

# 19

## Constitución y jurisprudencia

Balances y perspectivas  
de la construcción de un  
Estado social y democrático  
de derecho en Colombia

Editor

Yecid Echeverry Enciso



Editorial  
Universidad  
Icesi

Colectación  
**EL SUR ES  
CIELO  
ROTO**





---

**Fotografía de portada:**

Fotografía por \*Iván Erre Jota\* / CC BY

<https://www.flickr.com/photos/15072398@N00/5032470661>

**Diseño de portada**

©Natalia Ayala Pacini, 2019.



# **19**

## **Constitución y jurisprudencia**

Balances y perspectivas  
de la construcción de un  
Estado social y democrático  
de derecho en Colombia

Editor

Yecid Echeverry Enciso



Una publicación de la  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Nº 19 agosto, 2019

## **Constitución y jurisprudencia. Balances y perspectivas de la construcción de un Estado social y democrático de derecho en Colombia**

© Yecid Echeverry Enciso (editor académico) y varios autores.

Cali. Universidad Icesi, 2019.

pp. 448; 17x23cm

Incluye referencias bibliográficas

ISBN: 978-958-8936-92-5 / 978-958-8936-93-2 (PDF)

DOI: <https://doi.org/10.18046/EUI/escr.19.2019>

**Palabras Clave:** 1. Derecho | 2. Estudios jurídicos | 3. Jurisprudencia | 4. Constitucionalismo | 5. Corte Constitucional - Colombia

**Clasificación Dewey** 342.8-ddc 21

---

© **Universidad Icesi**

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**

Primera edición / Agosto de 2019

Colección «*El sur es cielo roto*»

**Rector:** Francisco Piedrahita Plata

**Secretaria General:** María Cristina Navia Klemperer

**Director Académico:** José Hernando Bahamón Lozano

**Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales:** Jerónimo Botero Marino

**Coordinador Editorial:** Adolfo A. Abadía

### **Comité Editorial**

Roberto Gargarella [Ph.D.] / *Universidad Torcuato Di Tella, Argentina.*

Victor Lazarevich Jelfets [Ph.D.] / *Universidad Estatal de San Petersburgo, Rusia.*

Antonio Cardarello [Ph.D.] / *Universidad de la República, Uruguay.*

Javier Zúñiga [Ph.D.] / *Universidad del Valle, Colombia.*

Juan Pablo Milanese [Ph.D.] / *Universidad Icesi, Colombia.*

**Diseño de Portada:** Natalia Ayala Pacini | [nataliaayalapb@gmail.com](mailto:nataliaayalapb@gmail.com)

**Diagramación:** Ladelasvioletas - Johanna Trochez B.

**Revisor de Estilo:** Sarah Nieto Méndez

**Fotografía de Portada:** Palacio de Justicia... | Bogotá D.C., Colombia

(Fotografía por \*Iván Erre Jota\* / CC BY <https://www.flickr.com/photos/15072398@N00/5032470661>)

---

### **Editorial Universidad Icesi**

Calle 18 No. 122-135 (Pance), Cali – Colombia

Teléfono: +57 (2) 555 2334 | E-mail: [editorial@icesi.edu.co](mailto:editorial@icesi.edu.co)

<http://www.icesi.edu.co/editorial>

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

La publicación de este libro se aprobó luego de superar un proceso de evaluación doble ciego por dos pares expertos.

La Editorial Universidad Icesi no se hace responsable de las ideas expuestas bajo su nombre, las ideas publicadas, los modelos teóricos expuestos o los nombres aludidos por el(los) autor(es). El contenido publicado es responsabilidad exclusiva del(los) autor(es), no refleja la opinión de las directivas, el pensamiento institucional de la Universidad Icesi, ni genera responsabilidad frente a terceros en caso de omisiones o errores.

El material de esta publicación puede ser reproducido sin autorización, siempre y cuando se cite el título, el autor y la fuente institucional.

# Índice

05 — **Presentación**

## **Dogmática penal y criminología**

09 — **Libertad individual, captura administrativa y detención preventiva en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana**

Yecid Echeverry Enciso

75 — **El lavado de activos en la jurisprudencia colombiana: tensiones, aciertos y desaciertos**

Yecid Echeverry Enciso y Leydy Alexandra Trujillo Botina

111 — **El fuero penal militar en Colombia y sus debates constitucionales**

Yecid Echeverry Enciso y Valentina Pardo Cuevas

## **Protección Social**

147 — **La realización del principio de igualdad en el régimen general de salud en Colombia**

Mauricio Lenis Gómez, Blanca Zuluaga y Natalia Salas

189 — **Seguimiento a la salud mental de niños y niñas víctimas de desplazamiento forzado: el uso de indicadores por la Corte Constitucional de Colombia**

Diana Patricia Quintero Mosquera y Jesica Paola Gómez Muñoz

## **Estado, constitución y democracia**

- 215\_\_\_      **La constitucionalización del derecho privado: análisis desde la libertad contractual y la interpretación del vínculo constitutivo de relaciones de consumo**  
Fernando Gandini Ayerbe y Claudia Lorena Escandón
- 253\_\_\_      **Vinculatoriedad de las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Colombia. Caso Petro**  
Jorge Andrés Illera Cajiao
- 327\_\_\_      **La figura del daño antijurídico adoptado en el artículo 90 de la Constitución de 1991, ¿una verdadera solución a la regulación de la responsabilidad patrimonial del estado?**  
Luis Felipe Giraldo Gómez
- 381\_\_\_      **Género y Derecho. 25 años de literatura académica en Colombia**  
Lina Fernanda Buchely Ibarra
- 401\_\_\_      **El objeto del deseo en el ritual judicial: entre el discurso eficientista y el debido proceso**  
Diana Marcela Solano Gómez
- 435\_\_\_      **Sobre los autores**
- 441\_\_\_      **Índice temático**



# **Presentación**

La Universidad Icesi de Cali, consciente de que la universidad colombiana tiene la obligación moral y, sobre todo, académica de vigorizar, con el aporte de sus investigaciones, el estado actual del derecho en Colombia, se ha propuesto realizar una profunda inmersión intelectual en los diversos criterios que fundamentan la Constitución Política de 1991. Esto con miras a esclarecer sus límites, sus carencias y sus alcances en tópicos específicos en los que sus académicos, con un rigor del más alto nivel, ponen de presente tensiones, inconsistencias y paradojas que permiten evaluar categorías constitucionales que subyacen en el interior de nuestra legislación y a las que no se les ha dado una adecuada interpretación en estos 25 años de existencia.

La calidad de las hipótesis de trabajo defendidas por los autores del presente libro constituye un novedoso aporte para la investigación jurídica nacional al poner de relieve que la teoría del derecho, la dogmática penal, la sociología y la filosofía jurídica, como instrumentos de investigación constitucional, pueden generar verdaderos hallazgos que podrían cambiar la manera como se debe evaluar la Constitución Política de 1991, 25 años después de su promulgación.

El mérito del libro radica en evaluar el papel que en el entramado de la validez normativa y en la dinámica constitucional de las grandes decisiones en Colombia están jugando las grandes categorías filosófico jurídicas como justicia social, estado social de derecho, libertad individual, entre otras, y, si han sido debilitadas o fortalecidas, con el paso de los años, en lo que de la primitiva Constitución de 1991 ha podido prevalecer hasta nuestros días.

El balance realizado por el grupo de trabajo liderado por Yecid Echeverry Enciso es pionero en esta forma de evaluar la Constitución Política de Colombia en esta parte del occidente de nuestro país, porque implícitamente uno de los mensajes que se percibe, sino en cada uno de sus ensayos, al menos sí en su mayoría. Es que el objetivo fundamental de las facultades de derecho en Colombia es contribuir a repensar el derecho y no solamente a generar recursos heurísticos para su aplicación y, que la filosofía y la sociología jurí-

dica, en sus diversas modalidades, constituyen el epicentro intelectual de las grandes transformaciones jurídicas que se pueden realizar para defender los fundamentos axiológicos de nuestra Constitución.

Hermenéuticamente, el libro deja entrever que con el acopio de estas disciplinas se puede evaluar los cambios constitucionales que se están presentando en Colombia y que esta evaluación solo es posible hacerla repensando el estatuto epistemológico de las normas constitucionales, pues no es posible construir un nuevo derecho, si no se revisan los fundamentos en los que se apoya el derecho actual.

El libro, implícitamente, hace un llamado de atención con respecto a que una universidad que no piense en los fundamentos de sus praxis, que no convierta en objeto de estudio los fundamentos de su propio saber realiza una actividad mecánica con la cual no es posible abrir nuevas fronteras a la investigación, lo que significa que sobre un derecho estático no es factible fundar instituciones jurídicas, verdaderamente novedosas, que estén a la altura de los grandes conflictos y desarrollos del espíritu humano y que puedan responder a los grandes problemas de la vida humana.

---

**Carlos Alberto Jaramillo Rojas**

Universidad Libre de Colombia

Junio de 2019

# **Dogmática penal y criminología**



# 01

## **Libertad individual, captura administrativa y detención preventiva en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana\***

---

**Yecid Echeverry Enciso**

Universidad Icesi | yecheverry@icesi.edu.co

\* El presente documento es producto de investigación correspondiente al Proyecto Interdepartamental *25 años de la Constitución Política: balances y perspectivas en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho*, registrado en el Grupo de Investigación Precedente de la Universidad Icesi y reconocido por Colciencias en categoría A1, en coordinación con miembros del Grupo de Investigación Nexos de la misma Universidad.

El presente trabajo pretende mostrar la manera como la Corte Constitucional colombiana ha ido abordando el tema de la libertad individual, la ha rodeado de garantías y ha limitado los mecanismos de restricción de la misma que –tras el ropaje de la seguridad pública y bajo el amparo de los estados de excepción– la han ido acotado. Pues bien, el tribunal constitucional ha tenido la tarea de restringir la política criminal que veía en la captura administrativa –aquella que los miembros de la fuerza pública podían realizar en su misión de salvaguardar el orden público sin tener que recurrir a orden judicial– una herramienta fundamental para prevenir la posible ocurrencia de un delito o simplemente para lograr “la plena identificación de las personas”. La Corte también se enfrentó con la práctica judicial generalizada de emitir órdenes restrictivas de la libertad como medida preventiva, a efectos de poder adelantar la investigación criminal que contra alguien se llevaba a cabo y garantizar así el cumplimiento de la pena en caso de lograr comprobarse su responsabilidad en la comisión de una conducta punible. En otras palabras, veremos las barreras establecidas por el tribunal constitucional a la política criminal eficientista, que consideraba la captura administrativa o la detención preventiva de carácter judicial como la única o, quizá, la mejor forma de prevenir y combatir al delito sin importar que todo sujeto se presume inocente mientras no sea judicialmente declarado culpable.

En este orden de ideas, es necesario aclarar al lector que han sido muchos los intentos del ejecutivo y el legislativo por tornar el sistema penal en un régimen seguidor de las doctrinas de *ley y orden*, *tolerancia cero*, *ventana rota*, *derecho penal de enemigo* y *three strikes-out* en procura del mantenimiento del orden público, a costa, paradójicamente, de la seguridad jurídica y de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En las acometidas del Estado por mantener un control social y criminal de la conducta desviada han proliferado proyectos, leyes y decretos claramente violatorios de la libertad, auspiciados por sectores de la ciudadanía que piden resultados en la disminución del delito y la pacificación del país. Estos sectores de la sociedad son, en su mayoría, persuadidos por medios de comunicación que proclaman por un populismo punitivo y la inflación del derecho penal como panacea a los conflictos sociales. Es en este debate donde ha salido a relucir la claridad conceptual del Tribunal constitucional, en defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, reclamando respeto por la Constitución y las libertades de la población, al paso que sitúa

la legislación al tenor de los compromisos adquiridos internacionalmente en los convenios y tratados ratificados por el Estado colombiano.

Ahora bien, la libertad individual en el sistema constitucional colombiano ostenta un nivel de capital importancia y ha sido analizada desde tres perspectivas, a saber: valor, principio y derecho fundamental. La primera se explica bajo un contenido abierto, amplio y susceptible de ser entendido desde el sistema axiológico que fundamenta el orden constitucional y conforma un pilar de la estructura social. Esto, dado que las constituciones y las leyes deben estar amparadas, si se quiere tener eficacia normativa, en sustratos ideológicos que inspiren el accionar humano o le den sentido a la realidad social. En la segunda, la libertad es un *principio* constitucional que marca una guía de interpretación frente a las demás normas de igual o menor raigambre jurídica, al paso que constituye un límite al legislador y una pauta de conducta para el ciudadano y los operadores judiciales, que implica la obligación de obtener el mayor margen de libertad compatible con las libertades y demás derechos de las personas. Y, por último, la libertad es analizada y comprendida como un *derecho fundamental*, norma constitucional que encarna una facultad de hacer o no hacer, lo que gesta diversas obligaciones positivas y negativas para el Estado frente al ciudadano titular de dicha potestad –exigible por vía judicial por medio de la acción de tutela.

De otra parte, el derecho a la libertad nos ha llegado como legado desde la tradición continental europea y ha ido alimentándose de una serie de posturas enriquecedoras provenientes de otras latitudes que introducen diversos conceptos y comprensiones de la misma, en ocasiones problemáticos frente al disfrute de otras garantías. Esta situación ha llevado a relativizar su alcance y a ponderarse mediante del test de proporcionalidad, para optimizar sus contenidos cuando nos encontramos ante colisiones de principios, a efectos de salvaguardar el derecho y no desconocer la realidad social y el relativismo jurídico que se presenta en la nueva concepción de lo que ha dado en llamarse el Estado constitucional.<sup>1</sup> Un claro ejemplo de esto, y en profunda conexidad con la libertad, es el denominado debido proceso, figura jurídica que encuentra sus raíces en la famosa Carta Magna, dictada en 1215 por el Rey Juan Sin Tierra, y en la cual se consagró, en el artículo 39, lo siguiente:

---

1. Sobre el concepto de Estado Constitucional, véase: Vigo (2012).

Ningún hombre libre será tomado o aprisionado, desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o de alguna manera destruido; no nos dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país (Carta Magna, artículo 39 [En línea]).

No obstante, con frecuencia haremos alusión al concepto de libertad esbozado por filósofos y juristas, lo que permite enriquecer la noción y atender a las exigencias que la realidad jurídica nos somete a prueba. Esto con el fin de lograr una visión holística del desarrollo jurisprudencial dado por el tribunal constitucional colombiano en sus diferentes fallos. En este sentido, el presente trabajo busca responder a los siguientes interrogantes: ¿La captura administrativa vulnera el principio de libertad? ¿Está acorde, en términos constitucionales, la detención preventiva con la presunción de inocencia? ¿Cuáles son las exigencias constitucionales y jurisprudenciales requeridas para privar de la libertad a una persona? ¿Puede el Estado so pretexto de guardar el orden público privar de la libertad a las personas sin orden judicial? ¿Bajo qué supuestos se puede privar de la libertad a una persona sin que medie orden judicial?

Para los efectos indicados y a fin de dar un orden metodológico al trabajo, el ensayo se dividirá en cuatro secciones, todas abordadas desde un enfoque de investigación que se inscribe dentro del análisis cualitativo o análisis de contenido, dadas las fuentes primarias (documentales) y el problema de investigación. Inicialmente se analizará la forma como el principio de la libertad personal se encuadra dentro del ideario constitucional y, mediante de este, en el sistema de garantías internacionales contempladas en convenios y tratados suscritos por Colombia que, bajo la modalidad del bloque de constitucionalidad, son incorporadas a la legislación interna con rango constitucional. Posteriormente, tratará lo atinente a la captura –bien mediante la figura de la flagrancia o la orden escrita de autoridad judicial–, la modalidad de la captura administrativa y la incidencia del juez de control de garantías. Un tercer acápite se dedicará a las medidas de aseguramiento en general y a la detención intramuros en particular, siempre sometidas a continuo debate y reformas. Luego, se hará una aproximación a la aplicación del test de proporcionalidad al momento de tomar una decisión sobre la detención preventiva y, por último, se aventurarán unas consideraciones finales a manera de conclusión.



Fundamentalmente, recurriremos a los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional orientados a dar sentido y alcance a los derechos fundamentales, particularmente a la libertad, la captura y la detención preventiva que, al ser analizadas desde una perspectiva internacional, fueron adquirieron tinte garantista y protector al ser sometidas a confrontación con la nueva carta constitucional y los tratados internacionales celebrados por el Estado. La “primera Corte” plantó las bases constitucionales y garantías del sistema penal acusatorio que hoy nos rige; sus fallos crearon derroteros y marcaron una política criminal que luego, con el tiempo, condicionó la actividad legislativa a no salirse de los lineamientos por ella esbozados en sus sentencias. Al respecto, la Corte afirmó que:

En las democracias modernas solamente el juez ostenta la facultad de limitar o restringir la libertad física de las personas, ya que es precisamente la autoridad judicial la encargada de impartir justicia, previo el trámite de un procedimiento con el lleno de las garantías procesales que la Constitución ordena [...] (Corte Constitucional, T-490, 1992).

Lo anterior, para mostrar el marcado contraste con una época en que la seguridad dependía exclusivamente del Ejecutivo y las libertades podían ser restringidas por virtud de la autoridad de policía, sin necesidad de mediar investigación judicial o de encontrarse bajo los supuestos de la denominada flagrancia. Pues bien, en buena parte nos dedicaremos a presentar la manera como el tribunal constitucional fue marcando lineamientos para la construcción de una política criminal orientada a proteger la libertad personal.

## **Libertad individual, orden constitucional y sistema penal**

El instrumento de la represión penal dentro de nuestro ordenamiento jurídico ha sido establecido para castigar a aquellas personas que vulneran los principios fundamentales para la convivencia social de los súbditos, pues, habiéndose constituido como un Estado social de derecho, condicionó las autoridades a la protección de la vida, honra, bienes, creencias y libertades de las personas, de conformidad con el mandato constitucional contenido en el artículo 2,

de donde se desprende el carácter antropocéntrico de la actual constitución. Contrario a la carta anterior, en la actual es el individuo quien se torna en el protagonista, dado que las instituciones son quienes deben servir al logro de sus fines más nobles, a la realización de las expectativas y al desarrollo de las potencialidades de cada sujeto, siempre que sean compatibles con las de los demás.

En la Constitución de 1886, que rigió hasta 1991, las instituciones eran lo importante –la sociedad– y el individuo debía subordinarse, servir a la razón de Estado: la parte estaba condicionada por el todo, apenas siendo un simple eslabón. Esta situación ubicaba los delitos en un orden de importancia, iniciando por los comportamientos que atentaban contra el régimen constitucional, los delitos contra la seguridad nacional y terminando con los punibles atentatorios de la libertad individual en el último escaño. En la actual constitución la vida y la libertad son los bienes jurídicos prioritarios; la protección del régimen constitucional y la seguridad del Estado pasaron a ocupar el último lugar en el código penal. En otras palabras, el carácter humanista de la actual constitución instala al hombre por encima de la organización social y centra su accionar en la protección de la dignidad humana, pues los seres han de ser tratados como fines en sí mismos y no como simples instrumentos.

Ahora bien, la labor de represión del infractor penal obliga a las autoridades a incidir sobre el principio de la libertad personal de los asociados, lo que crea la necesidad de determinar hasta dónde puede trascender la facultad de intervención del Estado en la órbita de las libertades de las personas sin vulnerar los valores constitucionales ni incumplir las obligaciones internacionales adquiridas frente a estos tópicos. Así las cosas, los preceptos normativos no pueden entenderse sino como límite y garantía de quienes son sometidos al poder disciplinante del Estado. La Constitución es la fuente primordial donde se consagran los derechos de los procesados, al determinarse los parámetros que rigen la actividad punitiva y las garantías que han de acompañar a los ciudadanos.

De lo anterior, se sigue que el proceso de constitucionalización, al que se ha visto abocado el derecho penal y procesal penal, tenga a la libertad y a la dignidad como principios, así como las demás garantías consagradas directamente en el texto superior, que irradia todo el ordenamiento jurídico. Dichos principios sirven de guía al legislador a la hora de regular los comportamientos desviados, pero a la vez constituyen barreras infranqueables para limitar el poder del mismo Estado, impidiendo que desborde su alcance y utilice la fuerza para

perseguir a la oposición o a los disidentes. Así mismo, estos principios, que en virtud del constitucionalismo han venido colonizando todas las ramas del derecho, constituyen una fuente inagotable de criterios hermenéuticos para entender las normas en el momento de investigar, juzgar e imponer penas a las personas. Al respecto, la Corte ha dicho:

[...] ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas [...] (Corte Constitucional, C-038, 1995).<sup>2</sup>

En esta medida, podemos apreciar el proceso de avance del derecho constitucional como un movimiento nuevo, avasallador para algunos autores, necesario y garantista para otros que ven el desvanecimiento de las antiguas reglas jurídicas de todo o nada, el levantamiento de una rica estructura axiológica junto con la dinámica de los principios que obliga a realizar el famoso *test de ponderación*. Lo anterior, a efectos de ajustar las situaciones fácticas a una novedosa realidad jurídica que enarbola y abarca las diferentes ramas del derecho, disuelve las viejas escisiones entre lo público y lo privado para dar paso a una concepción iusfilosófica centrada en la dignidad y en los derechos humanos como el único paradigma normativo plausible. Este paradigma goza de una amplitud y universalidad inherente a su formulación como algo propio de la especie humana, desdibujando así las antiguas fronteras territoriales y alcanzando un ámbito de acción de carácter internacional. Veamos lo que la Corte dice:

Primero, con la Constitución Política de 1991 explícitamente se ha constitucionalizado todo el derecho, ya que la Constitución es su hilo conductor, por el artículo 4º que establece que ésta es norma de normas, y no hay área jurídica inmune al derecho cons-

---

2. Sobre el mismo tópico, Corte Constitucional de Colombia, C-127, 1993.

titucional. Por lo tanto con la Carta Fundamental de 1991 se ha “constitucionalizado” el Derecho penal en particular. Igualmente con la misma Carta se ha internacionalizado el Derecho penal a partir del *ius cogens* [...] (Corte Constitucional, C-127, 1993).

El proceso de internacionalización y constitucionalización del derecho no solo se debe a los preceptos constitucionales, sino también al activismo de algunos magistrados que, al abrazar las corrientes dominantes de la época, han incorporado en sus fallos una serie de directrices al derecho interno. De esta suerte, el legislador y el operador de la ley penal encuentran límites en su proceder, tanto en la creación de tipos penales como en la fijación de los procedimientos para el juzgamiento, pues deben estarse a lo dispuesto en los *desiderátum* de la Corte Constitucional que es, finalmente, su inspiración y límite. En otras palabras, estamos ante el mandato de los tribunales constitucionales, como alguna vez se dijo, para resaltar la influencia del poder de los jueces en su activismo, pues han asumido la tarea de direccionar y crear la política pública, en el caso de este estudio, la política criminal a partir de sus sentencias.

Ahora bien, frente al principio de libertad que hemos venido tratando, quizá sea pertinente mencionar que el inciso primero del artículo 28 de la Carta reza: “Toda persona es libre [...]”. A la par, el artículo establece precisas exigencias que hacen posible su limitación, comoquiera que la libertad no es, en modo alguno, un derecho absoluto. Es decir, la libertad constituye la regla general y el principio sobre el que se debe estructurar no solo la ley sino las limitaciones al mismo, de ahí que el citado artículo se considere el canon basilar de la institución jurídica de la libertad.

La limitación de la libertad constituye, solo después de la vulneración de la vida, el mayor atentado a la dignidad humana, pues a ella se supedita el goce de los demás derechos de la persona. La libertad se halla amparada, igualmente, en el artículo 17 de la Constitución donde se prohíbe en forma absoluta cualquier forma de esclavitud (Corte Constitucional, T-1078, 2012), servidumbre y la trata de seres humanos, previsión que se encuentra complementada por el artículo 12 de la Carta, el cual prohíbe la desaparición forzada, en cuanto es otra manera de privar de la libertad –y, generalmente, de la vida– a una persona por tiempo indefinido o absoluto.<sup>3</sup> Prescripciones normativas que no en vano

---

3. “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Const., 1991, art. 12).

aparecen contempladas con rango constitucional, pues la deshonrosa historia del conflicto armado que ha afrontado Colombia en los últimos sesenta años da cuenta de la necesidad de materializar tales prohibiciones en la constitución política, como parte de un pacto social que rememora un pasado trágico y avizora una garantía de no repetición a futuro.

Otro mecanismo protector de la libertad es la prohibición de la prisión perpetua, el destierro y la confiscación contemplados en el artículo 34 del Estatuto Superior. Pues un Estado respetuoso de la dignidad humana reconoce en el individuo la capacidad de autodeterminación y comprensión de sus acciones, razón que lo lleva a pensar en la posibilidad de enmendar los errores y a brindar una segunda oportunidad a quienes, por circunstancias de la vida, se vieron expuestos ante la ley penal. De allí que la principal función de la pena sea la resocialización del condenado, no siendo la única, pues la prevención, la retribución y la protección siguen siendo parte del conjunto de papeles jugados por las sanciones punitivas. Pero una pena perpetua no tendría sentido si se tomara en serio la idea de resocialización y de dignidad humana, dado que ubicaría a la persona como un simple instrumento. Igual ocurre con la confiscación, donde se despoja de los bienes a una persona por razones políticas, lo que da prioridad al establecimiento político o al *estatu quo* por encima de la persona, luego estas formas de prohibición se den en beneficio de la libertad.

Es por lo anterior que, a la hora de establecer los delitos y las penas, el legislador debe basarse en el principio de *necesidad*, exponiendo su carácter de subsidiaridad, fragmentariedad y dando al derecho penal la utilización de *última ratio* (Ferrajoli, 2006, p. 9), estableciendo controles lo menos gravosos posibles para los ciudadanos y morigerando la intervención del derecho represor solo para aquellos casos en donde otras instancias sociales han sido insuficientes para ejercer el debido control social. En este sentido, la misma Constitución establece las condiciones del procedimiento para no ver limitada o restringida la libertad personal más allá de lo necesario y siempre por la vía de lo excepcional, por lo cual se ha hecho preciso plasmar en la norma procesal la reafirmación de que lo ordinario es la libertad y solo proceden medidas como la captura, la detención o cualquier otra de aseguramiento de manera extraordinaria:

Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales (Const., 1991, art. 295).

De ahí que, la idea del derecho penal como última ratio –con repercusiones inocultables para la libertad– ha sido materia de análisis por parte del tribunal constitucional desde la perspectiva del Estado, lo que lo obliga a no intervenir en la configuración de figuras delictivas ni en medidas de control cuando la conducta o la persona no signifiquen un verdadero peligro para la comunidad. De allí que criminalizar sea la última instancia a recurrir dentro del amplio espectro de posibilidades de control social. La máxima drasticidad en torno al aseguramiento de las personas se traduce en su apresamiento por vía de captura o de la imposición de una medida precautelar que constituye un recurso extremo, al que es posible acudir cuando sean afectados los intereses sociales más importantes. Principio que se une con el de *fragmentariedad y subsidiariedad*, como lo ha reconocido la doctrina penal latinoamericana (Zaffaroni, en Argentina; Bustos Ramírez, en Chile; Juan Fernández, en Colombia, entre otros), para formar un solo ramillete de garantías que limitan el derecho de castigar (Corte Constitucional, C-365, 2012).

Ahora bien, la Corte no hace otra cosa que ratificar la idea de libertad como principio gubernativo de la actividad humana, siempre que no intervenga o colisione de manera directa con otros derechos fundamentales, pues se considera que un sujeto es libre cuando ostenta la posibilidad de ejercer positivamente las acciones que le permitan desarrollar sus potencialidades, construir o diseñar su propio plan racional de vida, acceder a los medios necesarios para materializar este proyecto y a no ser molestado, obligado o compelido a obrar u omitir acto alguno contra su consciencia en presencia de apremiantes razones protegidas por el ordenamiento jurídico. La libertad también implica el no abuso de sus derechos, el reconocimiento de los demás como sujetos autónomos y el respeto por las elecciones y preferencias individuales, entre otras obligaciones. Por esta razón se prohíbe molestar a la persona, a su familia o registrar el domicilio, capturar o reducir a prisión sin mandamiento escrito de autoridad competente y por motivos previamente establecidos en la ley, con excepción de la flagrancia (Corte Constitucional, C-301, 1993).

Luego es válido comprometer la intangibilidad de la persona solo cuando se cumplen ciertas exigencias: (i) que exista un mandamiento escrito de (ii) autoridad judicial competente, (iii) con las formalidades legales y (iv) por motivos previamente establecidos en la ley. Por ello es necesaria la presencia de un juez especial que oficie como defensor de las garantías procesales, que obligue al ente acusador a acudir a este cuando se pretenda la restricción del derecho fundamental a la libertad personal; el Juez, entonces, ha de controlar que el ente acusador no vulnere las garantías exigidas para poder privar de la libertad a un individuo. El control sobre las medidas precautelares contribuye a reafirmar el gobierno de la libertad como regla general dentro del proceso penal, supeditada al cumplimiento del principio de proporcionalidad erigido jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, estableciendo que la finalidad de la limitación libertaria solo puede tener justificación cuando se hace para evitar la (i) obstrucción de la justicia, (ii) el aseguramiento del imputado al proceso evitando su fuga, (iii) la protección de la comunidad en general y (iv) de las víctimas en particular; todos ellos, fines constitucionales legítimos, impuestos por la jurisprudencia del tribunal constitucional y posteriormente convertidos en ley.

La justificación de la restricción de la libertad no admite criterio diverso a las razones ya expuestas, de donde resulta inadmisibles su limitación bajo el amparo de argumentos fundados en razones profilácticas, políticas, de conciencia, o de orden moral. De igual modo, resulta incompatible con la finalidad constitucional si ella se procura por deudas civiles, como bien lo prohíbe el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 11) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 7. 7.), o por razones de índole partidista o derivadas de la necesidad del Estado de contrarrestar al enemigo, contestatario político o disidente. Dentro de este marco normativo protector de la libertad, el “debido proceso penal” (Const., 1991, art. 29) cierra las filas de una estructura garantista aplicable a los procedimientos judiciales, que promueve una serie de derechos de gran valía. Nadie, en virtud del citado artículo, puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal o juez competente y con la observancia de las formalidades propias de cada juicio, *debido proceso* que resultó como desarrollo jurisprudencial del artículo 39 de la Carta Magna de 1215. Por ello decimos que la libertad como derecho y valor no solo se inspira en el derecho continental europeo

sino también en las instituciones anglosajonas del *Common Law*, de donde hemos venido recibiendo réditos en materia penal desdibujando la vieja idea separatista entre estos dos regímenes jurídicos.

El *debido proceso* también contempla figuras como la presunción de inocencia, según la cual se debe tener como inocente, y darle el trato de tal, a la persona durante el trámite procesal hasta tanto no sea declarado culpable por una sentencia debidamente ejecutoriada. El derecho de defensa, que se ejerce en forma personal o por medio de un letrado para oponerse a las pretensiones de la acusación, en concatenación con el principio de contradicción, que le faculta al procesado para rebatir las probanzas allegadas en su contra y aportar las que estime demuestren su inocencia. La publicidad procesal, con la cual se prohíben procedimientos ocultos –jueces sin rostro, acusaciones privadas–, obliga a que el juicio se desarrolle mediante audiencias con la intervención de todas las partes; además con celeridad, principio que compromete a las autoridades para llevar el proceso dentro de unos términos razonables y discurrir sin dilaciones diversas a aquellas propias del desarrollo normal de las actuaciones judiciales o administrativas; y, por último, el *debido proceso* también encierra el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*). Esta norma contiene una cláusula determinante que castiga los procesos surtidos con inobservancia de estas preciadas garantías con la anulación de pleno derecho de las actuaciones.

A pesar de lo anterior, no puede desconocerse que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-024 de 1994 –como se verá en detalle más adelante– delineó la figura de la captura administrativa (o policial) para tornarla compatible con el orden constitucional vigente, quizá por razones puramente políticas, lo que abrió la posibilidad de repetir algunas de las muchas arbitrariedades que, en vigencia de la Constitución de 1886 y el llamado *Estado de sitio*, se llevaron a cabo en nombre del denominado *orden público* y la doctrina de la *seguridad nacional*. De allí que, en su momento, la Corte Constitucional legitimara la intervención de los agentes de la policía en la restricción de la libertad física de los ciudadanos, pero bajo estrictas circunstancias y en virtud de su papel preventorio de la comisión de delitos. Sobre este mismo punto, nuestra Corte Constitucional, en sentencia C-176 de 2007, volvió a revisar la constitucionalidad de los artículos 56, literal a, y 62, numeral 2º, del Código Nacional de Policía. Estos fueron declarados exequibles en la sentencia C-024 de 1994, ya mencionada, en el sentido de que existe, sobre las mismas, cosa



juzgada relativa, precisando que las funciones policivas poseen un rol dirigida a prevenir conductas que puedan causar perjuicio a la ciudadanía, de manera que en aquellos casos en los cuales la policía interfiera la libertad de las personas, por un espacio temporal muy corto, debe entenderse su actuación en estricto cumplimiento de sus deberes constitucionales en orden a evitar la ocurrencia de delitos. Por tanto, no se puede llamar, a aquellas limitaciones a la libertad, capturas en sentido estricto de la palabra, según la Corte. Veamos:

I) el Constituyente fue claro en suprimir la facultad otorgada al Ejecutivo para ordenar la privación de la libertad física de las personas, por lo que el legislador no puede actuar en contra de la clara intención superior cuando el objetivo es proteger el derecho a la libertad. Luego, las excepciones a las garantías constitucionales que se dirigen a controlar el abuso del poder en la privación de la libertad de las personas deben ser expresamente autorizadas por la propia Constitución. II) La libertad de configuración política del legislador se encuentra limitada por la protección constitucional al derecho a la libertad que se concreta con la constitucionalización de garantías irrenunciables para el ser humano [...] la Constitución de 1991 concreta la concepción del derecho a la libertad y de la excepcionalidad de sus restricciones en el constitucionalismo contemporáneo, según el cual los derechos fundamentales de las personas se imponen frente al Estado como “límites al abuso de poder” y condicionan la validez de las decisiones públicas aún si buscan la defensa y preservación del interés general. De este modo, la prevalencia del interés general no puede materializarse con la anulación de los derechos y libertades individuales, pues en el Estado Social de Derecho la defensa y eficacia de éstos también es un asunto que involucra el interés de toda la sociedad. III) En este mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al referirse al control judicial de las privaciones de la libertad como mecanismo de protección constitucional irrenunciable, dijo que la libertad es el “derecho fundamental inherente a una sociedad democrática y, en consecuencia, toda privación de la libertad debe ser compatible con la naturaleza propia de la sociedad democrática (Corte Constitucional, C-176, 2007).

Así las cosas, podemos afirmar que, a la par del fenómeno de la constitucionalización del derecho penal, ha operado su internacionalización en nuestro medio, no solo por la consagración del “bloque de constitucionalidad” como mecanismo hermenéutico y principio fundamental del juzgamiento, sino por las varias referencias a la observancia necesaria de la figura en instituciones como la defensa, la publicidad, las infiltraciones a organizaciones criminales, la legalidad del material probatorio y las evidencias físicas, la protección a las

víctimas, entre otras instituciones que se han fortalecido con la internacionalización del derecho y la acogida de sentencias de tribunales internacionales sobre derechos humanos por parte de nuestro tribunal constitucional. De otra parte, el artículo 9 constitucional, reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. El artículo 93, de la constitución, integra al ordenamiento interno, en rango constitucional los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado. El artículo 94 establece que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. El artículo 214 establece la obligación de no suspender los derechos humanos aún bajo estados de excepción y manda a respetar siempre los preceptos del Derecho Internacional Humanitario. De este breve recuento, queda claro el carácter internacional y constitucional del derecho penal colombiano en la actualidad.

Los primeros pronunciamientos de la Corte, en el sentido de otorgar un marcado tinte internacional al derecho penal, se dieron con las sentencias T-409 de 1992, bajo ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, y C-574 de 1992, en ponencia del Dr. Ciro Angarita Barón, en donde se estableció la obligación del Estado de dar prioridad a las obligaciones y prerrogativas contenidas en los convenios sobre derecho internacional humanitario por encima de la legislación interna. Estas sentencias empezaron a ser aplicadas por los jueces penales en procura de salvaguardar las libertades de los individuos entre otras garantías.<sup>4</sup>

De allí en adelante, ha sido constante y con un talante garantista la interpretación que nuestra Corte ha dado al artículo 93, al integrar las normas internacionales al derecho interno. El esfuerzo de la Corte llevó a conformar un conjunto jurisprudencial inexpugnable en pro de los derechos fundamentales que ha dado lugar al nacimiento del concepto de bloque constitucional en *sentido estricto*, conformado, según la jurisprudencia, por el preámbulo de la Constitución, la Constitución misma, los tratados limítrofes de derecho internacional ratificados por Colombia, la ley estatutaria que regula los es-

---

4. Al respecto, véase: Corte Constitucional, T-409, 1992 y C-574, 1992.

tados de excepción, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los tratados de derecho internacional que reconocen derechos intangibles y la doctrina elaborada por los tribunales internacionales u órganos de control de los tratados de derechos humanos en relación con esas normas internacionales restrictivamente y solo en determinados casos.

La libertad más allá de su órbita de protección normativa es vista como principio y valor social de inestimable importancia. Como *principio constitucional*, esta ha de interpretarse en sentido lato, que expande los espacios del goce personal y vida sin interferencias, pero al mismo tiempo exige una interpretación restrictiva en su forma negativa, es decir, que no se pueden interpretar para disminuir el campo de acción de los sujetos morales dado que ellos:

[...] establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional [...] (Corte Constitucional, T-406, 1992).

Dado el carácter de principio de varios derechos fundamentales contenidos en nuestra carta magna –y atendiendo a la propuesta hermenéutica liderada por Robert Alexy, en su *Teoría de los derechos fundamentales*– los principios son mandatos de optimización, aplicables de acuerdo con las condiciones fácticas y jurídicas que trascienden la vieja dicotomía de todo o nada propia de las reglas. Estas últimas, cuando se encuentran en abierta contradicción, deben resolverse aplicando una y excluyendo la otra, lo que no sucede con los principios.<sup>5</sup> Luego el carácter de derecho, de principio y de valor que ostenta la libertad ha permitido a la Corte Constitucional realizar un amplio desarrollo de su contenido en un sinnúmero de casos, que ha enriquecido su contenido y ha privilegiado los mecanismos de protección de la misma.

Estos conceptos que hacen referencia a la disputa entre reglas y valores, ampliamente tratados por Ronald Dworkin y Herbert Hart, son enteramente aplicables a casos donde se define asuntos relacionados con la libertad individual en los estrados judiciales, como son la legalización de la captura o la expedición de una orden con esa finalidad, la imposición de medidas de

---

5. Al respecto, véase: Alexy (2002b).

aseguramiento o la libertad vigilada. Por consiguiente, esta va a colisionar con otros principios de diversa índole, igualmente valiosos y con raigambre constitucional. Por ello, quien decide debe aplicar las normas de la ponderación a las que alude Alexy, al indicar que, cuando dos reglas colisionan, solo se puede resolver el conflicto “[...] mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que, por lo menos, una de las reglas es inválida”. Por el contrario, cuando dos principios entran en colisión, uno de los principios ha de ceder ante el otro, pero “[...] esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro” (Alexy, 2002, pp. 70-71).

Lo determinante en los conflictos entre principios es el peso, pues vence el de mayor densidad a la luz de las circunstancias del caso.<sup>6</sup> En suma, “[l]os conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios –como quiera que solo pueden entrar en colisión principios válidos– tienen lugar más allá de la dimensión de validez, en la dimensión del peso” (Alexy, 1998, 139), donde resulta de trascendental importancia encontrar buenas razones para optar por la libertad o por decidir a favor de su limitación. Pues bien, las decisiones relativas a la limitación de la libertad personal, gracias a las indagaciones penales por la comisión de una conducta delictiva, son de competencia exclusiva de las autoridades judiciales, esto es, de los jueces y en concreto del juez de control de garantías –situación que resulta indispensable dentro del esquema de un proceso acusatorio o de partes (acusación-defensa), bajo la mirada del juez como un tercero imparcial–. Conquista que se encuentra plasmada en los últimos fallos de la Corte Constitucional en materia de libertad física y donde se configura la llamada “*reserva judicial*”. Esto es que solo el juez puede ordenar la restricción de la libertad, en virtud de mandamiento escrito y por motivos previamente fijados en la ley, y no por delegados de la Fiscalía o la autoridad administrativa, quienes bajo el imperio del Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 podían hacerlo, profiriendo ordenes de captura o imponiendo la detención preventiva con claro desmedro de las garantías constitucionales.

---

6. Un ejemplo de estas colisiones se trata en el artículo de Echeverry Enciso (2016).

Sobre este inestimable principio no ha dejado la Corte Constitucional de reiterar su jurisprudencia en las sentencias C-591 de 2005, C-237 de 2005, C-673 del 2005 y C-730 de 2005, entre otras, con lo cual ha tenido la posibilidad de discernir muchas situaciones donde se encuentra comprometida la libertad, como podremos observar en los apartes ulteriores. Veamos qué afirmaba en un principio la Corte constitucional sobre la libertad, especialmente en la sentencia T-490 de 1992, bajo la ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

La imposición de penas de multa o arresto por parte de la administración tenía sustento bajo la Carta de 1886. El artículo 23 de la antigua Constitución no precisaba la autoridad competente en virtud de cuyo mandamiento escrito una persona podía ser detenida o arrestada. A su vez, el artículo 27 de la misma, consagraba excepciones al principio *nemo poena sine legale iudicium* al permitir, entre otros casos, a los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción “penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo”. Finalmente, el artículo 28 de ese Estatuto fundamental contemplaba la aprehensión y retención administrativas por parte del gobierno nacional de personas contra quienes pesaran graves indicios de que atentaban contra la paz pública (Corte Constitucional, T-490, 1992).

Como puede apreciarse, en la anterior constitución colombiana que rigió desde el año 1886 a hasta 1991, cualquier autoridad podía restringir la libertad de las personas e imponer sanciones pecuniarias a quienes consideraran que ponían en peligro el orden o la paz pública. De esa situación se valió el Ejecutivo, en diversas oportunidades, para calmar las reacciones de protesta, las exigencias de grupos inconformes con la administración, para aplacar la expresión disidente y el malestar social. En otras palabras, el Ejecutivo contaba con un poder desmedido para contener cualquier acto de expresión política o social que fuese en contravía de los intereses del gobierno de turno.

La legalidad y el control de la autoridad fue, entonces, una de las principales metas del constituyente de 1991, que antepuso al individuo sobre el Estado, lo que obligó a las autoridades a prestar su apoyo para el cumplimiento y garantía de las libertades y demás derechos fundamentales de la persona y elevó la dignidad humana como pilar fundamental de todo el ordenamiento jurídico. Por esta razón, dado que las autoridades deben servir al cumplimiento de las metas individuales en razón de los derechos

humanos, la libertad no podía seguir siendo mancillada sin una razón válida, previamente contemplada en las leyes, bajo mandato escrito de autoridad judicial competente que la emitiera, en virtud de una investigación criminal rodeada de todos los derechos y potestades que la ley le otorga al investigado para el ejercicio pleno de su defensa. Todo esto, tiene una repercusión directa sobre el tema de la libertad individual dentro del proceso penal, que llevó al tribunal constitucional a sostener:

En materia del derecho a la libertad personal, el constituyente ha estructurado una serie de garantías sin antecedentes en nuestra tradición jurídica. La Constitución establece una reserva judicial en favor de la libertad individual, siendo indispensable el mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, para que una persona pueda ser reducido a prisión, arresto o detención (CP art. 28). En adelante, solamente las autoridades judiciales tienen competencia para imponer penas que conlleven la privación de la libertad. En consecuencia, a la autoridad administrativa le está vedado imponer motu proprio las penas correctivas que entrañen, directa o indirectamente, la privación de la libertad, salvo mandamiento escrito de la autoridad judicial competente [...] (Corte Constitucional, T-490, 1992).

Afirmaciones que encuentran soporte en la estructura del Estado, pues la reserva judicial se da como parte de la vieja tradición francesa de la división de poderes, donde se le confiere a los jueces la facultad de privar de la libertad a las personas como parte del principio de imparcialidad, lo que evita las arbitrariedades que pueden ocurrir cuando las funciones de legislar y juzgar recaen sobre un mismo ente o cuando ellas son atribuidas al ejecutivo. Esto es así dado que, en una concepción democrática republicana, los jueces son quienes están directamente encargados de la defensa de los derechos individuales de las personas frente a las posibles vulneraciones de parte del Ejecutivo y del legislador. De ahí que la protección de tales derechos se confíe a la Rama Judicial como garante de la imparcialidad que ha de existir en las causas o juicios que se sigan contra las personas, pues si la autoridad administrativa tuviese la facultad de imponer penas y decretar arrestos sin intervención judicial, el derecho a la libertad se desvanecería y se tornaría en pura quimera.

Luego, la protección de los derechos humanos parte de la existencia de un órgano autónomo, capaz de emitir decisiones imparciales, firmes, fundamentadas y racionales, amparadas en la necesidad, la proporcionalidad

y previamente conciliadas con otras opciones, a la hora de restringir una libertad. En otras palabras, la restricción de un derecho fundamental ha de tener un fin legítimo que justifique la limitación; el medio utilizado, guardar proporción con el derecho que se restringe y que el valor perseguido sea mayor que el vulnerado. De lo contrario, estaríamos frente a un caso de injusticia apartado del principio de protección de los derechos humanos y de la dignidad. Las restricciones deben estar amparadas en la judicialización del conflicto social como propuesta para erradicar o disminuir sustancialmente la violencia pública y privada, evitando el desbordamiento de la coacción física, dado que la libertad debe ser el principio a proteger.

Razones suficientes para que el constituyente creara un plexo normativo protector de la libertad, que reforzara su alcance y eficacia con la promulgación de la Ley Estatutaria del *Habeas Corpus*, como acción constitucional preferente, dado que ha de ser resuelta a más tardar dentro de las 36 horas siguientes a su presentación bajo amenaza de sanción penal al juez que se niegue o que dilate la resolución del recurso. Es, a su turno, también un derecho fundamental que se predica de todas las personas y que puede ser ejercido por cualquiera a favor de otro como agente oficioso, sin necesidad de ser abogado y ante cualquier juez de la república. Es menester recordar que este derecho no se puede ni limitar ni suspender aun en los estados de excepción. Invaluable principio y acción constitucional que en criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-08, del 30 de enero de 1987, se levanta “[...] como medio para controlar el respeto por la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-08, 1987, párrafo 28).<sup>7</sup>

A pesar de la importancia de la figura jurídica como derecho fundamental y acción constitucional orientada a preservar la libertad y evitar las restricciones ilegales de la misma, el legislador colombiano, mediante decreto 2700 de 1991, quiso limitar el alcance del *Habeas Corpus*, toda vez que en 1987 se dejó en libertad a un reconocido narcotraficante colombiano por haber sido privado de su libertad con violación del debido proceso, situación que llevó

---

7. Sobre el mismo tema, véase: Corte Constitucional, C-620, 2001.

al legislador a restringir la acción en lugar de llamar la atención a los oficiales y suboficiales de la fuerza pública, para que en adelante obraran conforme a derecho. Una vez más, la Corte Constitucional fue quien forzó todo este proceso de defensa de la figura, tal como la había diagramado el artículo 30 constitucional, mediante sentencias C-301 de 1993, bajo la ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz y la sentencia C-010 de 1994, en ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz, cuando se declararon inexecutable ciertos artículos del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), que, en ese entonces, regulaban el habeas corpus, restándole los alcances que le había dado la Carta política.<sup>8</sup> Veamos:

El habeas corpus es una acción pública y sumaria enderezada a garantizar la libertad –uno de los más importantes derechos fundamentales si no el primero y más fundamental de todos– y a resguardar su esfera intangible de los ataques e intromisiones abusivos. Se trata de la principal garantía de la inviolabilidad de la libertad personal. Su relación genética y funcional con el ejercicio y disfrute de la libertad, física y moral, no limita su designio a reaccionar simplemente contra las detenciones o arrestos arbitrarios. La privación de la libertad, de cualquier naturaleza con tal que incida en su núcleo esencial, proceda ella de un agente público o privado, justifica la invocación de esta especial técnica de protección de los derechos fundamentales, cuyo resultado, de otra parte, es independiente de las consecuencias penales o civiles que contra éstos últimos necesariamente han de sobrevenir si se comprueba que su actuación fue ilegítima o arbitraria [...] (Corte Constitucional, C-301, 1993).

De allí que la libertad, además de contar con la acción de tutela para su defensa –por tratarse de un derecho fundamental–, cuenta con otra acción más eficaz denominada habeas corpus, lo que deja explícita la contemplación normativa tanto en el derecho interno como en los diversos tratados internacionales, su alcance y límites en un Estado que dice llamarse social y democrático de derecho. Pasamos ahora a analizar sus limitaciones y pronunciamientos de conformidad con los fallos de la Corte Constitucional.

---

8. El artículo 30 constitucional, sostiene: "Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el Habeas Corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas".



## La captura y su configuración a propósito de los fallos de la Corte Constitucional

Una de las medidas más delicadas que se adoptan dentro del proceso penal y limitan la libertad personal es la captura –como aprehensión física del procesado para los fines de la investigación–, previa orden escrita de autoridad judicial competente o juez de control de garantías a quien debe petitionar el ente acusador la solicitud formal que se dirime en una audiencia preliminar. La restricción a la libertad exige la existencia de elementos materiales de prueba o cognitivos de los cuales se pueda inferir razonablemente que el investigado es autor o partícipe de la comisión de una conducta punible. Luego es el juez, si así lo considera, quien emite la orden de captura con fundamento en las pruebas que le facilite el fiscal.

El capturado debe ser notificado en el acto, de las razones de su aprehensión –mandamiento escrito–, escuchar de labios del captor los derechos que le asisten y llevado ante un juez de control de garantías dentro del improrrogable plazo de 36 horas para que este defina si fue legal el procedimiento de su limitación del derecho a la libertad, en un acto público y asistido por su defensor (Const., 1991, arts. 297, 298, 299). Sin embargo, se admite en el ordenamiento colombiano la captura en *flagrancia*, en los términos consagrados por el artículo 32 de la Constitución.

La captura en flagrancia también requiere de su legalización por parte del juez de garantías, acto que debe realizarse dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, término que se da como tope máximo; es decir, el sujeto capturado, en principio, debe ser colocado *inmediatamente* frente al juez para que determine la legalidad del procedimiento. Pues la Corte ha establecido que, si se deja la legalización hasta última hora pudiendo hacerse antes, el funcionario responsable incurre en un abuso de autoridad sancionado por la ley penal.

Retomando el tema de la orden de captura, el mandamiento escrito debe ser el resultado de una audiencia incoada por la Fiscalía y librada por un juez, una vez se demuestren las exigencias legales que aconsejen adoptar este tipo de procedimiento excepcional, y no el de citar pacíficamente al imputado para que explique su comportamiento –si lo quiere– en un interrogatorio o para que acuda a la audiencia donde se le imputarán

los cargos. Dicho documento debe ser dirigido a una persona concreta, plenamente individualizada y explicar en forma sucinta y clara los motivos que la ordenan (Const., 1991, arts. 297 y 298). Este solo tiene la vigencia máxima de un año, al término del cual debe renovarse.

El operar judicial, bien la Fiscalía cuando la solicita o el Juez de Control de Garantías cuando la discierne, debe determinar en el momento previo de su concesión o negación si en el caso concreto dicha medida es necesaria, adecuada y proporcional, ajustada a los fines constitucionales. Luego no es suficiente con la aportación de elementos materiales de prueba de los cuales se infiera la participación de la persona en la comisión del punible, sino que, además, debe analizarse si esa medida restrictiva de la libertad reúne los requisitos para privar del derecho al acusado. Esto es, debe indagarse si la persona constituye un peligro para la sociedad o la víctima, si efectivamente el dejarlo en libertad ocasionará un entorpecimiento en las labores investigativas por ocultamiento o destrucción de pruebas, si el acusado es persona de la cual se pueda predicar que no asistirá al llamado de la justicia cuando se requiera, que huirá y no afrontará la pena o que no posee arraigo ni nada que lo ate a la municipalidad donde se sigue la investigación.

Ahora bien, cuando se trata de un empleado público, la situación es diversa y se hace necesario escudriñar lo que al respecto ha señalado la Corte en la sentencia C-296 de 2002, bajo ponencia del magistrado Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra:

[...] cuando el capturado en flagrancia es un servidor público, el procedimiento anterior tiene algunas variaciones establecidas justamente por la norma acusada. En efecto, ella dispone que la indagatoria de ser posible se le reciba inmediatamente, y que en cualquier caso una vez practicada esta diligencia se le deje en libertad. Es decir, a la captura y la inmediata indagatoria no puede seguir la privación de la libertad, sino tan solo la adopción de las medidas necesarias para evitar que el sindicado eluda la acción de la justicia. Así las cosas, es claro que la legislación procedimental penal establece una diferencia entre los particulares sorprendidos en flagrancia y los servidores públicos que se encuentran en la misma situación, pues de cara a la privación de la libertad subsiguiente a la indagatoria, los primeros podrán ser objeto de tal medida al paso que los segundos no, pues estos últimos en ese momento deberán ser puestos inmediatamente en libertad (Corte Constitucional, C-296, 2002).

La razón de este trato diferenciado entre particular y servidor público estriba en la necesidad de dar continuidad a la función pública, en no crear traumatismos en la administración del Estado, pues se debe permitir a la entidad estatal conocer la situación en la que ha incurrido el funcionario y poder nombrar a otra persona en su reemplazo. De esta forma, no habrá interrupción del servicio público y la comunidad no se verá afectada por la privación de la libertad del funcionario, pudiendo proceder a su captura si a ello hubiere lugar, para dar continuidad al proceso penal. Luego, la razón del trato diferenciado entre particular y servidor público encuentra clara justificación en la necesidad de mantener el servicio público intacto y no paralizar la administración pública. Ya sea frente a servidores públicos o particulares, el juez siempre ha de ponderar los fines perseguidos antes de limitar la libertad a través de la orden de captura (Corte Constitucional, C-296, 2002). Sin embargo, hasta ahora, solo hemos mostrado lo que ocurre actualmente, por lo que es imperioso dar cuenta del recorrido jurisprudencial que llevó al estado de cosas que hoy nos rige. Por esa razón, iniciaremos con un breve recuento de la sentencia C-024 de 1994, donde se dio la primera gran discusión sobre si es o no constitucional que la policía pueda capturar a una persona sin encontrarse en flagrancia. Es necesario recordar que en el tránsito constitucional muchas normas quedan vigentes y es tarea del tribunal constitucional decidir si ellas se ajustan a las nuevas disposiciones superiores o, por el contrario, requieren ser declaradas inexecutable por vulnerar flagrantemente los contenidos de la carta vigente. Ante esta situación y con la entrada en vigencia de la constitución de 1991, un ciudadano consideró que las disposiciones contenidas en ciertos artículos del Código Nacional de Policía –Ley 1355 de 1970, Decreto Ley 522 de 1971– que permitían a las autoridades de policía realizar capturas sin orden judicial, amparados en razones de orden público, eran abiertamente inconstitucionales y demandó su inexecutable ante la Corte.

Ahora bien, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, al analizar la propuesta que reemplazaría el artículo 28 de la anterior constitución y que, a la postre, decía:

[...] Excepcionalmente, las autoridades administrativas que señale la ley y en los casos en que esta lo consagra, podrán disponer la detención preventiva de una persona con el fin de colaborar con las autoridades judiciales, o el arresto como medida de policía para prevenir o sancionar las infracciones en ella contempladas [...].

*Se decidió no aprobarlo* y fue duramente cuestionado, atendiendo a los abusos realizados en el pasado por las fuerzas de policía y el uso ilegítimo que se dio a la figura, especialmente para combatir la disidencia política. De donde se infiere que fue la voluntad del mismo constituyente suprimir esa modalidad de captura. En su reemplazo, se consagró el siguiente artículo, el cual ha pasado por diferentes interpretaciones que serán materia de estudio, pero por ahora vemos su tenor:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles (Const., 1991, art. 28).

Luego, al comparar la redacción de los artículos del código de policía que permitían la captura administrativa a la luz de la actual constitución, la Corte Constitucional va a afirmar que debemos diferenciar entre policía administrativa y fuerza de policía; la primera tiene funciones de carácter jurídico administrativas encargada de crear un conjunto de normas coactivas para que la población oriente su comportamiento a la conservación de la paz y la tranquilidad; mientras que la segunda se encarga del control del orden público, prevenir la ocurrencia de delitos, colaborar con las autoridades judiciales en la investigación y captura de los infractores de la ley penal. De allí que debemos entender la función de la fuerza de policía como parte de la tarea de la rama ejecutiva en el mantenimiento de la convivencia y, especialmente, en la prevención de acciones orientadas a vulnerar derechos y garantías ciudadanas. Esta es, entonces, un organismo armado de naturaleza civil encargado del mantenimiento de los derechos humanos.

La función de policía como fuerza pública ha de orientarse a contribuir con la investigación, cuando se trata de colaboración con la Rama Judicial, por parte de los jueces y fiscales, quienes darán especial instrucción y guiarán su actividad para que no se desborden las funciones y se mantenga la plena separación de las ramas del poder público mediante la realización de un trabajo

armónico. Por esa razón las funciones de policía judicial se realizarán al amparo de funcionarios de la Rama Judicial. Vemos:

La distinción entre ambas policías es importante no sólo por el principio de separación entre autoridades administrativas y judiciales propiamente dichas sino porque en la práctica numerosas acciones de policía son mixtas y su calificación se funda algunas veces en la finalidad de la acción más que en su contenido [...] Bajo el imperio de la Constitución de 1886, la reducción a prisión o arresto o la detención o el registro domiciliario procedían entonces a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente. ¿Quiénes eran entonces consideradas como autoridades competentes? En términos generales se podía afirmar que estaban facultados para expedir órdenes escritas tanto las autoridades judiciales como las de policía. Hubo pues un cambio importante y democrático en materia de libertad personal entre la Carta de 1886 y la de 1991. Esta última, más celosa de la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio, reservó al funcionario judicial la competencia de su limitación concreta (Corte Constitucional , C-024, 1994).

No obstante, al señalar la reserva legal, la Corte Constitucional va a admitir que la policía pueda realizar capturas administrativas, haciendo una forzada interpretación del inciso segundo del actual artículo 28 de la constitución, bajo el entendido que, de hacerlo, deberá presentarla durante las 36 horas siguientes ante la autoridad judicial para que ella decida si la deja en libertad o legaliza su aprehensión física. De la interpretación integral de la norma no se desprende esta excepción que la Corte consagró por vía jurisprudencial, sin embargo, es necesario recordar que la situación de conflicto armado y delincuencia organizada de aquel entonces era tan grave que, quizá, la Corte terminó por secundar las políticas criminales permitiendo la captura administrativa con miras a la prevención y contención del delito. Pues para el año de 1994, fecha de la sentencia, Colombia estaba en franca lid contra los carteles de la droga, la subversión y la delincuencia organizada que desestabilizaba el orden constitucional y mostraba los graves problemas de gobernanza y legitimidad del Estado. Ello no justifica la decisión de la Corte, pero si muestra lo difícil que debía haber sido tomar la decisión contraria, pues el Ejecutivo no poseía la fuerza e infraestructura suficiente para hacer frente a la multitud de problemas estructurales que afrontaba, y dejarlo sin la posibilidad de capturar a determinados individuos, era como despojarlo de un brazo. El problema es que lo hizo en contravía de los derechos fundamentales.

En este sentido, la captura administrativa irá a ser conservada en el ordenamiento jurídico colombiano para confirmar la identidad de las personas y determinar si tenían o no asuntos pendientes con la justicia; por encontrarse en actitud sospechosa, o mientras se descartaba su participación en la comisión de un delito ocurrido en el área donde hubiese sido retenido.

Distinta a la captura administrativa es la flagrancia, situación que sí encuentra claro soporte constitucional en el artículo 32 donde hace expresa referencia a la posibilidad que tienen las autoridades de policía o cualquier persona para capturar al delincuente sorprendido en la comisión de un delito o en momentos posteriores al mismo. La flagrancia es una situación particular que confiere a los ciudadanos la facultad de aprehensión física de alguien cuando está realizando comportamiento prohibido, debiendo ser llevado ante autoridad competente en el término de la distancia, esto es, de manera inmediata para que decidan sobre la legalidad de su captura (Corte Constitucional, C-024, 1994) .De ahí que ante la figura de la flagrancia las autoridades de policía pueden ejercer la captura administrativa, como también lo puede hacer cualquier ciudadano, en ejercicio de sus deberes constitucionales y legales que le imponen la obligación de contribuir con el mantenimiento de la paz y el orden público, velar por la efectividad de la justicia y colaborar, respondiendo con acciones humanitarias, ante situaciones donde peligre la vida, la salud y la libertad de los ciudadanos. Sin embargo, para no confundir la captura administrativa con los casos de flagrancia, y poniendo un tope a los abusos de las autoridades de policía, la Corte va a establecer una serie de reglas que, en adelante, deben cumplir los funcionarios policiales para poder llevar a cabo la captura sin orden judicial. Se trata, entonces, de un punto intermedio entre la posible realización de una conducta delictiva y la flagrancia misma. Veamos:

[...] la detención preventiva gubernativa tiene que basarse en razones objetivas, en motivos fundados. Esta exigencia busca tanto proteger los derechos ciudadanos contra injerencias policiales arbitrarias como permitir que la legitimidad de la aprehensión pueda ser controlada tanto por los superiores del funcionario que la practicó como por las autoridades judiciales y los organismos de vigilancia y control del Estado. Pero, ¿qué entiende la Corte Constitucional por “motivos fundados”? La Corte considera aplicables a la realidad nacional los criterios desarrollados sobre el tema tanto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, como por la Comisión y la Corte Europea de los Derechos Humanos, puesto que en este aspecto las regulaciones normativas de la

Convención Europea y la Constitución estadounidense son similares a la colombiana. De la reiterada jurisprudencia de estos tribunales se desprende que los motivos fundados son hechos, situaciones fácticas, que si bien no tienen la inmediatez de los casos de flagrancia sino una relación mediata con el momento de la aprehensión material, deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar la detención (Corte Constitucional, C-024, 1994).

La aprehensión debe darse a la luz de situaciones objetivas que permitan concluir, con alta probabilidad, que la persona está vinculada a actividades delictivas, que está próximo a cometer una acción criminal o que esconde algo prohibido. Estas situaciones, a pesar de la advertencia de la Corte de tratarse de situaciones objetivas, no dejan de estar en la mente de los policiales y que terminan siendo reglas subjetivas, pues de la experiencia del policía, de la actitud sospechosa o nerviosismo del sujeto no se desprende, necesariamente, que esté próximo a cometer un delito, y, lo más problemático, es: ¿qué entiende el agente de policía por actitud sospechosa? De ahí a traer a colación los famosos casos de la justicia americana, poco garante de los derechos fundamentales de la persona, fundamentada en la doctrina de la defensa nacional y de teorías que parten de la peligrosidad del agente, no podemos esperar nada sano. Fallos traídos de la Corte Suprema de los Estados Unidos como *Brinegar vs. Estados Unidos*; *Mallory vs. Estados Unidos*. Las decisiones de la Comisión Europea: *Neumeister contra Austria*; *Stogmuller contra Austria*, *Ciulla contra Italia*, *Irlanda contra el Reino Unido*, entre otros, totalmente descontextualizados y atendiendo a realidades sociales absolutamente ajenas, no resuelven la situación de nuestro sistema jurídico. Estos solo son trasplantes jurisprudenciales, que llegan a nuestra legislación sin el acompañamiento de los debates y las duras críticas que tuvieron en sus países de origen, pues las sentencias no solo se conforman con la decisión contenida en el documento que pone fin al proceso, ellas están fuertemente imbricadas con una cultura jurídica, en profunda conexidad con líneas de pensamiento y arduas discusiones previas que dan sentido a la decisión. Pero este material no nos llega y es causa de la ineficacia de muchas figuras trasplantadas a nuestra legislación. Volvamos pues a las reglas establecidas por la Corte en la sentencia C-024 de 1994:

[...] la detención preventiva debe ser necesaria, esto es, debe operar en situaciones de apremio en las cuáles no pueda exigirse la orden judicial, porque si la autoridad policial tuviera que esperar a ella para actuar, ya probablemente la orden resultaría ineficaz (Corte Constitucional, C-024, 1994).

Esta regla parece referirse claramente a momentos donde la comisión del comportamiento prohibido es inminente, está próximo a ocurrir y solo la actividad del policial puede evitarla sin dar tiempo a solicitar la orden judicial. Pero uno se pregunta: ¿en cuáles casos puede esto ocurrir? Dado que, ante la presencia de la autoridad, el delincuente –según las reglas de la experiencia– contiene su accionar delictivo, simula alguna otra actividad y se aleja del lugar. Lo único que se me ocurre imaginar es el caso de una persona secuestrada que a gritos pide por su liberación, cuando se encuentra en lugar cerrado, o quizá cuando se pretende llevar a cabo una violación carnal y los gritos adviertan a los agentes de policía; pero aquí estaríamos frente a la flagrancia y no ante los imaginarios supuestos de la Corte Constitucional para permitir la captura de personas sin orden judicial. La segunda regla hace referencia a la finalidad de la aprehensión:

[...] esta detención preventiva tiene como único objeto verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona y, si es el caso, poner a disposición de las autoridades judiciales competentes a la persona aprehendida para que se investigue su conducta (Corte Constitucional, C-024, 1994).

Luego, la Corte pone un límite temporal a la captura, dado que no puede extenderse más allá del término estrictamente necesario para verificar si la situación imaginada o prevista por el agente de policía era o no verídica. Cualquier demora o retardo en el tiempo necesario para la verificación podría entrar a constituir un ilícito denominado detención arbitraria o captura sin el cumplimiento de los requisitos legales. La siguiente regla hace referencia al alcance y límites de la aprehensión:

[...] esta facultad tiene estrictas limitaciones temporales. La detención preventiva tiene un límite máximo que no puede en ningún caso ser sobrepasado: antes de treinta y seis horas la persona debe ser liberada o puesta a disposición de la autoridad judicial competente (Corte Constitucional, C-024, 1994).



Apenas lógico ha de ser que la captura se restrinja el tiempo exclusivamente necesario. Sin embargo, al extender dicho ámbito temporal a 36 horas, se permite que se abuse del mismo, pues la autoridad bien podría retener a una persona y dejarla libre a las 35 horas. Dicha situación vulneraría de manera ostensible su legítimo derecho a la libertad, luego el haber fijado un límite temporal tan alto cuando se trate de personas que solo fueron aprehendidas por sospechas o para comprobar su identidad; es realmente un abuso de autoridad y un desconocimiento del derecho de libertad como regla general en el Estado social y democrático de derecho. La retención debe obedecer a un propósito:

[...] la aprehensión no sólo se debe dirigir a cumplir un fin preciso –verificar ciertos hechos o identidades– adecuadamente comprendido dentro de la órbita de las autoridades de policía sino que además debe ser proporcionada. Debe tener en cuenta la gravedad del hecho y no se puede traducir en una limitación desproporcionada de la libertad de la persona (Corte Constitucional, C-024, 1994).

La Corte empieza a reiterar lo señalado en reglas anteriores, aunque introduce aquí la idea de la gravedad del hecho, pues, si a manera de ejemplo, observamos la posible comisión de un punible que no tiene señalada pena privativa de la libertad sino una multa o una amonestación, mal haríamos privando al sujeto de su libertad para verificar si se pretendía o no cometer el punible; mientras ello ocurre, le estaríamos imponiendo una pena no prevista en la ley por algo que apenas se sospecha está próximo a ocurrir, situación bastante grave para la libertad y el respeto de la dignidad humana. Más complejo aún es la exigencia de la Corte en el sentido de examinar la gravedad del hecho cuando este ni siquiera ha ocurrido y es probable que nunca llegue a ocurrir, pues apenas estamos en el puro campo de la imaginación policiva que se representa mediante un supuesto. La otra regla refiere:

[...] como es obvio, para estos casos se aplica plenamente el derecho de Habeas Corpus como una garantía del control de la aprehensión, puesto que el artículo 30 señala que éste se podrá invocar “en todo tiempo”. Por consiguiente, todo ciudadano que considere que ha sido objeto de una detención gubernativa ilegal tiene derecho a invocar el Habeas Corpus (Corte Constitucional, C-024, 1994).

La Corte recuerda que existe una acción constitucional y un derecho fundamental orientado a proteger la libertad toda vez que ella sea vulnerada y se tengan especiales razones para creer que su detención fue ilícita. La figura del *habeas corpus*, como ya lo habíamos señalado líneas arriba, se constituye en una verdadera protección y garantía de la libertad, máxime cuando puede ser invocada por interpuesta persona y los jueces tienen un término perentorio para decidir la acción no mayor de 36 horas. Sin embargo, para poder incoar la acción deben transcurrir 36 horas una vez realizada la retención, tiempo durante el cual la libertad queda a entera voluntad de la policía, lo que constituye un flagrante abuso, pues la idea es que nadie pueda ser detenido sin orden judicial. Continuamos así con las demás reglas: “[...] esas aprehensiones no pueden traducirse en la práctica en una violación del principio de igualdad de los ciudadanos” (Corte Constitucional, C-024, 1994).

La anotación que hace la Corte es importante, dado que la libertad, históricamente, se restringió como medida de persecución para aplacar o impedir manifestaciones civiles, reclamos legítimos a las autoridades, acallar las voces de los grupos étnicos y las comunidades indígenas, entre otros. La captura administrativa fue la institución que se impuso como política para contener la protesta y controlar a las masas frente a insoportables injusticias provenientes de la acción o de la omisión del Estado. De allí que se advierta su prohibición como medida discriminatoria contra ciertos grupos minoritarios por razones de sexo, raza, religión, opinión política o filosófica, grupos marginados, comunidades étnicas o frente a estudiantes. De otra parte:

[...] reitera la Corte, que la inviolabilidad de domicilio tiene estricta reserva judicial, pues, salvo los casos de flagrancia, el allanamiento sólo puede ser ordenado por autoridad judicial... La única hipótesis en que la práctica de una detención preventiva autoriza constitucionalmente un allanamiento sin orden judicial es cuando la persona se resiste a la aprehensión y se refugia en un domicilio, puesto que el caso se asimila entonces a una flagrancia y la urgencia de la situación impide la obtención previa de la autorización judicial (Corte Constitucional, C-024, 1994).

