cosa capaz de representar un hecho cualquiera o una manifestación del pensamiento» (La cosa es el soporte electrónico)» (Parra Quijano, 2009)

El continente (mentalmente se puede imaginar papel y se hace la sustitución), será el soporte o máquina informática, donde se encuentra almacenado o archivado. Su contenido o parte espiritual, puede ser declarativo o representativo (piénsese un escrito, o en la forma oral); por ser impulsos electrónicos para ser visualizado por el ser humano, se requiere la utilización de otros objetos como pantallas o papel. (Parra Quijano, 2009)

Según Heredero Higuera, «El soporte puede no ser «papel» y los «significantes» o signos representativos del

contenido o «significado» pueden no ser palabras, grafismos o imágenes, sino magnitudes físicas que representan en forma codificada unas nociones o noticias que son susceptibles de registro, proceso y transmisión» (Higueras , 1992).

El profesor Jairo Parra Quijano, en evidencia de que la doctrina colombiana también ha limitado el concepto de prueba electrónica, al documento tradicional realiza un cuadro en su manual de derecho probatorio (Parra Quijano, 2009), que permite verificar el postulado de la figura de equivalencia funcional pero solo respecto del documento en papel y el electrónico. ¿Será el documento electrónico, el único medio de prueba al que se puedan equiparar los mensajes de datos o mejor, los hechos que ocurren en un medio electrónico?

En el siguiente cuadro se puede apreciar una analogía entre el envío de documentos en papel y el envío de los documentos electrónicos, comparándolos en los aspectos antes mencionados:

	Documentos en Papel	Documentos Electrónico
<b>Integridad:</b> ¿Cómo se asegura la integridad de un documento?	Se utiliza una empresa de correo y/o envíos confiables (tal como correo certificado o sistemas similares), igualmente se puede utilizar un sobre de correo con alguna clase de sello de seguridad.	Se utiliza una técnica de la criptografía denominada firma digital que además de permitir la verificación de la integridad permite verificar simultáneamente la autenticidad del documento.
<b>Autenticidad:</b> ¿Cómo se asegura la autenticidad de un documento?	Se utilizan los servicios de una Notaría como testigo del acto voluntario del documento. (Hay que tener en cuenta las modificaciones de la Ley 1395 de 2010.	Se utiliza una técnica de la criptografía denominada firma digital que permite la verificación de la autenticidad del documento.
<b>Confidencialidad:</b> ¿Cómo se asegura la confidencialidad de un documento?	Se puede utilizar adecuadamente sellado y con algún tipo de protección que le permita al receptor analizar el sobre y determinar si éste fue o no abierto durante el envío. De la misma forma se utiliza un medio de envío confiable.	Se utiliza una técnica de la criptografía denominada cifrado (encriptado). De esta forma se asegura que solo las personas que cuentan con acceso a una clave pueden leer el documento.

Además el profesor Jairo Parra hace un breve resumen de los métodos de cifrado (encriptado) de esta forma:

**a. Criptografía de Clave secreta:** Este método es también conocido como criptografía simétrica. Se utiliza una misma clave para cifrar y descifrar (desencriptar) un mensaje. La principal desventaja de este método es que tanto el que envía como el que recibe un documento debe conocer la clave usada en el cifrado (encriptado), lo que implica que el que envía el documento debe también enviar en algún momento su clave secreta con el riesgo de que ésta sea interceptada y con ella alguien no autorizado pueda interpretar los mensajes. Este tipo de criptografía se utiliza tanto en la creación de firmas digitales como en el cifrado (encriptado) de documentos. (Parra Quijano, 2009)

**b. Criptografía de Clave Pública:** Este método es también conocido como criptografía asimétrica y fue diseñado para minimizar el riesgo de enviar claves secretas a través de algún medio o sistema de envío de información. Este método utiliza dos claves matemáticamente relacionadas en lugar de una sola clave, una de éstas es conocida con el nombre de clave pública y la otra como clave privada. La clave pública es tal como su nombre lo indica de dominio público mientras que la clave privada es mantenida en secreto y no

es necesario que sea enviada ni a los receptores o emisores de los mensajes electrónicos. Este método se utiliza tanto para la generación de firmas digitales como para el cifrado (encriptado de documentos). (Parra Quijano, 2009)

El profesor Jordi Nieva Fenoll, también estudia el tema de la valoración de la prueba, asimilando la misma a lo que él denomina los mensajes multimedia de la siguiente forma:

Con respecto a la valoración de los documentos multimedia firmados electrónicamente, existe una polémica sobre si un documento privado suscrito con la firma electrónica avanzada reconocida, es decir, con la firma que supuestamente posee más garantías técnicas, tiene valor de prueba tasada en el proceso, o puede tenerlo. La pregunta es si el legislador, ha dispuesto una norma de prueba legal en estos casos. (Nieva Fenoll, 2010).

La respuesta, pese a las dudas que ha generado este extremo, es claramente negativa, simplemente porque ni la firma electrónica más perfecta, en el estado actual de la técnica, puede garantizar que el que la utilizó fuera realmente su titular, que es, en última instancia, el encargado de su custodia. Simplificando mucho, la firma electrónica es una clave con la que suscribimos los documentos, como por ejemplo cuando ordenamos una transferencia a un banco a través de internet. Pues

bien, si le dejamos esa clave a otra persona o simplemente esa clave nos es robada, el documento no habrá sido suscrito por el titular de la firma y, por tanto, hay que darle la oportunidad a ese titular de que pruebe que no fue él quien utilizó la firma. (Nieva Fenoll, 2010)

### 3. LA VALORACIÓN DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS VS. FIRMA ELECTRÓNICA

En primer lugar hay que decir que la valoración de los documentos electrónicos, o documentos multimedia como los ha decidido denominar el profesor Jordi Nieva Fenoll, se ha estudiado siempre desde la óptica de la prueba documental por la doctrina nacional e internacional como se ha demostrado en el aparte anterior, por lo que se consideró la idea de mencionar de forma concreta como debe ser la valoración de un documento electrónica que posea firma electrónica frente al que carezca de ella, sin concluir con esto que la prueba electrónica solo se limite al estudio del documento reproducido en este medio.

#### 3.1 DOCUMENTOS SUSCRITOS CON FIRMA ELECTRÓNICA

Para algunos, el encontrar un documento que sea suscrito con firma electrónica, genera frente a la valoración de la prueba, un efecto parecido al de estar frente al resultado de una prueba de ADN, en un proceso donde se discuta la paternidad de una persona. Sin embargo, no es tan simple con crear una cierta tarifa legal para todos los casos en donde se presente un documento de este tipo.

Desde luego, ante un documento suscrito con firma electrónica avanzada

reconocida, las posibilidades de contradicción son pequeñas porque ínfimas son también las posibilidades de acreditar su uso ilegítimo. Y por ello el juez, valorando libremente la prueba, normalmente reconocerá la autenticidad del documento. Pero si le presentan evidencias en sentido contrario no podrá negarse a aceptarlas (Nieva Fenoll, 2010).

Lo dicho, por el profesor Jordi Nieva Fenoll, parece algo sencillo, pero en la práctica no debe ser desechado, porque será de vital importancia que el juez considere esas pruebas que en contrario pueden destruir la presunción de autenticidad de los documentos electrónicos, tal y como se puede leer del mismo Código General del Proceso (Congreso, Ley 1564, 2012), por cuanto es legal, y no siempre será absoluta tal y como se explica de la siguiente manera:

Si algún día las actuales firmas electrónicas son sustituidas por métodos biométricos de reconocimiento de la identidad, que ya existen en el mercado, es posible que entonces sí que fuera posible crear esa norma de prueba legal, porque las huellas biométricas no son transferibles y, por tanto, fuera de lo estricta y salvajemente delictivo<sup>2</sup>, su uso ilegítimo es imposible. Y pese a lo expresado, en este caso concreto el profesor Jordi Nieva Fenoll se muestra totalmente a favor de la creación de una norma de prueba legal en esos casos en la que identificación del autor del documento sea indiscutible, simplemente porque la ciencia habrá logrado conferir lo que jamás

logramos por otros medios con anterioridad: el 100 por 100 de certeza. En esas condiciones sí que es procedente establecer una norma de prueba legal (Nieva Fenoll, 2010).

Pero hasta ese momento, la valoración de los documentos privados firmados electrónicamente debe ser libre<sup>3</sup>, porque esa certeza sin duda de ninguna clase, lo cierto es que a día de hoy no existe. (Nieva Fenoll, 2010)

### 3.2 DOCUMENTOS SUSCRITOS SIN FIRMA ELECTRÓNICA

Es en este momento cuando muchos podrían calificar al documento electrónico, como una prueba que difícilmente podrá ser utilizada por el mayor porcentaje de la sociedad, necesitando de una firma electrónica, que en todos los casos no es accesible, para las personas en general. Podría calificarse así como una prueba que se hizo para aquel que quiera demostrar un hecho y tenga capacidad económica para hacerlo y no bajo el postulado de Chiovenda de darle la razón a quien la tenga, no a quien tenga el mejor abogado. Pues si el manejo del documento electrónico se hace bajo esta tarifa legal indirecta, no se tratará solamente de los honorarios del abogado, sino de los entes de certificación, el costo que genera el tener una firma electrónica avanzada y además que la mayoría de los intercambios de información que se dan por medios electrónicos, los realizan usuarios que no siempre poseen una firma electrónica avanzada, y esto no puede servir de excusa al Estado para no proteger los derechos de la personas y que lo que se concibe como

tutela judicial efectiva se derrumbe porque se trate de un nuevo continente: el electrónico.

«La valoración de los documentos multimedia sin firma electrónica, según el profesor Jordi Nieva Fenoll tienen más posibilidades de ser modificados sin dejar rastro que los documentos tradicionales. Cuando antes se imitaba una firma, poniendo el documento en manos de un perito calígrafo podía llegar a determinarse que, efectivamente, la firma había sido copiada. Si se alteraba el contenido de un documento podían analizarse las diferentes tintas empleadas, o que el texto no seguía los mismos renglones, o bien incluso que existían raspaduras en el texto, algunas verdaderamente artesanales, que hoy prácticamente han desaparecido con la existencia de las impresoras (Nieva Fenoll, 2010).

Sin embargo, ello no tiene que llevar a concluir que debe desconfiarse irracionalmente de los documentos multimedia. Lo indica el profesor Jordi Nieva Fenoll porque es lo que sucede normalmente. Existe, como tantas otras veces, el prejuicio de la infinita modificabilidad del documento multimedia, lo que hace que cuando se aporta al proceso sea ya un documento bajo sospecha. Y, como casi siempre, dicho

<sup>3</sup> Se trata este tema con más profundidad y más detalle en Nieva Fenoll, Jordi. *Práctica y valoración de la prueba documental multimedia*. Actualidad Civil, octubre 2009, número 17, pp. 2026 y ss.

perjuicio es completamente irracional» (Nieva Fenoll, 2010).

Lo anterior, deja de paso el siguiente interrogante: ¿Puede concluir el juez en todos los casos que un documento electrónico sin firma electrónica avanzada debe ser valorado como un indicio? En respuesta a esto, se podría decir, que más que pensar en que el documento suscrito sin firma electrónica avanzada debe valorarse como indicio, debería pensarse mejor, en figuras que no son de papel, ni de adorno en los códigos y los ordenamientos jurídicos, tales como en Colombia, en donde se habla de la valoración conjunta y razonada de la prueba, pues si esto, aplica para el documento escrito, no hay una justificación que puedan darle un menor valor al documento electrónico, y menos en un país, en donde se habla de un sistema de valoración libre, y en donde se aplican las reglas de la experiencia y la sana crítica.

Sin embargo, hay que desde este punto hacer la aclaración, respecto a lo que se afirma anteriormente, pues se considera que podrá aplicarse esta opción siempre y cuando el hecho que se quiera demostrar no haya ocurrido en el medio electrónico, sino que lo que se quiere es demostrar electrónicamente un hecho, en donde la firma electrónica si puede cobrar bastante importancia y en caso de no existir, será la prueba pericial esa ruta de acceso al proceso, que le permita al juez que las partes demuestren un hecho que no es posible de verificar sin acudir a una ciencia o técnica que el mismo, no posee.

No es completamente cierto que los documentos multimedia puedan modificarse sin dejar rastro. De hecho, modificarlos sin que nadie lo note no resulta nada fácil, y hasta hay programas que impiden la modificación,

aunque es cierto que sus seguridades pueden ser burladas, pero no fácilmente. Suponiendo que se trate de uno de esos documentos modificables, siempre que se cambia algo en el documento se modifica también la fecha del mismo. Y si la modificación se hace en el ordenador del propio falsificador, es posible que el archivo del documento acabe llevando su nombre, y no el del autor originario. Esos son pequeños detalles que pueden pasar desapercibidos a un falsificador no avezado, que son mayoría en la población a poco que se piense (Nieva Fenoll, 2010).

Pero es cierto, que lo anterior puede ser evitado con facilidad. Sin embargo, hay otros datos que son muy difícilmente manipulables. El archivo del documento tiene siempre una cantidad de bytes muy precisa, que se modifica siempre que el documento cambia, y que es muy difícil conservar hasta el último byte. Y por otra parte, el escrito que contenga el archivo siempre tiene una cantidad de palabras y de caracteres, con y sin espacios. (Nieva Fenoll, 2010)

Toda esa información es accesible con gran facilidad, pero es casi imposible conservarla exactamente si realizo cualquier modificación, por pequeña que sea, a este documento. Pues bien, si ha habido algún cambio en el documento aportado al proceso, el juez puede consultar sin ninguna dificultad y con gran rapidez

todos estos datos técnicos, y además siempre es mucho más seguro la fidedignidad de las copias de ese modo que, por ejemplo, realizando un cotejo visual que, no es que llegue nunca a ese detalle, sino que jamás se lleva a cabo en realidad (Nieva Fenoll, 2010).

Siendo ello así, el profesor Jordi Nieva Fenoll cree que el tópico de desconfianza irracional frente a los documentos electrónicos, debería desaparecer, o al menos cambiar, con base en todos los argumentos expuestos anteriormente, ya que teniendo en cuenta aspectos como los mencionados, y partiendo que se trate de probar electrónicamente un hecho, no será indispensable formar una prueba compuesta que siempre deba servirse de la pericial, aclarando además que aunque la sociedad no lo crea así, es muchísimo más difícil de alterar un documento electrónico, que cualquier documento escrito tradicional.

Los adelantos tecnológicos aplicados al Derecho como ciencia y al proceso como institución de la misma, no son para generar inseguridad jurídica, como siempre se teme y se afirma, sino por el contrario un proceso que refleje mayor seguridad, cumpliendo con la economía procesal que debe ser tenida en cuenta, no como una regla que jamás se cumple en Colombia, sino como lo que se busca con base en la simplicidad de los procedimientos, que reflejen una tendencia significativa del proceso para ser en últimas, el instrumento para aplicar el Derecho Sustancial a un caso concreto, como lo afirmó un día Hernando Devis Echandía (Devis Echandía, 1994).

#### **4. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL DERECHO COMPARADO**

Valorar es apreciar el material probatorio (Morello, 2001), implica una

actividad intelectual donde el juez da su personal alcance de prueba, atendiendo a la eficacia natural y legal que cada prueba tiene *per se* dentro del proceso.

El juez valora la prueba principalmente en dos momentos procesales: el tiempo de su ingreso al proceso, para proveer su admisión, y al final de la instancia para fallar. Así, «adquirido para la causa el material probatorio dice Liebman, el juez debe valorarlo libremente «según su prudente apreciación», esto es, con el uso de la razón y de la experiencia; y del proceso lógico seguido así como de los resultados de tal valoración debe dar cuenta, sucintamente o exhaustivamente, en la motivación de la sentencia» (Liebman, 1980).

Algunos temas se pueden desprender de los estudios que tienen incidencia con la prueba y su importancia dentro del proceso, entendiendo su función como la de «demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación» (Couture, 2010). Se han interesado diferentes autores, alrededor del mundo para desarrollar temas tales como, el concepto de la prueba, qué se prueba dentro del proceso, quién prueba, pero para este escrito será la valoración de la prueba el tema objeto de estudio y desarrollo en relación a un medio que responde a la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en el proceso judicial, el electrónico.

Por regla general, cuando se habla de demostrar hechos dentro del proceso, por medio de las pruebas, se entiende que los mismos satisfacen su objeto. Sin embargo, Eduardo J. Couture explica lo siguiente al referirse al tema «La regla ya expuesta de que sólo los hechos son objeto de la prueba tiene también una serie de excepciones. La primera excepción consiste en que sólo los hechos controvertidos son objeto de prueba». (Couture, 2010).

Lo anterior, respondiendo a la lógica de que en un proceso, solo se demostrará los hechos controvertidos dentro del mismo. Pero... ¿Qué relación tiene el objeto de la prueba con la valoración de la prueba electrónica?. En primer momento, parecen temas que no se relacionan, ni requieran estudio en conjunto, pero lo cierto es que cuando se trata de utilizar una prueba como la electrónica, es de vital importancia reconocer si el hecho controvertido tuvo lugar en un medio electrónico y de esta forma el juez podrá reconocer que para valorar la prueba en algunos casos (cuando se quiera probar un hecho ocurrido en un medio electrónico), debe utilizar como ruta de acceso al proceso (medio de prueba), el dictamen pericial.

Otro de los temas que estudia la doctrina, es la relación de la presunción de autenticidad que puede predicarse de una de las pruebas electrónicas: el documento electrónico. Según Eduardo J. Couture «Una presunción legal es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Si admite prueba en contrario se dice que es relativa; si no admite prueba en contrario se denomina absoluta» (Couture, 2010). Lo anterior, puede ser entendido en Colombia, como la diferencia que existe entre una presunción legal y una presunción de derecho, en donde la primera se diferencia de la segunda, porque respecto de la misma se puede presentar prueba en contra.

Sin embargo el tema que interesa para este momento y que se puede relacionar con lo que plantea la doctrina es diferente y por esto se plantea la siguiente pregunta: ¿Qué relación tiene la presunción de autenticidad del documento electrónico con la valoración de la prueba electrónica en Colombia?. Lo cierto, es que hay que aclarar que una cosa es la autenticidad del documento, que se basa en una presunción legal, es decir, admite prueba contrario, y otra muy diferente la

veracidad de los hechos que se pretenden demostrar a través del documento, distinción muy importante para el juez que se encuentra en la tarea de valorar una prueba, que de entrada no puede dejar de lado por cuestiones que tengan relación con su autenticidad por el continente en el que se produjo (medio electrónico), pero que tampoco se encuentra amarrado a dar por probados los hechos que se pretenden demostrar por la parte que la aporta al proceso, ya que una cosa es la presunción de autenticidad del documento y otra muy diferente la presunción sobre los hechos que recae la prueba, por ejemplo: los indefinidos o los notorios.

## 5. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN COLOMBIA

Muchos se preguntan acerca de la complejidad que presenta el referirse en la práctica, a la valoración de la prueba electrónica, pero en realidad en esta investigación se darán nuevas herramientas de orientación que se construyeron a partir de una conclusión a la que llega el profesor, JOAN PICO Y JUNOY: «...hay que tener en cuenta que la prueba electrónica puede ser objeto y medio de prueba. La prueba electrónica puede ser objeto de prueba, y así se habla de «probar un hecho electrónico» (ejemplo: el envío de un correo electrónico en determinada fecha); puede ser un medio de prueba, y así se alude a «probar electrónicamente un hecho» (ejemplo: un email en el que el demandado reconoce expresamente una factura pendiente de pago). O puede, simultáneamente, ser objeto y medio de prueba, cuando se trata de «probar electrónicamente un hecho electrónico» (ejemplo: la celebración de un contrato a partir de los emails enviados desde las terminales de dos ordenadores) (Abell Lluç & Picó I Junoy, 2011).

¿Qué relación tiene la diferencia entre probar un hecho electrónico y probar electrónicamente un hecho con respecto

a la valoración que debe hacer el juez en determinado proceso?. Pareciera a simple vista, que el tema en nada pudiera afectar esta actividad que en Colombia, responde a la aplicación de lo que se conoce como sana crítica y reglas de la experiencia, pero esta afirmación no es del todo válida en mi concepto, y tiene directa relación a como se considera debe realizarse la práctica de esta prueba respondiendo a la diferenciación de un hecho que ocurre en un medio electrónico y un hecho que aunque ocurrió en un medio diferente, se pretenda probar utilizando una prueba electrónica.

Es bien sabido, que el dictamen pericial es uno de los medios de prueba que se deben utilizar siempre que el juez deba acudir a cierta ciencia, técnica o arte que no posee, para que un hecho que no es visible directamente frente a sus ojos, lo sea por medio de la explicación que debe realizar un experto. Es así, que la conclusión parte de un factor sencillo y que es evidente: «Siempre que se trate de probar un hecho ocurrido en un medio electrónico, el medio de prueba que debe servir como ruta de acceso, debería ser el dictamen pericial, o de lo contrario, de nada serviría aportar una prueba de este tipo a un proceso, en donde el juez está imposibilitado para entender algo para lo que no está preparado, por no ser ingeniero o perito informático, según sea el caso, o por lo menos el caso se tornaría de una complejidad bastante alta que debería probarse con base en la probabilidad que le ofrezcan otros medios de prueba.

Con lo explicado hasta el momento, gran parte de la doctrina podría diferir de esta conclusión. Es clara la posición, frente a la cual es recomendable al juez que siempre que esté, frente al caso explicado anteriormente, deberá valorar esa prueba, buscando que el ingreso al proceso de la misma, sea un dictamen pericial.

¿Siempre debe ingresar la prueba electrónica por medio de un dictamen pericial al proceso? Evidentemente muchos pensarán que la respuesta a este interrogante es positiva, por lo sostenido anteriormente, pero lo cierto es que no. En los casos, en que simplemente se pretenda probar electrónicamente un hecho, y partiendo de que este hecho no solamente es susceptible de un medio electrónico para probarse dentro del proceso, se podrá simplemente acudir a la utilización de la sana crítica, las reglas de la experiencia y la valoración conjunta y razonada de las pruebas, lo que ayudará a que el juez pueda construir un rompecabezas que constituirá el sentido de la sentencia al finalizar el proceso, pero no será necesario, en estos casos, un dictamen pericial, y el medio de prueba como ruta de acceso al proceso, puede ser la prueba documental.

## **6. REGLAS DE LA EXPERIENCIA VS. PRUEBA ELECTRÓNICA**

Cuando se hace referencia a las reglas de la experiencia, es importante estudiar como la doctrina ha relacionado este tema con los que se clasifican en hechos evidentes o notorios. Según Eduardo J. Couture «La doctrina del saber privado del juez, de aquello que él conoce por ciencia propia, admite, al estudiar la formación de la sentencia, la aplicación de las llamadas máximas de la experiencia. Éstas son normas de valor general, independientes del caso específico, pero que, extraídas de cuanto ocurre generalmente en múltiples casos, pueden aplicarse en todos los otros casos de la misma especie» (Couture, 2010). Básicamente, el juez al valorar la prueba puede considerar que un hecho es evidente, que es notorio y por tanto exento de prueba tal y como Eduardo J. Couture trata de explicarlo mediante el siguiente ejemplo:

«Si de la prueba producida surge que un automóvil corría a 150 kilómetros por

hora, no es necesario probar que no pudo ser detenido por su propia acción mecánica en un espacio de dos metros. La experiencia, el común conocimiento en el estado actual de información que poseemos, nos enseña que tal cosa es imposible» (Couture, 2010). ¿Podrá aplicarse sin problema esta tesis cuando el juez esté valorando una prueba electrónica?. La respuesta a esta pregunta, presenta cierta complejidad, y más si se parte de la notoriedad que pueda presentar un hecho que pudo suceder en nuestro medio (cuando se pretende demostrar electrónicamente un hecho) o cuando sucedió en un medio que es ajeno al físico y tradicional (cuando se pretende demostrar un hecho electrónico), y sin llegar a ser algo radicales se podría afirmar inicialmente que las máximas de la experiencia aplicadas al primer caso no presentarían tantas complicaciones, como cuando de probar un hecho electrónico se trate.

Por ejemplo: Si un estudiante afirma que envió un correo a su profesor dentro de la fecha estipulada por el mismo, y el profesor muestra que el correo llegó fuera de la fecha ¿Cuál sería la máxima de la experiencia aplicable al caso?, ¿Se podría decir que siempre y casi siempre el estudiante miente al profesor?, ¿Se podría decir que el profesor siempre y casi siempre trata de hacer que los estudiantes pierdan la materia?, ¿Se podría pensar en estas máximas de la experiencia que solo parten de predicados que presumen la mala fe?

En este caso planteado, sería suficiente recurrir a un dictamen pericial y las reglas de la experiencia no tendrían lugar. En lugar de complicarle al juez su tarea, se debe decir que la experiencia que pueda partir de algo que es susceptible a otra ciencia, no puede ser exigido al mismo, ni las partes pueden ser víctimas de creencias incorrectas que pueden ser comprobadas por un medio de prueba (la prueba pericial), que resulta ser el

conducente para demostrar el hecho que tuvo ocurrencia en un medio electrónico.

## **7. VALORACIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS VS. VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA**

En esta parte, es importante la distinción que hasta el momento no ha hecho de forma acertada la doctrina, pues de manera reiterativa se encuentra que aquellos que estudian el tema de la prueba electrónica la asimilan al mensaje de datos, y en esto equivaldría a considerar a la prueba electrónica en la mayoría de los casos en equivalencia a una prueba documental, lo que no es absoluto.

En el caso del hecho que ya se distingue como electrónico, en anteriores explicaciones, se puede vislumbrar de manera clara que ocurrió en un medio electrónico pero que no es un documento electrónico o mensaje de datos el que está demostrando o no el envío del correo electrónico, sino que se podría hablar de un hecho electrónico que puede constituir una prueba pericial y no una documental, pues será solo por medio de otra ciencia o técnica que se podrá entender el contenido de la misma en el proceso, lo que de igual forma implica, que el medio de prueba a utilizar en estos casos sea la prueba pericial y no la documental.

Según la Ley 527 de 1999, considera al mensaje de datos como «La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicadas por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax» (Congreso, 1999). Lo que implica, que no debe confundirse la información que se considera como mensaje de datos, con el hecho de si se envió o no, la hora en que fue enviada, entre otros temas, que pueden ser de vital importancia para abordar el tema de la valoración de la prueba

electrónica en Colombia, y como aporte al derecho comparado.

#### **8. DICTAMEN PERICIAL: CONDUCTENCIA DE LA PRUEBA (HECHO ELECTRÓNICO)**

Este es uno de los apartes de este artículo que buscan más que adentrarse en un tema, proponer ciertos interrogantes que se derivan de lo que se pueda concebir como la conducencia de la prueba electrónica cuando se trate de demostrar en el proceso un hecho que ocurrió en un medio electrónico.

Es decir, que partiendo de la división que de forma teórica propone el profesor JOAN PICO I JUNOY, respecto de los hechos que ocurren en la realidad perceptible por el ser humano sin necesidad de un medio como el anteriormente mencionado, y el que sí necesita del mismo (hecho ocurrido en un medio electrónico), existen diferencias que pueden tomar conceptos que se han venido estudiando hace muños años en el Derecho Probatorio, tales como el de conducencia de la prueba.

Partiendo de lo anterior se quiere plantear la siguiente pregunta: ¿Es la prueba electrónica la conducente para demostrar un hecho ocurrido en un medio electrónico? En respuesta a todo lo planteado se puede responder positivamente. Sin embargo, lo anterior puede dar lugar al siguiente interrogante: ¿Cuál de los medios de prueba que pueda concebirse como electrónico es el que se tiene como conducente para estos casos? ¿No influirá esto al momento de tomar la decisión o es mejor referirse a la prueba electrónica de forma genérica?

Estos interrogantes se resolverán de forma posterior, en otro estudio que se encuentra en ejecución, pero a manera de reflexión se presenta a la comunidad académica, a quien de manera integral le interesa el tema de la aplicación de las

tecnologías de la información y la comunicación en lo concerniente a la administración de justicia, más específicamente, la etapa probatoria del proceso judicial, en concreto.

#### **9. ESTUDIO DE CASO**

Para efectos de demostrar cómo viene realizándose la utilización de la prueba electrónica en Colombia, es pertinente presentar el siguiente caso:

Una persona natural, presenta una petición de tutela porque considera que una empresa que hace envío de correo no permitido (spam), ha vulnerado su derecho fundamental al habeas data. La petición de tutela es tramitada por un juzgado promiscuo municipal de Rovira-Tolima que cuenta con la tecnología para recibir y enviar correos electrónicos, incluso para la presentación de tutelas. La parte demandada, para este caso, alega que no deberá concederse el amparo al accionante con base en los siguientes hechos:

«1. «La competencia para conocer de la acción de tutela recae sobre los jueces donde ha ocurrido la violación o la amenaza que motivan la solicitud en primera instancia...»

2. «El factor territorial es el elemento principal para que se conozca o no de la acción y que los hechos denunciados ocurrieron en la ciudad de Bogotá por lo cual sería este el territorio donde se debió instaurar la acción...»

3. «El accionante ha escogido este Despacho judicial en forma deliberada pudiéndolo hacer en Bogotá donde funcionan cerca de ciento cincuenta (150) Despachos

Judiciales competentes para conocer de la misma con competencia funcional y territorial para hacerlo y por consiguiente buscar: impedimento de ejercer el Derecho de defensa»

4. «Respecto de los derechos vulnerados como lo son el de la intimidad y de Habeas Data, estos no han sido violados en ningún momento...»

5. «Concluye diciendo que hará las averiguaciones correspondientes para verificar la legalidad del correo utilizado para su notificación ante el Consejo Superior de la Judicatura y lo relacionado con la reglamentación o cambio de competencia para que la tutela se tramite fuera de Bogotá»

La contestación del ciudadano Héctor Cediél, quien también tenía relación con la actividad de quien es directamente demandado responde después de ser notificado lo siguiente:

1. «Dice haber enviado una propuesta como agencia de publicidad buscando nuevos productos por este medio electrónico ya que según él, el email marketing es un medio novedoso y de refuerzo y asegura: siempre y cuando se maneje como spam».

2. «Que es de conocimiento del accionante JUAN CARLOS SAMPER que al colocar el email en tarjetas comerciales o en eventos empresariales está sometido a recibir comunicaciones en cualquier momento».

3. «...Considera que no incurrió en ninguna violación de la intimidad al ya mencionado señor SAMPER por cuanto se trataba solamente de una propuesta comercial y que su mail es utilizado únicamente para recibir propuestas comerciales y que es solo su responsabilidad el envío del paquete promocional...»

4. «Concluye tomando esta situación como un impase y no como una situación que genere un conflicto judicial.» (Sentencia de Tutela, 2003).

De la actuación de la parte demandada se pueden hacer las siguientes críticas:

a). Lo que se alega en el presente caso es la ocurrencia de un hecho electrónico.

b). La violación de los derechos de habeas data y de intimidad se dará como realizada por tanto, si tuvo lugar el hecho electrónico que se comenta en la parte fáctica de la sentencia.

c). El concepto de competencia no puede desconocer en estos casos, la virtualidad que comprenden todas las conductas informáticas con implicaciones jurídicas.

d). Olvida la parte demandada que el Consejo de Estado en pronunciamiento realizado frente a una acción de nulidad de diciembre 18 de 2002, explica que el lugar donde se produce la violación o amenaza del derecho fundamental no sólo es aquél donde se despliega la acción o se incurre en la omisión, sino también a donde alcanzan los efectos de tales conductas (Sentencia de Tutela, 2003).

Los efectos jurídicos del manejo inadecuado de las nuevas tecnologías se

desplegaron en el ciberespacio en donde está ubicado el domicilio del actor, porque lo no se puede decir que el juez que conoce del caso carece de competencia.

f). La utilización de un correo electrónico para presentar, admitir, notificar una petición de tutela no es violatorio del debido proceso, por cuanto la misma ley estatutaria de la administración de justicia consagra la aplicación de las Tics en el proceso judicial.

g). El domicilio virtual del señor, JUAN CARLOS SAMPER, es el correo electrónico.

h). El domicilio virtual está conformado por la dirección electrónica que constituye la residencia permanente en la Web de la persona. (Sentencia de Tutela, 2003).

i). Las teorías en que se basa la sentencia en estudio, tienen respaldo legal en la ley 527 de 1999, la ley 794 de 2003 y actualmente se podría decir que en la ley 1395 de 2010 y la ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).

j). El mensaje de datos con el que se notifica a la parte demandante permite identificar al iniciador del mismo, es decir su autoría, y verificar si su contenido tiene su aprobación.

k). Aunque el juzgado no cuente con una firma digital, si cuenta con una electrónica, pero se hizo uso de la cuenta oficial del Consejo Superior de la Judicatura, método que permite identificar al incitador del mensaje de datos.

l). En cuanto a la integridad y conservación de la información digital creada por el juzgado, ha permanecido en forma completa e inalterada en los equipos informáticos del mismo, en donde se custodia como cualquier expediente en soporte de papel (Sentencia de Tutela, 2003)

m). La presunción de buena fe no puede aplicarse para los documentos escritos y desconocerse frente a la utilización de los mensajes de datos.

Lo anterior, sirvió como precedente para generar muchas respuestas prácticas que tendrán lugar cuando se implemente en totalidad al que se han referido como plan de justicia digital en el país, pero lo cierto es que el manejo de la prueba electrónica se hizo de forma incorrecta por la parte demandada por las siguientes razones:

1). La parte demandada alega la vulneración del debido proceso con base en que no se practicaron pruebas en Bogotá, tales como una inspección judicial, pruebas que no eran necesarias por cuanto siempre confesaron que el envío de los email se hacía tal y como lo narró el accionante.

2). La defensa, la basan en demostrar la falta de competencia del juez, olvidando que el lugar donde ocurrió el hecho fue en un medio electrónico.

3). Olvidó la parte demandada que era suficiente demostrar que el consentimiento del demandante había sido la razón para que este fuera destinatario de los emails enviados tal y como confesaron desde un principio.

4). El e-marketing de permiso permite la conducta anterior, siempre y cuando sea con la aprobación del destinatario, lo que era posible de demostrar simplemente, con un contrato virtual.

5). En caso de negarse el envío de los emails, por tratarse de un hecho electrónico debía ser probado por medio de un dictamen pericial.

Como se puede estudiar de la lectura de este ejemplo, la utilización de la prueba electrónica en el país, no es algo tan

novedoso como se piensa, pero que sin la debida orientación teórica y práctica, puede generar millones de fallos desfavorables en el país mientras se fija la mirada en una nueva frontera del Derecho Probatorio que viene siendo cruzada en todo el mundo desde hace muchos años, y que nuestro país no es la excepción como se pudo demostrar anteriormente.

### Conclusiones

El sistema de valoración en Colombia, no varía en consecuencia al medio de reproducción de la prueba.

La valoración de la prueba electrónica de un hecho ocurrido en un medio electrónico, es posible en el proceso, pero siendo la prueba pericial la que sirva de ruta de acceso a la misma.

El juez no posee la ciencia ni la técnica para saber si un hecho ocurrido en un medio electrónico, realmente sucedió, pero el perito en estos casos, hará las veces de un traductor.

La valoración de la prueba electrónica de un hecho que no ha ocurrido en un medio de este tipo, no necesitará como ruta de acceso al mismo la prueba pericial.

El juez deberá aplicar en ambos casos (aunque esté en presencia de hechos ocurridos en un medio electrónico o no) las reglas de la experiencia y la sana crítica. Solo que en el caso que se trate de un hecho que se realice en este medio, se aplicarán las mismas, al dictamen pericial que se presente.

### REFERENCIAS

Sentencia de Tutela, Radicado 73-624-40-89-002-053-00 (Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Rovira 21 de Julio de 2003).

Abell Lluch, X., & Picó I Junoy, J. (2011). *La Prueba Electrónica*. Barcelona: Libería Bosch.

Asamblea General ONU. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Cardozo Isaza, J. (1985). *Pruebas Judiciales* (Quinta ed.). Bogotá: Librería Jurídica Wilches.

Carnelutti, F. (1955). *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Editorial Arayu.

Congreso. (7 de Julio de 1998). Ley 446 . *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, entre otras*. Bogotá, Colombia.

Congreso. (18 de Agosto de 1999). Ley 527. *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.

Congreso. (8 de enero de 2003). Ley 794. *Por la cual se modifica el Código de Procedimiento Civil, se regula el proceso ejecutivo y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.

Congreso. (22 de Enero de 2009). Ley 1285. *Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia*. Colombia.

Congreso. (30 de Julio de 2009). Ley 1341. *Por la cual se definen principios y conceptos sobre sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y la Comunicación y las comunicaciones, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia.

Congreso. (12 de julio de 2010). Ley 1395. *Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*. Colombia.

Congreso. (12 de julio de 2012). Ley 1564. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Colombia.

Couture, E. J. (2010). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (cuarta ed.). Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.

CSJ. (8 de Mayo de 2008). Sentencia de Tutela. Colombia.

Devis Echandía, H. (1994). *Compendio de Derecho Procesal* (10 ed.). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

Guasp, J. (1968). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Higueras , H. (1992). *Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos* . Madrid: Universidad ICADE.

Liebman, E. (1980). *Manual de Derecho Procesal Civil* (Vol. 68). Madrid: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Morello, A. M. (2001). *La Prueba: Tendencias Modernas* (Segunda ed.). Buenos Aires: Librería Editora Platense.

Nieva Fenoll, J. (2010). *La Valoración de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Parra Quijano, J. (2009). *Manual de Derecho Probatorio* (Décimo Séptima ed.). Bogotá: Librería Ediciones de Profesional.

Reyes Sinisterra, C. C. (2009). La presunción de autenticidad del documento electrónico. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 278.

Rodríguez, G. H. (1983). *Curso de Derecho Probatorio*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional LTDA.



**LO PROBABLE Y LO  
DEMOSTRABLE.  
UNA APROXIMACIÓN A LA  
OBRA DE LAWRENCE  
JONATHAN COHEN \***

*The probable and the provable. An approach to the work of  
Lawrence Jonathan Cohen*

Recibido: 5 de octubre del 2012  
Revisado: 10 de diciembre del 2012  
Aceptado: 20 de enero del 2013

Orión Vargas Vélez\*\*

**RESUMEN:**

La probabilidad inductiva puede ser empleada por el juez, como una herramienta que le permite valorar racionalmente la prueba en el momento de la actividad probatoria que se corresponde con la valoración individual y conjunta de los medios de prueba<sup>1</sup>, para acercarse al objetivo de la prueba en el proceso judicial: la búsqueda de la verdad.<sup>2</sup> Es en este segundo momento de la actividad probatoria donde el juez puede acudir a otras disciplinas de conocimiento como criterios adicionales para realizar una valoración racional de la prueba, pues en dicho momento el juez no está sujeto a las reglas de admisibilidad y relevancia propias del primer momento (conformación de los medios de prueba) ni a los estándares de prueba utilizados en un determinado sistema judicial, propios del tercer momento (decisión judicial).

**PALABRAS CLAVES:**

Laurence Jonathan Cohen; probabilidad; «demostrabilidad»; lógica; solidez; soporte; inducción; inferencia; regla; test; hipótesis; control; prueba; evidencia; valoración; corroboración; variable; grado de creencia; incertidumbre; fiabilidad; falsabilidad.

\* Artículo inédito. Este artículo hace parte de la tesis doctoral presentada para el Doctorado en Filosofía en la Universidad Pontificia Bolivariana.

\*\* Ingeniero químico y doctor en Filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana, Abogado y magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, magister en Administración de Negocios de la Universidad EAFIT. En la actualidad se desempeña como Jefe de la Maestría en Derecho Probatorio de la Universidad de Medellín y profesor de Lógica Jurídica en la Universidad EAFIT.

Correo electrónico: ovargas@udem.edu.co.

1 FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, Jurídicas y Sociales, 2007. p. 41-49.

\* Respecto a la división que acertadamente hace de la actividad probatoria: 1) Conformación de los medios de prueba; 2) Valoración de los medios de prueba de forma individual y conjunta; 3) Decisión judicial.

2 TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2002. p. 63-65.

\*\* En palabras de Taruffo: «En realidad se trata de una elección acerca de lo que el proceso debería hacer más que de un análisis acerca de lo que se sostiene que el proceso hace realmente. En otros términos, la veracidad y aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa (...) En consecuencia hay un margen de injusticia en la sentencia, que coincide teóricamente con la eventual desviación entre la forma concreta en que los hechos se determinen y su verdad empírica».

**ABSTRACT:**

The inductive probability can be used by a judge as a tool that allows him to rationally evaluate the evidence at the time of evidential activity -corresponding to individual and joint assessment of the evidence- to approach the goal of the proof in the judicial process: the search for truth. It is in this second phase of the evidentiary activity when the judge can go to other fields of knowledge in search of additional criteria for a rational evaluation of the proof, because at that phase the judge is not subject to rules of admissibility and relevance proper to the first phase (production of the evidence) or to the standards of proof used in a particular judicial system, proper to the third phase (court decision).

**KEYWORDS:**

Laurence Jonathan Cohen; probability; provability; logic; soundness; support; induction; inference; rule; test; hypothesis; control; proof; evidence; assessment; corroboration; variable; degree of belief; uncertainty; reliability; falsifiability.

## INTRODUCCIÓN

La obra de Lawrence Jonathan Cohen, «Lo probable y lo demostrable»<sup>3</sup>, ofrece una visión de la llamada inferencia inductiva, fundamentada en los trabajos de Sir Francis Bacon<sup>4</sup> y John Stuart Mill<sup>5</sup>. La inferencia inductiva conduce a un nuevo concepto de probabilidad que, en palabras de Cohen, congenia mejor con las inferencias que se realizan en el campo jurídico. Cohen aplica lo que denomina la *probabilidad inductiva* ( $P_i$ ) en el sistema legal anglo-estadounidense y la contrasta con la *probabilidad matemática* ( $P_m$ ), la cual, a su juicio, es supremamente útil en el estudio de procesos aleatorios y aplicable en diversas áreas científicas, pero insuficiente e inadecuada para las inferencias inductivas que se realizan en el campo jurídico.

Cohen denomina a la *probabilidad inductiva* ( $P_i$ ) «probabilidad baconiana», y a la *probabilidad matemática* ( $P_m$ ), «probabilidad pascaliana». La lectura del libro de Cohen «Lo probable y lo demostrable», exige comprensión en las disciplinas de la lógica formal y la teoría de la probabilidad. Es indudable que la obra de Cohen es de gran importancia, y ha influenciado varios e importantes estudios sobre las inferencias lógicas en el campo jurídico.

Las Matemáticas han desarrollado un sistema completo de probabilidades que se usa en diversas disciplinas, tales como la Medicina, la Economía y el Derecho, entre otras. A lo largo de la historia, se han presentado diversas posiciones con respecto a los diversos significados que puede tener la palabra «probabilidad» y a cómo tales probabilidades pueden ser

calculadas; sin embargo, existe acuerdo entre los matemáticos con respecto a las propiedades básicas de la teoría de la probabilidad.

La probabilidad matemática ( $P_m$ ) consiste en un número cuyos límites se establecen entre los valores 0 y 1. La **regla de adición** de las probabilidades plantea que, para dos sucesos **excluyentes** (que no puedan presentarse al mismo tiempo), la probabilidad de que ocurra uno u otro suceso está dada por la suma de cada una de sus probabilidades. Por ejemplo, cuando se lanza un dado, la probabilidad de que salga el número 5 es  $P(5) = 1/6$  y la probabilidad de que salga el número 2 es  $P(2) = 1/6$ .

De acuerdo con la regla de adición, la probabilidad de que salga o el número 5 o el número 2 estará dada por:  $P(5 \text{ ó } 2) = P(5) + P(2) = 1/6 + 1/6 = 2/6 = 1/3$ . De acuerdo a esta regla, se tiene que la suma de las probabilidades de los sucesos que constituyen el espacio muestral ( $E$ ) será también igual a 1, por tanto:  $P(A \text{ ó } B \text{ ó } C) = P(A) + P(B) + P(C) = 1$ .

Si dos sucesos pueden presentarse ambos al mismo tiempo, la probabilidad de que ocurran conjuntamente está determinada por la **regla de la multiplicación** de cada una de sus probabilidades. La **regla de multiplicación** de las probabilidades establece que la probabilidad de que tengan lugar **conjuntamente** (probabilidad conjunta) dos sucesos **dependientes** es igual al producto de la probabilidad de que suceda el primero de ellos por la probabilidad de que el segundo de los sucesos se produzca, **condicionado** a que se haya producido el primero, de la siguiente forma:

3 COHEN, Lawrence Jonathan. The Probable and the Provable. Oxford: Oxford University Press. 1977. 363 p.

4 BACON, Francis. Novum Organum II. Buenos Aires: Losada, 1949. 353p.

5 OVEJERO y MAURY, Eduardo. Stuart Mill. Sistema de lógica inductiva y deductiva. Madrid: Daniel Jorro, 1917. 960 p.

$P(A \cup B) = P(A) \times P(B/A)$ . Si A y B son **independientes**, entonces  $P(A \cup B) = P(A) \times P(B)$ .

Estas tres simples propiedades algebraicas son la base fundamental del sistema de la probabilidad matemática ( $P_M$ ), que se emplea en la solución de problemas de variada índole y en diversas áreas del conocimiento -de lo cual el Derecho no ha sido la excepción; muy por el contrario, ha sido objeto de estudio en su campo-

Para Cohen, la riqueza de este sistema de la probabilidad matemática causa serios problemas cuando es aplicada a las inferencias realizadas por los jueces en los procesos judiciales anglo-estadounidenses.

Los problemas que se presentan son esbozados por Cohen en forma de paradojas, algunas de las cuales aparecen debido a la aplicación del **principio multiplicativo para la conjunción** (ver anexo No. 1) en las inferencias realizadas por los jueces en los sistemas anglo-estadounidenses, en el sistema de la probabilidad matemática. Otros problemas surgen debido a la **regla de adición**, la cual determina la probabilidad de que uno de dos sucesos haya ocurrido cuando es imposible que ambos hayan ocurrido simultáneamente. Esto obedece al **principio complementario para la negación** (ver anexo No. 1), el cual tiene que ver con los sucesos mutuamente excluyentes como «culpable» y «no culpable» («inocente»), los cuales son exhaustivos, es decir, que puede ocurrir uno y otro. En este caso, se dice que un suceso es el **complemento** del otro.

Que una persona sea culpable es el **complemento de la negación** de que sea culpable, es decir, que sea inocente. Por ejemplo, si en el sistema de la probabilidad matemática, la probabilidad de que una determinada persona sea culpable de la

comisión de un delito es de 0.9, la probabilidad de que no sea culpable, es decir, que sea inocente es de 0.1 (1 - 0.9). Mientras más probable sea su culpabilidad menos probable es su inocencia, en el sistema de la probabilidad matemática, toda vez que ambas probabilidades deben sumar 1 (0.9 + 0.1).

Para Cohen, la **regla de la multiplicación** (principio multiplicativo para la conjunción) es inconsistente con los estándares de valoración de la prueba en los procesos civiles y con las diversas explicaciones de los requisitos legales en las cadenas de inferencia (inferencias en cascada), en donde debe ser probado, por ejemplo, B desde C y luego A desde B. Para el caso, supóngase que:

- A: Pedro asesinó con un revolver a Juan.
- B: Pedro es culpable de algún delito.
- C: Pedro puso su mano debajo de su saco cuando fue detenido por la policía para una requisita, y se le encontró un revólver.

Con respecto a los estándares de valoración en los procesos civiles para el sistema legal anglo-estadounidense, conocidos como la «**preponderancia de la prueba**» o el «**balance de probabilidad**» (y en donde la probabilidad debe ser mayor a 0.5), Cohen argumenta que la **regla de la multiplicación** en el sistema de la probabilidad matemática lleva a que el demandante, en un proceso civil, pueda perder su caso, aun habiendo tenido valores altos de probabilidad en cada una de las pruebas individuales. En este caso, aun asumiendo que la probabilidad de cada elemento probatorio es mayor a 0.5, el producto (**regla de multiplicación**) de los mismos resulta menor que 0.5.

De otro lado, el orden de multiplicación no afecta el producto (0.8 x 0.4 es igual a 0.4 X 0.8), y esto presenta dificultades en el caso de que uno de los elementos de la

cadena de inferencias deba ser probado bajo el estándar de valoración penal, conocido como «**más allá de la duda razonable**». Es decir, que A deba ser probado desde B bajo el estándar de valoración de «la preponderancia de la prueba» (mayor que 0.5), y que B deba ser probado desde C bajo el estándar de valoración de «**más allá de la duda razonable**». En este caso la cadena de inferencias se hace débil o fuerte y esto, en razón de la conmutabilidad de la operación, pareciera no afectar el producto (lo cual no es consistente cuando las cadenas de inferencia son débiles o fuertes).

Otro problema, a juicio de Cohen, surge de la aplicación del **principio del complemento para la negación**, propio de la probabilidad matemática, en el que las probabilidades de los eventos complementarios deben sumar 1. Para él, esta operación hace que el proceso judicial se asemeje a una **división del peso** que cada una de las partes recibe en un proceso judicial; es decir, mientras más recibe el demandante menos recibe el demandado.

Lo anterior, a juicio de Cohen, es desafortunado, toda vez que la fuerza de los argumentos de una de las partes en un proceso judicial no puede necesariamente ser disminuida por la fuerza de los argumentos de la contraparte.

Para Cohen, el proceso es una prueba de la fuerza del caso de cada una de las partes, y el sistema de la probabilidad matemática fortalece la idea de que la ganancia de una de las partes se corresponde con la pérdida de la contraparte. Cohen expone otros problemas en la aplicación del sistema de la probabilidad matemática al estándar de valoración probatoria, en los procesos penales «**más allá de la duda razonable**», y a la presunción de inocencia, así como a otros problemas específicos en la corroboración y la convergencia de las pruebas.

La mayor parte de la obra de Cohen está dedicada a desarrollar un nuevo sistema de probabilidades, que él llama «**probabilidades inductivas**», simbolizado por  $P_i$ . Este sistema refleja mejor la forma como los jueces (o las personas normales) razonan inductivamente. El sistema de probabilidades inductivas se fundamenta en propiedades más sencillas que las del sistema de probabilidades matemáticas ( $P_m$ ), toda vez que las primeras no pueden ser operadas (sumadas, restadas, multiplicadas o divididas) en la forma establecida para las segundas.

A pesar de que una prueba puede modificar la probabilidad de la ocurrencia de un evento, no es posible afirmar que la probabilidad de ocurrencia de un suceso es, por así decirlo, el doble de la probabilidad de ocurrencia de otro suceso dada una determinada prueba que es relevante. De hecho, en el sistema de probabilidad inductiva ( $P_i$ ) propuesto por Cohen, sólo se pueden hacer relaciones ordinales o relaciones de ordenación entre las probabilidades inductivas, con lo que es posible afirmar que la ocurrencia de un suceso es más probable que la de otro (cualitativo) pero no puedo decir cuanto más probable es (cuantitativo).

Pese a que el sistema de la probabilidad inductiva propuesto por Cohen es, a primera vista, más pobre que el sistema de la probabilidad matemática, a su juicio (no pretendiendo satisfacer las presunciones legales y los estándares de valoración de los sistemas jurídicos anglo-estadounidenses de matemáticos y filósofos), el sistema de la probabilidad inductiva sí pretende guiar el razonamiento de los ciudadanos ordinarios que participan como miembros de un jurado en los procesos judiciales anglo-estadounidenses.

A juicio de Cohen, el sistema de la probabilidad inductiva refleja mejor el razonamiento inductivo que las personas emplean en los asuntos de la vida cotidiana.

Cohen comenta que los resultados de experimentos psicológicos que tienen que ver con las estimación de probabilidades, pueden ser mejor explicados en términos de la probabilidad inductiva más que en términos de la probabilidad matemática.

Cohen plantea varias paradojas para el sistema de la probabilidad matemática, las cuales no se presentan en su sistema de la probabilidad inductiva. El sistema de la probabilidad inductiva propuesto por Cohen permite al demandante, en un proceso civil, ganar el caso si y solamente si cada elemento de juicio o prueba es establecido sobre el balance de la probabilidad inductiva, aun en aquellos procesos donde se presentan cadenas de inferencias (inferencia en cascada), y en donde el ordenamiento de la solidez en dichas cadenas se hace necesario, a fin de tener una prueba de la solidez del caso más que de la división en su mérito.

Pese a que no todas las conclusiones a las que llega Cohen en su obra pueden ser compartidas por sus lectores, es indudable que la simplicidad y elegancia del sistema de la probabilidad inductiva propuesto por éste ilumina el camino a seguir con relación al tema de la valoración racional de la prueba, la que debe ser empleada por los jueces en la toma de decisiones judiciales, lo cual, como ya se ha visto, ocurre en medio de la incertidumbre.

En el caso colombiano, y atendiendo al tenor literal del artículo 176 del Código General del Proceso, en la etapa de la apreciación de las pruebas, el juez debe realizar una valoración *individual* y *conjunta* de cada uno de los medios de prueba que le son presentados y propuestos por las partes en conflicto, para luego motivar el fallo o la decisión judicial en uno u otro sentido. El artículo dice, literalmente:

**«Artículo 176.-Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.»**

El artículo citado, expresa también que dicha valoración deberá hacerse teniendo en cuenta las reglas de la «sana crítica», que no son otra cosa que las reglas del buen entendimiento, acudiendo a los criterios de la lógica, el sentido común y la ciencia.