La Corte termina por aceptar que el domicilio es inviolable, según lo dispone la misma carta de derechos fundamentales en su artículo 28, y solo es posible violentar tal prerrogativa en caso de flagrancia, caso distinto al aquí tratado, pues nos encontramos frente a las situaciones de una eventual cap-

tura administrativa que ha de operar en momentos diferentes a la flagrancia y bajo los estrictos términos fijados en las reglas analizadas. En conclusión, el fallo de 1994, terminó por legitimar la idea de la captura administrativa, aunque el constituyente primario de manera expresa lo prohibió, pero bajo un forzado ejercicio de hermenéutica, la Corte halló viable tal posibilidad limitándola a las reglas vistas.

Ahora bien, en el caso de la Ley 684 del 2001, pretendía impedir a las personas capturadas, dentro del llamado “teatro de operaciones”, que estas fueran puestas a disposición de autoridad judicial dentro de las treinta y seis horas siguientes a su aprensión, argumentando problemas de logística o de orden público; lo que iría en contra de las garantías plasmadas en el canon 28 y 32 constitucionales. Esta Ley también imponía restricción al movimiento de personas en dichas zonas, obligando registrar a sus pobladores y restringiendo el ingreso de víveres a sus casas, con el propósito de impedir que los subversivos adquirieran suministros a través de la población civil. Y lo peor: imponía al Fiscal General la obligación de informar al alto gobierno sobre el curso de las investigaciones que tenía bajo su jurisdicción. Ante esta ostensible vulneración de derechos, la Corte constitucional mediante sentencia C-251 de 2002, al examinar la constitucionalidad de la norma, Ley 684 de 2001, declaró la inexecutable de la totalidad de su contenido, llamada de Seguridad Nacional y que pretendía constituirse en un instrumento legal para la lucha antisubversiva, pasando por encima de los derechos fundamentales de la ciudadanía y de particulares garantías plantadas en el ordenamiento penal (Corte Constitucional de Colombia, C-251, 2002).

La Ley 684 de 2001 permitía que las personas privadas de la libertad lejos de los centros urbanos fueran puestas a disposición de las autoridades judiciales por simples comunicados y no en persona. Se puntualizó, entonces, que la entrega a las autoridades judiciales debía darse con respeto de lo expresado por la Constitución y en las condiciones en que lo establece la norma penal:

[...] resulta abiertamente contrario a los propósitos del artículo 28 de la Constitución disponer que se entienda que la persona ha quedado a disposición de la autoridad judicial con la mera comunicación de su captura. La Corte ya había señalado que es obligación entregar físicamente al aprehendido a la autoridad judicial. El Estado, por intermedio del juez, tiene la obligación de garantizar la integridad física del capturado, así como realizar un proceso mínimo de individualización, a fin de adoptar las medidas

legales pertinentes. En suma, la orden de entregar la persona a una autoridad judicial no tiene como objetivo exclusivo establecer aspectos de competencia en materia de privación de la libertad, sino que opera como una garantía para la protección integral de la persona [...] (Corte Constitucional, C-251, 2002).

Y, en cuanto al plazo para la entrega de la persona, que dicha ley modificaba y extendía por fuera de los parámetros establecidos en la Constitución, la Corte dijo que no podía entenderse el término de la distancia como un plazo más allá de las 36 horas que la constitución imponía, pues de lo contrario el término estaría supeditado al querer del comandante o a las condiciones en las cuales las autoridades de policía o militares decidieran realizar las operaciones en el campo. Los tratados internacionales que exigen un término para llevar a los capturados ante las autoridades competentes deben interpretarse como garantías a favor del retenido y no puede extenderse el plazo más allá de lo preceptuado en la norma más favorable; luego, si el tratado internacional contempla un término mayor al contenido en la legislación interna, debe aplicarse esta y no aquel, pues ellos mandan y autorizan la aplicación de la norma más garantista o más benéfica al acusado.

En este orden de ideas, nos encontramos con otro particular ataque a la libertad contenido, esta vez, en la Ley 1142 de 2007, por medio de la cual se adoptaban medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana, promulgada a instancia de la Fiscalía, que establecía restricciones a la libertad durante el proceso, negaciones de la detención domiciliaria, capturas sin orden judicial, extensión de las 36 horas para realizar la entrega del capturado, entre otros temas. Fue una norma analizada por parte la Corte Constitucional que declaró su inexecutable por violentar gravemente principios constitucionales. El artículo 21 de la Ley 1142 de 2007, modificadorio del artículo 300 de la Ley 906 de 2004 (actual código de procedimiento penal), permitía la captura excepcional sin orden judicial por mandato del fiscal, motivado, en los eventos en los que proceda la detención preventiva, *cuando por motivos serios y de fuerza mayor no se encuentre disponible un juez que pueda ordenarla*, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada. La Corte Constitucional mediante sentencia C-185 de 2008 declaró inexecutable los apartes

del texto subrayados con lo cual dejó sin aplicabilidad alguna la norma, que permitía al ente acusador continuar realizando aprehensiones sin contar con el aval del Juez de Control de Garantías.

En otro caso, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-237 de 2005, analiza dos incisos del artículo 69 del decreto 1355 de 1970 y concluye que, el primero, hace referencia a una captura bajo la figura de la flagrancia; el segundo, como consecuencia al incumplimiento de una orden de carácter administrativo –evento en el que se estaría violando el principio de reserva judicial, pues la norma contemplaba la posibilidad de capturar a una persona cuando no compareciera a la citación realizada por un inspector de policía–. La Corte expresó que la libertad es un derecho fundamental cuya restricción solo está permitida en virtud de orden judicial, de donde se desprende que existe una cláusula de reserva judicial fundamentada en el artículo 28 de la Constitución. En esta interpretación de la Corte, se hace referencia a las modificaciones de la carta fundamental y termina por concluir que en la actualidad no hay captura administrativa, que la única forma de restringir la libertad es por vía judicial, atendiendo a motivos previamente definidos en la ley y con las formalidades del caso. De allí que muchos doctrinantes hablen de la extinción de la captura administrativa. Solo en caso de flagrancia es viable detener a una persona por parte de la policía y sin mediar orden judicial. Veamos:

La libertad personal es un derecho fundamental inherente a cualquier ser humano. Por ende, el respeto que el Estado debe otorgarle a éste debe ser de máxima intensidad. No obstante, en aras del cumplimiento de los principios y fines del Estado existe la posibilidad que dicho derecho fundamental sea limitado. Pues bien, dicho límite fue radicado por la Constitución de 1991 en cabeza de las autoridades judiciales competentes. Sólo ellas están facultadas para tomar la decisión de privar de la libertad a una persona, lo que garantiza la separación entre los poderes estipulada en el artículo 116 Constitucional y otorga realce al principio democrático [...] Así las cosas, si una norma establece la privación de la libertad, en principio, sin que la decisión tomada provenga de autoridad judicial competente, no estaría ajustada a los postulados Constitucionales que declaran la reserva judicial en este aspecto; y por lo tanto deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, C-237, 2005).

Por lo anterior, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma demandada, dado que les confería la potestad a funcionarios de policía para privar de la libertad a quien no compareciera a una citación elaborada por un

funcionario perteneciente a la rama ejecutiva. Frente al caso de la captura en momentos posteriores a la flagrancia, esta expresó que la única excepción a la reserva judicial estaba constituida por la figura de la flagrancia, expresamente contemplada en el artículo 32 de la constitución. Luego, la captura debe darse en el momento de la comisión del acto criminal; puede hacerse a través de cualquier ciudadano y con mayor razón si se trata de autoridad administrativa, pero nunca puede hacerse con posterioridad a la flagrancia, caso en el que el funcionario competente deberá solicitar ante el juez de control de garantías la respectiva autorización a efectos de no tornar en ilegal la aprehensión y vulnerar el principio de libertad.

Ante esta posición de la Corte, manifestada en la sentencia C-237 de 2005, se puede decir que, por tratarse del análisis de constitucionalidad de una norma del código de policía, el ámbito de validez de la sentencia está condicionado a la norma y no desplaza lo afirmado en la sentencia C-024 de 1994, razón por la cual podríamos afirmar que la captura administrativa aún sigue vigente y que los alcances del fallo se supeditan concretamente a las normas demandadas. No obstante, la referencia que hace a la flagrancia como la única excepción a la regla de la reserva judicial puede y debe entenderse como que ha habido un nuevo pronunciamiento sobre el tema de la captura administrativa erradicando del texto constitucional tal autorización, máxime cuando se puede apreciar en las condiciones sociales, políticas y jurídicas actuales que no hace falta este instituto dados los cambios que en materia de seguridad y gobernabilidad ha experimentado el Estado colombiano. Luego, el precedente puede variar cuando el contexto sociopolítico que dio origen al primer fallo ha cambiado tanto que el juez constitucional debe entenderse con una nueva y notable realidad social, especialmente hoy que los diálogos con las FARC se han concretado en un acuerdo, al punto de generalizarse la noción de posconflicto.

Con posterioridad y en sentencia C-730 de 2005, la Corte Constitucional entra a estudiar el artículo 2º de la Ley 906 de 2004, en el aparte que confería facultad a la Fiscalía General de la Nación para ordenar capturas, pero la Corte no menciona nada sobre la detención preventiva administrativa. Esta concluyó en aquella sentencia que la captura debe darse por expresa orden de autoridad judicial competente con excepción de la flagrancia. Dicha posición que es reiterada en otros fallos tales como la sentencia C-1001 de 2005 y C-187 de

2006. En consecuencia, es posición constitucional que la captura administrativa está en el pasado y ahora la filosofía reinante en materia de libertad informa que solo puede ser restringida mediante orden de autoridad judicial:

Así las cosas, en tiempos de normalidad institucional, salvo la excepción a que alude expresamente el artículo 32 superior para el caso de la flagrancia, nadie podrá ser reducido a prisión o arresto, ni detenido sino por mandamiento escrito de autoridad judicial competente. En estado de conmoción interior igualmente se requerirá mandamiento escrito salvo en flagrancia o en las circunstancias excepcionadísimas a que se ha hecho referencia [...] Ha de concluirse sobre este punto que la intervención judicial se convierte entonces en importante garantía de la libertad, pues en último análisis será el juez el llamado a velar por el cumplimiento y efectividad de los mandatos constitucionales y legales en cada caso en particular (Corte Constitucional, C-730, 2005).

Ahora bien, son reiterados los intentos legales posteriores por querer otorgar facultades a la Fiscalía para que realice capturas inconsultas, de espaldas a los jueces y sin mayores requisitos, que no fueran su particular forma de evaluar el mérito probatorio de los elementos de juicio que ellos mismos recolectan por medio de sus dirigidos. Sin embargo, la Corte volvió a oponerse a tales medidas de política criminal, cuando revisó constitucionalmente el artículo 300 de la Ley 906 de 2004, que estipulaba lo siguiente:

Captura sin orden judicial. En los eventos en que proceda la detención preventiva, el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente ordenes de captura cuando en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, no sea posible obtener inmediatamente orden judicial, y concurra al menos una de las siguientes causales:

1. Cuando exista riesgo de que la persona evada la acción de la justicia.
2. Cuando represente peligro para la comunidad u obstruya la investigación.

En estos casos el capturado será puesto a disposición del juez de control de garantías inmediatamente a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas, para que en audiencia resuelva lo pertinente.

La Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-1001 de 2005, declarando inexecutable la norma porque otorgaba prerrogativas al fiscal, para librar a su acomodo, ordenes de aprehensión en razón a la conveniencia de asegurar a la persona sin someter dicha decisión, a la imparcialidad de una autoridad judicial. La Corte Constitucional, en defensa de las garantías ciudadanas, recordó que las funciones de la Fiscalía ya habían sido dilucidadas en sentencia C-873 de 2003 y C-591 de 2005, precisando que a partir de la introducción del Acto Legislativo 03 de 2002 le compete adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, siempre y cuando existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de un delito. Dicha función es la principal tarea que se le ha atribuido: no se podrá suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución de los punibles cometidos, con excepción a las consagraciones del llamado “principio de oportunidad” y tendrá control de legalidad por parte del juez de control de garantías. Pero en ningún momento aparece la de ordenar capturas, competencia exclusiva de los jueces.

La Fiscalía, actualmente, no posee las facultades con que gozaba en virtud de la Ley 600 del 2000. Ahora, en vigencia del sistema acusatorio (Ley 906 de 2004) y las reformas constitucionales de 2002, no es función de esta asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal al proceso, adoptando las medidas de aseguramiento correspondiente. En este nuevo esquema, la Fiscalía tiene que solicitar ante un juez de la República –juez de control de garantías– dicha determinación. Para esto, deberán acudir con los argumentos que justifiquen la decisión, a fin de lograr la comparecencia de los imputados, en orden a garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, especialmente la de las víctimas. Ello, por la sencilla razón de que así lo ha dispuesto el constituyente primario, quien ha colocado la guarda de la libertad personal en cabeza de un funcionario independiente e imparcial de la gesta investigativa. En este sentido, la sentencia C-1001 de 2005 indica las condiciones en que opera la captura por mandamiento escrito y la limitación a la libertad como mecanismo de aseguramiento:

Al respecto cabe señalar que de acuerdo con el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 como regla general para la captura se requerirá: i) orden escrita proferida por un juez de control de garantías, ii) con las formalidades legales y, iii) por motivo previamente



definido en la ley, iv) el fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida, v) el juez de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano, vi) capturada la persona será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido (Corte Constitucional, C-1001, 2005).

Así mismo, por vía de la jurisprudencia constitucional, se prescribieron los presupuestos para que el juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decrete la medida de aseguramiento contenida en los artículos 308 y 313 de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal, así:

i) que de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, a) se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, b) siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia [...] (Corte Constitucional, C-1001, 2005).

De otro lado, y continuando con la misma línea jurisprudencial de defensa de la preciada libertad, la Corporación mediante la sentencia C-425 de 2008 declaró inconstitucional el párrafo 3 del artículo 18 de la misma Ley 1142 de 2007, que establecía unas inesperadas facultades a la Fiscalía:

En aquellos eventos en los cuales por las distancias, la dificultad en las vías de acceso, los desplazamientos y el orden público, no sea posible dentro del término de las treinta y seis (36) horas siguientes a la captura, trasladar a la persona aprehendida ante el juez de control de garantías, dentro del mismo término, deberá legalizarse su captura con la constancia que haga la Fiscalía General de la Nación respecto de los motivos por los cuales se imposibilitó el traslado y el compromiso de presentarlo tan pronto sean superadas las dificultades. El fiscal asumirá las responsabilidades penales y disciplinarias que correspondan en caso de faltar a la verdad. A esta audiencia asistirá

el defensor de confianza o en su defecto el que sea designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública y el Ministerio Público. La Fiscalía podrá formular imputación y solicitar medida de aseguramiento.

El legislador parece no entender los mensajes establecidos en las sentencias de la Corte Constitucional y, a pesar de haber declarado la inexecutable de normas similares en el pasado, sigue insistente tratando de otorgar nuevamente a la Fiscalía General de la Nación la posibilidad de legalización de la captura con la sola constancia de la imposibilidad de poner a disposición del juez al capturado. Tuvo que recordar la Corporación que, de patrocinarse una ley de este tipo, y supeditando la entrega a la afirmación: “[...] tan pronto sean superadas las dificultades”, se podría poner en grave riesgo la vida e integridad de la persona. Situación que alcanza mayor importancia si tenemos en cuenta que nuestro país se encuentra inmerso en una confrontación armada que ha cobrado un número inestimable de vidas humanas, personas declaradas como desaparecidas, torturadas, gravemente lesionadas, entre otras atrocidades. De allí que la entrega al juez de la persona capturada debe hacerse en forma física para garantizar su integridad física (Corte Constitucional, C-1001, 2005). En síntesis, como se puede evidenciar, ha existido un permanente querer del legislador por asignar, bajo diversas estrategias, funciones a la Fiscalía tocantes a la libertad de las personas, pasando por encima del control de los jueces, como extender el tiempo de la entrega de las personas detenidas, permitir a la Fiscalía emitir ordenes de captura sin orden judicial, admitir que las autoridades administrativas retengan a las personas, entre otras medidas restrictivas de la libertad, pretendiendo burlar la cláusula general contenida en la Constitución, derechos ciudadanos que hoy serían historia sino fuera por el trabajo incesante de la Corte Constitucional en defensa de la comunidad (Corte Constitucional, C-163, 2008).

## **Detención preventiva a la luz de la doctrina constitucional**

La detención preventiva es la decisión más polémica que se puede tomar en el proceso de juzgamiento de personas, con ocasión a la realización de una conducta ilícita, más concretamente, la detención intramural o carcelaria, entendiéndose por tal el confinamiento de la persona en reclusorios, con

limitación no solo de la libertad sino de la comunicación y trato con sus semejantes, posibilidad de trabajar, derecho a tener una atención digna a su salud o, alimentarse conforme a sus personales apetencias, el derecho a tener un hogar y a disfrutar junto a su familia, la posibilidad de satisfacer sus necesidades fisiológicas reproductivas, entre otros derechos.

El principal conflicto que suscita resulta del intento de compatibilizar la detención preventiva con la dignidad humana y el derecho a ser tratado y reconocido como inocente, hasta tanto no sea declarada la responsabilidad mediante sentencia judicial, debidamente ejecutoriada y en firme. En Colombia, el asunto resulta sumamente complicado, al punto que este fenómeno ha recibido por la criminología el nombre de “presos sin condena”, pues el alto índice de personas que sufren los rigores de la pena, en forma anticipada en cárceles inhumanas, para finalmente ser declarados inocentes por los mismos jueces, produce consecuencias perversas e irreversibles. Los efectos ocasionados por la detención preventiva van mucho más allá de una simple decisión judicial donde son declarados inocentes; sus derechos en el mundo social no vuelven a reaparecer tan pronto se emite el fallo, las secuelas permanecen y el daño causado es, prácticamente, irredimible.

Sobre el tema, Carrara decía que la prisión era un “mal necesario”, con lo cual se evidencia la incapacidad del sabio penalista de albergar en su mente algo con que reemplazarla, para terminar por legitimar su existencia. Ello equivale a torcerle el cuello a la presunción de inocencia para trastocarla en “presunción de culpabilidad” del infractor sin condena. De allí que la detención preventiva sea un mecanismo inmediato y eficaz de política criminal, con que han contado nuestros sistemas penales, al ser utilizada con los más variados fines, bien para contrarrestar la alarma social, contener al criminal, como medio de castigo, pena anticipada, entre otros usos de la figura jurídica. En fin, en palabras de Luigi Ferrajoli, no existe en nuestras sociedades ningún mecanismo de política criminal que suscite tanto miedo e inseguridad en los ciudadanos, que entrañe un rezago inquisitorial de considerar culpable al procesado, colocándole en ostensible inferioridad frente a la acusación. Veamos lo que dice:

[...] el imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no solo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también —es decir, sobre todo— por necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación;

para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente su defensa; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando prueba a sus espaldas [...] (Ferrajoli, 1995, p. 549).

Frente a la perversión de la detención preventiva, con inocultables efectos nocivos para el reo y para la sociedad misma, no son pocos los que claman por su abolición; otros piensan en rodearla de precisas exigencias y demandas que debe satisfacer para tornarla compatible con los sistemas judiciales actuales. Sin embargo, hay quienes consideran que es la principal medida que se debe tomar en procura del clamor de justicia expresado por las víctimas y la necesidad de garantizar la seguridad pública. Posee, por antonomasia, un carácter excepcional, pues la regla es la libertad, como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte Constitucional en las sentencias C-106 de 1994 [MP José Gregorio Hernández Galindo], C-327 de 1997 y C-425 de 1997 [MP Fabio Morón Díaz], C-774 de 2001 [MP Rodrigo Escobar Gil] y C-318 de 2008 [MP Jaime Córdoba Triviño]. Esta medida ha de utilizarse en las etapas de investigación durante el proceso, pues su naturaleza preventiva no puede estar determinada por la terminación del mismo bajo el riesgo de confundirse con la pena, desnaturalizando su finalidad meramente precautelar, como lo predicó la Corte en la sentencia C-106 de 1994.<sup>9</sup>

En este orden de ideas y gracias a la aplicación irrestricta del principio de reserva judicial, la detención preventiva solo es posible en nuestro medio, cuando un juez de control de garantías dado el grado de culpabilidad del indiciado y la necesidad procesal de adoptarla la decreta (Const., art. 306). Lo cual es un gran avance originado en el sistema acusatorio, vigente a partir del año 2005, pues en presencia de los anteriores estatutos procesales, la determinación de la viabilidad de la medida de detención preventiva se encontraba radicada en cabeza del fiscal investigador, lo que desnaturalizaba la imparcialidad con que se imponía la medida. Así, el sistema acusatorio plantó nuevos controles y garantías en pro de la juridicidad.

La función del juez de control de garantías ha sido benéfica al materializar el principio de reserva judicial, según lo ha manifestado la Corte Constitucional desde el fallo T-490 de 1992. Los jueces, indica la Corporación, son, frente a la

---

9. Al respecto, véase: Corte Constitucional (C-106, 1994; C-327, 1997; C-425, 1997; C-774, 2001; C-318, 2008).

administración y al legislador, los defensores de los derechos individuales, por ello se les ha confiado su protección inmediata, como garantía de imparcialidad frente a la eventual arbitrariedad, impidiendo que la entidad acusadora termine cumpliendo la doble función de juez y parte. La instancia imparcial que, mediante una decisión motivada, proporcional y razonable, concilia los intereses en pugna permitiendo la judicialización del conflicto y evitando el escalamiento de la violencia mediante el uso de la coacción (Corte Constitucional, T-490, 1992). La detención preventiva, como entiende la doctrina y la jurisprudencia constitucional, no encarna un fin en sí misma, pues solo es un medio que debe ser eficaz a los fines procesales. Esto es, tiene un carácter instrumental. Jamás puede confundirse la detención con la pena, que es uno de los fines del proceso, la detención preventiva es un medio para permitir la comparecencia del procesado (ahora indiciado) a las postreras etapas procesales, para evitar que este continúe con su actividad delictiva e impedir que obstruya la investigación ocultando o destruyendo pruebas. Mediante sentencia C-634 de 2000, la Corte resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4 (parcial) y el numeral 5, inciso 2, del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. Oportunidad que tuvo la Corporación para proclamar, aparte del carácter judicial de la medida, que la detención preventiva es eminentemente cautelar, de naturaleza preventiva y provisional, que como tal se ejecuta sobre la persona del procesado con la finalidad de mantener el estado de cosas que existía al presentarse el hecho, buscando la efectiva ejecución de la sentencia e impedir la continuidad del perjuicio ocasionado con la vulneración del derecho sustancial, debido a la tardanza del proceso para llegar a su culminación. Veamos:

[...]se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena, que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal<sup>10</sup> (Corte Constitucional, C-634, 2000).

En la misma sentencia, la Corte había precisado que la detención preventiva no comportaba ninguna definición sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues al final de las probanzas, puede resultar que la persona gravada con la medida de detención preventiva fuera declarada inocente, caso en el

---

10. Corte Constitucional, C-634, 2000 y C-425, 1997.

que su derecho permanece intacto. De ahí que solo se considere antecedente judicial la condena impuesta en sentencia ejecutoriada. Pero por tratarse de una clara intromisión del Estado en uno de los derechos fundamentales del ciudadano, la medida requiere de una serie de exámenes para habilitar su imposición, como que de las pruebas aportadas al juicio, se infiera razonablemente la participación del indiciado, bien sea como autor o como cómplice en la comisión de la conducta penalmente prohibida. En otras palabras, se debe tener, al menos, un indicio grave que comprometa la responsabilidad del indiciado en la comisión del punible.

La exigencia de al menos un indicio grave de responsabilidad impone al fiscal la necesidad de contar con elementos materiales de prueba que, al ser analizados por la lógica, la sana crítica o las leyes de la ciencia se puede inferir que el indiciado ha tomado partido en la realización de la conducta investigada. No basta, entonces, con una mera sospecha, con una simple conjetura, pues se requiere de la demostración y plena prueba de un hecho indicante que, al ser sometido a las estrictas reglas del raciocinio, abran la posibilidad de conocer o advertir la ocurrencia del hecho indicado, en este caso, la participación del indiciado en su comisión. Luego la simple expectativa despertada por la corazonada o la intuición del agente investigador no autoriza la imposición de la medida de aseguramiento, dada la gravedad que ella conlleva para los derechos fundamentales de la persona investigada.

De lo anterior se deduce que, aquellas circunstancias subjetivas y personales del investigado, como su proclividad al delito o el hecho de haber sido condenado en anteriores oportunidades o su filiación con determinado grupo o partido no son suficientes para solicitar la imposición de la detención preventiva. De ser así, nos encontraríamos frente a un derecho penal de autor, que castiga por el hecho de tener ciertas calidades, por lo que se es más no por lo que se hace. Este derecho es proscrito por el ordenamiento constitucional, dado que en Colombia opera el derecho penal de acto, donde se castiga al sujeto por sus acciones, no por lo que piense o lo que se imagine, menos por lo que sea o las características o rasgos faciales, étnicos, religiosos o políticos (Corte Constitucional, C-239, 1997). Ahora bien, mediante sentencia C-774 de 2001, al resolver la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 388, 396, 397, 398, 399, 400, 403, 404 a 409, 417 y 418 del Código de Procedimiento Penal, la Corte recoge la línea jurisprudencial que en torno a

la medida de detención preventiva había venido sosteniendo desde sus inicios, y realiza unas puntualizaciones que antes no se había atrevido a afirmar, pues el Tribunal Constitucional encontró a la detención preventiva compatible con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, de conformidad con las sentencias C-301 de 1993, C-106 de 1994, C-689 de 1996, C-327 de 1997 y C-425 de 1997. Según la Corte, dicha restricción temporal de la libertad no contrariaba la presunción de inocencia, dado su carácter preventivo no sancionatorio, realizando las necesarias distinciones entre ella y la pena, frente a demandas de personas que imploraban se declarada inconstitucional la norma por violentar el principio de presunción de inocencia.

Los principales argumentos contra la detención preventiva, expuestos en la demanda de inconstitucionalidad, aducían que la persona no debía estar detenida durante el tiempo del juzgamiento, siendo en nuestro medio muchos los casos en que al finalizar el proceso los imputados resultaban favorecidos con sentencia absolutoria, debiendo cargar con las secuelas de haber estado en la cárcel por delitos que no habían cometido. Sin embargo, el discurso de los demandantes se centraba en que la presunción de inocencia no solo se materializaba con prohibir la inclusión de su nombre en bases de datos con antecedentes judiciales y en reconocer al imputado su inocencia, sino en darle trato de tal, esto es dejarlo en la más completa libertad, porque encarcelarlo o detenerlo en un reclusorio es, justamente, tratarlo como culpable, limitar el ejercicio del derecho fundamental a la defensa y desequilibrar las cargas entre el Estado como titular del *ius puniendi* y el sindicado retenido, apresado.<sup>11</sup>

En el mismo sentido, estando en vigencia el Código de Procedimiento Penal de 1991, Decreto 2700 de 1991, recién integrada la Corte Constitucional, al revisar la exequibilidad de la detención preventiva, para esa época consagrada en el artículo 375, 387 y 388 del código citado, la Corte realizó las distinciones sobre la medida precauteladora y la pena, afirmando:

[...] En cuanto se refiere a la detención, la Carta Política distingue claramente entre ella y la pena. El artículo 28 alude a la primera y exige, para que pueda llevarse a cabo, mandamiento escrito de autoridad judicial competente, impartido y ejecutado con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. A la segunda se

---

11. Al respecto, véase: Corte Constitucional, C-774, 2001; C-301, 1993; C-106, 1994; C-327, 1997; C-425, 1997.

refiere el artículo 29, que plasma la presunción de inocencia a favor de toda persona, estatuyendo, para que pueda imponerse una pena, el previo juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y con la integridad de las garantías que configuran el debido proceso [...] (Corte Constitucional, C-106, 1994).

De esta forma, para la Corte una cosa es *detener* a una persona, contra la cual aparecen serios indicios de responsabilidad penal, para que se defienda ante los tribunales de justicia mediante un procedimiento donde gozará de las garantías procesales —como la defensa y el derecho de contradicción—, con la finalidad de definir en la sentencia su responsabilidad y otra cosa muy diferente es privar de la libertad a alguien como producto de un proceso que ha culminado con sentencia condenatoria: la una es preventiva y antecede al juicio; mientras que la otra, consecuencia del juicio y producto del raciocinio del juez que ha dictaminado su culpabilidad por encontrar pruebas suficientes que dejan su convencimiento más allá de una duda razonable. Luego en el primer caso, es decir frente a la medida preventiva de detención, el indiciado permanece inocente, la presunción aún no ha sido desvirtuada; mientras que en el segundo, la sanción o la pena es el efecto de haber confirmado su responsabilidad desvaneciéndose la presunción de inocencia. Pero la pregunta clave es si para los efectos prácticos ¿existe diferencia entre estar detenido en razón de un proceso o por ocasión de una sentencia? Pues la privación de la libertad es igualmente restrictiva en ambos casos, independientemente del motivo, se está preso, sin libertad por un tiempo determinado.

Conforme a lo anterior, las medidas de aseguramiento no requieren un juicio previo, de tal forma que pueden aplicarse a la luz de la constitución nacional, una vez cumplidas las exigencias del artículo 28 de la Carta fundamental, sin implicar el desconocimiento del debido proceso. Para la Corte, pretender que la detención, como medida de aseguramiento, deba estar ligada al cumplimiento íntegro de un proceso llevaría a destruir su carácter preventivo y haría totalmente inoficiosa la función judicial, puesto que la decisión correspondiente podría tropezar con un resultado inútil en lo referente a la efectividad de la pena que llegara a imponerse. Si la persona se deja en libertad hasta tanto no sea condenada, lo más seguro, al decir de la Corte, es que cuando se produzca el fallo, el condenado no va a estar allí presente para responder por la condena, situación



puramente hipotética y sin respaldo empírico alguno (Corte Constitucional, C-106, 1994). Admitiendo la Corte que la medida de detención preventiva es constitucional, no puede darse por simples condiciones de la personalidad del indiciado, se requiere de elementos probatorios objetivos constitutivos al menos de un indicio grave en contra del sujeto. Adicionalmente, la Corte deja entrever que, en sana lógica, la detención preventiva se cae de su peso en una concepción de Estado social y democrático de Derecho, pues si la regla es la libertad, la excepción que es la privación de la misma, solo ha de operar cuando exista certeza de la responsabilidad del acusado, situación que se alcanza con la sentencia; esto es cuando el proceso ha llegado a su fin evaluando todas las probanzas, tanto a favor como en contra. Pero a pesar de advertir la contrariedad de la medida, de percibir lo absurdo del argumento que la soporta y las consecuencias tan gravosas para las personas y sus derechos fundamentales, solo se contenta con dejar plasmada la incoherencia. Veamos:

[...] es sabido que la detención preventiva es una medida cautelar que no se confunde con la pena y que tampoco comporta una definición acerca de la responsabilidad penal del sindicado; sin embargo, conviene no perder de vista que por virtud de la afectación del derecho a la libertad que ella comporta, su adopción se halla rodeada de las mayores precauciones y, precisamente, el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal exige que la medida se aplique “cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso [...] En un Estado Social de Derecho la detención preventiva es una medida excepcional pues recae sobre personas aún no condenadas y, ante todo, porque siendo la libertad la regla general, lo lógico sería que no se privara de ella al sindicado antes de que se decidiera en forma definitiva sobre su responsabilidad [...] (Corte Constitucional, C-425, 1997).

Esta misma posición de la Corte se puede apreciar en diversos fallos donde se legitima la detención bajo criterios pragmatistas y de utilidad, al poner como fin la seguridad pública, la efectividad de la justicia, la posibilidad del cumplimiento de la pena, la protección de las víctimas, entre otros valores que, al ser sopesados con la libertad, termina por limitarse a esta última. Luego la restricción de la libertad individual parece decaer ante la presencia de otros principios de carácter colectivo, cosa que no siempre ocurre en la jurisprudencia de la Corte. En el caso de la sentencia C-221 de 1994, bajo ponencia del Carlos Gaviria Díaz, vimos cómo la seguridad y la salud pú-

blica cedieron frente al libre desarrollo de la personalidad, que terminó por imponerse e impedir que se sancionara el consumo de estupefacientes, pues cada sujeto, según la sentencia, es libre de decidir su propia idea de lo bueno o de lo malo, siempre que su comportamiento no afecte de manera directa a otras personas. Ante esta posición, el Estado debe abstenerse de interferir para no invadir la órbita de la intimidad de las personas. Igual ocurrió con la sentencia C-239 de 1997, bajo ponencia del mismo magistrado, donde el interés especial del Estado por proteger la vida, tuvo que ceder ante los designios de un paciente terminal que deseaba morir, primando su criterio como parte del libre desarrollo de la personalidad. También en el caso concreto del aborto, vimos cómo el derecho fundamental a la vida del nasciturus cedió frente a la libertad de decisión de la madre para ejercer sus derechos reproductivos. Luego la Corte no ha tenido un criterio claro sobre la libertad, de ahí que encontremos sentencias en las que se superponga frente a la vida misma y otras en las que cede ante intereses colectivos.<sup>12</sup>

Retomando el caso de la sentencia C-774 de 2001, la Corte va a sostener que la presunción de inocencia no se encuentra socavada con la admisión de la detención preventiva, incluso va más allá en su análisis al afirmar que está conforme con los tratados internacionales de derechos humanos. Revisa, inicialmente, los principios de presunción de inocencia y de libertad personal como aquellos que, *prima facie*, se oponen a la imposición de las medidas precautelares recalcando que, en el caso de la presunción de inocencia, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna para demostrar su condición de inocente; el Estado es quien debe desvirtuar dicha presunción aportando el material probatorio suficiente para alcanzar la convicción del juez y emitir el fallo condenatorio. Pero este argumento no invalida la ilegitimidad de la privación de la libertad, pues si se respeta la presunción de inocencia, se debe tratar al indiciado como tal y no someterlo a medida de aseguramiento, considerar en serio la presunción obliga a respetar su libertad (Corte Constitucional, C-774, 2001). Ahora bien, según la Corte, es el legislador quien debe regular el ejercicio del derecho a la libertad estableciendo las excepciones, pues se parte del presupuesto de la relatividad de los derechos, todos pueden ser limitados y es el legislador el llamado a establecer

---

12. Al respecto, véase: Corte Constitucional (C-689, 1996; C-221, 1994; C-239, 1997; C-355, 2006; C- 634, 2000).

los casos y fijar las condiciones que tornen viable la limitación de la libertad, tarea que redundaría en beneficio de los asociados porque pueden estar seguros en qué casos resulta admisible. Pero la misma Corte argumentó que esa libertad de configuración normativa del legislador para limitar o restringir derechos tiene como fronteras la constitución, los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, la dignidad humana y los tratados internacionales reconocidos por Colombia. Estos criterios les imprimen a los supuestos de privación de libertad la naturaleza de excepcional, erigiéndose como garantías del derecho fundamental. De allí que el legislador tampoco puede entrar a restringir los derechos fundamentales como a bien tenga, sin limitación alguna (Corte Constitucional, C-153, 1993). Ahora bien, la ley está llamada a establecer los eventos y circunstancias en que una persona puede ser privada de la libertad, por tratarse de un derecho relativo. Su restricción por parte del legislador tiene que cumplir con fines constitucionalmente legítimos, que al decir de la Corte son el asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores, impedir que obstruyan la justicia, garantizar la seguridad a la comunidad y obligarlos a responder por la ejecución o cumplimiento de la pena en caso de ser condenados para garantizar la efectividad de la justicia e impedir la impunidad. El legislador va a recoger estas funciones en normas posteriores, y mostrar así la función creadora de política criminal de la Corte Constitucional, en la medida que sus fallos son acogidos por el legislador en normas positivas.

Otra de las funciones de la detención, según la Corte, encuentra respaldo en el numeral 4 del artículo 250 de la constitución, que impone a la Fiscalía la obligación de velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes del proceso, razonando que si a dicha entidad le corresponde velar por los testigos y sus testimonios, es susceptible y admisible que para procurar este objetivo, solicite las medidas de aseguramiento que considere necesarias, en aras a preservar las pruebas frente a serio y fundado peligro, como son la detención preventiva o medidas menos gravosas como la vigilancia de personas, limitación al poder dispositivo sobre bienes, incautación de documentos, entre otras, condicionadas al ejercicio de su papel investigador.

Por último, considera la Corte que otro de los fines constitucionales asignados a la medida de aseguramiento es la protección de la comunidad, pues el Estado se fundamenta en la prevalencia del interés general, el cual encuentra desarrollo en el segundo canon de la constitución, donde señala como uno

de sus fines esenciales el de asegurar la convivencia pacífica de la comunidad, eso sí, en concordancia con la dignidad humana y el debido proceso para no lesionar las garantías que le asisten al procesado. Por estas razones, la Corte afirma que la medida:

[...] busca cumplir con los fines y objetivos de la investigación penal que se materializan en la judicialización de los punibles tipificados en la ley y en la comparecencia del imputado al proceso impidiendo que se evada de la acción de la justicia. Igualmente, ha entendido que, por su intermedio, se pretende también evitar que el delincuente continúe con el desarrollo de sus actividades ilícitas y con aquellas tendientes a ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios que son importantes para el cumplimiento de la función judicial y para el esclarecimiento de los hechos [...] (Corte Constitucional, C-634, 2000).

De allí que, a los criterios legales para determinar la procedencia de la detención preventiva, deban concurrir los fines, principios y valores que establece la Constitución, pues de no ser así, se cercenaría el derecho a la presunción de inocencia, la libertad personal y el debido proceso, lo cual puede ser impugnado por el procesado y su apoderado o simplemente solicitar el control de legalidad de la medida de aseguramiento. Debido a las concreciones realizadas por la Corte Constitucional en la providencia C-774 de 2001, condicionando la exequibilidad de la detención preventiva al cumplimiento de los fines constitucionales vistos, el legislador tuvo que retomarlos y convertirlos en ley, al regular la imposición de las medidas de aseguramiento dentro del sistema acusatorio, hoy Ley 906 de 2004. Por la anterior razón, la ley que se expidió como nuevo código de procedimiento penal fue muy cuidadosa en determinar las situaciones concretas que es preciso constatar, para definir la factibilidad de una medida tan lesiva a los intereses del procesado, tomando cuatro casos en particular: peligro de obstrucción de la justicia, peligro para la comunidad y la víctima, peligro de no comparecencia al proceso y, peligro de evasión de la pena. Situaciones que legitiman la necesidad constitucional de la medida, e introducidas a la normatividad por vía de la jurisdicción constitucional a través de sus fallos.

Por *obstrucción de la justicia*, como exigencia para hacer viable la medida restrictiva de la libertad, se entiende la existencia de graves y fundados motivos de los cuales se logre inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a

los coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. Lo mismo ocurre cuando se infiera que el imputado impedirá o dificultará la realización de diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.

De otra parte, la libertad del imputado es juzgada *peligrosa para la comunidad*, con fundamento en la gravedad y modalidad delictual, además de los fines constitucionales de la pena. Pero específicamente se determina por la ley cuando hay prueba de la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; del número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos, pues ello contribuye a forjar la idea de respeto que el presunto infractor tiene de la norma y de los bienes jurídicos; el hecho de estar acusado o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento o de estar disfrutando de algún mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional, pues de esta situación solo cabe deducir que al procesado no le importa continuar delinquiriendo y que el estar sometido o haber sido puesto ante los estrados judiciales no le valió de nada; por la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delitos dolosos o preterintencionales; cuando se utilicen armas de fuego, dada la gravedad o el posible peligro común que puede derivarse de este comportamiento; cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo los casos de accidentes de tránsito; cuando el punible sea por abuso sexual con menores de 14 años y cuando se haga parte o pertenezca a un grupo de delincuencia organizada. Todas estas situaciones muestran un carácter alejado del derecho y muy poco apego por la normatividad penal.

En sentencia C-1198 de 2008, la Corte al dirimir la inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 2º, 4º, 24, 25 y 30 (parciales) de la Ley 1142 de 2007, hace hincapié, retomando lo expuesto en la sentencia C-123 de 2004, con fundamento en doctrina nacional y extranjera, en el carácter precario de la ley para determinar las condiciones en que debe operar la medida de aseguramiento, razón por la cual es necesario elaborar otras exigencias adicionales, pues

[...] no es suficiente que los supuestos fácticos por los cuales el legislador considera que una conducta delictiva da lugar a la imposición de una medida de aseguramiento se encuentren establecidos en la ley, es imperativo además que aquéllos sean claros,

precisos y unívocos, esto es, deben excluir cualquier ambigüedad previsible y deben abstenerse de hacer generalizaciones y abstracciones que pudieran minar la seguridad jurídica de los asociados (Corte Constitucional, C-1198, 2008).

Así, retomando el curso de las situaciones fácticas que ameritan la imposición de la medida de aseguramiento, tenemos que es posible hablar de *peligro de no comparecencia o fuga*, por la falta de arraigo con la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; la gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este; el comportamiento del imputado durante el procedimiento o que haya observado en otro juicio anterior, del que se pueda inferir su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena en caso de ser condenado.<sup>13</sup> Este criterio radica en la condición social del ser humano, en las relaciones que se suelen establecer en la vida comunitaria, de donde se crean expectativas propias de negocio, vínculos de familiaridad, pertenencia a un territorio determinado que se expresa en la posibilidad de permanencia del sujeto en cierto lugar. Proseguimos así con el siguiente paso que ha de dar el juez, una vez constatado lo anterior, para poder imponer la medida, es decir la realización del denominado test de proporcionalidad.

## **Test de proporcionalidad de la detención preventiva**

Como se explicó al inicio del tema, la libertad debe ser la regla general y el principio a desarrollar por excelencia. Esta es una de las principales tareas del Estado, ya sea posibilitando su ejercicio al brindar las condiciones materiales para su goce o absteniéndose de interferir en las órbitas privadas de los individuos. Esto es la libertad entendida en sentido negativo y en sentido positivo, las cuales generan para la organización social, obligaciones muy particulares, como la de prohibir ciertos comportamientos que impiden el logro efectivo de la autonomía por parte de los particulares (libertad negativa), la creación de condiciones que contribuyan a la manifestación del derecho en todas sus

---

13. A propósito de la voluntad, consúltense: Echeverry Enciso (2013a).

dimensiones (libertad positiva) y, especialmente, siendo muy cuidadoso a la hora de limitarla, a través de la detención preventiva y la imposición de penas.<sup>14</sup> De allí, que se haya requerido un mecanismo idóneo para sopesar la libertad cuando entra en pugna con otros derechos igualmente fundamentales. Pues bien, la manera de equilibrar los principios como la libertad y otros de singular importancia, en presencia de las denominadas colisiones, es lo que la doctrina y la jurisprudencia ha dado en llamar el *test de proporcionalidad*.<sup>15</sup>

Por lo anterior, decimos que toda persona al momento de ser juzgada en nuestro país, tiene derecho a permanecer en libertad durante el trámite investigativo y el juicio, salvo que se vivencien circunstancias fuera de lo normal que hagan aconsejable apresarla, conforme lo determinan ciertos fines constitucionales asignados a las medidas precautelares, que han sido develados por la jurisprudencia constitucional, la doctrina especializada y la jurisprudencia de tribunales internacionales sobre derechos humanos. Así mismo, la norma contempla una máxima hermenéutica a tener en cuenta cuando se decide sobre la libertad de las personas en el proceso: la privación de la libertad *solo puede ser interpretada restrictivamente*. En otras palabras, lo que la norma hace es proscribir las interpretaciones analógicas *in malam partem*, en temas que comprometan la libertad, pues esta debe ser gozada o disfrutada en el mayor nivel posible, compatible con un número igual de libertades para los demás,<sup>16</sup> recordando siempre su carácter relativo. De otro lado, el principio hermenéutico determina que, frente a cualquier oscuridad o duda de la norma procesal referida al tema, debe preferirse la interpretación que favorezca los intereses de la persona afectada (principio *favor rei*).

Adicional a lo anterior, la norma contiene directrices para el funcionario judicial en relación con las circunstancias que debe tener en cuenta al aplicarla, a saber: que sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los fines constitucionales. En otras palabras, se consagra el *principio de proporcionalidad*,<sup>17</sup> como elemento de gran valía, para discernir sobre la viabilidad o no de las me-

---

14. Al respecto, véase: Echeverry Enciso (2015).

15. Sobre el tema, véase: Alexy (2003).

16. Parafraseando a Rawls. Al respecto, véase: Echeverry Enciso (2013).

17. Sobre el principio de proporcionalidad, puede consultarse a Bernal Pulido (2005).

didadas de aseguramiento restrictivas de la libertad. De ahí, que en este apartado nos encargaremos de revisar en qué consiste el principio de proporcionalidad y cuáles son los elementos que lo integran.

Pues bien, la Corte Constitucional comenzó a hablar de *proporcionalidad*, mediante de la sentencia C-022 de 1996 estableciendo su significado e importancia como los elementos que lo estructuran, para de ahí en adelante ir decantando su sentido y utilidad. En principio, la Ley 48 de 1993 establecía un beneficio para los bachilleres que prestaran servicio militar. Un ciudadano demandó esta norma por violar el principio de igualdad frente a aquellas personas que no prestaban el servicio, ya sea por su condición de mujer, por no haber salido favorecido en el sorteo o por incapacidad física para tomar las armas. Quienes prestaban servicio militar gozaban de un aumento equivalente a un 10% en el puntaje total del examen de Estado, realizado al culminar los estudios secundarios, puntaje fundamental para el posterior ingreso a la universidad. En esta ocasión, la Corte sostuvo que el privilegio a favor de estos bachilleres solo sería posible constitucionalmente, de existir una “razón suficiente” que lo justificara. En otras palabras, en un Estado social y democrático de derecho, solo son admisibles las diferencias de trato justificadas que, en lugar de aumentar la brecha entre los ciudadanos, posibilite la inclusión de aquellas personas menos favorecidas. La Corte entra a dividir el principio de proporcionalidad en tres etapas o sub-principios a efectos de diferenciar la razonabilidad de la proporcionalidad así: *idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*, con lo cual asume el modelo europeo que se ha venido utilizando por los tribunales constitucionales de dicha parte del mundo, para discernir asuntos que tengan que ver con las libertades individuales, derechos fundamentales y sopesar los tratos diferenciados en pro de la igualdad. La Corte afirmó en aquel entonces:

El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y



la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes [...] (Corte Constitucional, C-022, 1996).

Así, la Corte afirma que una decisión es adecuada cuando busca compaginar un fin constitucionalmente válido con otro fin legítimamente reconocido por el texto superior, que se ve restringido por necesidad a efectos de salvaguardar el que más interese en el caso concreto, utilizando el medio menos oneroso posible, afectando en lo mínimo al principio en pugna. Luego el medio utilizado para acceder al fin válido debe ser el menos traumático para otros fines constitucionales válidos, pues de existir un medio menos costoso, ha de utilizarse este. La proporción es el balance que se hace entre los fines perseguidos y el fin que se sacrifica. Quizá, un ejemplo nos ayude a entender mejor este test: El alcalde de la ciudad de X, preocupado por el alto índice de hurtos perpetrados por personas en motocicletas, decide emitir un decreto restringiendo la movilidad en dichos vehículos dentro de la ciudad, la norma al ser analizada no supera el test de proporcionalidad, dado que el fin perseguido –la seguridad pública– sacrifica otros fines igualmente válidos, como la libertad de locomoción y el derecho al trabajo –para aquellas personas ocupadas en mensajería–, entre otros derechos fundamentales.<sup>18</sup> Se argumenta la existencia de otros medios menos onerosos para los derechos de las personas, como ubicar retenes y centros de control policial, requisas periódicas a los motociclistas, verificación de documentos, entre otras que no afectaban tanto como la decisión adoptada por el Alcalde y obtienen el mismo fin.

En un pronunciamiento, la Corte analiza el tema respecto a que:

[...] los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo (Corte Constitucional, T-422, 1992).

---

18. Sobre el tema, véase: Prieto Sanchis (2007) y Bernal Pulido (2007).

Ahora bien, la importancia de la realización del examen de proporcionalidad para cada caso en concreto, donde se discierna la viabilidad de limitar la libertad personal, nos dirá si es legítimo aplicar la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva del indiciado o investigado. Y cuando sea la libertad personal del procesado la que deba ceder o dar paso a la preeminencia de otros derechos, deberá tener en consideración que dicha limitación sea lo más leve o mínima posible.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha venido tratando en muchas providencias el tema de la proporcionalidad, que considera es preciso aplicar para resolver el conflicto de derechos fundamentales, ajustándolo a diversas problemáticas del proceso penal, como por ejemplo a las intervenciones que se realizan sobre las personas –registros personales, inspecciones corporales, obtención de muestras que involucren al imputado– y, en especial, sobre decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de bienes del indiciado, pues la intromisión del Estado en estas esferas genera un conflicto o colisión de principios, entre ellos, el de la seguridad pública, la necesidad de un orden justo, la eficacia de la justicia, el derecho de las víctimas a obtener verdad, justicia y reparación que chocan con la intimidad, el derecho a no autoincriminarse, el derecho a la subsistencia que se ve afectado por la incautación de bienes, el derecho al trabajo y a ejercer profesión u oficio cuando la medida consiste en suspender su ejercicio, entre otras restricciones.

Luego el *test de proporcionalidad* no deja de ser una herramienta indispensable tanto para la defensa como para el ente acusador. Igualmente será posible juzgar su legitimidad siempre y cuando no exista otro medio alternativo limitador de derechos con igual eficacia, pero menos lesivo, lo que puede determinarse con justeza la *proporcionalidad* entre la gravedad del hecho criminal y la gravedad de la afectación del derecho fundamental que se va a realizar. Lo cual, obviamente, no solo es aplicable a este asunto de las intervenciones corporales del procesado, sino por igual a toda decisión que limite su libertad personal durante el proceso o en la ejecución de la sentencia. En otras palabras, la proporcionalidad es un juicio que se da entre el derecho que se pretende afectar y el medio que se utiliza para lograr el fin perseguido por el Estado con la afectación.

Respecto a las circunstancias que estructuran la *necesidad*, erigida como principio constitucional, la Corte indica que esta es una figura jurídica, una institución o principio relativo al logro de los objetivos del proceso penal en

general y a los fines de cada medida cautelar en particular. Es necesaria la medida cuando es indispensable para alcanzar los objetivos o fines, a los cuales ya se ha referido la Corte. El legislador dentro de su libertad de configuración normativa puede establecer diversos criterios de necesidad porque la Constitución no fija un parámetro único y puede modificarlos para atender cambios en la política criminal, siempre que respete la Constitución y los tratados internacionales sobre la materia y no admita que la medida pueda ser dictada por capricho o simple conveniencia, afectando derechos más importantes que los tutelados. Finalmente, es a la luz de la política criminal del Estado que se tornan más o menos exigentes las circunstancias que configuran la necesidad como principio, todo en aras de dar cumplimiento a la teleología constitucional. En otras palabras, la necesidad deviene de la no existencia de otros medios menos onerosos y del riguroso cumplimiento de los fines perseguidos por el Estado.<sup>19</sup>

En la sentencia C-426 de 2006, también, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de aludir al tema de la aplicación del *test de proporcionalidad* en materia penal y derechos del procesado, cuando revisó el artículo 318 de la Ley 906 del 2004, en punto a las expresiones “[...] por una sola vez [...]” y “[...] contra esta decisión no procede recurso alguno [...]”, al regular el derecho que tienen las partes de solicitar la revocatoria de la detención preventiva ante el juez de control de garantías. Pues el legislador circunscribió a una sola oportunidad la posibilidad de solicitar el levantamiento de la medida (Corte Constitucional, C-426, 2006). Esta limitación restringe el derecho a acceder a la libertad de las personas cobijadas con medida de aseguramiento, cuando en el transcurso del proceso aparezcan elementos probatorios que den cuenta de la inutilidad de mantener a la persona retenida por no cumplirse los fines que la inspiran. Por esta razón la Corte declaró inexecutable las expresiones citadas anteriormente.

Así las cosas, la doctrina de la Corte Constitucional colombiana determina que la aplicación del principio de la proporcionalidad es necesaria al momento de decidir sobre la medida de aseguramiento y la detención preventiva. Pues ellas deben adecuarse, inicialmente, a un fin constitucional definido al tenor de lo consagrado en la legislación, esto es, que la detención preventiva tiene un mero fin procesal, se constituye como mecanismo excepcional y de *ultima ratio*, bien para proteger a la comunidad, a la víctima, salvaguardar los fines

---

19. Sobre el tema de la ponderación, véase: Bernal Pulido (2005).

de la administración de justicia y evitar la posibilidad de fuga del inculcado. Adicional al plegamiento de las decisiones jurisdiccionales limitativas de la libertad y de derechos fundamentales en el proceso, a los fines constitucionales declarados; es menester demostrar que no existe otro mecanismo alternativo menos lesivo. De allí que, para el cumplimiento de los fines constitucionales en punto al aseguramiento del procesado, es preciso, antes de acudir a la detención intramuros, revisar la factibilidad y utilidad de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad que, en el mejor de los casos, pueden ser suficientes para procurar idénticas finalidades.

Como corolario, y ante la necesidad de aplicar el test de proporcionalidad —de buscar siempre el medio menos lesivo de los derechos fundamentales del procesado—, se ha creado el principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento, de donde se infiere que ellas tienen el propósito de cumplir los fines constitucionales ya expuestos y que la última y más grave es la detención preventiva; luego si se puede imponer una medida menos grave ha de hacerse a no ser que el caso amerite la imposición de la detención. Ello debe funcionar como un sistema donde se inicia con el análisis de la medida menos restrictiva hasta llegar a la más grave. En este sistema de gradualidad de las medidas de aseguramiento, se enfatiza la necesidad de intervención del juez, en las valoraciones que preceden a la selección e imposición de aquella que resulte más adecuada para el cumplimiento de los fines que les son propios, atendidas las particularidades del caso concreto y determinadas circunstancias relevantes de la condición personal del imputado o acusado como *la vida personal, laboral, familiar o social*, con cuya prédica la Corte Constitucional revaloriza el sentido humanitario del derecho y coloca sobre el tapete del análisis judicial, las circunstancias de índole personal del procesado para que con una medida de esta naturaleza, no se vaya a lesionar gravemente las condiciones de su dignidad personal y familiar. A estas circunstancias se acude para favorecer al indiciado no para perjudicarlo porque se estaría ante un derecho penal de autor o de enemigo.

En fin, lo que procura un instrumento de esta calidad es posibilitar la producción de decisiones judiciales, donde se expliquen las razones que tienen los administradores de justicia, para optar por la limitación de un derecho fundamental de gran valía. Esto es que en verdad exista una motivación seria, exposición de buenas razones y defendible ante la ciudadanía, que siempre

está ávida de exigir a los órganos jurisdiccionales una verdadera impartición de justicia. Las decisiones de los jueces, en modo alguno, pueden ser arbitrarias o caprichosas, pues deben obedecer a un entramado de razones que justifiquen su posición frente a las partes del proceso, pero mayormente frente a la comunidad jurídica y la sociedad en general. Ciertamente los jueces tienen el poder otorgado por la democracia, pero al decir de Chaim Perelman (1988), sus decisiones no pueden basarse en el mero poder sino que la misma autoridad debe acreditarse justificando la sustancialidad de sus fallos. Es por ello que la Corte constitucional exige de la judicatura verdaderas motivaciones en sus fallos. Ya en sentencia C-037 de 1996, al analizar la constitucionalidad del artículo 55 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, sostuvo:

[...] no cabe duda que la más trascendental de las atribuciones asignadas al juez y la que constituye la esencia misma del deber constitucional de administrar justicia, es la de resolver, con imparcialidad, en forma oportuna, efectiva y definitiva los asuntos que los sujetos procesales someten a su consideración. Para ello, es indispensable, como acertadamente se dice al inicio de la disposición que se revisa, que sean analizados todos los hechos y asuntos planteados dentro del debate judicial e, inclusive, que se expliquen en forma diáfana, juiciosa y debidamente sustentada, las razones que llevaron al juez para desechar o para aprobar los cargos que fundamenten el caso en concreto (Corte Constitucional, C-037, 1996).

El rol llamado a desempeñar por parte del juez dentro del entramado jurídico, en punto a la argumentación de sus decisiones, es tema que ha venido siendo trabajado laboriosamente por la Corte Constitucional. Especialmente porque la justificación de las decisiones judiciales constituye el primer elemento para alcanzar la legitimidad de su actuar y el consecuente camino para la erradicación de la arbitrariedad. En la sentencia C-836 de 2001, al estudiar la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, relativo al parámetro para que las decisiones uniformes proferidas por la Corte Suprema de Justicia constituyan doctrina probable, este tribunal sostuvo:

[...] la 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. [...] la labor del juez no puede reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se

estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado [...] (Corte Constitucional, C-836, 2001).

La Corte considera que una decisión o sentencia sin la debida exposición de los argumentos sobre los que se basa se torna de inmediato en un acto de poder despótico, en una clara desviación de poder que deslegitima la actuación de los jueces y enturbia la transparencia que ha de mostrar siempre la justicia. En la sentencia C-590 de 2005, la Corte expresó el carácter inválido de las decisiones que carezcan de una justificación razonada, invalidez que se puede controvertir mediante la acción de nulidad de los actos judiciales por violación del debido proceso, dado que la justificación es inescindible de la decisión o, en aquellos caso en que la sentencia no admita recurso alguno, puede, incluso, atacarse la validez de la misma por vía de tutela por atentar contra el derecho de acceder a la justicia, a la verdad y al orden justo. Solo resta decir, que una limitación a la libertad, bien sea por medio de una medida de aseguramiento o de la detención preventiva que no esté debidamente justificada, constituye una violación del principio de libertad y desconoce el principio de proporcionalidad, derechos fundamentales del procesado.

## **Conclusiones**

Es evidente que la Corte Constitucional mediante sus fallos en materia de captura administrativa, detención preventiva y respeto por la libertad, fue construyendo unos parámetros. A manera de política criminal, estos generaron las pautas para que el legislador y el ejecutivo empezaran a limitar sus expectativas en pro del orden público con la detención de las personas por simples sospechas y conjeturas, desconociendo uno de los más preciados derechos fundamentales. Estas pautas o directrices trazadas por la Corte Constitucional se amparan en el reconocimiento de la dignidad humana, en los tratados internacionales reconocidos por Colombia, en el desarrollo jurisprudencial de la misma corporación y en la noción de Estado social y democrático de derecho. Estas figuras que tienen como bandera el respeto

por la autonomía, la libertad de cuerpo, la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad, el debido proceso, la presunción de inocencia y el reconocimiento del sujeto como persona moral capaz de tomar sus propias decisiones y responsable de sus actuaciones.

Frente al derecho fundamental de libertad, a pesar de las múltiples providencias de la Corte —especificando que esta no podía ser limitada sino por virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente—, el Ejecutivo y el legislativo intentaron en varias oportunidades, por medio de leyes y decretos, restringir la libertad de las personas sin necesidad de acudir a la instancia judicial, argumentando razones de seguridad pública o como instrumento para combatir la subversión o como medida idónea para contener el tráfico de estupefacientes, entre otras razones. Sin embargo, los ciudadanos demandaron la constitucionalidad de dichas normas y la Corte las declaró inexecutable por no ajustarse al texto constitucional. Esta aprovechó la ocasión para señalar que la libertad era la regla general y se podía restringir solo cuando existieran especiales fines constitucionales que, al ser ponderados con los fines perseguidos por la norma restrictiva, mostraran la necesidad de su aplicación en estricta proporcionalidad con los derechos de los ciudadanos.

La Corte estableció por vía jurisprudencial que los fines constitucionales que ameritaban una posible restricción a la libertad no podían ser diferentes a la protección de las víctimas del delito y la ciudadanía en general, la protección de la investigación cuando existieran serios indicios de los cuales se pudiera inferir razonablemente, que el indiciado entorpecería la investigación ocultando o destruyendo material probatorio, constrañendo a los testigos o persuadiendo a los cómplices y coautores para que no colaboraran con la administración de justicia. Esta también expuso que el cumplimiento de la pena era fundamental para el logro de la justicia y constituía uno de los elementos de la eficacia normativa, razón por la que permitió que se restringiera la libertad cuando hubiese razón para creer que el sindicado o indiciado incumpliría el llamado de los jueces y emprendería la fuga para evitar el castigo. Así mismo, cuando la persona no muestre, por su carácter o por juicios previos, un comportamiento tendiente a obedecer y a acudir diligentemente al proceso, se puede dictar la medida de aseguramiento. Pero dicha medida, debe ser el resultado de un proceso racional de ponderación donde se confronten los fines constitucionales puestos en juego, ya sea la

seguridad pública, la administración de justicia o el derecho de las víctimas de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición frente a la libertad y presunción de inocencia del sindicado o indiciado.

Lo anterior, en la medida que se logre establecer que no existe mecanismo idóneo menos gravoso para los derechos del sindicado, pues, de existir un medio que cumpla con los fines ya señalados, debe acudirse a este y no a aquel que priva de la libertad. De ahí la necesidad de la gradualidad de las medidas de aseguramiento, que deja como caso extremo la detención preventiva. En todo caso, ella no se puede imponer si, bajo el examen particular de la investigación, al aplicar el test de proporcionalidad, se encuentra que no es el medio adecuado al fin, que no se necesita de la medida o que la limitación impuesta al reo es más grave que el fin perseguido. Fue esta la oportunidad para que la Corte lograra imponer el test de proporcionalidad por vía jurisprudencial, al punto que la nueva legislación contempló expresamente, como fines de la pena, los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad, traídos en fallos de la misma corporación por aplicación de la jurisprudencia de tribunales de derechos humanos internacionales y de la doctrina extranjera, más concretamente lo expresado por Robert Alexy, como medio para lograr superar la colisión de principios.

Así las cosas, la libertad se establece como principio fundamental que solo puede ser limitado en virtud de mandamiento escrito, de autoridad judicial competente, con el lleno de las formalidades exigidas por la ley y solo para cumplir fines estrictamente constitucionales, como los ya vistos. Sin embargo, debe, en cada caso concreto, aplicarse el test de proporcionalidad para ver si se justifica o no la medida. La única excepción a la cláusula de reserva judicial, como se ha denominado a la potestad de los jueces para retener a alguien, es la llamada flagrancia, figura que encuentra soporte constitucional en el artículo 32 del texto superior, siempre que la persona sea sorprendida y aprehendida al momento de cometer el punible o cuando es encontrada en cercanías de la escena con bienes o elementos producto del delito.

De ahí que podamos afirmar con plena confianza que la captura administrativa es cosa del pasado y que si bien la Corte constitucional en un principio la amparó como medida orientada a la prevención de la delincuencia en sus primeros fallos, con posterioridad terminó por erradicar tan odiosa práctica que, para calmar los ánimos del pueblo ávido de justicia, era utilizada por los



agentes de la fuerza pública sin ningún control vulnerando flagrantemente la libertad de las personas, particularmente en las famosas capturas masivas que se convirtieron en el pan de cada día, como medida para aplacar los ánimos de la gente cuando ocurrían sucesos violentos o atentados terroristas. La captura administrativa también se utilizó como herramienta política para perseguir a estudiantes, sindicalistas, miembros de la oposición y todas aquellas personas que levantaban su voz de protesta ante la acción u omisión de las autoridades o gobiernos de turno, fracturando la democracia, la libertad de cuerpo, la libertad de expresión y de opinión política.

## Referencias

- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (1998). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (5), 139–154.
- Alexy, R. (2002a). *Derecho y razón práctica*. México: Fontarama.
- Alexy, R. (2002b). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2005a). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2005b). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2007). La racionalidad de la ponderación. En M. Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional* (pp 409-431). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carta Magna, artículo 39. Recuperado el 23 de mayo de 2015 de: [http://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist\\_medi/documentos/occidente/carmagna.pdf](http://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist_medi/documentos/occidente/carmagna.pdf).
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (2006 [1991]). Bogotá: Editorial Legis.

- Echeverry Enciso, Y. (2013a). El error como eximente de la responsabilidad penal en Colombia. *Precedente. Revista Jurídica*, 3, 213-254.
- Echeverry Enciso, Y. e Illera Cajiao, J. A. (2013b). Libertad e igualdad en la teoría de John Rawls. *Revista Conflicto & Sociedad*, 1(1), 36-56.
- Echeverry Enciso, Y. y Oñate Delgado, L.V. (2016). La prohibición de reforma peyorativa como principio y garantía constitucional. *Precedente. Revista Jurídica*, 9, 111-153.
- Echeverry Enciso, Y. (2015). Las obligaciones civiles y las víctimas del secuestro en Colombia. *Precedente. Revista Jurídica*, 7, 235-305.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta. Ferrajoli, L. (2006). *Garantías y derecho penal* [Traducción de Marina Gascón Abellán]. En J. O. Sotomayor Acosta (Coord.), *Garantismo y derecho penal* (pp 10-19). Bogotá: Editorial Temis.
- Perelman, C. (1998). *Lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.
- Prieto Sanchis, L. (2007). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional* (pp 81-113 ). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vigo, R. L. (2012). Derecho y Moral en el Estado de Derecho Constitucional (Proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico). *Prudentia iuris*, 74, 57-78.

## Fuentes normativas

- Corte Constitucional. (19 de junio de 1992). *Sentencia T-422*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (8 de junio de 1992). *Sentencia T-409*. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (13 de agosto de 1992). *Sentencia T-490*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (5 de junio de 1992). *Sentencia T-406*. [MP Ciro Angarita Barón].

- Corte Constitucional. (28 de octubre de 1992). *Sentencia C-574*. [MP Ciro Angarita Barón].
- Corte Constitucional. (30 de marzo de 1993). *Sentencia C-127*. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (22 de abril de 1993). *Sentencia C-153*. [MP José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional. (2 de agosto de 1993). *Sentencia C-301*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (6 de octubre de 1993). *Sentencias T-422*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (1 de febrero de 1993). *Sentencia C-024*. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (10 de marzo de 1994). *Sentencia C-106*. [MP José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional. (5 de mayo de 1994). *Sentencia C-221*. [MP Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (13 de mayo de 1994). *Sentencia T-230*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (9 de febrero de 1995) *Sentencia C-038*. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (23 de enero de 1996). *Sentencia C-022*. [MP Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (5 de febrero de 1996). *Sentencia C-037*. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (5 de diciembre de 1996). *Sentencia C-689*. [MP José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional. (10 de julio de 1997). *Sentencia C-327*. [MP Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (20 de mayo de 1997). *Sentencia C-239*. [MP Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (4 de septiembre de 1997). *Sentencia C-425*. [MP Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (31 de mayo de 2000). *Sentencia C-634*. [MP Vladimiro Naranjo Mesa].

- Corte Constitucional. (13 de junio de 2001). *Sentencia C-620*. [MP Jaime Araujo Rentería].
- Corte Constitucional. (25 de julio de 2001). *Sentencia C-774*. [MP Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (9 de agosto de 2001). *Sentencia C-836*. [MP Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (11 de abril de 2002). *Sentencia C-251*. [MP Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas].
- Corte Constitucional. (23 de abril de 2002). *Sentencia C-296*. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. (30 de septiembre de 2003). *Sentencia C-873*. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (15 de marzo de 2005). *Sentencia C-237*. [MP Jaime Araujo Rentería].
- Corte Constitucional. (9 de junio de 2005). *Sentencia C-591*. [MP Clara Inés Vargas, Hernández].
- Corte Constitucional. (12 de julio de 2005). *Sentencia C-730*. [MP Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional. (3 de octubre de 2005). *Sentencia C-1001*. [MP Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional. (31 de mayo de 2006). *Sentencia C-426*. [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional. (10 de mayo de 2006). *Sentencia C-355*. [MP Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (14 de marzo de 2007). *Sentencia C-176*. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. (20 de febrero de 2008). *Sentencia C-163*. [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional. (27 de febrero de 2008). *Sentencia C-185*. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (9 de abril de 2008). *Sentencia C-318*. [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional. (4 de diciembre de 2008). *Sentencia C-1198*. [MP Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional. (12 de diciembre de 2012). *Sentencia T-1078*. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (16 de mayo de 2012). *Sentencia C-365*. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1987). Opinión Consultiva, número OC-08, párrafo 28.



# 02

## **El lavado de activos en la jurisprudencia colombiana: tensiones, aciertos y desaciertos\***

---

**Yecid Echeverry Enciso**

Universidad Icesi | yecheverry@icesi.edu.co

**Leydy Alexandra Trujillo Botina**

Universidad Icesi | leydy.trujillo@correo.icesi.edu.co

\* El presente documento es producto de investigación correspondiente al Proyecto Interdepartamental *25 años de la Constitución Política: balances y perspectivas en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho*, registrado en el Grupo de Investigación Precedente de la Universidad Icesi y reconocido por Colciencias en categoría A1, en coordinación con miembros del Grupo de Investigación Nexos de la misma Universidad.

El régimen económico de Colombia está supeditado a la intervención del Estado en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, servicios públicos y privados (Corte Constitucional, C-228, 2010);<sup>1</sup> la libertad económica ha permitido el desarrollo de toda actividad mercantil que propenda a satisfacer el interés general y contribuir al ánimo de lucro que caracteriza la constitución de personas jurídicas (sin olvidar que algunas entidades no persiguen el ánimo de lucro, como las ESAL). No obstante, algunos agentes se han aprovechado de las bondades del mercado para introducir activos de procedencia ilícita y gozar de estos a través de actividades legítimas, lo que conlleva a la desestabilización del orden económico y perjudica a aquellos empresarios y comerciantes que ejercen su actividad mercantil de manera legal, respetando la libre competencia y los límites propios del Estado.

En este orden de ideas, el derecho penal se ha ocupado de construir un tipo delictual sobre lavado de activos, permeando gran número de actividades subyacentes a través de los verbos rectores; ello responde a las exigencias internacionales y a las propias de la sociedad, debido a la contaminación que el comportamiento desviado ha generado en casi todos los sectores de la economía, y la cultura de ilegalidad plasmada en ciertas poblaciones, donde la facilidad para conseguir dinero mediante esta actividad se ha hecho llamativa, sin medir las consecuencias sociales, económicas y políticas que acarrea.

Ahora bien, el derecho penal debe ser la *ultima ratio*, por lo que el Estado, en principio, habría de agotar el derecho administrativo como mecanismo de prevención del lavado de activos. En ese sentido, se han promulgado diferentes acuerdos interbancarios, decretos y circulares que obligan a algunos entes económicos a la adopción de políticas y procedimientos encaminados a la prevención y represión oportunos del lavado de activos; así como las medidas a tomar frente a un posible caso de este punible.