Lo expuesto en la obra de Cohen permite avanzar en la búsqueda de una mejora sustancial en la toma de las decisiones judiciales, por parte del juez, puesto que dota de racionalidad a tales decisiones y, por consiguiente, permite un mejor control de las mismas a través de los diversos recursos y acciones procesales que tienen las partes intervinientes en el proceso judicial, lo que tendría como resultado un gran impacto en la forma como se administra justicia actualmente en Colombia. En síntesis, sería recomendable que el sistema judicial colombiano adoptase como base teórica y procedimental lo que sugiere el uso del concepto de la probabilidad inductiva y sus corolarios.

Para finalizar, se puede afirmar que la obra de Laurence Jonathan Cohen, «Lo probable y lo demostrable», es una obra básica para el estudio de las inferencias judiciales. Es un trabajo profundo y estimulante para el estudio de las inferencias inductivas que pueden ser planteadas en la toma de decisiones, en general, y, específicamente, en el ámbito del Derecho.

## ANEXO N° 1

### LA TEORÍA MATEMÁTICA EN LA OBRA DE L. J. COHEN.

El cálculo matemático de probabilidades obedece a dos principios fundamentales que son el principio complementario para la negación  $P(B/A)=1-P(\bar{B}/A)$  donde  $P(B/A)$  se lee como *la probabilidad de que B sea verdadero basado en la prueba A*, y el principio multiplicativo para la conjunción  $P(B \cap C/A)=P(B/A) \times P(C/A \cap B)$ , donde  $P(B \cap C/A)$  también se lee como *la probabilidad de que B y C sean verdaderos basados en la prueba A*.

Para una mejor comprensión del principio complementario de la negación y del principio multiplicativo para la conjunción se hace necesario entender algunos conceptos fundamentales que tienen que ver con:

- 1) Lógica.
- 2) Teoría de conjuntos.
- 3) Teoría de la probabilidad.

**1) Lógica:** En el lenguaje escrito, las palabras pueden ser representadas por medio de letras o sílabas. Un conjunto de palabras conforman una oración en la que se expresa un determinado sentido. Las oraciones plasman el pensamiento del hombre en forma de **enunciados** o proposiciones, las cuales niegan o afirman algo que se dice. En la lógica moderna, dichos enunciados o proposiciones pueden ser de dos tipos: **simples (atómicos) y complejos (moleculares)**. La oración «Lupe es hermosa» es un enunciado simple. La oración «Miguel es divertido» es otro enunciado simple. Si se unen estos dos enunciados simples con un conectivo lógico (por ejemplo el conectivo «y» denotado por el símbolo « $\wedge$ »), se forma un enunciado complejo que sería: «Lupe es hermosa y Miguel es divertido». A este tipo de

enunciado se le conoce como **conjunción**. Si se unen estos dos enunciados simples con otro conectivo (por ejemplo el conectivo «o» denotado por el símbolo « $\vee$ ») se forma un enunciado complejo que sería: «Lupe es hermosa o Miguel es divertido». A este tipo de enunciado se le conoce como **disyunción**. Si se unen los dos enunciados simples con otro conectivo (la expresión «Si..., entonces...» denotada por el símbolo « $\rightarrow$ ») se forma un enunciado complejo del tipo «Si Lupe es hermosa entonces Miguel es divertido». A este tipo de enunciados se les conoce como **condicionales o implicaciones**. La primera parte de éste enunciado se denomina el **antecedente** y la segunda parte el **consecuente**.

Todos estos enunciados utilizan símbolos que son letras del abecedario tales como P, Q, R, S, etc., de tal forma que los enunciados complejos descritos anteriormente pueden ser escritos como:  **$P \vee Q$** , es decir, «Lupe es hermosa y Miguel es divertido»;  **$P \wedge Q$** , es decir, «Lupe es hermosa o Miguel es divertido» y  **$P \rightarrow Q$** , es decir, «Si Lupe es hermosa entonces Miguel es divertido».

La **negación «no»**, denotada por el símbolo « $\neg$ », es otro término de enlace de la lógica moderna que se usa en un enunciado simple. Si el símbolo  $\neg$  se antepone a un enunciado, se estará negando al mismo. La proposición o enunciado «Lupe no es hermosa» ( $\neg P$ ) es la negación de la proposición o enunciado «Lupe es hermosa» (P).

**2) Teoría de conjuntos:** Un **experimento aleatorio** es toda acción de la cual se conocen sus posibles resultados pero de la cual se deriva un sólo resultado que no puede ser conocido con antelación. El conjunto de estos posibles resultados se conoce como **espacio muestral (E)**. Cada uno de los elementos que integran el espacio muestral (E) se conoce como **suceso**. A manera de ejemplo, podría

decirse que antes de arrojar un dado de antemano se conocen los posibles resultados o sucesos que podrían presentarse [espacio muestral  $E=(1,2,3,4,5,6)$ ] pero no se sabe cuál de los mismos efectivamente se presentará. Si el suceso que interesa es que la cara del dado que quede hacia arriba corresponda a un número impar (1,3,5), entonces puede afirmarse que los números 1,3,5 son un **subconjunto** denotado por la letra A [ $A=(1,3,5)$ ] y que pertenecen o están contenidos en el espacio muestral E [ $E=(1,2,3,4,5,6)$ ].

La **unión** de dos o más sucesos está constituida por los elementos **comunes** y **no comunes** de dichos sucesos. Esto puede ser designado por  $A \cup B$ . Ej.: Si  $A=(2,3)$  y  $B=(1,3,5)$ , entonces  $A \cup B = \{1,2,3,5\}$ . La **intersección** de dos o más sucesos está constituida por los elementos **comunes** de dichos sucesos. Esto puede ser designado por  $A \cap B$ . Para el mismo ejemplo se tiene que  $A \cap B = \{3\}$ . El suceso **contrario**, o «el complemento» de A, denotado por el signo  $A'$ , está constituido por los elementos de E que **no se encuentran** en A. Para el ejemplo se tendría que [ $A'$ =números impares= $(1,3,5)$ ] y [ $A'$ =números pares= $(2,4,6)$ ]. Aquí se cumple que  $A \cup A' = E$  (espacio muestral) y  $A \cap A' = \emptyset$ , donde  $\emptyset$  es un conjunto carente de elementos que se denomina **conjunto vacío**.

**3) Teoría de la probabilidad:** La **incertidumbre** asociada a un experimento aleatorio y con respecto a la ocurrencia de un suceso puede ser medida por la **probabilidad**. La probabilidad es una función ( $P$ ) que asigna a cada suceso ( $A$ ) un valor numérico  $P(A)$ , en donde se verifican los siguientes axiomas:

- La probabilidad de A es un número comprendido entre 0 y 1:  $0 \leq P(A) \leq 1$ .
- La probabilidad de un suceso A seguro es igual a 1:  $P(E)=1$ .

- La probabilidad de la unión de dos sucesos disyuntos (que no tengan elementos comunes) es igual a la suma de cada una de las probabilidades de dichos sucesos:  $P(A \cup B) = P(A) + P(B)$ . En este caso,  $A \cap B = \emptyset$ , donde  $\emptyset$  es el conjunto vacío.

Si existen elementos comunes entre los sucesos A y B, entonces la probabilidad de la unión estará dada por:  $P(A \cup B) = P(A) + P(B) - P(A \cap B)$ .

Del «Ensayo filosófico sobre las probabilidades», publicado por Pierre Simon de Laplace en 1812, se puede afirmar que la probabilidad es una consecuencia de la falta de conocimiento del ser humano. Laplace escribió: «*La probabilidad consiste en reducir todos los eventos del mismo tipo a un cierto número de casos igualmente posibles, es decir, aquellos de los cuales estamos igual de indecisos sobre su existencia*».

Laplace define la **probabilidad** de un suceso como «*el cociente entre el número de casos favorables y el número total de casos posibles, siempre que todos sean igualmente posibles (equiprobabilidad)*».

$$P(A) = \frac{\text{\# casos favorables}}{\text{\# casos posibles}}$$

De acuerdo a Laplace, y retomando el ejemplo del dado ya mencionado, la probabilidad de que la cara del dado que quede hacia arriba sea un número impar está dada por  $P(\text{impar}) = 3/6 = 1/2$ . Esto significa que de seis casos posibles (1,2,3,4,5,6) sólo tres son favorables (1,3,5), o que de dos casos posibles (par o impar) sólo uno es favorable (impar).

La probabilidad de ocurrencia de un suceso puede estar condicionada por la ocurrencia de otro; es decir, que la probabilidad puede ser **condicional**. Esto significa que existen sucesos denominados **condicionados**, los cuales «dependen de

la ocurrencia de otro suceso» y por ende **modifican** el espacio muestral (E).

Cuando se lanza un dado, no será lo mismo establecer la probabilidad de que salga el número 5 a la probabilidad de que salga el número 5 **sabiendo que ha salido un número impar (probabilidad condicional)**. En el primer caso la probabilidad de que salga el número 5 es  $P(\text{número } 5)=1/6$  (el número 5 es uno de los seis números o casos posibles que puede salir favorecido cuando se lanza el dado) y en el segundo caso, la probabilidad de que salga el número 5, dado que se sabe que ha salido un número impar, es  $P(\text{número } 5/\text{número impar})=1/3$  (Si se sabe que ha salido un número impar, que puede ser 1, 3, ó 5, el espacio muestral es 3 y por ende el 5 es uno de los tres casos posibles que sale favorecido cuando se lanza el dado). Esta probabilidad condicional significa que dados dos sucesos A y B, el suceso A está condicionado por el suceso B si la probabilidad de que suceda A depende de que haya sucedido B, y esto, para el ejemplo dado, puede ser descrito como:  $P(A/B)=P(5/\text{impar})=1/3$ .

La fórmula para la **probabilidad condicional** está dada por:

$$P(A/B)=\frac{P(ACB)}{P(B)}$$

La **regla de adición** de las probabilidades plantea que para dos sucesos **excluyentes** (que no puedan presentarse al mismo tiempo) la probabilidad de que ocurra uno u otro suceso está dada por la suma de cada una de sus probabilidades. Por ejemplo, cuando se lanza un dado, la probabilidad de que salga el número 5 es  $P(5)=1/6$  y la probabilidad de que salga el número 2 es  $P(2)=1/6$ . De acuerdo con la regla de adición, la probabilidad de que salga o el número 5 o el número 2 estará dada por:  $P(5 \text{ ó } 2)=P(5)+P(2)=1/6+1/6=2/6=1/3$ . De acuerdo a esta regla, se tiene que la suma de las probabilidades de los sucesos que

constituyen el espacio muestral (E) será también igual a 1, por tanto:

$$P(A \text{ ó } B \text{ ó } C)=P(A)+P(B)+P(C)=1.$$

La suma de las probabilidades de dos sucesos **contrarios o complementarios** es igual a 1, por tanto:  $P(A) + P(\emptyset A) = 1$ , de donde  $P(A) = 1 - P(\emptyset A)$ .

El **principio complementario para la negación** planteado puede ser escrito de la forma  $P(B/A) = 1 - P(\emptyset B/A)$ , y se lee como «la probabilidad de que B **sea verdadero** basada en el medio de prueba A, es igual a 1 menos la probabilidad de que B **sea falso** basada en el medio de prueba A».

En el ámbito jurídico, (B/A) es la afirmación de un hecho B en el proceso por parte del demandante, basada en o **condicionada** por el medio de prueba A (el demandante afirma un hecho B como cierto basado en el medio de prueba A), y  $(\emptyset B/A)$  es la negación del mismo hecho B, basada en o **condicionada** por el medio de prueba A (el demandado se opone a dicho hecho afirmando que no es cierto). Aquí se presenta un problema que deberá ser sopesado por el juez basándose en el medio de prueba aportado por ambas partes, y que ha sido resuelto de forma reiterada por las matemáticas del cálculo matemático, afirmando que la suma de las probabilidades de los elementos que confirman y niegan las versiones del demandante y del demandado (probabilidad de la hipótesis del hecho B, probabilidad de la hipótesis del hecho  $\emptyset B$ ), basada en el medio de prueba aportado A, debe ser igual a 1, de forma que **una probabilidad sea el complemento de la otra**. A manera de ejemplo, si el juez encuentra o valora un grado de confirmación (del hecho B del demandante basado en el medio de prueba A) con un valor de 0,8, el grado de negación que realiza el demandado será de  $(1-0,8)=0,2$ . Este tipo de valoración es propio del cálculo matemático.

La **regla de multiplicación** de las probabilidades establece que la probabilidad de que tengan lugar **conjuntamente** (probabilidad conjunta) dos sucesos **dependientes** es igual al producto de la probabilidad de que suceda el primero de ellos por la probabilidad de que el segundo de los sucesos se produzca, **condicionado** a que se haya producido el primero de la siguiente forma:  $P(A \cap B) = P(A) \times P(B/A)$ . Si A y B son **independientes**, entonces  $P(A \cap B) = P(A) \times P(B)$ .

El **principio multiplicativo para la conjunción** planteado puede ser escrito de la forma  $P(B \cap C/A) = P(B/A) \times P(C/A \cap B)$  y se lee como «la probabilidad de que el hecho B y el hecho C sean verdaderos basados en el medio de prueba A es igual a la probabilidad de que el hecho B sea verdadero, basada en el medio de prueba A, multiplicada por la probabilidad de que el hecho C sea verdadero, basada en el medio de prueba A y en el hecho B.

Cohen rechaza el cálculo matemático como una teoría que pueda explicar los diversos criterios de la probabilidad. Dice que el cálculo matemático no es una teoría en el sentido plausible del término, pues uno de los rasgos esenciales de una teoría explicativa genuina en las ciencias naturales es la predicción de algún hecho desconocido, cosa que el cálculo matemático no ha logrado.

En palabras de Cohen:

*«Una forma tentativa de abordar el problema es argumentar que la unificación requerida será encontrada en la identidad del cálculo subyacente. Una función de probabilidad, podría decirse, puede ser definida ahora de una manera bastante formal*

*por los axiomas del cálculo pascaliano y puede ser mostrado, en el caso de cada criterio que valga la pena, por qué cualquier función que se ajuste al criterio debe ser una función de probabilidad. Pero esta propuesta sirve más para iluminar la naturaleza del problema que para resolverlo. No da luces del porqué debería haber tal diversidad de criterios semánticos, cada uno satisfaciendo los axiomas del cálculo a su manera, y cada uno teniendo alguna utilidad sustancial o interés en sí mismo.*

*Como un síntoma de esta falencia, la explicación formal matematicista no permite discernir cualquier nuevo ejemplo de la estructura que describe. Ésta carece de cualquier consecuencia análoga a la que Bacon y Leibniz observaron como esencial para cualquier teoría explicativa genuina en las ciencias naturales -la predicción de alguna verdad hasta ahora inadvertida.<sup>6</sup>»*

A continuación, como recurso ilustrativo, se insertan algunos de los aforismos de Bacon consignados en su obra *Novum Organum I*, que aparecen en la versión en castellano de C. F. Almori, publicada por Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, p. 149:

**Aforismo CIII:** Mas después del acopio de los particulares, dispuestos debida y ordenadamente y como delante de los ojos, no se ha de pasar inmediatamente a la búsqueda e

investigación de nuevos y particulares resultados; o al menos, si se hace esto, no se ha de parar ahí. Pues no niego que, una vez que se hayan recogido y ordenado todos los experimentos de todas las artes y llevándolos al conocimiento y juicio de un sólo hombre, de esa transposición de los experimentos de un arte a otros no puedan darse muchas cosas nuevas, útiles para la vida y bienestar de los humanos, por medio de esa experiencia que yo llamo literata (aquella que va de los experimentos a los experimentos); mas en resumidas cuentas han de esperarse de ellas cosas de menor cuantía; cosas realmente mayores, sólo de la nueva luz de los axiomas, sacados, por buen camino y regla, de aquellos particulares, que, a su vez, indiquen y señalen nuevos particulares. Pues nuestro camino no está llano sino que va subiendo y bajando, subiendo primero a los axiomas, bajando después a las obras.

**Aforismo CXVII:** Y de la misma forma que no soy fundador de escuela, así tampoco soy pródigo en promesas de obras particulares. Mas pudiera alguien objetarme diciendo que yo, que tantas veces hago mención de obras y todo lo dirijo a esto, debiera efectivamente presentar algunas como en prenda. Pero es que mi método y procedimiento (como muchas veces lo he manifestado con claridad y lo repetiré con gusto) es éste: no extraer obras de obras y experimentos de experimentos (como los empíricos), sino de obras y experimentos extraer causas y axiomas y a su vez, de causas y axiomas extraer nuevas obras y experimentos (como hacen los legítimos intérpretes de la naturaleza)...

## REFERENCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Diccionario de filosofía. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. 1103p.

ALCARAZ, Enrique; CAMPOS, Miguel A. y MIGUELEZ Cynthia. El inglés jurídico norteamericano. Barcelona: Ariel, 2006. 413p.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David and TWINING, William. Analysis of evidence. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 401p.

ARISTÓTELES. Tratados de lógica (*órganon*) I. Categorías. Madrid: Gredos, 1982. 390p.

ASIA MOREU, Diego. El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1997. 534p.

AUDI, Robert. The Cambridge Dictionary of Philosophy. 2a. ed. Cambridge: Cambridge Press University. 1999. 1039p.

BACON, Francis. Novum organum II. Buenos Aires: Losada, 1949. 353p.

BOCHENSKY, Joseph María. Historia de la lógica formal. Madrid: Gredos, 1976. 595p.

BOUDOT, Maurice. Lógica inductiva y probabilidad. Madrid: Paraninfo, 1979. 343p.

BROWNE, M. Neil and KEELEY, Stuart M. Asking the Right Questions. A Guide to Critical Thinking. New Jersey: Prentice Hall, 1981. 192p.

BUNGE, Mario. Diccionario de filosofía. México: Siglo XXI, 2005. 221p.

CARNAP, Rudolf. The two concepts of probability: the problem of probability. In: Philosophy of Science. Philosophy and Phenomenological Research. Oxford. Vol. 5, No. 4. (1945); p. 513-532.

\_\_\_\_\_. On inductive logic. In: Philosophy of Science. s.l. Vol. 12, No.2 (1945); p. 72-97.

\_\_\_\_\_. On the Application of Inductive Logic. In: Philosophy and Phenomenological Research. s.l. Vol. 8, No. 1 (1947); p. 133-148.

\_\_\_\_\_. Logical Foundations of Probability. Chicago: University of Chicago. 1950. 607p.

CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Buenos Aires: De Palma, 2000. 273p.

COHEN, Lawrence Jonathan. A Formalization of Referentially Opaque Context. In: Journal of Symbolic Logic. Oxford. Vol. 25, No. 3 (1960); p. 193-202.

\_\_\_\_\_. A logic for evidential support. 17. In: British Journal for the Philosophy of Science. Oxford (1966); p. 105-126.

\_\_\_\_\_. A note on Inductive Logic. In: Journal of Philosophy. Oxford. No. 70 (1973); p. 27-40

\_\_\_\_\_. A reply to Swinburne. In: Mind. Oxford. No. 81 (1972); p. 1.

\_\_\_\_\_. Belief and Acceptance. In: Mind. Oxford. No. 98 (1989); p. 347-389.

\_\_\_\_\_. El concepto de la probabilidad en pruebas judiciales. En: Teorema. Madrid. Vol. 7, No. 3 (1977); p. 277-302.

\_\_\_\_\_. The Dialogue of Reason. An Analysis of Analytical Philosophy. Oxford: Clarendon Press. 1986. 237p.

\_\_\_\_\_. The Diversity of Meaning. New York: Herder and Herder, 1963. 340p.

\_\_\_\_\_. The Philosophy of Induction and Probability. Oxford: Oxford University Press. 1989. 217p.

\_\_\_\_\_. The Probable and the Provable. Oxford: Oxford University Press. 1977. 363p.

COHEN, Lawrence Jonathan. Twelve Questions about Keynes's Concept of Weight. In: British Journal for the Philosophy of Science. Oxford. No. 37. (1985); p. 273-278.

\_\_\_\_\_. What has Confirmation to Do with Probabilities. In: Mind. No. 75 (1966); p. 463-481.

\_\_\_\_\_. The Implications of Induction. London: Methuen, 1970. 248p.

COPI, Irving M. y COHEN, Carl. Introducción a la lógica. México: Limusa, 2007. 700p.

Decretos 1400 y 2919 de 1970. Bogotá: Legis, 1970. s.p.

FERRATER MORA, José. A-D. Diccionario de filosofía. Madrid: Alianza, 1979. 882p. Vol. 1.

\_\_\_\_\_. E-J. Diccionario de filosofía. Madrid: Alianza, 1979. 952p. Vol. 2.

\_\_\_\_\_. K-P. Diccionario de filosofía. Madrid: Alianza, 1979. 909p. Vol. 3.

\_\_\_\_\_. Q-Z. Diccionario de filosofía. Madrid: Alianza, 1979. 839p. Vol. 4.

FERRER, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, Jurídicas y Sociales, 2007. 166p.

FINKELSTEIN, Michael O. Basic Concepts of Probability and Statistics in the Law. New York: Springer. 2010. 172p.

GARCÍA, Carmen. Enciclopedia Oxford de filosofía. Oxford: Oxford University Press, 2001. 1141p.

GARRIDO, Manuel. Lógica simbólica. Madrid: Tecnos, 1978. 441p.

GÓMEZ MARÍN, Raúl Antonio. Lógicas no clásicas. Principios y fundamentos. Medellín: EAFIT, 2007. 290p.

- GOODMAN, Nelson. Hecho, ficción y pronóstico. Madrid: Síntesis, 1993. 159p.
- HAACK, Susan. Filosofía de las lógicas. Madrid: Cátedra, 1991. 291p.
- HAACK, Susan. Filosofía de las lógicas. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. 293p.
- HACKING, Ian. El surgimiento de la probabilidad. Un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia estadística. Barcelona: Gedisa, 1995. 258p.
- HAWKING, Stephen. Dios creó los números. Los descubrimientos matemáticos que cambiaron la historia. Barcelona: Crítica, 2007. 1031p.
- HEMPEL, Carl Gustav. Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science. Chicago: The University of Chicago Press, 1952. 93p.
- HUME, David. Tratado de la naturaleza humana. Madrid: Orbis, 1984. 427p.
- HURLEY, Patrick J. A concise Introduction to Logic. California: Wadsworth Publishing Company, 1994. 624p.
- KEYNES, John Maynard. A Treatise on Probability. Rough Draft Printing. New York: Watchmaker Publishing. 2008. 466p.
- KOYRÉ, Alexandre. Estudios galileanos. México: Siglo XXI, 1988. 332p.
- KYBURG, Henry. The probable and the provable by L. Jonathan Cohen. *Nous*. Oxford. Vol. 14, No.4, Special Issue on Epistemology, (1980); p. 623-631.
- LEVI, Isaac. Proceedings of the British Academy. Biographical Memoirs of Fellows, VII. Oxford: Oxford University Press - The British Academy, 2008. 13p. Vol. 153.
- LEWANDOWSKI, Theodor. Diccionario de lingüística. Madrid: Cátedra, 2000. 447p.
- LEWIS, C. I. y LANGFORD, C.H. Symbolic Logic. New York: Dover, 1959. 518p.
- LOCKE, John. Ensayo sobre el entendimiento humano. México: Fondo de Cultura Económica, 2005. 753p.
- MURPHY, Peter. Evidence, Proof and Facts. A Book of Sources. Oxford: Oxford: University Press, 2003. 602p.
- NIDDITCH, P.H. El desarrollo de la lógica matemática. Madrid: Cátedra, 1995. 99p.
- OVEJERO y MAURY, Eduardo. Stuart Mill. Sistema de lógica inductiva y deductiva. Madrid: Daniel Jorro, 1917. 960p.
- POPER, Karl Raimund. Un mundo de propensiones. Madrid: Tecnos, 1996. 91p.
- \_\_\_\_\_. Un mundo de propensiones. Madrid: Tecnos, 1996. 91p.
- PRIEST, Graham. Una brevísimas introducción a la lógica. México: Océano de México, 2006. 178p.
- QUINE, Willard van Orman. Palabra y objeto. Barcelona: Herder, 1960. 367p.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Nueva gramática de la lengua española. Manual. Madrid: Asociación de Academias de la Lengua Española, 2010. 993p.
- RICHARDSON, Alan and UEBEL, Thomas. The Cambridge Companion to Logical Empiricism. New York: Cambridge University Press, 2007. 430p.
- RIVADULLA, Andrés. Probabilidad e inferencial científica. Barcelona: Anthropos, 1991. 222p.
- SALMON, Merrilee. Introduction to Logic and Critical Thinking. Florida: HBJ, 1989. 393p.

SCHUM, David. *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Evaston: Northwestern University Press, 1994. 545p.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002. 542p.

TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard and JANIK, Alan. *An Introduction to Reasoning*. New York: Macmillan Publishing, 1979. 343p.

VON FRISCH, Karl. *Bees. Their vision, chemical senses and language*. New York: Cornell University Press, 1950. 118p.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus lógico-philosophicus*. Madrid: Alianza, 2007. 173p.

**ALEXANDER VON HUMBOLDT:  
SUS IDEAS FILOSÓFICAS,  
POLÍTICAS, JURÍDICAS Y  
SOCIALES EN LA OBRA  
VIAJE A LAS REGIONES  
EQUINOCCIALES DEL NUEVO  
CONTINENTE\***

*Alexander Von Humboldt: his philosophical, political, legal and  
social conditions in the work trip to the equinoctial regions of the  
new continent.*

Recibido: 3 de septiembre del 2012  
Revisado: 15 de noviembre del 2012  
Aceptado: 20 de enero del 2013

*Hermann Petzold-Pernía\*\**

**RESUMEN:**

La historia de nuestros pueblos evidencia la grandeza y al tiempo los desaciertos propios de la naturaleza humana. La presente investigación en revisión bibliográfica sobre sucesos del siglo XVIII y XIX en la experiencia de los viajes emprendidos por Alexander Von Humboldt, en los tiempos de dominio español sobre parte de la geografía latinoamericana, señala realidades que por el transcurso del tiempo podrían considerarse superadas por la sociedad y por la cada vez más «evolucionada» concepción del Estado, sujeto que asumió la difícil tarea de organizar al conglomerado social y definirle instituciones para su gobierno. Sin embargo, como una especie de parálisis algunas de esas dificultades «de otrora» se retratan en nuestra actualidad como en aquella época, cuestión no baladí si se parte de las luchas constantes del Estado por legitimarse y del reconocimiento de quienes se someten a su imperio y garantía.

**PALABRAS CLAVE:**

derecho, conquista, independencia, sociedad, historia.

**ABSTRACT:**

The history of our people demonstrates the greatness and while the mistakes typical of human nature. The present research literature review events of the eighteenth and nineteenth in the experience of travel undertaken by Alexander Von Humboldt, in the days of Spanish rule over part of the Latin American geography, points out realities that over time could be considered superseded by society and the increasingly «evolved» conception of the State, subject assumed the difficult task of organizing the social cluster and define him for government institutions. However, as a kind of paralysis some of these difficulties «once» are portrayed in our present and in that time, no trivial matter if part of the state constant struggles for legitimacy and recognition of those who submit to his empire and warranty.