Además de estas medidas, que también buscan fortalecer los distintos sectores económicos como es el financiero –siendo este el más utilizado por los criminales para agotar la colocación de los activos en la sociedad–, se pueden encontrar otras iniciativas originadas en el compromiso de empresas que, si bien no están obligadas a adoptar los mecanismos administrativos, lo hacen de manera

---

1. También puede consultarse: Constitución Política de Colombia, artículo 334 [Modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011, art. 1].



voluntaria como práctica de buen gobierno corporativo, agregando valor, generando confianza y fortaleciendo la reputación de su negocio; o el ejercicio de profesiones liberales como la Contaduría Pública y el Derecho, las cuales se han visto, de manera reiterada, involucradas en escándalos financieros donde los contadores públicos y asesores jurídicos son los agentes encargados de burlar las políticas contables y legales para coadyuvar a la comisión de este punible. En respuesta a estas circunstancias, en la actualidad, se ha ido explorando la utilidad de la auditoría forense como mecanismo de prevención o detección de diversos delitos financieros y económicos, cual es el caso del lavado de activos.

En este orden de ideas, el presente ensayo enfrenta como problema de investigación la búsqueda de un mecanismo eficiente para la detección de actividades orientadas al blanqueo de capitales, las dificultades probatorias al momento de establecer los medios que aparentan la legalidad de incrementos patrimoniales y su justificación. Se parte de la hipótesis de que una buena auditoría forense puede contribuir significativamente a la desarticulación de empresas fachadas orientadas al lavado de activos y a demostrar el verdadero origen de los fondos y capitales falazmente presentados como lícitos a partir de operaciones contables y financieras. Para lograr este cometido, se iniciará con un breve análisis del concepto de lavado de activos, sus antecedentes normativos, el desarrollo jurisprudencial del mismo, el rol de la auditoría forense en la detección de transacciones sospechosas y su eficacia probatoria, la carga de la prueba y la presunción de inocencia, para culminar con unas consideraciones finales a manera de conclusión.

## **Concepto**

---

En la actualidad, el lavado de activos o blanqueo de dinero es percibido como uno de los mayores problemas que afecta las diversas esferas de la sociedad, no solo porque encubre el delito sino porque al lograr la legalización de sus frutos incita a la comisión de los mismos. A su vez, la comunidad internacional se ha encargado de diseñar un concepto más o menos estándar que sirva de base para la tipificación de la conducta en las legislaciones de los distintos países y, así, contribuir a la cooperación para la prevención, control y represión de

este tipo de conductas entre las naciones. En términos generales, “[...] por lavado o blanqueo de activos se entiende toda operación material o jurídica dirigida a cubrir con manto de legalidad los bienes obtenidos con el delito” (Corte Constitucional, C-931, 2007). No obstante, se han propuesto diversas acepciones con el fin de dar claridad y precisión al concepto de lavado de activos y garantizar los principios de legalidad y taxatividad. En su trabajo, el profesor Hernández presenta múltiples conceptos de este delito, desarrollados por doctrinantes, legisladores y criminólogos, para concluir que todos ellos encuentran un punto en común, teniendo como finalidad “[...] ocultar el origen ilícito de los recursos y su posterior vinculación al torrente económico de un territorio” (Hernández, 2009, p. 67). En igual sentido, Rozas afirma que, “[...] la mayoría de naciones han aceptado la definición aprobada por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988” (Rozas, 2008, p. 76). Empero, presenta los conceptos más aceptados y difundidos sobre lavado de activos que han sido desarrollados por entidades como el Grupo de Acción Financiera Internacional, la Red de Control de Crímenes Financieros (FinCEN), La Asociación de Especialistas Certificados en Antilavado de Dinero (ACAMS) y los especialistas en auditoría forense Miguel Cano y Danilo Lugo.

En este orden de ideas, Perotti considera que “[...] el lavado de activos es un proceso por el cual se intenta cortar la relación existente entre un delito y los bienes producidos por esa conducta prohibida; se trata de darle a los activos ilícitos la apariencia de lícitos a través de una serie de operaciones y de su inyección en circuitos legítimos” (Perotti, 2009, p. 79). Definición muy similar a la contemplada en la Ley 599 de 2000 y asumida por la jurisprudencia colombiana. Sobre el origen del lavado de activos se suele señalar que, en Estados Unidos, más concretamente en Chicago, durante la época de la prohibición, se empezó a dar como práctica el establecimiento de lavanderías, lugares en que se pagaba el servicio en dinero efectivo con el propósito de ingresar dineros provenientes del contrabando de alcohol y mostrarlos al fisco como ingresos lícitos (Tondini, 2010).

Por su parte, el inicio de esta actividad en Colombia se remonta a las décadas de los setenta y los ochenta, para camuflar los dineros mal habidos durante las bonanzas marimbera y cocalera, en el auge del contrabando y la prostitución (Roa, 2011). Desde entonces, esta conducta ha ido adquiriendo fuerza al paso

que debilita el correcto funcionamiento del mercado lícito, en el cual se ven afectados los comerciantes y empresas porque deben competir, por ejemplo, con los precios bajos de su competidor contrabandista, quien puede ofertar hasta por debajo del costo sin afectar sus ganancias. En otras palabras, el dinero ilegal entra al mercado legítimo a través del contrabando de mercancías que son vendidas a precios bajos, dado que el interés del contrabandista no es obtener una ganancia por la comercialización de productos sino dar apariencia de legalidad a sus capitales ilegalmente adquiridos.

En síntesis, el lavado de activos es un comportamiento prohibido que busca o persigue introducir en el mercado legítimo de bienes, dineros conseguidos a través de actividades ilícitas. Teniendo clara esta idea, es preciso conocer las etapas que integran este punible y que hacen posible su materialización. La conducta supone, en términos generales, el agotamiento de tres fases:

- la primera consiste en la puesta en circulación o colocación del dinero, por la cual la organización introduce las ganancias en la corriente del sistema financiero mediante la consignación imperceptible de pequeñas sumas o prevalido de negocios societarios de gran envergadura;
- la segunda, de distorsión o diversificación, implica que el dinero corriente fruto del delito se somete a operaciones más o menos complejas que pretenden borrar el rastro de ilegalidad que les dio origen y;
- la tercera es la de retorno, y consiste en el ingreso de los dineros ilícitos, ficticiamente legalizados, al patrimonio del sujeto que, sin perjuicio de la participación de otros en el delito de lavado de dinero, reclama para sí las ganancias del ilícito (Corte Constitucional, C-931, 2007).

Estas fases encuentran acierto con las desarrolladas por GAFI/FATF, a saber: colocación, ocultación e integración. No obstante, Hernández recuerda que en el proceso para el perfeccionamiento del lavado de activos se han identificado cuatro fases: la obtención, la colocación, la estratificación y la integración; de ello destaca que en las tres últimas se ve ampliamente vinculado el sector financiero (Hernández, 2014). La diferencia entre la categorización de estas fases se encuentra en que para Hernández primero opera la obtención, pues a través de esta los delincuentes recogen los dineros obtenidos de cualquiera de los delitos subyacentes del lavado de activos

consagrados en el artículo 323 de Ley 599 de 2000, actual Código Penal. En otras palabras, primero debe perpetrarse la actividad ilícita generadora de recursos económicos.

Autores como Perotti, agregan que, además de las fases para llevar a cabo el lavado de activos, se deben estudiar los componentes de este, que incluyen el delito previo, pues de no existir este ilícito, no se podría dar paso al lavado de las ganancias que se generan (Perotti, 2009); esto va en concordancia con lo expuesto por Hernández, solo que este último lo estipula como una fase del lavado de activos y no como su componente (Hernández, 2009). En ese orden ideas, propone que los componentes de este punible son: 1. Delito previo 2. Necesidad de ocultar el origen de los activos y 3. Inversión, goce y disfrute de los bienes.

Conocidas las fases y componentes del lavado de activos, es preciso adentrarse en las modalidades, por medio de las cuales, se lleva a cabo esta actividad; no sin antes precisar que, aun identificando los medios de los que se valen los delincuentes para dar apariencia de legalidad a sus activos, ante el constante desarrollo tecnológico, de comunicaciones y apertura de mercados, los agentes criminales buscan crear o descubrir nuevos y mejores métodos para cometer el punible y burlar los mecanismos normativos y de seguridad, con que cuentan los diferentes ordenamientos jurídicos. Esto obliga a que se deba realizar un constante análisis de los posibles canales que pueden ser utilizados y diseñar las correspondientes políticas, procedimientos y recomendaciones a adoptar, por parte de los agentes económicos, para mitigar el riesgo de lavado de activos y los demás que se relacionan, a saber, el reputacional, legal y de contagio.

Entre los métodos más destacados que sobre lavado de activos se conocen, además de las tipologías desarrolladas periódicamente por GAFI, diversos autores se han encargado de exponerlos al público.<sup>2</sup> Sin embargo, en esta oportunidad se trae a colación el trabajo realizado por Hernández, quien en su vasta investigación

---

2. Botella (2015) considera que reviste mayor interés para los organismos internacionales el método conocido como "Hawala", debido a su imposibilidad de controlarlo, ya que se realizan transacciones entre conocidos proveedores de servicios cobrando comisiones. Así, el cliente inicial paga una comisión al intermediario, le da un código y, a su vez, en el otro país, este intermediario paga al receptor del dinero. Estas transacciones no se reflejan en las estadísticas oficiales, por lo tanto, las consecuencias son para ambos países, el emisor y el receptor (El-Qorchi, 2002, p. 33). Sobre métodos de blanqueo, también consultar: Cardoso (2015) y Meinke (2003).

sobre lavado de activos destaca el *pitufeo* o estructuración como el más conocido. Este consiste en la división del dinero ilícito en pequeñas cantidades que no alcanzan el tope establecido por las entidades de control para el diligenciamiento de los formularios sobre procedencia y documentación del dinero a efectos de realizar transacciones como giros, consignaciones entre otros; uso de negocios lícitos para mezclar el dinero proveniente del crimen con el obtenido lícitamente, como lavanderías, empresas dedicadas a la venta de servicios, moteles, hoteles, discotecas y negocios de difícil control de ingresos por asistencias masivas; corrupción de los funcionarios de entidades financieras para que no reporten a las autoridades y pasar por alto el lleno de los formularios respectivos o haciéndolo con datos falsos o adulterados; extracción física del dinero del país de origen para trasladarlo a otro país donde se constituyen empresas que luego regresan a invertir en el país de origen; préstamos en los cuales el residente de un país abre una cuenta bancaria en otro país del cual obtiene un préstamo por la misma suma que tiene depositada y poder usarlo en su lugar de residencia; sobrefacturación y subfacturación por importaciones y exportaciones reales o ficticias; utilización de cuentas inactivas, cambio de moneda ilegal por cheques garantizados por un banco o cheques al portador; inversión en el sector financiero; inversión extranjera; compra de empresas quebradas que generan ventas al contado; adquisición de hoteles, agencias de viaje, máquinas expendedoras, compra de casinos, concesionarios; compra de boletos de lotería premiados; aprovechamiento de amnistías tributarias; remesas de ciudadanos radicados en otros países; operaciones en el mercado público de valores; compra y venta de oro; mercado negro de electrodomésticos, lo cuales son vendidos generalmente a precios inferiores a los de fabricación en los países de origen, entre otros (Hernández, 2014).

Por otra parte, GAFILAT expone que en Colombia existen 5 tipologías de lavado de activos que son las más usadas por los delincuentes, las cuales son: “Peso Broker”, “adquisición de mercancía de contrabando”, “utilización de empresas fachada para convertirse en clientes o proveedores de empresas con actividades lícitas”, “utilización de empresas fachada a través de canales de distribución indirectos” y la “utilización del mercado de valores” (Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, 2016). La Corte Suprema de Justicia, en sus providencias, ha dejado entrever algunas de las modalidades utilizadas para el lavado de activos. De esta manera, en múltiples conceptos y sentencias se relatan algunos métodos a saber:

Empresas falsas, negocios fachada, testaferros (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto 15709, 2000); giro telegráfico de dinero a diversas cuentas de banco a través del mundo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 19639, 2002), la compra de valores que incluían propiedades, negocios y mercancía en todas partes del mundo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto 16515, 2000); agentes que, actuando como “corredores de dinero”, gestionaban la recolección de las ganancias producto de la venta de narcóticos y su remisión desde los Estados Unidos de América hacia Colombia, a cambio de una comisión estimada porcentualmente sobre el monto del dinero transferido (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 19292, 2003); la introducción injustificada y clandestinamente al país o sacar de él –eludiendo todos los controles cambiarios, financieros, aduaneros y policivos– una cantidad apreciable de dinero en efectivo, representado en moneda extranjera (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 25248, 2006; SP 38317, 2012); agentes actuando como “correos humanos”, quienes viajan transportando las divisas obtenidas por actividades al margen de la ley (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 25219, 2007; SP 24041, 2007), adhiriéndose el dinero al cuerpo y pertenencias (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 24604, 2008); presentación de facturas falsas por prestación de servicios técnicos y de ingeniería que en realidad nunca fueron prestados (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto, 38712, 2012). Producción y envío de facturas y cartas de acuerdo falsas, así como otros documentos falsos para hacer parecer como legítimas diversas transacciones financieras de negocios (Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Penal 40494, 2013); uso de casas de cambio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 40188, 2011) y mercados de moneda no oficiales como el Mercado Negro de Cambio de Pesos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto 24124, 2006; 37166, 2011); operaciones cambiarias (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 27620, 2010); cobros efectuados en efectivo y por ventanilla por personas con identificaciones falsas o de personas fallecidas (Corte Suprema de Justicia, SP 39923, 2012); entre otros.

De lo anteriormente expuesto, se colige que las fases generales para llevar a cabo la actividad criminal estudiada se orientan a inyectar en el torrente financiero de un país dineros y capitales ilegales para mezclarlos con los productos

de alguna otra actividad lícita, para legalizar el dinero y poder disfrutarlo.<sup>3</sup> En este punto, es importante destacar que esta característica, diferencia al lavado de activos de la administración de bienes y financiación del terrorismo;<sup>4</sup> toda vez que, a pesar de ser actividades relacionadas, en el último delito, los recursos obtenidos son utilizados para financiar la propia actividad terrorista, mientras que en el lavado de activos el delincuente, como se expuso, busca poder gozar los recursos obtenidos ilegítimamente.

## **Antecedentes normativos**

El lavado de activos se encuentra tipificado en el artículo 323 de la Ley 599 de 2000. Actualmente, se considera como un tipo penal autónomo. Sin embargo, para tener este atributo, tuvo que pasar por varias reformas legislativas.<sup>5</sup> Inicialmente se encontraba incluido en el artículo 177 del Decreto-Ley 100 de 1980 –anterior Código Penal–, dentro del tipo penal de receptación. De este aspecto, la Corte Suprema de Justicia destaca lo siguiente; es decir, se tomaba como un delito derivativo:

[...] aun cuando con un *nomem iuris* distinto y sin la especificidad con que hoy en día se le conoce [...] la legislación colombiana se ha venido ocupando del tema relacionado con el provecho económico de aquel que, sin haber participado en una conducta delictiva, encubra u oculte el origen ilícito de los mismos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 39220, 2013).

---

3. Se ha establecido que uno de los sectores más utilizados por los delincuentes para perpetrar esta ilicitud, es el financiero, en el que no solo se lava dinero de manera individual, sino también a través de personas jurídicas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 28300, 2009).

4. Pese a ser actividades diferentes, encuentran estrecha relación. En esta materia, Mariño, Chaparro y Medina (2014), citando a García (2009), exponen que, en materia de legislación contra el lavado de activos y financiación del terrorismo, Colombia, entre los países latinoamericanos, tiene mayor innovación con el SARLAFT, el cual se compone de dos fases: prevención y control.

5. Sobre la evolución legislativa del tipo penal, consultar entre otras: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, SP 43388, 2014).

Con posterioridad, el artículo 31 de la Ley 190 de 1995 o estatuto anticorrupción, modificó el artículo 177 antes mencionado, y la conducta pasó de llamarse simplemente *receptación*, a “*receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividad ilegales*”. Para este momento, el delito seguía tutelando el bien jurídico de la administración de justicia; por lo tanto, en la exposición de motivos de esta Ley se indicó que su propósito era atacar las verdaderas causas de la corrupción y sancionar a quienes lo cometían.<sup>6</sup> Dos años después, con la pretensión de sancionar de una manera más ejemplar a los autores de delitos como el narcotráfico, se pensó en la redacción de una norma que, específicamente, recogiera los casos de receptación sobre bienes procedentes de este tipo de delitos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP, 14658, 2001). Por ello, se creó la Ley 365 de 1997, cuyo artículo 9° dio paso al deslinde del delito de receptación para crear un nuevo tipo penal denominado *lavado de activos*, ubicado en el artículo 247A-1 adicionado al Código Penal de 1980.<sup>7</sup> Adicionalmente, esta norma se refirió al origen mediato o inmediato de los bienes obtenidos y precisó los verbos rectores (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 23236, 2008). Sin embargo, la palabra mediato referida al origen de los bienes producto de actividad ilícita abrió un boquete enorme para que se pudiera expropiar bienes desconociendo la figura de la prescripción. De ahí que la Corte debió aclarar, respecto de los terceros de buena fe que habían adquirido el bien, no se les pudiera expropiar.

Ya en 2002, en vigencia del actual código Penal (Ley 599 de 2000), el artículo 8° de la Ley 747 del 2002, modificó el artículo 323 del estatuto de las penas e incluyó los bienes que tuvieran origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes y trata de personas. En 2004 se expide la Ley 890, modificando la pena de este delito e incrementándola una tercera parte en el mínimo y la mitad en el máximo. La Ley 1121 de 2006 incluyó en el artículo 17 la financiación del terrorismo y la administración de recursos relacionados con actividades terroristas como conducta autónoma del lavado de activos y modificó la pena de 8 a 22 años de prisión y la multa de 650 a 50 000 smmlv.

---

6. Ver exposición de motivos Ley 190 de 1995, por medio de la cual se adopta el estatuto anticorrupción. Disponible en: <http://www.alcaldiaibogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10593>.

7. Véase también, Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, SP, 42005, 2104)



En 2011, por medio de la Ley 1453 se adicionaron los verbos rectores de almacenar, conservar y custodiar bienes producto de ilícitos e incluyó, como conducta subyacente el tráfico de menores de edad. Por último, la Ley 1762 de 2015 en su artículo 11, incluyó como delitos previos el contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas. Además, modificó la pena de prisión de 10 a 30 años y multa de 1000 a 50000 smmlv.

Respecto a la demanda de inconstitucionalidad presentada frente al artículo 11 de la Ley 1762 de 2015, por considerar que dicha norma era abierta, imprecisa y terminaba desconociendo el principio de prohibición de doble incriminación, por tener al contrabando y al favorecimiento del contrabando como delitos al paso que los hacía también constitutivos de lavado de activos. La Corte Constitucional optó por declarar la exequibilidad de la norma, al decir que:

El bien jurídico protegido por los delitos de contrabando, favorecimiento al contrabando y lavado de activos es el orden público económico y social [...]. Se trata de descripciones típicas que imponen límites a la libertad económica en pro de la legalidad del tráfico de bienes y servicios, las condiciones de competencia leal, la protección de la empresa y del trabajo legales. [...] En esta oportunidad, el Congreso de la República agregó nuevos delitos subyacentes o fuente al lavado de activos, que las autoridades administrativas encargadas de la identificación y persecución del lavado de activos habían identificado como fuente de los recursos objeto de lavado de activos, pero no permitían su sanción como delito ya que no estaban previstos como tal en el Código Penal (Corte Constitucional, C-191, 2006).

Por otra parte, se declaró la inconstitucionalidad de la expresión “realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito”, prevista en el mismo cuerpo normativo para evitar que se impute responsabilidad por comportamientos no descritos expresamente en la lista taxativa de los verbos rectores del delito de lavado de activos. Además del derecho interno, con miras a erradicar esta conducta, el Estado colombiano ha suscrito diversos tratados multilaterales<sup>8</sup> dirigidos a consolidar la cooperación internacional en pro de la

---

8. En providencia C-931 del 8 de noviembre de 2007, la Corte Constitucional afirmó que la adhesión a los convenios y tratados internacionales ha sido reconocida por la legislación internacional como una forma válida de manifestación del consentimiento de un Estado en

lucha contra el lavado de activos<sup>9</sup> con los Estados Unidos de América (1992), el Paraguay (1997), República Dominicana (1998 y 2004), Paraguay (1998), con el Perú, con el Reino de España y con Cuba (Corte Constitucional, C-685, 2009), entre otros países.

En los referidos acuerdos y convenios se han desarrollado aspectos referentes al alcance y concepto del tipo penal, a las medidas y mecanismos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de estos, con miras a combatir el lavado de activos en su dimensión de delito transnacional. Cabe resaltar que la adopción de las recomendaciones, instrumentos vinculantes, manuales y procedimientos para combatirlo obedecen a la preocupación del Estado colombiano sobre este fenómeno que ha permeado otros sectores de la economía como son las operaciones de comercio nacional o internacional de bienes y servicios, la transferencia de tecnología y los movimientos de capital en las zonas de frontera (Corte Constitucional, Sentencia C-326, 2000). Con lo anterior, queda claro que no solo los sectores bancario y bursátil se encuentran expuestos a los diferentes riesgos que esta conducta conlleva, por ejemplo: el riesgo de prestigio, pues el fenómeno delictual se ha ido adentrando a las diversas actividades mercantiles que rigen las economías de los países. Además, es importante atender el carácter transnacional de los delitos como producto de la globalización económica, la cual ha permitido el incremento de las transacciones comerciales entre agentes económicos y Estados, desarrollo de los medios de comunicación, del comercio electrónico, de los medios de transporte (Corte Constitucional, C-931, 2007); y con esto la fácil y oportuna ejecución de conductas prohibidas. De esta manera, es claro que los Estados se encuentran en la compleja tarea de fortalecer el sistema jurídico en materia de prevención, detección y control de lavado de activos y otros delitos que guardan estrecha relación con este, además de la necesidad de adoptar medidas no solo de carácter judicial sino administrativas.

Por ello, Colombia se ha adherido a diversos organismos e iniciativas internacionales que, precisamente, trabajan para luchar contra esta conducta. Entre estos se destacan: Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrito en Viena en 1988; Con-

---

obligarse, en relación con tratados o convenios multilaterales.

9. Sobre el marco normativo de lavado de activos consultar: Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, SP, 25248, 2006).

ención Interamericana contra la Corrupción y su ley aprobatoria; Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional” y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional; GAFISUD; grupo Egmont. Adicionalmente, cuenta con entes nacionales, que se encargan de investigar y coordinar acciones para combatir el lavado de activos, como la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos (CCI-CLA), y la Unidad de Investigación y Análisis Financiero (UIAF).<sup>10</sup>

## **Desarrollo jurisprudencial**<sup>11</sup>

En el presente acápite, se hará una síntesis de los principales pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sobre el delito de Lavado de Activos, intentando recoger sus elementos y consideraciones fundamentales a la hora de determinar la responsabilidad punitiva por la comisión de dicho injusto típico. El legislador contempló como delito asociado al lavado de activos el punible de omisión de control,<sup>12</sup> pues aparece como medida preventiva cuando los funcionarios bancarios o de empresas dedicadas al sector financiero omitan dar información al Estado de operaciones sospechosas, contribuyendo así a otorgar un manto de legalidad a dineros provenientes de actividades ilegales. La Corte ha resaltado que esta conducta debe ser examinada, cuando ha de ser imputada, en el contexto del tipo penal de lavado de activos, como conducta que atenta contra el orden económico y social, cuyo objetivo es encubrir u ocultar el origen ilícito de bienes provenientes del blanqueo de capitales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 22673, 2004). De allí que existe una relación directa entre el lavado de activos y la omisión de control.

10. Al respecto, consultar: Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, Proceso N° 28892, 2010 y Sala de Casación Penal SP 36307, 2012).

11. Jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, la cual fue consultada desde el año 2000 hasta mayo de 2018.

12. Ver: Hernández Quintero (2014 y 2017).

La Corte constitucional desarrolló la obligación de la prueba respecto de la conducta derivativa, como requisito para imputar el delito de enriquecimiento ilícito, es decir, en el año de 1993 afirmó que no era posible hablar de enriquecimiento ilícito sin haber probado antes la existencia de una actividad prohibida, debidamente demostrada en sentencia ejecutoriada, de donde emanaba el incremento patrimonial ilegítimo. Con posterioridad, en 1996, la Corte constitucional cambió de criterio para afirmar que dicho punible era un delito autónomo y que no debía probarse por sentencia ejecutoriada la existencia de una actividad ilegal que daba origen al dinero ilegítimo. Pues bien, esta última tesis fue acogida por la Sala Penal y trasladada al delito de lavado de activos que, en principio, debería poder probar la ocurrencia de una actividad ilegal de donde surgen los bienes que el sujeto activo del lavado pretende dar apariencia de legalidad. En este sentido, la Corte Suprema ha dicho que, cuando de atribuir responsabilidad penal por lavado de activos se trata, es innecesario el reconocimiento judicial previo de la actividad ilícita subyacente, ni la plena identificación y responsabilidad de la tercera persona que entrega el capital para poder condenar por este delito.<sup>13</sup>

En igual sentido, la Corte ha indicado que “[...] basta con que el sujeto activo de la conducta no demuestre la tenencia legítima de los recursos, para deducir con legitimidad y en sede de sentencia que se trata de esa adecuación típica”.<sup>14</sup> En otras palabras, es suficiente con una inferencia lógica<sup>15</sup> que fundamente la realización típica del delito de lavado de activos de tal forma que si alguien da apariencia de legalidad a unos bienes y no logra demostrar su origen legítimo, queda incurso en el punible. Con esto, se reitera la independencia<sup>16</sup> que le asiste a este delito y que puede ser realizado por un sujeto activo indeterminado respecto

---

13. Véase también: Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, SP 25219, 2007), providencia citada en otros pronunciamientos (ver radicados 23881, 2007; 27888, 2007).

14. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, SP 23174, 2007; SP, 25360, 2008; SP, 27026, 2012; Auto 42527, 2015).

15. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, SP 30762, 2008; SP 25618, 2009; Auto 42027, 2014; Auto 46673, 2017).

16. La Corte reitera la autonomía del delito al afirmar que “[...] no es dable asociar la demostración “con certeza” de la actividad ilícita antecedente, o la “prueba” de la conducta subyacente o el requerimiento de una declaración judicial “en firme” que declare la existencia del delito base para fundamentar el elemento normativo del tipo en la conducta de lavado de activos” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 23174, 2007).

de cualquiera de los verbos rectores que se encuentran en el tipo penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 34377, 2013). Así las cosas, el punible, como aparece redactado en la norma, no exige que se obtenga un beneficio, provecho, remuneración o ganancias personales que no compagine con su oficio, por lo que este hecho no excluye la participación delictiva en el lavado de activos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 42722, 2014), pues “no es obligatoria la demostración de un delito cometido en determinadas circunstancias de modo, tiempo y lugar” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 40120, 2017).

Ahora bien, ante la evidente relación que existe entre delitos como el lavado de activos y el enriquecimiento ilícito, por ejemplo, la Corporación ha admitido la posibilidad de concurso material entre los mismos, afirmando que “[...] ambas conductas afectan de manera autónoma e independiente el bien jurídico tutelado y entre ellas no existe una relación de dependencia o necesidad, pues, para que se cubran en su totalidad los ingredientes de la una, no se requiere de ninguno de los ingredientes de la otra” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 23754, 2008).<sup>17</sup> Esta situación es claramente verificable, pues el encubrir u ocultar el origen ilícito de unos bienes no necesariamente conlleva el incremento patrimonial injustificado o viceversa. Respecto de conductas como el concierto para delinquir, también ha indicado la Corte que concursan con el tipo en estudio, dado que una de las modalidades más frecuentes del lavado de activos es el establecimiento de empresas dedicadas a dar apariencia de legalidad a bienes obtenidos a través de actividades ilícitas, vinculando un número plural de expertos y constituyendo un entramado de acciones para dificultar la trazabilidad de los mismos, situación que conlleva la materialización del concierto al paso que se cumplen los requisitos del lavado de activos como tipo penal autónomo. Sobre el tema, dijo la Corte:

[...] el motivo para la iniciación de los procesos es distinto en ambos casos, lo que se constata con la misma circunstancia de que tales comportamientos responden a la protección de intereses jurídicos diversos, en tanto el primero es un delito contra la seguridad pública, con el segundo se tutela el orden económico social (Corte Suprema de Justicia, Auto 40889, 2015).

---

17. En el mismo sentido, consultar: Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, SP 32552, 2010; SP 35159, 2012; SP 39260, 2017).

Otro punible que se ha encargado de estudiar en conjunto con lavado de activos es el de omisión de control (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 49871, 2017). Con estas manifestaciones, la Sala ha buscado aclarar que al concursar estas conductas punibles no se está transgrediendo el principio del *non bis in idem*. En síntesis, el delito puede concursar con los tipos analizados.

En providencia del año 2013, la Sala reiteró su jurisprudencia al decir que:

[...] el delito de lavado de activos tiene la particularidad de desplegarse por medio de varios actos ejecutivos cuyo desarrollo, incluso, puede ocurrir en diferentes lugares dependiendo del rol que a cada uno de los copartícipes le corresponda desempeñar para el logro del ilícito fin, sin que esa fragmentación de actos de lugar a la tipificación independiente de varios delitos de lavado de activos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 41370, 2013).

Ello da cuenta de la participación y de la posibilidad del concurso con el concierto para delinquir, ya que se va estructurando en diferentes operaciones financieras disfrazadas para entorpecer su persecución y materializar el blanqueo de los capitales.

De otra parte, en cuanto a la carga de la prueba, la Corte ha variado su posición al trasladar la obligación de demostrar los elementos que dan cuenta del punible que, en materia penal, corresponde a la Fiscalía; así, el indiciado debe aportar los elementos probatorios y desconocer la presunción de inocencia bajo el criterio de carga dinámica de la prueba. Esta situación, en principio, es abiertamente inconstitucional; sin embargo –como ya lo anotamos líneas arriba–, la Corte Constitucional avaló esta posición bajo el deber que tienen los ciudadanos de mostrar la licitud de sus bienes cuando de enriquecimiento ilícito se trata o de garantizar la legitimidad de las actividades comerciales y financieras para desvirtuar el lavado de activos. Por ello, afirma:

[...] en los procesos por conductas punibles en las cuales la defensa alude a hipótesis susceptibles de desvirtuar la teoría del caso elaborada por la Fiscalía, pero cuya verificación o refutación sería de muy difícil (si no de imposible) obtención para el Estado, es obligación de aquélla, en virtud del criterio excepcional de carga dinámica de la prueba,<sup>18</sup> soportar con medios probatorios los fundamentos de tal pretensión (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto 42516, 2014).

---

18. Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, SP 43388, 2014; Auto 41370, 2013; Auto 49994, 2017).

Con esta posición –aunque avalada por la Corte Constitucional– se vulnera la presunción de inocencia y se pone al ciudadano en desequilibrio frente al Estado, al desconocer el principio de igualdad de armas.

Respecto de las implicaciones del delito en el ámbito internacional, es preciso decir que son numerosos los casos desde al año 2000 en los cuales se ha presentado solicitud de extradición por lavado de activos. Frente a los conceptos de la Corte que, como se sabe, corresponden únicamente a lo preceptuado en el artículo 502<sup>19</sup> de la norma procedimental, se han realizado algunas precisiones relevantes para el estudio de este trabajo. De esta manera, en providencia del año 2000 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto 15709, 2000) la Sala afirmó que el principio de favorabilidad no opera dentro del trámite de extradición, toda vez que la Corte, al no cumplir funciones de juez de instancia, no está evaluando la autoría y responsabilidad del requerido; por lo tanto, se deben considerar las leyes vigentes al momento de la petición u ofrecimiento.<sup>20</sup> En otras palabras, cuando de resolver solicitudes de extradición se trata, la corte, solo se remite a aspectos puramente formales. Desde 200 a mayo de 2018, se produjeron 558 sentencias con concepto favorable de extradición por el delito de lavado de activos y conexos –siendo Estados Unidos (481) y España (30) los países con mayor número de requerimientos de extradición, lo que resalta su carácter transnacional.

## **Auditoria forense y carga de la prueba**

Una vez visto el desarrollo jurisprudencial del tipo en estudio, resulta pertinente traer a colación lo que en la doctrina se ha estado debatiendo. Para empezar, es preciso recordar que, la Corte Constitucional en diferentes fallos ha proclamado la presunción de inocencia como un derecho fundamental exigiendo del Estado

---

19. La validez formal de la documentación presentada, demostración plena de la identidad del solicitado, principio de doble incriminación, equivalencia de la providencia conferida en el extranjero y, cuando fuere el caso, el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos (artículo 502, Ley 906 de 2004).

20. En este caso, la defensora consideraba que no se podía conceptuar favorablemente la extradición, pues, para la época en que se cometió el delito en Estados Unidos, el lavado de activos no se encontraba tipificado en Colombia.

la obligatoriedad de probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable, no estando el acusado en necesidad de mostrar nada, pues la presunción, como un manto, lo protege hasta no ser probada en juicio su responsabilidad (Corte Constitucional, C-774, 2001). Sin embargo, vemos que para el caso concreto del lavado de activos y del enriquecimiento ilícito, esto no opera generando una inmensa contradicción o, por lo menos, una excepción irrazonable.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 22179, 2006) ha indicado que le compete al Estado jurisdiccional el deber de demostrar que el incremento patrimonial no justificado tiene en su origen mediato o inmediato un nexo o conexión con actividades delictivas. El proceso penal debe contar con elementos de convicción suficientes, orientados a dicha comprobación, sin que pueda ser admisible asumir una presunción de ilicitud de los bienes si los imputados no explican convincentemente la fuente de estos, lo que configuraría una intolerable inversión de la carga de la prueba que corresponde al Estado. De igual manera, la misma Corporación ha indicado que es jurídicamente viable desvirtuar la presunción de inocencia con base en las manifestaciones del procesado, siempre y cuando se le hayan respetado las garantías mínimas que operan a su favor (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 27827, 2009). Esto contrasta con lo visto más arriba, en donde la misma corte permitía, dadas las circunstancias de complejidad de las hipótesis del acusado, que operara la denominada carga dinámica de la prueba, esto es que, fuera el acusado o indiciado, quien debería probar el origen o fuente legítimo de sus bienes. Luego hay una fuerte contradicción en sus argumentaciones que termina en detrimento de los derechos fundamentales de los procesados.

Ahora bien, en vasta jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como se expuso anteriormente, se ha aclarado e insistido sobre la característica del lavado de activos como delito autónomo.<sup>21</sup> Esta autonomía puede ser procesal o sustantiva, y en este punto se ha generado un debate en la doctrina, pues se considera se están desconociendo principios fundantes del derecho penal. Si el delito es autónomo y no hay obligación

---

21. Véase también: Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, Concepto 19705, 2003; Sala de Casación Penal, Proceso 23236, 2008; Sala de Casación Penal, SP 26144, 2009; Sala de Casación Penal, SP 41427, 2016).



de demostrar la actividad ilícita de la cual devienen los bienes objeto de investigación, se parte de un supuesto que desconoce la presunción de inocencia y el principio de *in dubio pro reo*, toda vez que esta actividad termina siendo presumida o inferida de manera poco fiable en contra del procesado quien, para poder defenderse de las construcciones argumentativas de la fiscalía, deberá asumir la carga de la prueba.

Vilchez (2016) sostiene que la autonomía procesal se refiere a que siempre debe tener una vinculación con el principio de imputación necesaria, toda vez que tanto en el momento de aperturar una investigación o proceso penal por este hecho delictivo, ya se va requiriendo o necesitando una mínima imputación del hecho delictivo fuente. Por su parte, la autonomía sustantiva en concepto de Romero (2017) consiste en negar que el delito previo es un elemento objetivo del tipo. En este orden de ideas, habrá que demostrarse la existencia del tipo primario y su relación con el delito derivativo, perdiendo así su carácter de autónomo. En el mismo sentido, para autores como Pariona (2016) y Romero (2017) –quienes consideran que el delito previo conforma el tipo objetivo del lavado de activos– el no acreditar la actividad ilícita de la que proviene los bienes, sería una vulneración al derecho de defensa y no se estaría contando con elementos materiales probatorios que sustentaran fehacientemente una sentencia condenatoria. La posición contraria, y en favor de la autonomía sustantiva del delito en estudio, son las tesis de Paúcar Chappa, Prado Saldarriaga y Gálvez Villegas.<sup>22</sup>

Este debate fue cerrado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y avalado por la Corte Constitucional, dado que, como se expuso con anterioridad, la actividad ilegal subyacente no requiere de decisión judicial que la pruebe, sino de inferencia lógica que la fundamente (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 23174, 2007; Somocurcio, 2016). Sin embargo, no por ello significa que la presunción de inocencia, el debido proceso, la carga de la prueba y el derecho de defensa no hayan sido violentados por las altas cortes, en el caso concreto de los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito. Cabe aclarar que, al decir de la Corte, la mera inferencia judicial debe atender al nivel de certeza racional de la Ley 600 de 2000 o convencimiento más allá de toda duda razonable que se predica de

---

22. Al respecto, véase: Somocurcio (2016).

la Ley 906 de 2004; puesto que no se trata de simplemente suponer que los bienes provienen de una actividad delictiva, sino de tener el convencimiento a través de pruebas que pueden ser directas o indiciarias,<sup>23</sup> de que el origen de tales bienes es ilícito sin que obre la necesidad de tener una condena previa por los delitos que generaron los bienes. No obstante, no se ve cómo una inferencia pueda tener tal alcance. Veamos lo que dice la Corte:

Suponer que, para poder sentenciar por lavado de activos tiene que demostrarse en el proceso con “una decisión judicial en firme” el delito matriz (las actividades de tráfico de migrantes, etc.), es tanto como garantizar la impunidad en los eventos en que el procesado logra simular la conducta subyacente y sin embargo adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforma, custodia o administra determinados activos de los que es deducible que provienen de actividades al margen de la ley (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP, 23174, 2007).

En igual sentido, la Corte ha utilizado reglas de la experiencia para construir los indicios que le permitan establecer que se está frente a una conducta delictiva que ha desencadenado el lavado de activos.<sup>24</sup> Adicional a ello, en Colombia se estableció el carácter de autónomo a este delito, porque venían presentándose dificultades con la tipificación del lavado de activos dentro del tipo penal de receptación, y la utilización en su configuración típica de la expresión “fuera de los casos de concurso en el delito”, que impedía enjuiciar a la misma persona por

---

23. La tipificación del delito de lavado de activos, por efecto de su propia estructura descriptiva legal, como el actor reconoce, deviene en prácticamente la totalidad de los casos de pruebas indirectas (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 25975, 2008). En sentencia de fecha 19 de febrero de 2009, SP 25975, la Corte describe las pruebas indiciarias que sustentaron la responsabilidad sobre lavado de activos al acusado en el caso concreto. También consultar: (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto 49951, 2018). Sobre la prueba indiciaria en el delito de lavado de activos, consultar: Herrera (2016 y 2017).

24. “[...] las personas que se dedican a esta clase de actividades ilegales, para eludir los deberes informativos de las instituciones bancarias y tributarias, así como las eventuales acciones de la administración de justicia, disfrazan su verdadero patrimonio mediante el empleo de las más diversas estrategias, como la utilización de los llamados “testaferros”, la creación de empresas “fachada” e incluso el ocultamiento de grandes sumas de dinero en inmuebles” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 28362, 2008); “[...] quien es inconsciente de la legalidad de su comportamiento no oculta su materialidad ni ofrece explicaciones ayunas de verdad, razonamiento que encuentra válido la Sala y que tampoco cuestiona el demandante” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 23754, 2008) .

narcotráfico y lavado de activos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 14658, 2001). Aunado a esto, y a la dificultad para poder demostrar la actividad ilícita que daba origen ilegítimo a los bienes, la congestión judicial, la presión social por despojar a los narcos y a los terroristas de sus bienes, el populismo punitivo y una política criminal represiva fueron los elementos a tener en cuenta para declarar el lavado de activos como delito autónomo, a pesar de las contradicciones de la propia jurisprudencia y la vulneración de derechos fundamentales como el debido proceso, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia entre otros.

Ahora bien, en la actualidad, y teniendo en cuenta la erosión de la confianza pública<sup>25</sup> debido a los múltiples escándalos financieros y contables, la figura del Contador Público se ha convertido en una de las principales y más vigiladas figuras del mundo empresarial, debido a su participación, por acción u omisión, en hechos de corrupción,<sup>26</sup> de lavado de activos, de simulación de balances e inventarios, entre otras conductas delictivas. Sin embargo, la utilidad de la Contaduría Pública en el campo de la auditoría cobra especial relevancia para la investigación, detección y sanción del lavado de activos.<sup>27</sup> Para la investigación de este delito, el contador público en ejercicio de la “Auditoría Forense”<sup>28</sup> –que tiene como objetivo fundamental la detección de delitos económicos y finan-

---

25. El máximo Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la contaduría y los deberes de los contadores públicos resaltando su deber de garantizar la veracidad de las cuentas y por ello de dar fe de la veracidad de ciertos hechos que repercuten en el desarrollo confiable, señalando la responsabilidad penal en materia comercial que se puede presentar por la falsedad de los datos sobre estados financieros (Corte Constitucional, C-944, 2012).

26. En un caso de la Corte Suprema de Justicia, se encontró que para formalizar el ingreso de tales recursos se utilizaron diversas maniobras, como el caso de notas de contabilidad que daban cuenta de operaciones financieras, a la postre, irreales, como transacciones sobre bonos u otros títulos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto 39581, 2012).

27. Para los países de tradición latina, el ejercicio de la auditoría y del control cae en manos de profesionales avalados por el Estado que tienen, en muchos casos, la potestad de dar fe pública, mientras que en la tradición anglosajona no es necesariamente el contador quien ejerce las funciones propias de la contabilidad y el control (Franco, 1997).

28. Grajales, Hormechea y Trujillo (2015) realizan un trabajo sobre la aplicación de la auditoría forense en un caso de lavado de activos en Cali. Con esto, resaltan que la auditoría responde a la necesidad de identificar el fraude además de controlar y asegurar el adecuado funcionamiento de un área determinada.

cieros—<sup>29</sup> puede coadyuvar a la tarea de recolección y análisis de elementos de prueba que sirvan para determinar la posible comisión del mismo.

De manera acertada, Bareño-Dueñas (2009) afirma que, muchas actividades ilegales, tales como el tráfico de estupefacientes, el tráfico de armas, la trata de personas, el contrabando, la corrupción pública —entre otras conductas prohibidas generadoras de grandes sumas de dinero— justifican la necesidad de la auditoría forense como herramienta esencial en la detección, investigación y prueba de las mismas. De ahí su importancia en el contexto nacional e internacional para conocer el origen y la trazabilidad de capitales, que se mueven en el comercio en procura de hallar su aparente legalidad. De igual parecer es el profesor Rozas, al sostener que:

[...] el profesional contable tiene un espacio de preferencia y relevante en el análisis y obtención de información fidedigna de los datos de carácter financiero que normalmente se obtienen (muchas veces en forma segmentada) en la lucha contra el lavado de dinero (Bareño-Dueñas, 2009, p. 91).

Frente a este aspecto, los contadores públicos que ejercen como auditores, además del código de ética nacional<sup>30</sup> que los rige, deben atender a los preceptos de las NIAS, cuyo alcance, diseño y ejecución depende de la determinación del riesgo de auditoría que el auditor establezca para cada ente económico. Por ejemplo, La NIA 200 habla sobre los requerimientos de ética relativos a la auditoría de estados financieros, así como el escepticismo y el juicio profesional, el riesgo de auditoría, las limitaciones inherentes a la auditoría y las necesidades del auditor, temas centrales en la investigación de operaciones sospechosas. En este orden de ideas, se considera pertinente resaltar el escepticismo profesional, ya que su importancia reviste en que, a través de él, se pueden reducir los riesgos de pasar por alto circunstancias inusuales, generalizar en exceso y utilizar hipótesis inadecuadas que conlleve a emitir un informe libre de salvedades y con una opinión favorable.

---

29. Los delitos económicos y financieros se refieren a cualquier delito no violento que da lugar a una pérdida financiera; se considera un gran reto debido a los avances rápidos en las tecnologías. Pantoja (2012, p. 242).

30. Ley 43 de 1990. Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones.

Con fundamento en lo anterior, resulta importante entender que el auditor forense, pese a que no realiza la auditoría de estados financieros hacia la que están dirigidas las NIAS, debe tener en cuenta características como el escepticismo y el juicio profesional, en aras de desarrollar, de una mejor manera, su trabajo de auditoría y emitir un informe que recolecte la información relevante y pertinente para la investigación penal, que sobre lavado de activos se adelante. Además de esto, es importante saber que al auditor forense le revisten ciertas características, tales como su formación en temas propios de la contaduría, el derecho y la criminalística, materias esenciales a la hora de detectar posibles fraudes y encubrimientos de transacciones u operaciones tendientes a ocultar el verdadero origen de fondos y capitales.<sup>31</sup> De ahí que Bareño-Dueñas (2009) exponga tres pasos esenciales en la auditoría forense, a saber: entendimiento del negocio, identificación y análisis de las cuentas de mayor riesgo y emisión de informes periódicos. Estos pasos son comunes a la auditoría financiera, tal y como aparece en las NIA 315,<sup>32</sup> sección 500 y NIA 700.<sup>33</sup> En cuanto a las cuentas de mayor riesgo, es relevante exponer lo dicho por la autora, respecto de las partidas más afectadas: los ingresos, cuentas por cobrar, inversiones, inventario, propiedad, planta, equipo y obligaciones. Estas cuentas fácilmente pueden ser alteradas para dar apariencia de legalidad a capitales turbios o ilegítimos, bien sea incrementando los ingresos de manera directa –bajando costos en transacciones, adquiriendo bienes, inflando los inventarios, sobrefacturando, entre otras formas.

Como puede observarse, es evidente que la formación del auditor forense, así como la ejecución de este tipo de auditoría en los negocios donde se ha detectado mayor facilidad para lavar dinero, permiten salvaguardar la integridad de los entes económicos y proveen elementos de prueba necesarios para identificar la comisión de un posible delito económico-financiero. En este sentido, un rol complementario lo podrían jugar los oficiales de cum-

---

31. Sobre este aspecto consultar: Cano y Castro (2002), Londoño y Saldarriaga (2011), Castillo, Figueredo y Méndez (2012), Arbeláez, Correa y Silva (2013), Gutiérrez (2013), entre otros, quienes exponen las características profesionales que deben revestir al auditor forense.

32. Identificación y valoración de los riesgos de incorrección material mediante el Conocimiento de la entidad y su entorno.

33. Formación de la opinión y emisión del informe de auditoría sobre los estados financieros.

plimiento, el acatamiento de normas técnicas, los controles de seguridad estandarizados para operaciones de importación y exportación de mercancías, el estudio juicioso del personal que labora en la empresa, la rigurosidad al momento de vender acciones o cuotas de la empresa en el mercado, los estudios de títulos al momento de adquirir bienes inmuebles, un control riguroso de proveedores y clientes, entre otras. No obstante, es pertinente recordar que la función jurisdiccional del juez sobre la valoración probatoria “[...] no puede ser sustituida automáticamente por las valoraciones de otros funcionarios o autoridades que aporten a la tarea probatoria, como es el caso de las pruebas periciales” (Joffre, 2017, p. 74), aunque juegan un rol esencial en la determinación de las conductas prohibidas y en la manera como estas se han llevado a cabo. Es decir que, aun confiando en que el auditor forense puede ser el agente más idóneo para la recolección de elementos que sirvan de prueba en la investigación de un caso de delitos económicos o financieros —como el lavado de activos—, no significa que pueda saltarse la valoración probatoria que le asiste al juez, toda vez que, de este ejercicio, se podrá evaluar la significancia de este aporte para dirigir la decisión de la sentencia.

## **Conclusiones**

Considerando los puntos anteriormente expuestos, se puede concluir que, a pesar del debate doctrinal que se ha generado en torno a la autonomía atribuida al lavado de activos, la flagrante vulneración de derechos fundamentales —como el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el *in dubio pro reo*, y la obligación del Estado de probar la ilicitud de la conducta trasladando la carga de la prueba al indiciado— la Corte Suprema de Justicia y la Corte constitucional, en contradicción con sentencias proferidas por las mismas corporaciones, terminaron por “resolver” el problema de la prueba de la conducta subyacente o ilícita que da origen a los bienes con la simple presentación de indicios o pruebas indirectas de las que se pueda deducir la existencia de la misma. Sin embargo, al partir de una inferencia, como lo expone la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, es simplemente imposible llegar a la certeza y menos dar por probada la conducta, como lo ha

entendido erróneamente la Corte. Pretender que un examen de los indicios o de una inferencia es suficiente para prescindir de la sentencia que confirme la comisión del delito subyacente significa que la imputación por lavado de activos se pueda realizar de manera arbitraria o por simples sospechas. Los elementos materiales probatorios que obren dentro del proceso –que bien pueden ser pruebas directas o indiciarias– deben constituir prueba suficiente más allá de toda duda razonable respecto del lavado de activos y de la existencia de la conducta subyacente. Es decir, se requiere tener certeza del delito previo porque, además, según la misma jurisprudencia es un ingrediente normativo del tipo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 23174, 2007) y, como tal, ha de estar debidamente probado so pena de caer en atipicidad. De ahí la necesidad de demostrar la conducta mediante una sentencia condenatoria y no de una simple investigación sobre el mismo, como lo pretende y expone la Sala Penal.<sup>34</sup> Luego es equívoco el planteamiento de la Corte cuando afirma que con una fundamentación probatoria que permita inferir su existencia basta para fundamentar adecuadamente la imputación y la condena (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 23881, 2007), trasladando la obligación de desquiciar o desvirtuar la imputación al procesado en ejercicio legítimo del contradictorio.

Para quienes asumen una postura intermedia, la presunción de inocencia no se estaría vulnerando al endilgarle la carga de probar al procesado la licitud de sus activos, cuando la inferencia que ha llevado al ente acusador y al juez sobre la posible comisión de uno de los delitos subyacentes al lavado de activos ha correspondido con una suficiente y acuciosa labor investigativa, respetuosa del debido proceso y demás garantías que le asisten a lo sujetos procesales. Sin embargo, es claro que, ante la congestión judicial y los múltiples casos delictivos que deben atender e investigar, es probable que, en muchas ocasiones, la labor

---

34. En providencia de fecha 9 de abril de 2008 [MP Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez], se reiteró así la tesis de que lavar activos es una conducta punible autónoma y no subordinada: “El lavado de activos, tal como el género de conductas a las que se refiere el artículo 323, es comportamiento autónomo y su imputación no depende de la demostración, mediante declaración judicial en firme, sino de la mera inferencia judicial al interior del proceso, bien en sede de imputación, en sede de acusación o en sede de juzgamiento que fundamente la existencia de la(s) conducta(s) punible(s) tenidas como referente en el tipo de lavado de activos” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008).

del ente acusador se vea corta en cuanto a la recolección de elementos materiales probatorios y, en estos casos, en el afán por cumplir estadísticas o de un claro efficientismo penal, terminen infringiendo el principio del *in dubio pro reo*. El argumento esgrimido por la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para sostener la autonomía del lavado de activos radica en que la seguridad jurídica es un elemento fundamental de la convivencia ciudadana y que todas las personas estamos obligadas a demostrar el origen legítimo de nuestros bienes, de ahí el traslado de la carga probatoria.

Por otra parte, se reitera el compromiso y responsabilidad que consigo tienen los profesionales en contaduría, pues no solo se deben regir por su manual de ética, sino que deben atender a todas las normas de carácter disciplinario, penal, civil y administrativo que regulen sus actuaciones como ciudadanos. En el caso del lavado de activos, el contador/auditor cumple un papel importante, sobre todo cuando trabaja con compañías, pues de él depende (en ciertas ocasiones) la autorización o éxito de una operación económica; esta puede que no siempre sea legal y es parte de los deberes del contador identificar estas situaciones para fortalecer el control interno de la compañía. Además de su labor como investigador, este puede dotar de información relevante a la Fiscalía, para hacerse una idea adecuada a la realidad del caso, permitiendo inferir que las operaciones declaradas por los investigados no corresponden a la realidad económica y que pueden ser constitutivas de delitos como el lavado de activos. En otras palabras, la necesidad de una auditoría forense se hace más relevante, tanto en la Fiscalía para que pueda contar con personal idóneo en materia de análisis financiero, como en las empresas para evitar la comisión de fraudes económicos a través de empresas fachadas o negocios sospechosos. Este delito en particular exige una integración de abogados, contadores y economistas que obrando en conjunto logren detectar y desarticular los emporios criminales dedicados a legalizar los productos del delito.

## **Referencias**

- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (1998). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, 139- 154.



- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales* [tercera reimpression]. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). *Derecho y razón práctica*. México: Fontarama.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arbeláez, D. F., Correa, L. y Silva, J. (2013). Un acercamiento a los desarrollos investigativos en la auditoría forense. *Tendencias*, XIV(2), 216-230. Recuperado de: <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/rtend/article/view/1647/2030>
- Bareño-Dueñas, S. M. (julio-diciembre, 2009). Mecanismos de contabilidad para prevenir y detectar el lavado de activos en Colombia. *Cuadernos de Contabilidad*, 10(27), 341-357. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/cuco/v10n27/v10n27a06.pdf>
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2007). La racionalidad de la ponderación. En M. Carbonell (coord.) *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Botella, P. C. (2015). Blanqueo de Capitales. *Crimipedia*. Recuperado de: <http://crimina.es/crimipedia/wp-content/uploads/2016/05/Blanqueo-de-capitales.pdf>
- Caldas, P. T. (7 de febrero, 2014). Lavado de activos en Colombia, un enriquecimiento ilícito con fachada legal. (Documento, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia). Recuperado de: <https://bit.ly/2x7FuoJ>
- Cano, M. A. y Castro, R. (2003). Auditoría forense. Instituto de auditores internos de la República Dominicana, Inc. Recuperado de: <https://www.iaird.org.do/>
- Cardoso, M. d. (2015). Blanqueo de capitales: técnicas de blanqueo y relación con el sistema tributario. *Cuadernos de formación*, 19(4/15), 47-59. Recuperado de <https://docplayer.es/4984217-Blanqueo-de-capitales-tecnicas-de-blanqueo-y-relacion-con-el-sistema-tributario.html>
- Castillo, L., Figueredo, C. y Méndez, E. (2012). La auditoría forense en América Latina (Casos Colombia, Venezuela y Ecuador). *Gestión y Gerencia*, 6(1), 26-46. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5303207>

- Carta Magna. Artículo 39. Recuperado el 23 de mayo de 2015 en: [http://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist\\_medi/documentos/occidente/carmagna.pdf](http://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist_medi/documentos/occidente/carmagna.pdf)
- Echeverry Enciso, Y. (2013). Libertad e igualdad en la teoría de John Rawls. *Revista Conflicto & sociedad*, pp. 36-56. Universidad de Sabaneta. Medellín, .
- El-Qorchi, M. (2002). Hawala. ¿Cómo funciona este sistema de transferencia informal de fondos? ¿Debe ser regulado? *Finanzas & Desarrollo*, 39(4), 31-33. Obtenido de <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2002/12/pdf/elqorchi.pdf>
- Ferrajoli, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta. 1995.
- Ferrajoli, L. *Garantías y derecho penal*, traducción de Marina Gascón Abellán. En J. O. Sotomayor Acosta (coord.) *Garantismo y derecho penal*. Editorial Temis. Bogotá. 2006.
- Franco, R. (1997). *Reflexiones contables teoría, educación y moral*. Armenia: Investigar Editores.
- Grajales, Q. J., Hormechea, J. K. y Trujillo, G. B. (septiembre-diciembre, 2015). El papel de la auditoría forense en un caso de lavado de activos en Santiago de Cali. *Cuadernos de contabilidad*, 16(42), 713-731. Obtenido de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/cuacont/article/view/17389/13879>
- Gutiérrez, H. (2013). *La contaduría forense en la investigación de delitos aduaneros*. (Tesis de pregrado en Derecho, Universidad Católica de Colombia, Bogotá D.C.). Recuperado de <https://bit.ly/2QtSzAS>
- Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (2016). Informe de tipologías regionales GAFILAT 2014-2016. Buenos Aires. Recuperado de: <https://www.uaf.cl/asuntos/descargar.aspx?arid=954>
- Hernández, H. A. (abril-septiembre de 2009). Aspectos fundamentales del delito de lavado de activos. Una visión desde la legislación colombiana y la guatemalteca. *Justicia Juris*, 6(11), 65-80. Recuperado de <http://repositorio.uac.edu.co/bitstream/handle/11619/1024/Aspectos%20fundamentales%20del%20delito%20de%20lavado%20de%20activos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Hernández, Q. H. (enero-junio de 2014). Lavado de activos: Responsabilidad de los funcionarios del Sector Financiero por la Omisión de Control. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 35(98), 93-130. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4155/4498>

- Hernández, Q. H. (2017). *El lavado de activos* (4a ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Herrera, M. (6 de diciembre de 2016). El delito de lavado de activos y la prueba de la procedencia delictiva de los bienes. *Revista de Estudiantes. ITA IUS ESTO*, 1-10. Recuperado de <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2016/12/Lavado-de-activos-y-prueba-de-la-procedencia-delictiva-de-los-bienes-Mercedes-Herrera.pdf>
- Herrera, M. (julio-septiembre de 2017). La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, (60), 5-30.
- Joffre, F. (julio-septiembre de 2017). Valoración de la prueba pericial en el juzgamiento de delitos económicos. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, (60), 68-90.
- Londoño, A. E., y Saldarriaga, V. (enero-junio de 2011). La auditoría forense: un campo en potencia. *Adversia*, (8), 55-66. Recuperado de <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/adversia/article/view/10956/10049>
- Mariño, G. Y., Chaparro, F. d., & Medina, I. (julio-diciembre de 2014). Determinantes en la prevención del riesgo para el lavado de activos y la financiación del terrorismo (LA/FT) en el sector real. *AD-minister*, (25), 7-35. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/adter/n25/n25a1.pdf>
- Martínez, W. A. (2004). *El lavado de activos en el mercado de valores*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Meinke, M. J. (junio de 2003). Blanqueo de capitales. Desde la represión del delito a la prevención. *Prudentia Iuris*, 57, 27-66. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/prudentia57.pdf>
- Ospitia, P. C. (julio-diciembre de 2016). La actividad probatoria en el delito fuente del tipo penal de lavado de activos. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 37(103), 145-169. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4956/5938>
- Pantoja, J. (julio-diciembre de 2012). ¿Quién ejercer la auditoría forense en los delitos económicos y financieros? *Tendencias*, XIII(2), 241-250. Recuperado de <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/rtend/article/view/481>
- Pariona, A. R. (28 de diciembre de 2016). La ilusión de la “autonomía” del delito de lavado de activos. Obtenido de La Ley. *El ángulo legal de la noticia*: Recuperado de: <http://laley.pe/not/3695/la-ilusion-de-la-ldquo-autonomia-rdquo-del-delito-de-lavado-de-activos/>

- Pérez, F. d. (2017). Valoración del delito previo como prueba determinante en el delito de lavado de activos. *Revista Jurídica Científica SSIAS*, 10(2). Recuperado de <http://revistas.uss.edu.pe/index.php/SSIAS/article/view/681/596>
- Perotti, J. (mayo de 2009). La problemática del lavado de dinero y sus efectos globales: Una mirada a las iniciativas internacionales y las políticas argentinas. *UNISCI Discussion Papers*, (20), 78-99. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=76711408007>
- Roa, L. M. (enero-junio de 2011). El lavado de activos en la economía formal colombiana: aproximaciones sobre el impacto en el PIB departamental. *Revista Dirección de Investigación Criminal e Interpol*, 53(1), 329–347.
- Romero, T. A. (enero-junio de 2017). La autonomía del delito de lavado de activos y la afectación al principio de imputación necesaria. *Pueblo Continente*, 28(1), 207–213. Recuperado de <http://journal.upao.edu.pe/PuebloContinente/article/download/769/710>
- Rozas, F. A. (2008). El rol de la Auditoría ante el lavado de activos. *Quipukamayoc*, 15(30), 73–92. Recuperado de <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/article/viewFile/5255/4330>
- Somocurcio, V. (septiembre de 2016). Formalización de la investigación preparatoria y el “delito fuente” en el lavado de activos: ¿Experiencia Kafkiana? *Gaceta Penal & procesal penal*, (87), 169-180.
- Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF). (2014). La dimensión económica del lavado de activos. Bogotá D.C.: UIAF.
- Vilchez, R. C. (diciembre de 2016). El principio de imputación necesaria en el delito de lavado de activos. *Gaceta penal & procesal penal*, (90), 33–55.
- Perelman, C. (1988). *Lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.
- Prieto Sanchis, L. (2007). “El juicio de ponderación constiucional”. En *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Tondini, B. (2010). Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos. Centro Argentino de Estudios Internacionales. Buenos Aires. Recuperado de: <https://www.cuentasclarasdigital.org/wp-content/uploads/2013/07/3-BLANQUEO.pdf>

Vigo, R. L. (2012). Derecho y Moral en el Estado de Derecho Constitucional (Proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico). *Prudentia iuris*, (74), 57-78.

## Fuentes normativas

- Corte Constitucional. (5 de junio de 1992). *Sentencia T-406*. [MP Ciro Angarita Barón].
- Corte Constitucional. (8 de junio de 1992). *Sentencia T-409*. [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (22 de marzo de 2000). *Sentencia C-326*. [MP Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Constitucional. (8 de noviembre de 2007). *Sentencia C-931*. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. (30 de septiembre de 2009). *Sentencia C-685*. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional. (14 de noviembre de 2012). Sala Plena. *Sentencia C-944*. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte Constitucional. (20 de abril de 2016). *Sentencia C-191*. [MP Alejandro Linares Cantillo].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (3 de marzo de 2000). *Concepto 15709*. [MP Jorge Enrique Córdoba Poveda]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (8 de agosto de 2000). *Concepto 16515*. [MP Fernando Enrique Arboleda Ripoll].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (20 de marzo de 2001). *Auto 16723*. [MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (19 de diciembre de 2001). *Sentencia SP 14658*. [MP Fernando Enrique Arboleda Ripoll].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (9 de abril de 2002). *Auto 18973*. [MP Edgar Lombana Trujillo].

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (16 de abril de 2002). *Auto 19316*. [MP Carlos Eduardo Mejía Escobar].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (8 de octubre de 2002). *Auto 19233* [MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (26 de noviembre 2002). *Auto 19639*. [MP Hermán Galán Castellanos]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (16 de octubre de 2003). *Concepto 19705*. [MP Edgar Lombana Trujillo].
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (29 de octubre de 2003). *Auto 19292*. [MP. Yesid Ramírez Bastidas].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (27 de octubre de 2004). *Auto 22673*. [MP Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (19 de enero de 2005). *Sentencia SP 21044*. [MP Jorge Luis Quintero Milanés].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (20 de abril de 2005). *Auto 23422*. [MP Edgar Lombana Trujillo].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (17 de enero de 2006). *Concepto 24124*. [MP Jorge Luis Quintero Milanés].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (9 de marzo de 2006). *Sentencia SP 22179*. [MP Alfredo Gómez Quintero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (5 de octubre de 2006). *Sentencia SP 25248*. [MP Mauro Solarte Portilla]
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 de enero de 2007). *Sentencia SP 25219*. [MP Yesid Ramírez Bastidas].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de febrero de 2007). *Sentencia 23881*. [MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón].
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (16 de mayo de 2007). *Sentencia SP 24041*. [MP Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (26 de septiembre de 2007). *Sentencia SP 27888*. [MP María del Rosario González de Lemos].

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de noviembre de 2007). *Sentencia SP 23174*. [MP Alfredo Gómez Quintero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (9 de abril de 2008). *Sentencia SP 23754*. [MP Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (30 de abril de 2008). *Sentencia SP 25360*. [MP Alfredo Gómez Quintero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (30 de abril de 2008). *Sentencia SP 24604*. [MP Jorge Luis Quintero Milanés].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (15 de julio de 2008). *Auto 30152*. [MP Yesid Ramírez Bastidas].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (15 de julio de 2008). *Sentencia SP 25803*. [MP Alfredo Gómez Quintero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (15 de julio de 2008). *Sentencia SP 28362* [MP Julio Enrique Socha Salamanca].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (17 de septiembre de 2008). *Sentencia SP 23236*. [MP María del Rosario González de Lemos].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2 de diciembre de 2008). *Sentencia SP 30762*. [M.P. Julio Enrique Socha Salamanca].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (4 de febrero de 2009). *Sentencia SP 25618*. [MP Alfredo Gómez Quintero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (19 de febrero de 2009). *Sentencia SP 25975*. [MP María del Rosario González de Lemos].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (19 de febrero de 2009). *Sentencia SP 27827*. [MP Julio Enrique Socha Salamanca].
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (11 de marzo de 2009). *Sentencia SP 26144*. [MP Alfredo Gómez Quintero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (5 de agosto de 2009). *Sentencia SP 28300*. [MP Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (14 de abril de 2010). *Sentencia SP 27620*. [MP Jorge Luis Quintero Milanés].

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (9 de junio de 2010). *Sentencia SP 28892*. [MP María de Rosario González de Lemos].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de septiembre de 2010). *Sentencia SP 32552*. [MP Jorge Luis Quintero Milanés].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de marzo de 2011). *Auto 36065*. [MP Julio Enrique Socha Salamanca].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (27 de julio de 2011). *Sentencia SP 35512*. [MP Augusto Ibáñez Guzmán].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2 de noviembre de 2011). *Concepto 37166*. [MP José Leonidas Bustos Ramírez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (7 de noviembre de 2011). *Auto 40188*. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (9 de mayo de 2012). *Sentencia SP 27026*. [MP José Leonidas Bustos Martínez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de mayo de 2012). *Sentencia SP 36307*. [MP Julio Enrique Socha Salamanca].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (6 de junio de 2012). *Concepto 38712*. [MP José Leonidas Bustos Ramírez].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (17 de octubre de 2012). *Sentencia SP 38317*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (31 de octubre de 2012). *Sentencia SP 35159*. [MP Luis Guillermo Salazar Otero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de noviembre de 2012). *Auto 39581*. [MP Gustavo Enrique Malo Fernández].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (12 de diciembre de 2012). *Sentencia SP 39923*. [MP Gustavo Enrique Malo Fernández].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (13 de marzo de 2013). *Concepto 40494*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (4 de diciembre de 2013). *Sentencia SP 39220*. [MP Eyder Patiño Cabrera].



- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (17 de julio de 2013). *Sentencia SP 34377*. [MP Luis Guillermo Salazar Otero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2 de agosto de 2013). *Auto 39749*. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (6 de agosto de 2013). *Auto 41370*. [MP Gustavo Enrique Malo Fernández].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2 de abril de 2014). *Auto 42516*. [MP Eyder Patiño Cabrera].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (26 de mayo de 2014). *Sentencia SP 43388*. [MP María del Rosario González Muñoz].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (9 de abril de 2014). *Sentencia SP 42722*. [MP Patricia Salazar Cuéllar].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (10 de diciembre de 2014). *Auto 42027*. [MP Eyder Patiño Cabrera].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (12 de mayo de 2015). *Auto 42527*. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (17 de junio de 2015). *Auto 40889*. [MP Patricia Salazar Cuéllar].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (8 de junio de 2016). *Sentencia SP 41427*. [MP José Francisco Acuña Vizcaya].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de enero de 2017). *Sentencia SP 40120*. [MP Patricia Salazar Cuéllar].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (5 de abril de 2017). *Auto 49871*. [MP Fernando Alberto Castro Caballero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (14 de junio de 2017). *Sentencia SP 39260*. [MP Luis Guillermo Salazar Otero].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de junio de 2017). *Auto 49994*. [MP Eyder Patiño Cabrera].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (1 de noviembre de 2017). *Auto 46673*. [MP Patricia Salazar Cuéllar].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de noviembre de 2017). *Concepto 50507*. [MP Luis Antonio Hernández Barbosa].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (7 de febrero de 2018). *Sentencia SP 50798*. [MP Luis Guillermo Salazar Otero].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de febrero de 2018). *Auto 49951*. [MP Patricia Salazar Cuéllar].

Constitución Política de Colombia [Const.]. (2006). Editorial Legis.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva, OC-08, de 1987, párrafo 28.

# **03**

## **El fuero penal militar en Colombia y sus debates constitucionales\***

---

**Yecid Echeverry Enciso**

Universidad Icesi | yecheverry@icesi.edu.co

**Valentina Pardo Cuevas**

Universidad Icesi | valentina.pardo@correo.icesi.edu.co

\* El presente documento es producto de investigación correspondiente al Proyecto Interdepartamental *25 años de la Constitución Política: balances y perspectivas en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho*, registrado en el Grupo de Investigación Precedente de la Universidad Icesi y reconocido por Colciencias en categoría A1, en coordinación con miembros del Grupo de Investigación Nexos de la misma Universidad.

El trabajo da cuenta del desarrollo legal y jurisprudencial que ha tenido el fuero penal militar en la legislación colombiana. Así, se analizará la forma en que la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han ido moldeando y limitando esta figura, asociada en el pasado a la idea de privilegio, prerrogativa o “gracia especial” que, a través de un trato particularizado a la hora de juzgar a los miembros de la Fuerza Pública, ha dado lugar, en ocasiones, a impunidad frente a algunos delitos.

Lo cierto es que este régimen especial encuentra su justificación en el contexto institucional al que pertenecen los miembros de la Fuerza Pública, caracterizado, de una parte, por ser un régimen de obediencia jerárquica y uso de fuerza y, de otra, por las específicas reglas de conducta a las que se ven sometidos, pues son incompatibles respecto a las predicadas para los particulares. Ejemplo de ello es la obligación de obediencia a que están sometidos los militares, el régimen vertical o cadena de autoridad y la posibilidad de usar las armas que el mismo Estado les ha dado, así como el entrenamiento previo para tal fin.

En este orden de ideas, es necesario hacer la salvedad respecto a que, si bien la justicia penal militar no hace parte de la rama judicial según la Carta Constitucional, sí administra justicia. Además, exige para la concreción del fuero militar que los comportamientos realizados por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo tengan relación directa con el servicio. Ello por cuanto se busca evitar que el fuero se expanda hasta convertirse en un privilegio.

Ahora bien, la discusión sobre el fuero como un factor de impunidad, al decir de algunos tratadistas, nos ha llevado a plantearnos los siguientes interrogantes: ¿impide el fuero penal militar el cumplimiento de la obligación que tienen los miembros de la Fuerza Pública de proteger y garantizar los derechos humanos a la población? ¿Facilita el fuero penal militar la impunidad a los miembros de la Fuerza Pública, por la comisión de delitos en desarrollo de sus funciones o en relación con el servicio? ¿Cuál es la posición adoptada por nuestra Corte Constitucional al respecto? ¿Es necesario un fuero penal militar en un periodo de transición o de posconflicto? En buena medida, nos dedicaremos a dar respuesta a estos interrogantes en las páginas que siguen.

Para lograr nuestro cometido, iniciaremos con un breve relato sobre los antecedentes del fuero penal militar. En un segundo momento, abordaremos los fundamentos legales y constitucionales de esta figura. Posteriormente, analizaremos las diferencias entre justicia ordinaria y justicia militar, para mostrar

al lector las razones que dieron lugar a la creación de la jurisdicción militar, y, por esa vía, llegar al concepto de fuero penal militar, sus elementos y los pronunciamientos que sobre el tema han tenido la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Luego se abordarán las posiciones de tratadistas y doctrinarios para cerrar con unas consideraciones finales.

## **Antecedentes del fuero penal militar**

El fuero penal tiene sus raíces en Roma, lugar en donde se desarrollaron “[...] las primeras disposiciones legales tendientes a regular el funcionamiento de la milicia” (Henaó, Petro y Marín, 2014, pp. 18). La institución del fuero era ejercida por los tribunos militares y el jefe de las legiones en asuntos que involucraban a personal militar, poseyendo facultades jurisdiccionales respecto de sus inferiores tanto penales como civiles. Es fácil de comprender la necesidad de la figura en la antigüedad como una necesidad de orden y justicia dentro de las tropas, máxime cuando los gendarmes del imperio partían en misiones de dos, tres, cuatro o más años, sin presencia de magistrados en sus filas. Los conflictos internos debieron ser resueltos por el superior jerárquico, y esto se convirtió en un hábito que pronto se institucionalizó, tanto por el superior como por parte de los subalternos, quienes no reconocían otra autoridad más allá de sus jefes militares.

Según López Muñiz (1958), el emperador Constantino dispuso que aquellos militares quienes cometiesen delitos civiles debieran ser juzgados por jueces ordinarios, lo que permite evidenciar el carácter funcional atribuido a la conducta del soldado que, desde aquellas épocas, estuvo vinculado a esta figura. Sin embargo, si bien tal disposición fue ratificada por Arcadio, posteriormente también fue contrariada por los emperadores Honorio y Teodosio II, quienes “otorgaron al demandante la facultad de citar al militar ante los Tribunales Ordinarios o ante el Magíster Militum” (Senado de la República, 2014).

La Edad Media estuvo caracterizada por la concentración de los poderes estatales en una sola persona, el rey, por lo que todos los conflictos, o al menos la mayoría de ellos, eran dirimidos por este, sin tener en cuenta las calidades de las partes. De ahí surge la afirmación respecto de la existencia parcial del

fueros militares durante este periodo (Vela Hurtado, 2018). España fue uno de los lugares en donde se pudo percibir con mayor claridad la consolidación de esta figura. Tal es el caso de las *Tiufas*, entendidas como “[...] unidades militares y administrativas, que contaban con cerca de mil hombres con sus respectivas familias, cuyo superior o jefe eran los *tiufados*. Estos, en su condición de Militares eran los encargados de dirimir y juzgar los conflictos de la *Tiufa*” (Senado de la República, 2014).<sup>1</sup>

Ya en 1748, Fernando VI dictó la primera ordenanza de carácter militar que contenía la figura (Senado de la República, 2014). Posteriormente, en 1793, Carlos III promulgó un decreto real en el que establecía el fuero militar en los ejércitos españoles y de ultramar, que consistía en el juzgamiento de militares por tribunales castrenses, jurisdicción que, dada su especificidad, pronto comenzó a diferenciarse de la ordinaria (Chaparro, 2010, pp. 71-90). En 1812, la Constitución española estableció en el artículo 248 un único fuero para todas las personas, con la excepción de los eclesiásticos y militares (Constitución Política de la Monarquía Española, 1812, art. 250). Posteriormente, en la Constitución de 1931 (art. 95), se estableció que “[...] la jurisdicción militar quedará limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los Institutos armados”.

Esta influencia del derecho español se vio reflejada en la República de Colombia, en donde cobró vida gracias al general Francisco de Paula Santander, quien emprendió la tarea de crear el primer Código Militar. Sin embargo, este código quedó inconcluso, dada la muerte del autor en 1841. Durante la Primera República (1810-1816), se aplicó la justicia castrense, por parte de Antonio Nariño, mientras realizaba la Campaña del Sur e iba investido del mando del Ejército Unido de la Nueva Granada, pues tres militares europeos –Manuel Roergaz de Serviez, Cortés de Campomanes y el barón de Schanbourg– incurrieron en conductas que hicieron pensar al Comandante en Jefe en una insubordinación con perfiles de conjura contra él. De inmediato ordenó abrir un expediente, ordenó separarlos del Ejército y los remitió a Santafé para que fueran juzgados, todo dentro de la normatividad del Derecho español (Valencia, 2002, p 2).

---

1. Al respecto se puede consultar Alcalá Galiano (1844, p. 155).

Por otra parte, el general Pablo Morillo estableció durante la reconquista consejos de guerra permanentes que juzgaban delitos de alta traición, rebelión y similares. Después de la batalla de Boyacá,<sup>2</sup> el fuero militar, con algunas variantes, mantuvo su vigencia en todas las cartas políticas promulgadas durante el siglo XIX. Por ejemplo, la Constitución de 1811 en su artículo 1° establecía que “El fuero militar se conservará como hasta aquí”. Lo anterior, sirvió de base para estructurar la figura, cuyas raíces españolas no fueron dejadas de lado (Ríos Gracia y Zarabanda, 2014).

Según Valencia Tovar (2002), la Constitución de 1886 le puso fin a la práctica de reformas constitucionales que caracterizó el proceso constitucional del siglo XIX. En esta nueva carta el fuero encontró sustento en el artículo 170, el cual disponía que “[...] [d]e los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

El fuero era, entonces, una excepción al principio del juez natural<sup>3</sup> y a la igualdad ante la ley. Además, con la expedición del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988) se amplió su aplicación de forma que se le asignaba el conocimiento de delitos cometidos por personal militar y de policía, ya fuese en tiempo de guerra o de paz. La Constitución Política de 1991 retoma, con algunos cambios, lo consignado en la Constitución de 1886 en lo que respecta a la Fuerza Pública y a la justicia penal militar. Sin embargo, en el régimen disciplinario, la Corte Constitucional determinó que “[...] la Procuraduría General de la Nación tiene facultades disciplinarias sobre los militares como sobre cualquier funcionario público”; ello, en palabras de Valencia Tovar (2002), resulta inexacto, pues un funcionario ordinario no tiene la obligación de exponer su vida en ejercicio de su cargo como sí les toca a los militares. Ahora bien, la obligación de exponer su vida en operaciones militares no es razón suficiente para que queden excluidos del régimen disciplinario de la Procuraduría como preferencial, pues el régimen disciplinario militar no deja de ser una excepción.

El Acto Legislativo 02 de 1995 que modificó el artículo 221 de la Carta dispuso:

---

2. Al respecto también puede consultar Rodríguez Cuenca y Borrero (2014).

3. Ver Corte Constitucional, (Sentencia C-429, 2001).

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales **estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro** [Resaltado fuera del texto].

La Ley 522 de 1999, Código Penal Militar, recoge la evolución jurisprudencial y doctrinal en materia de justicia penal militar, siguiendo los lineamientos de la Sentencia C-358 de 1997; impone límites al fuero penal militar al establecer que la justicia penal militar solo será competente para conocer de los delitos relacionados con el servicio. De ahí que en el artículo tercero dispusiera: “[...] en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia”.

Adicionalmente, la Constitución de 1991 trajo consigo el tránsito al sistema acusatorio, pues “[e]n el ramo de Defensa se creó la Dirección General de la justicia penal militar a cargo de un brigadier general, con responsabilidad en la vigilancia y correcta administración de la justicia en todos los niveles jerárquicos” (Valencia Tovar, 2002, pp. 108–109). Esta situación no deja de ser una excepcionalidad, pues en las democracias se parte del supuesto de una clara división de las ramas del poder y del establecimiento de una burocracia especializada, profesional y, hasta cierto punto, independiente. Luego, tener una administración de justicia por fuera de la rama judicial no dice mucho respecto de la división de los poderes y menos de la independencia de las instituciones.

## **Fundamentos constitucionales y legales del fuero penal militar**

Pese a la variedad de Códigos militares redactados durante el siglo XIX, las Fuerzas Militares a principios del siglo XX en Colombia no estaban debidamente unificadas. Las primeras milicias estaban compuestas, en su mayoría, por campesinos carentes de conocimientos y formación militar. En esa época “Colombia apenas afloraba bajo los ideales de un nacionalismo que pretendía



poner en funcionamiento una política acorde a las expectativas de crear una nación, cuyo Estado se proyectara como un ente organizado, fuerte, estable y progresista” (Atehortúa, 2001, pp. 133-166).

En 1905, después de la Guerra de los Mil Días,<sup>4</sup> durante el gobierno de Rafael Reyes, se consideró que, en aras de mantener la estabilidad interna, se debía dar una profesionalización en el ámbito militar. De esta forma, surgió un enfrentamiento entre las élites políticas, cuyo interés estaba puesto en controlar las esferas: civil, militar y eclesiástica, y aquellos que aceptaban un sistema de ascenso meritocrático, a pesar de que en los países europeos la tecnocracia empezó por el afianzamiento y profesionalización de los ejércitos. Con posterioridad:

“Se intentó recuperar para el Estado el monopolio sobre las armas, dispersas masivamente entre la población a raíz de las guerras civiles; se redujo la composición del ejército para hacerlo más operativo; se impulsó la capacitación configurando la carrera militar a partir de la academia, y se intentó promover un reconocimiento nacional a la existencia de las Fuerzas Armadas, para superar su reputación partidista” (Atehortúa, 2001, p 157).

Fue gracias a la guerra con Perú (1932-1933) (Atehortúa, 2007) que surgió la preocupación por defender la soberanía nacional, a la par que se pensó en la necesidad de un ejército profesional que garantizara la seguridad de la nación. No obstante, al terminar el conflicto, el Ejército retornó a su “estado de postración institucional” (Atehortúa, 2001).

A raíz de los hechos ocurridos el 9 de abril de 1948,<sup>5</sup> las Fuerzas Armadas asumieron una nueva función política respaldada por la población civil, teniendo presente que su poder no podía sobrepasar la voluntad de los civiles. Finalmente, luego del Frente Nacional, el bipartidismo dejó de formar parte de las Fuerzas Militares, lo que propició su transformación y la convirtió en uno de los pilares del nuevo régimen, cuya tarea consistía en velar por el orden público interno (Atehortúa, 2018). Con la aparición de las guerrillas de izquierda, la Fuerza Pública asume su misión constitucional de proteger el régimen democrático y las instituciones. Sin embargo, como consecuencia de los frecuentes estados

---

4. Al respecto puede verse Rubiano (2011).

5. Véase al respecto De Urbina y Zambrano (2009).

de sitio se fue desfigurando su actuación hasta el punto de llegar a asumir el juzgamiento de civiles, situación que terminó por desprestigiarla.

Actualmente, la Fuerza Pública es una institución que responde a los principios fundamentales del Estado social de derecho. La Carta hace referencia a la Fuerza Pública en el capítulo 7 del título VII, rama ejecutiva, y se refiere a esta en su artículo 216 como aquella “integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la policía nacional” (Const., 1991). Las primeras, continúa diciendo el artículo 217 superior, “están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”. La segunda es entendida como “un cuerpo armado permanente de naturaleza civil”.

De ahí que, con el propósito de defender la soberanía, el territorio, la independencia, la población civil, el orden constitucional y el ejercicio de los derechos y libertades públicas se hace necesario el uso de una Fuerza Pública que resguarde a la Nación (Ejército Nacional de Colombia, 2018), que garantice y “conservar la unidad y la identidad nacionales”. La Constitución Política de 1991 consagra en su artículo 217:

La Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

De esta forma, la Fuerza Pública es revestida de un carácter instrumental (Vásquez y Gil García, 2017), es decir, se presenta como uno de los medios con los que cuenta el Estado para cumplir los mandatos constitucionales. Al decir de la Corte Constitucional, la Fuerza Pública tiene como función primordial “[...] la defensa de la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional cuyo soporte básico y fundamental lo constituye la defensa y la protección de los derechos humanos” (Corte Constitucional, C-872, 2003).

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta su naturaleza, la estructura de mando rígida y jerarquizada de la Fuerza Pública, la misión constitucional a ellos encomendada<sup>6</sup> y las reglas de conducta que le son propias, se hizo necesaria la creación de un régimen penal especial, pues los elementos anteriormente mencionados tienen una profunda incidencia en la manera en la que se deben

---

6. Al respecto véase Corte Constitucional, C-737-06.

valorar las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo. Una cosa muy distinta son los crímenes ocurridos por fuera de la actividad propia de la Fuerza Pública atribuidos a sus miembros.

Respecto al tema, la Corte Constitucional ha dicho:

Lo que ha hecho el constituyente con la justicia penal militar no es configurarla como una jurisdicción especial dentro de la administración de justicia, tal como lo ha hecho con la jurisdicción indígena o con los jueces de paz, sino tener en cuenta las particularidades implícitas en los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio y concebir, en la estructura de ella, un ámbito funcional legitimado para conocer de tales delitos. De allí que la justicia penal militar sea un régimen especial de justicia penal que cubre a los miembros de la Fuerza Pública en razón de la particularidad de su organización y funcionamiento y que se aplica a los delitos cometidos en servicio activo y en relación con el servicio (Corte Constitucional, C-457, 2002).

Para concluir el acápite, cabe resaltar que, en un Estado social y democrático de derecho, tanto las funciones militares como las policivas se encuentran sujetas al principio de legalidad, de donde se entiende que solo aquellas acciones realizadas por sus miembros en cumplimiento de los mandatos legales y constitucionales son legítimas.<sup>7</sup> Lo anterior no solo busca, en palabras de la Corte Constitucional, “evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental”, sino que va acorde al artículo 6 superior, en donde se dice que los servidores públicos son responsables por infringir la constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en sus funciones (Const., 1991). De ahí que los límites de la justicia penal militar estén consagrados en la Constitución y en el Código Penal Militar como exigencia del principio de legalidad estrictamente atado al servicio, a la finalidad de las autoridades y al fiel acatamiento al DIH y a los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (Corte Constitucional, C-358, 1997). Sin embargo, se considera prudente hacer una reflexión, en términos de la excepcionalidad, de un modelo de justicia en el marco de un Estado democrático.

---

7. Al respecto véase Corte Constitucional, C-373, 2011 y C-358, 1997.

## **Justicia ordinaria y justicia militar**

Según los desarrollos de la teoría de Montesquieu (1906, p. 225), es necesario que el poder contenga al poder; de ahí la necesidad de dividir las funciones o poderes públicos. Las principales actividades del Estado se han venido agrupando en tres núcleos funcionales: la legislación, la jurisdicción y la administración. Cada una de ellas asignada a un órgano, que se estructura entonces como una entidad pública, autónoma y con cabal separación. Al Congreso le corresponde la función legislativa, al Gobierno la administrativa y a los jueces la jurisdiccional. Ello nos lleva al inconveniente o problema de separar la justicia penal militar de la rama judicial, en principio por no gozar de las garantías reconocidas a esta, pero lo más importante es la independencia que, según el artículo 30 superior, asigna a los jueces al momento de tomar decisiones, pues los miembros de la Fuerza Pública, como ya se dijo, hacen parte de un órgano estrictamente jerarquizado, lo que limita la autonomía de los jueces al momento juzgar a sus miembros.

En primer lugar, Según Acero Gallego (2010), la jurisdicción es el lugar o escenario en donde el derecho se materializa a la hora de resolver un conflicto, sin que de lo anterior se entienda que el derecho actúa solo a través de la jurisdicción. Ello es así, pues este puede obrar de muchas maneras, por ejemplo, cuando dos personas se ponen de acuerdo para celebrar un contrato, cuando nos subimos a un bus o cuando compramos alimentos en una tienda, ya que al hacerlo adquirimos obligaciones y nos guiamos por estas. En otras palabras, situaciones cotidianas pueden dar cuenta de la aplicación de preceptos legales. Sin embargo, la importancia de estudiar la jurisdicción radica en que casi todos los aspectos del derecho tienen relación con esta.

La jurisdicción es, pues, la facultad que tiene el Estado para administrar justicia en un caso concreto por medio de los órganos judiciales instituidos; es decir, esta puede ser entendida como una manifestación de la soberanía del Estado (Naranjo Mesa, 2000). No obstante, por jurisdicción también se puede hacer referencia a la función jurisdiccional o a los sujetos y órganos que la llevan a cabo. En este sentido, hacemos referencia a una parte dinámica de la jurisdicción, entendida como la actividad propiamente dicha, y a una parte estática, representada por los órganos jurisdiccionales que suelen situarse dentro de la rama judicial. Ambas partes pueden estar unidas o encontrarse por separado.

Ahora bien, ¿qué órganos conforman la parte estática? Según Acero Gallego (2010), una buena forma de entender la composición de la parte estática de la jurisdicción estatal colombiana es dividirla en tres bloques: el primero, conformado por los “órganos que integran las distintas jurisdicciones”; el segundo, el compuesto por la Fiscalía General de la Nación, y el tercero, integrado por el Consejo Superior y los Consejos Seccionales de la Judicatura. Todos ellos contenidos en la Constitución Política de 1991, en el Capítulo 1, del título VIII, de la rama judicial.

En este punto cabe hacer una salvedad y es que, si bien uno de los tres bloques de la parte estática (caracterizada porque sus órganos hacen parte de la rama judicial) contempla las distintas jurisdicciones, según la Sentencia C-713, 2008: “La justicia penal militar y la jurisdicción indígena se encuentran autorizadas constitucional y legalmente para administrar justicia de manera excepcional, pero, dichas autoridades no hacen parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial del Poder Público”. Por esta razón, para Acero Gallego, ambas jurisdicciones son propias de la parte dinámica.

De conformidad con el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 5 de la Ley 1285 de 2009, “[...] la función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria”. Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción.

A su vez, el artículo 116 de la Constitución de 1991 contempla: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar”.

En este orden de ideas, se debe hacer la distinción entre lo que llama “jurisdicción común” y las “jurisdicciones especiales”. De ahí que la justicia ordinaria, denominada tradicionalmente el “fuero común”, sea considerada como la regla general, a la cual se le concede la competencia para conocer de todos los asuntos, mientras no hayan sido atribuidos expresamente por la Constitución

o la ley a otra jurisdicción, denominada jurisdicción especial. En consecuencia, tal distinción nos lleva a concluir que la jurisdicción penal militar tiene el carácter de jurisdicción especial, toda vez que es la propia Constitución la que le otorga un carácter excepcional que le permite conocer los delitos cometidos por miembros activos de la Fuerza Pública y que se encuentran en relación con el servicio. La pregunta es si se justifica un tratamiento diferente a los miembros de la Fuerza Pública en un Estado democrático de derecho respecto de los crímenes por ellos cometidos en razón o por ocasión del servicio. El principio general de igualdad reza que solo se admiten tratos diferentes en la medida que ellos redunden en procura de los menos aventajados de la sociedad, tal como lo recuerda Rawls (1997, p. 81).

La Corte Constitucional, en Sentencia C-457-02, se refirió a este tema diciendo:

Es la misma Carta la que establece una clara diferenciación entre la jurisdicción ordinaria y la justicia penal militar. Mientras aquélla hace parte de la rama judicial, ésta está adscrita a la rama ejecutiva del poder público, sólo que por voluntad del constituyente cumple una definida función judicial. No obstante, el cumplimiento de esta específica función no implica una mutación de la índole delineada por el constituyente pues se trata sólo de la configuración de un ámbito funcional en atención a las particularidades implícitas en las conductas punibles cometidas por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio.

En otras palabras, lo que ha hecho el constituyente con la justicia penal militar es tener en cuenta las particularidades de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio, para constituir un ámbito funcional legitimado que permita conocer de tales delitos. De esta forma, la justicia penal militar constituye una excepción al principio del juez natural. Ello significa que en los casos en los que exista duda respecto a la jurisdicción competente a la hora de conocer sobre un determinado caso la jurisdicción competente será la ordinaria, pues su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo establece la Constitución en el artículo 221, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2015. De todas formas, el hecho de que el constituyente hubiese colocado a la justicia penal militar en la rama ejecutiva de por sí no justifica la excepcionalidad de la misma ni brinda razones para aceptar un trato diferenciado a un grupo de servidores públicos frente a otros, por lo menos en aspectos sustantivos.

Es así como, teniendo en cuenta estas circunstancias, el constituyente ha considerado que un juez ordinario, que desconozca la dinámica militar, no estaría adecuadamente capacitado para conocer de los delitos típicamente militares o de aquellos delitos comunes adaptados a la función militar, toda vez que no pueden ubicarse en un escenario caracterizado por las difíciles condiciones a las que se encuentran sometidos los miembros de la Fuerza Pública. Pero vale la pena preguntarse si un juez ordinario lo está para asumir el conocimiento de cualquiera de los problemas que debe conocer. De nuevo encontramos respuesta a los aspectos puramente formales.

En síntesis, hasta el presente no hay una razón de fondo que justifique la constitución de una jurisdicción especial militar más allá del hecho de haber sido creada por el constituyente, bajo el supuesto de la misión constitucional de la Fuerza Pública, pero no se esgrimen argumentos de peso para su justificación como un trato diferenciado que, en principio, riñe con la igualdad material. Reiteramos que un Estado democrático no debe aceptar tratos privilegiados sin que ello redunde en el mayor bienestar de las mayorías. El artículo 6 constitucional citado con antelación exige que los servidores públicos no solo deben responder por el cumplimiento de la ley y la Constitución, sino también por la omisión y la extralimitación en el cumplimiento de sus funciones, situación que no queda bien librada al constituir una excepción y crear una jurisdicción especial para un determinado grupo de funcionarios: la Fuerza Pública.

## **Fuero militar**

La llamada jurisdicción penal militar es, entonces, la facultad estatal que tiene el juez para conocer y resolver controversias en asuntos que tienen relación directa con el ámbito castrense—siempre que se cumplan con algunos requisitos, como se verá más adelante—y, como se ha dicho en líneas anteriores, encuentra su razón de ser en las situaciones “particulares” a las que se ven sometidos los miembros de la Fuerza Pública. Entonces, ¿qué es el fuero penal militar? ¿Cuál es su razón de ser a la luz del principio de igualdad?

Según la Real Academia Española (2017) el fuero es:

- La competencia a la que legalmente están sometidas las partes y que por derecho les corresponde.
- La competencia jurisdiccional especial que corresponde a ciertas personas por razón de su cargo. *Fuero parlamentario*.

Antiguamente, este era el nombre con el que se hacía referencia a ciertas compilaciones de leyes, a saber, Fuero Real, Fuero de Juzgo, etc. Sin embargo, en el derecho actual, según Bohórquez y Bohórquez (1998), el fuero está directamente relacionado con la jurisdicción, llegando a ser un equivalente de esta, principalmente de la jurisdicción especial. En otras palabras, el fuero es entendido como el derecho que tienen ciertas personas a ser juzgadas por tribunales especiales, en lugar de ser juzgadas por tribunales ordinarios.

Según Bohórquez, el fuero en el sentido y alcance dado en líneas anteriores puede ser ordinario y privilegiado. Así, el fuero ordinario es entendido como el poder que se tiene de conocer todas las causas tanto civiles y criminales que no correspondan a tribunales especiales. El fuero privilegiado es la competencia que se le otorga a un determinado tribunal, con el fin de conocer de aquellas conductas cometidas por ciertas personas en razón a una condición especial, una profesión, un cargo, entre otras. De ahí que el fuero refiera a personas con investidura o condición especial, que deben ser juzgadas solo por la jurisdicción determinada por la constitución para tal fin.

El fuero penal militar implica que los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo van a ser de competencia exclusiva de la jurisdicción militar, toda vez que la Constitución le confiere un carácter excepcional. Así, los militares que cumplan con los dos requisitos anteriores van a comparecer, en razón del fuero que los cobija, no ante un tribunal ordinario, sino ante uno especializado, a saber, tribunal militar o corte marcial, en lo que constituye una excepción al principio del juez natural con el simple argumento de rúbrica o ubicación constitucional por la particularidad de sus funciones. Sin embargo, un Estado en condiciones de postconflicto, cuando la posibilidad de la guerra en el mundo moderno es tan remota, no debería contemplar privilegios o fueros especiales para ninguno de sus miembros, en procura de mantener incólume el principio de igualdad y el de juez natural.



En este orden de ideas, el artículo primero del actual código militar, la Ley 1407 de 2010, hace referencia al fuero militar y establece que:

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En todo caso, a pesar de ser una excepción, no se debe asociar la idea de fuero con la de impunidad, pues los límites impuestos a esta figura por vía constitucional, legal y jurisprudencial han configurado un marco de acción delimitado cuyo propósito es conservar la especialidad del derecho penal militar y evitar la expansión del fuero penal militar que, como hemos venido observando, no debería contemplarse dentro de un Estado democrático de derecho por constituir un trato diferenciado no justificado.

## **Elementos del fuero penal militar**

La Corte Constitucional, como guardiana de la constitución, ha desarrollado, vía jurisprudencial, dos elementos estructurales que constituyen una exigencia a la hora de determinar la concreción del fuero; a saber, que el delito sea cometido por un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo (elemento subjetivo) y que el delito tenga relación con el mismo (elemento funcional). En la Sentencia C-878 de 2000, se establece que:

Sólo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la Fuerza Pública, entiéndase fuerza militar y policía nacional, cuando éstos cometan un delito relacionado con el servicio mismo. Así, se ha dicho que son dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio (Corte constitucional, C-878, 2000).

## Elemento subjetivo

Respecto a este elemento, es claro que el fuero militar no cobija a aquellas personas que cometan delitos cuando ya no hacen parte del ejercicio activo de la Fuerza Pública. Luego, para poder acogerse al fuero se debe demostrar el vínculo de pertenencia con las instituciones de la Fuerza Pública, sean de policía o militares. Sin embargo, la Corte Constitucional ha dicho que:

El simple hecho de que una persona esté vinculada a la Fuerza Pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la Fuerza Pública. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincinencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad pública, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias (Corte Constitucional, C-878, 2000).

Como se observa, no es suficiente con la vinculación del sujeto activo de un delito a la Fuerza Pública. Ese es solo uno de los requisitos, pues el infractor ha podido cometer un crimen que no guarde relación con la misión constitucional encomendada. Por lo que, en cumplimiento del principio de igualdad, no debe quedar exento de poder ser sometido a la jurisdicción ordinaria. Si bastara con el solo hecho de pertenecer a la Fuerza Pública, se estaría dejando de lado, en nuestro concepto, el más importante de los elementos: el funcional. La acción delictual, para poder ser investigada y sancionada por la jurisdicción penal militar, no solo ha de ser cometida por un miembro de la Fuerza Pública, sino que ha de tener estricta relación con el servicio, con una misión militar de conformidad con lo constitucional y legalmente encomendado en sus funciones a dicha fuerza. Tampoco es suficiente con estar cumpliendo orden superior, pues ella ha de ser conforme con la Constitución, dado que en Colombia, por respeto a la dignidad humana, no es posible un régimen de obediencia ciega. La orden debe ser legítima. La pertenencia a la institución por sí misma no determina el carácter de delito ordinario o militar (Corte Constitucional, C-878, 2000).

La Corte Constitucional ha sido enfática en recalcar que no se puede perder de vista el propósito del fuero penal militar. De ahí que si se juzgara a todas las personas por el simple hecho de portar un uniforme de la Fuerza Pública o un arma de dotación, se estaría transformando esta institución en un mero privilegio estamental.

## Elemento funcional

Además del elemento subjetivo, es necesario para que se configure constitucionalmente el fuero militar que el delito tenga relación directa con el servicio. Ello no significa en palabras de la Corte que:

La comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la Fuerza Pública. Por el contrario, la Constitución y la ley repudian y sancionan a todo aquel que escoja este camino para realizar los altos cometidos que se asocian al uso y disposición de la fuerza en el Estado de derecho, puesto que éste ni requiere ni tolera el recurso a medios ilegítimos para la consecución de sus fines. El servicio está signado por las misiones propias de la Fuerza Pública, las cuales por estar sujetas al principio de legalidad en ningún caso podrían vulnerarlo (Corte constitucional, C-878, 2000).

Ahora bien, puede suceder que un miembro de la Fuerza Pública en cumplimiento de la función a él encomendada se desvíe de su deber voluntaria o culposamente, lo que desvirtuaría el uso legítimo de su fuerza. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia del servicio queda comprendido dentro del derecho penal militar, pues es necesario que la conducta realizada tenga relación directa con el servicio. No obstante, no todo lo que un agente realice se puede considerar como un acto de servicio. Al respecto, el Código Penal Militar, en su artículo 2°, menciona como delitos relacionados con el servicio a aquellos que se derivan directamente de la función militar o policial asignada por la Constitución o la ley.

Un delito, entonces, tiene relación con el servicio cuando surge como una extralimitación o abuso del poder cometido en el ejercicio de una función legítima. Además, “[...] el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto” (Corte constitucional, C-358, 1997). Pero si el agente desde el principio tenía en mente la idea criminal, la conducta no tendrá relación con el servicio y por tanto deberá ser remitida a la jurisdicción ordinaria. El vínculo existente entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada; tal es el caso de los delitos de lesa humanidad.<sup>8</sup>

---

8. Al respecto se puede consultar: Corte Constitucional, C-578, 2002.

En el mismo sentido, el artículo 3° del Código Penal Militar afirma que la tortura, el genocidio, la desaparición forzada de personas y, en general, los delitos de lesa humanidad no pueden tener relación con el servicio; menos los crímenes que atenten contra los convenios internacionales ratificados por Colombia y que versen sobre el derecho internacional humanitario, pues la misión constitucional de la Fuerza Pública radica en la protección de la vida, honra, bienes, derechos y garantías de las personas, no en su vulneración. Luego, cualquier crimen de lesa humanidad o acto atentatorio del DIH no puede considerarse como delito militar amparado por el fuero.

En consecuencia, cuando un miembro de la Fuerza Pública comete un delito de lesa humanidad, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la incompatibilidad existente entre el delito y la misión constitucional a ellos encomendada, hasta el punto de que una orden respecto de la comisión de un hecho de tal naturaleza no debe ser obedecida por desconocer la dignidad humana, puesto que en Colombia la obediencia ciega está proscrita (Corte constitucional, Sentencia C-578, 1995). De ahí que las conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad no guarden relación con la función constitucional de la Fuerza Pública (Corte constitucional, Sentencia C-1184, 2014).

## **Desarrollo jurisprudencial del fuero**

La Corte Constitucional, en su tarea de guardiana de la Constitución, ha venido desarrollando y delimitando la figura del fuero penal militar. En este caso, abordaremos los principales pronunciamientos respecto al tema, como son la autonomía del juez penal militar, su idoneidad, objeto del fuero, sus elementos constitutivos y la relación con el derecho internacional humanitario.

En primer lugar, al abordar el tema de la autonomía de los funcionarios de la jurisdicción penal militar, la Corte declaró inexecutable la expresión “en servicio activo o” del inciso 2 del artículo 656 del Decreto 2550 de 1998, por el cual se expidió el Nuevo Código Penal Militar, teniendo en cuenta que dicha expresión hacía referencia a que solo podían conformar la jurisdicción los miembros activos o retirados de la Fuerza Pública. Al decir de la Corte, una institución centrada en la obediencia y la subordinación como

parámetro estructural de la disciplina militar no garantizaba la autonomía, la independencia y la objetividad de las decisiones al interior de un órgano que debe administrar justicia. Por esa razón retiró la citada expresión de la norma citada (Corte constitucional, C-141, 1995).

En similar sentido, se pronunció al decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 75 y 77 (parcial) del Decreto 1790 de 2000. En el caso del artículo 77, literal a, se afirmaba que los jueces de primera instancia en la jurisdicción penal militar no requerían del título de abogado, situación que llevó a la Corte a declarar su inexequibilidad; pues no se entiende cómo una función cardinal como la administración de justicia requiera de unas condiciones y cualificaciones esenciales para la jurisdicción ordinaria, mientras que para el caso de los militares no se requiera ni siquiera tener experticia en materia jurídica. Por esta razón, la Corte afirmó que la administración de justicia está bajo el imperio de la ley y no puede dejarse en manos de quien no tenga una formación jurídica profesional. Prescindir de esa exigencia mínima a los miembros de la jurisdicción penal militar equivale a poner en riesgo los derechos fundamentales de los procesados por dicha jurisdicción (Corte constitucional, C-457, 2002).

Frente al objeto del fuero penal, también la Corte ha tenido que pronunciarse, al resaltar su carácter excepcional y limitando su interpretación y alcance a los exclusivos actos del servicio, haciendo énfasis en que no hacen parte de estos actos los crímenes de lesa humanidad, la tortura, el genocidio y cualquier violación al derecho internacional humanitario. Esto, pues una orden o un acto que vulnere la dignidad humana no pueden enmarcarse dentro de una actividad legítima del Estado, como lo es la misión constitucional de la Fuerza Pública. Así, por ejemplo, tanto el intérprete de la ley penal militar como los funcionarios por ella autorizados han de estar claramente informados del carácter excepcional de tal normatividad para no hacer un uso extensivo de ella ni transformar en regla general lo que constituye la excepción (Corte constitucional, C-141, 1995).

En relación con los elementos que conforman el denominado fuero penal militar, la Corte ha sostenido en diversos fallos que se trata, en esencia, de dos componentes: uno de carácter funcional y otro subjetivo, o en razón a la persona que ha de ser un servidor público vinculado con las fuerzas militares o de policía en servicio activo, tal y como se ha venido expresando en líneas

más arriba. El carácter funcional, que también fue ya abordado, principalmente hace alusión a que la actividad criminal sea producto de un exceso u omisión, culposo o doloso, de un acto constitucional y legalmente atribuido a la Fuerza Pública en desarrollo de sus funciones. Al respecto, la Corte afirma:

El término “servicio” alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional– y de la policía nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica– (Corte constitucional, C-358, 1997).

Ahora bien, se ha insistido en que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario hacen parte del ordenamiento interno colombiano y tienen rango constitucional, formando el denominado bloque constitucional, razón por la que no puede ser desconocido por miembros de la Fuerza Pública, ni siquiera en condiciones de anormalidad de conformidad con el artículo 214 de la Constitución Política, al expresar que durante los estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales y que, en todo caso, se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. De ahí que la Corte afirme:

La aplicación complementaria y convergente del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en las investigaciones y juicios que se sigan en contra de miembros de la Fuerza Pública por conductas punibles relacionadas con el conflicto armado, desarrolla las facetas relativas al deber de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; la tutela judicial efectiva frente a estas violaciones; así como la garantía de verdad y reparación a las víctimas, todas ellas adscritas al eje definitorio “deber del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”, identificado como parámetro de control en este juicio de constitucionalidad. (Corte constitucional, C-084, 2016).

En síntesis, la Corte Constitucional ha desempeñado un papel preponderante en el esclarecimiento y limitación de la figura jurídica conocida como fuero penal militar, restringiendo su utilización abusiva y descartando una serie de actos que, por no tener una clara relación con el servicio, han tendido que ser abordados por la jurisdicción ordinaria. Ello ha contribuido en la garantía de verdad, justicia y reparación a las víctimas de actividades

delictivas llevadas a cabo por miembros de la Fuerza Pública. De la misma manera, la Corte ha sido enfática al señalar con claridad los elementos que constituyen la condición *sine qua non* para la aplicación del fuero, al restringir su utilización solo a los actos del servicio. Igualmente, ha expuesto razones constitucionales que explican la necesidad de tener una jurisdicción penal militar, su carácter excepcional y los principios que cobijan el ejercicio de la administración de la justicia penal militar. Sin embargo, no ha logrado ir más allá para señalar que en un Estado de derecho y en materia de justicia no habría una razón lo suficientemente fuerte como para justificar la existencia de un régimen tan excepcional que termine por brindar tratamientos diferenciados a un tipo de servidores públicos, mientras que a otros no se les permiten estas consideraciones. Esta situación, de entrada, vulnera el derecho de igualdad y que sería un elemento a tener en consideración para desmontar la figura del fuero penal militar, especialmente en momentos de postconflicto y de aproximación a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición; condiciones que suelen quedar en entredicho cuando la justicia penal militar adelanta sus propias investigaciones y se dificulta la participación de las víctimas en estos escenarios.

## **Jurisprudencia internacional**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Organización de las Naciones Unidas –entre otras instituciones de carácter internacional– han producido fallos e informes en donde se da cuenta de los procesos llevados a cabo por la justicia penal militar y su relación con la violación de derechos humanos, especialmente por la vulneración del derecho a acceder a la justicia, a la verdad y a la reparación. De allí que estas instituciones hayan generado debates en los que se analiza la figura del fuero penal militar y los abusos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública. Por esta razón, se hace necesario retomar algunos de los pronunciamientos que sobre la materia han emitido, para hacernos una imagen del problema que se produce al constituir jurisdicciones especiales que tienden a brindar tratos desiguales a los justiciables.

Los siguientes son algunos informes del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión de Derechos Humanos en donde se manifiesta la preocupación existente por la situación de impunidad vivida, a raíz de la competencia que están teniendo los tribunales militares, a la hora de conocer de los delitos perpetrados por miembros de la Fuerza Pública y en los que resultan vulnerados los derechos humanos. Esto ocurría porque se seguía presentando confusión a la hora de desligar los actos de servicio de las violaciones de derechos humanos. Pues, de presentarse estas últimas, la jurisdicción competente debe ser la ordinaria, por lo menos en el caso colombiano. Así, en el tercer informe periódico de Colombia, las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos en 1992 dejaban entrever la inquietud por la falta de mecanismos idóneos que permitieran garantizar los derechos de las víctimas.

Al Comité le preocupa el fenómeno de la impunidad de personal de la policía, las fuerzas de seguridad y el ejército. En este sentido, las medidas adoptadas no parecen ser suficientes para garantizar que cualquier miembro de las fuerzas armadas que abuse del poder y viole los derechos de los ciudadanos será sometido a juicio y castigado. Los tribunales militares no parecen ser los más adecuados para la protección de los derechos de los ciudadanos en un contexto en que los militares mismos han violado esos derechos (Organización de Naciones Unidas, 1992, párr. 5 y 6).

Como puede apreciarse, desde la década de los noventa hay cuestionamientos sobre las jurisdicciones especiales aplicadas a los miembros de la Fuerza Pública cuando eran las encargadas de la investigación y el juzgamiento de delitos y vulneraciones de derechos humanos cometidos por las fuerzas militares y de policía. En ese entonces, era como si se fundieran en un solo cuerpo el juez y la parte investigada, lo que perdía la imparcialidad y aseguraba la impunidad en las causas por ellos adelantadas. En el mismo sentido, en un informe del Comité de Derechos Humanos de enero de 1995, se dijo:

La impunidad de que gozan los violadores de los derechos humanos en Colombia es casi total. Los tribunales de justicia militar reclaman, y por lo general obtienen, competencia para entender en casos que comprometen a miembros de las fuerzas de seguridad acusados de violaciones de los derechos humanos. El sistema de justicia militar puede ser riguroso y eficaz en cuanto al procesamiento y sanción de delitos disciplinarios que entrañen la desobediencia manifiesta de órdenes. Pero ha demostrado ser igualmente



eficaz para garantizar la impunidad por violaciones del derecho penal ordinario respecto de actos (asesinato, tortura, secuestros) cometidos por miembros de las fuerzas armadas en cumplimiento de sus funciones (Organización de Naciones Unidas, 1995).

Pese a que en los informes anteriores la Comisión de Derechos Humanos criticaba la forma en la que estaba estructurada la jurisdicción penal militar por su ineficacia a la hora de proteger los derechos humanos, una vez se crea el Nuevo Código Penal Militar, esta no experimentó cambios significativos. De hecho, la misma comisión en 2001 trae a colación un informe presentado por la *Foundation For Human Rights* para señalar que la justicia penal militar continuaba llevando muchos casos de violaciones de derechos humanos donde se investigaba a altos mandos militares bajo el pretexto de tratarse de actos del servicio, sin ningún resultado y patrocinando la impunidad. Esta es una razón más para dejar a esta jurisdicción solo los procesos disciplinarios y pasar las causas criminales a la jurisdicción ordinaria (Organización de las Naciones Unidas, 2001).

No obstante lo anterior, en el año 2010, en el informe presentado por el Comité de Derechos Humanos se reiteró su preocupación por cuanto la jurisdicción penal militar continuaba asumiendo la competencia de casos por graves violaciones de derechos humanos donde aparecían involucrados miembros de la Fuerza Pública, especialmente por las ejecuciones extrajudiciales mal denominadas “falsos positivos”. El Comité aprovechó para exhortar al Consejo Superior de la Judicatura con el ánimo de que esta institución, al resolver los conflictos por competencia y pensando en la imparcialidad, opte por dejar los procesos en los que aparecen militares como responsables de la violación de derechos humanos en manos de la justicia ordinaria y no de la jurisdicción penal militar, donde cree que terminarán en una franca impunidad.

De otra parte, y atendiendo a la reforma constitucional efectuada a través del Acto Legislativo 02 de 2012, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó su preocupación por la reforma constitucional que implicaba una expansión de la jurisdicción penal militar y un retroceso en cuanto a la larga lucha por la protección de los derechos humanos en Colombia. Adicional a ello, consideró que el acto legislativo era un desconocimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado al obstaculizar las

garantías judiciales de verdad, justicia y reparación a las víctimas de violación de derechos humanos donde había una clara participación de los militares y agentes de policía. Veamos:

La Comisión considera que la reforma constitucional no era un medio proporcional a los fines perseguidos, en la medida en que bajo el argumento de fortalecer la independencia e imparcialidad de la justicia penal militar, y brindar seguridad jurídica a los miembros de la Fuerza Pública, en realidad se promovió una ampliación del ámbito de aplicación material del fuero penal militar, contraria a los estándares establecidos en el sistema interamericano de derechos humanos y en la propia jurisprudencia de la Alta.

En este mismo orden de ideas y en reiterados informes,<sup>9</sup> la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha insistido en que la jurisdicción penal militar no cumple con las garantías necesarias para conocer casos que involucren violaciones de derechos humanos, lo que se constituye en un impedimento para el cabal acatamiento de la Convención Americana.

## **Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**

Son múltiples los pronunciamientos que respecto al tema ha hecho la CIDH, no solo sobre Colombia, sino frente a distintos países de la región. De esta forma, mediante muchos fallos, la CIDH ha consolidado una jurisprudencia en torno al carácter restrictivo que debe tener la jurisdicción penal militar, so pena de violar el derecho al juez natural, al debido proceso y las obligaciones adquiridas por los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos. De ahí que, en sentencias icónicas como el caso *Durand y Ugarte vs. Perú* (CIDH, 2000), *Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*, recalque la importancia de excluir, del ámbito de competencia de esta jurisdicción, el juzgamiento de civiles. Sin embargo, como se podrá apreciar en otras sentencias de esta corporación, el carácter restrictivo también implica que la jurisdicción solo sea aplicable: i) cuando los delitos hayan sido cometidos por un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo, ii) que los bienes jurídicos pertenezcan a la órbita castrense y iii) que no involucren violaciones a los derechos humanos.

9. Véase: CIDH (2017, 27 de enero; 2017, 25 de mayo; 2015, 22 de julio).

Ahora bien, cuando se investiga la violación de derechos humanos por parte de miembros de la Fuerza Pública, la CIDH ha sentado posición respecto a la necesidad de que dichas investigaciones sean adelantadas por la jurisdicción ordinaria y no por la jurisdicción penal militar, dado que ello vulnera el principio de juez natural, el debido proceso y el acceso a la justicia. También, ha sostenido la CIDH que, cuando los casos son investigados por la jurisdicción penal militar, se vulnera el principio de imparcialidad y se pierde el derecho a la verdad y a la justicia, con lo que las víctimas quedan completamente desamparadas. Luego, en estos casos, es menester que el juez competente sea un órgano imparcial y transparente que garantice un mínimo de justicia y verdad a las víctimas en pro de su derecho a acceder a ella; tal y como se expuso en la sentencia *Rodríguez Vera y otros vs. Colombia* (CIDH, 2014).

De otra parte, y ante el carácter excepcional del fuero penal militar, la Corte ha insistido que lo ideal es eliminarlo o, por lo menos, restringirlo a aquellos casos en que, por su naturaleza, solo resulten lesionados bienes jurídicos propios del orden militar. Igualmente, muestra cómo con el transcurrir del tiempo los Estados democráticos han ido eliminando las jurisdicciones militares, y donde aún persisten se han limitado al máximo, introduciendo y respetando los principios del derecho penal moderno;<sup>10</sup> posición reiterada en el caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* y en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela* (CIDH, 2009).

Una situación similar se dio en el caso de los *19 Comerciantes vs. Colombia*, donde la CIDH (5 de julio de 2004) advirtió el problema de la aplicación extensiva de la jurisdicción penal militar, pues trataba de una detención de diecinueve (19) comerciantes, su desaparición y el posterior homicidio de los mismos, acompañado del hurto de sus vehículos y mercancías. Para el alto tribunal es claro que la detención, homicidio y hurto de las mercancías y vehículos de los comerciantes no guarda ninguna relación con el servicio; por tanto, no debió juzgarlos la jurisdicción penal militar, sino la ordinaria, atendiendo al carácter excepcional de esta jurisdicción y al acatamiento de los requisitos subjetivos y funcionales del fuero, violándose el principio del juez natural, el acceso a la justicia y el debido proceso.

---

10. Véase: CIDH (16 de agosto de 2000; 18 de agosto de 2000; 6 de diciembre de 2001; 5 de julio de 2004; 25 de noviembre de 2004; 15 de septiembre de 2005; 22 de noviembre de 2005; 5 de julio de 2006; 4 de julio de 2007).

En el caso concreto de los bienes jurídicos, la Corte ha dicho que si los crímenes o delitos cometidos por el personal militar en servicio activo no afectan la esfera del ámbito castrense —es decir, no guardan relación con la función, como cuando hay vulneración de derechos humanos—, la competencia es exclusivamente de la jurisdicción ordinaria. En otras palabras, si las acciones criminales investigadas hacen referencia al orden disciplinario, al mandato o la obediencia, a la función constitucional y legal de la Fuerza Pública, a la jerarquía, entre otros bienes jurídicos de relevancia para la milicia, la competencia es de la jurisdicción penal militar en caso de que exista, pues los Estados democráticos han ido eliminando esta jurisdicción por considerarla violatoria del principio de juez natural, del debido proceso y del derecho a acceder a la justicia (CIDH, 2009).

En síntesis, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de diversos fallos, mostró que la interpretación laxa del fuero penal militar y la eficacia de la jurisdicción militar para investigar casos de graves violaciones al derecho internacional humanitario y al derecho internacional de los derechos humanos terminaban en impunidad, se vulneraba el derecho de las víctimas a una justicia pronta, a la verdad, a la reparación, al principio de juez natural, al debido proceso y, particularmente, al acceso a la justicia. Estas son razones suficientes para exhortar a los Estados a desconocer la excepcionalidad de esa jurisdicción y que fuese eliminada otorgando competencia a la justicia ordinaria (Organización de Naciones Unidas, 1998, párr. 7).

## **Posiciones doctrinarias**

Hasta ahora hemos hecho un análisis histórico y jurisprudencial respecto a lo que se entiende por el fuero penal militar, sus elementos, sus límites y los casos en que puede proceder. Sin embargo, es necesario examinar algunas consideraciones de carácter doctrinal para obtener una mayor comprensión del fenómeno jurídico en estudio. Debemos empezar por reconocer que no se trata de un instituto pacífico; desde sus inicios en nuestra legislación, el fuero ha sido objeto de diversas críticas. Estas ha sido por su tendencia a privilegiar la impunidad, su incapacidad de garantizar los derechos de las víctimas, su

dependencia de la rama ejecutiva y los altos índices de casos de violaciones a los derechos humanos que conoció, al no estar adecuadamente delimitada la concepción de actos de servicio. Así, dentro de sus principales detractores, encontramos miembros de diferentes organizaciones no gubernamentales, académicos, juristas, corporaciones, movimientos sociales y de víctimas, entre otros.

Basados en los informes y en pronunciamientos de tribunales internacionales, como se evidenció en páginas anteriores, este grupo de opositores no está de acuerdo con la existencia del fuero penal militar. Sin embargo, en caso extremo piensan que, de subsistir en la legislación, al menos debe aplicarse de manera restrictiva y exclusivamente a aquellos casos en los que estén comprometidos bienes jurídicos castrenses, pero en general creen que esta figura debe fenecer. Bucheli Espinosa (2015), por ejemplo, considera que esta jurisdicción debe desaparecer y dar lugar a la jurisdicción ordinaria, por lo menos en cuanto a violación de derechos humanos donde aparezcan comprometidos miembros de la Fuerza Pública. En relación con la extensión de la aplicación del fuero a todo caso en el que intervenga un militar o policía, Gutiérrez (2010) se opone y piensa que el derecho internacional y los tribunales de derechos humanos han marcado un punto final con miras a la extinción de este tipo de fuero.

En el ámbito nacional, Rodrigo Uprimny (2014) opina que la ampliación de la figura desconoce las decisiones del Derecho Internacional Humanitario y los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de constituir un claro retroceso en el ámbito democrático que propicia la impunidad por la falta de independencia de dicha jurisdicción. De esta forma, quienes se encuentran en oposición al fuero penal militar lo hacen argumentando que, dada su naturaleza excepcional, debe tender a desaparecer y que, en aras de la preocupación latente por los altos índices de impunidad, se deben tomar medidas orientadas a darle un carácter cada vez más restringido, en donde se garantice a militares y víctimas el acceso a la justicia, al debido proceso, al juez natural, a la verdad y a la reparación.

De otra parte, algunos autores creen que solo los militares están en condición para entender las normas castrenses, poder adelantar investigaciones respecto al uso de las armas y comprender las circunstancias propias del conflicto. Sin embargo, de antemano, no se ve por qué razón un juez de la jurisdicción ordinaria no podría hacer esto mismo. Luego, este argumento no tiene fundamentación empírica ni justificación valedera para dar prioridad a unos respecto

de los otros, pero sí crea una diferenciación no permitida frente al derecho a la igualdad. Otros argumentos en pro del fuero suelen acudir al carácter formal del mismo; esto es, que justifican su existencia solo por estar contenidos en la Constitución sin ir más allá del asunto (Samper, 1951).

## **Conclusiones**

El fuero penal militar es una institución heredada del antiguo derecho español que gobernó en sus colonias y que, una vez declarada la independencia, ha subsistido hasta nuestros días. Este consiste en el derecho que tienen los miembros de la Fuerza Pública a ser juzgados por tribunales especiales cuando estando en servicio activo han cometido delitos que guardan directa relación con la misión constitucional a ellos asignada. Quienes justifican su permanencia en el derecho actual, a pesar de las críticas y la tendencia a eliminarla por ser contraria al principio de igualdad, centran sus argumentos en las particularidades de la organización castrense y la naturaleza de su función, especialmente la disciplina, el orden jerárquico, el respeto del mando, su función como garante de la seguridad nacional, entre otras. En el territorio colombiano tiene consagración constitucional en el artículo 221 de la Constitución política de 1991.

La Corte Constitucional y la CIDH han ido decantando en sus decisiones la necesidad de eliminarlo o, por lo menos, de establecer límites para poder garantizar la verdad, la justicia, el debido proceso, el principio de juez natural y evitar la impunidad frente a crímenes de lesa humanidad y graves violaciones del derecho internacional humanitario. De esta forma, la prohibición de juzgar a civiles y de conocer sobre los delitos que involucren violaciones a los derechos humanos son elementos que, junto con el factor subjetivo y funcional, refuerzan su carácter excepcional y restrictivo.

Sin embargo, consideramos que, como ha reiterado la Corte Interamericana en sus fallos, la jurisdicción penal militar no cumple con la función de protección de los derechos de las víctimas, en cuanto no satisface los requisitos de independencia e imparcialidad, como resultado de la subordinación jerárquica a la que se encuentran sometidos los miembros de la Fuerza Pública, y que atenta contra los postulados consagrados en la Convención Americana de Derechos

Humanos. Aunado a lo anterior, los informes presentados por la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos permiten visibilizar el problema de impunidad que se haya presentado y que, a pesar de los cambios legislativos, subsista.

Son múltiples los argumentos en contra del fuero penal militar por constituir una excepción no justificada al principio de igualdad, pilar esencial de los estados democráticos, razón por la cual, ante la ineficiencia que ha mostrado para investigar y justificar los crímenes cometidos por miembros de la Fuerza Pública, la violación a los derechos de acceso a la justicia, al principio de juez natural, al debido proceso, a la verdad y a la reparación de víctimas, creemos que debe desaparecer, máxime en un Estado que se aproxima a la normalidad al superar las difíciles condiciones de conflicto armado interno, en virtud de los acuerdos de paz y la llegada de la apertura democrática.

## **Referencias**

- Acero Gallego, L. (2010). La jurisdicción: Una visión orgánica. En M. Rueda Fonseca, *Derecho procesal civil* (pp. 3-46). Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Alcalá Galiano, A. (1844). *Historia de España*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.
- Atehortúa, A. (2001). Las fuerzas militares en Colombia: de sus orígenes al Frente Nacional. *Revista Historia y Espacio*, 17, 133-166.
- Atehortúa, A. (2007). El conflicto colombo-peruano. Apuntes acerca de su desarrollo e importancia histórica. *Historia y espacio*, (29) Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4014994>
- Bohórquez, L. y Bohórquez, J. (1998). *Diccionario jurídico Colombiano*. Bogotá: Editorial Jurídica Nacional.
- Bucheli, M. C. (2015). Fuero penal militar: Una institución en crisis. *Derecho y realidad*, 13(26), 13-32. Recuperado de [https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho\\_realidad/article/view/7836/6200](https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/7836/6200)
- Constitución española de 1931 (1931).
- Constitución Política de Colombia de 1886 (1886).

Constitución Política de Colombia de 1991 (1991).

Constitución Política de la Monarquía Española (1812).

Chaparro, J. C. (2010). Fuero y justicia penal militar en Colombia: Debates y controversias. 1821-1829. *Memoria y Sociedad*, 14(29), 71-90. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/meso/v14n29/v14n29a05.pdf>

De Urbina González, A. y Zambrano, F. (2009). Impacto de “El Bogotazo” en las actividades residenciales y los servicios de alto rango en el centro histórico de Bogotá. *Revista de Arquitectura*, (05), 152–165. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=341630314015>

Ejército Nacional de Colombia. *La importancia del Ejército Nacional en el desarrollo del País*. Disponible en: <https://www.ejercito.mil.co/?idcategoria=253235> (Tomado junio 12 de 2018).

Gutierrez, J. C., y Cantú, S. (2010). La restricción a la jurisdicción militar en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*, 7, (13), 74-93. Recuperado de: <https://bit.ly/2wnDibJ>

Henaó, C. A., Petro, I. R., y Marín, F. A. (2014). La Justicia Penal Militar colombiana y los principios procesales constitucionales de independencia e imparcialidad, después de la separación de la función de jurisdicción con la función de comando. *Justicia*, (26), 108-120.

López Muñiz (1958). *Diccionario Jurídico de la Guerra*. [Tomo VII]. Madrid: Editorial Gesta.

Montesquieu, B. (1906). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

Naranjo Mesa, V. (2000). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (9a ed.). Bogotá: Editorial Temis.

Organización de Naciones Unidas (1992, 25 de septiembre). *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia*. Recuperado de: <https://bit.ly/2hFIZu7>

Organización de Naciones Unidas (1995, 16 de enero). *Informe del Relator Especial Sobre Ejecuciones Extrajudiciales al 51 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/reex/E-CN-4-1995-61.html>



- Organización de Naciones Unidas (1998, 9 de marzo). *Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, al 54 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/acdh/E-CN-4-1998-16.html>
- Organización de Naciones Unidas (2001). *Informe de la Misión a Colombia de la Representante Especial de la Secretaria General sobre la cuestión de los defensores de derechos humanos*. Recuperado de: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/resdd/E-CN-4-2002-106-Add-2.html>
- Organización de Naciones Unidas (2013, 7 de enero). *Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. Recuperado de: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/informes/altocomisionado/informe2012.pdf>
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Real Academia Española (2017). *Diccionario de la lengua española* (Edición del tricentenario).
- República de Colombia. Acto Legislativo 02 de 2015.
- República de Colombia. Código Penal Militar. [Ley 522 de 1999].
- República de Colombia. [Ley 1407 de 2010].
- Ríos Gracia, I. M. y Zarabanda Cortes, W. (2014). *Fuero penal militar, fuero de casta: caso colombiano*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de: <https://bit.ly/2JjfLuq>
- Rodríguez Cuenca, J. V. y Borrero, L. D. (2014). La batalla del Pantano de Vargas. 25 de julio 1819, Paipa, Boyacá, Nueva Granada. Las otras historias del pasado. *Maguaré*, 28(2), 65-102. Recuperado el 12 de junio de 2018 de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/maguare/article/view/54727/54163>
- Rubiano, R. (2011). Guerra, nación y derechos. A los 112 años de la Guerra de los Mil Días (1899-1902). *Opinión Jurídica*, 10(20), 175-192. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v10n20/v10n20a11.pdf>
- Samper, J. M. (1951). *Derecho público interno en Colombia*. Bogotá: Prensas del Ministerio de Educación Nacional. Bogotá. Recuperado de: [http://bdigital.unal.edu.co/303/109/Preliminares\\_vol.I](http://bdigital.unal.edu.co/303/109/Preliminares_vol.I)

- Senado de la República de Colombia. (2014). Proyecto de Acto Legislativo n.º 10 De 2014. Recuperado de: [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=03&p\\_numero=10&p\\_consec=39759](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=10&p_consec=39759)
- Uprimny Yepes, R (2014). Reampliando el fuero militar. *Dejusticia*. Recuperado de: <https://www.dejusticia.org/column/reampliando-el-fuero-militar/>
- Valencia Tovar, A. (2002). Fuero militar y justicia penal militar. Una tradición histórica de la jurisprudencia colombiana. *Credencial Historia*, 145, 108-109.
- Vásquez Hincapié, D., y Gil García, L. (2017). Modelo constitucional de la Fuerza Pública. Revista Prolegómenos. *Derechos y valores*, XX, 139-162. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v20n39/v20n39a10.pdf>
- Vela Hurtado, G. Fuero penal militar, condición especial de los militares ¿Para la judicialización o impunidad? (Trabajo de grado para optar por el título de especialista). Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de: <https://bit.ly/2VWA1L3>

## Fuentes normativas

- Corte Constitucional. (6 de diciembre de 1995). *Sentencia C-141*. [MP Antonio Barrera Carbonell].
- Corte Constitucional. (4 de diciembre de 1995). *Sentencia C-578*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (5 de agosto de 1997). *Sentencia C-358*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (12 de julio de 2000). *Sentencia C-878*. [MP Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Constitucional. (2 de mayo de 2001). *Sentencia C-429*. [MP Jaime Araujo Rentería].
- Corte Constitucional. (12 de junio de 2002). *Sentencia C-457*. [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional. (30 de julio de 2002). *Sentencia C-578*. [MP Manuel José Cepeda].
- Corte Constitucional. (30 de septiembre de 2003). *Sentencia C-872*. [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (30 de agosto de 2006). *Sentencia C-737*. [MP Rodrigo escobar Gil].

- Corte Constitucional. (15 de julio de 2008). *Sentencia C-713*. [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (12 de mayo de 2011). *Sentencia C-373*. [MP Nilson Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional. (3 de diciembre de 2008). *Sentencia C-1184*. [MP Nilson Pinilla Pinilla].
- Corte Constitucional. (24 de febrero de 2016). *Sentencia C-084*. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de mayo de 1999). Caso Castrillo Petruzzi y Otros vs. Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (16 de agosto de 2000). Caso Durand y Ugarte vs. Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (18 de agosto de 2000). Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de diciembre de 2001). Caso Las Palmeras vs. Colombia. Fondo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (5 de julio de 2004). Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de noviembre de 2004). Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (15 de septiembre de 2005). Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 2005). Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de enero de 2006). Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (5 de julio de 2006). Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (29 de noviembre de 2006). Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (11 de mayo de 2007). Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (4 de julio de 2007). Caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 de noviembre de 2009). Caso Usón Ramírez vs. Venezuela.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (14 de noviembre del 2014). Caso Rodríguez Vera y otros vs. Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (22 de julio de 2015). Informe No. 34/15, Petición 191-07 y otras. Admisibilidad. Álvaro Enrique Rodríguez Buitrago y otros. Colombia. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2015/COAD191-07ES.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de enero de 2017). Informe No. 9/17. Admisibilidad. Rubén Darío Ocampo Henao y otros. Colombia. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2017/COAD481-08ES.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de mayo de 2017). Informe No. 50/17. Petición 464-10B. Admisibilidad. José Ruperto Agudelo Ciro y Familia. Colombia. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2017/COAD464-10BES.pdf>

# **Protección Social**



# **04**

## **La realización del principio de igualdad en el régimen general de salud en Colombia\***

---

**Mauricio Lenis Gómez**

Corte Suprema de Justicia | [ivanlg@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:ivanlg@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)

**Blanca Zuluaga**

Universidad Icesi | [bzuluaga@icesi.edu.co](mailto:bzuluaga@icesi.edu.co)

**Natalia Salas**

Universidad Icesi | [nataliademayo1983@gmail.com](mailto:nataliademayo1983@gmail.com)

\* El presente documento es producto de investigación correspondiente al Proyecto Interdepartamental *25 años de la Constitución Política: balances y perspectivas en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho*, registrado en el Grupo de Investigación Precedente de la Universidad Icesi y reconocido por Colciencias en categoría A1, en coordinación con miembros del Grupo de Investigación Nexos de la misma Universidad..

Desde finales de la década de los ochenta y principios de los noventa, el sector de la salud a escala mundial se transformó no solo como consecuencia del avance científico y tecnológico que alcanzó la medicina, sino también de las reformas que se implementaron en los sistemas de salud. En el primer caso, dichos avances contribuyeron al desarrollo de nuevas metodologías asistenciales, de diagnóstico y de tratamiento. En el segundo, los ajustes institucionales racionalizaron la provisión de los servicios de salud, proveyeron nuevos mecanismos para su financiación y ampliaron la participación de otros actores (administradores y prestadores) en el sector de la salud.

Dichas transformaciones obedecieron, en parte, a la complejidad que habían adquirido los servicios de salud y al incremento en los costos de la atención médica y de los medicamentos. En algunas naciones latinoamericanas, tales innovaciones también estuvieron motivadas por el auge de corrientes neoconstitucionalistas, tendientes a proteger no solo los derechos civiles y políticos, sino también los derechos sociales como la salud (Rodríguez, 2009).

En el caso colombiano, las reformas estructurales al sistema de salud se llevaron a cabo, principalmente, mediante las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993. No obstante, si bien ambas normativas tuvieron objetivos similares, sus alcances fueron diferentes porque esta última normativa se expidió bajo la vigencia de un nuevo orden constitucional: la Constitución Política de 1991 (en adelante, CP). Esta implicó una transformación del Estado como un Estado Constitucional, es decir, aquel que gira en torno al carácter normativo o regulativo de la Constitución Política, que se caracteriza porque tiene origen democrático, establece límites al ejercicio de los poderes, instituye un catálogo de derechos constitucionales y la supremacía de la carta fundamental sobre las demás fuentes del derecho, fijando un control de constitucionalidad para asegurar su eficacia.

En la CP, el Estado se definió como un Estado social de derecho, esto es, un Estado comprometido con la garantía y protección de los derechos sociales, económicos y culturales de sus ciudadanos, que acepta la atribución de un carácter subjetivo a los derechos sociales y la protección judicial de dichos derechos (Quintero, 2011); estableció que la seguridad social y la salud (artículos 48 y 49) son servicios públicos a su cargo y derechos constitucionales que deben ser prestados conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Entre los principios y derechos pilares del Estado social de derecho se



encuentran: el respeto de la dignidad humana, la solidaridad, y la prevalencia del interés general, el derecho a la vida, a la salud, a la vivienda, o a la educación.

La CP ha sido denominada la “constitución de los derechos”, no solo por el catálogo amplio de derechos que consagró, sino también porque modificó sustancialmente el concepto de persona imperante en el sistema jurídico; las personas se definen principalmente como titulares de derechos y son la razón y el fin de la CP. En esa dirección, los derechos se han convertido en un eje central de la CP y, en su conjunto, constituyen una protección social para los individuos, esto es, el acceso efectivo a mecanismos que permitan el ingreso o medios de vida y unas garantías básicas para ejercer otros derechos fundamentales. De ahí que la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de *mínimo vital* y lo ha considerado como un derecho fundamental autónomo innominado que se refiere al derecho de una persona a tener “las condiciones mínimas para llevar una vida digna” (Corte Constitucional, T-431, 1994), el cual lo ha deducido de los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social.

La normatividad constitucional y legal en referencia está acorde con normas internacionales de derechos humanos. De hecho, en 2009, la ONU adoptó la iniciativa global para la creación de un piso de protección social, que posteriormente desarrolló la Organización Internacional del Trabajo (2012), como una respuesta a la necesidad de garantizar el acceso a los bienes y servicios esenciales a toda la población. Esta consiste en el desarrollo de políticas coherentes, articuladas y estables de empleo y de seguridad social que asegure a todas las personas durante su ciclo de vida (niñez, vida adulta y vejez, con atención prioritaria a los grupos más vulnerables) el acceso efectivo a un ingreso (primer componente) y a un conjunto de prestaciones básicas de seguridad social (segundo componente). Estas prestaciones son el acceso geográfico y financiero a servicios sociales esenciales en salud, agua y saneamiento, educación, alimentación, y vivienda, entre otras, y son fundamentales para prevenir o aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social.

Ahora, sin asumir una posición instrumentalista de la regulación jurídica, que supondría atribuir necesariamente un cambio social o de la realidad ante el solo hecho de la existencia de una disposición normativa, puede indicarse que las reformas referidas tuvieron algunos efectos favorables en el funcionamiento del sistema de salud, como se explicará más adelante. Sin embargo, a pesar del desarrollo institucional que implicó la adopción de un nuevo modelo

de sistema de salud a partir de la Ley 100 de 1993 y la aplicación de esta disposición en clave de derechos, principios y valores constitucionales, algunos de los problemas del sistema de salud, lejos de resolverse, siguen siendo una preocupación legítima.

Particularmente, en este trabajo nos interesa resaltar la existencia de profundas desigualdades entre diferentes regiones y departamentos de Colombia. En efecto, mientras departamentos como el Valle, Antioquia y el distrito de Bogotá han alcanzado altos niveles en algunos indicadores claves del sector salud, otros departamentos –como Chocó, La Guajira y Córdoba– se encuentran rezagados en niveles muy por debajo del promedio nacional (Ver sección VI). Esta situación evidencia que la materialización del principio de igualdad sigue siendo uno de los principales retos que debe afrontar el sistema de salud, en la medida que no ha garantizado el acceso o la misma calidad en la prestación de los servicios a toda la población, a pesar de que fue uno de los criterios que justificó las reformas y ser uno de los principios rectores del mismo.

Un sistema de salud es eficaz si logra asegurar el acceso efectivo a los servicios que ofrece a toda la población (cobertura universal), sin ningún tipo de barreras económicas, geográficas, culturales, o sociales, así como una atención integral (servicios de prevención, promoción, curación, rehabilitación), en condiciones de oportunidad, calidad, efectividad y equidad. En ese sentido, es pertinente analizar la magnitud de las desigualdades regionales existentes y preguntarse ¿por qué no ha sido posible en Colombia la consolidación de un sistema de salud eficaz para todas las regiones, a pesar de las transformaciones importantes que ha tenido dicho sector en las últimas tres décadas? Además, el estudio realizado nos permite proponer potenciales estrategias para mejorar la realización del principio de igualdad en el sistema de salud colombiano.

Para el presente trabajo partimos de la hipótesis de que, si bien los arreglos institucionales que se realizaron al sistema de salud en la década de los noventa implicaron transformaciones importantes en la organización y prestación de los servicios, contradictoriamente, la misma estructura del sistema y su complejidad por diversas razones terminaron generando o contribuyendo a la desigualdad.

En lo que sigue, este trabajo se estructura de la siguiente manera. Inicialmente, haremos una referencia a la revisión de la literatura sobre el estudio de la eficacia de los sistemas de salud. Posteriormente, se hará referencia al enfoque metodológico. Luego se analiza el deber constitucional que tiene el Estado de

garantizar el acceso al derecho a la salud en condiciones de igualdad y calidad para toda la población. En la siguiente sección, se presentan los principales arreglos institucionales que se implantaron en el sector de la salud a partir de la década de los noventa en Colombia. Las siguientes dos secciones hacen referencia a las desigualdades regionales en salud y las percepciones de la población sobre la calidad de dicho servicio. Por último, y a manera de conclusiones, nos referiremos a los desafíos que afronta el sistema para poder avanzar en la materialización del principio a la igualdad.

## **Revisión de la literatura**

El análisis de la eficacia de un sistema de salud puede hacerse desde diversas disciplinas, enfoques o perspectivas. Frecuentemente, es común que aquel se haga a partir del estudio de la efectividad o alcance de las políticas públicas relacionadas, así como de la medición de algunos indicadores de cobertura, calidad o eficiencia.

De hecho, acorde con diferentes instrumentos universales de protección de derechos humanos, desde la academia y desde diferentes organizaciones mundiales se han desarrollado estándares internacionales que miden el disfrute del más alto nivel posible de salud (Abramovich y Curtis, 2006; ONU, 1990, 2000 y 2007). Por ejemplo, a partir del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de la Observación No 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 2000, se han establecido los siguientes criterios: disponibilidad, es decir, el número suficiente de bienes, servicios y equipo humano para garantizar la atención en salud; accesibilidad, se refiere a que los servicios estén disponibles para toda la población sin discriminación alguna; calidad, implica que la organización de los servicios debe ser respetuosa de la ética médica y la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades; y aceptabilidad, exige que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista científico, médico y ser de buena calidad, esto es, personal médico capacitado, equipo hospitalario en buen estado y condiciones sanitarias adecuadas.

Por su parte, en el ámbito nacional, tanto los organismos gubernamentales como diferentes actores sociales, construyen constantemente baterías de indicadores a fin de verificar el avance en la protección de los derechos sociales, como la salud o la educación (Pérez, Uprimny y Rodríguez, 2007; Arcidiácono, Espejo y Rodríguez, 2010; Rodríguez y Kauffman, 2014).