\* Artículo No Inédito. Este documento se desarrolló en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Venezuela. El documento fue publicado y puede ser consultado en el siguiente link: [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/120/rucv\\_2001\\_120\\_399-433.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/120/rucv_2001_120_399-433.pdf).

\*\* Profesor titular de Filosofía del Derecho y Derecho Comparado en la Escuela de Derecho y de Metodología del Derecho y Gobiernos Comparados en las Maestrías en Derecho Procesal Civil y en Ciencia Política y Derecho Público, respectivamente, adscritas a la División de Estudios para Graduados; cofundador e investigador del Instituto de Filosofía del Derecho y Jefe del Departamento de Filosofía del Derecho y Ciencias Conexas de la Escuela de Derecho, todos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Ex Decano de dicha Facultad. Doctor en Philosophie du Droit por la Université Libre de Bruxelles (Bélgica) (1972). Doctor en derecho (1981). Abogado y licenciado en educación (1968) por la Universidad del Zulia. Correo electrónico: hermannpetzold@gmail.com.

**KEYWORDS:**

law, conquest, independence, society, history.

«Para distinguir la verdad del error, basta con frecuencia en las ciencias, separar la historia de las opiniones y seguir sus desarrollos sucesivos»

**A. Von Humboldt**

«El barón de Humboldt estará siempre con los días de la América presentes, en el corazón de los justos apreciadores de un grande hombre, que con sus ojos la ha arrancado de la ignorancia y con su pluma la ha pintado tan bella como su propia naturaleza»

**Simón Bolívar, carta dirigida a Alejandro de Humboldt desde Bogotá,**

**Noviembre 10 de 1821**

## INTRODUCCIÓN

Alexander von HUMBOLDT nació en Berlín (capital del Reino de Prusia para la época, hoy de Alemania), el 14 de septiembre de 1796, en cuna aristocrática, y tanto él como su hermano Wilhelm - quien posteriormente se destacaría como lingüista, filósofo político y educador (fue fundador de la Universidad de Berlín) - recibieron esmerada instrucción y educación con excelentes profesores particulares y en las universidades e institutos de educación superior a los que concurrieron, entre los cuales cabe mencionar la Universidad de Franckfurt<sup>1</sup>.

A finales de diciembre de 1798, junto con su apreciado amigo, el joven científico francés Aimé BONPLAND (1773-1858), HUMBOLDT se traslada a España, de cuyo puerto de La Coruña salen el 5 de junio de 1799, en la corbeta o fragata ligera *Pizarro* que tiene por destino La Habana y México, gracias a que, como cuenta el mismo HUMBOLDT, había solicitado «el permiso de visitar a mis costas el interior de la América Española»<sup>2</sup>, y le habían sido otorgados, en consecuencia, «dos pasaportes, uno del primer Secretario de Estado, y otro del Consejo de Indias. Nunca había sido acordado a un viajero permiso más lato; nunca un extranjero había sido honrado con mayor confianza de parte del Gobierno español»<sup>3</sup>. Y según nuestro autor: «En los cinco años que recorrimos el nuevo continente, no reparamos la menor señal de desconfianza. Me es grato recordar aquí que en medio de las más penosas

privaciones y luchando contra obstáculos que nacen del estado salvaje de aquellos países jamás tuvimos por qué quejarnos de la injusticia de los hombres»<sup>4</sup>.

Por causa de una epidemia, «una fiebre maligna»<sup>5</sup>, desatada a bordo del *Pizarro*, todos los pasajeros decidieron desembarcar en Cumaná, aunque para continuar luego su viaje, lo más pronto posible, en otro barco, a Cuba y México. Empero, en la noche de 14 al 15 de julio de 1799, HUMBOLDT y BONPLAND, optan por quedarse más tiempo: «En lugar de unas semanas permanecemos un año entero<sup>6</sup> en la Tierra Firme. Sin la enfermedad a bordo del *Pizarro* nunca habríamos penetrado en el Orinoco y en Casiquiare hasta los límites de las posesiones portuguesas del Río Negro. Quizás debemos también a esta dirección de nuestro viaje la salud de que hemos gozado durante una tan larga permanencia en las regiones equinocciales»<sup>7</sup>.

A partir de su desembarco, el 16 de julio de 1799, en la capital de la provincia de Nueva Andalucía, HUMBOLDT, que aún no ha cumplido 30 años, con la indispensable colaboración de BONPLAND, va a realizar exhaustivos estudios e investigaciones, tanto en el vasto territorio de la que para entonces, desde hacía menos de cuarto de siglo, era la Capitanía General de Venezuela, como también en otras extensas regiones o provincias o países que integraban los Virreinos de Santa Fe, del Perú y de Nueva España, Cuba, etc., es decir, la América española, antes de la

1 Cf. RÖHL, Eduardo; «Alejandro de Humboldt», trabajo que aparece como prólogo a la obra *Viaje a las Regiones Equinocciales del Nuevo Continente, hecho en 1799, 1800, 1801, 1802, 1803 y 1804*, por A. de Humboldt y A. Bonpland. Redactado por Alejandro de Humboldt. Trad. del francés por Lisandro Alvarado. Caracas, Biblioteca Venezolana de Cultura-Ediciones del Ministerio de Educación Nacional, 1941, t. I, pp. XV-XVIII.

2 HUMBOLDT, Alejandro de; *Viaje a las Regiones Equinocciales del Nuevo Continente...*; t.I, p.44.

3 *Ibidem*; p. 45.

4 *Ibidem*; p. 46.

5 *Ibidem*; p. 258.

6 En realidad fueron diez y seis meses: Cf. *Ibidem* (trad. del francés por José Nucete-Sardi y Lisandro Alvarado), 1942; t. V. p. 259.

7 *Ibidem*; t.I, pp. 266-267.

Emancipación, demostrando sus conocimientos, aptitudes y habilidades, en el ámbito de la botánica, zoología, química, geología, astronomía, antropología, etnología, lingüística, geografía, historia y filosofía política, o sea, como un científico que tiene un cabal dominio de las ciencias naturales y humanas que cultiva con esmero y a cuyo desarrollo contribuye, tanto en el caso de aquellas ciencias naturales que para su tiempo eran ya disciplinas plenamente constituidas y autónomas como en el de aquellas ciencias, sobre todo, las humanas, que apenas se estaban formando.

A ese respecto, HUMBOLDT precisamente afirmaba: «La naturaleza es inagotable manantial de investigaciones; y a medida que el dominio de las ciencias va extendiéndose, presenta ella, a quienes saben interrogarla, aspectos acerca de los cuales no se la había aún examinado»<sup>8</sup>.

Y casi al final de su monumental obra, escribe:

«Historiador de las colonias, he presentado los hechos con toda su simplicidad porque el estudio atento y exacto de estos hechos es el único medio de descartar las vagas conjeturas y las declamaciones vanas. Esta forma circunspecta se hace indispensable, sobre todo, cuando se teme ceder muy fácilmente al prestigio de la esperanza y de los viejos afectos. Las sociedades nacientes tienen algo que encanta como la juventud; poseen, como ella, la frescura de los sentimientos, la confianza ingenua y aún la

credulidad: ofrecen a la imaginación un espectáculo más atrayente que el humor melancólico y la austeridad desconfiada de estos viejos pueblos que parecen haberlo gastado todo, su felicidad, su esperanza y su fe en la perfectibilidad humana»<sup>9</sup>.

Alexander von HUMBOLDT, luego de haber visitado, durante su larga e intelectualmente fecunda vida, numerosos países de América, Asia y, por supuesto, de Europa, publicado 636 memorias y realizado diversas misiones diplomáticas que le fueran encomendadas por su soberano el rey Federico Guillermo III, murió en Berlín el 6 de mayo de 1859.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuáles son las características del derecho y la sociedad propios al proceso de conquista identificados por Alexander Von Humboldt en sus viajes a las regiones equinociales del nuevo continente?

## METODOLOGÍA

La presente investigación presenta un enfoque de investigación cualitativo a partir de un tipo de investigación descriptivo, explicativo, jurídico e histórico. Para el análisis y sistematización de la información se utilizaron fichas de análisis documental.

### 1. EL DERECHO DEL CONQUISTADOR EN EL PUEBLO CONQUISTADO

Ahora bien, con relación al tema fundamental del presente trabajo, los primeros textos que encontramos en la obra, escrita originalmente en francés, *Viaje a las Regiones Equinociales del Nuevo Continente*, se hallan al final del

<sup>8</sup> Ibidem; p. 251.

<sup>9</sup> Ibidem; t. V, p. 236.

libro 2° del tomo I de la misma. Allí HUMBOLDT hace varias consideraciones de carácter sociológico en torno a las relaciones entre las colonias del Nuevo Mundo con sus respectivas metrópolis:

«Entre los antiguos, por ejemplo, los fenicios y los griegos, las tradiciones y los recuerdos nacionales pasaron de la metrópoli a las colonias, donde perpetuándose de generación en generación, no cesaron de influir favorablemente sobre las opiniones, costumbres, y política de los colonos...

«Estas ventajas, y aun otras todavía, faltan a las colonias modernas. La mayor parte de ellas está fundada en una zona donde el clima, las producciones, el aspecto del cielo y del paisaje, difieren totalmente de los de Europa. En vano da el colono a las montañas, a los ríos, a los valles, nombres que recuerdan los lugares de la madre patria; estos nombres pierden pronto su atractivo, y ya no hablan a las generaciones siguientes. Bajo la influencia de una naturaleza exótica nacen hábitos adaptados a nuevas necesidades; los recuerdos nacionales se borran insensiblemente, y los que se conservan, semejantes a las fantasías de la imaginación, no se refieren ya ni a un tiempo, ni a un lugar determinado. La gloria de Don Pelayo y del Cid Campeador ha penetrado hasta las montañas y las selvas de la América; pronuncia a veces el pueblo esos nombres ilustres, pero se presentan a su espíritu como

pertenecientes a un mundo ideal, a la vaguedad de los tiempos fabulosos.

«Este nuevo cielo, este contraste de los climas, esta conformación física del país, obran sobre el estado de la sociedad en las colonias mucho mejor que el alejamiento absoluto de la metrópoli...

«La historia de las colonias modernas no presenta más que dos acontecimientos memorables: su fundación y su separación de la madre patria. El primero de estos acontecimientos es rico en recuerdos que esencialmente pertenecen a los países ocupados por los colonos; pero lejos de recordar los progresos pacíficos de la industria o el perfeccionamiento de la legislación colonial, no exhibe sino actos de injusticia y de violencia ¿Qué encanto pueden tener esos tiempos extraordinarios en que, bajo el reino de Carlos Quinto, desplegaban los castellanos más valor que virtudes, y en que el honor caballeresco, así como la gloria de las armas, fueron manchados por el fanatismo y la sed de riquezas? Los colonos, suaves de carácter, y libertados por su posición de los prejuicios nacionales, aprecian en su justo valor las hazañas de la conquista. Los hombres que brillaron en esa época son europeos, son soldados de la metrópoli. Parecen extranjeros para los habitantes de las colonias, porque tres siglos han bastado para soltar los lazos de sangre.

Sin duda que entre los *conquistadores* hubo hombres probos y generosos; mas confundidos en la masa, no pudieron librarse de la prescripción (*sic*) general.

«Creo haber indicado las causas principales que, en las colonias modernas, hacen desaparecer los recuerdos nacionales sin reemplazarlos dignamente con otros que se refieran al país nuevamente habitado. Esta circunstancia, no nos cansaremos de repetirlo, ejerce una grande influencia sobre la situación de los colonos. En tiempos tormentosos de una regeneración política estos se encuentran aislados, semejantes a un pueblo que, renunciando al estudio de sus anales, dejara de aprender lecciones de sabiduría en las desdichas de los siglos anteriores»<sup>10</sup>.

Es por ello, que como en el libro 4° del tomo II de su obra, apunta HUMBOLDT: «Españoles trasplantados a la zona tórrida, hechos bajo un nuevo cielo casi extranjeros a los recuerdos de la madre patria han debido experimentar mudanzas más sensibles que los griegos establecidos en las costas del Asia Menor o de Italia, cuyos climas difieren tan poco de los de Atenas o de Corinto. No es posible negar las diversas modificaciones que en el carácter del español-americano han producido a una vez la constitución física del país, el aislamiento de las capitales en altiplanicies o su proximidad a las costas, la vida agrícola, el trabajo de las minas, y el hábito

de las especulaciones comerciales; pero doquier se reconoce, en los habitantes de Caracas, de Santa Fe, de Quito y de Buenos Aires, algo que pertenece a la raza, a la filiación de los pueblos»<sup>11</sup>.

Lo antes expuesto sirve para explicar y dar una respuesta razonable a la cuestión de la mayor o menor adaptación (o desadaptación) de la legislación promulgada en España (tanto la de Indias como la de Castilla) con relación a las condiciones sociales, económicas, étnicas, culturales, ecológicas, etc. del Nuevo Mundo, por cuanto dicha legislación fue establecida en un continente desconocido, cuya población plurirracial tenía costumbres, creencias e intereses, frecuentemente, diferentes a los de los españoles peninsulares. O en otras palabras, de lo que se trata es de responder a la interrogante de si el derecho positivo indiano fue no sólo válido, sino también vigente, valga decir, eficaz.

A ese respecto, José María OTS CAPDEQUI pertinentemente anota que existió «en algunos aspectos de la vida colonial hispano-americana, un positivo divorcio entre el *derecho* y el *hecho*»<sup>12</sup>.

Precisamente, más adelante citaremos la opinión de HUMBOLDT con relación a la no aplicación de las normas legales que tendían a proteger a los esclavos negros.

Por otra parte, a mediados de septiembre de 1799, al recorrer la provincia de Nueva Andalucía, visita y explora la famosa cueva del Guácharo, y al tratar de la explotación y del uso del aceite de los guácharos y referirse a la circunstancia de que los «miembros de una familia india de nombre Morocoima pretenden ser los propietarios legítimos de la caverna, como

10 Cf. RÖHL, E.; *Op. cit.*; t. I, pp. XXIX-XLVII.

11 *Ibidem*; pp. 456 - 460.

12 *Ibidem*; t. II, p. 300.

descendientes de los primeros colonos del valle, y se arrojan el monopolio de la manteca; pero gracias a las instituciones monacales, sus derechos no son hoy mas que honoríficos»<sup>13</sup>, hace una observación que aún hoy, en el ámbito del Derecho Internacional Público, lamentablemente sigue teniendo vigencia, pues afirma que «en las selvas del Nuevo Mundo, así como en el centro de la civilización europea, se modifica el derecho público según las relaciones establecidas entre el fuerte y el débil, entre los conquistadores y los conquistados»<sup>14</sup>.

Luego, al llegar el día 23 de septiembre a la misión de Catuaro con la intención de seguir luego hasta Cariaco para embarcarse rumbo a Cumaná, tiene la ocasión de conversar, un poco a la fuerza, sobre diversos tópicos, con el cura fraile a cargo de la misma, que luego lo acompaña a Cariaco, y lo lleva a tratar un tema por demás muy polémico para la época, pero que nos permite conocer aun más las concepciones políticas, jurídicas, filosóficas y éticas de HUMBOLDT:

«Ya no nos atormentó con sus divagaciones sobre el alma de los animales y el libre albedrío del hombre: tenía que conversarnos de un asunto de muy otro modo penoso. El movimiento hacia la independencia que por poco estalla en Caracas en 1798 había sido precedido y seguido de una gran agitación entre los esclavos de Coro, Maracaibo y Cariaco. Un malaventurado negro había sido condenado a muerte en esta última ciudad, y nuestro huésped, el cura de Catuaro, se dirigía allí para prestarle los auxilios de su ministerio. Cuán largo nos

pareció el camino, durante el cual no pudimos librarnos de conversaciones ‘sobre la necesidad de la trata, sobre la malicia innata de los negros, y sobre las ventajas que saca esta raza de su estado de servidumbre entre los cristianos!’».

«No sería posible negar la lenidad de la legislación española, comparándola con el *Código Negro* de la mayor parte de los demás pueblos que tienen posesiones en ambas Indias. Pero tal es el estado de los negros aislados en lugares apenas desmontados, que la justicia, lejos de protegerlos eficazmente en el curso de su vida, no puede ni aun castigar los actos de barbarie que les han causado la muerte. Si se intenta una averiguación, se atribuye la muerte del esclavo a la flaqueza de su salud, a la influencia de un clima ardiente y húmedo, a las heridas que se le han causado, asegurándose, desde luego, haber sido estas poco profundas y poco peligrosas. La autoridad civil es impotente en todo lo que concierne a la esclavitud doméstica, y nada es más ilusorio que el tan ensalzado efecto de esas leyes que prescriben la forma del látigo y el número de golpes que se permite dar *de una vez*. Las personas que no han vivido en las colonias o que no han habitado en las Antillas piensan con harta generalidad que el interés del amo en la

13 HUMBOLDT, A. de; *Op. cita*; t. II., p. 101.

14 Ídem.

conservación de sus esclavos debe hacer tanto más llevadera la existencia de estos cuanto menos considerable es su número. No obstante, en Cariaco mismo, pocas semanas antes de mi llegada a la provincia, un plantador que sólo poseía ocho negros hizo perecer seis de ellos fustigándolos de la manera más bárbara. Destruyó voluntariamente la mayor parte de su fortuna, habiendo perecido en el acto dos de sus esclavos. Con los cuatro que parecían más robustos se embarcó para el puerto de Cumaná; pero estos murieron durante la travesía. Este acto de crueldad fue precedido el mismo año de otro cuyas circunstancias eran igualmente temerosas. Delincuencias tan grandes han quedado más o menos impunes: el espíritu que dictó las leyes no es el que preside en su ejecución. El Gobernador de Cumaná era un hombre justo y humano; pero las formalidades judiciales están determinadas, y el poder del gobernador no llega hasta la reforma de abusos casi inherentes a todo el sistema de colonización europea»<sup>15</sup>.

Al respecto cabe señalar que, a pesar de esa falta de eficacia o de la precaria vigencia de amplios sectores de la legislación indiana, hay que tener presente,

según Rafael ALTAMIRA Y CREVEA, que «un examen completo del contenido de las leyes que sucesivamente se pretendió que rigieran en Indias, nos daría los elementos para conocer cuál fue la ideología jurídica de los directores, grandes o chicos, de la política colonial»<sup>16</sup>, puesto que, como también anota Alfonso GARCIA GALLO, «las Provisiones, Cédulas, Instrucciones y Cartas dictadas para las Indias, no contienen sólo la formulación de las normas jurídicas que han de establecerse, sino que van precedidas de la exposición de los hechos concretos -vacíos o deficiencias de la regulación legal, abusos, etc.-, que motivan aquellas. Y así, es la propia legislación de indias la que nos revela el estado moral, político, social o económico de cada región; los problemas que se plantean, las dificultades con que se tropieza y el cúmulo de intereses y pasiones -nobles y mezquinas- que agitan aquella sociedad en formación. El texto de la ley nos dice cual es la solución que en un determinado momento se da a esta serie de problemas. Otra ley posterior nos descubrirá luego las deficiencias de la primera ordenación o las dificultades de todo género que entorpecieron su aplicación».<sup>17</sup>

Al relatar su visita a Cariaco, HUMBOLDT aprovecha para exponernos cuáles eran las opiniones que circulaban entre las personas ilustradas de dicha ciudad -que tenía mucha más vida económica y cultural que hoy en día- y, por supuesto, las suyas propias:

«Encontramos en esta ciudad gran número de personas que por cierta soltura en sus

15 Ibidem; pp.136-137.

16 ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael; *Manual de Investigación de la Historia del Derecho Indiano*. México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1948; p. 28.

17 GARCIA GALLO, Alfonso; *Estudio e Índice del Cedulaario Indiano*. Recopilado por Diego de ENCINAS, Oficial Mayor de la Escribanía de Cámara del Consejo Supremo y Real de las Indias. Reproducción facsímil de la edición única de 1596. Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1945; Libro Primero, pp. 9-10.

modales, cierta latitud mayor en sus ideas, y he de añadir, por una señalada predilección para con los gobiernos de los Estados Unidos, anunciaban haber tenido frecuentes tratos con el extranjero. Fue por vez primera en estos climas cuando oímos pronunciar con entusiasmo los nombres de Franklin y de Washington; y al expresar este entusiasmo mezclábanse quejas por el estado actual de la Nueva Andalucía, una enumeración con frecuencia exagerada de sus riquezas naturales, y votos ardientes e inquietos por un porvenir más feliz. Esta disposición de los espíritus debía impresionar a un viajero que acababa de presenciar de cerca las grandes agitaciones de Europa; pero ello no anunciaba todavía nada de hostil y violento, ninguna dirección determinada. En las ideas y expresiones había esa vaguedad que caracteriza, tanto en los pueblos como en los individuos, un estado de semicultura, un desarrollo prematuro de la civilización. Desde que la isla de Trinidad se convirtió en colonia inglesa, todo el extremo oriental de la provincia de Cumaná, sobre todo la costa de Paria y el golfo de este nombre, cambiaron de aspecto. Algunos extranjeros se han establecido allí y han introducido el cultivo del cafeto, del algodón y de la caña dulce de Otajeti. Ha aumentado en extremo la población en Carúpano, en el hermoso valle de Río Caribe,

en Güiria, y en el nuevo burgo de Punta de Piedra, situado frente a Puerto España en Trinidad... El aislamiento de los establecimientos ha enriquecido el comercio con las colonias extranjeras; y desde el año de 1797 ha ocurrido una revolución en las ideas cuyas consecuencias no habrían sido a la larga funestas para la metrópoli, si el Ministerio no hubiera continuado lastimando todos los intereses, contrariando todas las esperanzas. En las reyertas de las colonias tanto como en casi todas las conmociones populares, hay un momento en que los gobiernos, cuando no están cegados acerca del curso de las cosas humanas, pueden, mediante una moderación prudente y la previsión, restablecer el equilibrio y conjurar la tormenta. Si yerran en ese momento, si creen poder combatir por la fuerza física una tendencia moral, entonces se desarrollan incontrastablemente los acontecimientos y la separación de las colonias se efectúa con una violencia tanto más funesta cuanto, a todo luchar, ha logrado la metrópoli restablecer por algún tiempo sus monopolios y su antigua dominación»<sup>18</sup>.

Por otra parte, al informar sobre los pueblos indígenas que pueblan Nueva Andalucía, el científico berlinés presenta una interesante observación de naturaleza lingüística: «El Chaima, el Caribe, el Tamanaco reducidos conservan tanto mejor

su fisonomía nacional cuanto han conservado sus lenguas. Si la individualidad del hombre se refleja por decirlo así en los idiomas, estos a su vez reaccionan sobre las ideas y los sentimientos. Este íntimo lazo entre las lenguas, el carácter, y la constitución física, es lo que mantiene y perpetúa la diversidad de los pueblos, fuente fecunda de movimiento y de vida en el mundo intelectual»<sup>19</sup>.

Más adelante, pertinentemente añade:

«Cuando se dice que un danés aprende el alemán y un español el italiano o el latín con mayor facilidad que cualquier otra lengua, se juzga desde luego que esa facilidad resulta de la identidad de gran número de raíces comunes a todas las lenguas germánicas y las de la Europa latina; y se olvida que a par de esta semejanza de sonidos hay otra que obra más poderosamente en los pueblos de común origen. La lengua no es el resultado de una convención arbitraria: el mecanismo de las flexiones, las formas gramaticales, la posibilidad de las inversiones, todo deriva de nuestro interior, de nuestra organización individual. Hay en el hombre un principio instintivo y regulador, diversamente modificado en los pueblos que no son de una misma raza. Un clima más o menos áspero, la morada en las gargantas de las montañas o en las riberas del mar, los

hábitos en el vivir, pueden alterar los sonidos, hacer inconcebible la identidad de las raíces y multiplicar el número de ellas; pero todas estas causas no afectan lo que constituye la estructura y el mecanismo de las lenguas. La influencia del clima y de los agentes exteriores desaparece ante la que depende de la raza, del conjunto hereditario de disposiciones individuales del hombre»<sup>20</sup>.

Para HUMBOLDT «las lenguas americanas son como máquinas complicadas cuyos rodajes están de manifiesto. Se reconoce el artificio, o bien diré, el mecanismo industrial de su estructura. Creeríase asistir a su formación y asignaríaseles un origen recientísimo, si no valiera recordar que el espíritu humano sigue imperturbablemente una impulsión dada, que los pueblos agrandan, perfeccionan o reparan el edificio gramatical de sus lenguas conforme un plan de antemano determinado, y que hay en fin países cuyo lenguaje, instituciones y artes son como estereotipos desde hace una lengua serie de siglos»<sup>21</sup>.

Con motivo de un incidente acaecido el 27 de octubre de 1799, en el que casi pierde la vida su amigo Aimé BONPLAND, ya que ambos fueron atacados, en una playa solitaria de Cumaná, por un zambo, «nativo de una de las aldeas indias que rodean el gran lago de Maracaibo»<sup>22</sup>, que después de una breve persecución fue detenido, HUMBOLDT nos expone: «En el interrogatorio que sufrió fueron sus respuestas tan confusas y al propio tiempo

19 Ibidem; pp. 162-163.

20 Ibidem; p. 179.

21 Ibidem; pp. 195-196.

22 Ibidem; p. 217.

tan estúpidas, que era imposible aclarar nuestras dudas; casi siempre aseguraba que su intención no había sido robarnos, sino que irritado con los malos tratos que había sobrellevado a bordo del corsario de Santo Domingo, no había podido resistir al deseo de dañarnos desde que nos oyó hablar en francés. Siendo la justicia tan despaciosa en este país, en que los detenidos que llenan las prisiones se quedan siete y ocho años sin poder obtener su juicio, supimos con cierta satisfacción que pocos días después de nuestra partida de Cumaná había logrado el *Zambo* escaparse del castillo de San Antonio»<sup>23</sup>.

Vemos pues, que esa narración concluye con una reflexión que aún sigue desgraciadamente teniendo vigencia en nuestro país, ya que, a pesar de los dos siglos transcurridos, todavía existe una exagerada lentitud en la administración de justicia penal que conduce al hacinamiento carcelario que a su vez es causa, tanto de que los presos se agredan unos a otros hasta llegar a ejecutar horrorosos homicidios, como de las fugas frecuentes de los detenidos que sobreviven en esos infiernos carcelarios, que son las prisiones venezolanas.

Sobre el tema de la deficiente administración de la justicia penal en las colonias españolas, HUMBOLDT vuelve en su obra a escribir: «Nada es más deplorable que la administración de justicia en estas colonias de ultramar. Por todas partes encontrábamos las prisiones llenas de malhechores, cuya sentencia no era pronunciada sino después de siete u ocho años de espera. Cerca de un tercio de estos detenidos lograba evadirse: las llanuras despobladas, pero llenas de ganados, les ofrecían un asilo y nutrición. Y ejercen su vagabundaje a caballo, como los beduinos.