Si bien los anteriores estudios son importantes y necesarios porque evidencian los avances en el funcionamiento del sistema de salud, son insuficientes, en la medida en que algunos de ellos parten de una mediana o regular aceptabilidad de los aspectos institucionales que definen dicho sistema. Así, toda indagación crítica sobre el particular debe ser complementada con perspectivas más amplias que consideren los aspectos políticos, sociales o culturales que configuran tales arreglos institucionales, el nivel de logro o desarrollo de los fines o principios que el sistema persigue y las percepciones cotidianas de los ciudadanos.

En esa dirección, por ejemplo, Reygadas (2008), en un texto en el que analizó la forma como se produce la desigualdad social en la época de la globalización, destaca que la desigualdad no puede entenderse al margen de las relaciones de poder que operan en diferentes niveles y dimensiones de la vida social. Así, conforme a esa perspectiva relacional, la distribución de bienes ocurre en el marco de configuraciones estructurales y de interacciones entre diversos agentes en las que se disputan la apropiación de esos bienes y en las cuales las personas ponen en juego concepciones sobre lo que es valioso o no, de modo que la distribución de los bienes está mediada por disputas culturales. Así, los bienes a los que cada persona tiene acceso pueden ser vistos como fruto de una apropiación legítima o de una expropiación injusta.

Conforme a lo anterior, la relación apropiación-expropiación da cuenta del vínculo que existe entre la asignación de los bienes y las confrontaciones en torno a la legitimidad de la misma y, en ella, se destacan los siguientes postulados: (i) muchas desigualdades sociales se explican por la existencia de mecanismos de apropiación que hacen posible que los distintos agentes, individuales o colectivos, dispongan de beneficios diferenciales y, por tanto, accedan a porciones asimétricas de la riqueza y el bienestar social, a la vez que dan lugar a una distribución dispareja de las cargas y desventajas; (ii) las mayores desigualdades están relacionadas con la posibilidad que tienen algunos individuos o grupos sociales de quedarse con una parte de la riqueza y los medios de bienestar generados por otros u obtenidos de manera colectiva; (iii) existe una disputa en torno a

la legitimidad de las riquezas apropiadas por cada agente social: lo que para unos es una apropiación justa o legítima, para otros es una expropiación o una exacción ilegítima; (iv) los mecanismos diseñados para alcanzar una igualdad pueden, en algunos casos, provocar otras formas de desigualdad; y (v) existe una dialéctica entre igualdad y desigualdad, de modo que el grado de inequidad y el tipo de desigualdades que existen en una sociedad son el resultado de las confrontaciones entre diversos agentes sociales, así como del entrelazamiento entre los procesos y mecanismos que producen mayor desigualdad y aquellos que la reducen o la regulan.

La desigualdad, así vista, es una construcción social tejida en las relaciones entre las personas y, por tanto, puede ser modificada por ellas. Para comprender tal fenómeno es preciso analizar las estructuras económicas que generan apropiaciones diferenciales de la riqueza, las estructuras políticas que producen disparidades de poder, las estructuras sociales que marcan diferencias de estatus y prestigio, lo mismo que las estructuras culturales que legitiman la desigualdad y producen distribuciones inequitativas de los recursos simbólicos, así como dar cuentas de los cambios en esas estructuras.

Para Reygadas, la igualdad y la desigualdad atraviesan el mercado, el Estado y la sociedad civil; en esas instancias, se detecta la confrontación entre procesos generadores de desigualdad y procesos que la contrarrestan. El mercado iguala y diferencia a la vez; si bien la libertad de mercado es una libertad humana básica porque la libre competencia estimula la eficiencia al recompensar la productividad, también genera exclusión y marginación de los menos productivos. Por su parte, la acción estatal puede producir efectos de desigualdad no deseados como en el caso de algunos subsidios que tratan de apoyar a los más desfavorecidos, pero crean enclaves de privilegiados por esos apoyos y benefician a los intermediarios. En el ámbito de la sociedad civil, es fundamental el principio de equidad, la igualdad esencial de todos los seres humanos independientemente de su posición en el mercado y de su situación jurídica frente al Estado, aunque en ocasiones surgen formas de inequidad en las relaciones entre los sujetos.

Por último, Reygadas describe que la desigualdad es un proceso que ocurre en varios niveles: el individual, que se refiere a las distintas capacidades de los agentes; el relacional, que se manifiesta en las interacciones asimétricas dentro de instituciones y campos sociales; y el estructural, que apunta hacia la cristalización de las desigualdades en los Estados contemporáneos. En atención a

que la mayoría de los estudios se centran en el plano individual, igualmente es necesario considerar la capacidad de apropiación que tiene cada agregado social (empresa, organización, región, país), es decir, los recursos y las capacidades acumulados en lo que se refiere a infraestructura, propiedades, capital, talentos, destrezas, relaciones, prestigio, que es mucho más que la suma de las cualidades de los individuos que están dentro del campo. Por ello, entre los factores que más inciden en las capacidades colectivas de apropiación, entre otros, están la infraestructura, el capital, las redes de conocimiento, la escala, la calidad, la innovación, la densidad organizativa y la calidad institucional.

En este trabajo destacamos, en particular, la densidad organizativa y calidad institucional. Estas tienen que ver con el capital social, no individual, sino colectivo (cantidad y calidad de redes que funcionan dentro de una organización y que a su vez se enlazan a esa organización con otras), es decir, se refiere al buen funcionamiento de las instituciones, a su transparencia y eficiencia. En este sentido, si bien los arreglos estructurales pueden cristalizar situaciones que perpetúan las desigualdades, también pueden expresar la presencia de mecanismos de compensación de la desigualdad o de promoción de la equidad. Así, las estructuras son el resultado de la agregación y decantación de muchas interacciones y relaciones de poder, atravesadas por la lógica de la distinción y de la resistencia a esa distinción; y el Estado funciona como un importante regulador de muchos de los flujos de riquezas en los países, a través de la recaudación de impuestos, el gasto público y la fijación de políticas públicas en diferentes áreas.

Desde la perspectiva del logro de los fines o principios del sistema, Rosembloom (2007), en un trabajo realizado sobre constitucionalismo democrático, resalta que un problema constante entre los formuladores de política pública y quienes las analizan es su renuencia a incluir en sus estudios el impacto de los principios y valores democrático-constitucionales para mejorar la administración pública; en otros términos, dichos valores son marginalizados o despreciados. Para este autor, si realmente se desea mejorar la administración pública, es necesario tener en cuenta los impactos de tales valores y no se debe limitar el análisis al costo-beneficio sobre el ciudadano en términos netamente económicos. Así, destaca que en un análisis de una política pública los *scorecards* (órdenes del ejecutivo que complementan las leyes) especifican y refuerzan cierto tipo de valores y los *impact statements* (cuadros

de mando sobre cómo se debe implementar la política pública) proveen una evaluación sobre como la organización se ha estado desarrollando en diferentes dimensiones y en qué ha estado fallando, de modo que sirven como herramientas para evaluar qué tanto se desarrollan los valores como la igualdad o el debido proceso, entre otros.

Rosembloom menciona que la indagación así planteada es conveniente porque un gran número de reformas en la administración pública se han concentrado en la tercerización de la prestación de bienes y servicios públicos hacia empresas privadas; y en dicho fenómeno se han presentado problemas relacionados con las menores garantías constitucionales para los ciudadanos dada la escasa vigilancia por parte del Estado, o la poca colaboración por parte de los privados para la entrega de documentación y la asistencia a las entidades que realizan el seguimiento o el control a dichas empresas.

Otro tipo de estudios se enfocan en considerar ciertos bienes valiosos para los ciudadanos como un bien de interés público, que obliga al Estado a tomar las mejores decisiones para la materialización del mismo. En un trabajo sobre el interés público y los valores públicos, Bozeman (2007) resalta que dichos estudios han dado relevancia a este enfoque dado que las reformas basadas en los mercados para el suministro de bienes y servicios públicos han alterado las relaciones entre el ciudadano y el Estado, y han negado los compromisos jurídicos y de motivación para el bien colectivo. Para este autor, el interés público se refiere a aquellos resultados que mejor atienden la supervivencia y el bienestar a largo plazo de un colectivo social, interpretado como un “público”.

Por otra parte, también la eficacia de las protecciones establecidas en un ordenamiento social se han abordado a partir de trabajos directos o transversales a un tema que podría denominarse sobre justicia social, es decir, aquellos que se han enfocado a reflexionar sobre las injusticias que se producen en la sociedad ante los evidentes fenómenos de exclusión en el que algunas personas no pueden ejercer sus derechos en tanto ciudadanos y que con frecuencia son aquellas que no tienen los medios para defenderse por sí mismos.

En este sentido, Christ y Nocodème (2015) señalan que el concepto de injusticia social no es unívoco. La razón es que puede involucrar múltiples reivindicaciones de justicia o denuncias de situaciones experimentadas como injustas por parte de los miembros de una sociedad o algunos grupos sociales;

además, involucra aspectos relacionados con fenómenos de exclusión de la vida común, o de cierta esfera de lo social, del derecho, de la producción, del consumo o de la familia.

Dubet (2011) explica que la diversidad de las demandas sociales instala la prioridad de lo justo y es preciso identificar cuáles desigualdades son consideradas como justas y cuáles como inaceptables y en nombre de qué principios. Este autor afirma que cada cual es capaz de decir por qué la injusticia que sufre o de la que es testigo así lo es; independientemente de su capital cultural, todas las personas pueden referir con precisión por qué lo que percibe es injusto y desarrollar argumentos comprensibles para los demás. Para que esa actividad sea posible y compartida por los miembros de una sociedad, es necesario que los individuos se atengan a principios de justicia comunes que constituyen la base normativa de sus argumentos y sus debates. Asimismo, a manera de ejemplo, indica que, en las sociedades modernas, las actividades profesionales definen una posición social. Esas posiciones nos confieren derechos sociales y mantienen nuestro sentimiento de pertenencia a una comunidad mediada por el criterio de la igualdad; no porque seamos iguales, sino porque nos ubicamos, por el trabajo, en un conjunto de desigualdades consideradas aceptables, en la medida en que no amenacen la igualdad fundamental de las sociedades democráticas. Por ello, algunas desigualdades son consideradas como aceptables y otras como intolerables (pobreza, desempleo, desprecio, ausencia de derechos).

Castel (2015), por su parte, explicó la injusticia social como una práctica política que excluye cada vez más a algunos individuos de los derechos sociales. Este autor utilizó el concepto de sociedad de semejantes que acuñó León Bourgeois, exponente de la teoría del solidarismo, para indicar que aquella es una en la que todos sus miembros están unidos por lazos de interdependencia, con reciprocidad garantizada por derechos, es decir, que disponen de un mínimo de recursos necesarios para liberarlos de la necesidad y mantenerlos en el circuito de los intercambios sociales. En ella, todos deben tener algo en común, la capacidad de relacionarse con los otros sobre la base de cierta interdependencia social, no de dominación, que está determinada por los recursos propios que cada uno dispone para establecer tal reciprocidad en dichas relaciones. Para Castel, ese basamento de recursos pasa por la constitución de derechos sociales; por ejemplo, destaca cómo los derechos laborales hicieron que el trabajador se volviera propietario de derechos, que disponga de una propiedad social que



tiene una función homóloga a la de la propiedad privada para garantizar su seguridad y la de su familia. Y señala que esa sociedad salarial solo se pudo configurar mediante el acceso al derecho, reto que entendió el solidarismo y supo traducirlo en términos de políticas sociales.

Este autor aclara que en ese tipo de sociedad no se realiza una estricta igualdad de las condiciones sociales, porque las sociedades modernas son esencialmente diferenciadas, de modo que no tendría sentido imponer que todos sus miembros sean iguales o un igualitarismo absoluto. Bajo esta perspectiva, se puede diferenciar los conceptos de justicia e injusticia social, y entender que puede haber desigualdades justas, siempre y cuando se asegure a todos sus miembros una seguridad social mínima garantizada.

Por otra parte, Hibou (2015) resalta que la injusticia social es cuestión de prácticas, en la que tienen importancia los deseos, las expectativas, las concepciones propias de la población, los sentimientos o valores que hace actuar a los individuos. En ese sentido, la injusticia puede ser percibida de diferentes maneras y ese sentimiento es ante todo *vivido*, de manera concreta a partir de concepciones intuitivas de lo que es justo y de lo que no lo es. Para este autor, existe una relación importante entre la justicia y el derecho, toda vez que este último puede estar al servicio de múltiples cosas. En particular, tiene la obligación de asegurar la satisfacción de las necesidades de la existencia, la seguridad, el sentimiento de orden y el buen funcionamiento de la vida ordinaria del ciudadano. Así, el derecho materializa y se materializa en un orden estatal que pretende garantizar la seguridad de cada uno.

Para terminar esta sección, haremos referencia a algunos de los estudios que han tratado el tema de desigualdad regional en Colombia. Este aspecto nos interesa porque, tal como analizan Lix *et al.* (2004), las diferencias persistentes entre las áreas geográficas, en particular las que parecen aumentar en magnitud a lo largo del tiempo, pueden ser la base para las decisiones de asignación de recursos y las actividades de vigilancia de la salud pública, tanto a nivel local como nacional. Estas diferencias deben impulsar investigaciones sobre los determinantes de la salud, incluidos los estudios de las variaciones de áreas pequeñas en la utilización de los servicios de salud, las características socioeconómicas y las exposiciones ambientales. Se estima relevante la interacción entre geografía y tiempo si se quiere indagar por el aumento o disminución de magnitud de las diferencias entre regiones.

Para un país como Colombia, el sello marcadamente regional de la pobreza atenta contra las posibilidades de desarrollo económico y social.<sup>1</sup> Ferreira y Meléndez (2014) sostienen que el lugar donde nace una persona determina para ella los resultados futuros que puede alcanzar en términos de oportunidades para acceder a educación e ingresos. A falta de fuentes primarias que permitan analizar la incidencia de otras variables (como la profesión de los padres, por ejemplo) los autores determinan que las personas que nacen en municipios pequeños, en el área rural y en las regiones Atlántica y Pacífica están en desventaja. El nivel de escolaridad alcanzado por los padres es el factor que más incide en las posibilidades de sus hijos en la edad adulta. En este punto, reafirma los resultados de Angulo, Azevedo, Gaviria y Páez (2012) que al medir la movilidad social en el país con un coeficiente de regresión que relacionó el nivel socioeconómico y educativo de los padres con el de sus hijos, encuentran una baja movilidad social relativa si se compara con resultados de Chile y México. Esta última variable, que para los cuatro economistas no está asociada de manera unívoca con la igualdad de oportunidades, se torna importante por estar vinculada con menores niveles de desigualdad y mayor justicia social.

Vivir en un vecindario pobre puede magnificar las consecuencias adversas de la pobreza y reducir las posibilidades de salir de tal situación. A través de las regiones de un país también pueden operar este tipo de mecanismos y esa es una de las razones por las cuales las desigualdades territoriales en la prosperidad de un país se mantienen a través del tiempo (Galvis y Roca, 2009).

Rodríguez-Pose y Ezcurra (2009) señalan que en los países en desarrollo los procesos de descentralización fiscal a menudo llevan al aumento en las disparidades regionales. Ese resultado es atribuido al hecho de que entre los entes territoriales puede haber diferencias en la capacidad de gestión ante el gobierno central (por ejemplo, para atraer mayores recursos discrecionales), en las restricciones financieras y en la calidad de las instituciones.

Bonilla (2008) muestra que la desigualdad del ingreso en Colombia cambia a través de las regiones, departamentos y ciudades, siendo los departamentos y ciudades más ricos los que presentan peores problemas de desigualdad. Los departamentos de la periferia (costas Caribe y Pacífica) se encuentran en una

---

1. Barro (2000) sostiene que las inequidades ayudan al crecimiento de las economías más prósperas, pero son perversas para el desarrollo de las economías más pobres.

situación de desventaja frente a los demás. A pesar de que las brechas regionales en términos de acceso a servicios en salud se hayan reducido en Colombia (Bernal y Camacho, 2014) y la cobertura general en salud haya aumentado sostenidamente desde finales de la década del 90 (Flórez *et al.*, 2000), la desprotección en la cobertura de servicios públicos de salud afecta especialmente a poblaciones como las indígenas, pues viven una doble marginalidad: no solo son una minoría, sino que dentro de ellas son la más rural (Romero, 2010).

## **Enfoque metodológico**

Abordar el desarrollo de la igualdad en el sistema de salud es una tarea compleja. No obstante, para este trabajo es oportuno apartarse de los modelos tradicionales que lo hacen a partir de indicadores de cobertura, eficiencia o calidad. Como se anotó, dichos aspectos no son suficientes para evaluar la equidad, puesto que no se trata solamente de poder acceder al derecho sino de su efectiva prestación con una calidad aceptable.

Nuestro interés es analizar la realización del principio de igualdad en el sistema de salud, veintisiete años después de implementadas las reformas estructurales al mismo. Esta primera aproximación se realiza desde la percepción de los ciudadanos sobre la calidad del servicio de salud, en atención a que la igualdad o la desigualdad es una experiencia vivida, información que se recoge a través de la encuesta de la Encuesta de calidad de Vida del Dane. Los resultados de este análisis se muestran en la sección VII.

Asimismo, en atención a que el derecho a la igualdad es relacional, se empleará un enfoque descriptivo para mostrar la desigualdad por regiones en materia de salud. Para ello, se seleccionaron dos de los departamentos con mayor problemática: Chocó y Guajira, para compararlos con el Valle y Bogotá, que se encuentran, junto con Antioquia, en el otro extremo de la distribución de nivel de logros en el sector salud. Lo anterior, corresponde al análisis descriptivo de la siguiente sección.

Antes de presentar el análisis cuantitativo, en las dos secciones a continuación presentamos dos aspectos de discusión relevantes para el análisis de las desigualdades en la realización del derecho de salud en Colombia. El primer aspecto

se refiere al deber constitucional del estado de garantizar el servicio de salud en condiciones de igualdad para todas las regiones y grupos poblacionales. El segundo aspecto se refiere a los arreglos institucionales que se implementaron en el sistema de salud en Colombia durante la década de los noventa.

## **El deber constitucional del Estado de garantizar la salud en igualdad de condiciones para toda la población**

Hasta hace algunas décadas, existía una diferencia entre los llamados derechos individuales o civiles y políticos y los derechos sociales; se entendió que el Estado tenía un principal compromiso frente a los primeros y que los otros eran prestacionales y de desarrollo progresivo. Un fuerte crítico de esa distinción fue Nino (2013), quien consideró que los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la vivienda o a la alimentación no son diferentes a los derechos a la vida, a la integridad personal o a aquellos que son necesarios para la autonomía personal.

Para Nino, el alcance de los derechos sociales frente a los de la propiedad, por ejemplo, debe establecerse por medio del proceso democrático de discusión y toma de decisiones; en ese aspecto, las normas reclaman su validez y valor democrático en la medida en que sean el resultado de una discusión entre iguales. En este sentido, él estimó que, acorde con la teoría de justicia de John Rawls, siempre la política debía pensarse desde el punto de vista de los más desfavorecidos.

En la actualidad, no se discute que la seguridad o protección social en sentido amplio –o los derechos que de ella se derivan– son derechos humanos fundamentales y así ha sido establecido en diferentes disposiciones jurídicas internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su Protocolo de San Salvador), así como en diferentes Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en las constituciones políticas de un sinnúmero de países en el mundo. Igualmente, tampoco se discute sobre la justiciabilidad de dichos derechos.

Lo anterior, fue posible gracias al esfuerzo de la academia y de diferentes organismos internacionales (Abramovich y Courtis, 2004 y 2006; Arango, 2005; OIT, 2011 y 2012; ONU, 1990, 2000 y 2007; Quintero, 2011) y a las decisiones de tribunales constitucionales en diferentes países. No obstante, la OIT ha destacado dos razones, en particular, que han tenido incidencia en los bajos niveles de cobertura de los sistemas de seguridad social. De un lado, la idea, principalmente en los países en desarrollo, de la inviabilidad económica para financiar con recursos del Estado un conjunto de garantías de seguridad social mínimas para toda la población, por lo que ha sido admisible la existencia de protecciones diferenciadas entre sectores de la población. Por el otro, el concepto de progresividad, que ha servido para que algunos países no avancen lo suficiente en la materialización del derecho a la seguridad social y consideren como válido bajos niveles de protección, los cuales mejorarían cuando existan condiciones económicas favorables para avanzar en las garantías asociadas a dicho derecho.

De ahí que una de las principales estrategias que se han diseñado en el ámbito internacional para avanzar en la protección de los derechos derivados de la protección social es la creación de estándares internacionales de seguimiento a algunos instrumentos existentes, como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que entró en vigencia en 1976 y el cual es monitoreado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de la ONU.

En el artículo 12 del pacto en mención, se establece que los Estados reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y, entre otras obligaciones, deben adoptar las medidas necesarias tendientes a asegurar la plena efectividad de este derecho. En particular, se requiere lograr: a) la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Por su parte, el mencionado Comité de los DESC ha proferido tres observaciones relevantes en el tema de la salud, la 3 de 1990, la 14 de 2000 y la 19 de 2007. En la primera de ellas, se menciona que los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar la atención primaria básica de la salud, para lo cual debe: garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de

salud, en especial para los grupos vulnerables o marginados; asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y garantice que nadie padezca hambre; garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud; velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.

En la Observación 14 de 2000, se indicó que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, tales como el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad y a la vida privada, entre otros. Asimismo, se indicó que la organización del sistema debe garantizar la no discriminación e igualdad de trato (obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes); la existencia de un enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, evitándoles dolores y permitiéndoles morir con dignidad. En síntesis, todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, esto es, conforme a la definición de la salud de la Organización Mundial de la Salud: “[...] un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”. Por su parte, en la Observación 19 de 2007 se ratificó la obligación de los Estados de establecer sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a sus servicios.

Conforme a los anteriores instrumentos, la materialización del derecho a la salud, impone los siguientes tipos de obligaciones a los Estados: a) respetar, que exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud; b) proteger, que implica que los Estados adopten

medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el pacto; y c) cumplir, que implica que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.

Las violaciones a las anteriores obligaciones pueden producirse mediante la acción directa de los Estados o de otras entidades, en la adopción de medidas regresivas o incompatibles con las obligaciones básicas establecidas. En cuanto al incumplimiento de las obligaciones del primer grupo, estas pueden darse por medio de las acciones, políticas o leyes que contravengan las normas establecidas en el artículo 12 del Pacto, como la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación, la ocultación o tergiversación deliberada de la información. En relación con las violaciones de las obligaciones de proteger, estas se derivan del hecho de que un Estado no adopte todas las acciones necesarias para salvaguardar a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Y, en relación con las de cumplir, estas se producen cuando los Estados no toman las decisiones requeridas para que el disfrute del derecho a la salud sea efectivo, tales como: la no adopción o aplicación de una política nacional que garantice el derecho a la salud de todos; la asignación de recursos insuficientes que impiden el disfrute del derecho, en particular de las personas vulnerables o marginadas; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, o el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución inequitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; o la no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género.

Las anteriores obligaciones son, por lo general, incorporadas en el ordenamiento jurídico interno de diversas maneras. En el caso colombiano, la Corte Constitucional, mediante sus decisiones de acciones de tutela o de constitucionalidad, los ha incorporado por medio de la figura jurídica del bloque de constitucionalidad, en tanto se refieren al reconocimiento y la realización de derechos humanos. Y, a su vez, como lo indica Arango (2007), el tribunal constitucional ha resuelto la tensión entre el derecho a la salud como derecho y como servicio público a través de su consideración como derecho fundamental (sentencia T-760-2008); asimismo, ha tomado importantes decisiones relacionadas con el alcance, acceso y calidad en la prestación del

servicio. Un aspecto común a dichas decisiones ha sido que el legislador no puede imponer límites a los derechos fundamentales, salvo que existan razones que lo ameriten y sean necesarias para lograr un fin superior.

Ahora, debido al grado de institucionalización que han alcanzado los derechos sociales y al entendimiento de que su materialización contribuye a la consolidación de sociedades más justas y solidarias, algunos estudios recientes se han enfocado en su medición a partir de su articulación con determinadas políticas públicas (Pérez, Uprimny y Rodríguez, 2007; Arcidiácono, Espejo y Rodríguez, 2010; Quintero, 2011; Rodríguez y Kauffman, 2014), de forma tal que contribuyan a promover una ciudadanía sin exclusiones. En particular, Arcidiácono, Espejo y Rodríguez (2010) y Rodríguez y Kauffman (2014) han abordado los nuevos desafíos que para la justiciabilidad de los derechos sociales tienen el impacto de los fallos judiciales sobre esos mismos derechos.

Como se evidencia, la materialización del derecho a la igualdad es una obligación que no es ajena a los sistemas de salud y no queda duda que el Estado tiene el deber de garantizar ese principio de forma tal que se asegure el acceso efectivo a los servicios y una adecuada prestación de los mismos a toda la población, con tratamiento diferencial hacia los grupos más vulnerables. Ello se justifica porque tal derecho busca garantizar un sistema político, económico y social justo.

Como lo menciona Cifuentes (1996), el derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la CP es fuente de derechos, deberes, cargas, instituciones, garantías y consecuencias jurídicas, mediante distintas proposiciones normativas: igualdad ante la ley, igualdad de trato, igualdad promocional y derecho a la no discriminación. El derecho a la igualdad implica el deber de los órganos y autoridades encargadas de aplicar el derecho sin acudir a exclusiones. Así, la regla de justicia se inscribe en el momento de aplicar la ley y su función es asegurar que el tratamiento igual se otorgue a quienes se encuentren en la misma situación. Cifuentes también indica que la doctrina constitucional diferencia entre la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley; la primera se refiere a la eficacia vinculante en la aplicación de aquella, mientras que la segunda implica el carácter definitorio de la igualdad como derecho fundamental.

Por otra parte, la igualdad no es atributo de una persona, objeto o situación. Es el resultado de un juicio que se hace en relación con una pluralidad de personas, objetos o situaciones que se comparan entre sí. El criterio de diferenciación designa el rasgo, factor o elemento que se toma para hacer la comparación. El



trato denota la consecuencia jurídica que corresponde al aplicar el criterio de diferenciación. Y la regla de justicia es la asignación de bienes o de cargas que se deduce abstractamente de la norma legal o constitucional.

Ahora, nótese que la igualdad de trato no implica un imperativo igualitarista. Lo que exige es un trato similar ante situaciones comparables. La igualdad promocional se refiere al mandato constitucional de realizar acciones que conduzcan a que la igualdad sea real y efectiva, y en particular a favor de grupos que están en desventaja social. Y el derecho a la no discriminación implica la prohibición de someter a algunos grupos sociales o individuos a tratamientos que atenten contra su dignidad.

Bernal (2016) destaca que la doctrina constitucional colombiana ha entendido que el derecho a la igualdad implica un trato a los individuos por parte del Estado, de acuerdo a su posición real en la sociedad, para lo cual distingue entre cuatro circunstancias: igualdad de trato a destinatarios en circunstancias idénticas; trato paritario, a destinatarios cuyas situaciones presentan similitudes y diferencias, pero son más las similitudes que las diferencias; trato diferenciado a destinatarios cuyas situaciones presentan similitudes y diferencias, pero son más las diferencias que las similitudes; y trato preferente o enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no son idénticas. En estos casos, el juicio de igualdad tiene por propósito contrastar el criterio básico de distribución que establece la norma legal, con el criterio básico de distribución que sea afín al derecho constitucional evaluado y que no se quebrante el derecho al disfrute igual de los derechos constitucionales.

Por su parte, la Corte Constitucional ha abordado el estudio de la igualdad a través de tres estrategias: juicio de proporcionalidad, juicio de igualdad y juicio integrado de igualdad. El primero implica que puede ser admisible un trato desigual y no se vulnera el principio si mediante este se desarrolla un fin constitucional válido sin menguar otros principios constitucionales trascendentes. El segundo, se realiza a partir de tres niveles de intensidad: débil, intermedio y estricto. El débil implica que el trato diferente que se enuncia sea para alcanzar un propósito constitucional que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico; el estricto, se aplica para criterios sospechosos de diferenciación o de discriminación que van en contra de lo establecido en el artículo 13 de la CP, que restringen derechos fundamentales o afectan desfavorablemente a grupos sociales minoritarios que están en situación de

debilidad manifiesta. En este tipo de juicio, para que el tratamiento diferente sea justificado, debe ser una medida para alcanzar un fin constitucional importante. El escrutinio intermedio se aplica cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental y en casos en que el Estado hace diferencias fundadas en criterios sospechosos no para desfavorecer a grupos desfavorecidos sino para intentar favorecerlos.

En cuanto al juicio integrado de igualdad, este es una combinación de los otros dos juicios. Implica, en primer lugar, determinar el nivel de intensidad del juicio de igualdad; si el asunto otorga al legislador un ámbito de apreciación amplio, el nivel es débil, y si el ámbito es restringido, el nivel será estricto. En el primer caso, solo se requiere que la medida tenga una relación de idoneidad con el fin que se proponga. En el segundo, la medida no solo debe tener la virtud de materializar así sea parcial el objetivo propuesto, sino también ser realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales trascendentes y, además, debe ser necesaria e indispensable.

Para efectos de este trabajo, es relevante el derecho a la igualdad en tanto prerrogativa a tener un trato preferente para aquellos destinatarios de la regulación del sistema de salud cuyas situaciones sociales o económicas específicas no son idénticas al del resto de la población.

En un ensayo sobre igualdad, discriminación y trato preferente, Boxill (1995) menciona que el trato preferente se justifica por dos razones, una retrospectiva y otra prospectiva. La primera, porque ayuda a compensar a quienes han sido indebidamente perjudicados por prácticas y actitudes en el pasado. No obstante, esto plantea un problema: ¿qué tipo de compensación debe darse? La segunda, porque tiene consecuencias buenas para la sociedad y se basa en el principio de igualdad de oportunidades, es decir, que las posiciones de una sociedad deberían distribuirse a partir de una competencia equitativa entre individuos. Este autor destaca que la mayoría de las sociedades violan de forma regular este principio, toda vez que con frecuencia se descarta a determinadas personas para ciertos puestos simplemente por tratarse de incapacitados, ancianos, mujeres o miembros de una minoría racial. Para Boxill, la perspectiva prospectiva del trato preferente tiene ventajas sobre la retrospectiva, porque permite a la sociedad otorgar una consideración más igual a los intereses idénticos de sus miembros, dado que las personas tienen un igual interés en que se les reconozca una igual condición moral.

## Los arreglos institucionales al sistema de salud en la década de los noventa

En Colombia, a mediados de la década de los setenta, se comenzó a implementar un modelo económico de apertura hacia el mercado externo, el cual llevó a la reestructuración del Estado, con el fin de modernizarlo y mejorar su capacidad de gestión pública, y a la realización de reformas para transformar o flexibilizar algunos sectores como el financiero, el tributario, el laboral y la seguridad social (Bonilla, 2006). En consecuencia, se redujo el tamaño del Estado (fusión, liquidación o reestructuración de entidades), su intervención en materia económica y se fomentó la libre competencia económica y la participación del sector privado en la prestación de algunos servicios públicos. Si bien dichas reformas contribuyeron a mejorar los indicadores macroeconómicos, sus efectos en materia social no fueron suficientes para garantizar un acceso equitativo en términos de calidad a toda la población (Sarmiento, 1996; Rodríguez, 2005; Bonilla, 2007).

En el ámbito político, la reforma constitucional de 1986 introdujo la descentralización política y administrativa del país, la cual modificó las relaciones y las responsabilidades entre el Estado y los entes territoriales en la prestación de los servicios públicos. Con base en dicha reforma, se expidió el Estatuto de Descentralización en beneficio de los municipios (Decreto 77 de 1987), que asignó a estos la responsabilidad en la prestación de los servicios públicos de agua potable, saneamiento ambiental, educación y salud en el primer nivel de atención médica. En estos contextos, a inicios de la década de los noventa, se llevaron a cabo varias reformas estructurales en diferentes sectores, entre ellos el de la salud.

Las reformas al sistema de salud colombiano tuvieron como objetivo corregir sus problemas acumulados y otros emergentes. Entre los acumulados estaban, en primer lugar, la segmentación en la organización de los servicios de salud, que generó políticas sanitarias diferenciadas y fraccionamiento institucional y de los recursos de la salud a través de tres subsistemas: público para población pobre y rural; público-seguridad social para la población trabajadora; y privado para la población con capacidad financiera. Otras dificultades tenían relación con la administración, control y el financiamiento de los hospitales públicos y algunos privados que recibían recursos del Estado por brindar atención médica a

la población pobre; así como con la baja cobertura y las deficiencias en la calidad y la equidad en la prestación de los servicios de salud. Y entre los emergentes, se destacaban el incremento de los costos de la atención médica y la financiación de la salud, que estaban teniendo un alto impacto en la economía del país (Ministerio de Salud Pública y Departamento Nacional de Planeación, 1990; Sarmiento, 1990; debates del proyecto de ley que dio origen a la Ley 10 de 1990).

Dichas transformaciones se materializaron a través de las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, las cuales tuvieron algunos principios y características comunes tales como: la descentralización de la salud, con el Estado como director del sistema; el establecimiento de la salud como un servicio público a cargo del Estado; la modificación del concepto de sistema de salud, el cual no se entendió solo como una articulación administrativa y técnica de la red hospitalaria, sino también como el conjunto de factores que inciden en la salud, tales como sociales, biológicos y ambientales, y, que comprende, además, los procesos de fomento, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud; el fortalecimiento de la medicina preventiva como una forma de reducir los costos de la atención médica; la prestación de los servicios por niveles de atención; la prestación obligatoria de los servicios de urgencias en todos los hospitales públicos o privados sin tener en cuenta la situación socioeconómica del usuario; el diseño de nuevos mecanismos de financiación del sistema; la adopción de medidas para darle a los hospitales autonomía administrativa y financiera y para fomentar la competencia entre dichas entidades; el diseño de mecanismos para que las entidades privadas fueran responsables de sus acciones en salud, modernizaran sus relaciones con el Estado y se sometieran a las regulaciones técnico-científicas y tarifarias; se suprimieron los auxilios para los hospitales que recibían recursos del Estado y se introdujo la contratación y la facturación para la prestación de servicios.

La Ley 100 de 1993, en particular, creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual se organiza a través de tres subsistemas, pensiones, salud y riesgos profesionales, y de otros servicios sociales complementarios; y estableció que la financiación del sistema se hace con recursos de los afiliados, recursos del Estado y las cuentas de compensación y solidaridad. Una característica importante del nuevo sistema es que amplió la noción de seguridad social, la cual abarca a toda la población y no solo a los trabajadores del sector privado o público, a algunos miembros de su familia o a los trabajadores independientes, como sucedía en el anterior modelo de protección social. Entre otros, los aspectos

más importantes de esta reforma, fueron: el establecimiento del aseguramiento como forma para acceder a los servicios; la separación de la administración financiera de los servicios de salud, a través de empresas promotoras de salud, de la atención médica, mediante las instituciones prestadoras de servicios de salud; la participación del sector privado en la administración de los servicios de salud y su ampliación como prestadores de los mismos, bajo un esquema de competencia regulada; y el fortalecimiento de los sistemas de información y de calidad, incluida en esta última la auditoría sobre el acto médico.

Por su parte, el subsistema general de seguridad social en salud tiene por finalidad garantizar a toda la población el acceso a dichos servicios en todos los niveles de atención. Comprende la educación, la información, el fomento, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación de la salud. Se organizó bajo los principios de equidad, es decir, servicios de igual calidad a todos los habitantes independientemente de su capacidad de pago; afiliación obligatoria de todos los habitantes del territorio nacional; protección integral en salud, en forma oportuna, con calidad y eficiencia; y libre escogencia de los usuarios de las entidades que ofrecen la administración de los servicios. Sin embargo, la organización del sistema también se estableció segmentada, a través de tres regímenes: contributivo para las personas que tienen la capacidad económica de financiar el seguro de salud, como los trabajadores dependientes e independientes, y los pensionados; el régimen subsidiado, para las personas pobres y vulnerables del país; y la vinculación de las personas que no son fácilmente identificables, que están dispersas en las entidades territoriales y que no tienen ninguna capacidad de pago para financiar el seguro y hasta que logren ser beneficiarios del sistema. A pesar de que con posterioridad la Corte Constitucional (T-760, 2008) ordenó la unificación de los dos primeros regímenes, aún existen en la práctica diferencias en la prestación de servicios entre los beneficiarios de aquellos.

Es cierto que el sistema anterior a 1990 no pudo cumplir con los objetivos de cobertura, equidad y calidad en la prestación de servicios y no hubiera podido hacerlo si no hubiera sido reformado. Sin embargo, la política de aseguramiento y el desarrollo institucional que ella implicó para responder a las necesidades de los nuevos usuarios tampoco pudo mejorar el funcionamiento del sistema. No hay duda de que la cobertura se amplió, pero ello por sí mismo no implica un acceso efectivo al derecho. Además,

los logros en materia de indicadores fundamentales del sector salud han sido desiguales entre diferentes grupos de población y entre distintas regiones del país, como se evidencia en las siguientes dos secciones.

Bien puede indicarse que las reformas tuvieron algunos efectos positivos en el funcionamiento del sistema de salud. El aseguramiento, por ejemplo, amplió la cobertura entre la población más pobre, en los niños, los ancianos y en las personas con menor nivel educativo y propició el acceso a medicina de alto costo; aumentó la afluencia de pacientes a los hospitales, su diversificación y les otorgó mayores recursos –lo que implicó que el sector hospitalario y la prestación de los servicios tendieran a ser más homogénea–; y tuvo efectos positivos en algunos casos sobre las tarifas de los diferentes servicios de salud. Por su parte, la introducción de la facturación en los prestadores de los servicios, incluidos los médicos, estableció un mayor control sobre los recursos y los actos médicos. No obstante, otros aspectos implicaron serias dificultades para algunos usuarios para acceder a los servicios de salud.

Por ejemplo, si bien la política de descentralización en el sector de la salud implicó que los entes territoriales adquirieran una significativa autonomía administrativa y financiera para el manejo de la salud en sus regiones, la misma no tuvo en cuenta el desbalance que había en la capacidad institucional y financiera entre ellos para asumir sus compromisos en relación con la salud de su población, y al no ser homogéneas dichas condiciones al momento de aprobación de las reformas, se pudo haber dejado desprotegida a la comunidad en ciertas regiones. De hecho, en el diseño de las políticas públicas no se establecieron mecanismos especiales para apoyar a los entes que lo requerían, por lo que se acentuaron las diferencias en cuanto a la prestación y calidad de los servicios, en particular en aquellas con menor capacidad institucional y financiera. La descentralización también llevó a que se cancelaran programas de salud pública que eran desarrollados y coordinados verticalmente por el Ministerio de Salud, lo que también afectó algunos indicadores de salud pública.

Pero quizás una de las principales razones que imposibilitaron el éxito de las reformas fue la incapacidad del Estado para dirigir adecuadamente el sistema y articular a los diferentes actores del mismo, lo que generó prácticas contrarias a las deseadas con aquellas. Los gobiernos de turno se concentraron en el aseguramiento, en la optimización de los recursos y se olvidó de otras acciones, como la salud pública, la promoción y prevención de la salud, y la vigilancia

y el control de los actores del sistema. Ello llevó a que algunos de los sistemas creados por la ley 100 de 1993 fallaran, como sucedió con los de información y calidad; aún hoy, siguen siendo deficientes.

Asimismo, algunos actores adquirieron una posición dominante y se evidenció un alto grado de integración entre la administración y la prestación de los servicios en las entidades promotoras de salud con instituciones prestadoras propias que contribuyeron al establecimiento de prácticas para la toma de decisiones en función de lo económico. Algunos de dichos incentivos, que aún se presentan en algunos casos, fue el facturar por servicios en exceso; influir el comportamiento del médico a fin de establecer restricciones en la prescripción de exámenes, tratamientos o procedimientos; o exigir más requisitos de los establecidos legalmente para conceder citas médicas, tratamientos, terapias, cirugías, medicamentos, lo que dilata la prestación del servicio al usuario. Estos problemas se tradujeron en barreras de acceso a los servicios para un sector de la población, por lo que hizo común que aquella tuviera que acudir a diferentes acciones constitucionales o legales para la exigencia de la prestación de diferentes servicios de salud. Ello a su vez generó un alto activismo judicial en materia de acciones de tutela relacionadas con la protección del derecho a la salud.

Por otra parte, al tener los hospitales que generar sus propios recursos para su funcionamiento y entrar a un esquema de libre competencia y de aseguramiento, estas instituciones tuvieron que repensarse y modernizar su gestión administrativa y financiera. En general, los hospitales comenzaron a manejarse con criterios empresariales, muy similar a la forma en que se administraban los hospitales privados y las instituciones hospitalarias de alta complejidad. Algunos lograron acoplarse al nuevo modelo; otros tuvieron que ser liquidados. Estas instituciones también han sido cuestionadas en la medida que en ocasiones negaron la atención médica a personas que no tenían el respaldo de un seguro de salud o los recursos financieros necesarios para garantizar el pago de la factura por la prestación de los servicios.

En la práctica, los costos de los servicios de salud se encarecieron y la mayor participación del sector privado en la prestación de los servicios se tradujo en menores garantías constitucionales para los ciudadanos dada la escasa vigilancia por parte del Estado. Estos problemas en la actualidad siguen siendo una preocupación legítima.

## **Análisis descriptivo de las desigualdades**

Con la descentralización administrativa que buscó promover la Constitución de 1991, se esperaba alcanzar una reducción en las desigualdades sociales y económicas entre las diferentes regiones del país. Comparando los indicadores en salud de los entes territoriales de Antioquia, Bogotá, Chocó, Guajira y Valle del Cauca, se encuentra que dicho propósito aún dista de cumplirse.

Romero (2010) ha señalado que los individuos que se autorreconocen como indígenas en las principales ciudades colombianas y en la región de los Andes Occidentales tienen una probabilidad 7,7 puntos porcentuales (pp) menor de estar cubiertos en salud respecto a los no indígenas. Asimismo, los individuos que se reconocen como afrocolombianos tienen una probabilidad menor en 4 pp de estar cobijados por el sistema de salud. Esta diferencia alcanza 24,8 pp en el caso de los afrocolombianos que habitan la región Pacífica.

La encuesta longitudinal colombiana de la Universidad de los Andes (Elca-2010), representativa de los estratos 1 a 4 a nivel urbano y de cuatro microrregiones rurales (Atlántica media, Cundiboyacense, Eje cafetero y Centro oriente) midió el desarrollo cognitivo de los niños entre los 3 y 9 años de edad con base en la Prueba de Vocabulario de Imágenes Visuales Peabody. Siguiendo a Bernal y Camacho (2014), de este estudio se indican grandes diferencias por zona, con los niños en zonas rurales del país en clara desventaja en términos de desarrollo cognitivo respecto a los niños de zonas urbanas. Así, los puntajes en la zona Atlántica (83) son significativamente más bajos que los puntajes en el Eje Cafetero (97).

El porcentaje de madres que no asiste a controles prenatales, fundamentales para disminuir las tasas de mortalidad materna e infantil, es inferior en los departamentos de mayor presencia indígena y afrocolombiana que en aquellos con menor presencia de estos grupos (Cárdenas, Ñopo y Castañeda, 2014). Según los resultados de la Encuesta Nacional de Demografía y Salud ENDS (2010), mientras en departamentos como Vaupés (22%), Vichada (18%), Guainía (15%) o Chocó (13%) un importante número de madres no asistieron a control prenatal; en departamentos con menor diversidad étnica o racial, el promedio de madres es similar al promedio nacional (3%). En este punto, habría que tener en cuenta que Vaupés, la Guajira y Chocó son los



departamentos con mayor tasa global de fecundidad y paridez (ENDS, 2015, p. 271). Adicionalmente, mientras en Bogotá, Antioquia o el Valle del Cauca el porcentaje que no se informa del peso de menores al nacer es inferior al 0,2 %, en Vaupés y el Chocó no se obtienen datos para un 21,3% y 5,9% de los menores, respectivamente (Dane, estadísticas vitales 2015)

Asimismo, Cardenas *et al.* (2014) afirman que:

[...] los menores indígenas y afrodescendientes presentan mayores tasas de ayuno, en particular para población en la primera infancia. Así, el 5,9% de los menores de cinco años a nivel nacional tuvieron al menos un día de ayuno en la semana anterior a la realización del censo 2005. Este porcentaje llega a ser 2,5 veces más alto entre la población indígena nacional y dos veces mayor en la población afrocolombiana nacional [...] los departamentos con importante número de población afrodescendiente o indígena ostentan promedios más altos que aquellos departamentos con presencia de no étnicos. Es particularmente preocupante la situación en Chocó (19,7%) y La Guajira (18,2%) (Cárdenas, Ñopo y Castañeda, 2014, pp. 554-555).

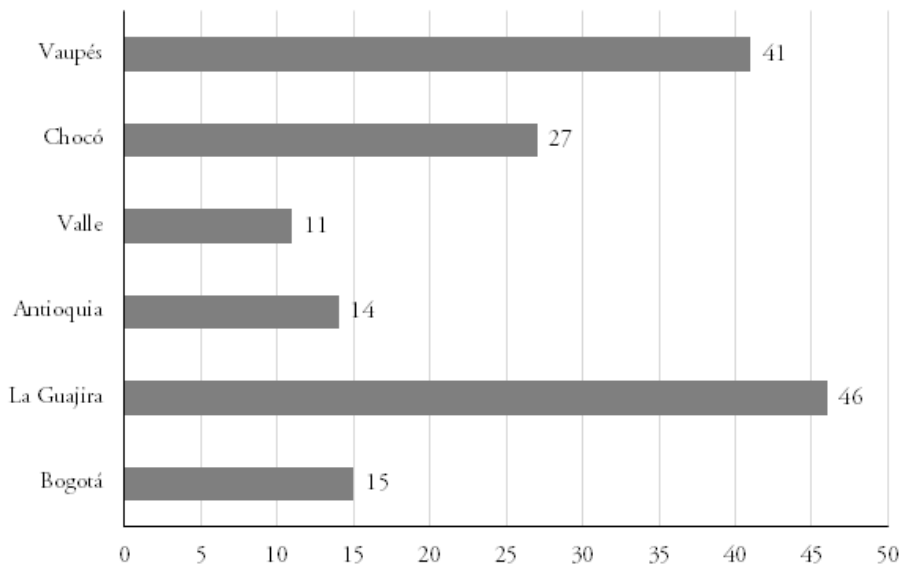
En el Chocó, la muerte sin asistencia médica de ningún tipo es la quinta causa de defunciones en el departamento (Estadísticas vitales Dane, 2016). Casi el 10% de los fallecimientos durante ese periodo (40 casos) en dicha zona del país están motivados por la ausencia de personal e infraestructura médica que atendiesen las necesidades en salud de la población local. De los otros 31 departamentos solamente Amazonas, Guainía y Vaupés registran también esta causal dentro de los diez principales móviles de decesos al año, aunque con una magnitud mucho menor. Por otra parte, La Guajira es el único departamento que registra dentro de las diez principales causas de defunciones al año a las dificultades respiratorias del recién nacido y la desnutrición proteico-calórica –tanto la no especificada como la severa– (Estadísticas vitales Dane, 2016).

La ENDS (2015) reporta que el porcentaje de personas que encontró barreras de acceso cuando acudió a los servicios de salud es mayor en los departamentos de Vaupés (84,1%) y Chocó (77,3%). A su vez, estos dos departamentos son los que reúnen la mayor cantidad de trámites excesivos para sus habitantes (51% y 37,4%) y en donde los servicios de salud quedan más lejos del hogar (54,9% y 37,3%). En el Chocó, es especialmente difícil la entrega de medicamentos, tal como lo acreditan el 29,7% de los encuestados.

La figura 1 muestra claras brechas entre departamentos en los resultados de mortalidad infantil, estando en un extremo Bogotá, Antioquia y Valle con los mejores resultados, en contraste con los indicadores para La Guajira, Chocó y Vaupés, con tasas más de tres veces mayor a la de los departamentos en mejor situación.

**Figura 1.**

Tasa de mortalidad por mil nacidos vivos, 2015



Fuente: Elaboración propia con base en “The Demographic and Health Surveys program”.<sup>2</sup>

En la tabla 1, se muestra que: la mortalidad por suicidios afecta especialmente al departamento del Vaupés; las afecciones originadas en el periodo perinatal son especialmente persistentes en La Guajira y Chocó; la tasa de mortalidad en niños menores de 5 años por enfermedad diarreica aguda también es particularmente alta en estos dos departamentos; la mortalidad en niños menores de 5 años por enfermedad respiratoria aguda afecta principalmente al Chocó y al Vaupés; la razón de mortalidad materna a 42 días es alta en el Chocó y crítica

2. Consultado en <http://www.statcompiler.com/en> el 12 de mayo 2018.

en el Vaupés; en estos dos últimos departamentos es donde las enfermedades transmisibles más acortan la esperanza de vida y la tuberculosis incide en los elevados niveles de mortalidad.

**Tabla 1.**

Indicadores de mortalidad por departamento

Indicador	Indicadores de mortalidad por departamento					
	Antioquia	Bogotá	Chocó	La Guajira	Valle	Vaupés
Tasa ajustada de mortalidad por lesiones autoinfligidas intencionalmente (suicidios)	6,02	4,24	2,11	2,669	4,48	12,206
Tasa ajustada de años de vida potencialmente perdidos por ciertas afecciones originadas en el periodo perinatal	866,09	1.146,8	1.334,85	1.527,19	1.085,33	714,83
Tasa de mortalidad en niños menores de 5 años por Enfermedad Diarreica Aguda	2,99	0,66	24,41	17,74	2,47	16,65
Tasa de mortalidad en niños menores de 5 años por Infección Respiratoria Aguda	9,34	12,39	48,82	23,13	11,79	49,95
Razón de mortalidad materna a 42 días	51,98	26,36	273,27	180,9	47,29	378,79
Tasa ajustada de años de vida potencialmente perdidos por enfermedades transmisibles	1.517,28	1.021,56	3.059,9	1.897,25	1.867,41	2.747,32
Tasa ajustada de mortalidad por tuberculosis	2,37	1,21	6,39	5	2,59	15,04

Fuente: Elaboración propia con base en SISPRO, Ministerio de Salud.-

Adicionalmente, la tabla 2 muestra marcadas diferencias en las tasas de afiliación al sistema general de seguridad social; es especialmente baja la cobertura en el departamento de Vaupés, mientras la de Antioquia es más de 20 puntos porcentuales mayor.

**Tabla 2.**

Tasa de afiliación al régimen de seguridad social en salud, 2018

<b>Tasa de afiliación al SGSSS por departamento (al 30/04/18)</b>			
	<b>Afiliados</b>	<b>Población</b>	<b>Tasa afiliación</b>
Antioquia	6.182.031	6.691.030	92,39%
Bogotá	7.549.171	8.181.047	92,28%
Chocó	435.567	515.145	84,55%
La Guajira	859.203	1.040.157	82,60%
Valle	4.256.676	4.756.113	89,50%
Vaupés	31.443	44.928	69,99%

Fuente: Elaboración propia con base en SISPRO, Ministerio de Salud y Dane (datos de población).

Las anteriores estadísticas ilustran el problema de desigualdad en la realización del derecho a la salud en las distintas regiones del país. Se evidencia la necesidad de fortalecer las políticas regionales con énfasis especial en los departamentos con mayores desventajas como La Guajira, Vaupés y Chocó.

**Modelo econométrico**

El objetivo de esta sección es mostrar la importancia de algunas variables regionales en la percepción de las personas sobre la calidad de las entidades prestadoras de salud. Además, nos interesa explorar cómo afecta la pertenencia a determinada región, a la calidad percibida por los individuos que utilizan los servicios. Este análisis puede brindar luces adicionales sobre las desigualdades regionales del servicio de salud en el país.

Reconocemos que la satisfacción de los individuos sobre cualquier aspecto (su trabajo, su ciudad, su vida en general) puede variar de acuerdo con la capacidad que ellos tengan de adaptar sus expectativas al entorno o a su nivel de conformismo, por lo cual nuestra variable dependiente tiene cierto carácter subjetivo. Otro aspecto a tener en cuenta es que en este análisis solamente se incluye a las personas que están afiliadas a una entidad de salud, lo cual

ignora las diferencias regionales en afiliación. Sin embargo, nuestro ejercicio sigue siendo útil para detectar cómo algunas variables regionales pueden influir en la percepción de los individuos sobre calidad de las entidades de salud a las que pertenecen.

Utilizando los datos de la Encuesta de calidad de Vida del Dane de 2015, estimamos un modelo Logit en el que la variable dependiente es la calidad reportada por los usuarios del sistema de salud, variable binaria que toma el valor de 1 si el individuo respondió que la calidad es buena o muy buena, o el valor de 0 si respondió mala o muy mala. Realizamos tres estimaciones; en la primera, tenemos en cuenta solamente variables individuales como la edad, el sexo, el nivel de educación, el estado civil, el quintil de ingreso al que pertenece, el estado de salud auto-reportado, si posee una enfermedad crónica o si tiene limitaciones permanentes o discapacidad. En la segunda estimación incluimos dummies regionales para detectar cómo cambia la probabilidad de evaluar favorablemente las entidades prestadoras de salud según la región geográfica. Finalmente, en la tercera estimación incluimos dos variables regionales: el ingreso promedio regional y el porcentaje de personas afiliadas a alguna entidad de salud por región. Estos dos últimos ejercicios nos permiten explorar si la pertenencia a determinada región tiene importancia en la calidad de las entidades prestadoras de salud según la perciben los usuarios.

La tabla 3 muestra la descripción de cada una de las variables empleadas en el ejercicio econométrico.

**Tabla 3.**

Descripción de las variables del modelo

Variable	Descripción
<u>Variable dependiente:</u> Calidad	Percepción del individuo sobre la calidad de la entidad prestadora de salud a la que pertenece. Dummy igual a 1 si la calidad es buena o muy buena, igual a 0 si la calidad es mala o muy mala.
<u>VARIABLES INDIVIDUALES</u>	
Edad	Edad de los individuos. Restringido a individuos de 18 años y mayores.
Mujer	Dummy igual a 1 si es mujer, 0 si es hombre
Estatus laboral	Dummy igual a 1 si el individuo trabaja, igual a cero si no trabaja.
Casado	Dummy igual a 1 si el individuo está casado o en unión libre, igual a cero si no lo está
Educación: Ninguno – primaria – secundaria - terciaria	4 variables binarias. Igual a 1 si el individuo tiene el nivel de educación correspondiente, igual a 0 si tiene otro nivel de educación.
Quintiles de ingreso: QI, QII, QIII, QIV, QV	5 variables binarias. Igual a 1 si el individuo pertenece al quintil de ingreso correspondiente, igual a cero si pertenece a otro quintil.
Estado de salud auto-reportada: Bueno, regular, malo	4 variables binarias. Igual a 1 si el individuo reporta el correspondiente estado de salud, igual a cero si reporta otro estado de salud.
Enfermedad crónica	Dummy iguala 1 si el individuo sufre de una enfermedad crónica, igual cero si no la sufre.
Dicapacidad	Dummy igual a 1 si la persona tiene alguna limitación física o mental, igual a cero si no la tiene
<u>VARIABLES REGIONALES</u>	
Dotación de calificación	Años promedio de escolaridad por regiones
Ingreso promedio	Logaritmo del ingreso promedio por regiones
Atlántica, Oriental, Central, pacífica, Bogotá, Antioquia, Valle, San Andrés, Orinoquía-Amazonia	9 variables binarias. Igual a 1 si el individuo vive en la región correspondiente, igual a 0 si vive en otra región.

Fuente: elaboración propia.

En la tabla 4, se muestran las diferencias por región en percepción de calidad y en las variables regionales que consideramos en el análisis. Para estos cálculos y para las regresiones, la muestra se restringe a los individuos mayores de 17 años. Los datos muestran heterogeneidad tanto en la percepción de calidad como en algunas de las variables que podrían influir en ella: educación e ingreso. Se esperaría que, en las regiones con mayor ingreso promedio, la calidad real de la prestación del servicio de salud sea mejor; sin embargo, el coeficiente de correlación de Pearson revela que la calidad percibida tiene una correlación negativa con el ingreso. Esto puede deberse a que, en general, en las regiones con mayor ingreso los niveles promedio de educación son más altos, lo que puede hacer a los individuos más críticos a la hora de evaluar la calidad. En las regiones con mayor ingreso promedio, los individuos pueden tener aspiraciones más altas sobre el servicio que esperan recibir, comparado con los individuos de las regiones más pobres.

En la región Atlántica, Antioquia y Valle, la percepción de calidad es más elevada que en las otras regiones. En el caso de la costa, la agregación por región esconde diferencias entre departamentos, pues probablemente en Guajira, Córdoba y Sucre los indicadores estén por debajo que el resto de departamentos. Por otro lado, la región Pacífica, Bogotá y San Andrés presentan los más bajos niveles de percepción de calidad por parte de los usuarios. En el caso de Bogotá, cuya infraestructura en el sector salud es superior a la del resto del país, el indicador puede ser resultado de lo mencionado en el párrafo anterior acerca de la posición más crítica de individuos con mayores niveles de educación. Los indicadores de San Andrés y el Pacífico son claro reflejo de la situación de escasez de infraestructura física y humana en salud que experimentan estas regiones; aunque en San Andrés el porcentaje de afiliación al servicio de salud es más elevado que en el resto de regiones (95%), para acceder efectivamente a algunos de los servicios los isleños deben trasladarse al continente, lo cual representa un claro inconveniente especialmente en casos de urgencia.

**Tabla 4.**

Estadísticas descriptivas por regiones

	Calidad	Años de educación	Ingreso promedio (log)
Atlántica	0,845	8,7	13,404
Antioquia	0,839	8,4	13,499
Valle	0,805	9,2	13,526
Orinoquía-Amazonia	0,792	8,6	13,356
Oriental	0,755	8,3	13,429
Central	0,745	8,1	13,465
Pacífica	0,761	7,2	13,148
Bogotá	0,752	10,8	14,063
San Andrés	0,657	10,2	13,709
coeficiente de correlación		-0,3632549	-0,331896908

Fuente: Elaboración propia con base en ECV – Dane 2015.

Los resultados de las estimaciones del modelo Logit se presentan en la tabla 5. En cuanto a las variables individuales se observa que el nivel de educación, el estado civil, el quintil de ingreso y el estado de salud auto-reportada están relacionados con la percepción de calidad de los individuos sobre las entidades prestadoras del servicio de salud. Como se esperaba, individuos con mayores ingresos y con mejores niveles de educación, con mayor probabilidad reportan peores niveles de calidad. Además, a mejor estado de salud auto-reportado, mejor calificación de la calidad. Finalmente, los individuos casados tienen mayor probabilidad de calificar mal el servicio que los solteros. La significancia y el signo de los coeficientes se conservan para los tres modelos estimados.

En el modelo 2 se añaden las regiones como variables explicativas. Tomando como referencia Antioquia, se observa que en todas las regiones, excepto Valle y Atlántico, la probabilidad de reportar una peor calificación es mayor. Se evidencia así claras diferencias regionales en la calidad percibida por los individuos en el país de acuerdo con el lugar de residencia.



Finalmente, en el modelo 3 se incluyen dos variables regionales; como se esperaba, el ingreso tiene una relación negativa con la percepción de calidad. Además, a mayor proporción de afiliados en la región, mayor probabilidad de reportarse satisfecho con la prestación del servicio. Los resultados de los modelos 2 y 3 revelan que la pertenencia a una región específica sí es importante a la hora de determinar la percepción de calidad; esto es relevante porque lo ideal es contar con instituciones geográficamente neutras (Ramírez, Bedoya y Díaz, 2014), es decir, entidades que provean a la población un adecuado acceso a los servicios básicos independientemente de la ubicación geográfica.

**Tabla 5.**

Resultados de las estimaciones

Variable	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3
Edad	0,0004	0,0013	0,0007
Mujer	-0,0389	-0,0292	-0,0331
Nivel de educación			
Ninguno	0,5051***	0,4709***	0,4717***
Primaria	0,3154***	0,3367***	0,2877***
Secundaria	0,1591***	0,1573***	0,1503**
Estatus laboral			
Casado	-0,0018	-0,0011	0,0023
Casado	-0,2091***	-0,2389***	-0,2145***
Quintil de ingreso			
QI	0,5228***	0,4897***	0,5022***
QII	0,3414***	0,2801***	0,3092***
QIII	0,3545***	0,3168***	0,3325***
QIV	0,1870***	0,1800**	0,1850**
Estado de salud auto-reportada			
Muy bien	1,3563***	1,2959***	1,3735***
Bien	1,3118***	1,2238***	1,3290***
Regular	0,4636***	0,4097***	0,4737***
Enfermedad crónica			
Limitaciones	0,0723		0,0759
Limitaciones	0,1159		0,1141
Atlántica		0,3956***	

Variable	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3
Central		-0,2328***	
Pacífica		-0,0748	
Bogotá		-0,1468**	
Valle		0,0973	
San Andrés		-0,7379***	
Orinoquia-Amazonia		-0,0350	
Variables regionales			
log ingreso			-2,2959***
Porcentaje población afiliada			0,9828*
Constante	-0,0987	-0,0254	32,7918***
F	40.184	41.414	42.207
Observaciones	43.267	43.267	43.267

\* p<.05; \*\* p<.01; \*\*\* p<.001

### **Conclusiones: desafíos del sistema de salud para avanzar en la materialización del principio a la igualdad**

Como se evidenció en el trabajo, contrario a lo pretendido por las reformas implantadas al sector de la salud, en la práctica algunas personas o regiones terminaron siendo excluidas del disfrute efectivo del derecho a la salud ante la falta de una institucionalidad que pudiera efectivamente garantizarlo.

Esa desigualdad generada por los arreglos institucionales de la década de los noventa, acentuados por incapacidad estatal para dirigir y controlar el sistema de Salud, demuestran que con las reformas se privilegiaron otros principios sobre la igualdad, como el de eficiencia. Asimismo, las percepciones sobre la falta de recursos o de la inviabilidad económica para garantizar el derecho a la salud a toda la población siguieron primando, por lo que continúa siendo admisible la existencia de protecciones diferenciadas entre sectores de la población. Se trata de una desigualdad en el ejercicio de los derechos, porque las personas asentadas en esos territorios con menor capacidad institucional y financiera no solo se dejaron expuestos frente a circunstancias que atentan contra el normal ejercicio de sus derechos, sino también porque disponen de

menores recursos individuales y colectivos para lograr la materialización, en particular, del acceso a la salud.

La situación actual del sector de la salud también evidencia que el Estado ha incumplido algunas de las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales que consagran el goce efectivo del derecho a la salud; y ha sido incapaz de adoptar medidas para impedir que terceros (entidades aseguradoras y prestadoras) interfieran en la materialización del mismo.

Si bien, el sistema de salud se organizó sobre principios de justicia e igualdad, en la práctica contribuye a la generación de desigualdad, en la medida que el acceso y la prestación de los servicios están profundamente diferenciados según la condición económica del usuario, de modo que no brinda una verdadera igualdad a todos sus usuarios. En síntesis, el diseño institucional ha impuesto límites en la práctica al ejercicio del derecho a la salud y si no se materializa el derecho, no se puede garantizar la igualdad.

Debe destacarse que el asunto no es solo jurídico; es también político toda vez que son se han tomado las medidas necesarias para enfrentar los problemas que actualmente afronta el sistema de salud y garantizar sus servicios con calidad a toda la población.

Al no brindar un trato preferente frente al acceso y prestación de servicios de salud a las personas asentadas en regiones con situaciones sociales o económicas diferentes al resto de la población, las reformas al sector acrecentaron la desigualdad y cuestiona el principio de que todos los seres humanos son iguales, tienen los mismos derechos fundamentales, y que independientemente de su situación frente al Estado o económica, aquellos deben ser garantizados.

## **Referencias**

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2006). *Los derechos sociales en el debate democrático*. Madrid: GPS. Madrid.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Agudelo, C., Cardona, J., Ortega, J. y Robledo, R. (2011). Sistema de Salud en Colombia: 20 años de logros y problemas. *Artigo, Ciência & Saúde Coletiva*, 16(6), 2817-2828.

- Angulo, R., Azevedo, J., Gaviria, A., y Páez R. (2012). Movilidad social en Colombia. Documentos CEDE (43). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Arango Rivadeneira, R. (2007). El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional. En *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases Críticas Para Una Discusión* (pp. 87-163). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango Rivadeneira, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis S.A., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Arcidiácono, P., Espejo Yaksic, N. y Rodríguez Garavito, C. (2010). *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Barro, R. (2000). Inequality and growth in a panel of countries. *Journal of Economic Growth*, 5(1), 5-32.
- Bernal Pulido, C. (2016). El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. En J. Vega y E. Corzo (Coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (pp. 51-74). México: UNAM.
- Bernal, R. y Camacho, A. (2014). La política de primera infancia en el contexto de equidad y movilidad social en Colombia. En A. Montenegro y M. Meléndez, *Equidad y movilidad social. Diagnósticos y propuestas para la transformación de la sociedad colombiana* (pp. 69-117). Bogotá: Departamento Nacional de Planeación y Ediciones Uniandes.
- Bonilla González, R. (2007). Crecimiento, Empleo, Seguridad Social y Pobreza. En *Bienestar y macroeconomía. Más allá de la retórica* (pp. 81-128). Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Universidad Nacional de Colombia.
- Bonilla González, R. (2006). La reforma económica: una apertura concentradora. En F. Leal Buitrago (ed.), *En la encrucijada: Colombia en el siglo XXI*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Bonilla, L. (2011). Diferencias regionales en la distribución del ingreso en Colombia. *Sociedad y Economía*, (21), 43-68.
- Boxill, B. (1995). *Igualdad, discriminación y trato preferente*. En P. Singer (Comp.), *Compendio de ética* (pp. 457-468). Madrid: Alianza Editorial.
- Bozeman, B. (2007). Public interest theory and its problems. En Barry Bozeman *Public values and public interest. Counterbalancing economic individualism* (pp. 83-99). Washington, D.C.: Georgetown University Press.

- Cárdenas, J., Ñopo, H. y Castañeda, J. (2014). Equidad en la diferencia: Políticas para la movilidad de grupos de identidad. En *Equidad y movilidad social. Diagnósticos y propuestas para la transformación de la sociedad colombiana*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación y Ediciones Uniandes.
- Castel, R. (2015). El derecho social, garante de la justicia social. En *La injusticia social. ¿Cuáles son los caminos para la crítica?* Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Cifuentes Muñoz, E. (1996). La igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Pensamiento Jurídico*, (7), 53-84.
- Christ, J. y Nicodème, F. (2015). *La injusticia social. ¿Cuáles son los caminos para la crítica?* Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Dubet, F. (2011). *La experiencia sociológica*. México: Editorial Gedisa.
- Ferreira, F. y Meléndez, M. (2014). Desigualdad de Resultados y oportunidades en Colombia: 1997-2010. En A. Montenegro y M. Meléndez, *Equidad y movilidad social. Diagnósticos y propuestas para la transformación de la sociedad colombiana*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación y Ediciones Uniandes.
- Flórez et al. (2007). *Avances y desafíos de la equidad en el sistema de salud colombiano*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, Fundación Corona y Universidad de los Andes
- Galvis, L. y Roca, A. (2010) Persistencia de las desigualdades regionales en Colombia: Un análisis espacial Luis Armando Galvis Adolfo Meisel Roca. *Documentos de Trabajo sobre economía regional*. Banco de la República, 120.
- Hibou, B. (2015). Injusticia y dominación. Acerca de algunas figuras concretas de la injusticia social. En J. Christ y F. Nicodème, *La injusticia social. ¿Cuáles son los caminos para la crítica?* Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Lix, L., Ekuma, O., Brownell, M. y Roos, L. (2004). A Framework for modelling differences in regional mortality over time. *Journal of Epidemiology and Community Health*, 58, 420-425. Doi: <http://dx.doi.org/10.1136/jech.2003.009522>
- Kibele, E., Klüsener, S., Scholz, R. (2015). Regional mortality disparities in Germany. *KZfSS Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 67,(1), 241-270. Doi: <http://dx.doi.org/10.1007/s11577-015-0329-2>
- Kumalija, C.J. et al. (2015). Regional Differences in Intervention Coverage and Health System Strength in Tanzania. *PLoS ONE*, 10(11). Doi: <http://dx.doi.org/10.1371/journal.pone.0142066>.

- Ministerio de Salud y Departamento Nacional de Planeación. (1990). Estudio sectorial de salud. En F. Yepes (Dr.), *La salud en Colombia*. Bogotá: Ministerio de salud y Departamento Nacional de Planeación.
- Nino, C. (2013). *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender las libertades*. Argentina: Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2012). *Recomendación relativa a los pisos de nacionales de protección social*. Ginebra: OIT.
- OIT. (2011). *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*. Ginebra: OIT
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2007). Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general No. 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9). Ginebra: ONU.
- ONU. (2000). Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general No. 14. El derecho a la salud. Ginebra: ONU.
- ONU. (1990). Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general No. 3. El derecho a la salud. Ginebra: ONU.
- Pérez Murcia, L. E., Uprimny Yepes, R. y Rodríguez Garavito, C. (2007). *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP).
- Profamilia y Ministerio de Salud de Colombia. (2010). *Encuesta Nacional de Demografía y salud*.
- Profamilia y Ministerio de Salud de Colombia. (2015). *Encuesta Nacional de Demografía y salud*. Tomo I.
- Quintero Mosquera, D P. (2011). *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*. Cali: Universidad Icesi y Siglo del Hombre Editores.
- Ramírez, J., Bedoya, J. y Díaz, Y. (2014). *Convergencia social en Colombia: el rol de la geografía económica y de la descentralización*. Ciudad: Mimeo, Fedesarrollo.
- Reygadas, L. (2008). *La apropiación. Destejiendo las redes de las desigualdades*. Ciudad: Anthropos editorial y Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztalapa.

- Rodríguez Garavito, C. (2009). *La globalización del Estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rodríguez, C. y Kauffman, C. (2014) *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia).
- Rodriguez-Pose, A. y Ezcurra, R. (2009). Does decentralization matter for regional disparities? A cross-country analysis. *Journal of Economic Geography*, 10(5), 619-644.
- Romero, J. (2010) Educación, calidad de vida y otras desventajas económicas de los indígenas en Colombia. En Documentos de trabajo sobre Economía Regional. Banco de la república, 124.
- Rosembloom, D. H. (2007). Reinventing administrative prescriptions: the case for democratic-constitutional impact statements and scorecards. *Public Administration Review*, 67(1), 28-39.
- Sarmiento Palacio, E. (1996). *Apertura y crecimiento económico. De la desilusión al nuevo Estado*. Bogotá: Academia Colombiana de Ciencias Económicas, Tercer Mundo Editores y Editorial Escuela Colombiana de Ingeniería.
- Sarmiento Gómez, A. (1990). El sector salud en los 80. En *Colombia. La deuda social en los 80*. Bogotá: OIT, PREALC.