La insalubridad de las prisiones hubiera llegado a su colmo, si ellas no se hubieran visto vacías de tiempo en tiempo, por la fuga de los detenidos»<sup>24</sup>.

Nos preguntamos: ¿Qué hubiera opinado HUMBOLDT de nuestra actual administración de justicia penal y, sobre todo, de la grave situación, contraria a los derechos humanos fundamentales, de las cárceles de la Venezuela contemporánea?.

## 2. LA IDENTIDAD DE UN PUEBLO ANTE LA CONQUISTA

Al relatar su visita a Caracas, a la cual llega el 21 de noviembre de 1799, el barón de HUMBOLDT aprovecha para exponer una «Mirada general sobre las provincias de Venezuela», en la que hace unas interesantes consideraciones geopolíticas que los acontecimientos históricos-sociales inmediata y mediatamente posteriores demostraron como sumamente acertadas. Nos dice HUMBOLDT:

«La importancia de una capital no depende únicamente de su población, su riqueza o su posición; y para apreciarla con alguna cabalidad, es menester recordar la extensión del territorio del que es ella centro, la masa de producciones indígenas que son objeto de su comercio, las relaciones en que se encuentra con las provincias sometidas a su influencia política. Estas diversas circunstancias se modifican con los vínculos más o menos relajados que unen a

23 Ídem.

24 Ibidem; t. V, p. 43.

las colonias con la metrópolis; mas tales son el imperio del habito y las combinaciones del interés comercial, que es de presumir que esa influencia de las capitales sobre los países circundantes, esas asociaciones de provincias, que se refunden entre sí bajo la denominación de reinos, de capitanías generales, de presidencias y de gobiernos, sobrevivirán así y todo a la catástrofe de la separación de las colonias. No se llevarán a efecto los desmembramientos sino allí donde, a despecho de los límites naturales, se han reunido arbitrariamente partes que se hallan estorbadas en sus comunicaciones. La civilización en América, dondequiera que (como en México, Guatemala, Quito o el Perú) no existía ya hasta cierto punto antes de la conquista, se dirigió de las costas hacia el interior, ora siguiendo el valle de un gran río, ora una cordillera de montañas que ofrecían climas templados. Concentrada a la vez en diferentes puntos, se propagó al modo de radios divergentes. La reunión en provincias o reinos se efectuó con el primitivo contacto inmediato entre las porciones civilizadas o por lo menos sometidas a una dominación estable y regular. Comarcas desiertas o habitadas por pueblos salvajes cercan hoy los países conquistados por la civilización europea; y

aquellas separan tales conquistas como con brazos de mar difíciles de franquear manteniéndose las más de las veces estados en vecindad mediante franjas de tierras desmontadas. Más fácil es conocer la configuración de las costas bañadas por el océano que las sinuosidades de este litoral interior en que la barbarie y la civilización, las selvas impenetrables y los terrenos cultivados, se tocan y delimitan... El conocimiento local que he podido adquirir por mí mismo acerca de esos límites, me pone en capacidad de fijar con alguna certidumbre la extensión de las grandes divisiones territoriales, de comparar la parte silvestre y la habitada, y de apreciar la influencia política más o menos grande que ejercen ciertas ciudades de América, como centros de poder y de comercio»<sup>25</sup>.

Seguidamente, HUMBOLDT señala que la Capitanía General de Venezuela abarca «a lo largo de las costas, la Nueva Andalucía o provincia de Cumaná (con la isla de Margarita), Barcelona, Venezuela o Caracas, Coro y Maracaibo; en el interior, las provincias de Barinas y la Guayana, la primera a lo largo de los ríos Santo Domingo y Apure, y la segunda a lo largo del Orinoco, el Casiquiare, el Atabapo y Río Negro. Echando una ojeada general sobre las siete provincias reunidas de la Tierra Firme, se ve que forman tres zonas distintas extendidas de Este a Oeste. «Hállanse primero terrenos cultivados a lo largo del litoral y cerca de la cordillera de montañas costaneras; luego, sabanas o dehesas; y fin,

allende el Orinoco, una tercera zona, la de los bosques en la que se penetra sólo por medio de los ríos que la atraviesan»<sup>26</sup>.

Por ello, según el científico alemán, se podría afirmar «que las tres zonas en que acabamos de dividir el territorio de Venezuela son la imagen de tres estados de la sociedad humana, la vida del salvaje cazador en los bosques del Orinoco, la vida pastoral en las sabanas o Llanos y vida del agricultor en los altos valles y al pie de los montes costaneros»<sup>27</sup>, resultando así que aunque «dondequiera que pueda seguirse el desarrollo progresivo de la civilización, hallamos reunidas las tres edades de la sociedad; ... hay que observar y esta observación es muy importante para los que quieren conocer a fondo el estado político de las diversas colonias, que la disposición de las tres zonas... no es igual dondequiera, y que en ninguna parte es tan regular como en el país de Venezuela... Esta circunstancia da origen, en un mismo país, a una diversidad de intereses entre los pueblos del interior y las habitantes de la costa»<sup>28</sup>.

Lo anteriormente expuesto explica, al menos parcialmente, por una parte, el desarrollo de los acontecimientos durante la guerra de la Independencia y luego, después de 1830, en la *guerra* (o *revolución*) *federal* (1859-1863) y la composición étnica y regional de los sucesivos gobiernos del país, encabezados generalmente por caudillos, a todo lo largo del siglo XIX y buena parte del siglo XX.

Más adelante, HUMBOLDT pertinentemente apunta:

«Si se examina el estado de la capitania general de Caracas según los principios que

acabamos de exponer, se ve que es principalmente cerca del litoral donde se encuentran su industria agrícola, la gran masa de su población, sus ciudades numerosas, y cuanto depende de una civilización avanzada. El desarrollo de las costas es de más de 200 lenguas. Están bañadas por el pequeño mar de las Antillas, suerte de Mediterráneo, sobre cuyas orillas han fundado colonias casi todas las naciones de Europa, que se comunica con muchos puertos del océano Atlántico, y cuya existencia ha influido sensiblemente, desde la conquista, sobre los progresos de la ilustración en la parte del naciente de la América equinoccial... Las Costas de Venezuela... debido a su extensión, su desarrollo hacia el Este, la multiplicidad de sus puertos, y la seguridad de sus aterrajajes en las diferentes estaciones, aprovechan todas las ventajas que ofrece el mar interior de las Antillas. En ninguna parte las comunicaciones con las grandes islas, y aún con las de barlovento, pueden ser más frecuentes que por los puertos de Cumaná, Barcelona, La Guaira, Puerto Cabello, Coro y Maracaibo: en ninguna parte ha sido más difícil de restringir el comercio ilícito con los extranjeros. ¿Habría que admirarse de que esta

26 Ibidem; p. 297.

27 Ídem.

28 Ibidem; pp. 298-299.

facilidad de relaciones comerciales con los habitantes de la América libre y los pueblos de la Europa agitada haya aumentado a un tiempo, en las provincias reunidas bajo la capitania general de Venezuela, la opulencia, las luces, y ese deseo inquieto de un gobierno local que se confunde con el amor de la libertad y de las formas republicanas?»<sup>29</sup>.

Interesante símil ese de considerar al Mar de las Antillas como una especie de Mar Mediterráneo y muy acertado su enfoque en el que destaca el importante papel que Venezuela ha jugado y debe jugar en dicho mar, dada su privilegiada ubicación geográfica, la cual, empero no hemos sabido aprovechar, plenamente, los venezolanos, en pro de un cabal desarrollo económico-social de nuestro país.

Luego, nuestro autor señala inteligentemente:

«la ventaja, que conmigo han compartido pocos españoles, de visitar sucesivamente a Caracas, La Habana, Santa Fe de Bogotá, Quito, Lima y México, y de que en estas seis capitales de la América española mi situación me relacionara con personas de todas las jerarquías, no por eso me permitiré juzgar sobre diferentes grados de civilización a que la sociedad se ha elevado ya en cada colonia. Más fácil es indicar los diversos matices de la cultura nacional y el intento hacia el

cual se dirige de preferencia el desarrollo intelectual, que comparar y clasificar lo que no puede ser comprendido desde un solo punto de vista»<sup>30</sup>,

por lo que, en consecuencia, se limita a opinar que le

«ha parecido que hay una marcada tendencia al estudio profundo de las ciencias en México y en Santa Fe de Bogotá; mayor gusto por las letras y cuanto pueda lisonjear una imaginación ardiente y móvil en Quito y en Lima: más luces sobre las relaciones políticas de las naciones, miras más extensas sobre el estado de las colonias y de las metrópolis, en la Habana y en Caracas. Las múltiples comunicaciones con la Europa comercial y el mar de las Antillas que arriba hemos descrito, como un Mediterráneo de muchas bocas, ha influido poderosamente en el progreso de la sociedad en la isla de Cuba y en las hermosas provincias de Venezuela. Además, en ninguna parte de la América española ha tomado la civilización una fisonomía más europea... A pesar del acrecentamiento de la población negra, cree uno estar en La Habana y en Caracas más cerca de Cádiz y de los Estados Unidos que en otra parte alguna del Nuevo Mundo»<sup>31</sup>.

29 Ibidem; pp.300-301

30 Ibidem; p. 330.

31 Ibidem; p.330-331

Y dadas las condiciones antes descritas, HUMBOLDT nos informa que:

«En Caracas existen, como dondequiera que se prepara un gran cambio en las ideas, dos categorías de hombres, pudiéramos decir, dos generaciones muy diversas. La una, que es al fin poco numerosa, conserva una viva adhesión a los antiguos usos, a la simplicidad de las costumbres, a la moderación en los deseos. Sólo vive ella en las imágenes del pasado: le parece que la América es propiedad de sus antepasados que la conquistaron; y porque detesta eso que llaman la ilustración del siglo, conserva con cuidado como una parte de su patrimonio sus prejuicios hereditarios. La otra, ocupándose menos aún del presente que del porvenir, posee una inclinación, irreflexiva a menudo, por hábitos e ideas nuevas. Y cuando esta inclinación se halla acompañada del amor por una institución sólida, cuando se refrena y dirige a merced de una razón fuerte e instruida, sus efectos resultan útiles para la sociedad. Entre los de esta segunda generación conocí en Caracas varios hombres distinguidos al igual por su afición al estudio, la apacibilidad de sus costumbres, y la elevación de sus sentimientos; y también los he conocido que, desdeñando todas aquellas cosas estimables y bellas que

exhiben el carácter, la literatura y las artes españolas, han perdido su individualidad nacional, sin haber recogido, en sus relaciones con los extranjeros, nociones precisas sobre las verdaderas bases de la felicidad y del orden social»<sup>32</sup>.

Esa descripción de cómo era la clase dirigente venezolana una década antes de declararse la independencia de la Capitanía General de Venezuela, nos permite comprender, en parte, los arduos conflictos ideológicos y sociales que precedieron y acompañaron el proceso emancipador venezolano.

### 3. LA BASE DE LA LEGITIMIDAD EN TODA EXPRESIÓN DEL DERECHO

Posteriormente, al narrar su recorrido por los llanos venezolanos, hecho en marzo de 1800, a fin de llegar a la villa de San Fernando, a orillas del río Apure, HUMBOLDT se permite especular:

«Si, según la variada distribución de los animales en el globo, hubiese podido existir la vida pastoral en el Nuevo Mundo; si antes de la llegada de los españoles hubiesen estado los llanos y las pampas colmados de esos numerosos rebaños de vacas y yeguas que hoy pacen allí, Colón hubiera encontrado la especie humana en un estado diferente. Pueblos pastores, que se alimentan de leche y queso, verdaderos *nómades*, hubieran recorrido vastas llanuras que se comunican

32 Ibidem; p. 331.

unas con otras. Hubiéraseles visto, en la época de las grandes sequías, y aún en la de las inundaciones, combatir por la posesión de los apacentaderos, subyugarse mutuamente, y unidos por un común vínculo de costumbres, de lenguaje y de cultura, elevarse a ese estado de semicivilización que en los pueblos de raza mongola y tártara nos sorprende. La América entonces, como el centro del Asia, habría tenido conquistadores que ascendiendo de las llanuras sobre la altiplanicie de las cordilleras y abandonando la vida errante, habrían avasallado los pueblos civilizados del Perú y de la Nueva Granada, derribando el trono de los Incas y del Zaque y reemplazado el despotismo que engendra la teocracia por el despotismo que nace del gobierno patriarcal de los pueblos pastores. El género humano no ha experimentado en el Nuevo Mundo esos grandes cambios morales y políticos, porque las estepas, bien que más fértiles que las del Asia, han permanecido allí sin rebaños, pues ninguno de los animales que dan leche en abundancia es propio de las llanuras de la América meridional, faltando así en el desarrollo progresivo de la civilización americana el eslabón intermediario que

junta los pueblos cazadores con los pueblos agrícolas»<sup>33</sup>.

En este texto audazmente especulativo, HUMBOLDT revela una cierta adhesión al determinismo geográfico.

Y al comparar el número de cabezas de ganado que integraban los rebaños pertenecientes a los hatos llaneros con las millones de cabezas de ganado vacuno de algunos países europeos, HUMBOLDT afirma que: «La civilización y el orden social favorecen al igual el crecimiento de la población y la multiplicación de los animales útiles al hombre»<sup>34</sup>.

Más adelante, al relatar su viaje por el río Orinoco, HUMBOLDT escribe, el día 9 de abril de 1800, refiriéndose al comentario de un misionero sobre la necesidad de tratar severamente a los «indios de los Raudales y del alto Orinoco (ya que) son raza más fuerte y laboriosa que los habitantes del alto Orinoco, y saben que son muy solicitados en Angostura. Si se les deja hacer, bajarían todos por el río para vender sus productos y vivir en plena libertad entre los blancos, y las misiones quedarían desiertas»,<sup>35</sup> lo siguiente:

«Confieso que estas razones son más especiosas que ciertas. El hombre, para aprovecharse de las ventajas del estado social, debe a no dudar, sacrificar una parte de sus derechos naturales y de su anterior independencia. Pero si el sacrificio que se le impone no está compensado con las ventajas de la civilización, el salvaje conserva, en su ingenuidad sensata, el deseo

33 Ibidem; pp.223-224

34 Ibidem; p.240

35 Ibidem; p. 366

de tornar a las selvas que le vieron nacer. Porque el indio de los bosques es tratado como siervo en la mayor parte de las misiones, porque no goza allí del fruto de su trabajo, los establecimientos cristianos del Orinoco permanecen desiertos. Un gobierno fundado en las ruinas de la libertad de los indígenas extingue las facultades intelectuales o detiene el desenvolvimiento de ellas»<sup>36</sup>.

Y seguidamente con sumo acierto agrega:

«Cuando se dice que el salvaje, así como el niño, no puede ser gobernado sino por la fuerza, se fundan falsas analogías. Los indios del Orinoco tienen algo de infantil en la expresión de su alegría, en la rápida sucesión de sus emociones; pero no son grandes niños, que tan escasamente lo son como los pobres labriegos del Este de la Europa, a quienes la barbarie de nuestras instituciones feudales ha mantenido en el mayor embrutecimiento. Mirar por lo demás el empleo de la fuerza como el primero y único medio para la civilización del salvaje, es un principio tan poco cierto en la educación de los pueblos como en la de la juventud. Cualquiera que sea el estado de debilidad o degradación de nuestra especie, ninguna facultad está apagada del todo; sólo que el entendimiento humano tiene

diversos grados de fuerza y de desarrollo. Como el niño, compara el salvaje el estado presente con el pasado, dirigiendo sus acciones, no a merced de un instinto ciego, sino a merced de motivos de interés. La razón puede dondequiera ser esclarecida por la razón; y sus progresos tanto mas se retardarán, cuanto los hombres que se creen llamados a educar la juventud o a gobernar los pueblos, orgullosos con el sentimiento de su superioridad y despreciando a aquellos sobre quienes han de obrar, quieran sustituir el apremio y la fuerza a una influencia moral que únicamente puede desarrollar las facultades nacientes, calmar las pasiones irritadas, y afirmar el orden social»<sup>37</sup>.

Vemos, pues, que en el texto antes transcrito, pleno de modernidad, HUMBOLDT nos manifiesta su filosofía profundamente humanista y progresista. Sus ideas nos recuerdan las palabras atribuidas por el escritor francés de nuestro siglo Antoine de SAINT EXUPERY, en su libro *Le Petit Prince*, al rey:

«...Es necesario exigir de cada uno, lo que cada uno puede dar, prosiguió el rey. La autoridad reposa en primer lugar sobre la razón. Si tu ordenas a tu pueblo ir a lanzarse al mar, él hará la revolución. Yo tengo el derecho a exigir la obediencia porque mis órdenes son razonables»<sup>38</sup>.

36 Ibidem; pp.336-367

37 Ibidem; p.367

38 SAINT EXUPERY, Antoine de; *Le Petit Prince*. New York, Harbrace Paperbound Library, s./f.; p.45.

O la opinión del distinguido filósofo y lógico del derecho contemporáneo Chaïm PERELMAN, cuando afirma:

«Todo derecho, todo poder legalmente protegido, es concedido con vista a una cierta finalidad: el detentador de ese derecho tiene un poder de apreciación con relación a la manera de ejercerlo. Pero ningún derecho se puede ejercer en una forma irrazonable, pues lo que es irrazonable no es derecho»<sup>39</sup>.

#### 4. LOS EFECTOS DE LA CONQUISTA Y LA FÉRREA RESISTENCIA DE LA CULTURA

El 25 de abril en San Fernando de Atabapo, HUMBOLDT reflexiona en torno a las relaciones amistosas o violentas entre los españoles, portugueses u holandeses y las etnias indígenas que tienen su *habitat* en las selvas que riegan el río Orinoco y sus afluentes, y las nefastas consecuencias que conllevan para la dignidad humana de los miembros de las mismas:

«En América como en Africa la codicia de los europeos ha producido idénticos males: ha excitado a los indígenas a hacerse la guerra para procurarse esclavos. En dondequiera el contacto de pueblos muy distantes entre sí, en cuanto al grado de su civilización, da lugar al abuso de la fuerza física y a la preponderancia intelectual. Los fenicios y los cartagineses buscaban antes esclavos en Europa. Hoy gravita a su turno

Europa tanto sobre los países donde recogió los primeros gérmenes de las ciencias como sobre donde los esparce sin quererlo casi, llevando allí los productos de su industria.

«Fielmente he expuesto cuanto he podido recoger acerca del estado de estos países, donde los pueblos vencidos se extinguen poco a poco, no dejando más señales de su existencia que algunas voces de su lengua mezcladas con la lengua de los pueblos vencedores»<sup>40</sup>.

Así, pues, HUMBOLDT expresa y hace constar su protesta testimonial como científico y humanista en torno al proceso de exterminio físico y de genocidio cultural en curso, tanto de los indígenas venezolanos como de todos los del continente americano, que para la fecha de su viaje llevaba ya trescientos años y que en los siguientes doscientos años condujo a la desaparición de numerosas etnias autóctonas del Nuevo Mundo.

En el mismo sentido, el 30 de abril, mientras la expedición científica remonta el río Atabapo, HUMBOLDT al contar la muy triste historia de una india guahiba a la cual un misionero, con la necesaria colaboración de otros indígenas, le arrebató a dos de sus hijos, y que después de una cruel e inútil lucha por recuperarlos, se dejó morir de inanición, escribe:

«No me agrada, en el relato de mis viajes, detenerme en la pintura de los infortunios individuales. Estos son frecuentes en todas partes en donde existen amos y

39 PERELMAN, Ch.; «Le raisonnable et le déraisonnable en droit» en *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, 1978; t. N°23, p. 42.

40 HUMBOLDT, A. de; *Op. cit.*; t.IV, pp.147-148.

esclavos, europeos civilizados que viven al lado de los pueblos embrutecidos, sacerdotes que ejercen la plenitud de un poder arbitrario sobre hombre ignorantes y sin defensa. Historiador de los países que he recorrido, me limito generalmente a indicar lo que las instituciones civiles y religiosas tienen de imperfecto o de funesto para la humanidad. Si me he detenido mas largo tiempo en la *Roca de la Guahiba*, es sólo para citar un ejemplo conmovedor del amor maternal en una raza de hombres tan largo tiempo calumniada; y porque me ha parecido útil publicar un hecho que he sabido por boca de los mismos religiosos de San Francisco y que prueba cómo requiere el régimen de esas misiones la vigilancia del legislador»<sup>41</sup>.

En la misión de San Antonio de Javita, a orillas del río Tuamini, a principio de mayo de 1800, HUMBOLDT hace una atinada observación: «Los hombres se evitan porque ellos no se entienden; se odian por lo mismo que se temen»<sup>42</sup>.

Y seguidamente añade unas consideraciones de antropología cultural comparada, que revelan una vez más su manifiesta adhesión a un cierto determinismo geográfico:

«En cuanto uno examina atentamente esta parte salvaje de la América, se cree transportado a esos primeros tiempos en que la tierra se

pobló pariente a pariente y se cree asistir al nacimiento de las sociedades humanas. En el antiguo mundo vemos la vida pastoral preparar a los pueblos cazadores para la vida agrícola. En el nuevo mundo buscamos en vano esos desarrollos progresivos de la civilización, esos momentos de reposo, esas estaciones en la vida de los pueblos. El exceso de vegetación dificulta a los indios sus cacerías; los ríos se parecen a los brazos de mar; la profundidad de las aguas durante meses enteros se opone a la pesca. La especie de rumiantes que constituye la riqueza de los pueblos del mundo antiguo, falta en el nuevo. El bisonte y el buey amizclero no han sido jamás domesticados.

La multiplicación de las Llamas y de los Guanacos, no ha contribuido al nacimiento de los hábitos de la vida pastoral. Bajo la zona templada, en las orillas del Missouri, como sobre la meseta de Nuevo México, el americano es cazador; pero bajo la zona tórrida, en las selvas de Guayana, él cultiva mañoco, banano y algunas veces maíz. Es tal la admirable fecundidad de la naturaleza, que el campo de los indígenas es apenas un pequeño rincón de tierra; desbrozar es prender fuego a la maleza, laborar es confiar al suelo algunos granos o estacas. Aun cuando uno vaya con el pensamiento hacia los

41 Ibidem; pp.166-167

42 Ibidem; p.188

siglos más remotos, siempre, en estas espesas selvas, podemos imaginar a estos pueblos obteniendo de la tierra la mayor parte de su alimentación; pero como esta tierra produce abundantemente sobre una pequeña extensión y casi sin ninguna labor, podemos representarnos también a estos pueblos cambiando frecuentemente de lugar a lo largo de una misma ribera. En efecto, aun hoy día, el indígena del Orinoco viaja con sus granos, transporta sus cultivos como el árabe muda su tienda y cambia de pasturaje. El número de plantas cultivadas que se encuentran en estado salvaje en medio de los bosques, es prueba de esas costumbres nómades en un pueblo agrícola. Es lamentable que estos hábitos hagan perder casi todas las ventajas que resultan, bajo la zona templada, de los cultivos estacionarios, como los de los cereales que exigen vastos terrenos y trabajos más constantes»<sup>43</sup>.

Luego, pasa a hacer un análisis de índole etno-religiosa, al exponer:

«Los pueblos del alto Orinoco, del Atabapo y del Inírida, tienen como los antiguos germanos y los persas el culto de las fuerzas de la naturaleza. Llamen al principio del bien *Cachimana* que es Manitou, el Gran Espíritu que rige las estaciones y favorece las

cosechas. Al lado de *Cachimana* está el mal principio *lolokiamo*, menos poderoso, mas astuto, y sobre todo, más activo. A los de la selva, cuando de tiempo en tiempo, visitan las misiones, les cuesta mucho trabajo conformarse a la idea de un templo o de una imagen. «Estas buenas gentes, decía el misionero, no quieren sino las procesiones aire libre...». «Vuestro Dios, me decían, se mantiene encerrado en una casa, como si estuviera viejo y enfermo; el nuestro está en la selva, en los campos, sobre las montañas de Sipapu que es de donde vienen las lluvias». En las tribus mas numerosas, y por eso mismo, menos bárbaras, se constituyen sociedades religiosas de un género muy curioso. Algunos indios ancianos pretenden estar más instruidos que los otros en lo que respecta a la divinidad; es a ellos a quienes se confía el famoso *botuto*,..., y que tocan bajo las palmeras con el fin de que aporte abundantes cosechas. En las riberas del Orinoco no existe otro ídolo, lo mismo que en los demás pueblos que se han mantenido fieles al primer culto de la naturaleza; pero el *botuto*, trompeta sagrada, se ha convertido en objeto de veneración. Para ser iniciado en los misterios del *botuto*, es preciso tener costumbres puras y ser soltero. Los iniciados se someten a flagelaciones, ayunos y otros

penosos ejercicios. De esas trompetas sagradas no existe sino un pequeño número. La más antigua y célebre es la que está colocada cerca de la confluencia del Tomo y el Guainía...No está permitido a las mujeres ver el instrumento maravilloso y por eso ellas son excluidas de todas las ceremonias del culto. Si una de ellas tiene la desgracia de ver la trompeta, es condenada a muerte, sin piedad...Si los pueblos de Guayana hubieran sido siempre los amos de este vasto país; si no hubieran sido para ellos una traba los establecimientos cristianos y hubieran podido seguir libremente el desarrollo de sus instituciones bárbaras, el culto del *botuto*, habría logrado, sin duda, cierta importancia política. Esta sociedad misteriosa de iniciados, estos guardianes de la trompeta sagrada, se habrían transformado en una casta de sacerdotes, y el oráculo del Tomo habría formado, poco a poco, un lazo entre los pueblos limítrofes. Es así como la comunidad del culto (*comunia sacra*), las ceremonias religiosas y los misterios, han acercado, pacificado y quizás civilizado a tantos pueblos del viejo continente»<sup>44</sup>.

## 5. LA INVESTIGACIÓN HISTÓRICA EN EL PRESENTE DE LOS PUEBLOS

El 12 de mayo a orillas del Casiquiare, HUMBOLDT nos presenta una muy

interesante reflexión: «El carácter y las costumbres de una nación expresan a la vez, como su idioma, el estado pretérito y el presente, sólo conociendo toda la historia de la civilización o del embrutecimiento de una horda, sólo siguiendo a las sociedades en su desarrollo progresivo y las diferentes etapas de su vida, podría llegarse a la solución de problemas que el mero conocimiento de los informes actuales no puede esclarecer»<sup>45</sup>.

O sea que, para decirlo con otras palabras, cualquier estudio antropológico o histórico debe hacerse tanto en forma diacrónica como sincrónica. Hay que investigar desde los más remotos antecedentes hasta las circunstancias y condiciones actuales, a fin de poder conocer adecuadamente la estructura de una sociedad o grupo social determinado y su historia.

Días después, el 24 de mayo, recorriendo el río Orinoco rumbo a Angostura (hoy Ciudad Bolívar), HUMBOLDT se refiere a «unas figuras toscas que representan el sol, la luna y unos animales, están trazadas sobre las piedras de granito más duras, y atestiguan la existencia anterior de un pueblo muy distinto de los que hemos llegado a conocer en las orillas del Orinoco...» Cualquiera, que sea el sentido de estas figuras y la finalidad para la cual han sido trazadas sobre el granito, no merecen menos el interés de quienes se ocupan en la historia filosófica de nuestra especie»<sup>46</sup>.

Y más adelante agrega:

«Yo no quiero afirmar que esas figuras prueben el conocimiento del uso del

44 Ibidem; pp.189-191

45 Ibidem; p.291

46 Ibidem; pp.401-403.

hierro, ni que ellas anuncien una cultura singularmente adelantada; pero, aún suponiendo que, lejos de ser simbólicas, sean el producto del ocio de los pueblos cazadores, ellas hacen siempre admitir la anterioridad de una raza de hombres muy diferentes de los que habitan hoy sobre las orillas del Orinoco y del Rupunuri. Cuanto más un país carece de recuerdos de las generaciones extinguidas, tanto más es importante seguir las mínimas huellas de lo que parece monumental. Las llanuras del Este de América septentrional, no ofrecen sino unas *c i r c u n v a l a c i o n e s* extraordinarias que recuerdan los campos fortificados (las pretendidas ciudades de una extensión inmensa) de los pueblos errantes, antiguos y modernos, de Asia. En las llanuras orientales de la América del Sur la fuerza de la vegetación, el ardor del clima y una naturaleza demasiado pródiga de sus dones, han opuesto los mas fuertes obstáculos a los progresos de la civilización humana. Entre el Orinoco y el Río de las Amazonas, no he oído nunca hablar de una muralla de tierra, de un resto de dique, de un *tumulus* sepulcral: solo las piedras nos enseñan, y sobre una gran extensión de terreno,

únicamente vemos unos signos toscos que, en tiempo desconocido, la mano del hombre ha trazado y que se enlazan con tradiciones religiosas. Cuando los habitantes de las dos Américas miren con menos desprecio el suelo que los alimenta, las huellas de los siglos anteriores se multiplicarán, ante nuestros ojos, cada día más. Una débil luz se derramará sobre la historia de los pueblos bárbaros, sobre esas piedras escarpadas que nos dicen que unas regiones, desiertas hoy, fueron antaño pobladas por una raza de hombres más activos y más inteligentes»<sup>47</sup>.

HUMBOLDT no se equivocó en cuanto a esta última predicción, pues, precisamente, las investigaciones arqueológicas realizadas a todo lo largo de América han permitido elaborar teorías científicamente fundadas que han proporcionado explicaciones plausibles sobre esas «piedras grabadas», para emplear sus propias palabras<sup>48</sup>, que tanto le intriguaron.

El 31 de mayo, HUMBOLDT se traslada a la orilla oriental del Orinoco, para visitar la caverna de Atarupe que, según relata, es la «tumba de toda una población extinguida, contamos en poco tiempo cerca de 600 esqueletos bien conservados... Cada esqueleto reposa en una especie de canasta hecha con unos pedículos de palmera...»<sup>49</sup>, y al darnos a conocer las reflexiones que le vinieron a la mente al salir, ya de noche, de esa caverna, lugar del último reposo de los integrantes de la desaparecida etnia de los Atures, escribe:

47 Ibidem; pp.407-408.

48 Ibidem; p.407 .

49 Ibidem; p.418

«Teníamos la imaginación impresionada por todo lo que habíamos visto. En un país donde se siente la tentación de mirar la sociedad humana como una institución nueva, cada cual se interesa más vivamente por los recuerdos del pasado. Estos recuerdos, es verdad, no remontaban muy lejos: pero en todo lo que es monumental, la antigüedad es una idea relativa, y nosotros confundimos fácilmente lo que es antiguo con lo que es oscuro y problemático. Los egipcios consideraban muy recientes los recuerdos históricos de los griegos. Si los chinos, o, como ellos prefieren llamarse a sí mismos, los habitantes del *Celeste Imperio*, hubieran podido comunicarse con los sacerdotes de Heliópolis, habrían sonreído por las pretensiones de antigüedad de los egipcios. Contrastes no menos fuertes se encuentran en el Norte de Europa y de Asia, en el Nuevo Mundo, por doquiera en donde el género humano no ha conservado una larga conciencia de sí mismo. Sobre la meseta de Anahuac, el acontecimiento histórico más antiguo, la migración de los Tolztecas, no remonta sino al 6° siglo de nuestra era. La introducción de un buen sistema de intercalación y la reforma del calendario, fundamentos indispensables para una cronología exacta, tuvieron lugar en 1091. Estas épocas, que parecen muy

cerca de nosotros, caen en unos tiempos fabulosos, si pensamos en la historia de nuestra especie entre las orillas del Orinoco y del río de las Amazonas. Vemos grabados allí, en unas piedras, unos signos simbólicos, sin que ninguna tradición nos dé luces acerca de su origen. En la parte cálida de la Guayana no podemos remontarnos sino al tiempo en que unos conquistadores castellanos y portugueses, y más tarde unos pacíficos monjes, han penetrado en medio de los pueblos bárbaros»<sup>50</sup>.

Observamos, pues, que nuestro autor considera acertadamente, que la medida del tiempo histórico o, más exactamente, que la cronología de los sucesos o acontecimientos fundamentales de la evolución histórica de cada pueblo o nación es contextual, o sea relativa, y que un hecho acaecido en un país determinado que es visto como muy remoto por los habitantes del mismo, según el calendario de otro no lo es.

Dejada Angostura e iniciado el viaje de regreso a Nueva Barcelona y Cumaná, a través de los llanos, HUMBOLDT, como resultado de una conversación con el cura de la Aldea de Cari, que el 13 de julio de 1800, le ha recibido en su casa, consigna una observación que, lamentablemente sigue teniendo actualidad: «Aquí, como en muchas partes de Europa, no creen a las ciencias dignas de ocupar el espíritu, sino en tanto que ellas ofrezcan a la sociedad alguna utilidad material»<sup>51</sup>.

Refiriéndose luego a la diversidad de etnias encontradas por los europeos, en el

50 Ibidem; pp.422-423

51 Ibidem; t.V, p.13

continente americano, durante los siglos XV-XVI, y los diferentes grados de desarrollo cultural en los que se hallaban, expresa:

«Cuando se tiende la vista sobre este enjambre de pueblos esparcidos en las dos Américas, al Este de la Cordillera de los Andes, nos detenemos de preferencia en aquellos que, habiendo dominado largo tiempo sobre sus vecinos, han jugado un papel importante sobre la escena del mundo. Es una necesidad del historiador agrupar los hechos, distinguir las masas, remontarse en fin a las fuentes comunes de tantas migraciones y de tantos movimientos populares. Grandes imperios, la organización regular de una jerarquía sacerdotal y la cultura que esta organización favorece en la primera edad de la sociedad no se encuentran sino en altas montañas del Oeste. Así vemos en México una vasta monarquía y pequeñas repúblicas enclavadas; en Cundinamarca y el Perú verdaderas teocracias...En el antiguo mundo, el flujo de los pueblos ha sido del Este al Oeste;...En el Nuevo Mundo, migraciones similares han estado dirigidas del Norte al Sur. En las naciones que habitan los dos hemisferios, la dirección del movimiento ha seguido la de las montañas; pero, en la zona tórrida, las mesetas templadas de las Cordilleras han ejercido mayor influencia sobre el destino del

género humano que las montañas de Asia y de la Europa Central. Ahora como sólo los pueblos civilizados tienen, hablando propiamente, una historia, resulta que la historia de los americanos no es sino la de un pequeño número de pueblos montañoses. Una noche profunda envuelve el inmenso país que se prolonga de la pendiente oriental de las cordilleras hacia el Atlántico; y, por eso mismo, todo lo que tiene conexión en este país con la preponderancia de una nación sobre las otras, con las migraciones lejanas, con los rasgos fisonómicos que anuncian una raza extraña, excita vivamente nuestro interés».

«...Al Oeste, sobre la Cordillera de los Andes, nada parece ligar la historia de México a la de Cundinamarca y el Perú; pero en las llanuras del Este, una nación belicosa, largo tiempo dominadora, ofrece, en sus rasgos y en su constitución física, los aspectos de un origen extranjero. Los caribes conservan tradiciones que parecen indicar comunicaciones antiguas entre las dos Américas. Tal fenómeno merece atención particular; la merece, cualquiera que sea el grado de embrutecimiento y de barbarie que los europeos hayan encontrado, a fines del siglo quince, en todos los pueblos no montañoses del Nuevo Continente...

«La bella nación de los Caribes no habita hoy sino una pequeña parte de los países que ocupaba cuando el descubrimiento de América»<sup>52</sup>.

Ahora bien, aunque no compartimos el empleo de algunos términos utilizados por HUMBOLDT, tanto en los párrafos que inmediatamente anteceden, como en otros textos transcritos en páginas anteriores, términos que por lo demás estaban en boga en su época, pero que hoy son rechazados por los antropólogos e historiadores, consideramos sus planteamientos, en general, bastantes acertados.

Después de varios días de camino HUMBOLDT y BONPLAND llegan el 23 de julio de 1800 a Nueva Barcelona y, posteriormente, se trasladan por vía marítima a Cumaná, en la que desembarcan, por segunda vez, el 28 de agosto.

Y después de una permanencia de más de dos meses y medio, los dos insignes viajeros aprovechando la presencia de «un buque americano que cargaba carnes saladas en Nueva Barcelona para llevarlas a la Isla de Cuba»<sup>53</sup>, deciden embarcarse:

«Nos separamos de nuestros amigos de Cumaná, el 16 de noviembre para realizar por la tercera vez el trayecto desde la desembocadura del Golfo de Cariaco hasta Nueva Barcelona. La noche era fresca y deliciosa. Y no fue sin emoción que vimos por última vez el disco de la luna iluminar la copa de los cocoteros que rodean las riberas del

Manzanares. Por largo tiempo nuestros ojos quedaron fijos sobre esta costa blanquecina donde no habíamos tenido que quejarnos de los hombres sino una sola vez. La brisa era tan fuerte que en menos de seis horas fondeamos cerca del Morro de Nueva Barcelona. El buque que debía conducirnos a La Habana, estaba liso para izar las velas»<sup>54</sup>.

## 6. LA HERENCIA Y LA NUEVA REALIDAD DEL ESTADO SOBERANO E INDEPENDIENTE

Ahora bien, en el último capítulo de su vasta y relevantemente significativa obra, HUMBOLDT presenta una especie de informe o «cuadro comparativo de la población, de la agricultura y del comercio de todas las colonias españolas»<sup>55</sup>, antes de las guerras que acompañaron al proceso emancipador de éstas de la metrópoli.

Empero, previo a la exposición del referido informe, procede a hacer algunas consideraciones muy atinadas sobre la posible evolución de las naciones que, recientemente independizadas, tanto en América del Norte como del Sur, se han convertido en Estados soberanos, dueños de sus respectivos destinos.

HUMBOLDT escribe:

«Hoy, la parte continental del Nuevo Mundo se encuentra como compartida entre tres pueblos de origen europeo: uno, y el más poderoso, es de raza germánica; los otros dos pertenecen, por su lengua, su

52 *Ibidem*; pp.15-18.

53 *Ibidem*; p.79.

54 *Ibidem*; p.80.

55 *Ibidem*; p. 81.

literatura y sus costumbres, a la Europa latina. Las naciones del Viejo Mundo que avanzan más hacia el Oeste, -la península Ibérica y, las Islas Británicas-, son las que han ocupado con sus colonias la más grande extensión; pero cuatro mil leguas de costa habitadas por los descendientes de españoles y portugueses demuestran la superioridad que en los siglos XV y XVI habían adquirido los pueblos peninsulares por sus expediciones marítimas, sobre el resto de los pueblos navegantes. Se puede decir que sus respectivas lenguas expandidas desde California hasta el Río de la Plata, sobre el dorso de las Cordilleras como en las selvas del Amazonas, son monumentos de gloria nacional que sobrevivirán a todas las revoluciones políticas.

«...Todos los amigos de la humanidad hacen votos por el desarrollo de una civilización que, después de tantos furores y de tanta sangre, avanza en una forma inesperada... Resulta pues, que si en las investigaciones de economía política, nos acostumbramos a no contemplar sino masas, no podríamos desconocer que el continente americano está compartido, propiamente hablando, por tres grandes naciones de raza inglesa, española y portuguesa. La primera de estas tres naciones, la anglo-americana, es también después de los

ingleses de Europa, la que cubre con su pabellón la mayor extensión marítima. Sin colonias lejanas, su comercio ha llegado a un crecimiento que no ha podido ser alcanzado por otro pueblo del antiguo mundo, a no ser el que ha comunicado a la América del Norte su lengua, el brillo de su literatura, su amor por el trabajo, su inclinación por la libertad y una parte de sus instituciones civiles»<sup>56</sup> .

Nos parece evidente que HUMBOLDT describió con innegable exactitud la situación política, económica, social, geográfica, etc. de los nuevos Estados americanos y previó con acierto su desarrollo histórico-social, señalando el rol preponderante y hegemónico que ejercerían -y todavía ejercen- los Estados Unidos, tanto en el continente americano como en el mundo.

Luego, pertinentemente y con igual visión de futuro expone:

«El embrutecimiento de los pueblos es efecto de la opresión que ejercen o el despotismo interior o el conquistador extranjero. Va siempre acompañado de un empobrecimiento progresivo, de una disminución de la fortuna pública. Instituciones libres y fuertes adaptadas a los intereses de todos, alejan estos peligros; y la civilización creciente del mundo, y la competencia del trabajo y la de los intercambios no arruinan los estados cuyo bienestar se desprende de fuentes naturales...Veremos

muy pronto pueblos independientes, regidos por formas de gobierno muy diversas, pero unidos por el recuerdo de un origen común, y por la uniformidad de la lengua y las necesidades que hace nacer siempre la civilización, habitar las dos costas del Océano Atlántico. Se podrá decir que los inmensos progresos que ha hecho el arte de navegar, han estrechado las cuencas de los mares. Ya el Océano Atlántico se presenta a nuestros ojos bajo la forma de un canal estrecho que no aleja del Nuevo Mundo los países comerciantes de Europa, más de lo que en la infancia de la navegación la cuenca del Mediterráneo alejó a los griegos del Peloponeso de los de Jonia, de Sicilia y de Cyrenaica»<sup>57</sup>.

Ahora bien, hoy en día, lo antes transcrito tiene aún más importancia, dado que vivimos en un mundo globalizado en el que los más de cien Estados que lo integran, a pesar de sus diferentes niveles de desarrollo político, jurídico, económico, social y cultural, son profundamente interdependientes, quiéralo o no sus gobernantes y/o sus pueblos.

Sin haber cumplido los treinta años, Alexander von HUMBOLDT, junto con su inseparable amigo y colaborador científico Aimé BONPLAND, aún más joven, pisó tierra venezolana y durante diez y seis meses recorrió buena parte del inmenso territorio de la que era para entonces la Capitanía General de Venezuela. El mismo HUMBOLDT resume su ingente labor diciendo que ha

«descrito...las vastas provincias de Venezuela y de la Guayana española. Examinado sus límites naturales, su clima y su producciones, he discutido la influencia que ejerce la configuración del terreno sobre la agricultura, el comercio y el progreso más o menos lento de la sociedad. He recorrido sucesivamente las tres zonas que se siguen de Norte a Sur desde el mediterráneo de las Antillas hasta selvas del Alto Orinoco y del Amazonas. A la banda fértil del litoral, centro de la riqueza agrícola, suceden las estepas habitadas por pueblos pastores. Estas estepas a su vez están rodeadas por la región de la selva cuyos habitantes disfrutaban no diré de libertad (que es siempre producto de la civilización) pero sí de una salvaje independencia. El límite de las dos últimas zonas es actualmente el teatro de esta guerra que va a decidir acerca de la independencia y de la prosperidad de América. Los cambios que se preparan no podrán borrar de ninguna manera el carácter individual de cada región; sin embargo, las costumbres y el estado de los habitantes van a tomar un tinte más uniforme. Esta consideración añade tal vez interés a un viaje hecho en los comienzos de siglo XIX. Es grato ver pintados en un mismo cuadro, los pueblos civilizados del litoral y ese

57 Ibidem; pp.85-86

débil resto de los indígenas del Orinoco, los cuales no conocen mas culto que el de las fuerzas de la naturaleza y que semejantes a los germanos de Tácito *deorum nominibus appellant secretum illud, quod sola reverentia vident*»<sup>58</sup>.

Así, pues, en el transcurso de su expedición, HUMBOLDT logró adquirir un cabal conocimiento tanto de las exuberantes flora y fauna, como de la geografía física, de la población en su compleja composición étnica y distribución territorial, y de la organización político-jurídica y económico-social de la referida entidad política que, justamente gracias a los resultados de sus investigaciones científicas recogidos en la obra que hemos detenidamente examinado, dejó de ser un país en su mayor parte ignoto y pasó a ser conocido como un vasto territorio pleno de recursos naturales y habitado por hospitalarios seres humanos.

## RESULTADOS

Al leer la obra analizada en este trabajo se verifica que, indudablemente, HUMBOLDT fue un sabio por antonomasia, pues, en él se conjugaron la doble condición de hombre de ciencia y de filósofo, que como tal hizo un extraordinario y exitoso esfuerzo por superar sus prejuicios y las barreras culturales que hubieran podido impedirle alcanzar el amplio conocimiento y la suficiente comprensión que tuvo de una

sociedad plurirracial y de numerosas etnias indígenas que hablaban diversas lenguas y dialectos, los cuales, por lo demás, estudió exhaustivamente<sup>59</sup>.

Como parte de ese esfuerzo logra aprender, en poco tiempo el español, lo que le permite comunicarse y entablar relaciones sumamente cordiales con las personas de las más diversas condiciones económicas y sociales. Es así como el 3 de febrero de 1800, le informa desde Caracas al barón de Forell: «Hablamos ya el español tan corrientemente que no tropezamos con dificultad para seguir una conversación de algunas horas. Admiro en los habitantes de estos alejados países la lealtad, la sencillez de carácter, esa mezcla de austeridad y de probidad con que en todo tiempo se ha señalado la nación española. Si las luces se han divulgado poco, aún menos lo ha sido la inmoralidad. A cuarenta leguas de la costa, en los cerros de Guanaguana, hemos llegado a ciertas viviendas cuyos dueños ignoraban hasta la existencia de mi patria. ¿Cómo pintáros la conmovedora hospitalidad con que se nos ha tratado?. A los cuatro días se despide uno como si toda la vida la hubiese pasado en comunidad!. Mientras más vivo en las colonias españolas, más me gustan. Al volver a Europa me costará trabajo desespañolizarme»<sup>60</sup>.

Es más, la «memoria» que le envía a don Manuel de Guevara Vasconcelos, Capitán General de Venezuela, fechada en Nueva Barcelona, el 20 de agosto de 1800, la redacta, en lo que llama, su «prusiano castellano»<sup>61</sup>.

58 Ibidem; t.IV,p.593

59 Cf. Ibidem; t.II,p.p 178-199 y 377-381

60 Ibidem; pp 444-445.

61 Ibidem; t.V, p. 257.

## CONCLUSIONES

A pesar de los más de dos siglos transcurridos desde la realización de la expedición científica de HUMBOLDT y BONPLAND, a través del territorio venezolano, las observaciones y opiniones expresadas por el primero, tal como se lo puede comprobar en los textos anteriormente transcritos en el desarrollo del presente trabajo, constituyen un significativo aporte para un adecuado conocimiento y comprensión de nuestra historia y, por ende, un instrumento de importancia primordial a la hora de buscar establecer la organización político-jurídica y económico-social que mejor se adapte a nuestra realidad existencial como nación, en un mundo en el que los Estados y las naciones que lo integran son cada vez más interdependientes y sus relaciones internacionales harto complejas.

El paso de la conquista a la independencia marca pero no define el futuro de un pueblo. La imposición del derecho de otras latitudes y que no obedece a sus realidades paulatinamente deben ajustarse a las tragedias, propósitos y fines de cada pueblo, eso es lo que permite la independencia. Las dificultades sociales persisten a pesar del transcurso del tiempo porque el proceso de determinación del querer de las mayorías y las minorías aún no encuentra un punto de definitividad que no sacrifique alguno de estos extremos.

## REFERENCIAS

RÖHL, Eduardo; «*Alejandro de Humboldt*», trabajo que aparece como prólogo a la obra *Viaje a las Regiones Equinocciales del Nuevo Continente, hecho en 1799, 1800, 1801, 1802, 1803 y 1804, por A. de*

*Humboldt y A. Bonpland*. Redactado por Alejandro de HUMBOLDT. Trad. del francés por Lisandro Alvarado. Caracas, Biblioteca Venezolana de Cultura-Ediciones del Ministerio de Educación Nacional, 1941, t. I, pp. XV-XVIII.

OTS CAPDEQUI, José María; *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propiamente Indiano*. Buenos Aires, Losada, 1945.

ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael; *Manual de Investigación de la Historia del Derecho Indiano*. México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1948.

GARCIA GALLO, Alfonso; *Estudio e Índice del Cedulaario Indiano*. Recopilado por Diego de ENCINAS, Oficial Mayor de la Escribanía de Cámara del Consejo Supremo y Real de las Indias. Reproducción facsímil de la edición única de 1596. Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1945; Libro Primero.

SAINT EXUPERY, Antoine de; *Le Petit Prince*. New York, Harbrace Paperbound Library, s. / f.

PERELMAN, Ch.; «Le raisonnable et le déraisonnable en droit» en *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, 1978; t. N°23.



**SISTEMA JURÍDICO  
COLOMBIANO,  
ORDENAMIENTO LEGAL  
Y ORDEN JURÍDICO  
PREVALENTE \***

*Colombian juridical system, legal order and prevalent juridical  
order*

*Recibido: 2 de agosto del 2012  
Revisado: 15 de octubre del 2013  
Aceptado: 20 de enero del 2013*

*Jennifer Patricia Santos Ibarra\*\**

**RESUMEN:**

La preocupación desde la academia por la formación de un abogado competente para desenvolverse en un sistema de derecho predilecto al cambio nos lleva de manera apremiante a analizar ¿Cuál es el sistema jurídico que está operando en Colombia?, para luego de ello estudiar si los procesos de enseñanza-aprendizaje en el aula de clase apuntan al fortalecimiento de las competencias ideales para el abogado actual. La anterior situación nos permite analizar en este escrito, la incidencia del ordenamiento jurídico, la aplicación prevalente del orden legal de acuerdo a la jerarquización y vigencia de las normas que lo integran y la creación del derecho producido por la Corte Constitucional como órgano interpretativo de la norma superior en la resolución de casos concretos.

**PALABRAS CLAVE:**

Sistema jurídico, ordenamiento legal, orden jurídico, positivismo y precedente constitucional.

**ABSTRACT:**

The concern from the academy for the training of a competent attorney to deal with a system of choice right leads change so urgent to discuss, What is legal system that is operating in Colombia? The it consider wheter the processes teaching - learning in the classroom aimed at strengthening the skills ideal for current lawyer. The above situation allows us to analyze in this paper, the impact of the legal system, law and orden prevalent application according to the ranking and relevance of standards that make it up and the creation of laws produced by the Constitutional Court as the interpretative body of the higher standard in resolving cases.

\* Artículo inédito. Esta investigación se realizó dentro del Grupo de Investigación en Derecho Comparado Fronterizo en la línea de investigación sobre formación, proyección y perspectivas del profesional del derecho de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta.

\*\* Especializando en Contratación Estatal en la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Abogada de la Universidad Simón Bolívar Extensión Cúcuta. Sustanciador Nominado del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cúcuta. Correo electrónico: jennifersantos\_01@hotmail.com.

**KEY WORDS:**

Juridical system, legal order, juridical order, positivism and constitutional precedent.

*«Un sistema jurídico existe si, y sólo si, éste alcanza un cierto mínimo de eficacia»*

**Joseph Raz**

## INTRODUCCIÓN

El trabajo investigativo realizado se enfocó en el estudio de las diferentes posturas doctrinales que presentan argumentos válidos que justifican las concepciones sobre los sistemas jurídicos y de los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana en sus diferentes providencias de cierre, donde se plasma el criterio adoptado por esta en relación a la actual estructura jurídica patria. Es preciso resaltar también, que se estudiaron los aportes de académicos e investigativos realizados por doctrinantes del derecho de diferentes latitudes, para concluir mostrando la clara diferencia que hoy aplica entre el sistema, el ordenamiento y el orden prevalente.

En el desarrollo de este texto se estudió; 1) cuál es el sistema jurídico actual; 2) el ordenamiento jurídico adoptado y, 3) el orden jurídico prevalente en Colombia, lo cual permitió identificar la nueva tendencia y actual sistema jurídico imperante en nuestro estado colombiano vislumbrándose un sistema noerrománico, teoría aceptada por la Corte Constitucional, propio de la aplicación de un concepto de derecho contemporáneo, conjugándose así un sistema Romano-Germánico, caracterizado por la implementación del positivismo jurídico y la jurisprudencia, actividad necesaria dada la realidad actual de existencia de vacíos en la ley; también se identifica la función del Estado Social de Derecho en la transformación de nuestro sistema; el anterior análisis nos permite esclarecer la importancia del ordenamiento jurídico y su caracterización en el sistema; por último se clarifica el orden jurídico prevalente en Colombia de acuerdo a la jerarquización y vigencia del conjunto de normas que lo

integran para la resolución de casos en concreto.

Comprender la estructura jurídica Colombina no solo requiere de su conceptualización, sino además, del estudio epistemológico del sistema jurídico; partiendo del origen del derecho Continental del «*Civil Law*» con tendencia eminentemente positivista y fundamentada en el derecho romano; pasando por el estudio de los sistemas contemporáneos como el derecho Romano-Germánico que describe (David & Jauffret-Spinozi, 2010) «como descendientes del derecho romano cuya evolución perfeccionaron. No se trata de una simple réplica ya que muchos de sus elementos provienen de fuentes ajenas al sistema de derecho romano»<sup>1</sup> y la ineludible integración con la nueva concepción del Estado Social de Derecho, eje fundamental para la constitución de lo que es hoy en día el sistema jurídico colombiano.

Otras corrientes (Castán Tobeñas, 1957) mencionan que, «al lado del derecho romano han contribuido otros distintos elementos históricos, como pueden ser elementos ibéricos, el derecho anónico, el derecho natural, el derecho germánico, etcétera»<sup>2</sup>; panorama que obliga al estudiante, profesor y profesional del derecho a estudiar, para lograr posesionarse en forma adecuada en el contexto legal, que debe tomar para formarse como abogado y desempeñarse posteriormente como un profesional competente.

Del análisis de las diferentes corrientes, se determina formalmente la transcendencia que tiene la integración en el sistema colombiano la postura del «*Civil Law*» con el precedente constitucional, concebido dentro del paradigma del

1 Ibidem.

2 Ibidem.

«*Common Law*» que al decir de doctrina colombiana (Tarazona Navas, 2007), «es de derecho legislado, pero con sistema de precedente judicial derivado, adscrito o complemento de él»<sup>3</sup>.