# 05

## **Seguimiento a la salud mental de niños y niñas víctimas de desplazamiento forzado: el uso de indicadores por la Corte Constitucional de Colombia\***

---

**Diana Patricia Quintero Mosquera**

Universidad Icesi | [dmsolano@icesi.edu.co](mailto:dmsolano@icesi.edu.co)

**Jesica Paola Gómez Muñoz**

Universidad Icesi | [jessica.gomez.21@outlook.com](mailto:jessica.gomez.21@outlook.com)

\* El presente documento es producto de investigación correspondiente al Proyecto Interdepartamental *25 años de la Constitución Política: balances y perspectivas en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho*, registrado en el Grupo de Investigación Precedente de la Universidad Icesi y reconocido por Colciencias en categoría A 1, en coordinación con miembros del Grupo de Investigación Nexos de la misma Universidad.

Este artículo es el resultado de un proyecto de investigación destinado a analizar el uso de indicadores por parte de la Corte Constitucional de Colombia, como una herramienta para hacer visibles las violaciones a los derechos humanos de una población desplazada. Intenta identificar situaciones persistentes de vulnerabilidad en materia de salud mental y atención psicosocial a Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) a partir del proceso de seguimiento adelantado por la Corte. También describe críticamente los indicadores creados e implementados para medir la respuesta del gobierno a sus órdenes. La metodología utilizada en el proyecto comprende una reconstrucción hermenéutica y crítica de la jurisprudencia constitucional, que integra elementos teóricos y empíricos, a fin de superar una perspectiva “estrictamente formalista” en el estudio de las cuestiones constitucionales (García Fernández, 2013).

La información aquí presentada proviene de tres tipos de fuentes. En primer lugar, fuentes empíricas, las cuales incluyen las entrevistas a 10 padres de víctimas del desplazamiento forzado que viven en un barrio de escasos recursos de Cali llamado Llano verde, en el Distrito de Aguablanca. Estas entrevistas fueron parte de la estrategia para hacer visibles las condiciones de la comunidad mediante el informe de la sociedad civil presentado al Comité de los Derechos de los Niños (CDN). Los padres otorgaron el permiso a la clínica jurídica (GAPI) para usar la información, siempre y cuando no se mencionaran sus nombres. Todos los entrevistados fueron desplazados por un grupo armado como la guerrilla o los paramilitares. Algunos de ellos han sido referidos al Centro de Atención Psicosocial de Icesi (CAPSI), para recibir asistencia psicológica urgente. Estos casos solo se presentan con el fin de ilustrar las vulnerabilidades específicas de la población escogida, tales como traumas y sufrimiento psicológico; no tienen la intención de ser estadísticamente significativos.

El segundo tipo de fuentes corresponde a los documentos legales que ofrecen el marco de salud mental en Colombia: leyes, políticas públicas para la población desplazada y jurisprudencia emitida por la Corte. Con respecto a estos, la situación general del país ha sido documentada en el amplio estudio realizado por la Corte Constitucional durante 14 años de seguimiento a la Sentencia estructural T-025 de 2004, y en los 10 años de la Sentencia T-760 de 2008 sobre el derecho a la salud. El tercer tipo se trata de fuentes sociojurídicas, e incluyen informes de la Defensoría del Pueblo de Colombia, la Procuraduría General de Colombia, la Secretaría Nacional de Salud y Protección Social y la

Unidad Nacional de Víctimas; esta literatura institucional conjuga elementos cuantitativos y cualitativos valiosos para la comprensión de la situación, desde la perspectiva de los derechos humanos.

El enfoque psicosocial se define como “[...] una perspectiva que reconoce los impactos psicosociales producidos por las violaciones de los derechos humanos en el contexto de la violencia en Colombia” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2012). La Ley 1448 de 2011 (en adelante Ley de Víctimas) ordenó al gobierno el diseño y la implementación de un programa de atención psicosocial e integral a las víctimas (PAPSIVI). Este programa, a cargo de la Secretaría de Salud, persigue identificar las necesidades de salud de las víctimas y ofrecer atención básica para la recuperación del sufrimiento psíquico y mental, en el marco del conflicto. Por su parte, el Decreto gubernamental 4800 de 2011 proporciona mecanismos para la realización de los derechos de las víctimas a una atención médica integral, a asistencia y reparación. La perspectiva de salud mental es reciente; ha sido regulada por la Ley 1616 de 2013, cuya plena reglamentación está aún pendiente. En 2013 esta Ley definió la salud mental como “[...] un estado dinámico que se expresa en la vida cotidiana a través del comportamiento y la interacción de manera tal que permite a los sujetos individuales y colectivos desplegar sus recursos emocionales, cognitivos y mentales para transitar por la vida cotidiana, para trabajar, para establecer relaciones significativas y para contribuir a la comunidad” (Presidente de la República de Colombia, Ley 1616 (2013)).

A pesar de que la ley colombiana separa a niños y niñas (hasta los 12 años) de los adolescentes (de 12 a 18 años), en este artículo ambos se agrupan como niños y niñas, según las recomendaciones del CDN. La Corte Constitucional también ha instado al gobierno a reconocerlos de esta manera a través del Auto 342 A de 2009, emitido en el marco del seguimiento de la decisión estructural de 2008. El Auto adopta las definiciones legales de rehabilitación psicosocial y salud mental, considerándolas como complementarias entre sí. De acuerdo con esta definición, las violaciones de los derechos humanos experimentadas por la niñez en el conflicto armado producen sufrimiento moral, físico y psicológico. Este sufrimiento altera significativamente su comportamiento individual y social, limitando sus oportunidades de participar en igualdad de condiciones en la vida social. Para Unicef el desplazamiento forzado es un fenómeno más grave cuando afecta a los niños.

Dada su vulnerabilidad, los niños no tienen oportunidad de decidir contra esa “corriente migratoria” que los lleva a enfrentar “[...] una carrera por la supervivencia” en la que “[...] los costos físicos, psicológicos y sociales son inimaginables” (Unicef, 2000). Este capítulo tiene cuatro partes. La primera parte presenta el problema general y las situaciones experimentadas por los niños, las niñas y adolescentes desplazados, habitantes de un barrio de escasos recursos de la ciudad de Cali, tal como se reportó al Comité; además, incluye las descripciones de la Corte Constitucional sobre la violación de los derechos de la niñez desplazada a nivel nacional a través de decisiones individuales y estructurales. El propósito de esta parte es mostrar brevemente las vulnerabilidades en salud mental en Colombia y sus conexiones con otras violaciones de los derechos socioeconómicos de esta población. La segunda parte describe los indicadores de la Corte y el diálogo sostenido entre esta institución y el gobierno, incluidas sus principales tensiones. La tercera parte analiza los resultados del uso de los indicadores desarrollados principalmente en la sentencia estructural sobre el desplazamiento, pero vinculados al derecho a la salud. Finalmente, las conclusiones presentan un análisis del proceso de seguimiento efectuado por la Corte Constitucional desde una perspectiva de derechos humanos.

## **Vulnerabilidades de salud mental en NNA víctimas del desplazamiento interno**

Después de proporcionar asistencia legal a las comunidades desplazadas en Cali durante siete años, la clínica jurídica de Derechos Humanos de Icesi, GAPI, entonces bajo el liderazgo de Diana Quintero, presentó un informe de la sociedad civil al Comité de los Derechos del Niño (CDN) a principios de 2015. Dicho informe se relacionaba con los desafíos de la implementación de políticas para garantizar y acceder a los servicios de salud mental y rehabilitación psicosocial. El CDN expresó su preocupación por el aumento de la enfermedad mental entre los niños y la consecuente sobremedicalización que tiene lugar en diferentes países. La principal preocupación mencionada es la falta de políticas adecuadas para ayudar a los niños con sufrimiento mental y afectaciones psicosociales (Quintero Mosquera y Palau, 2015). En sus observaciones finales sobre los informes

combinados cuarto y quinto, el CDN aprobó la mayor parte de la información provista por la clínica, y recomendó a Colombia, entre otras cosas, fortalecer los programas de salud mental destinados a la atención de la niñez. Como una medida de protección para los NNA desplazados, instó al Estado a evaluar sus estrategias para garantizar un acceso integral a los servicios de salud mental y rehabilitación psicosocial (Comité de los Derechos del Niño, 2015). La difícil situación sobre el tema no era nueva, la Corte Constitucional de Colombia (en adelante, la Corte) declaró en 2004 el estado de cosas inconstitucional respecto de la población interna desplazada, a través de la Sentencia estructural T-025 de 2004. En esta decisión, la Corte destacó la falta de políticas y normas para satisfacer las necesidades de atención de los NNA desplazados.

Diez años más tarde, en 2014, Unicef reconoció la importancia del nuevo marco legal para estos a causa del conflicto armado (Unicef, 2014). El mencionado marco incluye: la Política Nacional Conpes 3673 de 2010, destinada a tener un impacto positivo en los factores de riesgo del reclutamiento forzado de niños; los mecanismos de supervisión de la Resolución 1612 de 2005 del Consejo de Seguridad de la ONU, que estableció un grupo de trabajo para examinar los informes sobre las violaciones de sus derechos humanos en los conflictos armados. Finalmente, el marco incluyó la Ley 1448 de 2011, la cual creó un Sistema Nacional de Atención y Reparación de Víctimas (Unicef, 2014). A pesar de estas mejoras, el marco legal separa la atención en rehabilitación psicosocial de la perspectiva de la salud mental, dentro de los servicios ofrecidos a víctimas desplazadas. La Corte en el proceso de seguimiento de la sentencia estructural de 2004 continúa denunciando las lagunas persistentes en las políticas nacionales de salud mental y rehabilitación psicosocial de los desplazados internos, tal como se mostrará en este capítulo.

La vulnerabilidad es una categoría ampliamente utilizada por diferentes estudios sociales. A veces, esta explica y justifica formas específicas de activismo judicial. Sobre este uso, la literatura disponible ha argumentado la existencia de dos tipos de vulnerabilidades: una abstracta y una contextual. La primera emerge del reconocimiento de algunos derechos en los tratados internacionales de derechos humanos; y la segunda se relaciona con un contexto de riesgo que rodea a los niños en los países de América Latina (Beloff y Clérico, 2016). Los autores Beloff y Clérico (2016) explican cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos habla sobre situaciones de

vulnerabilidad para describir un escenario de violaciones de derechos humanos múltiples. Una característica de esta internacionalización del tema es la creciente sofisticación de las normas internacionales y nacionales para proteger a las personas con discapacidad. Sin embargo, este refinamiento puede ser una señal de que las cosas están empeorando, tal como afirmó el Secretario de la ONU en la presentación de la Observación general número 5 (ONU, 1994). El conflicto armado ha afectado, especialmente, a niños y jóvenes enfrentados a la guerra desde edades tempranas como testigos, objetos de ataques, víctimas del desplazamiento, entre otras circunstancias (Montoya Ruiz, 2008). El bienestar de los NNA que son víctimas de conflictos armados es un tema de interés mundial. En la mayoría de los casos el impacto del conflicto es mayor sobre niños, niñas y mujeres (ICBF, 2014, p. 15). Se ha dicho que el conflicto armado es una situación de violencia sistemática que crea riesgos específicos para ellos, quienes, debido a su alta vulnerabilidad, se ven afectados indiscriminadamente y expuestos a todo tipo de violaciones de los derechos (ICBF, 2014, p. 15).

La Encuesta de Salud Mental de Colombia de 2003 no incluyó trastornos de salud mental y tampoco tuvo en cuenta los problemas específicos de los desplazados internos. Además, el Gobierno no utilizó bases de datos centralizadas para este propósito (Díaz Sotelo, 2015). En 2014, se realizó otro estudio sobre el estado psicosocial de NNA que contó con la participación de 1666 sujetos, 968 de los cuales fueron víctimas del conflicto. En este, se encontraron diferencias entre la población expuesta al conflicto y aquellos que no lo han estado. En el primer grupo hay un mayor impacto en el bienestar psicosocial: tienen dificultades para aprovechar el tiempo de manera constructiva, al tiempo que perciben en menor apoyo del entorno externo. De esta forma, los NNA desplazados tienen dificultades en el campo afectivo y “[...] presentan mayores indicadores de abstinencia, quejas somáticas, ansiedad y problemas de atención, en comparación con la población general” (ICBF, 2014, p. 18-19). Al mismo tiempo, los NNA desplazados tienen menores niveles de escolaridad, dificultades emocionales, bajos “comportamientos prosociales”, además de una percepción de menor salud y bajos índices de masa corporal. Ellos también enfrentan problemas relacionados con el juicio moral, en relación con las responsabilidades de sus acciones y los indicadores actuales de estrés postraumático.

La Segunda Encuesta Nacional realizada en 2015 incluyó variables sobre desplazamiento y niñez. La literatura presentó esta encuesta como una respuesta para alcanzar los objetivos trazados por la OMS en programas de salud mental, en la Ley de Víctimas y en otras Políticas Nacionales en el campo (Gómez Restrepo, de Santacruz, Rodríguez *et al.*, 2016). En esta ocasión se encuestaron 15 251 personas entre 7 y 96 años, donde se constató que el 13,7% de la población entre 7 y 11 años ha experimentado desplazamiento, de este, el 10,9% debido a un conflicto de tipo armado. El 40,7% de los niños y el 29,8% de las niñas presentan comportamientos violentos, al tiempo que el 30,8% de los niños y el 25,5% de las niñas muestran un comportamiento de represalia violenta. En cuanto a los niños entre 12 y 18 años, el 18,3% de los niños y el 13,2% de las niñas son desplazados internos, y el 35% reporta al menos un evento traumático en este contexto. Finalmente, la encuesta incluyó síntomas de afectaciones de salud mental tales como lenguaje extraño, pesadillas, convulsiones, dolores de cabeza, participación en robos, poca interacción con otros niños, dificultades de aprendizaje y presentan problemas de control del esfínter. El 44,7% del primer grupo de niños presentó al menos uno de estos síntomas, y el 17,1% mostró 2 o más y el 6,6% 3 o más.

### **Vulnerabilidades derivadas del desplazamiento forzado a la ciudad de Cali**

En los últimos años la ciudad de Cali se ha convertido en uno de los mayores receptores de poblaciones desplazadas internamente. Según el último informe institucional, producido en 2018, la ciudad tenía cerca de 250 000 personas desplazadas internas, de los 2 millones y medio de sus habitantes (Alcaldía de Santiago de Cali, 2018). No hay datos recientes sobre cuántos de ellos son menores de edad, pero en 2012 fue establecido por la oficina la Alcaldía de Santiago de Cali que cerca del 6% de ellos serían niños en la etapa de la primera infancia (0 a 5 años); 9,53% (16 493) tendrían entre 6 y 11 años; 11,68% (20 206) se ubicarían entre los 12 y los 17 años de edad; 19,88% (34 413) correspondería a hombres y mujeres en la etapa de adolescencia; el grupo de personas entre 18 y 28 años ocuparía el 19,88% (34 413) (Asesoría de Paz de la Alcaldía de Santiago de Cali, 2012). En 2012, el contexto del suroeste colombiano se ca-

racterizó por una alta concentración de acciones militares por parte de fuerzas militares y diversos grupos armados. Cali fue en gran parte un receptor de la población afectada por el conflicto armado. Además, en la ciudad hubo un escenario de violencia marcada por el control de empresas ilegales relacionadas con el microtráfico, las oficinas de recaudación, los asesinatos a sueldo; estas situaciones ocurrieron en las áreas de asentamiento de la población víctima, lo que generó un doble proceso de victimización.

Llano Verde es un vecindario recientemente construido como parte de una política de vivienda del Gobierno Nacional, ubicado en un área muy pobre y poblada de la ciudad de Cali. A fines de 2013 el presidente Santos había entregado 1644 casas con la promesa de ofrecer una mejor calidad de vida para la población desplazada internamente. Muchos de los habitantes de este sector se acercaron a la Clínica GAPI para solicitar asistencia legal sobre algunas violaciones de derechos humanos relacionadas con cuestiones socioeconómicas. Sus principales preocupaciones se centraron en las condiciones inadecuadas de vivienda para personas con discapacidades. Al respecto, se brindó apoyo en esta área, y la esta clínica logró ganar importantes batallas en su nombre. Durante el trabajo algunos padres solicitaban servicios psicológicos en un Centro de Atención psicológica de nuestra facultad, llamado CAPSI. Estas situaciones no fueron aisladas, dado que la mayoría de la población del barrio llegó a la ciudad en condición de desplazada por el conflicto armado. En el informe para el CDN preparado por Diana Patricia Quintero, se identificaron cuatro tipos de situaciones en el barrio, tal como lo ha advertido la literatura presentada en este documento, que se pueden considerar como vulnerabilidades estructurales en la salud mental de la población NNA en el contexto colombiano.

Algunos entrevistados “[...] no consideran pertinente pedir atención psicológica, porque son lo suficientemente fuertes como para enfrentar las situaciones que han sufrido”. Estos padres consideran que los comportamientos extraños en los niños a veces son de enojo por todo lo que han perdido. Esta visión es latente en el caso de dos hermanos, quienes después de perder a sus padres en el conflicto viven con uno de sus tíos; ellos son percibidos por su familia como “llenos de ira y sueños de venganza”.

En otro tipo de caso, algunos padres no creen que sea relevante que sus hijos reciban atención psicológica, porque “los niños no entienden lo que sucede a su alrededor”. Esta creencia existe a pesar de que el niño fue víctima del re-



clutamiento forzado, no habla con nadie en la escuela, porque, como él dijo: “[...] no se puede saber con quién se está hablando, por lo que no se puede confiar en las personas”.

En otros casos, los padres o adultos a cargo de los niños, después de que la escuela ha identificado la necesidad y ha requerido el permiso a estos, autorizan una intervención psicológica. Los casos con frecuencia revisten tal gravedad que logran captar la atención de la escuela. Entre estos se destacan dos niños que reciben apoyo en sus escuelas debido a problemas de depresión; otra de las niñas está bajo tratamiento debido a un intento de suicidio.

Finalmente, los padres que enfrentan un posible abuso de drogas reconocen que la asistencia es fundamental, pero también saben que puede ser costoso activar la atención del seguro de salud. Algunos entrevistados afirman no haber exigido la atención de los servicios de emergencia psicológicos o psiquiátricos para sus hijos. Bajo cualquier circunstancia, los pacientes del régimen subsidiado (al que pertenecen) primero deben ser atendidos por un médico general y después, por el especialista. En esta situación se encontró una madre que sospecha que sus hijas adolescentes están usando drogas, pero no pueden acceder a un tratamiento especial debido las restricciones del sistema de salud.

## Visibilidad de violaciones de derechos a partir de las decisiones de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha desempeñado un papel vital al proporcionar un marco analítico de las alteraciones de la salud mental en el marco del desplazamiento interno, tanto en casos individuales como estructurales. Dentro de los primeros, dos tutelas han sido esenciales para delinear la comprensión de la Corte sobre los problemas de salud mental en NNA desplazados. En la tutela T-045 de 2010 la Corte instó a las autoridades a garantizar que los daños causados por el conflicto se evaluaran como sufrimiento emocional y moral, capaz de alterar significativamente el proyecto de vida de la población. En la segunda tutela, la T-418 de 2015, se consideró que las medidas de rehabilitación son un aspecto central para el fortalecimiento de la autoestima y el desarrollo de la identidad individual de NNA. Este caso trata de una madre y su hijo, víctimas de abuso sexual por parte de un grupo paramilitar y, en él, la Corte

ordenó a las autoridades brindarles medidas psicológicas, emocionales, físicas y sociales, como parte de su derecho a la atención médica. También reconoció dos tipos de daños que suceden en casos como este: afectaciones individuales y sociales a la salud mental. Entre los primeros la Corte enumera las alteraciones inducidas por los sueños, las depresiones, los sentimientos de angustia, el miedo y el deterioro de la autoestima. En cuanto a los segundos, incluye el deterioro de las relaciones interpersonales, las rupturas en los lazos familiares, el caos social y la deshumanización.

A pesar de la importancia de estos casos individuales, en los fallos estructurales T-025 de 2004 sobre desplazamiento y T-760 de 2008 sobre salud, la Corte ha reconocido el sufrimiento y las afectaciones a la salud mental de NNA desplazados. Estas decisiones afectan a un gran número de personas que sufren violaciones de derechos humanos, contienen órdenes complejas a múltiples agencias gubernamentales responsables de las políticas públicas en el campo (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015) y establecen una vigilancia permanente del cumplimiento hecho por el Tribunal. Los procesos de seguimiento de ambas decisiones incluyen la creación de comisiones de consultoría que reúnen a académicos, movimientos sociales y asociaciones de pacientes en torno al contenido de las órdenes.

En la decisión T-025 de 2004 la Corte declaró un estado de cosas inconstitucional por la violación sistemática de una serie de derechos humanos de los desplazados internos. Este caso agrupó 108 peticiones individuales, correspondientes a 1150 familias. Aunque la decisión no aportó cifras o una imagen significativa de la situación del derecho a la salud de NNA, el proceso de seguimiento resaltó la ausencia de programas gubernamentales para satisfacer las necesidades particulares de atención de las personas desplazadas, específicamente para mujeres y niños. Según estos hallazgos, la Corte consideró que las autoridades no les garantizaron el acceso adecuado a la ayuda humanitaria, la educación y los servicios de salud. En la evaluación del cumplimiento de sus sentencias estructurales la Corte promulgó órdenes judiciales mediante autos de seguimiento que brindan información importante.

En el Auto 109 de 2007, la Corte declaró que el gobierno estaba incumpliendo su deber de desarrollar indicadores sobre los derechos de la población NNA. Las tasas de abandono entre esta población son muy altas, lo que los convierte en víctimas del comercio o trata, explotación, sufrimiento, traumas

y desarraigo. En el Auto 251 de 2008 la Corte reconoce que las privaciones socioeconómicas están restando a los niños las oportunidades básicas de crecimiento, educación y socialización.

Mediante Auto 173 de 2014, la Corte ordenó incluir un enfoque psicosocial preventivo en la política de cuidado, asistencia y reparación, y evaluó que el desplazamiento causa un enorme sufrimiento. Además, afirmó que la exposición a la violencia es vista como un “factor determinante” para la adquisición de una discapacidad psicosocial, recordando que en los autos 251 de 2008 y 006 de 2009 se reiteró que los NNA con discapacidades son uno de los sectores más vulnerables, desprotegidos y débiles en atención a los problemas transversales que enfrentan.

El segundo fallo estructural, la Sentencia T-760 de 2008, dio órdenes complejas a diferentes agencias gubernamentales para corregir el estado de cosas inconstitucional sobre el derecho a la salud. Si bien no se declaró formalmente el estado de cosas inconstitucional, la sentencia es reconocida por la literatura como estructural, y a partir de ella se estableció un proceso de seguimiento dialógico y participativo sobre sus órdenes específicas (Rodríguez Garavito, 2013). En esta decisión fueron agrupadas 22 tutelas interpuestas por pacientes que enfrentaban diversos obstáculos en el acceso a los servicios de salud. La decisión exigió a autoridades gubernamentales y de control como la Defensoría del Pueblo tomar medidas correctivas e informar sobre su progreso de forma anual. En el proceso de seguimiento, en auto 342-A de 2009, la Corte consideró que el gobierno estaba incumpliendo los derechos del niño por su decisión de excluir a quienes tenían entre 12 y 18 años de un sistema igual de beneficios en salud. Y en Auto 14-03 de 2016 la Corte mostró las condiciones de vida de un niño desplazado indígena, que sufre una grave discapacidad mental y física, y a quien la compañía de seguros le niega continuamente el acceso a un tratamiento adecuado, a medicamentos y exámenes, empeorando sus condiciones de salud.

## **Indicadores de salud mental para evaluar el cumplimiento**

Durante la última década, la comunidad internacional ha reconocido ampliamente la importancia de utilizar indicadores como una herramienta de monitoreo al cumplimiento estatal de los deberes derivados de los tratados de

derechos humanos (ONU, 2012). La centralidad de los indicadores puede verse como una transición desde el enfoque tradicional de monitoreo, basado en narraciones, a un tipo de evaluación más cuantitativa que proporciona certeza en los resultados (McGrogan, 2016).

Con respecto al Artículo 10 del Protocolo de San Salvador, los Estados partes están obligados a garantizar a todos el acceso a la atención médica esencial y a satisfacer las necesidades de salud de las poblaciones vulnerables. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos propuso, en 2008, directrices para la adopción de indicadores de progreso sobre los derechos sociales, económicos y culturales (CIDH, 2008). En 2011 el Grupo de Trabajo dedicado al análisis de los informes de los Estados sobre el Protocolo presentó un conjunto de indicadores para la medición de avances o retrocesos en los derechos, siguiendo los lineamientos de la Comisión, e instó a los Estados parte a desarrollar indicadores estructurales para el seguimiento de la inclusión de los derechos del protocolo en las constituciones, las leyes, la jurisprudencia, los programas y las políticas nacionales (Grupo de Trabajo para el análisis..., 2011). Con respecto a la salud mental, estos documentos brindan elementos para definir un indicador de igualdad y no discriminación, “[...] tipo, número, características, jurisdicción, presupuesto y accesibilidad de los servicios de salud mental, por distribución territorial”.

La cultura de los indicadores (McGrogan, 2016) está creciendo en países como Colombia, en donde el derecho internacional de los derechos humanos se volvió constitucionalmente relevante. Al respecto, la literatura especializada se ha encargado de analizar cómo la medición de indicadores afecta los derechos humanos; también refleja cómo se desarrollan los indicadores o cuáles son los debates que tienen lugar al respecto. Algunas posiciones sostienen que los indicadores aumentarían la responsabilidad de los Estados y conducirían a una mayor eficiencia de los sistemas de monitoreo de derechos humanos, porque, entre otras cosas, los Estados proporcionarían información sistemática y precisa que facilita la evaluación del cumplimiento de las normas universales. Por otro lado, están aquellos que consideran que los indicadores enfrentan dificultades tales como la falta de datos precisos y confiables ofrecidos por los Estados (Engle Merry, 2011).

La literatura disponible sobre indicadores brinda un análisis conceptual sobre los diferentes tipos de indicadores y sobre su importancia para la realización de los derechos de contenido socioeconómico (Anaya, 2015). Esta

literatura reconoce el alto valor de los indicadores, percibiéndolos como derivados de los instrumentos internacionales (Pautassi, 2013) y como una herramienta para dar contenido a los derechos, tal como ha sucedido con el derecho a la salud en América Latina (Yamin y Frisancho, 2015). Los indicadores también brindan visibilidad a los déficits, las desigualdades y las violaciones de los derechos humanos; operan como una base para los procesos de toma de decisiones; como mecanismo de entrada para las reformas; estrategias para la producción de conocimiento; y herramientas para cuestiones relacionadas con la gobernanza (Engle Merry, 2011).

Por otro lado, los indicadores exigen transparencia, eficiencia e imparcialidad de los datos, lo que ayuda a superar las discusiones sobre los fundamentos teóricos y la organización de la información, lo que permite su clasificación en categorías (Céspedes-Báez, 2014). Finalmente, los indicadores contribuyen a la realización progresiva del derecho a la salud en las leyes locales, al tiempo que ayudan a cumplir las obligaciones internacionales, entre otros temas (Hunt, 2003). A pesar de su importancia, la definición de indicadores de derechos humanos se enfrenta a desafíos importantes. Definir las dimensiones de los derechos es complejo en cuanto a los derechos socioeconómicos que contienen obligaciones centradas en los objetivos y los resultados (Pautassi, 2013). El lenguaje también es indeterminado: algunos indicadores se refieren a principios transversales en lugar de dimensiones (Grupo de Trabajo para el análisis..., 2011), y otros hablan de determinantes sociales (Yamin y Frisancho, 2015).

Otro desafío es el acceso a fuentes de información confiables. Finalmente, para cumplir sus objetivos, los indicadores deben ser suficientes, confiables, válidos, objetivos, relevantes, sensibles, pertinentes (IIDH, 2011) y deben poder medir el progreso. Es esencial que estos especifiquen la naturaleza de la medición, la cual puede ser prospectiva, retroactiva o contar con un enfoque básico (IIDH, 2011). McGrogan examina cómo los indicadores están desplazando los enfoques normativos o filosóficos a favor de mediciones racionales para monitorear los avances en materia de derechos humanos, en lugar de actuar solamente como una herramienta complementaria. Esta tendencia disminuye la importancia del diálogo y las discusiones morales sobre derechos, en favor de enfoques que brindarían uniformidad y certeza (McGrogan, 2016, p. 396). En el marco internacional y doctrinal, los tri-

bunales constitucionales en diferentes contextos han utilizado indicadores como una forma de determinar el cumplimiento por parte de los gobiernos de las órdenes judiciales. Tal es el caso de países como Colombia, donde la Corte Constitucional ha utilizado indicadores para proteger a los grupos en situación de vulnerabilidad como las mujeres y los desplazados internos de la discriminación contra ellos en el acceso a los derechos socioeconómicos fundamentales. Al hacerlo, este tribunal ha reducido las situaciones de vulnerabilidad creadas por las acciones y omisiones de las instituciones públicas, en relación con las desigualdades que las afectan.

La adopción de indicadores por parte de la Corte Constitucional se ha producido en un proceso participativo (Céspedes-Báez, 2014). Este caso es un ejemplo de las transformaciones de los sistemas jurídicos de América Latina, en donde los litigios estratégicos y el activismo judicial han hecho visibles la jurisprudencia y los enfoques constitucionales de Colombia (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015). En el proceso de monitoreo de la sentencia sobre desplazamiento interno, la Corte ha estado evaluando las respuestas gubernamentales a sus órdenes, mediante autos de seguimiento que miden los avances y retrocesos en los derechos de los desplazados internos. En los autos 109 de 2007, 233 de 2007 y 116 de 2008, el Tribunal adoptó tres tipos de indicadores: sobre el goce efectivo del derecho, indicadores sectoriales y complementarios. En consecuencia, los siguientes indicadores son obligatorios para el reporte del gobierno sobre el derecho a la salud y el enfoque diferencial en los NNA. El Auto 109 de 2007 estableció un indicador del goce efectivo sobre la atención en salud mental de la población desplazada, que mide “todas las personas que solicitaron apoyo psicosocial lo recibieron”; y su indicador complementario: “[Personas que reciben apoyo psicosocial (gobierno) + Otros operadores de servicios]/ personas incluidas en el RUPD que solicitan apoyo psicosocial”.

Posteriormente, la Corte en el Auto 116 de 2008 agregó el indicador sectorial que mide “Personas que reciben atención en salud mental según diagnóstico y tipo de afiliación al SGSSS/Personas incluidas en el RUPD que solicitan apoyo psicosocial (ND)”. Este auto adoptó indicadores para el enfoque diferencial en los niños. El primero de ellos, un indicador de disfrute efectivo: “[...] todos los niños, niñas y adolescentes desplazados han recibido atención psicosocial”. El segundo es un indicador complementario: “[n]úmero de NNAD que han recibido

o reciben atención psicosocial, psicológica o de salud mental según diagnóstico por causas relacionadas con el desplazamiento/Total NNAD”. Además de estos, un indicador complementario sobre otros derechos, como la rehabilitación y la igualdad, mediante el cual todas las víctimas obtienen medidas de rehabilitación, como atención psicológica y psicosocial, sin tratamiento discriminatorio.

## **Resultados del proceso de implementación de indicadores**

Las deficiencias mentales y su creciente impacto en la población desplazada, y en especial en los NNA, han sido temas no explorados con suficiencia en Colombia. Recientemente el Estado reconoció la situación de las personas con discapacidad mental y de aquellos que padecen trastornos, promulgando una serie de leyes y políticas para abordar las injusticias en estas áreas. En el Informe de 2013 respecto del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral de Víctimas se evaluó la situación de los derechos humanos de la población víctima. En él se indicó expresamente la persistencia de barreras para la atención médica de las víctimas de desplazamiento, tales como los “[...] malos tratos a las víctimas en el sistema de salud, la disponibilidad insuficiente de servicios de salud, especialmente en las zonas rurales” y la falta de información sobre la disponibilidad y accesibilidad a los servicios de salud mental en las ciudades (SNARIV, 2013, p. 105). El desarrollo del diálogo con el gobierno facilitado por la Corte en el seguimiento de la sentencia T-025 de 2004 ha experimentado altibajos. En primer lugar, ha habido un rechazo gubernamental a la interferencia de la Corte en sus competencias de definición de política pública para la atención de los desplazados internos. En segundo lugar, se llevan a cabo colaboraciones entre ambas instancias, que se expresan en la formulación conjunta de propuestas de indicadores, así como en la presentación de informes. Y finalmente, se evidencian tensiones cuando ambos están en desacuerdo sobre el alcance de sus competencias en la materia. Este aspecto queda ilustrado en la acusación hecha por el Gobierno a la Corte en el Auto 373 de 2016 por sobrepasar sus competencias en el seguimiento y no haber decretado la superación del estado de cosas inconstitucional.

A partir de 2010, la Corte ha utilizado indicadores para determinar el nivel de vulnerabilidad de los desplazados internos, por ejemplo, en el Auto 219 de 2011 consideró que el nivel de vulnerabilidad era muy alto, y además se

identificaron inconsistencias en la información presentada sobre goce efectivo de derechos. A los diez años de haberse expedido la Sentencia T-025, la Corte destacó el progreso realizado sobre desplazamiento interno, entre otras cosas destacó el desbloqueo institucional de las políticas públicas, el aumento en el presupuesto de las entidades y la visibilidad de su situación de derechos humanos. También reconoció la existencia de un marco destinado a mitigar los efectos producidos por el desplazamiento. Y en el Auto 443 de 2015 esta ha reconocido, asimismo, el progreso realizado por el Gobierno, mencionando los avances específicos en el desarrollo de programas focalizados. Estos programas son: la Política Pública Nacional 3784 de 2013 sobre Prevención de Riesgos y Protección de los Derechos de las Mujeres en el Conflicto Armado; el Programa para la Promoción de la Salud de la Mujer en Situación de Desplazamiento, ordenado por la Corte en Auto 092 de 2008; el Programa de Acompañamiento Psicosocial para Mujeres Desplazadas; el PAPSIVI; y el Programa de Prevención de la Violencia Sexual Contra las Mujeres Desplazadas y la Atención Integral a sus Víctimas.

Al mismo tiempo, la Corte advirtió en el Auto 443 de 2015 una falta de claridad sobre la implementación estatal de estos programas, dado el alto número de quejas de las víctimas que no reciben apoyo psicosocial y atención en salud mental. En cuanto a las medidas de rehabilitación, esta reconoce la importancia del PAPSIVI. Sin embargo, de acuerdo con la información recopilada, se observó que este no tiene los efectos esperados por los siguientes motivos: presenta desarticulación entre la Nación y los territorios; hay ausencia de personal calificado; hay un incumplimiento de los objetivos, pues persisten recortes presupuestarios, la falta de cobertura, la falta de conciencia y el desinterés entre las personas desplazadas, y la falta de un enfoque para la rehabilitación, entre otras. Frente a esto la Corte ordenó la adopción de medidas tendientes a garantizar su efectividad, así como el aumento progresivo a quienes no han accedido a los servicios. En general, para la Corte, la prevención, reubicación, retorno y el enfoque diferencial transversal de toda la política presentan desafíos en su materialización.

La Corte en el Auto 219 de 2011 también señaló las deficiencias en la adopción de indicadores por parte del gobierno, al reconocer inconsistencias en la información y afirmando la imposibilidad de la evaluación de los avances y retrocesos en las políticas nacionales, debido a las contradicciones en los datos



cuantitativos. En otras ocasiones, esta evaluó los esfuerzos del gobierno de una manera global. La situación es evidente en un documento preparado por la Corte en el décimo año de seguimiento de la jurisprudencia T-025 de 2004. En el Auto 173 de 2014, esta recordó la necesidad de adoptar un enfoque psicosocial transversal a las políticas pertinentes y centrarse en un enfoque preventivo de la asistencia.

En otras ocasiones, las debilidades del gobierno se hicieron visibles como resultado del proceso dialógico en el que se aseguró la participación de la sociedad civil. Por ejemplo, en el Auto 219 de 2011, la Corte examinó los informes presentados por el gobierno nacional en 2009 y 2010. En estos documentos el gobierno establece como el objetivo principal de sus políticas la mitigación del sufrimiento emocional, psicológico de los desplazados internos. Según el gobierno, el 53,5% de las personas desplazadas que solicitaron los servicios de salud mental los recibieron, dato que fue presentado por el gobierno como un progreso. Sin embargo, la Comisión de la sociedad civil estableció, a través de su tercera encuesta de verificación, que solo el 4% de las personas desplazadas registradas pudieron beneficiarse de estos servicios. La Corte concluyó que existe un problema con el indicador utilizado por el Gobierno, ya que, en lugar de medir el número de personas que solicitan atención médica, este debió medir el número de aquellos que realmente necesitan y reciben atención psicológica.

En este proceso, la Corte también ha sido autocrítica; en el Auto 119 de 2013, consideró que la evaluación del desplazamiento no puede enmarcarse en indicadores rígidos ya que va de la mano con las circunstancias de los desplazados internos. Por otra parte, en el Auto 116d de 2012, afirmó su voluntad de volver a examinar sus indicadores, y decidió convocar seis sesiones técnicas informales destinadas a avanzar en la adopción de indicadores estandarizados para las entidades estatales y nacionales. El objetivo de la Corte era identificar los obstáculos relacionados con las fuentes de información y mejorar la participación de la sociedad civil en el ajuste y diseño de estas herramientas.

La perspectiva psicosocial adoptada por las leyes colombianas favorece la implementación de políticas para restaurar la dignidad humana, creando las condiciones para hacer valer los derechos y devolver a estas personas y comunidades la autonomía y el control sobre sus vidas. En consecuencia, los problemas psicosociales de los niños desplazados son agrupados en tres campos: social, donde las conductas violentas pueden aumentar y el sujeto tiende

al consumo de drogas; el subjetivo, donde el miedo es dominante frente a los daños y pérdidas sufridas; y el campo del trastorno, de corte psicopatológico o psiquiátrico (Rodríguez, de la Torre y Miranda, 2002). Desde un punto de vista práctico, el país está lejos de la implementación efectiva de estas políticas. Por ejemplo, sobre el PAPSIVI, la Corte consideró, en 2016, que hubo un retroceso en el asunto en el componente del derecho a la reparación; lo que justificaba la continuidad de su monitoreo activista en el tema.

Los enfoques basados en los derechos para abordar los problemas estructurales son algo recientes (Abramovich y Pautassi, 2009). La literatura ha reconocido que las relaciones entre las violaciones de derechos humanos y la atención de salud mental son bidireccionales, lo que significa que las políticas nacionales sobre salud mental deben incluir principios internacionales de derechos humanos (Porsdam Mann, Bradley y Shakian, 2016). En la adopción de indicadores la Corte ha sido activista en favor de esta inclusión, apropiándose de las normas del Protocolo de San Salvador en la relación dialógica con el gobierno.

## **Conclusiones**

---

Los indicadores han sido en cierta medida útiles para determinar las vulnerabilidades que viven los NNA desplazados. Algunas tutelas individuales, informes de la Defensoría e informes gubernamentales son igualmente cruciales para dar visibilidad a sus condiciones de vida. Los autos judiciales de seguimiento han desempeñado un papel destacado al concluir que los NNA desplazados con discapacidad, los que pertenecen a pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, y las niñas que han sufrido abusos sexuales son los más vulnerables debido, por lo demás, a las violaciones de sus derechos socioeconómicos, civiles y políticos. Es notorio que enfrentan las mismas barreras culturales y estructurales en el acceso al tratamiento psicológico, pero en contextos socioeconómicos, familiares y geográficos adversos. Esta situación implica mayores necesidades en servicios de salud mental y atención psicosocial en el caso de las niñas.

Los indicadores han sido muy útiles para señalar las deficiencias en las leyes y los planes nacionales. Institucionalmente, Colombia es una sociedad que reconoce la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidades y trastornos mentales, en particular de los desplazados internos. Se han

creado muchas políticas para abordar las injusticias en este tema. Sin embargo, la Corte ha llegado a la conclusión de que el país está lejos de implementar de manera precisa y eficiente las estrategias de salud mental y psicosocial para los desplazados internos. Desde un punto de vista práctico, sobre el PAPSIVI, la Corte consideró, en 2016, que hubo un retroceso en el asunto, en el componente del derecho a la reparación. Esto justifica la continuidad de su monitoreo activista en el tema. La situación crítica que experimentan estas poblaciones, así como sucede en el resto de América Latina al acceder a los servicios de salud, ha provocado un aumento significativo en la judicialización del derecho a la salud (Yamin y Frisancho, 2015).

El Protocolo de San Salvador considera vital la satisfacción del derecho a la salud en el marco de un sistema de salud para toda la población del país. No obstante, el sistema de salud colombiano enfrenta problemas estructurales ampliamente reconocidos por los académicos, las instituciones, las ONG y las clínicas legales que brindan servicios legales a personas de escasos recursos y familias desplazadas (Abadía Barrero y Oviedo Manrique, 2010). Los más destacados por la doctrina y la Corte se refieren a los diferentes tipos de barreras en el acceso a los servicios de salud y a barreras culturales. Estos problemas fueron evidentes en una de las respuestas de los padres a las necesidades de sus hijos en materia de salud mental. Al respecto, los indicadores judiciales no han sido de mucha ayuda para mostrar estas barreras en el sistema de atención médica para NNA desplazados.

Elegir indicadores es una expresión de poder, y esta realidad es visible en las tensiones entre el gobierno y la Corte. El uso de herramientas cuantitativas y cualitativas por parte de la Corte para monitorear el progreso del gobierno en el estado de cosas inconstitucional tiene ventajas y desventajas. Existen riesgos de manipulación relacionados con datos cuantitativos, así como la falta de líneas de base seguras. En las respuestas gubernamentales a la Corte hay espacio para la interpretación y modificación de los indicadores, y desde la perspectiva de la Corte, ha habido incertidumbres en su definición. En este sentido, la Corte afirma que la rigidez no puede ser una característica de las herramientas para medir el cumplimiento de estos derechos.

La determinación de indicadores también es una oportunidad para que las organizaciones de la sociedad civil participen en la evaluación del cumplimiento por parte del gobierno de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. La Comisión de la Sociedad Civil con sus encuestas

de verificación relativas al desplazamiento interno es un excelente ejemplo de esta participación. Por otra parte, el proceso de monitoreo ha cambiado la relación jerárquica entre los actores involucrados en el diálogo y los indicadores en esta área han demostrado ser útiles para determinar la seguridad de la información provista por el gobierno. La promoción del diálogo entre los diversos actores del sistema está contribuyendo a la realización de valores como la transparencia y la inclusión social en las relaciones entre los ciudadanos y sus instituciones (Marshall, 2006).

## Referencias

- Abadía Barrero, C. E. y Oviedo Manrique, D. (2010). Itinerarios burocráticos de la salud en Colombia: la burocracia neoliberal, su estado y la ciudadanía en salud. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, (9), 86-102. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/gerepolsal/article/view/2650>
- Abramovich, V. y Pautassi, L. (2009). *La Revisión judicial de las Políticas sociales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Alcaldía de Santiago de Cali. (2018). La cifra de personas en calidad de víctimas en Cali llegó a 205 mil en 2018. Recuperado el 23 de agosto de 2018, de <http://www.cali.gov.co/bienestar/publicaciones/140193/la-cifra-de-personas-en-calidad-de-victimas-en-cali-llego-a-205-mil-en-2018/>
- Anaya, A. (2015). Indicadores de derechos humanos: tipos, métodos y bases de datos existentes. En K. Ansolabehere, F. Váldez Ugalde y D. Vázquez (Eds.), *Entre el pesimismo y la esperanza: Los derechos humanos en América Latina. Metodología para su estudio y medición* (pp. 55-73). México: Flacso.
- Beloff, M. y Clérico, L. (2016). Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte interamericana. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 139-178. Recuperado de: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002016000100005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100005&lng=es&nrm=iso).
- Céspedes-Báez, L. M. (2014). Far beyond what is Measured: Governance Feminism and Indicators in Colombia, 25 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 311-374. Doi: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il14-25.fbwm>

- Consultoría para el Desplazamiento Forzado y los Derechos Humanos (CODHES); Unicef, Oficina de Área para Colombia y Venezuela (Marzo de 2000). *“Esta guerra no es nuestra”. Niños y desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá, D.C.
- Oficina Del Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Derechos Humanos. Las personas con discapacidad: 09/12/94 CESCRO Observación general N° 5 (General Comments) 11° período de sesiones (1994), Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3593.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2005/3593>
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1448 (junio, 2011). Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1448\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html)
- Díaz Sotelo, O. D. (2015). Prevalencia de los Diagnósticos de Salud mental en Colombia: Análisis de los registros del Sistema Integral de Información de la Protección Social-SISPRO. *Cuadernos Hispanoamericanos de Psicología* 14, 65-74. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493090.pdf>
- Engle Merry, S. (2011). Measuring the world: Indicators, human rights, and global governance. *Current Anthropology* 52, S83-S95. Recuperado de <http://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/657241>.
- García Fernández, D. (2013). La metodología de la investigación jurídica en el siglo XXI. En J. H. García Peña y W. A. Godínez Méndez (eds.), 449-466. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México,.
- Gómez Restrepo, C. de Santacruz, M. N, Rodríguez, et al. (2016). Encuesta Nacional de Salud Mental Colombia 2015. Protocolo del estudio. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 45 (S1), 2-8. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/806/80650839002.pdf>
- Hunt, P. (2003) *The right of everyone to enjoy the highest attainable standard of physical and mental health*. Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, UN Doc. A/58/ 427. Obtenido de <https://digitallibrary.un.org/record/505354>
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; Organización Internacional para las Migraciones; Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Impacto del conflicto armado en el estado psicosocial de niños, niñas y adolescentes*. 2014. Obtenido de <http://nacionesunidas.org.co/ferialibro/impacto-en-el-conflicto-armado-en-el-estado-psicosocial-de-ninos-ninas-y-adolescentes/>

- Marshall, M. H. (2006) Citizenship and Social Class. En C. Pierson y F.G. Castles (Eds.), *The welfare estate reader* (pp. 30-39). Cambridge: Polity Press..
- McGrogan, D. (2016). Human Rights Indicators and the Sovereignty of Technique. *The European Journal of International Law*, 27(2), 385–408. Doi: <https://doi.org/10.1093/ejil/chw020>
- Ministerio de Salud y Protección Social (2012). Programa de atención psicosocial y salud integral a víctimas en el marco de la ley 1448 de 2011 (Bogotá, DC: Ministerio de Salud y Protección Social.
- Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, Indicadores de derechos humanos Guía para la medición Nunca debemos olvidar que detrás de cada dato estadístico y la aplicación
- Pautassi, L. (2013). Monitoreo del acceso a la información desde los indicadores de Derechos Humanos. *Revista Sur*, 10, 56-76. Recuperado de <http://www.conectas.org/Arquivos/edicao/publicacoes/publicacao-2017725154436678-72650057.pdf>.
- Presidente de la República de Colombia, Decreto 4800 (diciembre, 2011). Recuperado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2011/Documents/Diciembre/20/dec480020122011.pdf>
- Presidente de la República de Colombia, Ley 1616 (enero,2013). Recuperado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201616%20DEL%2021%20DE%20ENERO%20DE%202013.pdf>
- Rodríguez Garavito, C. and Rodríguez Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Silgo Veintiuno Editores.
- Rodríguez Garavito, C. (2013). El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14, 1-27.
- Rodríguez, J. de la Torre, A. y Miranda, C.T. (2002). La salud mental en situaciones de conflicto armado. *Revista Biomédica* 22 pp. 337-346. Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/843/84309603/>
- Rodríguez Garavito, y Rodríguez Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Silgo Veintiuno Editores.
- Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (2013). Informe del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas a las

Comisiones Primeras de Senado y Cámara. Bogotá, DC: Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Recuperado de [http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentos\\_biblioteca/Informe%20al%20Congreso%20Final.pdf](http://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentos_biblioteca/Informe%20al%20Congreso%20Final.pdf)

S. Porsdam Mann, V.J. Bradley, y B.J. Shakian. (2016). Human Rights-Based Approaches to Mental Health: A Review of Programs. *Health and Human Rights: An International Journal*, 18(1), 263-275.

Yamin, A. y Frisancho, A. (2015). Human-rights-based approaches to health in Latin America, *The Lancet*, 385, 26-29. Doi [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(14\)61280-0](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(14)61280-0)

## Fuentes normativas

Corte Constitucional. (septiembre de 2007). *Auto 233*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2007/A233-07.htm>.

Corte Constitucional. (7 de mayo de 2007). *Auto 109*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/2007/A109-07.htm>

Corte Constitucional. (31 de julio de 2008). *Sentencia T-760/2008*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>

Corte Constitucional. (6 de octubre de 2008). *Auto 251*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202008/101.%20Auto%20del%2006-10-2008.%20Auto%20251.%20Protecci%C3%B3n%20ni%C3%B1os,%20ni%C3%B1as%20y%20adolescentes.pdf>

Corte Constitucional. (abril de 2008). *Auto 092*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2008/a092-08.htm>

Corte Constitucional. (13 de mayo de 2008). *Auto 116*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202008/94.%20Auto%20del%2013-05-2008.%20Auto%20116.%20Pronunciamiento%20sobre%20la%20propuesta%20de%20indicadores%20GED.pdf>

Corte Constitucional. (13 de octubre de 2011). *Auto 219*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/A2011.php>

- Corte Constitucional. (24 de mayo de 2012). *Auto 116*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202012/229.%20Auto%20del%2024-05-2012.%20AUTO%20116%20A.%20Coordinacion%20presupuestal%20en%20materia%20de%20vivienda.pdf>
- Corte Constitucional. (24 de junio de 2013). *Auto 119*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202013/009%20Auto%20119%20de%2024%20de%20junio%20de%202013%20seguimiento%20gobierno%20referente%20al%20componente%20de%20registro.pdf>
- Corte Constitucional. (6 de junio de 2014). *Auto 173*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202014/010.%20Auto%20173%20de%202014.%20Seguimiento%20al%20auto%20006%20de%202009.pdf>
- Corte Constitucional. (3 de julio de 2015). *Sentencia T-418/2015*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-418-15.htm>
- Corte Constitucional. (25 de septiembre de 2015). *Auto 443*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202015/Auto%20443%20del%2025%20de%20septiembre%20de%202015%20Solicitud%20mujeres.pdf>
- Corte Constitucional. (agosto de 2016). *Auto 373*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2016/A373-16.htm>



# **Estado, constitución y democracia**



# 06

## **La constitucionalización del derecho privado: análisis desde la libertad contractual y la interpretación del vínculo constitutivo de relaciones de consumo**

---

**Fernando Gandini Ayerbe**

Universidad Icesi | fgandini@icesi.edu.co

**Claudia Lorena Escandón**

Universidad Icesi | clescandon@icesi.edu.co

\* El presente documento es producto de investigación correspondiente al Proyecto Interdepartamental *25 años de la Constitución Política: balances y perspectivas en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho*, registrado en el Grupo de Investigación Precedente de la Universidad Icesi y reconocido por Colciencias en categoría A 1, en coordinación con miembros del Grupo de Investigación Nexos de la misma Universidad.

La autonomía privada es el principio base en que se ha cimentado el estudio y ejercicio del derecho privado. Sin embargo, en los últimos años, este se ha abordado no a partir de las facultades que da a los particulares en la disposición de sus derechos subjetivos, sino desde sus límites que, por lo general, son mandatos constitucionales de un Estado Social de Derecho. Esto es el marco del fenómeno de “la constitucionalización del derecho privado”, descrito uniformemente como una forma de reformar la visión legalista del positivismo plasmada en los códigos decimonónicos a través de una adaptación legislativa o judicial, o como la posibilidad de aplicar directamente las normas constitucionales a los asuntos del derecho privado. En torno a este fenómeno se han dado argumentos a favor o en contra, e incluso hay quienes niegan su existencia y han descrito que lo que ocurre realmente es “la privatización del derecho constitucional”, en la medida en que se han consagrado en ella principios propios del derecho privado tales como la buena fe y el no abuso del derecho (Bernal Fandiño, 2016, p. 62).

De su examen, se ha podido concluir que nuestro ordenamiento es un sistema jurídico constitucionalizado, lo que promueve el objetivo de estudiar y describir las formas en que ocurre dicho fenómeno, además de sus efectos en la disposición de los derechos subjetivos a través de los contratos. Para efectos de este artículo, especialmente, el estudio de las transformaciones que genera el paso de una economía rudimentaria –en donde la producción se limitaba a la autosuficiencia– a una economía de gran escala, con una producción masiva de bienes y servicios –en donde se modifican las relaciones de los particulares en la satisfacción de sus necesidades–. Esta transformación enfrenta un paradigma, pues, por un lado, se incentiva la producción por medio del apoyo al emprendimiento y creación de nuevas empresas<sup>1</sup> y, por otro lado, se es proteccionista, tutelando al consumidor derechos –no porque sea un sujeto incapaz o negligente, sino porque las condiciones del mercado no son las mismas y no le permiten informarse y tomar decisiones fundadas (Acosta Rodríguez, 2014 p. 580).

En esa transformación, ha surgido lo que se denomina como “una sociedad de consumo” y, ante estos cambios, nos surgen interrogantes como: ¿quiénes son los consumidores de esta nueva sociedad?, ¿no son los mismos de siglos anteriores? Y si nos ubicamos en un plano proteccionista, podemos plantearnos el interrogante de si ¿es el estatuto del consumidor una forma de constitucionalización del de-

---

1. Al respecto, ver: Gómez, Martínez y Arzuza (2006).

recho privado?, o, por el contrario, ¿se trata de una simple respuesta al mercado de bienes y servicios?; esto último, si se sostiene que este tipo de “sociedad” ha hecho perder a los consumidores su papel e influencia en la economía.

Todos estos cuestionamientos cobran gran importancia con el reconocimiento de los derechos del consumidor, en la Constitución de 1991. Sin el objetivo de discutir si son o no derechos fundamentales, resulta pertinente partir de que, a pesar de tener un desarrollo legislativo proteccionista desde aproximadamente 1971, han modificado la interpretación contractual, desde una perspectiva privada, con regulación expresa en el derecho comercial y civil. El reconocimiento de estos derechos en el artículo 78 de la Constitución, y su posterior desarrollo en el “estatuto del consumidor” –Ley 1480 de 2011–, nos lleva a analizar cómo su jerarquización –la de sus actos y relaciones jurídicas– modificó dicha interpretación. Esto, al hacer un análisis desde el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado y al aproximarse a una nueva interpretación de los contratos, a partir de lo que se ha denominado, por el nuevo Estatuto, como “relación de consumo”. En ella, una de las partes es un consumidor, protegido constitucionalmente, y la otra, por lo general, será un productor o proveedor, que para la legislación privada se trata de un comerciante o empresario. De esta manera, se abordan los nuevos desafíos dogmáticos de una economía regulada y, si se quiere, proteccionista, que a su vez, busca el fortalecimiento y expansión de los mercados.

Para esto, en una primera parte, Fernando Gandini analizará el fenómeno de la constitucionalización y sus efectos en la disciplina contractual. De este modo, en una segunda parte, Claudia Escandón dará una mirada de este fenómeno desde el régimen proteccionista del consumidor y la forma en que la relación de consumo nos lleva hacia la constitucionalización de la interpretación del vínculo contractual entre productor o proveedor y el consumidor. Finalmente, se terminará con unas conclusiones comunes.

## **La constitucionalización del derecho privado y su influencia en la disciplina contractual en Colombia**

El fenómeno de la constitucionalización del derecho se ha desarrollado con fuerza en los últimos años y sus efectos han traído variadas repercusiones en los distintos ordenamientos jurídicos del continente, en especial en el caso

colombiano. La constitucionalización del ordenamiento jurídico, como bien lo señala el profesor Mario Alberto Cajas, permite no solo comprender el significado actual de la Constitución, sino también la función que cumplen los jueces constitucionales y en especial su creciente actividad.

Resulta claro que, a la luz del citado fenómeno, el derecho mismo ha encontrado nuevas o renovadas concepciones, que en el caso colombiano han evolucionado cronológicamente y que pueden clasificarse de la siguiente manera: a) se han iniciado a través de visiones antiformalistas que pretenden que las relaciones jurídicas se centren en el ciudadano y sus necesidades, más que en los trámites o procedimientos legales; b) han pasado por el reconocimiento y protección de aquellos sujetos considerados “vulnerables” y, finalmente, c) se han centrado en visiones críticas de aquello que significa el derecho como disciplina y su verdadero papel proteccionista del individuo dentro de la sociedad.

Como era de esperarse, este proceso de constitucionalización, en general, se ha desarrollado no con pocas dificultades y en muchos casos ha enfrentado, por concepciones e intereses, a los defensores del fenómeno con diferentes actores de la sociedad civil, política y jurídica. Las citadas dificultades se han incrementado considerablemente cuando se trata de la injerencia de la Constitución Política dentro del derecho de los contratos privados. En efecto, esta disciplina, caracterizada por la libertad individual y que se concreta jurídicamente en autonomía de la voluntad y libertad contractual, es en esencia más reacia a dejarse influenciar por los postulados que traen consigo la protección a los derechos e intereses colectivos.

No obstante lo anterior, la injerencia de la Constitución Política y sus principios y valores, se ha presentado efectivamente en la contratación privada y ha generado al menos tres manifestaciones concretas: (i) el debate, en un primer momento académico, relativo a la prevalencia de los derechos fundamentales sobre principios tradicionales de la contratación, como la autonomía de la voluntad; (ii) las posturas judiciales, impulsadas fundamentalmente por la Corte Constitucional, que abren la puerta a posibilidades de resolución de controversias inimaginables a la luz de las codificaciones tradicionales, acerca de los efectos y repercusiones de un acuerdo de voluntades; (iii) las técnicas de contratación, en cuanto a la concepción y elaboración de documentos contractuales y sus respectivas negociaciones, cada vez menos confiados en aquello que las partes simplemente han firmado.

## El fenómeno de la constitucionalización del derecho en Colombia: fundamentos y contexto

El primer paso para analizar los efectos de la constitucionalización del derecho en la disciplina contractual es comprender qué se entiende en realidad por Constitución, en qué consiste el fenómeno de la constitucionalización y cuáles fueron las causas que llevaron a que el mismo se desarrollara, particularmente en el caso colombiano.

El concepto de Constitución debe abordarse a través de la evolución histórica de los pueblos y, en especial, del proceso jurídico-político del constitucionalismo liberal en los siglos XVIII y XIX. Se pueden identificar dos modelos de constitución: el americano, caracterizado por atribuir a la Constitución el valor de norma jurídica suprema del ordenamiento, que posteriormente dará origen al *Judicial Review* o control judicial de la Constitución, y el francés, que se impone en Europa continental por varias décadas y considera a la Constitución como un documento político cuya finalidad es limitar, organizar y disciplinar el ámbito funcional de los poderes del Estado, en especial del legislativo y del ejecutivo. El segundo modelo llevaría implícito la supremacía de la ley como fuente del derecho.

En cuanto al concepto de constitucionalización del derecho, en términos generales, la doctrina más autorizada sobre el tema reconoce que consiste en una influencia decidida de la Constitución Política en todos los ámbitos del derecho que trae consigo particulares modos de entender el mismo. Puede considerarse, entonces, como el proceso de transformación de un ordenamiento que concluye con su “impregnación” por las normas de la Constitución. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracterizaría por una Constitución en extremo invasora, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales. De esta manera, constitucionalizar el derecho significa que este último se entiende, concibe, piensa y, sobre todo, se interpreta, a través de las disposiciones y principios constitucionales.

A partir de mediados de los años noventa del siglo pasado surgió el concepto de “neoconstitucionalismo”, que vale la pena traer a colación, para que no sea confundido con la constitucionalización, a pesar de su evidente cercanía. Además de conservar los principios del Estado de derecho –introduciendo modificaciones en algunos casos para su mejor implementación– como la

separación de poderes, la importancia de los pesos y contrapesos institucionales y el principio de legalidad, el neoconstitucionalismo representa como modelo el final de un largo camino hacia el gobierno de derecho en lugar del gobierno del poder, es decir, el fin del enfrentamiento entre el derecho del Estado y el Estado de derecho.

El neoconstitucionalismo, entonces, va más allá que la propia constitucionalización del derecho, pues conlleva una ideología social y política de protección de derechos fundamentales que sobrepasa la mera interpretación de las normas jurídicas a la luz de las estipulaciones constitucionales y que se funda en unos criterios determinados de justicia y orden social.

Más aún, al analizar el neoconstitucionalismo, Luis Prieto Sanchíz afirma que puede hacerse a través de dos acepciones: como un tipo específico de Estado de derecho y como teoría de derecho. Sergio Alberto Rojas –citando al profesor Prieto Sanchíz, y al referirse a la segunda de las acepciones– indica que concebir la doctrina como un replanteamiento en el papel que se confiere a la Constitución –atribuyéndole la capacidad de ser aplicada directamente y, con esta, la de servir de herramienta judicial y garante jurídica– no solo exige de un cambio sustancial en la estructura estatal, sino que también parece reclamar una nueva teoría de derecho, una nueva explicación que en buena medida se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico. Esta nueva teorización del derecho no responderá única y exclusivamente a ese nuevo rol que la Constitución tendrá dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, sino que paralelamente servirá para solventar la crisis que producirá la revolución de las instituciones que, como la ley en el Estado Liberal de Derecho, tenían el monopolio normativo de la época. La acepción del neoconstitucionalismo como teoría de derecho sugiere, de acuerdo con los postulados de Prieto Sanchíz, cinco rasgos fundamentales. A saber: más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución, omnipotencia judicial y coexistencia de una constelación plural de valores. Estas características son de capital importancia en la comprensión no solo de la doctrina como teoría, sino en la demostración de esa magnífica capacidad de acoplamiento que el neoconstitucionalismo ha tenido a las exigencias de la sociedad actual en términos políticos y jurídicos. Por tal razón, un estudio más minucioso y sustancial de los mismos será realizado en los numerales posteriores, que parte de la introducción teórica aquí realizada.



De esta forma, se aclara que el análisis objeto del presente trabajo se realiza respecto de la constitucionalización del derecho y no necesariamente del neoconstitucionalismo. Ahora bien, no todos los ordenamientos jurídicos son susceptibles de constitucionalizarse. Al respecto, Mario Cajas, citando a Riccardo Guastini, indica las siete condiciones que debe reunir un ordenamiento jurídico para que se entienda constitucionalizado:

1. Que exista una Constitución rígida (cláusulas pétreas, prohibición de sustitución de la Constitución). Esta, junto a la siguiente, es considerada como una condición necesaria, pues su ausencia hace inconcebible la constitucionalización.

La rigidez constitucional, al decir de Guastini, comporta dos niveles jerárquicos de legislación: la ordinaria y la constitucional o de revisión constitucional. La Constitución no puede ser derogada, modificada o abrogada por la legislación:

Casi todas las Constituciones contemporáneas son escritas y al mismo tiempo, rígidas

[l]a constitucionalización es más acentuada en aquellos ordenamientos en los cuales –según la doctrina de los juristas y, lo que más cuenta, según la jurisprudencia de los tribunales constitucionales–, existen principios constitucionales (expresamente formulados o meramente implícitos) que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. (Corte Constitucional, C-1042, 2005).

De acuerdo con esto, la rigidez constitucional no se entendería hoy como la mayor o menor dificultad para tramitar una reforma constitucional en cuanto a los requisitos de quorum, debates o términos, sino, además, al carácter del control que ejercen los tribunales constitucionales. Esto último, en especial, con relación a los límites de reforma a la Constitución vigente que los tribunales constitucionales, a través de la interpretación de la Carta Política, fijan al órgano representativo que tiene la facultad de reforma. De esta manera, puede verse que la constitucionalización del derecho incrementa el poder de los jueces frente a la facultad de reforma constitucional.

2. Que haya una garantía jurisdiccional de la Constitución. Existen diversos mecanismos de control judicial de constitucionalidad. *A posteriori, in concreto* y por vía de excepción, como en Estados Unidos; de control, *a priori in abstracto*, por vía de acción, como en Francia; *a posteriori*, por vía de excepción, *in concreto*, como en Alemania, Italia o España. En el caso colombiano, se podría complementar con nuestro denominado control mixto (con características del control difuso o norteamericano y del concentrado o europeo) que comprende un control constitucional *a posteriori in abstracto*, por vía de acción y también *in concreto* por vía de acción en el caso de la acción de tutela y por vía de la excepción de inconstitucionalidad.

3. Que la Constitución tenga una fuerza vinculante. Esta condición no está relacionada con la estructura del ordenamiento constitucional; tiene que ver con la ideología que se difunde en la cultura jurídica de cada país y que hace de la Constitución una norma aplicable y de uso permanente por el Estado y los particulares en sus relaciones.
4. Que exista una sobreinterpretación de la Constitución. Esta condición depende de la postura de los intérpretes frente a la Constitución: los jueces, en especial, las cortes constitucionales, los órganos estatales y los juristas.
5. La interpretación por la cual se inclinarían los operadores jurídicos sería la extensiva. La Constitución sería sobre interpretada de manera que se extraigan normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política
6. Que se apliquen directamente las normas constitucionales. Se trata de la difusión que en el seno de la cultura jurídica tiene cierta concepción de la Constitución y de la actitud de los jueces derivada de la misma. Una cultura jurídica impregnada de constitucionalización es aquella en donde las prácticas reconocen a la Constitución su valor jurídico supremo. Por tanto, la Constitución no solo limita el poder político como en la concepción liberal, sino que moldea las relaciones sociales. Su aplicación es directa: los jueces la interpretan en concreto, existen acciones judiciales para garantizar su integridad y los derechos.
7. Que haya una interpretación conforme de las leyes. Frente a la posibilidad de doble interpretación de la ley, se prefiere la que no vulnera la Constitución. No se declara la invalidez de la norma legal, sino de algunas de sus interpretaciones.
8. Que haya una Constitución que incide sobre las relaciones políticas. Esto dependería de varios elementos: el contenido de la Constitución, la postura de los jueces (en especial de los tribunales constitucionales), la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos. En cuanto al contenido de la Constitución, por ejemplo, algunas constituciones, como la alemana, otorgan al Tribunal Constitucional la facultad de dirimir conflictos de competencias entre los órganos constitucionales. Los tribunales constitucionales pueden optar por la autorestricción (*self-restraint*) en *political questions* o a veces prefieren intervenir en la discusión y controlar la discrecionalidad política del legislador, generalmente a través de instrumentos argumentativos como el principio de razonabilidad y la ponderación de derechos en colisión.

De esta manera, se aprecia cómo la constitucionalización del derecho representa un nuevo concepto de Constitución que significa el robustecimiento del control constitucional, que en el caso de la reforma constitucional fortalece la rigidez de las Constituciones por el incremento del control que sobre ella ejercen los jueces constitucionales.

## Efectos de la constitucionalización del derecho contractual en Colombia

### **El derecho privado: ¿crisis o evolución?**

Analizar el fenómeno de la constitucionalización del derecho a través de sus efectos en la disciplina contractual pasa necesariamente por considerar la idea de “crisis del derecho privado o civil”, que ha sido objeto de múltiples teorías y ha alimentado no menos discusiones en los últimos años. Aquella toma forma a partir de dos conceptos fundamentales: (i) la imposibilidad de las figuras jurídicas de la materia de regular las actuales realidades que rodean el mundo de los negocios y (ii) el positivismo rígido generalmente asociado con la disciplina y con algunas de las más fuertes tradiciones de la misma.

Al respecto, puede decirse que, si bien los dos conceptos enunciados anteriormente se han presentado en realidad, no son exclusivos del derecho privado y, sobre todo, no necesariamente generan la crisis en una disciplina jurídica. Se trata de situaciones inevitables en la evolución del ordenamiento jurídico, que en la mayoría de las ocasiones constituyen obstáculos superables a la adecuada regulación de las relaciones de derecho. En palabras de Pilar Gutiérrez Santiago, en verdad el pretendido “declive” del Derecho Civil no es más que un fenómeno histórico de transición y evolución –la metamorfosis de que en general se ha hablado, especialmente en la doctrina francesa–, consistente en la superación de los esquemas –hoy anacrónicos en gran medida–, que fueron plasmados en los códigos civiles decimonónicos alumbrados en una sociedad completamente distinta a la de hoy, en la actualización y revisión de los institutos y principios jurídico-civiles clásicos como valores privados de organización social y en la construcción de otros nuevos que logren estar en consonancia con las circunstancias socioeconómicas del tiempo presente y adaptarse a su acelerado ritmo de transformación, para así servir de cauce jurídico a las nuevas formas de vida de la persona, de la familia y a la nueva concepción patrimonial.

De igual manera, aun pensando en una eventual crisis del derecho privado, sería poco preciso pensar en la constitucionalización del derecho como causa única y determinante del mismo. Muy probablemente se puede reflexionar acerca de la constitucionalización como consecuencia de la citada “crisis”, como un paso

evolutivo que busca una redefinición en los intereses básicos de la disciplina privatista, de los mecanismos utilizados en la misma, y sobre todas las cosas, en los sujetos de derecho sobre los cuales gira la disciplina como tal.

### **La disciplina contractual y la autonomía de la voluntad**

En cuanto a la disciplina contractual es muy probable que, en términos generales, el mayor debate se refiera —o se haya referido— a la vigencia o aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, que constituye la esencia misma de la contratación privada.

Cabe entonces preguntarse, cómo se concibe y funciona la autonomía de la voluntad en medio de un ordenamiento jurídico constitucionalizado. Lo primero que hay que indicar es que, lejos de ser condenado, el principio mismo goza de sustento constitucional y guarda íntima relación con derechos fundamentales y principios de estirpe constitucional. Como bien lo dice la Corte Constitucional, este postulado se deriva de la aplicación de varios derechos constitucionales concurrentes, a saber: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Const., art. 14), el derecho a la propiedad privada (Const., art. 58), la libertad de asociación (Const., arts. 38 y 39), la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa (Const., arts. 333 y 334). Estos derechos constitucionales les confieren a los asociados la potestad de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas.

La misma Corte incluso ha precisado que la autonomía de la voluntad es el vehículo adecuado para la obtención de ciertos objetivos esenciales de la vida de una persona, en los siguientes términos:

Dicha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. De ahí que, en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autorregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex - ante todas las necesidades de las personas. (Corte Constitucional, C-934, 2013).

Incluso, años antes, la misma Corte había sido enfática en reiterar que la libertad de contratación es un instrumento sin el cual no es posible alcanzar algunos de los fines esenciales del ciudadano, impuestos por la Constitución misma: la autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial. En Colombia, la libertad de contratación –en sentido amplio libertad negocial– tiene sustento constitucional como condición, instrumento y modalidad del concreto ejercicio de varios derechos consagrados en la Carta.

Baste señalar a este respecto que la circulación de bienes, distribución y movilización de la riqueza, derivada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria (Const., art. 58) sería impensable sin recurrir al contrato; la personalidad jurídica a la cual toda persona tiene derecho exhibe entre una de sus manifestaciones más conspicuas la de ser centro de imputación jurídica de derechos y obligaciones generados por el fenómeno del contrato (Const., art. 14); el derecho al libre desarrollo de la personalidad se proyecta en opciones que elige el sujeto para cuya actualización debe entrar con otros sujetos y ese medio al cual normalmente se apela es el contrato (Const., art. 16); el derecho a la libre asociación en todos los órdenes precisa del contrato (Const., arts. 38 y 39); la conformación de la familia, núcleo esencial de la sociedad, puede asumir forma contractual (Const., art. 42). En fin, el derecho a la libre actividad económica y la iniciativa privada requieren del contrato como instrumento indispensable de la empresa –base del desarrollo (Const., art. 333)– sin el cual no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la conformación y funcionamiento de mercados (Const., art. 333).

Por lo tanto, resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional.

No obstante, lo anterior, incluso desde el Estado liberal en su esencia más pura, la autonomía de la voluntad ha tenido límites: el orden público y la buena fe, esencialmente. Dichos límites se ampliaron en términos de concepción y de aplicación judicial a partir de la Constitución de 1991. La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual goza de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta

Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas.

De esta manera, la concepción actual de la autonomía de la voluntad, de acuerdo con la Corte Constitucional, supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado. De esta suerte, lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, este se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado.

Así, en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada, según la Corte Constitucional se manifiesta de la siguiente manera: (i) en la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) en el logro o consecución no solo del interés particular, sino también del interés público o bienestar común; (iii) en el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) en el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y (v) a la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe (Corte Constitucional, T-468, 2003).

Se puede concluir, entonces, que la autonomía de la voluntad, más allá de ser desconocida como principio del derecho contractual, es un concepto con sustento constitucional y protegido por la misma Corte en sus pronunciamientos, toda vez que actúa como medio eficaz para alcanzar objetivos y satisfacer necesidades básicas de las personas. Lo anterior no quiere decir que el principio se aplique de manera absoluta, sino que encuentra en la constitución, y sus postulados y principios, su límite más férreo, lo que seguramente redimensiona el significado y utilización de aquel.

Un ejemplo evidente de lo afirmado es el artículo 1389 del Código de Comercio colombiano que estipula: “[...] cada una de las partes podrá poner término al contrato en cualquier tiempo, en cuyo caso el cuentacorrentista estará obligado a devolver al banco los formularios de cheques no utilizados”. Si bien el citado artículo faculta a las partes del contrato de cuenta corriente a dar por terminada

la relación contractual de manera unilateral, la Corte Constitucional, en la sentencia T-468 de 2003, indicó que dicha facultad –como derecho subjetivo– no puede considerarse absoluta, ya que se encuentra limitada por la necesidad de salvaguardar el orden jurídico, la prevalencia del interés público, las exigencias éticas derivadas de la buena fe, los derechos de los terceros y la prohibición de no abusar de los derechos propios. Como fundamento de su interpretación, la Corte cita los artículos 1, 58 y 91, numeral 1 de la Constitución.

Pues bien, queda claro que la autonomía de la voluntad, como principio fundamental de la contratación privada, se ha visto permeada por la injerencia de la Constitución en su órbita de acción, pero no porque aquella haya desaparecido, o siquiera porque haya perdido importancia dentro de la disciplina, sino porque se ha visto redimensionada y su interpretación revitalizada con fundamento en la defensa de la solidaridad social y el interés general.

### **La constitucionalización y el efecto interpartes en los contratos**

De conformidad con la tradición romano–germánica el efecto principal de la celebración de un contrato es generar vínculos obligacionales entre las partes que suscriben el acuerdo de voluntades. Esta idea no solamente hace referencia a los sujetos que hacen parte de la relación contractual, y sobre quienes recaen los derechos y obligaciones que se producen en la relación, sino que determina el carácter vinculante del acto jurídico como tal, como consecuencia de la voluntad contractual, en términos de fuentes obligacionales.

El tema pone de manifiesto la importancia de las estipulaciones contractuales, que se erigen como las reglas de la relación negocial, manifestadas en el contenido del cuerpo contractual.

Las estipulaciones contractuales son manifestaciones de la voluntad de las partes contratantes, que determinan el sentido o significado de una prestación determinada. En otras palabras, son las decisiones que quienes suscriben un contrato toman respecto de la manera en que se realizará el negocio, otorgándole así sus características y particularidades.

Para la doctrina moderna, las estipulaciones contractuales constituyen fuente de obligaciones, lo que las faculta para generar vínculos obligacionales plenos de validez y eficacia. El acuerdo de voluntades de los contratantes,

el cual se explicó anteriormente, resulta ser el elemento generador del vínculo jurídico en este tipo de estipulaciones y da pie a lo que buena parte de la doctrina colombiana ha tratado a manera de sub principio: el efecto relativo de los contratos.

Aunque la figura no tiene en nuestra legislación un artículo que le haga referencia, al menos en forma directa, como sí sucede en otros países como Argentina y Perú, es ampliamente aceptada por jurisprudencia y doctrina moderna. Su concepto y origen es bien explicado por el tratadista Nicolás Pájaro Moreno en los siguientes términos:

Al hablar del principio de la autonomía privada, expresamos que, tal como los particulares tienen la facultad de crear normas jurídicas con carácter vinculante, dichas normas se restringen a un campo de acción bastante reducido, pues únicamente pueden producir efectos frente a las partes del negocio.

Este subprincipio se ha denominado la “relatividad” de los contratos, o su “efecto relativo”, y se expresa usualmente con la máxima latina *inter alios acta, aliis nec nocere, nec prodesse potest*. De acuerdo con ella, las obligaciones y los derechos que surgen del contrato únicamente pueden producir efectos entre las partes, y por regla general no deben vincular a terceros.

A esta altura, resulta importante destacar a quién se le considera parte del contrato y a quiénes terceros. Al respecto, el mismo autor dice que “son partes del contrato quienes disponen de sus intereses por medio del acuerdo”. Este concepto ha sido denominado por la doctrina “parte en sentido material”, para distinguirlo de otros sujetos, sobre los cuales el contrato no produce efectos. Esos otros sujetos son los representantes, los causahabientes y los terceros absolutos.

Lo anterior ha servido de sustento para que, tanto a nivel de convicción social general, como de concepción jurídica profesional, se gestó una doble idea: a) que el contrato es un mecanismo que permite actuar con enormes libertades, pues todo se restringe a la esfera personal del contratante; y b) todo aquello que quede estipulado en el cuerpo contractual genera una necesaria e irrestricta obligación –por supuesto, solo para los celebrantes– por el solo hecho de haber firmado el documento.

Al respecto inicialmente debe afirmarse, de manera categórica, que el contrato: a) es y seguirá siendo el instrumento más idóneo y adecuado para hacer negocios, y transacciones en general; b) que lo anterior solo puede lograrse a través de la autonomía de la voluntad y de la obligatoriedad de las estipulaciones dictadas



por el mutuo acuerdo de las partes; c) en un principio, la órbita de aplicación obligacional de los contratos debe ser aquella que hace referencia a quienes manifestaron adecuadamente su voluntad, o sea las partes.

No obstante, el hecho de tener el contrato una obvia y necesaria vinculabilidad jurídica – sobre quienes lo celebran– y que dicha vinculabilidad dependa en gran medida del acuerdo al que las mismas partes lleguen, no quiere decir que el contenido del contrato y las estipulaciones contractuales en particular dependan exclusivamente de lo que las partes deseen pactar, y mucho menos que las mismas deban dar cumplimiento a prestaciones que se derivan de un indiscriminado uso de su libertad contractual.

En otras palabras, la autonomía de la voluntad, traducida en libertad contractual, tiene límites cada vez más concretos, los cuales van desde la buena fe y el orden público, hasta la misma constitución, esto a través de los derechos fundamentales y el interés general.

En estos términos, la Constitución se convierte en una perspectiva obligada al momento de interpretar los contratos privados, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, al señalar que la Carta Política, como norma jurídica fundamental, señala las directrices de todo el ordenamiento jurídico, por lo que el derecho privado y, en particular, los contratos deben ser interpretados con sujeción a los derechos fundamentales. En este orden de ideas, es deber del juez constitucional intervenir obligatoriamente en las relaciones de carácter privado, siempre que las decisiones adoptadas por una de las partes que ostente una posición de supremacía jurídica, económica o comercial constituya una grave amenaza o violación de los derechos fundamentales.

De igual manera, el mismo tribunal argumentó con posterioridad que la legitimidad de una decisión empresarial no puede juzgarse únicamente a través del prisma de su autonomía. A esta visión, forzosamente deberá adicionarse la consideración de sus consecuencias sociales y ecológicas. La libertad de empresa cede o debe conciliarse con los valores y principios constitucionales de rango superior. Es posible que, en un caso concreto, la negativa de una empresa a contratar, por su absoluta falta de justicia, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, no pueda ya ampararse en un margen amplio de discrecionalidad que al empresario le garantiza la libertad de empresa, y ello, sin duda, se presenta cuando se vulneran de manera manifiesta –como se ha dicho–, valores o principios constitucionales superiores a la libertad de empresa.

En consecuencia, si bien las partes celebrantes de un contrato constituyen los sujetos de la relación obligacional con la debida celebración del mismo, no son las únicas susceptibles de ser receptoras de sus efectos. Así, los efectos de la relación jurídica pueden perfectamente extenderse a terceros, que pueden verse perjudicados por lo pactado entre las partes, y no tienen la más mínima voz dentro de la relación contractual, porque no han sido parte de la misma. De este grupo de terceros pueden hacer parte acreedores, causabientes, deudores, tenedores, competidores y propietarios, a través de sus derechos fundamentales, pero también la sociedad, el interés general, el medio ambiente y la buena fe.

Entonces, no resulta razonable pensar que las disposiciones y estipulaciones contractuales –por más que provengan de la voluntad de las partes, manifestada de manera formalmente inequívoca en el documento contractual– puedan surtir efectos o tener validez cuando perjudican a terceros, o violan preceptos constitucionales.

El mismo concepto aplica cuando lo estipulado y pactado en el documento contractual perjudica a una de las partes, por violaciones a sus derechos fundamentales, o por razones atribuibles a situaciones de inferioridad o vulnerabilidad manifiesta respecto de la otra parte. Por supuesto, el concepto no podría predicarse de situaciones provenientes de negligencia de una las partes, o inconveniencia en la concepción, estructuración o ejecución del negocio. La influencia constitucional no puede convertirse en un instrumento para corregir errores cometidos por las partes al momento de contratar, ni un mecanismo supra legal para resolver controversias que pueden ser dirimidas a través de la normativa contractual especializada.

En suma, la constitucionalización del derecho de los contratos genera repercusiones parciales frente a la autonomía de la voluntad, como se ha concluido en el acápite anterior, pero en realidad produce sus efectos más profundos en cuanto al subprincipio de la relatividad contractual y la obligatoriedad de las estipulaciones contractuales. Así, la inclusión de la perspectiva constitucional al momento de la interpretación del contrato obliga a pensar en los efectos interpartes de la relación contractual en términos de estricta bilateralidad prestacional.

Lo anterior quiere decir que el contrato actualmente tiene efectos interpartes solo en cuanto a las prestaciones que cada contratante debe llevar a cabo, en términos de correlatividad y reciprocidad mutua; solo a las partes

celebrantes corresponde la exigencia y ejecución de dichas prestaciones, que constituyen la forma de ejecución del negocio u operación económica. Sin embargo, esto no quiere decir que el contrato y su ejecución deban solo referirse a los intereses propios, pues debe tener en cuenta los de la sociedad en general, así como los efectos que el acuerdo privado pueda generar sobre la misma, en concordancia con la buena fe, el interés general, la igualdad y la solidaridad. En este otro sentido, los efectos de los contratos interpartes involucran de manera indirecta a toda la sociedad.

### **Constitucionalización de los contratos y objeto ilícito**

Los análisis referentes a las repercusiones de la Constitución frente a la autonomía de la voluntad, y sobre todo frente a la relatividad contractual, hacen pensar, como se ha advertido en el acápite anterior, en que –visto desde la perspectiva del derecho de los contratos– la constitucionalización trae consigo una ampliación o, cuanto menos, una adecuación del concepto de objeto ilícito como requisito de existencia o validez del contrato.

El objeto del contrato, entendido como el tipo de operación jurídica elegida por las partes para que regule el negocio que se han propuesto realizar, debe estar de acuerdo con la ley, el orden público y las buenas costumbres, de conformidad con los artículos 1516 y 1519 del Código Civil colombiano.

A la luz del tema que nos ocupa, está claro que el objeto del contrato debe estar, fundamentalmente, conforme a la Constitución y a todos sus principios y valores, cuyas violaciones no necesariamente pueden entenderse, de manera directa, como ilegales. O sea que la licitud del objeto no depende solamente del respeto hacia los intereses particulares protegidos por la ley privada, sino que debe dirigirse hacia la armonización de la operación contractual misma con el sistema de protección social que estructura la constitución.

En estos términos, la adecuación o ampliación del concepto de objeto del contrato otorga, además, en algunos casos particulares, modificaciones desde el punto de vista procedimental. El trámite normal para la ilicitud del objeto ha sido tradicionalmente el de nulidad del acto jurídico a través de un proceso ordinario declarativo; diferente a lo que sucedería con una violación a las disposiciones constitucionales –particularmente derechos fundamentales– a

través del mismo objeto, que podría generar la posibilidad de impetrar una acción de tutela, cuando se cumplan requisitos extras como la subsidiaridad o la urgencia manifiesta.

### **Un cambio en las perspectivas**

La influencia de la Constitución en la disciplina contractual, más allá de lo indicado con anterioridad respecto de los principios reguladores de la misma, o con fundamento en ello, ha tenido dos manifestaciones claras dentro del ejercicio de la profesión jurídica en Colombia:

- Las posiciones de la rama judicial y las entidades de control administrativo, claramente proteccionistas de los principios y valores constitucionales, impulsadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Dichas posiciones permiten la resolución de controversias contractuales con i) injerencia indirecta constitucional e ii) injerencia directa de la Constitución. En el primer caso se podría hacer referencia a las cláusulas abusivas, aquellas que, habiéndose pactado en condiciones de irregularidad entre las partes, generan desequilibrio en la relación contractual.

En términos de Juan M. Farina, las cláusulas abusivas son aquellas que merecen ser revisadas por los tribunales, las que colocan a la otra parte a merced del empresario predisponente, como ocurre, por ejemplo, con las que prácticamente dejan sin efecto las normas sobre garantía.

En cuanto a los requisitos que debe reunir una cláusula para que adquiera el carácter de abusiva, ya la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en varias oportunidades, precisándolos con claridad:

- Que su negociación no haya sido individual.
- Debe generar un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.
- Lesionan los requerimientos emergentes de la buena fe negocial, vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad.

Se puede decir, entonces, que las cláusulas abusivas son en esencia legales y no generan inconvenientes de validez del acto jurídico, pero sí de proporcionalidad en las cargas y las expectativas que tiene cada parte dentro de la relación negocial. En efecto, la abusividad de una de las partes en cuanto al nacimiento o desarrollo del contrato, manifestada en algunas de sus cláusulas, no propone un problema de legalidad de la misma respecto del ordenamiento jurídico general, de una ley en particular, ni del contrato mismo como tal, pues en un principio no les generan violaciones directas; el inconveniente que plantea la abusividad se fundamenta en la desproporcionalidad de las cargas que cada parte tiene dentro del contrato, desproporcionalidad que proviene fundamentalmente del hecho de que una parte decidió autónoma e independientemente el contenido obligacional de gran parte del contrato, sin que la otra pueda negarse a aceptarla. Por todo lo anterior, se considera generalmente que una cláusula abusiva es una cláusula ineficaz.

Resulta claro que esta figura, que directamente no tiene estirpe constitucional y que en realidad constituye un instrumento de técnica contractual, puede concebirse y aplicarse solamente bajo el contexto y ambientación proporcionados por la constitucionalización de los contratos. Tan solo tomando como referencia los postulados de buena fe, equidad y solidaridad puede entenderse el principio del equilibrio contractual de tal forma que se privilegie, no necesariamente la legalidad de las cláusulas, sino la racionalidad, ecuanimidad y proporcionalidad de los intereses de las partes, así como sus obligaciones y prestaciones

En el segundo caso, el de la injerencia indirecta de la Constitución, se hace referencia a la resolución de controversias de carácter contractual con fundamento en una acción típica y decididamente constitucional: la acción de tutela.

Este seguramente constituye el punto de avance más representativo en el proceso de constitucionalización del derecho en general, pues ha permitido el acceso real a la justicia para muchas personas, a través de un verdadero ejercicio de democratización del ejercicio del derecho, que tiene como fundamento la defensa de los derechos fundamentales. No obstante, en este punto se debe tener sumo cuidado, pues uno de los grandes problemas que ha resentido la vida jurídica colombiana en los últimos años es la indiscriminada y excesiva utilización de la tutela, lo que en muchas ocasiones desdibuja su innegable valor.

En estos términos, vale la pena centrar esta parte del análisis en aquellos casos en los que la acción de tutela es verdaderamente pertinente para atender problemas de índole contractual. En este sentido, la Corte Constitucional ha

identificado varios sistemas que permiten verificar la incidencia de la Constitución en la resolución de conflictos contractuales privados:

- Sistema dúctil o primario de constitucionalización de controversias contractuales. La supremacía de la Constitución, indica al juez que debe tener en cuenta el contenido constitucional al momento de decidir la controversia, sin que esto quiera decir que dicha controversia es competencia de la jurisdicción constitucional.
- Sistema estricto de constitucionalización de controversias contractuales. Se habilita a la jurisdicción constitucional para el conocimiento de la causa, por motivos de tutela y derechos fundamentales.
- Sistema intermedio. El sistema primario o dúctil no se desarrolla adecuadamente, por omitir un examen constitucional relevante al caso concreto. Lo anterior genera una vía de hecho judicial y daría la oportunidad al juez constitucional de revisar el contenido del contrato respectivo.
- Sistema abstracto de constitucionalización. Control constitucional de las normas ejercido por la jurisdicción ordinaria o por lo contencioso administrativa. En este caso, no se tiene necesariamente un problema jurídico fundamental concreto.

A partir de los sistemas analizados, se puede concluir que la utilización de la acción de tutela en asuntos contractuales hace referencia a eventuales violaciones a los derechos fundamentales, provenientes de la elaboración y ejecución del contrato. De ninguna manera puede impetrarse una tutela con el fin de perseguir objetivos económicos, ni con el objeto de solicitar el incumplimiento de las prestaciones, o una indemnización de perjuicios derivada de las mismas. Pretender lo contrario sería desdibujar la esencia de la acción constitucional, y desconocer los mecanismos legales pertinentes, contenidos en la ley civil y comercial.

- Las técnicas de concepción y redacción de los contratos, que se enriquecen de las nuevas exigencias que las modificaciones conceptuales y las posturas judiciales traen consigo.

En este sentido, la práctica jurídica debe actuar de manera preventiva frente a los retos que plantea el sistema de protección constitucional, y concebir los negocios acordes con dicho sistema. De otro lado, hoy en día es deber del abogado que redacta un contrato, que el mismo siga los lineamientos constitu-

cionales, y evite de esta manera cláusulas que contradigan o desnaturalicen los efectos propios del mismo, y los principios del interés general y la solidaridad. Actuar de manera contraria sería no solo plantear un negocio en términos de un sistema jurídico al menos incompleto, sino poner en riesgo los intereses propios del cliente, que podrá a futuro ver como se cae la estructura jurídica de su negocio (Corte Constitucional, C-415 de 2012).

## **La constitucionalización del derecho privado desde la protección del consumidor y la interpretación de la relación de consumo**

### **Evolución del criterio proteccionista del consumidor**

El derecho del consumo es casi una rama independiente del derecho de producción reciente, que ha ido buscando su propio lugar en el derecho privado que, sin pensar en el consumidor y sus derechos como sujeto de la relación contractual, contemplaba figuras de reequilibrio del derecho del contratante, como los vicios ocultos o las garantías de saneamiento por evicción. Y es que históricamente la protección al consumidor enfrentó obstáculos como la Revolución Industrial, donde surgió la doctrina económica liberal, favoreciendo los intercambios necesarios para el desarrollo económico y eliminando cualquier impedimento que pudiera tener la libertad contractual; es allí es donde el principio de la autonomía de la voluntad encuentra su mayor expresión, pues justifica cómo a través de la convención los pactos son justos por el mero acuerdo de la voluntad (Ossa Gómez, 2010, p. 209)

En la fuerza de ese sistema de libertad económica, surgió en los Estados Unidos en el discurso del presidente Jhon F. Kennedy al congreso norteamericano en 1962, un compromiso por “[...] garantizar los derechos fundamentales de los consumidores: seguridad, derecho a ser tenido en cuenta en todo nivel, derecho a ser informado y finalmente derecho a escoger” (Acosta Rodríguez, 2014, p. 580). Este discurso fue fruto del trabajo de aquellas organizaciones de consumidores que se venían formando en este país y que ya habían obtenido resultados de su activismo a través de pronunciamientos que reconocían derechos a los consumidores. Un ejemplo de esto son dos fallos que modifican las rígidas

estructuras contractuales clásicas como la *privity of contract*;<sup>2</sup> el primero de ellos en 1916 *Mc Pherson v. Buick Motor Co.*,<sup>3</sup> pronunciamiento que reconoció a favor del demandante, quien no tenía vínculo contractual con el productor, resarcimiento de los daños derivados de producto defectuoso por la negligencia al tener éste el control de la producción. El segundo fue el caso del año 1960, *Henningsen v. Bloomfield Motor Inc.*,<sup>4</sup> en el que se reafirma el principio de responsabilidad objetiva del productor a través de la aplicación de la garantía implícita de comerciabilidad, declarando su aplicación a terceros que no hubieran estipulado el contrato pero que permiten la circulación del producto defectuoso, es decir la solidaridad obligacional entre el distribuidor y el fabricante.

El reconocimiento de estos derechos se replicó en Europa occidental, cuya preocupación por los consumidores fue asumida expresamente en el programa preliminar relativo a la política de protección e información de los consumidores publicado en 1975, donde quedó establecido que, su protección no debía pertenecer al ámbito de la política común, sino que se abordaría como competencia compartida con los Estados miembros. Al tiempo, se dio

---

2. En palabras de Hevia (2010): La naturaleza transaccional de los contratos explica el tipo de derechos que el promisorio obtiene del promitente. Los juristas usualmente dicen que los derechos contractuales son derechos in personam, esto es, derechos cuyo titular puede oponer a otro individuo –pero no al resto del mundo que no es parte del contrato–. Por ello, en el derecho argentino se hace referencia al “efecto relativo de los contratos” –en el *Common Law*, la expresión que se utiliza para hacer referencia a la idea de que los contratos dan lugar a derechos y obligaciones sólo entre las partes es “*privity of contract*”–. El hecho de que el efecto de los contratos sea relativo explica por qué, por regla, los terceros –ajenos a la relación contractual– no pueden ni demandar ni ser demandados con base en el contrato”. El *privity of contract* en los sistemas de derecho escrito viene a corresponder al principio de la ‘relatividad contractual’ (p. 41) [Subrayado fuera de texto].

3. Según Woolcott (2007): En el caso *McPherson*, la víctima había sufrido daños personales y patrimoniales a causa de la destrucción de una rueda del vehículo adquirido de un intermediario. Por este motivo, la víctima interpone demanda en *tort of negligence* directamente contra el productor. en la causa instaurada, viene probado que el leño utilizado en la construcción del vehículo era defectuoso y que, aunque si el productor adquiría general mente las ruedas a un fabricante de piezas, se le reconoce igualmente responsable y de consecuencia, se concede el resarcimiento a la víctima.

4. En palabras de Woolcott (2007): El caso concierne a un auto defectuoso, que fuera vendido por un intermediario (*Bloomfield Motors Inc.*) a *Henningsen*, cuya cónyuge, mientras conducía, sufre un accidente debido a un defecto del auto. Se interpone demanda de resarcimiento contra el productor (*Chrysler Coporation*) y contra el distribuidor.



la producción de directivas que permitía a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones que garantizaban a los consumidores un nivel de protección más elevado, como la directiva sobre publicidad engañosa en 1984, la directiva sobre contratos negociados fuera de establecimientos comerciales en 1985 y la directiva sobre créditos al consumo en 1987 (Escajedo San Epifanio, 2007, pp. 232-234). Finalmente, como lo manifiesta Acosta Rodríguez en su artículo, es en el Acta Única Europea en 1986 en la que se recopilaron los principios que permitían proteger al consumidor en propuestas relativas al establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

En Colombia, de realizarse un recuento histórico las únicas protecciones que operaban para el consumidor eran las de los Códigos Civil y de Comercio, pero estas se sometían a rigurosos requisitos, plazos de caducidad y reclamación largas. Es a partir de la Ley 73 de 1981 que se interviene en la defensa del consumidor, a través de la regulación de la distribución de bienes y servicios, y el establecimiento de las sanciones y procedimientos administrativos para establecer la responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de los bienes y servicios que ofrecían en el mercado. Esta Ley fue reglamentada por el Decreto 1320 de 1982, y desarrollada por múltiples normas, como el Decreto 1441 de 1982, en el que se regula la organización, el reconocimiento, el control y la vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores (Chamie, 2013, p. 120). Sin embargo, solo hasta la expedición del Decreto 3466 de 1982, se hacen definiciones como la de los sujetos involucrados en esta relación: “consumidor, productor y proveedor”, y una breve explicación de algunos derechos o deberes como la idoneidad, la calidad, las garantías, la responsabilidad, entre otras.

Más tarde, es la Constitución de 1991 la que inicia el camino hacia la producción de una nueva rama del derecho, con una declaración de principios manifestando en su artículo 78:

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

También encontramos en el artículo 13, en donde se establece el tan mencionado derecho a la igualdad, un respaldo para el consumidor, especialmente en el inciso tercero según el cual, “[e]l Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. En el caso del derecho del consumo, es entonces que se proteja de una forma especial al consumidor, que, en su relación con el productor o proveedor, se encuentra en una posición débil económicamente y demanda una especial protección de sus derechos (Ossa Gómez, 210, p. 216). De esta forma el Congreso de la República recibe un llamado a expedir una ley que regulara estos principios y derechos. Sin embargo, lo que se produjo fue un catálogo de protección a los consumidores de distintos sectores, algunas de estas fueron, por ejemplo, el de servicios públicos domiciliarios a través de la Ley 142 de 1994, consumidores de la telefonía móvil en el Decreto 990 de 1998, y el consumidor financiero en la Ley 1328 de 2009, entre otras regulaciones.

Pese a la necesidad de un nuevo Estatuto que estuviera acorde con los principios de la nueva Constitución y a los lineamientos internacionales de las directivas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y de los proyectos del Mercado Común del Sur (Mercosur), que favoreciera las negociaciones internacionales y procesos de globalización e integración de los mercados (Herrera Tapias, 2013, p. 34), durante muchos años gracias a su ausencia y a los vacíos del Decreto 3466 de 1982, fueron los jueces a través de sus sentencias los que construyeron las bases de lo que hoy se tiene en la Ley 1480 de 2011. Fue la sentencia C-1141 de 2000 quizá el pronunciamiento más significativo, pues extendió los criterios de protección al consumidor, que no se limitan a unos estándares mínimos de calidad, sino que va desde la toma de su decisión a través de la de la suficiencia de la información que recibe, la efectividad de sus derechos haciendo posible la exigibilidad judicial de garantías, indemnización de perjuicios por productos defectuosos y la solidaridad de la responsabilidad entre el productor o distribuidor de un artículo defectuoso, por el simple hecho de producirlo o ponerlo a circular. Al respecto, la Corte precisó en la Sentencia C-1141 de 2000 del Magistrado Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz:

La protección del consumidor y usuario sería incompleta si ella se limitara a las garantías sobre la calidad de los productos y servicios en función del uso específico y normal al que se destinan y, de otro lado, al complejo de derechos instrumentales –información y participación–, necesarios para intervenir en las distintas esferas de la vida económica y poder ver traducidas sus exigencias legítimas en imperativos del interés público que deben por igual realizar el Estado y la comunidad. Los defectos de los productos y servicios no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud. De ahí que el derecho del consumidor reconozca como elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro.

Como resultado de una modernización y de poner acorde nuestro sistema de protección con las regulaciones internacionales, se promulga la Ley 1480 de 2011, conocida como “El Estatuto del Consumidor”, que de acuerdo con su exposición de motivos su objetivo es establecer un solo sistema de protección al consumidor:

La abundancia de legislación sobre el tema dificulta el ejercicio de los derechos por parte de los consumidores, así como la aplicación de las normas por las autoridades públicas con competencias. Un ordenamiento que integre todos los aspectos que tienen que ver con la defensa y protección de los derechos de los consumidores, permitirá desarrollar una cultura sobre el consumo.<sup>5</sup>

El nuevo estatuto no solo modifica el decreto anterior, sino que, además, transforma los principios de autonomía privada y libertad de formas del código de comercio e incorpora temas no previstos. Un ejemplo de esto es la protección para el consumidor contra la publicidad, la cualificación de la información que debe recibir –la cual debe ser veraz, completa y comprensible–, la protección de este del comercio electrónico, las facultades jurisdiccionales de la SIC –que ya habían sido otorgadas por la ley–, entre otras nuevas garantías.

Esta nueva regulación ha generado posturas críticas por considerarse como un excesivo proteccionismo para los consumidores, un sujeto en estado de debilidad, frente a otro en posición dominante –el productor o proveedor–, lo que crea una relación de carácter incompatible que justifica el riesgo de favorecer su pasividad y hacerlo un irresponsable. Para sus críticos, resulta

---

5. Disponible en [http://www.cej.org.co/doc\\_sl/SL\\_PL\\_CAM\\_089\\_2010.pdf](http://www.cej.org.co/doc_sl/SL_PL_CAM_089_2010.pdf)

mejor una regulación que lleve al consumidor a volverse activo y que se limite a neutralizar las ambiciones excesivas o abusivas de su contraparte (Acosta Rodríguez, 2014, p. 583). Otros, por su parte, además hacen un análisis desde una óptica económica y concluyen que el costo de este excesivo proteccionismo es desincentivar el sistema de producción en masa que mueve la economía actual. Sin embargo, estigmatizar a alguna de las partes de la relación jurídica no es el camino para corregir los desequilibrios que se presentan. Por ejemplo, la tendencia no es considerar al consumidor como un sujeto débil, sino como una persona medianamente informada, pues la asimetría de la relación se encuentra en las ventajas del productor o distribuidor como la publicidad, el *marketing* de ventas, las condiciones generales de contratación, entre otras que, en la mayoría de veces, predisponen el consentimiento del consumidor. Esto nos lleva, entonces, a pensar que realmente el problema se debe enfocar en el contrato o en lo que el estatuto ha llamado como “relación de consumo”.

### La relación de consumo como categoría contractual en derecho privado

La protección efectiva de los derechos del consumidor no culmina con la expedición de normas como la Ley 1480 de 2011, sino que, al tener un reconocimiento constitucional, se pone de manifiesto la importancia de un ordenamiento jurídico constitucionalizado como el nuestro, fenómeno según el cual, como se explicó en la primera parte de este artículo, el derecho debe estar en consonancia con la Carta Magna. En cuanto al derecho privado, puntualmente el derecho comercial, cuya principal norma se promulgó en vigencia de la constitución de 1886, esto es el Decreto 410 de 1971. Esta constitucionalización se ha traducido en la aplicación de derechos y principios constitucionales a las relaciones privadas directamente por los jueces competentes, de forma estricta, excepcional, ordinaria y abstracta. Esto es, respectivamente: cuando el Juez decide una controversia de carácter privado en un trámite de acción de tutela, debido a la violación de un derecho constitucional fundamental; o cuando esta se produce porque un Juez anterior dio una solución considerada inconstitucional, por violación directa de la constitución o por un defecto

sustantivo; o cuando, en un proceso ordinario, este aplica la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma de derecho privado; y, finalmente, cuando la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma relevante para el derecho privado.<sup>6</sup>

Este fenómeno de la constitucionalización pareciera dar una ayuda extra para la interpretación y aplicación del Estatuto del Consumidor, cuyo objeto principal es regular las relaciones entre productores o proveedores y el consumidor, que son relaciones de carácter privado. Esto debido a que toda la regulación contractual se encuentra en nuestros códigos de comercio y civil, y en procura de la armonía de las normas con los principios que están directamente dirigidos a la protección del consumidor que a la vez serán de cumplimiento exigible a los agentes económicos productores de bienes y servicios. En Argentina, por ejemplo, recientemente se unificaron los Códigos Civil y Comercial sancionado por Ley 26.994 en la que se incorpora el derecho de usuarios y consumidores. Al respecto, en un análisis de la constitucionalización, Carlos Eduardo Tambussi (2016) nos explica que este fenómeno se refleja desde la relación que define su ámbito de aplicación:

A más de una concepción nueva del contrato que el Código recibe al contemplar las especies modernas y la fenomenología del contrato de consumo (que tiende a nivelar la situación de desequilibrio existente entre proveedor y consumidor), la plena vigencia del plexo normativo de derechos humanos en el marco de las relaciones de consumo (que exceden lo meramente contractual) [...] (p. 116).

Esto nos lleva a la noción de contrato de consumo o “relación de consumo” que se menciona en la Ley 1480, pero no se define propiamente, pues en su artículo 2 se establece un ámbito de aplicación cuando se indica que esta norma se aplicará “[...] en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial [...]”. Esta falta de precisión conceptual hace que esta categoría sea utilizada generalmente para describir la asimetría que hay entre los sujetos de la relación –productor-proveedor y consumidor–. Al respecto, podemos ver la sentencia de la Corte Constitucional en la C-973 de 2002:

---

6. Al respecto, ver Calderon Villegas (2007).

[...]Advierten que la relación de consumo, por naturaleza, es asimétrica, pues al momento de su configuración el productor o proveedor cuenta con una ventaja sobre el consumidor, en virtud del conocimiento especializado que posee sobre los procesos de producción del bien o servicio o de comercialización o distribución del mismo [...].

Pese a que no encontramos una definición concreta en el nuevo estatuto, en legislaciones como la argentina, desde la constitución de 1994, se hace referencia a esta en su artículo 42:

[...] los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la **relación de consumo**, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno [...].

Además de que viene siendo analizada en su jurisprudencia, un ejemplo es una sentencia citada por Rusconi (2014) en su análisis sobre la noción de relación de consumo de una persona que sufrió un accidente al utilizar las escaleras eléctricas de un supermercado. En este caso se sostuvo que:

[...] el particular que transita dentro de un supermercado y utiliza la escalera rodante para trasladarse de un piso a otro, es en definitiva un usuario que se ajusta a lo determinado por los arts. 1 y 2 de la ley 24.240; y la empresa es un típico proveedor de servicios (p. 102).

Por lo demás, no hay alusión alguna a si se trata de un vínculo contractual o extracontractual, por lo que admite la indeterminación y darse incluso sin la materialización de un acto de consumo (Rusconi, 2017).

A su vez, en la jurisprudencia colombiana, también se ha hecho mención a esta relación. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia menciona que: “[...] la relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos” (Corte Suprema de Justicia, 30 de abril 2009). Esto nos permite concluir que se trata de un concepto muy amplio que no se agota en un mero análisis contractual; por lo tanto, las relaciones de consumo no se pueden concebir como meros contratos de adhesión, asimétricos y abusivos, ni mucho menos interpretarla bajo un criterio subjetivista que me permite definir al consumidor a partir de la causa

que lo impulso a entrar a dicho vínculo.<sup>7</sup> Tanto es así que se configura cuando se realiza una publicidad engañosa, o cuando un producto defectuoso lesiona a un sujeto distinto a quien adquirió directamente. Por lo tanto, el acto será de consumo cuando el vínculo jurídico se derive de una relación de consumo, pero no como un tipo contractual autónomo, sino como una categoría que encierra un propósito de consumo final (Villalba Cuellar, 2011, p. 177).

La relación de consumo es un vínculo obligacional que pareciese definir un ámbito de aplicación. Sin embargo, no encontramos con un ámbito subjetivo y finalista, y es que, encontrándose los dos extremos de la relación –es decir, un “consumidor final” y un “productor o proveedor profesional”–, el acto de consumo es un elemento indiferente. Frente a este panorama, sus críticos lo califican como excesivo y riesgoso, porque podría hacernos olvidar la forma en que se estructuro este vínculo y cómo debemos interpretarlo. Retomando el caso citado en la jurisprudencia argentina, podemos plantearnos la posibilidad de que el afectado tan solo hubiese usado el parqueadero de dicho centro comercial, pero que su intención final no era acceder a los servicios de algún productor o proveedor; podría pensarse que ese daño ya no tiene una protección en el derecho del consumidor, sino que debería iniciarse una acción de responsabilidad extracontractual, la cual tiene unas cargas probatorias muy distintas a las del primero. Al respecto, cito un concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio:

Sin embargo, en los casos en que el bien no sea destinado o utilizado para tales fines y en los que, por lo tanto, no se puede excluir de tajo que exista una relación de consumo, la determinación de la existencia o no de esta debe realizarse con base en elementos de juicio adicionales que son particulares a cada caso en concreto. En tal virtud, no es posible determinar a priori si la contratación de un servicio o la adquisición de un bien crea una relación de consumo y, menos aún, si el bien, considerado independientemente, es objeto o no de una relación de consumo (Concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio, 12-128862, 2012).

---

7. Al respecto ver la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil [MP: César Julio Valencia Copete. Exp. No. 5000131030011999-04421-01 del 3 de mayo de 2005: “[...] para reputarlo consumidor sólo en aquellos eventos en que, contextualmente, aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial –en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social–, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo”.

## La interpretación constitucional de la relación de consumo

La autonomía de la voluntad es uno de los pilares en el contenido de los códigos latinos formados a la luz del Código Napoleónico, producto del liberalismo político y del liberalismo económico,<sup>8</sup> la Corte Constitucional la ha definido reiteradamente como “[...] la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres [...]” (Corte Constitucional, C-934, 2013). Dicha facultad se deriva de la presunción de que en las relaciones particulares los sujetos se encuentran jurídicamente equiparados, lo cual les permite auto regularse. Sin embargo, esto mismo no se podría predicar en una relación de consumo que, como la hemos definido, tiene como sujeto principal un consumidor final, quien se encuentra en desventaja con el otro sujeto –productor o proveedor–, lo que desvirtúa ese falso presupuesto de la igualdad de las partes. Por lo tanto, para que los fines de las dos partes se vean alcanzados:

[...] quien está llamado a actuar e intervenir es el Estado, pero en su nuevo rol de Estado Social, preocupado por los débiles jurídicos, por los que están de lado del mostrador que solo ofrece la falsa opción de un sí o un no, más a la vez, también por la sociedad toda, por su correcto y equitativo funcionamiento (Corte Constitucional, C-934, 2013).

Así lo han hecho los jueces de tutela en la interpretación de las relaciones de consumo. Representando ese Estado Social de Derecho, estos han intervenido en las relaciones contractuales, y han limitado ese principio de autonomía de la voluntad y la libertad contractual, que resulta siendo una manifestación del primero, y que logra poner en desventaja al consumidor frente a la información que maneja el productor o proveedor. Esto tuvo como resultado que en la Ley

---

8. Al respecto ver la sentencia de la Corte Constitucional C- 934 de 2013 [MP: Nilson Pinilla Pinilla]: Tal institución, de carácter axial en el campo del Derecho Privado, tiene como fundamento la filosofía política francesa y el pensamiento económico liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, con base en la consideración de la libertad natural del individuo, quien, en ejercicio de su voluntad, puede contraer o no obligaciones y adquirir correlativamente derechos y fijar el alcance de unas y otros. En este sentido se consideró que, si en virtud de su voluntad el hombre pudo crear la organización social y las obligaciones generales que de ella se derivan, por medio del contrato social, con mayor razón puede crear las obligaciones particulares que someten un deudor a su acreedor.



1480, en su artículo 34, se incluyera un principio de interpretación, según el cual “[...] las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean”. Esta regla de interpretación ha sido denominada por la doctrina comparada *contra proferentem o in dubio contra stipulatorem*, que proviene de un axioma que consagró el Digesto, pues en Roma “[...] la cláusula impedía favorecer a quien tuvo posibilidad de consignar claramente la ley del contrato y no lo hizo”. En el Derecho de consumo, la dicha regla tiene una variante, ya que se aplica de forma principal y se conoce como principio *pro consumatore* (Fierro Méndez, 2014, p. 278).

En cuanto a la interpretación de los contratos, siempre nos habíamos remitido a las reglas establecidas por el Código Civil en los artículos 1618 al 1624 y, aunque son reglas de obligatorio cumplimiento, generalmente se le da más importancia a la interpretación que se fundamenta en la intención de las partes contratantes. Según esta, la verdadera voluntad de los interesados debe prevalecer sobre las palabras que aparecen en el contrato; para el caso, en una relación de consumo podría decirse cuál era realmente la voluntad del consumidor, esto teniendo en cuenta las técnicas de marketing y publicidad del proveedor. Es por eso que para los jueces constitucionales no pareciera ser suficiente la aplicación de una regla especial a favor del consumidor, pues tratándose de este tipo de vínculos, que se deben interpretar caso a caso, las distintas variantes y fenómenos sociales no se agotan en la aplicación de una “regla reina”. Esta parece ser la interpretación de Franco-Vélez (2015) al afirmar que la Ley 1480 es una norma especial y, por lo tanto, prevalece. Se debe contar con que, la constitución permea todas las relaciones contractuales del orden privado, convirtiéndose en una aliada a la hora de interpretar las cláusulas abusivas e ineficaces normalmente presentes las relaciones de consumo. Sin embargo, la interpretación de estos vínculos jurídicos no ha sido un tema central en el estudio del derecho del consumo. La mayoría de las investigaciones se han centrado en un fenómeno —ya no tan novedoso ni exclusivo de la relación de consumo—: los contratos de adhesión. Así, estas pasan por alto la forma como actualmente se estructuran y generan efectos las relaciones de consumo, sin ni si quiera consumarse un acto de consumo, o de forma “silenciosa” como en los contratos celebrados con máquinas expendedoras, compra de alimentos por internet, que no requieren ningún

contacto humano. Esta labor pareciera dejarse en manos de los jueces, más específicamente, de los constitucionales. A pesar de ello, hay estudios muy valiosos sobre los nuevos retos contractuales que genera esta nueva disciplina en el derecho privado, por ejemplo, en el estudio del nuevo concepto de contrato en el derecho del consumidor, el autor Federico Álvarez (2014), citado también por la profesora brasilera Lima Márquez, analiza el cambio de la naturaleza de los contratos de la siguiente manera:

En procura del equilibrio contractual en la sociedad de consumo moderna, el derecho destacara el papel de la ley como limitadora y como verdadera legitimadora de la autonomía de la voluntad. La ley pasara a proteger determinados intereses sociales, valorizando la confianza depositada en el vínculo, las expectativas y la buena fe de las partes contratantes. Los conceptos tradicionales como los del negocio jurídico y de la autonomía de la voluntad, permanecerán, más el espacio reservado para que los particulares auto-regulen sus relaciones será reducido por normas imperativas como las del propio Código de Defensa del Consumidor. Es una nueva concepción del contrato en el Estado Social, en el que la voluntad pierde la condición de elemento nuclear surgiendo en su lugar un elemento extraño a las partes, más básico para la sociedad como un todo: el interés social. Habrá un intervencionismo cada vez mayor del Estado en las relaciones contractuales, en el intento de compatibilizar el antiguo dogma de la autonomía de la voluntad con las nuevas preocupaciones de orden social, con la imposición de un nuevo paradigma, el principio de la buena fe objetiva (p 897).

Pese a ser una propuesta aparentemente novedosa diferimos de esta, pues el imperio de la ley y la buena fe objetiva han sido principios siempre presentes en el derecho privado, siendo el primero uno de los mayores obstáculos para las relaciones comerciales. Como respuesta a este imperio de la ley, se han dado soluciones como Leyes Uniformes, Convenciones como la de Viena, la Lex Mercatoria, entre otras, las cuales se aplican exclusivamente para relaciones entre empresarios. Sin embargo, estas no son las únicas relaciones de carácter privado hoy, cuando internet rompe cada vez más fronteras, lo que permite comprar bienes sin que el consumidor conozca dónde está situado el vendedor y desde dónde se le enviará el producto; asimismo, esto permite la entrega de bienes como libros, música y programas de computador de forma instantánea. La relación del consumidor con el productor o proveedor hace evidente la falta de una regulación de los contratos con

consumidores (Cárdenas Mejía, 2016, p. 25), en la que, sin perjudicar la autonomía de la voluntad, se defina un marco contractual y unas reglas de interpretación inspiradas claramente en los principios constitucionales, comunes generalmente en la mayoría de legislaciones foráneas.

## **Conclusiones**

Si bien es innegable la existencia de un proceso de constitucionalización del derecho de los contratos privados –independientemente de que para algunos el fenómeno sea de difícil explicación y concreción–, pensar en que dicho proceso ha generado un “nuevo derecho” resulta no solamente exagerado, sino desconsiderado con el sistema jurídico que nos ha acompañado en los últimos tiempos, y que aún continúa vigente. En efecto, nuestro derecho, su estructura y concepción no son otros a raíz de la expedición de una nueva constitución, y su consecuente desarrollo a través del respectivo tribunal constitucional.

Tampoco parece sano ni lógico pensar en dos derechos diferentes: i) el constitucional: avanzado, de vanguardia, proteccionista de los derechos civiles y de fácil acceso para toda la sociedad; en contradicción con ii) el privado: anquilosado, pensado para unos pocos y reservado su ejercicio para defender particulares intereses. El derecho es uno solo, el ordenamiento jurídico sigue siendo el mismo, pero se encuentran en evolución, y seguramente el principal factor evolutivo sea la constitución y las teorías y decisiones judiciales que la respaldan.

Las figuras contractuales continúan con la estructura establecida hace ya muchos años, pero la influencia constitucional pretende impedir que las mismas sean usadas de manera indebida, y con exceso de tecnicismos legales tendientes a la violación de principios básicos para la vida social y la convivencia. En estos términos las tendencias constitucionales permiten redimensionar los intereses que en realidad soportan el derecho de los contratos, y aportan decididamente a la evolución de la técnica contractual. Este fenómeno, además, cumple un papel muy importante en la protección del consumidor, sujeto que empieza ser un protagonista de las relaciones jurídicas de carácter privado. Y aunque la relación de consumo no se trate de un tipo contractual autónomo, pues la compraventa

y demás contratos seguirán teniendo el mismo objeto contractual definido en los códigos civil y comercial, este sí crea un nuevo ámbito de interpretación de estas relaciones como generadoras de vínculos jurídicos.

Además, a pesar de que resulta muy complejo conceptualizar en torno a esta relación de consumo, su esencial criterio subjetivo y finalista puede generar tensiones, especialmente para los empresarios quienes cuentan con la política económica de libre mercado y apoyo para el crecimiento exponencial de la economía del Estado. Es por eso que la constitucionalización del derecho privado resulta siendo un fenómeno muy importante para la protección del consumidor, al tener en cuenta las grandes variables y fenómenos en los que se puede ir avanzando en las formas contractuales, los cuales no se pueden garantizar con la expedición de un Estatuto garantista, pero sí con una interpretación a luz de los principios constitucionales.

Sin embargo, la influencia constitucional no puede perder su objetivo de garantizar la adecuada aplicación de los principios, normatividad y prácticas contractuales, en clave del servicio a los fines básicos de la sociedad y del Estado. Un adecuado proceso de constitucionalización del derecho de contratos no debe jamás convertirse en un fenómeno invasivo de la disciplina contractual, no puede convertirse en la suplantación de sus principios, figuras y normas, sino más bien intentar entenderlo, complementarlo y enriquecerlo.

## **Referencias**

- Acosta Rodríguez, J. E. (2014). *Derecho del consumo problemáticas actuales, Aportes del derecho del consumidor al derecho colombiano de contratos- elementos comparatistas para una interpretación del nuevo estatuto acorde con el artículo 78 de la Constitución Política de 1991*. Editorial Ibáñez.
- Álvarez Larrondo, F. M. (2014). *Derecho del consumo problemáticas actuales: Del contrato a la socialización del contrato la regulación colombiana en materia de contratos de consumo*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Bernal-Fandiño, M. (2016). El principio de solidaridad como límite a la autonomía privada. *Revista Jurídicas*, 13(2), 60–70. Doi: 10.17151/jurid.2016.13.2.5.

- Cajas Sarria, M. (2004). La reforma constitucional: Límites de la corte al congreso. *Precedente. Revista Jurídica*, 13-48. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1412>.
- Calderón Villegas, J. J. (2007). Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. *Vniversitas*, (113), 113–137.
- Cárdenas Mejía, J. P. (2016). Derecho comercial en el siglo XXI. Presente y futuro. En J. P. Cárdenas Mejía, J. J. Calderón Villegas y Y. López Castro (eds.), *Derecho comercial cuestiones fundamentales*. Bogotá: Universidad del Rosario, Editorial Legis.
- Chamie, J.F. (2013). Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor. *Revista de Derecho Privado*, (24), 115–132.
- Exposición de motivos Ley 1480 de 2001 disponible en [http://www.cej.org.co/doc\\_sl/SL\\_PL\\_CAM\\_089\\_2010.pdf](http://www.cej.org.co/doc_sl/SL_PL_CAM_089_2010.pdf)
- Fierro Méndez, R. E. (2014). *Derecho del consumo problemáticas actuales: Interpretación de los contratos – Ley 1480 de 2011*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Franco-Vélez, J. M. (2015). Tensiones generadas entre el derecho a la vivienda digna y las normas de protección al consumidor inmobiliario desde la interpretación contractual. *Revista Principia Iuris*, 12(23). 264–279.
- García Jaramillo, L. (2012). El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho: El caso colombiano. *Bol. Mex. Der. Comp.*, 45(133), 93–118.
- Gómez, L., Martínez, J., Arzuza, B., M. (2006). Política pública y creación de empresas en Colombia. *Pensamiento & Gestión*, (21), 1–25. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/646/64602101.pdf>
- Hevia, M. (2010). Justicia correctiva y derecho contractual. *Estudios Socio-Juridicos*, 12(1), 35-48.
- Ossa Gómez, D. (2010). Protección, garantías y eficacia de los derechos del consumidor en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40(112).
- Pájaro Moreno, N. (2011). “El contrato y sus principios orientadores”. En M. Castro de Cifuentes (Coord.). *Derecho de las obligaciones*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Editorial Temis.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Madrid: Editorial Trotta.

- Rojas Quiñones, S. A. (2009). *Novedades jurisprudenciales la responsabilidad del productor y el distribuidor por productos defectuosos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Rusconi, D. D. (2014). Derecho del consumo problemáticas actuales, Aportes del derecho del consumidor al derecho colombiano de contratos. La noción del consumidor en la ley 1480 de 2011. Editorial Ibañez, año.
- San Epifanio, L. E. (2007). La base jurídico-constitucional de la protección de los consumidores en la unión europea. *UNED. Revista de Derecho Político* 225 No. 70.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto del 30 de agosto de 2012 rad. 12-128862.
- Tamayo Jaramillo, J. (2009). La constitucionalización del Derecho Privado en Colombia, *Revista Justicia y Derecho*. Año 2 (3). Perú,.
- Tambussi, C. E. (2016). Consumidores, usuarios y la constitucionalización del Derecho Privado en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina.
- Villalba Cuellar, J. C. (2009). Aspectos introductorios al derecho del consumo. *Prolegómenos*, 12(24), 77–95. Doi: <https://doi.org/10.18359/prole.2481>
- Villalba Cuellar, J. C. (2011). Los contratos de consumo en el derecho colombiano y el derecho comparado. *Revista Facultad de Ciencias Económicas*, 19(2), 171–195. Doi: <https://doi.org/10.18359/rfce.2255> *Jurisprudencia*
- Woolcott, O. (2007). La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano. *Prolegómenos*, 10(19), 125–148. Doi: <https://doi.org/10.18359/prole.2551>

## Fuentes normativas

- Corte Constitucional. (10 de marzo de 1999). *Sentencia SU-157*. [MP Alejandro Martínez Caballero]
- Corte Constitucional. (30 de agosto de 2000). *Sentencia C-1141*. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]
- Corte Constitucional. (5 de junio de 2003). *Sentencia T- 468*. [MP Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional. (19 de febrero de 2005). *Sentencia C-1042*. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]

Corte Constitucional. (7 de julio de 2006). *Sentencia T-517*. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Corte Constitucional. (6 de junio de 2012). *Sentencia C- 415*. [M.P. Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional. (11 de diciembre de 2013). *Sentencia C- 934*. [M.P: Nilson Pinilla Pinilla]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (3 de mayo de 2005) Sentencia Ref. Exp. No. 5000131030011999-04421-01. [MP César Julio Valencia Copete].

Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala de Casación Civil. (30 de abril de 2009). Sentencia Ref. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01. [MP Pedro Octavio Munar Cadena].

.





# 07

## **Vinculatoriedad de las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Colombia. Caso Petro**

---

**Jorge Andrés Illera Cajiao**

Universidad Icesi | jaillera@icesi.edu.co

\* El presente documento es producto de investigación correspondiente al Proyecto Interdepartamental *25 años de la Constitución Política: balances y perspectivas en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho*, registrado en el Grupo de Investigación Precedente de la Universidad Icesi y reconocido por Colciencias en categoría A 1, en coordinación con miembros del Grupo de Investigación Nexos de la misma Universidad.

Las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), constituyen una herramienta importante de salvaguarda de la persona humana en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a partir de las cuales se les solicitan actuaciones o abstenciones concretas a los estados parte de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), destinadas a salvaguardar los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos o la Declaración americana de Derechos Humanos. Sin embargo, dicha potestad no fue conferida a la CIDH vía convencional, sino por reglamento interno de la misma.

Para algún sector de la doctrina, y algunos Estados –como los Estados Unidos de América–, dichas medidas cautelares no son más que simples recomendaciones y, por lo tanto, los Estados parte no están obligados a cumplirlas. Por otro lado, otro sector de la doctrina, al igual que varios Estados del continente americano, reconocen a través de sus diferentes órganos de poder, la vinculatoriedad de dichas medidas de conformidad con las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), y de la atribución a órganos internacionales como la CIDH de la obligación de velar por la promoción, protección y salvaguarda de los derechos humanos en el continente.

En Colombia, existe un buen número de sentencias de la Corte Constitucional que reconocen la vinculatoriedad de las medidas cautelares de la CIDH, todas decididas en contextos donde la vida o la integridad física de alguna persona corría peligro. Sin embargo, el caso Petro cuestionó tal vinculatoriedad en contextos distintos, especialmente cuando de derechos políticos se trata, lo que generó diversos pronunciamientos a nivel interno, que reconocían –y otros que no lo hacían– la obligación de acatar la recomendación dada por la CIDH de suspender una resolución de destitución que la Procuraduría General de la Nación profirió en contra del Alcalde de Bogotá en el año 2013. Para el Presidente Santos, su Canciller, el Embajador de Colombia ante la OEA y el Procurador General de la Nación de la época, dichas medidas no son vinculantes, pues en términos generales, el Estado Colombiano no ha concedido facultades a la CIDH para tal efecto; por esta razón, la solicitud no pasaba de ser una mera recomendación y se negó el cumplimiento de la misma.

Por otro lado, distintos sectores académicos en Colombia, algunos jueces de la República, pero especialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Colombiana, sostienen una posición contraria; es decir, las medidas cautelares de la CIDH tienen fuerza jurídica vinculante, razón por la cual el Estado Colombiano debía cumplir dichas medidas.

Conforme lo expuesto, el presente trabajo busca indagar sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares que dicta la CIDH dirigidas a los Estados parte de la OEA, como mecanismo de control al cumplimiento de las obligaciones estatales sobre el respeto y protección de los derechos humanos consagrados en el *corpus iuris* del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH). En especial, el capítulo aspira, en el sistema de fuentes del derecho internacional, determinar si a la luz de dicho sistema, estas tienen fuerza jurídica vinculante en el ordenamiento jurídico interno colombiano. La hipótesis de la que se parte consiste en que estas sí tienen fuerza vinculante en el marco de un sistema que consagra, entre otros, como principios orientadores de todo el marco normativo que contiene, los principios del efecto útil, *pro hommine* y buena fe, en el cumplimiento de sus obligaciones convencionales, que les obliga a hacer todo lo posible para garantizar los derechos consagrados en dicho sistema, y dentro de tal aspecto, estarían las solicitudes de uno de los órganos encargados de velar por la garantía y eficacia de la CADH, a saber, la CIDH.

Para demostrar la citada hipótesis, en una primera parte del presente trabajo, se hará una presentación del caso Petro que servirá como punto de entrada a la discusión de la importancia y profundidad de la discusión que será abordada a lo largo del trabajo. En una segunda parte, se presentarán aspectos básicos para entender el alcance de las medidas cautelares de la CIDH en el ordenamiento jurídico interno, a saber, los actos externos de las Organizaciones Internacionales como fuentes del derecho internacional de los derechos humanos; los sistemas internacionales de protección de derechos humanos; la CIDH en su rol como órgano de control del SIDH; el rango y forma de incorporación de la de la CADH al ordenamiento jurídico colombiano; los mecanismos convencionales de protección de derechos humanos, el valor de la jurisprudencia de la COIDH; y la jurisprudencia de la COIDH como fuente vinculante del derecho colombiano. Dentro de dicho marco, se expondrá la discusión doctrinal que plantea las posturas negativas y positivas, acerca de la vinculatoriedad de las medidas cautelares de la CIDH, para finalmente, en una tercera parte, presentar la línea

jurisprudencial de la Corte Constitucional que específicamente ha tratado el tema de la vinculatoriedad de las citadas medidas cautelares en el ordenamiento jurídico interno colombiano.

## **Presentación del Caso Petro**

El 10 de diciembre de 2012, el Alcalde del Distrito Capital de Bogotá reestructuró el esquema de aseo y recolección de basuras de la citada ciudad. Dicho servicio público quedó a cargo del Distrito Capital (ya no de los particulares), con la participación de población vulnerable dedicada al reciclaje. Estos aspectos desataron el inconformismo de varios sectores económicos, especialmente de quienes se encontraban en cabeza de los contratos de concesión de la recolección de basuras. El problema adicional se generó cuando el nuevo esquema de aseo en sus primeras dos semanas de operación no alcanzó a satisfacer en su totalidad las necesidades de recolección de basuras del Distrito Capital, lo que dejó a numerosos sectores de la ciudad sin el servicio de recolección de basuras.<sup>1</sup> La dificultad obligó a extender decretos de urgencia manifiesta,<sup>2</sup> con la finalidad de que la Administración pudiera suscribir contratos transitorios de operación con el sector privado.

Los inconformismos que generó la decisión del Alcalde Mayor de Bogotá llevaron a la Procuraduría General de la Nación a iniciar, el 16 de enero de 2013, una investigación disciplinaria (que en Colombia tiene una naturaleza

---

1. Al respecto, la Procuraduría general de la Nación en fallo disciplinario explicó que: "[...] durante los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2012, la ciudad de Bogotá enfrentó una crisis y emergencia en la prestación del servicio público de aseo. Todos los medios de comunicación registraron este hecho, así como las diferentes entidades del orden nacional y distrital, tales como la Defensoría del Pueblo, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Personería Distrital, el Concejo de Bogotá, entre otras, situación que motivó la interposición de las numerosas quejas que obran en el expediente" (Fallo disciplinario de fecha 9 de diciembre de 2013 de la Sala Disciplinaria de la procuraduría General de la Nación, dentro del proceso disciplinario N° 2012-447489).

2. Previamente la Corte Constitucional colombiana había suspendido licitaciones públicas de contratos de concesión para la recolección de basuras en el Distrito Capital, al ordenar la inclusión de sectores vulnerables dedicados al reciclaje. Este aspecto llevó a la Administración distrital a decretar una medida de urgencia manifiesta que permitiera la contratación de operadores privados para la recolección de basuras hasta el día 18 de diciembre de 2012.

administrativa), fundada en la permisión de un improvisado esquema de basuras, desprovisto de la planeación necesaria para su entrada en funcionamiento y que representó un impacto negativo en el medio ambiente. Dicho ente de control presentó pliego de cargos en contra del citado Alcalde y lo destituyó<sup>3</sup> de su puesto de trabajo el día 9 de diciembre de 2013. Si bien, en contra de dicha decisión, el Alcalde de Bogotá interpuso recurso de reposición, este recurso fue fallado de manera desfavorable, y se ordenó comunicar la decisión al Presidente de la República para que ejecutara la sanción impuesta. La decisión de la Procuraduría fue cuestionada públicamente por otras autoridades, especialmente por el Fiscal General de la Nación, calificándola de “inquisitiva”.<sup>4</sup>

La sanción de destitución impuesta al Alcalde Gustavo Petro llevó anexa para él inhabilidad general para ejercer funciones públicas por el término de 15 años; este tipo de sanción en Colombia, por disposición constitucional y de las Leyes 617 de 2000 y 136 de 1994, conlleva la prohibición de aspirar a cualquier cargo público de elección popular por el resto de la vida de la persona sancionada.

---

3. La Procuraduría General de la Nación declaró responsable al Alcalde Gustavo Petro de tres (3) faltas disciplinarias gravísimas, que básicamente se resumen de la siguiente manera: primera, haber decidido para el segundo semestre del año 2012, pudiendo evitarlo, que dos entidades del distrito suscribieran contratos inter administrativos para la prestación del servicio de aseo y recolección de basuras, sin contar con la experiencia y capacidad requeridas; la segunda, por expedir el Decreto 564 de 2012 (10 de diciembre): “[...] por medio del cual se adoptó un esquema de prestación de servicio público de aseo para la ciudad de Bogotá en contravía de las disposiciones del ordenamiento jurídico, por resultar violatorio del principio constitucional de la libertad de empresa, al impedir que empresas distintas a las entidades del Distrito Capital prestaran el servicio a partir del 18 de diciembre de 2012”.

Por último, por haber expedido el Decreto 570 de 2012 (14 de diciembre): “[...] mediante el cual autorizó el uso de vehículos tipo volquetas, ‘con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios’, pues con dicha autorización se violaron disposiciones constitucionales y legales referentes a la protección del medio ambiente, con lo cual se originó un riesgo grave para la salud humana de los habitantes de la ciudad de Bogotá y para el medio ambiente” (Fallo disciplinario de fecha 9 de diciembre de 2013 de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, dentro del proceso disciplinario N° 2012-447489).

4. El diario *El Tiempo* publicó el día 12 de diciembre de 2013 palabras del Fiscal General de la Nación, de siguiente manera: (Diciembre 2013). “[...] el Fiscal cuestionó el miércoles la decisión que tomó el Ministerio Público y calificó de “inquisitiva” la manera de actuar de ese órgano de control. Además, el Fiscal General de la Nación ordenó hacer una ‘inspección’ a la Procuraduría del expediente contra el alcalde de Bogotá”.

En el curso de la citada investigación y ante el sentimiento de ausencia de garantías por parte del polémico Procurador colombiano, el Alcalde de Bogotá presentó denuncia ante el SIDH, acompañada de solicitud a la CIDH de medidas cautelares en contra de la Nación colombiana. Él realizó la denuncia con la finalidad de que se suspendiera la investigación disciplinaria abierta en su contra (al momento de su interposición no se había resuelto de fondo su caso), así como también cualquier decisión de la Procuraduría, amparado en el hecho de que dicho ente no tenga naturaleza jurisdiccional sino administrativa y de sentir violados varios derechos consagrados en la CADH, entre ellos, los derechos al debido proceso y los derechos políticos.

Adicionalmente, junto con la interposición del recurso de reposición en contra de la decisión de destitución de la Procuraduría, la estrategia de defensa —diseñada, en principio por la defensa del Alcalde de Bogotá—<sup>5</sup> impulsó, al parecer,<sup>6</sup> la interposición de más de 800 acciones de tutela en cabeza de igual número de personas que inundaron los despachos judiciales. Todo ello fue acompañado de la convocatoria a miles de personas, por parte del Alcalde, en la Plaza de Bolívar para protestar públicamente en contra de lo que él llamó “un atentado en contra de la democracia”.

La estrategia de defensa del Alcalde de Bogotá empezó a dar frutos cuando el 14 de enero de 2014 se conoció que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (con ponencia de un Magistrado —posteriormente cuestionado por los vínculos laborales de su esposa con la Administración Distrital), públicamente, dio a conocer el fallo de una de las tantas acciones de tutela interpuestas, al ordenar la suspensión de la decisión de destitución del Alcalde Petro y la orden al Presidente de la República de abstenerse de dar cumplimiento a dicha decisión. El fallo se fundó en la imposibilidad jurídica de la Procuraduría de destituir a un funcionario elegido popularmente. Una decisión similar se tuvo en 23 tutelas más. Las decisiones fueron impugnadas por la Procuraduría y revocadas el día 18 de marzo de 2014 por el Consejo de Estado.

---

5. Se trata de una apreciación subjetiva del autor del presente trabajo, fundada en la cantidad de acciones de tutela (conocidas como de amparo en otros países de la Región) interpuestas por distintos ciudadanos, más de 800, entre ellos Gustavo Petro, con formatos y argumentos similares, en contra de la Procuraduría General de la Nación, buscando la revocatoria de la decisión de destitución.

6. Oficialmente, la defensa nunca lo reconoció.

El mismo día 18 de marzo en horas de la noche, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dio a conocer su decisión sobre las medidas cautelares solicitadas, al recomendar al Estado colombiano la suspensión de la decisión de la Procuraduría General de la Nación,<sup>7</sup> toda vez que consideraba amenazados de manera grave y urgente los derechos políticos del Alcalde Petro, al tener potencialidad, la decisión de destitución e inhabilitación, de tornar inefectiva cualquier decisión de fondo que pudiera adoptarse en el marco de la petición de amparo ante el SIDH.

Entre otros aspectos, la CIDH consideró que estaba probado el requisito de gravedad en sus dimensiones cautelar y tutelar, respecto de los derechos políticos del Alcalde Gustavo Petro, y cuestionó la decisión de inhabilitación y destitución de la Procuraduría al no provenir de un órgano de naturaleza jurisdiccional. Expresamente la CIDH consideró:

[...] la posible aplicación de una sanción de naturaleza disciplinaria, adoptada por una autoridad administrativa, podría afectar el ejercicio de los derechos políticos del señor Gustavo Francisco Petro Urrego, quien habría sido elegido por votación popular. Asimismo, en vista que el señor Gustavo Francisco Petro Urrego se encontraría actualmente en funciones, la decisión de destitución podría representar la separación de su cargo como Alcalde de la ciudad de Bogotá DC.<sup>8</sup>

Adicionalmente, la CIDH consideró urgente la adopción de la medida cautelar al no existir certeza, a nivel del ordenamiento jurídico colombiano, que pudiera brindar la protección necesaria, permitiendo la consolidación de la decisión de la Procuraduría, aspecto que afectaría los derechos del Alcalde Petro, ante la posibilidad de convocatoria a nuevas elecciones.<sup>9</sup> Señaló, tam-

---

7. La CIDH adoptó la referida decisión mediante Resolución N° 5 de 2014 - Medidas Cautelar N° 374-13 de 18 de marzo de 2014.

8. Resolución N° 5 de 2014 - Medidas Cautelar N° 374-13 de 18 de marzo de 2014, proferida por la CIDH.

9. También explicó la CIDH que: "En cuanto a la dimensión tutelar, de ejecutarse la decisión de la Procuraduría General de la Nación se podría generar un daño irreparable al señor Gustavo Francisco Petro Urrego en el ejercicio de los derechos políticos y ante la posibilidad de ser destituido de su cargo como Alcalde de Bogotá D.C., lo cual podría tornar inefectiva la eventual decisión sobre la petición individual de referencia. En particular, en vista que de ejecutarse dicha decisión las autoridades competentes tendrían que llamar a elecciones para

bién, la CIDH que resultaba necesaria la adopción de la decisión de conceder la medida cautelar solicitada, en su dimensión cautelar y tutelar, toda vez que se trataba de un funcionario público de elección popular cuya remoción debe respetar los parámetros de la CADH y:

En lo que respecta al requisito de irreparabilidad del daño, la Comisión considera que este requisito adquiere particular relevancia en situaciones relacionadas con funcionarios públicos, elegidos por votación popular, en virtud de su importancia para los sistemas democráticos y ante la necesidad de que en cualquier proceso que conlleve la remoción, la inhabilitación o destitución de dichos funcionarios se respeten los parámetros consagrados en la Convención Americana. A este respecto la CIDH considera que el requisito de irreparabilidad se encuentra satisfecho en el presente asunto en su dimensión cautelar y tutelar (Resolución N° 5 de 2014 - Medidas Cautelar N° 374-13 de 18 de marzo de 2014, proferida por la CIDH).

La problemática del Alcalde Petro se revivió el día 19 de marzo de 2014, cuando el Presidente de la República de Colombia decidió comunicar públicamente que no acataría las recomendaciones de la CIDH, al no tener un carácter vinculante. El Presidente de Colombia explicó que “[...] el sistema es complementario y alternativo [...] a Petro se le respetaron las diferentes instancias en la justicia colombiana, de la cual dijo que ‘ha actuado de manera transparente eficaz y oportuna’” (*Revista Semana*, 19 de marzo de 2014). Se trataba de la primera vez que Colombia desconocía una recomendación de medidas cautelares de la CIDH.<sup>10</sup>

La decisión de la Presidencia de la República fue defendida por el Embajador de Colombia ante la OEA y por la Ministra de Relaciones Exteriores, en los siguientes términos: Para el Embajador de Colombia, la decisión de

---

elegir un nuevo Alcalde. Por tanto, la eventual decisión de la CIDH se tornaría abstracta y el señor Gustavo Francisco Petro Urrego no podría regresar al cargo por el cual fue elegido por votación popular” (Resolución N° 5 de 2014 - Medidas Cautelar N° 374-13 de 18 de marzo de 2014, proferida por la CIDH).