El estudio realizado no se limita a la comprensión simple del sistema jurídico colombiano; este abarca el análisis de la concepción de ordenamiento jurídico desde la perspectiva de la teoría pura del derecho (Kelsen, 1958) hasta la concepción del derecho contemporáneo planteada por un insigne jurista italiano (Romano, 1963).

Es la Corte con su Doctrina Constitucional, la que determina el orden jurídico prevalente, partiendo de la jerarquía de las normas que se aplican en un momento determinado y en un caso concreto y de la validez e invalidez de las mismas dentro del orden jurídico, generando de esta manera el precedente constitucional obligatorio que viene a formar parte del orden legal.

### PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Durante varios años el mundo occidental ha venido desarrollando diferentes posturas que han contribuido al establecimiento de sistemas jurídicos que operan en cada núcleo social según su cultura, escuelas o corrientes, ellas necesariamente deben ser estudiadas para la ubicación correcta del discente en el proceso de formación profesional de abogado.

Frente a lo enunicado anteriormente resulta necesario esclarecer, en primera medida ¿cuál es el Sistema Jurídico que opera en Colombia?, sin dejar de lado el Ordenamiento adoptado y el Orden Jurídico prevalente.

### METODOLOGÍA

El presente artículo es el producto del trabajo de investigación realizado mediante el tipo de investigación documental pues como menciona (Suárez, 2007) es «aquella búsqueda o indagación que se basa en la localización, registro, recuperación, análisis e interpretación de fuentes bibliográficas, hemerográficas, así como fuentes de carácter primario o inédito»

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, fichaje, bibliográficas, citas y notas de referencia bibliográfica.

Lo anterior a fin de construir el presente escrito como un aporte al marco teórico del proyecto de investigación denominado «Los procesos de formación profesional del abogado frente a la estructura jurídica colombiana. Caso de estudio: Universidad Simón Bolívar extensión Cúcuta», describiendo el actual sistema jurídico imperante en nuestro Estado, partiendo de los paradigmas establecidos por la corriente neo-románico de tendencia positivista, el romano-germánico que se fundamenta en el precedente jurisprudencial y la dirección adoptada por la Corte Constitucional con el establecimiento del Estado Social de Derecho.

## 1. DISCUSIÓN

La tradición colombiana desde la Constitución del año 1886 arraigaba nuestro sistema jurídico en los parámetros que describe el tradicional sistema del *civil law*, la evolución del derecho constitucional, la globalización e intercambio de conceptos como dignidad humana y prevalencia de los Derechos Humanos integrados y reflejados en la redacción de la Carta Política de 1991, necesariamente conllevan a que esa tradición de sistema jurídico se adapte a las necesidades y tendencias actuales, al respecto (Taruffo, 2006) menciona que «la cultura jurídica puede y debe volverse menos cerrada y sistemática, más variada y sujeta a evolución, centrada en muchos puntos de referencia cultural colocados en varios lugares del mundo en vez de en la tradición consolidada y autárquica de un solo país».

Este análisis apunta a que las facultades de Derecho diseñen planes de estudio que garanticen una formación integral y adecuada partiendo del perfil profesional que exige nuestra realidad social y bajo el contexto del sistema jurídico real. Respetada doctrina colombiana (Tarazona Navas, Enseñar el derecho que es. Una propuesta para las facultades de derecho, 2008) con toda prioridad afirma que «de la Constitución brota la nueva enseñanza del derecho. El derecho que es y que hace parte del sistema jurídico con el cual debe hacerse la conciencia política y cultural para el cambio social al cual nos hemos referido, debe enseñarse mediante el conocimiento y educación a la luz de los derechos humanos...».

Los sistemas tradicionales refiriéndonos al anglosajón y continental en su desarrollo conceptual, a través de la

historia, han mostrado repelerse entre sí, la oralidad y la escritura como características clave de un «sistema puro» respetivamente, han generado un continuo choque que conlleva a la escogencia entre uno u otro sistema, la verdad, aunque elidida por razones de prejuicios, muestra que estos dos sistemas no distan entre sí. Lo que se quiere decir es que resulta esencialmente inaceptable una equivalencia «*common law* = *oralidad*», así como es también inaceptable la equivalencia «*civil law* = *escritura*», ante la amplia presencia de la escritura en el *common law* y del ancho espacio que a la oralidad se reserva en varios procesos de *civil law*.<sup>4</sup>

Lo anterior nos lleva a lograr determinar la prevalencia del ordenamiento jurídico en la solución de las realidades representadas en casos concretos porque es a través del ejercicio de aplicación de la Ley o las otras fuentes formales del derecho que logramos vislumbrar la operacionalización del sistema jurídico y las características que reflejan una nueva concepción que se ajusta a las teorías modernas, en palabras de un celebre pensamiento ibérico (Otto y Pardo, 1988) a pesar de la diversidad de fuentes es posible seguir hablando de un ordenamiento porque las normas de que esas fuentes producen guardan entre sí las relaciones de orden que vienen establecidas por las normas sobre normas o fuentes. Un sistema jurídico complejo presupone unas reglas, por simples que sean, que al mismo tiempo que fundamentan la pluralidad misma la articulan asignando a cada fuente una determinada posición en el conjunto.<sup>5</sup>

Mediante el sistema de las reglas de aplicación viene a establecerse un orden de prelación, en el que un derecho resulta

4 Taruffo, Michelle. «Sobre las fronteras... Op. cit.,

5 Otto y Pardo. «Derecho Constitucional... Op. cit., p. 87.

de aplicación preferente y otro de aplicación supletoria, permitiendo, por ejemplo, la coexistencia del derecho romano con el real o del derecho escrito con el consuetudinario<sup>6</sup>.

## 2. EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO. UN ENFOQUE CONTEMPORÁNEO DE SISTEMA NEO-ROMÁNICO O ROMANO-GERMÁNICO

La dignidad del ser humano toma mayor relevancia si miramos la protección real y efectiva de los Derechos Fundamentales frente a la nueva concepción socio-jurídica del «Estado Social de Derecho» que plasma la Constitución política colombiana de 1991. Cuando la carta fundamental consigna al término «social» hace referencia a la realización material de los principios de dignidad humana e igualdad de oportunidades para todos los miembros de la nación, pues la justificación primordial para la configuración ideal de dicha institución es la prioridad dentro del ordenamiento jurídico del ser humano como especie.

Refiriéndose al tema el profesor Tarazona Navas explica que «en efecto, nació un nuevo o una nueva modalidad de Estado porque el Estado de Derecho que tenemos está sujeto junto con sus tres poderes públicos al sistema jurídico colombiano y dentro de él a la Constitución que tiene supremacía como también al precedente constitucional cuya supremacía se deriva de la obligatoriedad»<sup>7</sup>. Lo anterior conlleva a que cualquier norma contraria a las disposiciones constitucionales puede ser inaplicada como una garantía a los derechos fundamentales de los administrados.

La Corte Constitucional Colombiana refiriéndose al significado del Estado Social de Derecho señala que «la Constitución de 1991 declara que Colombia es un Estado de Derecho y Social, que deriva su legitimidad de la democracia (C.P., art. 1). Estos tres calificativos del Estado colombiano definen de manera esencial su naturaleza. La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regido por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución (C.P., art. 4), lo cual implica que todavía la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces del estado constitucional de derecho» (Sentencia de Unificación 747, 1998).

Siendo Colombia un Estado constitucional protector de los derechos de las personas y siendo la Corte Constitucional el ente encargado de «la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» (Constitución Política de Colombia, 1991)<sup>8</sup> y, por excelencia su principal intérprete, es preciso inferir que las decisiones manifiestas en sus providencias cobran un especial significado en el esquema de derecho actual para la solución de los problemas jurídicos sociales. «El Estado Social de Derecho buscar realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional» (Sentencia de Constitucionalidad 1064, 2001).

El establecimiento del Estado Social de Derecho ha sido el punto de partida para la transformación de nuestro sistema continental en lo que hoy se puede apreciar como un sistema neorromántico o romano-

6 Ibidem.

7 Tarazona Navas, Julio Alberto. «El imperio de la constitución... Op. cit., p. 9.

8 Artículo 241. Funciones de la Corte Constitucional.

germánico, que generó en la Corte en su función interpretativa la siguiente postura: «es claro que el paso dado por la constituyente de 1991, aleja aún más al ordenamiento jurídico colombiano, y ahora si de un modo inocultable y considerable, de la noción marcadamente individualista (aunque con innegables atenuantes), contenida en el artículo 669 del Código Civil, particularmente enfatizada por el adverbio arbitrariamente, así se hagan imposibles intentos hermenéuticos para restarle fuerza a esa palabra» (Sentencia de Constitucionalidad 595, 1999).

El análisis de esta nueva concepción de Estado nos permite tomarlo como fundamento para integrar el sistema tradicional del «*Civil Law*» que imperaba en nuestro país, con la postura derivada del «*Common Law*» las sentencias judiciales (precedentes) que se encargan de la solución de problemas sociales que no se encuentran reguladas por el conjunto de normas escritas.

El sistema normativo o positivista tradicional derivado del derecho romano en Colombia bajo el cual se formaron los profesionales del derecho antes de la consagración de la disposición de Estado Social de Derecho en la Constitución del año 1991, parte de la base de la norma escrita emanada de los entes legislativo y ejecutivo; como fuente esencial para la solución de conflictos, ordenamiento que genera la exegesis como la particular manera de interpretar la Ley, siendo aplicada directamente por el Juez.

Con un criterio opuesto al anterior, aparece la escuela de *derecho anglosajón* o «*Common Law*», cuya fuente es la costumbre como una forma especial de comportamiento social, que viene a ser regulado a través del derecho de los jueces,

dando nacimiento a la jurisprudencia como fuente de derecho.

En este mismo sentido el profesor Tarazona señala:

«...en Colombia tenemos un sistema jurídico que corresponde al tradicional sistema de fuentes formales romanista y positivista de normas jurídicas legales y un sistema de normas jurídicas jurisprudenciales. No hay un cambio en las fuentes formales del derecho, pues solo adquirieron bases constitucional tradicionales principios que antes solo tenían piso legal, es decir, en mi concepto las fuentes formales del derecho fueron puestas a tono con la Constitución Nacional como su hilo conductor que es, pues son los cauces a través de los cuales se expresa el derecho. La jurisprudencia sigue siendo criterio auxiliar, mas no así la doctrina constitucional con fuerza vinculante en cuanto a la *ratio decidendi*, pudiéndose apartar en los casos específicos reglados por la Corte Constitucional en la sentencia C-836-2001, para permitir la evolución del derecho. Luego, el cambio no es con relación a las fuentes formales del derecho, sino respecto a la modalidad de Estado, cambio al cual se resisten las Facultades de Derecho, estudiantes, jueces, y abogados litigantes»<sup>9</sup>.

9 Tarazona Navas, Julio Alberto. «*El imperio de la constitución...* Op. cit., p. 194-195.

Para describir el concepto del derecho moderno (López Ayllón, 1997), refiriéndose a los planteamientos expuestos por Harol Berman y Norbert Rouland expresa:

«la referencia al derecho moderno supone dar cuenta de la dimensión normativa específicamente jurídica del mundo secularizado, propia de la civilización occidental. Ello incluye además de la racionalización, el reconocimiento de individuos a los que otorga «derechos» (humanos y políticos) en espacios sociales y temporales determinados (el Estado-nacional), y que permite la organización bajo reglas determinadas. Todo lo anterior se desenvuelve dentro de las condiciones de alta modernidad que suponen una modificación significativa en las condiciones tradicionales de operación del derecho».<sup>10</sup>

Una crítica a los que definen la tesis que el Derecho está formado por un conjunto de normas, afirma que «el Derecho es un ente superior resultante de la abstracción y unificación de las conciencias individuales de los miembros de la sociedad, por lo que el Derecho no está integrado solo por normas, sino por otros elementos, entre los cuales se encuentra la propia sociedad».<sup>11</sup>

En este estado, y frente a la vigencia de la nueva concepción del Estado Social

de Derecho, se hace imperioso preguntarnos ¿Cuál es el sistema jurídico actual en Colombia?

Las teorías modernas encuadran hoy nuestro sistema en la familia de derecho *romano-germánico*. En la actualidad, la familia de derecho romano-germánico se encuentra diseminada en el mundo entero; rebasó con generosidad las fronteras del antiguo Imperio romano y conquistó entre otros los países de toda América Latina, de gran parte de África, los países del Cercano Oriente, Japón e Indonesia<sup>12</sup>.

Así mismo (David & Jauffret-Spinoi, 2010) aluden a la Escuela de Derecho Natural y a la Doctrina Judicial como los puntos que permitieron consagrar lo que es hoy en día la familia romano-germánica (Ramírez, 2001) tomando la concepción contemporánea de Derecho Natural la cual revela que:

«La objetividad y la fundamentación del derecho se garantizan por su estar dependiendo de los bienes básicos- y de las exigencias de la razón práctica. Además en general la realidad misma de los sistemas jurídicos, su particularidad y especificidad histórica, solo puede ser captada como productos de la razón práctica de comunidades concretas (no se trata de dar una definición universalista del derecho y después imponerla a cada realidad histórica, para decidir si era o no *jurídica*).»<sup>13</sup>

10 López Ayllón, Sergio. «Las transformaciones... Op. cit., p. 21-22.

11 Romano, Santi. «El ordenamiento jurídico... Op. cit., p. 202-203.

12 David & Jauffret-Spinoi. «Los grandes sistemas... Op. cit., p. 21.

13 Ramírez, Vicente Jaime. «Versiones contemporáneas... Op. cit., p. 137.

Respecto de la familia romano-germánica (David & Jauffret-Spinozi, 2010) mencionan a la Ley como la aparente fuente actual y primordial del derecho, en este sentido infiere entonces que «La tarea de los juristas se asemejaría esencialmente a la de descubrir mediante varios procedimientos de interpretación, la solución que en cada caso concreto corresponde a la voluntad del legislador: *Jurisconsulta sine lege loquens erubescit* se decía Antaño en Alemania. En este sentido las fuentes de derecho distintas a la ley parecen ocupar un lugar subordinado y de importancia menor en comparación con la fuente de derecho por excelencia que es la ley»<sup>14</sup> Advierte además, «En la teoría misma, se admite cada vez más abiertamente que la soberanía absoluta de la ley es, en los países de la familia romano-germánica, una ficción; paralelamente a la ley, hay otras fuentes de derecho igualmente importantes»<sup>15</sup>. Durante la relación que hace estos autores de los aspectos que en su evolución histórica influyeron en la constitución de los que es hoy la familia romano-germánica se identifica al derecho natural y el derecho consuetudinario como agentes transformadores del pensamiento y tradición positivista en el derecho europeo.

En Colombia existiendo un fuerte arraigo a una cultura de derecho continental, con la sentencia T-123 de 1995 se marca el giro hacia la concepción moderna de sistema jurídico neorrománico:

«Si bien solo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Sentencia de

Constitucionalidad 038, 1995), es importante considerar que a través de la jurisprudencia, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por la altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (C.P. art. 13)» (Sentencia de Tutela 123, 1995).

En palabras del mentado profesor Tarazona Navas «Esta sentencia propone un mecanismo concreto de disciplina jurisprudencial para Colombia»<sup>16</sup>, donde «existe el sistema de fuentes neorromanistas pero de acuerdo con precedente obligatorio en consonancia con el Estado constitucional y social de derecho.»<sup>17</sup> En lo atinente, David & Jauffret-Spinozi señalan en relación a los sistemas neorrománico y de *common law* lo siguiente:

«En ambos impera una misma concepción del derecho, relacionada con la búsqueda de la justicia. La única

14 Ibidem, p. 73.

15 Ibidem, p. 73.

16 Tarazona Navas, Julio Alberto. «El imperio de la constitución... Op. cit., p. 201.

17 Ibidem, p. 205.

diferencia es que en la familia romano-germánica se intenta descubrir las soluciones de la justicia del derecho mediante una técnica cuyo origen es la ley, mientras que la familia de los sistemas common law, se pretende llegar al mismo resultado mediante una técnica que privilegia los precedentes judiciales. De ello resulta que en las dos familias se tiene un análisis diferente de la regla de derecho, que se concibe bajo una óptica legislativa, y doctrinal en los países de la familia romano-germánica y bajo una óptica jurisdiccional en los países del *common law*. Es sin embargo incorrecto llegar a la conclusión que altera la naturaleza misma del derecho: éste se concibe del mismo modo dentro de lo que podría constituir una vasta familia occidental.»<sup>18</sup>

En la Sentencia de Constitucionalidad 836 de 2001 es significativo el aporte para este tema la aclaración de voto hecha por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, donde expresan que:

«Uno de los argumentos más comunes contra el reconocimiento del valor y la fuerza jurídica que tienen los precedentes judiciales parte del derecho comparado, o mejor, de una visión particular de las diferencias que existen entre el sistema de derecho común anglosajón y el sistema romano-germánico o de

derecho civil. Esta visión que tiende a subrayar las diferencias, no tiene en cuenta los desarrollos que se han presentado en ambos sistemas o familias jurídicas durante el siglo XX, los cuales han acortado la distancia entre ellos, así subsistan importantes distinciones» (Sentencia de Constitucionalidad 836, 2001).

Clara es la posición de la Corte al encuadrar y acepta que el sistema jurídico colombiano apunta a la tendencia Neorrománica cuando evalúa el grado de vinculación para las autoridades judiciales frente al precedente jurisprudencial, pues si bien reconoce que la autoridad puede separarse de ellos, enfatiza en el deber de expresar las razones por las cuales se separa de dichos lineamientos y el deber de justificar claramente que la interpretación alternativa aplica los derechos, principios y valores constitucionales de mejor manera. Es por lo anterior que ha llegado este máximo órgano interpretativo a definir que «...el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del *stare decisis*» (Sentencia de Constitucionalidad 634, 2011)

Refiriéndonos entonces, a los puntos característicos que identifican nuestro sistema jurídico colombiano, pueden resaltarse: i) la evolución del derecho constitucional, ii) la apropiación del concepto de dignidad humana, iii) la prevalencia de los derechos fundamentales del hombre, iv) una definición amplia de

derecho, v) la justicia social y, finalmente, vi) el precedente judicial.

### 3. UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En la Constitución de 1991 nació en Colombia el Estado Social de Derecho, donde revaluados los axiomas clásicos del Estado de Derecho consistentes en la división de poderes, la independencia de la jurisdicción, la legalidad de la administración, la plena tutela jurídica frente a la intervención administrativa, y la expectativa de indemnización en supuestos de intervención en el patrimonio privado del ciudadano, el Estado contemporáneo y el concepto de Ley han sufrido una transformación en la que sus funciones y sus razones de ser han cambiado originando un nuevo ordenamiento jurídico (Urueta Rojas, 2004).

En relación a este nuevo ordenamiento jurídico se puede afirmar que al considerar los nuevos aspectos integrados al concepto de derecho se incluyen no solo las normas o leyes porque se «articula al concepto de ordenamiento jurídico la base de atribuir al Derecho objetivo el significado primordial de la organización, proporcionando así una nueva configuración del concepto de Derecho, al superar las concepciones tradicionales que enfocaban la experiencia jurídica sobre la exclusiva base de las normas jurídicas, o de las relaciones jurídicas»<sup>19</sup>.

Partiendo de estos nuevos fundamentos, referirnos al ordenamiento jurídico colombiano desde la postura positivista tradicional Kelseniana resulta

una actividad obsoleta; pues es evidente que al ordenamiento jurídico actual lo integran instrumentos que pudiéramos decir resultan más significativos y trascendentales para la sociedad que la misma norma positiva.

El libro *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano*, en el estudio de los conceptos de hombre y persona (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 1941) respecto de esto menciona que en el afán de precisar un lenguaje exclusivo de lo jurídico, se niega el valor técnico del término hombre y se busca mantener el divorcio entre el derecho y la realidad circundante, un poco dentro del concepto Kelseniano que ve en el ser humano un objeto de las ciencias naturales, situado en un campo meta jurídico y, en la persona, una noción que solo puede derivarse de las normas jurídicas<sup>20</sup>. Desde su descripción positivista creen que esta postura tiene una explicación ideológica y política dentro de las circunstancias históricas que la vieron nacer, pero, también creemos que la identificación técnico-jurídica de hombre y persona, con profunda raíz romana constituye una mejor garantía contra los ataques absolutistas, que el esfuerzo por mantener al derecho como un sistema puro de carácter esencialmente normativo (Universidad Externado de Colombia y La Assla, 1995).

Al respecto, Kelsen afirma que «La norma fundante encabeza un ordenamiento jurídico coactivo integrado por un conjunto de normas jurídicas»<sup>21</sup>; apoyando la idea de que el ordenamiento está integrado por nuevos aspectos Santi Romano parte «de una concepción diferente del Derecho, que supera la composición normativista Kelseniana, integrando además de las

19 Romano, Santi. «*El ordenamiento jurídico...* Op. cit., p. 101 y 113.

20 *Ibidem*, p. 83.

21 Kelsen, H. «*Teoría pura del Derecho...* Op. cit., p. 229.

normas, otros elementos, especialmente el de organización y el de sociedad»<sup>22</sup>.

En cuanto al elemento de organización añade este autor que «el Derecho ha de tener en cuenta la valoración de la realidad en que se manifiesta, abstrayendo esa realidad del análisis conjunto de sus elementos»<sup>23</sup>; es decir que se puede contar con una norma positiva, pero si no resuelve una realidad social, es cuando la Corte Constitucional juega un importante papel, al manejar la constitucionalización del ordenamiento jurídico. En Salvamento de voto hecho por el Magistrado Jaime Araujo Rentería en Sentencia de Constitucionalidad 1057 del año 2005 podemos observar que la propuesta de Santi Romano que pretendemos adoptar al momento de definir nuestro ordenamiento jurídico se ve apoyada y fortalecida en la misma tesis de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

De acuerdo con Riccardo Guastini, frente a este concepto indica:

«por constitucionalización del ordenamiento jurídico» podemos entender «un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los

actores políticos así como las relaciones sociales» (Guastini, 2001).

Así mismo, en Sentencia de Contitucionalidad 174 del año 2006, en su salvamento de voto, el magistrado Jaime Araujo Renteria expresa que «las normas dentro del ordenamiento jurídico no solo deben ser el reflejo de la Constitución en sí misma sino igualmente de los valores y principios señalados por el soberano constituyente». Igualmente, en Sentencia de Constitucionalidad 426 del año 2002 emplea la Corte Constitucional el concepto de antiformalismo para lograr dar prevalencia a los derechos fundamentales que de seguir estrictamente la Ley escrita resultarían vulnerados, por tal razón menciona:

«integrar los conceptos de *antiformalismo* e *interpretación conforme* a la garantía consagrada en el artículo 229 de la Carta, en manera alguna busca desconocer o debilitar el papel protagónico que cumplen las reglas de procedimiento en la ordenación y preservación del derecho de acceso a la justicia, ni contrariar el amplio margen de interpretación que el propio orden jurídico le reconoce a las autoridades judiciales para el logro de sus funciones públicas. Por su intermedio, lo que se pretende es armonizar y racionalizar el ejercicio de tales prerrogativas, evitando que los criterios de aplicación de la ley, excesivamente formalistas, en cierta medida injustificados o contrarios al

22 Romano, Santi. «El ordenamiento jurídico... Op. cit., p. 292.

23 Ibidem, p. 180-182.

espíritu o finalidad de las normas aplicables, puedan convertirse en un obstáculo insuperable que terminen por hacer nugatorio el precitado derecho a la protección judicial y, por su intermedio, el desconocimiento de valores superiores como la igualdad de trato, la libertad y el debido proceso» (Sentencia de Constitucionalidad 426, 2002)

La Corte Constitucional colombiana refleja la aplicación de un concepto de derecho amplio redefiniendo el postulado de «imperio de la ley» sujeción que no debe desconocer el conjunto de normas constitucionales, principios y valores reflejados en las interpretaciones de los altos Cortes como máximos órganos interpretativos judiciales es por ellos que menciona: «...por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento» (Sentencia de Constitucionalidad 634, 2011)

La incidencia de los Derechos del Humanos y su especial connotación en el desarrollo de los mismos fines del Estado colombiano reflejados en la Constitución Política de 1991 han obligado al Juez que imparte justicia a romper con los estereotipos que limitan el sentido mismo de las leyes y por consiguiente crear soluciones jurídicas efectivas que garanticen la real protección de los derechos de las personas, es así como la Corte ha señalado que:

«Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado

de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales» (Sentencia de Constitucionalidad 836, 2001).

### 3. ORDEN JURÍDICO PREVALENTE

Es preciso mencionar que los conceptos de ordenamiento y orden no corresponden a un mismo significado; pues si bien el ordenamiento constituye la integridad de las normas, la sociedad y la organización; el orden pasa a ser lo particular en cuanto a la jerarquía y vigencia de las normas o las interpretaciones que de estas haga la autoridad constitucional partiendo de la vigencia de las mismas para la aplicación de estas a un caso en concreto. Ahora bien, tampoco es preciso confundir el orden y el sistema jurídico; en sentencia de Constitucionalidad 1038 del año 2002, teniendo en cuenta la moderna teoría del derecho y la interpretación constitucional se hace una distinción de sistema jurídico y orden jurídico al siguiente tenor:

«en términos simples, se entiende por orden jurídico el conjunto de normas vigentes en un momento y en un lugar determinado. Forman parte de este orden jurídico no sólo las normas expresamente promulgadas sino también aquéllas que sin haber sido expresamente promulgadas puedan derivarse o deducirse lógicamente de las primeras; en consecuencia, hacen parte del orden jurídico, normas

promulgadas y normas no promulgadas.

Se entiende por sistema jurídico, la sucesión de órdenes jurídicos. De tal manera que forma parte del sistema jurídico las normas que una vez estuvieron vigentes y que ahora se encuentran derogadas. El concepto de sistema jurídico es mucho más amplio que el de sistema normativo, ya que éste último sólo comprende las normas vigentes mientras que el primero comprende las vigentes y las derogadas» (Sentencia de Constitucionalidad 1038, 2002).

En cuanto a la jerarquía «el orden jurídico se puede diagramar como un árbol o cadena de normas que inicia con la norma fundamental y que continúa con las demás disposiciones secundarias de conformidad con los criterios de jerarquía y distribución de materias establecidos. Cada nuevo orden se traduce en un esquema ligeramente distinto, pero comparte la misma norma primera así como las normas que no han sido derogadas» (Huerta Ochoa, 2008).

Pero no solo debemos hablar de jerarquía y vigencia del orden jurídico, pues cobra vital importancia el tema de la validez del mismo. Así bien, dentro del orden jurídico vigente en Colombia se da el control de constitucionalidad que busca controlar la validez o invalidez de las normas generándose así el precedente constitucional que debe ser tenido en cuenta dentro de ese orden jurídico como parte de él.

En este sentido, en Sentencia de Constitucionalidad 174 del año 2006 se expresa:

«la validez de una norma se identifica con *su pertenencia* a un determinado sistema normativo. Todos los sistemas jurídicos tienen criterios de pertenencia o validez, que deben cumplirse por las normas para poder considerar que una norma pertenece a ese sistema jurídico; para poder decir que son válidas en relación con aquellos.

Para que una norma jurídica sea válida debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Debe haber sido producida por el órgano competente. En todo ordenamiento jurídico existen habilitaciones a favor de determinadas autoridades para producir normas, de modo que si la norma no ha sido producida o dictada por la autoridad o sujeto competente, no es considerada como válida.

2. Debe haber sido producida a través del procedimiento adecuado. Las normas son el resultado de un procedimiento, por medio del cual se va construyendo y definiendo la voluntad del órgano competente productor. El incumplimiento de las exigencias de la manera como se producen las normas determina su invalidez.

3. No debe estar en contradicción con otras normas superiores a ella del mismo sistema jurídico. El sistema jurídico tiene una estructura jerárquica que hace que la norma de inferior jerarquía no puede contradecir lo establecido en las superiores. Si lo hace esa contradicción es motivo de invalidez de la de inferior jerarquía.» (Sentencia de Constitucionalidad 174, 2006)

En ese orden de ideas, la validez o invalidez de la norma jurídica se torna como un tema trascendental pues puede con su determinación, aplicación, vigencia o derogación llegar a modificar el orden jurídico vigente al momento de estudiar un caso en concreto; en este sentido la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

«las determinaciones de la jurisdicción constitucional hacen parte esencial de ese orden, en cuanto, por virtud de la cosa juzgada constitucional, confieren certeza en torno a la validez de las normas que lo integran y en algunos casos, al retirarlas del conjunto normativo, modifican sustancialmente su contenido material. Las sentencias que la Corte Constitucional profiere en desarrollo de su función de control abstracto de constitucionalidad tienen carácter definitivo y erga omnes, de modo que, a partir de su notificación en legal forma, inciden directamente en la configuración del orden jurídico que los administradores de justicia están obligados a conocer y a

aplicar en la definición del Derecho» (Sentencia de Tutela 106, 1996).

## CONCLUSIONES

Con base en la Constitución de 1886, el sistema tradicional y predominante en Colombia era el sistema continental o más conocido como «Civil Law»; pero con la llegada de la Constitución de 1991, la organización en forma de Estado Social de Derecho y la prevalencia de los Derechos Fundamentales especialmente la dignidad humana, apartaron de esta corriente tradicional al sistema jurídico Colombiano transformándolo en un sistema moderno de acuerdo a los postulados contemporáneos como lo es la familia romano-germánica o neo-románica, como garantía real de la materialización de los mismos fines del Estado.

La influencia de la corriente ius-naturalista, la nueva concepción de derecho y el valor dado al precedente constitucional son elementos que logran ubicar al sistema jurídico colombiano dentro de la concepción moderna de sistema romano-germánico o neorrománico, pues la negativa al cambio y el arraigo a un sistema ineficiente que solo visiona al derecho como el conjunto de normas que regulan la sociedad esta obligado al fracaso ya que este no responde a las realidades sociales que superan esas normas prescritas que muchas veces contradicen los principios constitucionales o simplemente están llenas de vacíos.

El análisis de los sistemas tradicionales «*Common Law*» y «*Civil Law*» y la verificación de las características históricas nos permite concluir que estos resultan ser sistemas no excluyentes sino que por el contrario en nuestro sistema colombiano coexisten brindando cada uno elementos que logran contribuir a un desarrollo armónico que garantiza y protege las necesidades de los

administrados constuyendo una real justicia social.

La puesta en marcha del nuevo Estado Social de Derecho con la Constitución de 1991, teniendo en cuenta sus presupuestos democráticos y participativos, y su función protectora de los derechos fundamentales, trajo consigo la aplicación de un nuevo ordenamiento jurídico que no solo se encuentra integrado por el conjunto de normas positivas sino que se constituye por una serie de elementos tales como el precedente constitucional partiendo de la aplicación de los principios fundamentales en protección a la dignidad humana, al punto en que algunos estudios científicos ya defienden el carácter vinculante de los instrumentos de *soft law* dentro de las fuentes del derecho internacional público como contenidos autorizados en la interpretación de los derechos humanos, con lo cual se amplía el espectro del Juez y del ordenamiento (Yañez Meza, 2012).

La importancia de la sociedad como elemento integrante del ordenamiento jurídico reflejada en la protección y garantía real de sus derechos es un principio que transforma la concepción tradicional de ordenamiento jurídico, pues es del estudio de los casos en concreto que a diario se presentan ante la justicia, que se logran plantear lineamientos que puedan servir para la posterior normatización que realmente corresponda a los acontecimientos jurídicos-sociales, de allí que el precedente judicial tome relevancia en la solución de los mismos.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico refiere a una Constitución capaz de transformar dicho ordenamiento convirtiéndolo en un cúmulo no solo de normas positivas sino integrando a este el Pcedente y la Doctrina constitucional, lo cual proporciona al Estado seguridad al momento de aplicar las normas basándose entonces en los valores y principios fundamentales.

La vigencia en el orden jurídico corresponde a la existencia en determinado tiempo y lugar de una norma que permitirá la solución de un caso en concreto de allí que el orden jurídico colombiano toma relevancia cuando se analiza su concepto partiendo no solo de la jerarquía y vigencia de la norma, sino de la validez o invalidez que pueda determinar la Corte Constitucional formando así un precedente que llega a ser parte de este mismo orden jurídico.

La vigencia, jerarquía y validez de las normas dentro de un orden jurídico constituyen un factor determinante que influye directamente en su determinación y aplicación dentro del ordenamiento jurídico que a su vez conforma el sistema jurídico.

## REFERENCIAS

David, R., & Jauffret-Spinozi, C. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (Décima primera ed.). (J. Sánchez Cordero, Trad.) México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Castán Tobeñas, J. (1957). *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* (Segunda ed.). Madrid, España: Editorial Reus S.A.

Tarazona Navas, J. (2007). *El imperio de la constitución y del precedente constitucional. La verdad al alcance de la población, del abogado litigante y del juez* (Primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Kelsen, H. (1958). *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Buenos Aires, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba.

Romano, S. (1963). *El ordenamiento jurídico* (Segunda ed.). (S. Martín-Retortillo, & L. Martín-Retortillo, Trads.) Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos.

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.

Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (primera ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Tarazona Navas, J. (2008). *Enseñar el derecho que es. Una propuesta para las facultades de derecho* (primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ediciones DOctrina y Ley Ltda.

Otto y Pardo, I. (1988). *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes* (segunda ed.). Barcelona, España: Editorial Ariel.

López Ayllón, S. (1997). *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales °del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad* (primera ed.). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Ramírez, V. (2001). *Versiones contemporáneas del derecho natural* (primera ed.). Medellín, Colombia: Librería Señal Editora.

Urueta Rojas, J. (2004). La dimensión cuantitativa de la cláusula del Estado Social de Derecho en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* , 6 (002), 326-350.

Kelsen, H. (1941). *Teoría pura del derecho* (primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada S.A.

Universidad Externado de Colombia y La Aslla. (1995). *La persona en el sistema jurídico latinoamericano* (primera ed.). Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial 87.

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional* (primera ed.). México D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Huerta Ochoa, C. (2008). *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes* (primera ed.). México, Colombia: Universidad Nacional Autónoma de México.

Yañez Meza, D. (julio-diciembre de 2012). Las fuentes del derecho en la Constitución Política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos. *Revista Academia & Derecho* , 7-34.

Universidad Simón Bolívar. (2007). *Constitución Política de 1991* (segunda ed.). Barranquilla, Colombia: Editores Universidad Simón Bolívar.

Corte Constitucional. (1995). Sala Tercera. Sentencia de Tutela 123. Marzo 21. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: T-4837. Bogotá.

Corte Constitucional. (1996). Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 106. Marzo 13. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.. Expediente: T-85549. Bogotá.

Corte Constitucional. (1998). Sala Plena. Sentencia de SU 747. Diciembre 2. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: T-152455 Bogota.

Corte Constitucional. (1999). Sentencia de Constitucionalidad 595. Agosto 18. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente: D-2292. Bogotá.

Corte Constitucional. (2001). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 836. Agosto 9. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Expediente: D-3374. Aclaración de voto de los magistrados: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.

Corte Constitucional. (2001). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 1064. Octubre 10. Magistrado Ponente, Dr. Manuel José Cepeda Espinoza. Expediente: D-3449. Bogotá.

Corte Constitucional. (2002). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 1038. Noviembre 28. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Expediente: D-4066. Bogotá.

Corte Constitucional. (2002). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 426. Mayo 29. Magistrado Ponente. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Expediente: D-3798.

Corte Constitucional. (2005). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 1057. Diciembre 19. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Salvamento de voto del magistrado: Dr. Jaime Araujo Rentería Bogotá.

Corte Constitucional. (2006). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 174. Marzo 08. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente: D-5923. Salvamento de voto del magistrado: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá.

Corte Constitucional. (2011). Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 634. Agosto 24. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente: D-8413. Bogotá.

## EL JUEZ CIVIL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

*The civil judge and the opportunity principle*

Jorge W. Peyrano\*\*

El principio de oportunidad en el proceso penal, se sabe que es la antípoda del principio de legalidad y que, de ordinario y salvo excepciones (1), funciona como un moderador circunstanciado de este último que manda ciegamente perseguir e investigar todo hecho criminoso con pareja intensidad (2). Así es que el principio de oportunidad constituye un morigerador de tanta enjundia persecutoria en homenaje de una dosis de realismo que dice, a las claras, que el Estado carece de recursos humanos y económicos para llevar adelante, integralmente, el ideario del principio de legalidad (3).

Sí, como se ha visto, el principio de oportunidad legitima no perseguir ni investigar todo hecho con apariencia criminoso, se sigue que gira sobre el imaginario de la selección de causas; «éstas y no otras» serán motivo del interés y de la preocupación de la acusación penal. Ahora bien: modernamente se ha delineado paulatinamente una tendencia consistente en la regulación legal de supuestos («criterios de oportunidad») en los cuales no funciona el principio de legalidad, evitándose así modelos selectivos, clasistas

o discriminatorios (4). Tales «criterios de oportunidad» propiciados por la doctrina autoral (5) y progresista legislación (6), se inspiran fuertemente en el concepto de «insignificancia» (7); concepto éste que también es recibido por la legislación procesal civil como, por ejemplo, en el caso del nivel económico mínimo del agravio para dejar expedita la segunda instancia (8), que ha sido repetidamente declarado constitucional (9) y que se ha ido ampliando (10). Dicha traspolación de las ideas del jurista alemán Klaus Roxin al área procesal civil ha sido así aprovechada adecuadamente.

Tampoco el sistema procesal civil - sobrecargado de tareas en igual o mayor medida que el penal- admite un tratamiento parejo de todos los reclamos hechos valer en su seno (11). Algo debe hacerse y frente al silencio del legislador que suele desentenderse de los problemas generados en los estrados judiciales, la magistratura civil, desde siempre, ha procedido, calladamente, a «seleccionar» causas, no tratando todas con igual intensidad y empeño. Por ello es que señalamos que en el ámbito del proceso

\*\* Abogado, egresado de la Facultad Católica de Derecho de Rosario, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, Vocal de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario y Tradadista. Profesor titular de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Consultor Internacional del Banco Mundial en el programa de fortalecimiento del Poder Judicial de Perú (1996), profesor honorario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima), de la Universidad Nacional de Perú «Federico Villarreal» (Lima), de la Universidad de San Agustín de Arequipa (Perú), de la Universidad Católica de Arequipa, de la Universidad San Luis Gonzaga de ICA (Perú), entre otros. Miembro fundador de la Asociación Argentina de Derecho Procesal; miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, entre otros.

civil existe y está en operaciones una especie sesgada del principio de oportunidad nacido en terrenos penales. Ya hemos tenido ocasión de consignar que debe admitirse, por más que sea un secreto a voces, que campea en el proceso civil nativo una suerte de «principio de oportunidad» de acuerdo con el cual existe una gradación jerárquica de las causas, no siendo lo mismo una donde está comprometido el derecho a la salud que otra consistente en un cobro de pesos de cuantía módica. A estrados judiciales con sobrecarga de tareas -y éste es un dato de la realidad que no puede ser soslayado por el discurso académico- no se les puede exigir esfuerzos parejos frente a causas disímiles en su trascendencia institucional o humana (12).

Dos son las áreas, en materia procesal civil, en las cuales se nota con mayor nitidez la mencionada despareja intensidad: a) la del derecho probatorio que, muchas veces, registra la producción de prueba ambigua o contrapuesta en sus resultas (13); generándose así la vacilación del juez civil acerca de la necesidad de despachar medidas para mejor proveer que mitiguen sus dudas; b) la de la heurística judicial - hoy tan pródiga en la Argentina en proporcionar creaciones pretorianas razonables (14)- que suscita en el magistrado -ante la ausencia de herramientas procesales legisladas para dar adecuada solución al caso- la inclinación de echar mano al ingenio judicial que se manifiesta en la aparición de nuevos útiles procesales. De tal guisa y cuando se ha seguido dicha inclinación, surgieron, vbgr. las astreintes, la prueba de informes, la medida innovativa, la autosatisfactiva, la tutela anticipada de urgencia, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, etc.

Cuándo y cómo un juez, verdaderamente preocupado por desarrollar una faena judicial digna de tal nombre, siente la inclinación a dictar pruebas oficiosas o a aguzar su ingenio

pretoriano? Pues cuando experimenta una falta de «conformidad» con las resultas de las pruebas hasta entonces producidas o siente insatisfacción respecto de las consecuencias de aplicar los artefactos procesales con los que cuenta (15). Una jugosa cita aporta una explicación sobre el particular y de algún modo compendia lo experimentado por muchos jueces civiles que llevan décadas en sus ministerios: «El juicio del juez no debe ser fruto racional sino sensorial. La injusticia tiene que doler. Precisamente se revela por la irritación que produce. Si el oído ha sido bien cultivado, percibe las desafinaciones de una ley mal aplicada. El razonamiento viene *a posteriori*, a iluminar y a clasificar el fenómeno producido en su conciencia de un modo casi misterioso. Si demandáramos su pensamiento, en el embrión leeríamos: « Yo sé que esto es así, mas aún no sé por qué». Se produce de este modo un movimiento de devanadera. Por el repetido y laborioso trabajo de la memoria y de la razón, el estudiante encauza, orienta y aguza la facultad intuitiva. Luego, desde lo alto de los principios intuidos, desciende en busca de las razones que lo sustenten» (16).

Ahora bien, sentirá o deberá sentir igual inclinación cuando se trata de un juicio ejecutivo seguido en rebeldía que cuando la causa versa sobre la violación de algún derecho personalísimo? Pues claro que no y siempre ha sido así; y de algún modo de ello han tomado nota los expertos en Lógica jurídica (17). Es más: el magistrado civil no sólo que no puede sino que no debe, en principio, ceder a la tentación de poner todo su empeño en una causa comparativamente «menor» porque se lo está restando a otras que reclaman su atención en mayor medida en razón de la índole de los derechos en ellas comprometidos.

No se puede ni se debe en todos los casos ser un juez «distribuidor de justicia» (18), debiendo el buen magistrado

conformarse en algunos supuestos con ser un juez «dador de paz social» (19). Mientras el primero se encuentra hondamente preocupado por distribuir el pan de la justicia de la mejor manera que se pueda, el otro se conforma con solucionar el conflicto y otorgar la correspondiente paz social, con lo que se tiene, como fuere, y sin mayores miramientos. El dura *lex sed lex*, suele, frecuentemente, ser invocado -expresa o tácitamente- por los últimos. La primera categoría se caracteriza -precisándola un poco más- porque su tarea es más ardua y comprometida ya que requiere despachar pruebas oficiosas cuando correspondiere y generar nuevas herramientas procesales aptas para solucionar adecuadamente el caso. La figura del juez «distribuidor de justicia» se pone en movimiento cuando «experimenta una falta de conformidad con lo que «se tiene». La segunda, se singulariza por privilegiar de algún modo al pragmatismo, a la «ley de los grandes números» y a otras nociones por el estilo que son exteriorizaciones conceptuales de un realismo más o menos descarnado en el cual subyace la idea de que no todos los procesos civiles son iguales ni se merecen la misma atención y esfuerzo. Ambos roles se alternan y suceden en la persona del mismo magistrado según fueren los procesos civiles a cuyo análisis se encuentra abocado. Lo reprochable se da cuando enfrentado a cualesquier caso, siempre se pone el sayo de juez «distribuidor de justicia» o de juez «dador de paz social»; con palmario y condenable desprecio al principio de oportunidad soterrado que rige en materia civil. Igualmente vituperable es el supuesto del magistrado que confunde los roles y en una causa asume el papel opuesto al que debería desempeñar.

De eso se trata: de escoger el sayo adecuado según fuere la índole de la causa.

Lo elogiado no es ser el juez más justo o el más expeditivo, sino el que corresponde ser en el caso.

#### NOTAS:

- 1) Cabe anotar que en las naciones donde impera el derecho anglosajón se desconoce la principio de legalidad, rigiendo, crudamente, el principio de oportunidad en materia penal (vide de Julio MAIER, «Derecho Procesal Penal», Ed. Del Puerto, Bs.As. 2004, T. I, pág. 836).
- 2) CARBONE, Carlos, «Principios Procesales Penales», en «Principios Procesales», obra colectiva del Ateneo de Estudios Procesal Civil de Rosario, Santa Fe 2011, Ed. Rubinzal Culzoni, T. II, pág. 848: «El principio de legalidad procesal impone al Estado perseguir todos los casos penales de los cuales se tenga noticia, sin poder hacer cesar la acción penal por acuerdo de partes ni conveniencia social, etc.»
- 3) Ibidem, pág. 850: «Por otro lado, es poco inteligente obligar al Estado representado por los funcionarios instructores -desde un punto de vista económico- a emplear toda y pareja intensidad en investigar cualquier delito».
- 4) MAIER, Julio, Ob. Cit., pág. 841: «Entre nosotros la regulación legislativa de los criterios de selección pueden servir de auxilio efectivo para corregir disfunciones del sistema penal. En primer lugar, puede ser una herramienta eficiente del principio de igualdad, al corregir el efecto valorativo clasista de un sistema penal que, adherido al principio de legalidad, ignore por completo su propia selectividad real. En segundo lugar, contribuirá a la transparencia del sistema y de la forma, modo y efectos con los cuales se opera la selección».

- 5) Ibidem, pág. 841.
- 6) Así, el artículo 10 del Código Procesal Penal de Santa Fe incluye varios «criterios de oportunidad», ampliando la nómina que resulta corriente.
- 7) SEGUÍ, Ernesto, «La teoría de la insignificancia engastada en el Derecho Penal Liberal», en *Juris*, Boletín del 06/09/83.
- 8) Conf. artículo 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- 9) GONZÁLEZ, Atilio y ot., «Inapelabilidad por monto», Ed. El Foro, pág. 22.
- 10) PEYRANO, Jorge W., «Las nuevas pautas económicas exigibles para franquear la instancia de apelación» (art. 242 CPCCN), en L.L. 2010-B, pág.528: « Es indudable que el nuevo artículo 242 CPCCN consagra dos pautas económicas diferentes para establecer la apelabilidad de sentencias: una, general y aplicable a ambas partes, inserta en su segundo párrafo y otra, especial y aplicable exclusivamente al demandante, incluida en el párrafo quinto. Ambas, entonces, poseen alcances y sujetos comprendidos distintos, pudiendo aplicarse respecto de una misma sentencia de primera instancia».
- 11) PEYRANO, Jorge W., «La privatización, transferencia o tercerización de funciones judiciales», en «Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales», Rosario 2002, Ed. Juris, T. I, pág. 105: «Si algo caracteriza al actual estado del proceso civil argentino (y no sólo el argentino) es que padece de «sobrecarga» de trabajo. El proceso civil contemporáneo -muy distinto del que necesariamente debe advenir- fue pensado para otra realidad, más acotada y no tan pródiga en todo: causas, litigantes, documentación presentada, audiencias fijadas, etc.».
- 12) PEYRANO, Jorge W., «El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil» en L.L. 2011-A, pág. 1089.
- 13) El tema del llamado por CARNELUTTI «Conflicto de pruebas» y por GORPHE «Relaciones entre las pruebas», siempre ha sido materia de debate e investigación (Conf. « El Proceso Atípico», por Jorge W. PEYRANO, Bs. As. 1993, Ed. Universidad, pág. 131 y sig.
- 14) PEYRANO, Jorge W., «El perfil deseable del juez civil del siglo XXI», en «Procedimiento Civil y Comercial - Conflictos procesales», Rosario 2002, Ed. Juris, T. I, pág. 97: « El arte de distinguir es característico de la Escolástica y también del razonamiento jurídico en general y en particular. Un paso complementario y más avanzado del arte de distinguir es la creación; es decir, la formulación de doctrinas pretorianas concebidas al calor de casos concretos y que luego de probadas sus ventajas en la práctica, la doctrina autoral recoge, sistematiza y difunde ... Si bien se mira, las instituciones pretorianas son la consecuencia de la puesta en funciones de una inteligencia práctica que después es imitada, generando así un cambio en el estado de las cosas. Howard Gardner, el gran educador, sostiene que «inteligencia es la habilidad para resolver un problema y para generar un producto y creativo es quien con sus obras logra que en el futuro se hagan las cosas de otro modo». Pensamos que debe elogiarse, por ejemplo, la inteligencia práctica que creó pretorianamente el amparo en Argentina. Estamos convencidos de que el buen juez civil del siglo XXI también debe estar preparado para, en su caso y momento, generar nuevas herramientas jurídicas para dar mejor cima a su tarea»

- 15) PEYRANO, Jorge W., «El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil», pág. 1089.
- 16) MERBILHÁA, Ceferino, «El abogado y el juez», en «Jus», nº 8, pág. 285.
- 17) ANDRUET, Armando, « Teoría general de la argumentación forense», Córdoba 2001, Ed. Alveroni, pág. 219: « Entendemos por «casos sencillos» aquellos que tienen una matriz común, que resultan de trámite abreviado, rápido y cartular, y que no tienen contraprte. Procesalmente se puede decir que todo aquel que es tramitable por la vía del juicio monitorio es un caso sencillo. Son «casos corrientes» aquellos en los que, sin ser necesariamente cartulares, existe una buena jurisprudencia pacífica por el tribunal en su respuesta, que en definitiva no compromete en manera alguna su propia cosmovisión ni genera ninguna modificación en el sistema, se podrían ubicar en dicho extremo los pleitos originados, por caso, en los accidentes de tránsito automovilístico. Luego se encuentran los «casos difíciles», en los que lo que no existe es un criterio anterior que pueda referenciar la conducta del magistrado, y por lo tanto la respuesta jurídica que es lograda bien puede ser considerada desde el mencionado punto de vista como de una nada jurídico-judicial anterior, tanto ello para el magistrado como para los propios litigantes, teniendo entonces los mismos una expectativa incierta acerca de su resultado. Finalmente, son «casos extremos» aquellos donde se suma a lo anterior que la definición de que se trata no sólo colinda con los problemas anteriores como cuestión previa, sino que además, al tiempo de seleccionar la respuesta jurídica que resulta correspondiente, el magistrado advierte que no lo puede hacer sin tener que definir su misma personalidad ante el mismo asunto; es decir que queda implicado con la respuesta y, en rigor, en no pocas ocasiones es resultado de un proceso no exteriorizado, pero del cual decimos no está en modo alguno en su manejo el poder prescindir».
- 18) PEYRANO, Jorge W., «El juez distribuidor de justicia vs. el juez dador de paz social», en «Nuevas Tácticas Procesales», Rosario 2011, Ed. Nova Tesis, pág. 37 y sig.
- 19) Ibidem.



## GUÍA DE AUTORES

La **Revista Academia & Derecho** es el órgano de divulgación científica de la Universidad Libre de Colombia Seccional Cúcuta, con periodicidad semestral en su publicación (enero-junio y julio-diciembre). Se integran a sus contenidos artículos originales, con evaluación bajo la modalidad de doble ciego, en la ciencia del Derecho y la Academia en la Universidad.

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 a sus temáticas jurídicas, socio-jurídicas y de educación universitaria.

La presentación de cada documento es sometida a evaluación preliminar por el Comité Editorial con el fin de evaluar el documento en cuanto a la forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación. 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 de Colombia 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 o suscripción gratuita. Los documentos no pueden exceder las 25 páginas o ser de extensión menor a 12, tipo de letra times new roman, tamaño 12, espacio sencillo, 2.54 cm a cada margen. Las notas al pie de página debe presentarse en tamaño 10. La enumeración de las páginas debe realizarse en el margen superior derecho.

En observancia al proceso de indexación de la publicación se reciben principalmente las siguientes clases de documentos<sup>1</sup>:

1. **Artículo de investigación científica y tecnológica (Tipo 1).** Es un documento que presenta de manera detallada los resultados originales de un proyecto de investigación terminado.
2. **Artículo de reflexión (Tipo 2).** 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.

<sup>1</sup> Conforme al Documento Guía para el Servicio Permanente de Indexación de Revista de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación. Colciencias, Febrero del 2010. Puede ser consultado en: <http://201.234.78.173:8084/publindex/docs/informacionCompleta.pdf>.

3. **Artículo de revisión (Tipo 3).** 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 investigación:

4. **Artículo de corto.** Es un documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica que, por lo general, requieren de una pronta difusión.
5. **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.
6. **Revisión de tema.** Es un documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.
7. **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.
8. **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.
9. **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 deben indicarse en letra cursiva.
- f. La referencia a todas las fuentes del derecho deben expresarse con la primera letra en Mayúscula. Ej. Ley, Sentencia, Auto, Acto Administrativo, Jurisprudencia, Doctrina, Constitución, Principio, Contrato, etc.
- g. La referencia a todos los sujetos institucionales del Estado deben expresarse con la primera letra en Mayúscula: Juez, Legislador, Administración Pública.

**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 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 120 palabras en ningún caso. Se debe expresar en español e inglés.

**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 8 palabras, en idioma inglés y español.

**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 los Pares Externos le formulen al escrito en un plazo no mayor a 10 días después de su notificación. 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.

La remisión de documentos con fines de publicación en la Revista Academia & Derecho implica que los autores autorizan a la Universidad Libre de Colombia 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 Centro de Investigaciones de la Universidad Libre de Colombia Seccional Cúcuta.

La recepción de los documentos se debe efectuar en el Centro de Investigaciones de la Universidad Libre de Colombia Seccional Cúcuta ubicada en la Avenida 4 N° 12N-81, El Bosque, impreso y en CD (Word versión 6.0 en adelante) o enviado por correo electrónico a las siguientes direcciones: [dirinvestigaciones@unilibrecucuta.edu.co](mailto:dirinvestigaciones@unilibrecucuta.edu.co)