10. Para el diario *El Tiempo*, en noticia del 19 de Marzo de 2014: “En el trasfondo de la trascendental determinación jugó la evaluación del caos institucional que generaría acoger las medidas cautelares, pues la supuesta falta de competencia del Procurador sobre los funcionarios de elección popular generaría un vacío jurídico de imprevisibles consecuencias. Entre otras cosas, traería una cascada de demandas de los más de 1.200 exfuncionarios elegidos popularmente y que también han sido destituidos”.



medidas cautelares no se daba en el marco de una petición ante el SIDH;<sup>11</sup> además, aunque Colombia hasta ese momento siempre había acogido dicho tipo de medidas, ello se había dado ante situaciones configurativas de posibles afectaciones a los derechos a la vida, integridad y seguridad personal. Sin embargo, ante otro tipo de derechos, el ordenamiento jurídico colombiano estaba en la capacidad de brindar la adecuada protección. Asimismo, se argumentó que la CIDH, en el pasado, nunca había concedido ese tipo de medidas por derechos políticos, razón por la cual no podría cambiar su práctica, y la protección internacional, solo podría darse ante la inoperancia del ordenamiento jurídico interno colombiano. El Embajador, también indicó, que el decreto de medidas cautelares no es vinculante para nuestro ordenamiento jurídico interno (*Revista Semana*, 26 de junio de 2014). Por su lado, para la Canciller Colombiana, el SIDH solo opera cuando la justicia interna no funciona, pero que en el caso Petro sí había funcionado y por lo tanto no existía razón para que dicho sistema interviniera.<sup>12</sup>

La decisión de no acatar las medidas cautelares solicitadas por la CIDH generó voces de apoyo y rechazo en escenarios académicos, políticos y sociales. Esto llevó al Presidente de la República a defender su posición en varios eventos públicos. Él explicó que solo estaba cumpliendo la ley y debía acatar una orden de un órgano de control que, en nuestra estructura estatal, goza de autonomía y que, si fuere el caso, con previa orden de un juez, él reintegraría al Alcalde Petro a su cargo (*El Tiempo*, 22 de abril de 2014).

A principios del mes de abril de 2014, la defensa de Gustavo Petro instauró ante el Consejo de Estado colombiano, una demanda contencioso administrativa con medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando, en la misma, se concediera medida cautelar de urgencia que suspendiera la decisión de la Procuraduría General de la Nación.

La estrategia de instaurar nuevamente muchas acciones de tutela que ordenaran la restitución de Gustavo Petro surtió efecto el día 22 de abril de 2014 cuando el Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Civil de Restitución de Tierras, decidió ordenar el reintegro de Gustavo Petro a su cargo, y ordenó al

---

11. Se desconoció que el Alcalde Petro sí había presentado una petición ante dicho sistema.

12. Las palabras de la Canciller quedaron registradas en la *Revista Semana* en noticia del 19 de marzo de 2014.

Gobierno Nacional el acatamiento de las medidas cautelares solicitadas por la CIDH. Aunque tanto la Procuraduría como la Presidencia de la República impugnaron el fallo de tutela, el reintegro al cargo de Alcalde se hizo efectivo para Gustavo Petro el día 23 de abril de 2014. Para esta fecha, había 48 tutelas interpuestas, 32 de ellas negadas y solo la antes mencionada había sido resuelta en su favor, por lo que todavía restaba 15 más.

El día 13 de mayo de 2014, el Consejo de Estado concedió las medidas cautelares de urgencia solicitadas por Gustavo Petro y suspendió la decisión de la Procuraduría General de la Nación, mientras se decidía de fondo la demanda contencioso administrativa con medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la decisión de destitución del Alcalde de Bogotá. En contra de esta decisión, la Procuraduría General de la Nación instauró recurso de súplica, mismo que fuere negado.

Como si todo lo anterior fuera poco, el día 6 de junio de 2014, la Sala Civil de la Corte de Suprema de Justicia colombiana revocó la tutela del Tribunal Superior de Bogotá—recordemos, la última que ordenó la restitución en el cargo del Alcalde Petro—. Sin embargo, al haberse concedido las medidas cautelares de urgencia por parte del Consejo de Estado, el Presidente de la República no pudo volver a hacer efectiva la decisión de la Procuraduría General de la Nación.

Conviene, entonces, analizar en el siguiente aparte el alcance jurídico y nivel de vinculatoriedad que pueden tener las medidas cautelares de la CIDH desde la doctrina, para luego estudiar la misma temática desde la jurisprudencia constitucional colombiana.

## **Marco teórico**

En el marco de la dramática pelea entre los entonces Alcalde de Bogotá, Gustavo Petro, y el Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez, se encuentra un debate que cobra importancia de cara al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de Derechos Humanos. Esto, especialmente, en cuanto al SIDH se refiere, toda vez que se tuvo una Resolución de la CIDH que solicitó medidas cautelares de suspensión de la decisión de destitución de Gustavo Petro, amparada en la violación de derechos

políticos. Sin embargo, el Gobierno Colombiano y la Procuraduría General de la Nación se rehusaron a acatarlas negando expresamente su vinculatoriedad.

En este aparte del trabajo, analizaremos, entonces, la decisión del Estado colombiano a la luz de la doctrina y la jurisprudencia interamericana que han hecho pronunciamientos acerca de la vinculatoriedad o no de decisiones de este tipo. No obstante, antes se presentarán los argumentos del Estado Colombiano al lector que excusaron en su momento el no acatamiento de las medidas cautelares. A continuación, se presentarán aspectos básicos para entender el alcance de las medidas cautelares de la CIDH en el ordenamiento jurídico interno, a saber, los actos externos de las Organizaciones Internacionales como fuentes del derecho internacional de los derechos humanos; los sistemas internacionales de protección de derechos humanos; la CIDH en su rol como órgano de control del SIDH; el rango y forma de incorporación de la de la CADH al ordenamiento jurídico colombiano; los mecanismos convencionales de protección de derechos humanos, el valor de la jurisprudencia de la COIDH; y la jurisprudencia de la COIDH como fuente vinculante del derecho colombiano.

### **Argumentos del Estado colombiano que desconocen la medida cautelar del Caso Petro**

Los argumentos del Estado Colombiano para desestimar la vinculatoriedad de la solicitud de medidas cautelares por parte de la CIDH, son los siguientes:

Para la Cancillería colombiana y el Embajador de Colombia ante la OEA, las medidas cautelares solicitadas por la CIDH no son vinculantes, al no tener fundamento convencional y, además, porque la protección internacional solo opera de manera subsidiaria, es decir, cuando el ordenamiento jurídico interno no funciona. Según ellos, en el caso Petro, el ordenamiento jurídico interno funcionó –esto se dijo antes de la decisión del Consejo de Estado de amparar a Gustavo Petro con medidas cautelares de urgencia–, razón por la cual, la solicitud de medidas cautelares por parte de la CIDH no debían acogerse.

Lo anterior, no significa otra cosa que interpretar el sistema de protección regional de acuerdo a la voluntad de los Estados, es decir, son ellos quienes decidirían cuando se han equivocado o no, para dar paso, a la protección internacional.

La Canciller Colombiana dijo también ante medios de comunicación:

La injerencia de un órgano internacional cuando la justicia colombiana está operando no la podemos permitir [...] Hemos visto que la justicia ha sido eficiente y ha respondido diligentemente, luego no podemos permitir que un tribunal internacional que es subsidiario y es complementario al procedimiento jurídico interno venga a tomar decisiones o a solicitar que tomemos decisiones cuando la justicia colombiana está funcionando y ha funcionado (*El Tiempo*, 19 de marzo de 2014).

Sobre la vinculatoriedad de las medidas cautelares, la Canciller expuso de manera muy similar a lo dicho por el Embajador de Colombia ante la OEA, que:

[...] no forman parte de la Convención de San José”, sino e un reglamento que elabora la misma Comisión. “Las medidas cautelares no son un mandato a los Estados; por esta razón no son obligatorias y por esta misma razón es que la Comisión ‘solicita’ al país y no dice que ‘le obliga’ o ‘le requiere (*El Tiempo*, 19 de marzo de 2014).

Por esta razón, no se podía hablar de un desacato a una instancia internacional reconocida por el Estado, y reiteró que las medidas anteriores se habían acogido porque siempre buscaban defender la vida y la integridad de una persona o una comunidad no de derechos políticos como en el caso de Petro.

Por su parte, en entrevista rendida a la *Revista Semana* por el Embajador de Colombia ante la OEA, Andrés González, explicó que la facultad de la CIDH para solicitar medidas cautelares no tenía un fundamento convencional, sino reglamentario y, por lo tanto, no era vinculante para Colombia. Además, él dijo que en el pasado Colombia siempre las había acatado al tratarse de temas relacionados con la vida y la integridad personal al existir inminencia de daños irreparables, pero que ese no era el caso Petro (*El Tiempo*, 23 de marzo de 2014). El funcionario también explicó que, al existir recursos internos en el ordenamiento jurídico colombiano, no tenía por qué intervenir el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que es subsidiario.<sup>13</sup>

---

13. La decisión de no acatar las medidas cautelares solicitadas por la CIDH, adoptada por el Presidente de la República de Colombia, generó voces de apoyo y rechazo en escenarios académicos, políticos y sociales, lo que lo llevó a defender su posición en varios eventos públicos, explicando que él sólo estaba cumpliendo la ley y debía acatar una orden de un

Por su parte, similar criterio compartió la Procuraduría General de la Nación, quien, ante los medios de comunicación, insistió en que la CIDH no tiene funciones jurisdiccionales y que las medidas cautelares solicitadas carecían de fundamento convencional (*El Tiempo*, 27 de abril de 2014). El diario *El Tiempo*, en noticia del 27 de abril de 2014, recogió textualmente las palabras del Procurador Alejandro Ordóñez, de la siguiente manera:

‘[...] el denominado bloque de constitucionalidad se compone de tratados y convenios internacionales, por lo cual no resulta acertado considerar que las medidas tomadas por autoridades internacionales sin naturaleza jurisdiccional (caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) puedan ser integrantes del bloque’.

Para el Presidente de la República de Colombia:

‘El papel de dicho sistema es complementario y alternativo, por lo cual solo debe operar en el evento de que no funcione o se dé una falla en el sistema interno’, precisó Santos, quien agregó que ‘la justicia colombiana no solamente ha actuado, sino que lo ha hecho de manera transparente, eficaz y oportuna’ (*El Tiempo*, 19 de marzo de 2014).

Sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares de la CIDH, académicos colombianos también sostuvieron en medios de comunicación posiciones encontradas: Helena Alviar García, decana de la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, opinó que se trataba de un fallo político<sup>14</sup> el de la Procuraduría y además que:

---

órgano de control que en nuestra estructura estatal, goza de autonomía y que si fuere el caso, con previa orden de un juez, él reintegraría al Alcalde Petro a su cargo (Entrevista publicada por la *Revista Semana*, 23 de marzo de 2014).

14. El diario *El tiempo*, en una noticia de fecha 19 de enero de 2014, publicó la entrevista con Helena Alviar García, quien al ser interrogada sobre si se trataba la destitución de Petro de un fallo político contestó que: Todos los funcionarios se desempeñan dentro de una visión de la sociedad, la economía y el Estado que responde a una teoría política. El Procurador y el Alcalde tienen visiones diferentes acerca de cómo se debe manejar la ciudad, el papel de la administración en la prestación de servicios y la política social. En este caso, el fallo contra Petro responde a la visión política del Procurador. En ese sentido sería un fallo político. [...] ¿A usted le pareció excesivo el fallo? Sí. Apartar a un político de la vida política por 15 años, en un caso que no es de corrupción, es excesivo. [...].

Muchos juristas sostienen que la voluntad popular, que se expresa a través del voto, no puede ser desconocida por ninguna autoridad, a menos que haya sentencia judicial. No disciplinaria [...] El Pacto de San José da amplios poderes a la Comisión en relación con las medidas cautelares. Como consecuencia, nada impide que intervenga (*El Tiempo*, 22 de enero de 2014).

Por su parte, el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Jaime Bernal Cuellar, en entrevista rendida a un medio de comunicación colombiano, opinó que:

Los controles de las instancias internacionales solo se activan de forma residual y complementaria, es decir, si se concluye que el Estado no cuenta con mecanismos efectivos para proteger los derechos humanos y además determinar si la afectación al derecho fundamental fue legítima, en el sentido de qué se perseguía con la afectación y si se respetó el derecho a la defensa y el debido proceso. Los convenios internacionales no pueden sustituir la legislación interna. **¿Pero acaso la legislación interna puede desconocer los tratados internacionales?** No. Lo que se debe hacer es una integración interpretativa de las normas del convenio que armonice su contenido con la legislación interna, para lo cual resulta ineludible efectuar un juicio de ponderación con relación a los controles internos del país y la justificación para afectar un determinado derecho; las medidas cautelares, es decir, la suspensión de la sanción, no están en el convenio sino en el reglamento; la selección de la medida y su duración dependen exclusivamente de la Comisión. Entonces debe ser una interpretación integral porque hace parte del bloque de constitucionalidad (*El Tiempo*, 18 de enero de 2014).

Interesa, en el siguiente aparte, contrastar la posición del Estado Colombiano a través de las autoridades antes citadas, con la posición de la doctrina internacional.

## Derecho Internacional de los Derechos Humanos y ordenamiento jurídico interno.

Indagar sobre el valor jurídico de las resoluciones de medidas cautelares decretadas por la CIDH a los Estados Parte implica aproximarse a la teoría de las fuentes del derecho internacional y, **más específicamente**, a las del derecho internacional de los derechos humanos. Así las cosas, para determinar el alcance de dicho tipo de resoluciones, en el presente aparte se realizará una

aproximación al valor jurídico de los actos externos de las Organizaciones Internacionales, para, luego, indagar sobre el valor jurídico de dicho tipo de actos por parte de la CIDH.

### **Los actos Externos de las Organizaciones Internacionales como fuentes del Derecho Internacional Público.**

Tanto la doctrina como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante COIDH) han insistido en que la interpretación y aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos no puede ser la misma que orienta el derecho de los tratados. Esto dado que se trata de temas en los que la reciprocidad, al ser sujeto directo de protección la persona humana, no es principio fundante, razón por la cual, las fuentes normativas son más amplias que las que rigen las relaciones entre los Estados. Es por lo anterior que las obligaciones estatales no solo derivan de los tratados, sino de la existencia misma de la persona humana y de su obligación de respetar los derechos.<sup>15</sup>

Cabe precisar que la misma dinámica internacional permite afirmar que las fuentes del Derecho Internacional no se limitan hoy día a un listado como el del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pues se han diversificado en su variedad. Además, en palabras de Antonio Fernández, ello tiene su raíz en la proliferación de organizaciones internacionales de distinto alcance y temáticas, que ha caracterizado a la sociedad internacional a partir de la segunda mitad del siglo XX (Fernández, Sánchez, Ortega, Juan, 2004, 117).

---

15. "El derecho internacional de los derechos humanos no debe confundirse necesariamente con el derecho de los tratados[...] Sin perjuicio de la importancia de las fuentes convencionales, los instrumentos de este tipo no agotan el derecho internacional de los derechos humanos; con tratados o sin ellos, un Estado se encuentra obligado a respetar los derechos humanos" (Loretta, 2006, p. 23).

"En el ámbito de las competencias que le han sido atribuidas, y de acuerdo con los procedimientos establecidos, todas las organizaciones tienen la facultad de expresar, mediante determinados actos de sus órganos, una voluntad propia, jurídicamente distinta de la de los Estados miembros [...]. Ahora bien, los términos empleados para calificar tales actos son muy distintos y heterogéneos, como también lo son los efectos jurídicos que despliegan" (Brotans et al, 1997, p. 297).

Dichas organizaciones internacionales son personas jurídicas distintas de los Estados u organizaciones que las conforman, aspecto que les ha otorgado facultades y autonomía propia de conformidad con las competencias expresa o implícitamente a ellas otorgadas en sus documentos constitutivos (Fernández, Sánchez y Ortega, 2004, p. 117). Es en virtud de dichas atribuciones como, hoy día, dichas organizaciones nutren el marco de fuentes del derecho internacional a través de una variada gama de actos de distinta naturaleza y fuerza jurídica, denominados, entre otros, resoluciones, dictámenes, recomendaciones, declaraciones, etc. (Brotons *et al.*, 1997, p. 297). Siguiendo a Remiro Brotons, “[n]o existe en efecto, una terminología unívoca para calificar los actos propios –unilaterales– de las Organizaciones interestatales” (Brotons *et al.*, 1997, p. 297), pues las terminologías antes enunciadas:

[...] forman parte de la tropa de voces empleadas en sus textos constitutivos. No debe creerse, por lo demás, que la denominación del acto permite la identificación de sus efectos jurídicos; incluso en el seno del mismo sistema institucional un mismo término puede ser empleado para designar resoluciones de efectos jurídicos diferentes [...] (Brotons *et al.*, 1997, p. 297).

Cabe advertir, siguiendo a Antonio Fernández y Remiro Brotons, que tampoco es posible atribuir una sola fuerza jurídica a los actos de las organizaciones internacionales, toda vez que ello depende de su tratado constitutivo en particular;<sup>16</sup> en otras palabras, lo que los Estados parte han consentido (Brotons *et al.*, 1997 p. 298), a lo que se han obligado expresamente.

Conforme lo expuesto, la fuerza y alcance de los actos de las Organizaciones Internacionales dependerá de lo autorizado expresamente por los Estados en el acto constitutivo de las mismas y de los distintos contextos en los que se desarrollan sus funciones, lo que puede tener alcance de mera recomendación, hasta fuerza normativa. En los primeros, sus “[...] destinatarios son invitados pero no obligados a seguir un determinado comportamiento, acción o abstención [...]”, mientras que en los segundos, “[...] hasta una norma directamente

---

16. Véase a Fernández *et al.* (2004, p. 117). Por su parte Brotons (1997) indica que: “Determinar los efectos jurídicos de las resoluciones y, por consiguiente, apreciar si y hasta qué punto son capaces de crear derechos y obligaciones para sus destinatarios, es una cuestión tan vigente y crucial como difícil de entupir en el corsé de una teoría general” (Brotons *et al.*, 1997 p. 298).



aplicable en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, incluso, con primacía sobre sus leyes” (Brotons *et al.*, 1997, p. 298). No obstante lo anterior, cabe advertir que la fuente primaria y directa de las funciones y facultades de las Organizaciones Internacionales, si bien está radicada en su acto constitutivo, tales atribuciones pueden desprenderse también de manera derivada o secundaria del desarrollo de prácticas en el tiempo que tácitamente llegan a ser aceptadas por los Estados parte (caso de la CIDH, como se explicará más adelante), quedando revestidas de un marco de legitimidad que por costumbre, regla del *estoppel* o la teoría de los actos unilaterales de los Estados puede llegar a convertirlas en norma a nivel internacional. También podríamos, en dicho contexto, enmarcar las interpretaciones que sobre el texto de la convención puedan llegar a realizar sus órganos autorizados para definir el sentido y alcance de sus estipulaciones y que en un momento dado pueden llegar a conferirles toda una serie de facultades que se consideren necesarias para cumplir el objetivo para el que fueron creadas (Brotons *et al.*, 1997 p. 298). El uso entonces de dichas facultades constituye fuente del Derecho Internacional ya sea de manera principal o secundaria,<sup>17</sup> aunque con distinto alcance vinculante.

Cabe anotar que la COIDH ha explicado en OC 19 de 1999 que:

El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

---

17. Debe por consiguiente subrayarse que, como en los demás aspectos que afectan a su funcionamiento, las facultades de las Organizaciones interestatales –y, más concretamente, de sus diferentes órganos– para adoptar actos jurídicamente vinculantes ha de decidirse en el marco de cada organización. En la medida en que tales facultades existan, las resoluciones, actos unilaterales de la Organización, pueden considerarse fuente autónoma del DI, si bien de carácter secundario o derivado, pues se encuentran jerárquicamente subordinadas a las normas de las que traen origen: las reglas de la Organización, en particular, las previsiones expresas o implícitas en su tratado constitutivo, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con ellas y su práctica establecida (Brotons *et al.*, 1997, pp. 298-299).

Como en el presente trabajo, el objeto de interés son las resoluciones de la CIDH que decretan medidas cautelares, conviene explicar, siguiendo a Remiro Brotons que, en general, las resoluciones de las Organizaciones Internacionales pueden ser de dos tipos: internas y externas.<sup>18</sup> Las primeras condicionan el funcionamiento a nivel intrínseco de la Organización Internacional y serían obligatorias para ella (Brotons *et al.*, 1997, p. 299), es decir, vinculantes. Cosa distinta puede decirse de las externas, de las que no puede afirmarse que tengan un carácter obligatorio *per se*, pues determinar su alcance implica indagar por otros aspectos (Brotons *et al.*, 1997, pp. 300-301). La regla general es que los actos externos a nivel funcional, carezcan de fuerza normativa y constituyan simples recomendaciones, siendo la excepción el que constituyan actos normativos.<sup>19</sup>

---

18. Para Fernández (2004): "No obstante, un examen global del fenómeno, es posible afirmar el reconocimiento a favor de la mayoría de las organizaciones internacionales de un poder autonormativo, en virtud del cual se les faculta para adoptar con carácter obligatorio los actos necesarios para garantizar su funcionamiento: regulación de aspectos institucionales, creación de órganos subsidiarios, aprobación del presupuesto" (Fernández, Sánchez y Ortega, 2004, p. 118).

Por su parte, para Brotons: "Al hablar de resoluciones externas o de carácter funcional estamos haciendo referencia a los actos jurídicos que traducen el ejercicio de las funciones de una organización interestatal en el ámbito de su competencia sustancial o material (político y de seguridad, económico-financiero, técnico, social, cultural, comunicaciones y transportes...)" (Brotons et al., 1997, pp. 300-301).

19. En la medida que la Organización hubiera sido investida por sus creadores de poderes normativos, se estará favoreciendo y fortaleciendo el ámbito de la cooperación internacional institucionalizada en el que se inscriba su actividad. Ha de observarse, sin embargo, que son excepción las organizaciones interestatales capacitadas para adoptar actos jurídicos de contenido normativo. En general, sus resoluciones de carácter externo o funcional son recomendaciones, mediante las que se invita a los Estados miembros para comportarse en un determinado sentido, incumbiéndole a éstos únicamente la obligación de apreciar de buena fe la posibilidad de observar lo recomendado (Brotons et al., 1997, p. 301).

Para Fernández (2004): "[...] lo más frecuente es que no se reconozca a los actos de las organizaciones más que un valor recomendatorio, lo cual es tanto más cierto cuanto más generales y menos técnicas sean las competencias de la organización. En tales supuestos, el alcance jurídico de la recomendación se limita, en el mejor de los casos, a una poco exigente obligación para los Estados miembros de examinarlas de buena fe a los efectos de valorar la posibilidad de adecuar su comportamiento a la misma" (Fernández, Sánchez y Ortega, 2004, p. 118).

A continuación, el presente escrito se centrará en los actos externos, en particular, las resoluciones.

Al referirse a la creación de obligaciones mediante obligaciones externas, Remiro Brotons especifica que de conformidad con las reglas que les hubieren sido conferidas, especialmente de carácter normativo, la resoluciones pueden ser de tres tipos:<sup>20</sup>

1. Obligatorias en todos sus términos y directamente aplicables;<sup>21</sup>
2. Obligatorias en cuanto al resultado;<sup>22</sup>
3. Las que imponen una obligación de comportamiento;<sup>23</sup>

---

20. Similar clasificación puede verse en: Fernández, Antonio, Sánchez y Ortega (2004, p. 118).

21. Así, en la medida en que las Comunidades Europeas representan el tipo de Organización de integración más desarrollada, sus Instituciones han sido dotadas con amplias funciones normativas autónomas para la consecución de sus objetivos y finalidades. El ejercicio efectivo de ese poder normativo (Derecho derivado) se expresa a través de reglamentos, directivas y decisiones, cuyo alcance, efectos jurídicos y destinatarios vienen definidos en los artículos 189 TCE, 161, TCEEA y 14 TCECA [...] Como la ley en los sistemas nacionales, el reglamento tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos, esto es, en cuanto al objetivo a lograr y a los medios y formas de realizarlo, y es directamente aplicable en cada Estado miembro. Ello significa que, por sí mismos y de forma automática y uniforme, los reglamentos despliegan sus efectos jurídicos en el orden interno de los Estados miembros sin necesidad de actos ulteriores de recepción de la norma comunitaria ni de desarrollo a través de normas estatales, gozando sus disposiciones de eficacia directa ante las autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales nacionales desde la fecha de su entrada en vigor, a saber, la que en ellos se determine o a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades [...] (Brotons et al., 1997, p. 302).

22. Existen resoluciones que imponen una obligación de resultado por cuanto que, de acuerdo con las reglas de la Organización, son obligatorias para los Estados miembros desde su válida adopción en la esfera internacional, pero dejan a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para dar cumplimiento a lo ordenado. El margen de libertad real de los destinatarios estará en función del grado de concreción del resultado que fije el texto de la resolución y de los mecanismos de control de su cumplimiento. Estos efectos pueden predicarse de todas las resoluciones que, carentes de eficacia interna directa, exigen la adopción de medidas estatales para ser atendidas por sus órganos administrativos y judiciales. Exigencia que se hace especialmente patente cuando el contenido normativo de la resolución incide sobre sujetos de derecho interno (Brotons, 1997, p. 303).

23. En este grupo incluimos aquellas resoluciones cuyo contenido no es en sí mismo jurídicamente vinculante; son por tanto recomendaciones de las que, no obstante, se derivan para los Estados miembros ciertas obligaciones de comportamiento; en concreto: 1) La

4. Obligatorias para los que asienten;<sup>24</sup>
5. Obligatorias salvo expresa oposición.<sup>25</sup>

En los siguientes apartes, interesa determinar si a nivel doctrinal y jurisprudencial, las resoluciones de la CIDH que imponen medidas cautelares pueden pertenecer al segundo grupo, es decir, actos de obligatorio cumplimiento para los Estados,<sup>26</sup> o por el contrario, las mismas se corresponden con las del tercer grupo, es decir, simples recomendaciones que imponen un camino a seguir, pues su contenido no es jurídicamente vinculante para

---

sumisión de lo recomendado por la organización a las autoridades nacionales competentes en un plazo determinado (un año en términos generales). 2) el deber de información periódica a los órganos competentes de la Organización sobre el curso dado a lo recomendado en el orden interno y las razones que, en su caso, retrasan u obstaculizan su cumplimiento. Esta doble técnica de persuasión y estímulo a fin de asegurar la mayor eficacia posible a la acción de la Organización ha sido prevista, por ejemplo, en los tratados constitutivos de la OIT [...] que en ese sentido exigen respecto del cumplimiento de sus resoluciones recomendatorias una acción paralela al impulso y control dado a la ratificación de los tratados elaborados en su seno. En cualquier caso, la utilidad de estas previsiones reside en que obliga a los Estados miembros a dar explicaciones del propio comportamiento en un foro multilateral (Brotons, 1997, p. 306).

24. Algunas organizaciones de fines específicos, particularmente de ámbito regional, han sido capacitadas para adoptar resoluciones vinculantes a condición de contar con el acuerdo de todos sus Estados miembros. Ahora bien, a fin de evitar el efecto paralizador de la regla de la unanimidad prevista en sus tratados constitutivos, la práctica de la organización ha corregido la regla permitiendo que las decisiones de sus órganos produzcan efectos jurídicos para los Estados que se hubiesen mostrado a favor de su adopción (*contracting in*), quedando por consiguiente el resto liberados de su aplicación[...] (Brotons, 1997, pp. 306-307).

25. Otras organizaciones de fines específicos, especialmente de cooperación en los ámbitos científico y técnico, sean universales o regionales, han recibido de sus tratados constitutivos la facultad de adoptar por mayoría resoluciones jurídicamente vinculantes para todos los Estados miembros que, en un plazo determinado, no hubiesen manifestado la imposibilidad de aplicar lo ordenado en su derecho interno, su objeción o reservas (*contracting out*) (Brotons, 1997, p. 308).

26. Para la CIDH: Los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales deben dar la protección efectiva para evitar la situación de riesgo presentada. Asimismo, son las partes las que deben diseñar el tipo de medidas materiales más adecuadas, y/o de otro carácter, para atender las situaciones planteadas y prevenir la consecución de situaciones de riesgo adicionales (Informe Anual CIDH de 2011, Capítulo III, párrafo 23).

los Estados, no obstante puedan surgir de ellas algunas obligaciones de comportamiento o que en el futuro puedan comprometer la responsabilidad internacional del Estado parte.

El análisis se realizará teniendo en cuenta que las medidas cautelares de la CIDH también se enmarcan dentro de esquemas internacionales de protección de derechos humanos, específicamente a nivel interamericano, razón por la cual pasaremos en el siguiente acápite a describir la razón de ser de la creación de órganos internacionales de protección de derechos humanos a nivel interamericano, sus principales actividades y mecanismos de control y seguimiento, para después pasar a explicar la naturaleza de la CIDH y de su mecanismo de medidas cautelares.

### **Sistemas internacionales de Protección de Derechos Humanos:**

Una vez acaba la Segunda Guerra Mundial, los Estados de América decidieron suscribir la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, reconociendo en ella un conjunto de derechos que deberían ser reconocidos y respetados por los Estados Parte, pero que en un principio carecía de fuerza vinculante. Este aspecto, sumado a graves violaciones de derechos humanos en Centro y Sur América, en las décadas de los cincuenta y sesenta, motivó la creación de un órgano que tuviera como objetivo la labor de promoción de los derechos de la persona humana en la región. El órgano pasó a ser la CIDH que, a pesar de tener unas funciones muy genéricas, poco a poco se atribuyó facultades de seguimiento y control a las actuaciones de los Estados en la región en materia de derechos humanos. Dicho aspecto después serviría de contexto para la aprobación de la CADH, instrumento este de carácter regional que positiviza buena parte de la declaración Americana y reconoce a la CIDH como un órgano de control dentro del SIDH. Alrededor de dicha Convención, también se han suscrito numerosos tratados de derechos humanos que la desarrollan en puntos concretos.

En general, los instrumentos internacionales que salvaguardan la persona humana, tienen como común denominador el reconocimiento, establecimiento y la protección de los derechos humanos, todos, fruto de una evolución progresiva de la conciencia universal y regional en este tema. Dicha evolución

ha llevado a que, en un gran número de los mismos, tanto universales como regionales, se hayan creado esquemas convencionales y extra convencionales de seguimiento al cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de respeto y protección de derechos humanos.

Hablando de los mecanismos convencionales y extra convencionales del sistema universal de derechos humanos, Díez de Velasco (2009), explica que:

Si la definición de un estándar internacional en materia de derechos humanos contiene ya un valor intrínseco, dicho valor quedaría minorado sensiblemente sin el establecimiento de un sistema jurídico que permita su oponibilidad a los Estados, garantizando el control internacional sobre la forma en que los mismos cumplen sus obligaciones internacionales y proporcionando, por tanto, una protección –directa o indirecta– a los individuos[...]. Los mecanismos convencionales se han establecido sobre la base de tratados internacionales ad hoc y por consiguiente, no obligan más que a aquellos Estados que voluntariamente hayan prestado el consentimiento respecto a cada tratado en concreto (pp. 538-539).

Los órganos convencionales han recibido distintas denominaciones, pero las más comunes son: Comités, Cortes o Comisiones.

Si bien dichos órganos desarrollan funciones específicas y diferentes entre sí, según la clase de Convenio y los derechos reconocidos en el mismo, así como también dependiendo de las obligaciones a cargo de los Estados parte, en esencia todos ellos tienen unas características comunes que los identifican en el ejercicio de sus funciones como órganos que tienden a verificar y controlar el cumplimiento de instrumentos internacionales de derechos humanos, dichas características comunes son:

En primer lugar, [...] son creados por un tratado internacional [...] En segundo lugar, son órganos técnicos integrados por expertos designados a título individual, que no pueden recibir instrucciones gubernamentales ni de ningún otro órgano u organización, nacional e internacional. En tercer lugar, son órganos permanentes en cuanto a su creación, que desarrollan sus trabajos en períodos de sesiones predeterminados cuya duración varía de un caso a otro. En cuarto lugar, su competencia se circunscribe al instrumento convencional que los crea y les sirve de soporte. Por consiguiente, tan sólo pueden interpretar y supervisar la aplicación del mismo y carecen de competencias generales en materia de derechos humanos o respecto de cualquier otro instrumento. Por último, en relación con el alcance de su competencia, ha de tenerse en cuenta que la misma se centra fundamentalmente en

el control y supervisión de la forma en que los Estados parte cumplen las obligaciones convencionales. Sin embargo, ello no se traduce en un modelo de control único. Por el contrario, dicha actividad la ejercen a través de diversos mecanismos y procedimientos que van desde el mero estudio de informes gubernamentales a la recepción de denuncias individuales, forma esta última que se va consolidando en los últimos años como un mecanismo de vocación general (Díez, 2009, p. 538).

Por otra parte, el grado de eficacia de la labor de cada uno de estos órganos varía, según la intensidad de las técnicas o instrumentos de control que le hayan sido asignados. Dichas competencias en materia de control se encuentran dadas desde la recepción de simples informes que de buena fe rinden los Estados en materia de cumplimiento de sus obligaciones convencionales, pasando por las denuncias de un Estado frente al incumplimiento de algunas de las obligaciones de otro Estado parte, hasta la posibilidad de interponer y tramitar denuncias individuales directamente interpuestas por individuos afectados en algunos de sus derechos por un Estado parte. Últimamente, pero solo para la Convención en Contra de la Tortura, se ha implementado un sistema de investigaciones confidenciales que pueden dar lugar a “misiones de visita y verificación del terreno” en el Estado parte objeto de investigación.<sup>27</sup>

Afortunadamente, el PIDCP, la Convención Contra la Tortura y el SIDH, entre otros pocos, cuentan con una técnica de control con mayores posibilidades de eficacia, me refiero a las denuncias individuales, que “[...] concede cierta protección al individuo al que se le otorga la posibilidad de denunciar ante una instancia internacional [...] la vulneración de los derechos garantizados en el Pacto” (Casadevante, 2003 p. 130) y en la Convención antes citada.

Este último mecanismo, requiere no solo que el Estado denunciante y denunciado sean parte del tratado, sino que también requiere que, previa la ocurrencia de los hechos, los dos hayan aceptado la competencia del respectivo Comité, Comisión o Corte para recibir y tramitar este tipo de denuncias, ya

---

27. Investigaciones confidenciales. Es un mecanismo específico de ésta convención, que permite la designación de una comisión cuyos miembros deben analizar casos de situaciones que provengan de información confiable sobre violaciones sistemáticas de Derechos Humanos en un Estado parte de la convención. Para que sea posible se pide la autorización al Estado y se procede a investigar. En algunas ocasiones merece misiones de visita y verificación del terreno (Fernández, 2003).

sea suscribiendo la convención, protocolo adicional a la misma o declarando la aceptación expresa de la competencia del mismo.

Una vez reconocida dicha competencia, los órganos de control respectivos podrán pronunciarse “[...] sobre la violación denunciada, transmitiendo sus observaciones tanto al Estado denunciado como al particular” (Casadevante, 2003, p. 131), lo cual permite a estos órganos convencionales desarrollar una “cualificada jurisprudencia a través de su labor interpretativa del alcance y contenido de los derechos protegidos en el Pacto (Casadevante, 2003, p. 130). A pesar de que el trámite a cargo de estos órganos es relativamente similar, tengan o no naturaleza jurisdiccional, debe decirse que otra discusión es la eficacia de sus decisiones, pues tampoco existen mecanismos jurídicos que permita más allá de la buena voluntad del Estado, obligarlo a cumplir las medidas ordenadas por el órgano de control.

Así las cosas, la CIDH hace públicas sus decisiones, generalmente en informes anuales, siendo esta publicación, a diferencia del esquema de denuncias inter-estatales, medida de la que dispone (si el Estado no ha conferido competencia a la COIDH para conocer de la denuncia), y que siguiendo a Casadevante (lo explica para el Comité del PIDCP), sirve “[...] para ejercer algún tipo de presión sobre los Estados puesto que, si el Estado interesado no acepta sus observaciones, carece de cualquier otra posibilidad de reclamación internacional” (Casadevante, 2003, p. 131). También tiene la CIDH la posibilidad dentro del esquema de denuncias del SIDH de presentar demanda ante la COIDH cuando el Estado parte ha desatendido sus recomendaciones.

En síntesis, si bien la creación y labor de estos Comités, Comisiones y Cortes en materia de protección de derechos humanos no es totalmente eficaz y posee falencias, constituye un avance universal y regional que debe ser fortalecido y corregido a medida que la globalización del derecho, especialmente en materia de DIH y DIDH avance y la noción de soberanía ceda ante dicho proceso expansionista del derecho.

### **CIDH como órgano de control Interamericano.**

A nivel regional, en el SIDH la tarea de supervisar el cumplimiento de la CADH y demás instrumentos que conforman el *corpus iuris del SIDH* ha sido conferida a dos órganos principalmente, a saber, la CIDH y la COIDH. La CIDH es un



órgano de la OEA (ver art. 112 de la Carta de la OEA) que, si bien en principio no tenía funciones de control, seguimiento y vigilancia, sino de promoción, en la práctica asumió el liderazgo en dichas tareas, sin mayor oposición por parte de los Estados, siéndole reconocida formalmente dichas atribuciones mediante la Resolución N° 253 del Consejo Permanente de la OEA:

Como consecuencia de esta decisión, el sistema interamericano está dividido en dos. Una parte la componen los mecanismos desarrollados en el marco de la carta de la OEA y la otra, los derivados de la Convención. De los primeros, algunos se aplican por la Comisión a todos los Estados miembros de la OEA, sean o no parte en la Convención y otros, sólo a los Estados miembros que no son parte en la Convención. Los segundos se aplican por la Comisión y por la Corte –en caso que se le haya dado competencia– sólo a los Estados miembros que no son parte en la Convención. Los segundos se aplican por la Comisión y por la Corte –en caso que se le haya dado competencia– sólo a los Estados parte de ese tratado (Medina, y Nash, 2007, p. 53).

### **Incorporación de la CADH al ordenamiento jurídico colombiano.**

Determinar el rango o fuerza jurídica que tiene la CADH a nivel interno en los Estados Parte es un asunto que no definió dicho instrumento internacional, razón por la cual, el cumplimiento de las obligaciones en ella contenidas, debe ser abordado de conformidad con los parámetros de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que impone la obligación a los Estados de cumplir de buena fe con el contenido de las estipulaciones pactadas, no siendo posible anteponer normas de derecho interno que puedan desconocer las del tratado (Ledesma, 2004, p. 57). No obstante lo anterior, algunos Estados han optado por reconocer expresamente en sus constituciones un rango jerárquico importante en su ordenamiento jurídico interno a los tratados de derechos humanos, *verbi gracia*, Colombia donde a partir del reconocimiento en cuatro artículos constitucionales, la Corte Constitucional en su jurisprudencia, y apoyada en la teoría del bloque de constitucionalidad, le reconoce a algunas disposiciones de dicho tipo rango y jerarquía constitucional, mientras que las otras conservan un rango supra legal.

Cosa distinta sería el margen de apreciación que puedan tener los Estados sobre el alcance y aplicación de algunas disposiciones de la CADH.<sup>28</sup>

A la luz de la Convención de Viena, una vez ratificada la CADH, genera obligaciones inmediatas en el ordenamiento jurídico interno de los Estados parte, indistintamente de la forma o rango que el ordenamiento jurídico le reconozca, su acatamiento por parte de todas las autoridades del Estado vincula la responsabilidad internacional del mismo, debiendo adaptar su legislación interna de tal manera que fuere compatible con el conjunto obligacional aceptado (Ledesma, 2004, p. 58), de cara a garantizar la obligación inmediata de garantizar y respetar los derechos en ella estipulados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la CADH.

A lo anterior habría que sumar el principio del efecto útil, conforme lo dispuso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en los casos *Ivcher Bronstein*<sup>29</sup> y *Tribunal Constitucional*,<sup>30</sup> en sentido que el deber de garantía que tienen los Estados sobre los derechos reconoci-

---

28. Artículos 26 y 27. En todo caso, parece oportuno llamar la atención sobre algunos textos constitucionales recientes, en los que se asigna a los tratados de derechos humanos un lugar prioritario en la jerarquía de las normas del Derecho interno.<sup>13</sup> En el ámbito nacional, la aplicación de la Convención se distingue por el carácter autoejecutorio y autónomo de sus disposiciones, sin perjuicio de que, en el acto de darles aplicación, el Estado pueda disponer de un margen de apreciación (Ledesma, 2004, p. 57).

29. Caso *Ivcher Bronstein*. Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999, párrafo 37.

30. Caso del Tribunal Constitucional. Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999, párrafo 36. La doctrina del margen de apreciación constituye el espacio para maniobrar que tendría el Estado, y que le permitiría definir las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención, o hacer una primera evaluación de los hechos y circunstancias que puedan justificar ya sea una restricción de algunos de esos derechos, o incluso su suspensión. Pero ese margen de apreciación no puede, en ningún caso, entenderse como una autorización para que los órganos del Estado interpreten libremente las disposiciones de la Convención, o como una autorización para interpretar la Convención de modo que tenga efectos diferentes en los distintos Estados. Además, esa discrecionalidad que se le concede al Estado en la regulación de ciertos derechos tampoco puede servir de excusa para negar a la persona el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, o para desconocer el carácter autosuficiente de la Convención. La circunstancia de que algunas disposiciones de la Convención permitan que el Estado pueda restringir, o regular, el ejercicio del derecho allí consagrado no significa que ese derecho quede en suspenso si el Estado no ejerce esta facultad (Ledesma, 2004, p. 64).

dos en la CADH debe concretarse de tal manera que sea práctica y eficaz su realización, aún sobre las normas de derecho interno. Dicho principio desempeña un papel importante en el marco del margen de apreciación del que pueden gozar los Estados al momento de dar aplicación en sus ordenamientos internos a la CADH, pues que exista un margen de apreciación, no quiere decir que la protección de la persona humana conforme a los derechos reconocidos en la CADH pueda hacerse nugatoria, pues no solo sus disposiciones deben hacerse efectivas sino que también a partir del principio *pro homini* deben interpretarse y aplicarse de tal manera que se protejan de mejor manera los derechos de la persona humana.<sup>31</sup>

Al estar revestida de una gran importancia para nuestros ordenamientos jurídicos el acatamiento de los postulados de la CADH, resulta importante también decantar el valor que la jurisprudencia de su máximo órgano de control representa para dichos ordenamientos, pues como más adelante lo veremos, dicha jurisprudencia también se ha manifestado sobre el valor vinculante de las medidas cautelares de la CIDH. A continuación, entonces, nos introduciremos en la citada temática y en general en una descripción de los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos.

### **La jurisprudencia de la COIDH, el reconocimiento internacional de los derechos humanos y sus mecanismos convencionales de control y seguimiento a su eficacia, importancia de la jurisprudencia interamericana.**

Buen número de los tratados internacionales que en materia de derechos humanos han suscrito los Estados, contienen entre sus cláusulas convencionales la creación de un mecanismo de control que se encargue de hacer seguimiento y vigilancia a los Estados parte con la finalidad de asegurar el cumplimiento y eficacia de las cláusulas convencionales y los derechos en ella reconocidos,<sup>32</sup> *verbigracia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en

31. Véase, Ledesma (2004, p. 64).

32. Según Díez (2009): Los mecanismos convencionales se han establecido sobre la base de tratados internacionales ad hoc y, por consiguiente, no obligan más que a aquellos Estados que voluntariamente hayan prestado el consentimiento respecto de cada tratado en concre-

adelante TEDH), la Corte y Comisión Africanas de Derechos Humanos, los comités del sistema universal de protección de derechos humanos y a nivel regional en América, la COIDH y la CIDH. Dichos órganos de control y seguimiento a los tratados, en la mayoría de los casos, son los máximos intérpretes del sentido y alcance de las normas convencionales (lo son los órganos citados), razón por la cual, sus decisiones al resolver casos contenciosos, si bien tienen fuerza vinculante para el caso concreto,<sup>33</sup> a través del sistema de precedentes jurisprudenciales (al menos respecto de aquellos que tienen naturaleza jurisdiccional), constituyen pauta jurisprudencial a seguir en el cumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados parte en la CADH. El conocer dicha jurisprudencia permite anticiparse al sentido de futuras decisiones en materia de protección a los derechos humanos reconocidos en el respectivo tratado.

En el contexto americano, salvo el caso de Cuba, tenemos regímenes democráticos y constitucionalizados, donde la mayoría de Estados que integran el continente han suscrito y ratificado la CADH, aceptando y otorgando competencia a la COIDH para resolver casos contenciosos (algunos Estados representativos del continente no la reconocen, a saber, Canadá y EE.EE, entre otros), convirtiéndose sus decisiones, sobre todo las que tienen naturaleza jurisdiccional,<sup>34</sup> en criterio determinante que condiciona el sentido y alcance de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, todo ello dentro del rol asignado que es el de preservar la CADH como un todo, es decir, como un conjunto unificado de normas que buscan proteger y salvaguardar de amenazas y vulneraciones el conjunto de derechos humanos en ella contenidos, labor esta que debe articularse con la labor de los tribunales internos, pues al ser la COIDH el máximo intérprete de la CADH, sus decisiones entran a condicionar

---

to... existen tantos sistemas de control como instrumentos convencionales (pp. 538 y 539).

33. El artículo 63 de la CADH estipula que: Cuando decida que hubo violación del derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

34. El artículo 2 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispone que: La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva. 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención.

las decisiones de las jurisdicciones nacionales en cuanto al sentido y alcance de los derechos en ella contenidos.<sup>35</sup>

Concretamente, dichos tratados consagran un deber de cumplimiento de las sentencias de sus órganos de vigilancia, es el caso propiamente dicho de la CADH que en su artículo 68 numeral 1, consagra la obligación para los Estados parte de cumplir sus decisiones<sup>36</sup> (siempre que hayan reconocido competencia a la COIDH en materia de denuncias por violación de derechos humanos). No cumplir con dicha decisión implicaría el incumplimiento de las obligaciones convencionales que de buena fe<sup>37</sup> asumió el Estado cuando ratificó la CADH, sin que las normas de derecho interno puedan ser presentadas como excusa para su incumplimiento.

Es en materia contenciosa,<sup>38</sup> entonces, que estos órganos internacionales encargados de hacer seguimiento y control a los tratados de derechos humanos, pueden, más allá de resolver un caso en concreto (García Ramírez, 2004), generar pautas de interpretación (también puede serlo a través de opiniones consultivas u observaciones generales) que crean derroteros a seguir para los ordenamientos jurídicos de los Estados parte.<sup>39</sup> Al respecto, el ex Juez de la COIDH Sergio García Ramírez ha explicado que:

Obviamente, la jurisdicción internacional, que suele ejercerse sobre casos ‘paradigmáticos’, aspira a generar derroteros para el futuro, no exclusivamente dirimir conflictos en el presente. De ahí el enorme valor que la jurisprudencia

---

35. Véase, Cançado Trindade (2003): “Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: el Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos” ( p. 46).

36. El artículo 68 de la CADH estipula que: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

37. El principio de buena fe frente a las obligaciones convencionales asumidas por los Estados al suscribir los tratados tiene soporte normativo en el artículo 27 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986).

38. La jurisprudencia de la COIDH, en los casos contenciosos, se deriva de cuatro clases de sentencias: *excepciones preliminares, fondo, reparaciones e interpretativas*.

39. Véase, Medina Quiroga (2006, p. 209).

internacional posee como fuente del derecho de gentes, en los términos del artículo 38, inciso d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (García Ramírez, Opinión Consultiva OC-18/03).

En otras palabras, lo anterior significa que la función jurisdiccional, vincula a los Estados que han ratificado o adherido a la CADH, (entre los cuales se encuentran el Estado colombiano y el argentino); mientras que la función consultiva, si bien puede brindar pautas de interpretación sobre el sentido y alcance de una norma del SIDH o cualquier otro tratado de derechos humanos, no dirime un conflicto y basta solo con ser Estado miembro de la OEA u órgano principal de la misma para tener la posibilidad de formular consultas.

En su labor como juez de conflictos contenciosos, la COIDH verifica que él o los Estados partes acusados hayan dado cumplimiento a las obligaciones contenidas en la CADH u otros instrumentos del SIDH, así como también, a los estándares fijados por la misma COIDH en materia de aplicación, interpretación y alcance de las normas que reconocen derechos en el SIDH. Ello con la finalidad de determinar si hay lugar o no a imputar responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, estableciendo también medidas de reparación integral de las víctimas, entre las que se encuentran las garantías de no repetición.

La citadas medidas de reparación adoptadas por la COIDH en sus sentencias, como juez del SIDH, a la luz de lo dispuesto en el artículo 68.1<sup>40</sup> de la CADH obligan a los Estados que le han reconocido competencia al ratificar o adherirse a la CADH, a su cumplimiento oportuno y completo, es decir, el Estado no puede discrecionalmente escoger qué cumple y qué no, así implique, incluso la modificación del ordenamiento jurídico interno, incluida la Constitución Política misma.<sup>41</sup> Dichas sentencias, conforme lo dispuesto en el artículo 67 de la CADH tienen la característica de ser definitivas e inapelables y su carácter

---

40. Dicho artículo dispone que: "Los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".

41. Al respecto véase la sentencia que resolvió el Caso Olmedo Bustos vs. Chile (Conocido también como la Última Tentación de Cristo) expedida el 5 de febrero de 2001, donde se ordenó al Estado Chileno, a título de medida de reparación, modificar su Constitución

obligatorio para el Estado Parte objeto del control, se refuerza con lo dispuesto en los artículos 26<sup>42</sup> y 27<sup>43</sup> de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que prohíbe invocar el ordenamiento jurídico interno como excusa para el incumplimiento de la obligación convencional. Similar es el sentido del artículo 2<sup>44</sup> de la CADH que obliga los estados parte a implementar medidas legislativas o de otro carácter que permitan adecuar sus obligaciones conforme lo dispuesto en el mencionado tratado.

La jurisprudencia del SIDH entra desempeñar un papel importante en el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico interno de los Estados parte, pues en lo que tenga que ver con un derecho humano regulado por los tratados que hacen parte de este sistema y en general de los que haga parte el Estado, no basta con atender, sistematizar y aplicar la jurisprudencia local, sino también debe tenerse en cuenta la internacional, pues sus parámetros servirán de soporte en el futuro para evaluar el cumplimiento de las obligaciones estatales conforme los postulados de los instrumentos del SIDH. En este último punto juegan un papel muy importante los tribunales internos, siendo ellos, a través del sistema de precedentes, los primeros llamados a unificar criterios jurisprudenciales a nivel local, integrando a sus pronunciamientos la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.<sup>45</sup>

Hoy día no podemos hablar, entonces, de un proceso de constitucionalización del derecho civil, penal, laboral, administrativo, entre otros, sin entender como

---

Política. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, "Caso Olmedo Bustos vs. Chile (Conocido también como la Última Tentación de Cristo)", s/Fondo Reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001.

42. Esta norma dice: "[...] todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", principio conocido como *pacta sunt servanda*.

43. El citado artículo señala: "27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

44. El citado artículo señala que: "Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

45. Véase, García-Sayán (2005, p. 330)

parte integrante de dicho proceso a las normas internacionales en derechos humanos y los pronunciamientos de los tribunales y órganos encargados de darles sentido y alcance. Desconocer esto conllevaría implícitos omisiones de obligaciones convencionales de los Estados partes. Este es el caso, por ejemplo, del Estado colombiano que ha integrado en su normatividad nacional dichos tratados, a través de su legislación, aunque con distinta fuerza normativa, según la jurisprudencia local (los tratados de derechos humanos no susceptibles de suspensión en estados de excepción ingresan con el mismo rango y fuerza de constitución). Una similar apreciación puede hacerse de las sentencias del SIDH que poco a poco empiezan a notarse y citarse en los pronunciamientos de los altos tribunales de los Estados parte en la CADH que han reconocido competencia contenciosa a la COIDH.<sup>46</sup>

### **Jurisprudencia Interamericana como fuente vinculante del derecho colombiano**

En el caso colombiano, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, no existía una cultura jurídica que permitiera hacer efectivas las decisiones de los órganos de control de los distintos sistemas internacionales de derechos humanos, pues, la misma Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre para ese momento de la rama judicial, desconocía una mayor jerarquía a los tratados de derechos humanos sobre nuestra legislación interna,<sup>47</sup> es decir, estaban equiparados al mismo nivel o inferior. La anterior situación cambia con la expedición de la Constitución de 1991, que reconoce una importancia especial a los tratados de derechos humanos al conferirles fuerza jurídica interna<sup>48</sup> en los artículos 53, 93, 94 y 214 constitucionales. Dicha consagración constitucional abrió las puertas a toda una producción jurisprudencial de la Corte constitucional Colombiana que se valió de la teoría del bloque de constitucionalidad para incorporar al ordenamiento jurídico con rango constitucional, numerosas

---

46. Véase, García-Sayán (2005, p. 331).

47. Véase, Uprimni (2007, pp. 128 y 129).

48. Véase Uprimni (2007, p. 129).



disposiciones contenidas en tratados de derechos humanos,<sup>49</sup> algunas de ellas sin necesidad de ser ratificadas por el Estado Colombiano, como es el caso del DIH. En palabras de Uprimni:

[...] basta decir que en términos generales, la CCC reconoce fuerza y jerarquía constitucional a los principales tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y que dicho reconocimiento no ha sido puramente retórico sino que ha tenido importantes consecuencias, en campos muy disímiles (Uprimni, 2007, p. 132).

Si bien el valor en el derecho interno de los tratados internacionales de derechos humanos hoy en día no se discute en Colombia, la discusión se cierne en el valor de los pronunciamientos de los órganos de control encargados de hacer seguimiento a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, pues no es tan claro que dichos pronunciamientos tengan la misma fuerza normativa que los tratados en que se fundan.<sup>50</sup> Habría que distinguir entonces entre los pronunciamientos emitidos en virtud de facultades jurisdiccionales y los pronunciamientos que como en el caso de las medidas cautelares de la CIDH no están respaldados por una facultad jurisdiccional. En el primer caso, se tiene fuerza vinculante, mientras que en el segundo es relativo. Al respecto la Sentencia C-010 de 2000 de la Corte Constitucional, así como también Uprimni, explican que, en general,

[...] la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos tiene una fuerza jurídica interna pues es una doctrina particularmente importante y relevante cuando se van a interpretar los derechos constitucionales, toda vez que, si los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados, deben ser interpretados de conformidad con la interpretación que de los tratados hacen los órganos autorizados a nivel internacional, que en el sistema interamericano serían la CIDH y la Corte IDH (Uprimni, 2007, p. 137).

La importancia de la jurisprudencia del SIDH ha sido reconocida por la Corte Constitucional Colombiana (Colombia ratificó la CADH el 21 de junio de

---

49. Según Uprimni, “Esta apertura al DIDH permitió entonces que la CCC, que fue creada con la Constitución de 1991, utilizara vigorosamente los tratados de derechos humanos para orientar sus decisiones [...] (Rodrigo, 2007, p.130).

50. Véase, Uprimni (2007, p.134).

1985), quien como máximo órgano de cierre de la jurisdicción constitucional<sup>51</sup> ha explicado en distintos temas relacionados con la violación de derechos humanos, que la jurisprudencia de la COIDH constituye interpretación auténtica del sentido y alcance de los derechos reconocidos en la CADH. Al respecto, y con la finalidad de resolver una demanda de inconstitucionalidad de una ley que fijaba condiciones para la desmovilización de grupos paramilitares y su reincorporación a la sociedad, dijo:

Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario (Sentencia C-370 de 2006).

También, en otro pronunciamiento, la Corte Constitucional colombiana explicó que la jurisprudencia de la COIDH resultaba vinculante por ser precisamente interpretación autorizada de los derechos contenidos en la CADH, tratado que a su vez es vinculante para Colombia. La Corte dijo que el sistema interamericano y la jurisprudencia de la CIDH referente “a los derechos humanos a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la no repetición” son de especial protección y como dije, por ser parte de aplicación de la CADH son de carácter obligatorio y a su vez las decisiones producto de la interpretación de estos derechos.<sup>52</sup> Que la jurisprudencia de la COIDH sea considerada vin-

---

51. En Colombia, no existe un único órgano de cierre a nivel jurisdiccional, pues según el campo o área del derecho existen 4 órganos de cierre, a saber: Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura.

52. Así, De otra parte, reviste una especial importancia el sistema interamericano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos a la justicia, a la verdad, a la reparación, y a la no repetición, por tratarse de la aplicación y garantía de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tiene carácter vinculante y es obligatoria para los Estados partes, y de decisiones que constituyen la interpretación autorizada de los derechos consagrados por ésta (Sentencia C-715 de 2012).

culante no solamente es el caso del Estado Colombiano, sino también el de varios países de la región.<sup>53</sup>

Lo anterior no significa que cualquier pronunciamiento de cualquier órgano internacional de control en materia de derechos humanos, esté revestido de fuerza jurídica vinculante y, menos aún, que sus pronunciamientos constituyan jurisprudencia. Siguiendo a Uprimni:

No todos los pronunciamientos tienen la misma fuerza normativa y doctrinaria, pues existen muy diversos organismos de control, que van desde aquellos que tienen una naturaleza claramente jurisdiccional, como la Corte IDH o la Corte Internacional de Justicia, hasta otros que claramente no tienen esa naturaleza (como un relator temático de la ONU), pasando por otros que son considerados organismos semi-jurisdiccionales (como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o la Comisión IDH)[...] en general la CCC ha tenido a considerar como jurisprudencia internacional en derechos humanos o doctrina autorizada en esta materia a aquellos criterios estables desarrollados por las instancias judiciales o semi-judiciales de control en materia de derechos humanos, como la Corte IDH, el Comité de derechos humanos de la ONU, la Comisión IDH, el Comité de Libertad Sindical de la OIT o el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Uprimni, 2007, p. 137).

## Alcance de las decisiones de Medidas Cautelares de la CIDH

Como el problema que interesa a este trabajo se centra en delimitar la vinculatoriedad de pronunciamientos que a pesar de no estar respaldados por el ejercicio de una facultad jurisdiccional, tienden a proteger de manera precisa contextos individuales de posibles violaciones de derechos humanos. Este es el caso de las medidas cautelares, cobra importancia conocer el sentido y alcance que a las mismas ha dado la doctrina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuyos pronunciamientos son

---

Pronunciamientos similares se pueden encontrar en Sentencias C-442 de 2011, C-620 de 2011, C-875 de 2011C- 10 de 2010 y T367 de 2010 entre muchas otras.

53. En materia de vinculatoriedad de la jurisprudencia del sistema interamericano, Diego García Sayán (2005, pp. 348 y 349) transcribe apartes de la jurisprudencia del Tribunal constitucional del Perú con una posición muy similar a la colombiana.

obligatorios para nuestro ordenamiento jurídico interno y especialmente, en el contexto del caso Petro, el alcance que nuestra Corte Constitucional Colombiana les reconoce.<sup>54</sup>

### **Posición a favor y en contra de la vinculatoriedad de las medidas cautelares de la CIDH**

Determinar si los pronunciamientos de la CIDH son vinculantes no ha sido un tema pacífico a nivel regional, pues cumple diferentes tipos de funciones y en ellas realiza diferentes variedades de pronunciamientos, a saber, informes, recomendaciones, entre otras. Estos, a su vez, pueden llegar a tener diferente fuerza, ya sea jurídica o moral, dependiendo de la naturaleza de cada uno de ellos, razón por la cual y al ser el objeto del presente trabajo solo uno de ellos, a saber, las medidas cautelares dictadas en asuntos que se enmarcan o no, en un proceso contencioso<sup>55</sup> ante el SIDH, es sobre ellos que nos centraremos.<sup>56</sup>

No obstante, la claridad con la que la CIDH considera vinculantes sus resoluciones en materia de medidas cautelares, para la doctrina se trata de un tema que no ha sido pacífico, dada la falta de atribución convencional de dichas facultades. Al respecto, Medina y Nash explican que “[...] [h]a habido controversia de esta facultad que está dada sólo por una norma reglamentaria, estimando algunos Estados que la Comisión no está habilitada para decretarla” (Medina y Nash, 2007, p. 70), mientras que Aragón (2010) dice que:

---

54. Un aspecto particular que ha sido desarrollado por la CCC en varios pronunciamientos es la fuerza jurídica interna, no ya de la doctrina o jurisprudencia de las instancias internacionales de control, sino de sus decisiones específicas en casos concretos (Uprimni, 2007, p. 138).

55. Véase, Hitters (2008, p. 136).

56. Hitters (2008) dice: Corresponde preguntarse si las “decisiones” de la Comisión tienen valor vinculante. Antes que nada importa destacar que el tema es discutido, ya que dicho cuerpo no goza de jerarquía jurisdiccional en sentido estricto, y por ende no dicta “sentencias” como la Corte Interamericana, aunque se ve una gran similitud con éstas. La Comisión produce Informes, Conclusiones y Recomendaciones, que por lo menos poseen un notorio valor moral, jurídico y político” (p. 136).

[...] el carácter obligatorio de las medidas cautelares es un tema que ha generado discusión. Algunos sostienen que estas medidas, al no estar expresamente contempladas en el texto la Convención, carecen de fuente convencional y por ende, de obligatoriedad. El artículo 63.2 de la Convención se encarga únicamente de regular lo referente a las medidas provisionales que toma la Corte Interamericana, sin hacer mención a las medidas cautelares que adopta la Comisión. Estas, como ya se dijo, se encuentran reguladas en el artículo 25 de su propio Reglamento (p. 125).

La discusión en torno a la obligatoriedad o no de las medidas cautelares de la CIDH gira en torno al hecho de que la facultad de expedir medidas cautelares ya fuere en el marco de un proceso contencioso ante el SIDH o no, no tiene una fuente convencional, es decir ni la CADH, ni los otros instrumentos que hacen parte del SIDH se lo permiten (tampoco se lo niegan), siendo una atribución conferida por su reglamento Interno que a su vez es desarrollo de los Estatutos que la rigen, aprobados por la Asamblea General de la OEA, los que a su vez desarrollan la CADH. Así las cosas, se trata de facultades que expresamente no han aprobado los Estados parte. En otras palabras,

[...] la Comisión, a diferencia de la Corte, no cuenta con una base Convencional para dictar medidas cautelares. Ello le da a sus medidas menor sustento legal. Sin perjuicios de ello, la Comisión ha sostenido reiteradamente que sus medidas deben ser cumplidas obligatoriamente por los Estados (Méndez y Dulitsky, 2002, p. 125).

En palabras de Méndez y Dulitsky (2002), dicha situación:

[...] es sin duda un factor que puede afectar su eficacia. Varios Estados adoptan explícitamente la posición de que las medidas cautelares no son vinculantes por no tener base convencional, como lo hizo Estados Unidos al responder a la medida cautelar sobre los prisioneros de Guantánamo [...] (p. 136).

Enmarcado entonces el debate en posiciones a favor y en contra de la vinculatoriedad de las medidas cautelares, en los siguientes dos apartes, se presentarán las posiciones de algunos doctrinantes relevantes, que han escrito sobre la temática tratada.

### **Posiciones doctrinales en contra:**

Para Color (2013),

En varias ocasiones, los Comités han concluido que se han producido violaciones de los tratados y han instado a los Estados Partes a poner fin a las infracciones de los derechos de que se trata. En el ámbito de las observaciones finales, los Comités pueden formular recomendaciones específicas a los Estados Partes, para impedir que se produzcan nuevas violaciones. Aunque estas observaciones no son vinculantes desde el punto de vista jurídico, se espera de los Estados Partes adopten las medidas necesarias para aplicarlas de buena fe (p. 22).

Para Loretta Ortíz (2006),

“[l]as recomendaciones, observaciones generales, declaraciones y opiniones per se no constituyen fuente de obligaciones, únicamente en el caso de que se apoyen o soporten en una norma convencional o consuetudinaria” (pp. 43 y 47).

Además,

Lo mismo observamos en el caso de las recomendaciones hechas por la Comisión Interamericana, que si bien realiza una investigación exhaustiva de las reclamaciones presentadas, se limita a elaborar un informe pudiendo formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas, y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada, y si no lo hiciere podrá publicar su informe. En cambio, los fallos de la Corte Interamericana son obligatorios, toda vez que así lo dispone el artículo 68.1 de la Convención Americana [...], por tanto, la obligatoriedad de las sentencias de la Corte deriva de dicha Convención (p. 47).

### **Posiciones doctrinales a favor:**

No obstante, las posiciones pesimistas vistas en el numeral anterior, cabe anotar también que otro sector de la doctrina señala que en general las recomendaciones, opiniones y decisiones de cualquiera de los dos órganos de control del SIDH, en casos específicos de protección de derechos humanos, resultan vinculantes para los jueces de los Estados parte,

[...] pues si los Estados se reservaran el derecho a interpretar las Recomendaciones de la Comisión, para aplicarlas en el ámbito doméstico según las circunstancias de cada caso concreto, estarían desvirtuando el sistema internacional de derechos humanos al que se han afiliado y en el que asumieron sus obligaciones (Hitters, 2008, p. 136).

Para Faúndez (2009),

Las medidas cautelares tienen, en principio, el carácter de meras recomendaciones, provistas de la autoridad del órgano del cual emanan. Pero, en realidad, ellas no pueden ser vistas como una simple solicitud para que el Estado se abstenga de determinadas acciones que pudieran generar daños irreparables a las personas, o como una mera sugerencia para que adopte medidas dirigidas a evitar ese daño irreparable. La circunstancia de que las medidas cautelares acordadas por la Comisión constituyan, en principio, una mera ‘recomendación’, debe ser vista con cautela; porque, según lo dispuesto por el art. 33 de la Convención, tales medidas tienen la autoridad que deriva de uno de los órganos del sistema encargados de velar por el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la misma Convención (Faúndez Ledesma, 2004, p. 382)

Sostiene, también, Faúndez (2009) que uno de los compromisos de los Estados a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 de la CADH es el de adopción de todas las medidas internas que resulten necesarias para garantizar la eficacia del citado instrumento internacional, entre las cuales se encuentra la obligación de amparar los derechos que se pudieren ver vulnerados o amenazados y en ese orden de ideas se debe “[...] acatar las medidas cautelares dispuestas por la Comisión, a fin de permitir que ésta, como uno de los órganos de protección del sistema, pueda tener oportunidad de examinar los hechos denunciados en la petición y emitir un pronunciamiento definitivo” (pp. 381 y 382).<sup>57</sup>

Para Aragón (2010):

El deber de implementar las medidas cautelares es ineludible, en razón de que la decisión de implementación la emite uno de los órganos del sistema interamericano que ha sido creado, reconocido y facultado por los Estados mediante un instrumento de carácter vinculante con la ‘función principal de promover la observancia y defensa

---

57. Explica también el autor que: Las medidas cautelares, además de cumplir una finalidad preventiva y protectora en el marco de los propósitos de la Convención, son de aquellas que permiten el desarrollo efectivo de los procedimientos convencionales, incluyendo el pronunciamiento oportuno de la Comisión en los casos que se le sometan; de no ser vinculantes, lo que la Comisión pueda decidir en relación con el fondo del caso podría quedar vacío de contenido (p. 383).

de los derechos humanos'. De acuerdo al artículo 33 de la Convención Americana, la Comisión es además un órgano competente 'para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, por lo que al ratificar dicha Convención los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión apruebe' (p. 920).

Para Aragón (2010), en virtud del principio de buena fe<sup>58</sup> que rige el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en el marco de sus relaciones internacionales, están obligados a cumplir las obligaciones que contraen y con mayor razón si se trata de derechos humanos (p. 921). Para ello, tienen también:

[...] la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana, que es además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio (p. 921).

Soportes de la fuerza vinculante de las medidas cautelares de la CIDH, señalan Méndez y Dulitsky (2002), pueden advertirse en la:

[...] práctica de la Comisión de solicitar medidas cautelares a los Estados se inició hace muchos años y es, por lo general, reconocida por ellos. Asimismo, podría sostenerse que fue aceptada al conocer versiones del reglamento y no objetar esta norma. Otro elemento que indicaría la aceptación de los Estados de la legitimidad de las medidas cautelares es el texto del art. XIII de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas, que hace referencia a la sujeción de los Estados parte a los procedimientos establecidos en la convención y los Reglamentos de la comisión y la Corte "incluso las normas relativas a medidas cautelares". Hasta el momento ninguno de los Estados parte en esta Convención ha hecho reserva alguna en lo relativo a la facultad de la Comisión para otorgar medidas cautelares (p.116).

Para otro sector de la doctrina:

El Reglamento de la CIDH es el único documento que permite que la Comisión establezca medidas cautelares pero, además de este documento, la Comisión se ha amparado en el artículo 41 literal b) de la Convención Americana sobre De-

---

58. Consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena.



rechos Humanos para justificar el establecimiento de este tipo de medidas puesto que este artículo establece que la Comisión puede “formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales [...]”. Asimismo, el artículo 18 literal b) del Estatuto de la CIDH reproduce este contenido y le confiere a la Comisión la facultad de emitir recomendaciones a los gobiernos, lo que, interpretado por la propia Comisión, es el fundamento legal para poder solicitar medidas cautelares a los Estados miembros de la OEA y a los Estados parte de la Convención puesto que ha interpretado que el otorgamiento de medidas cautelares estaría dentro del marco de las “recomendaciones” que ambos documentos le permiten dar (Galindo, 2013, p. 7).

Así las cosas, podemos decir que a nivel doctrinal las posiciones están encontradas tanto a favor de la vinculatoriedad jurídica de las medidas cautelares, como en contra de las mismas. Conviene entonces en el siguiente aparte presentar un conjunto de razones que defienden la postura vinculante del alcance de las medidas cautelares de la CIDH.

### **¿Por qué existen las medidas cautelares a nivel internacional y específicamente a nivel regional, en cabeza de la CIDH?**

La atribución contenida en el artículo 25 del Reglamento de la CIDH constituye el fundamento jurídico directo a partir del cual dicho órgano se atribuye la facultad de solicitar a los Estados parte, sin necesidad de denuncia previa, ni caso cursando ante el SIDH, la adopción de medidas cautelares.

Dicho mecanismo es común a los diferentes sistemas internacionales de protección de derechos humanos que cuentan con un órgano encargado de hacer seguimiento y control a las obligaciones de los Estados Parte, “[...] a fin de no tornar abstracta sus decisiones y la protección que ejercen” (Informe Anual CIDH, 2011, Capítulo III, párrafo 7). La figura como tal fue tomada de las teorías procesalistas del derecho interno de los Estados, con la finalidad de amparar la persona humana, ante la amenaza o vulneración efectiva de sus derechos humanos amparados en el *corpus iuris* del SIDH, de tal manera que no se llegue a un punto de no retorno, o lo que es lo mismo,

a un perjuicio irremediable que haga nugatoria la intervención del SIDH ya sea en el marco de un proceso contencioso o de una futura participación de dicho sistema, toda vez que las medidas cautelares no exigen denuncia previa de la amenaza o violación conforme lo dispuesto en la CADH,<sup>59</sup> en otras palabras “[...] las medidas interinas en el derecho internacional tienen por objeto preservar la posibilidad material de resolver el fondo de un asunto y procuran evitar que la situación de hecho haga ilusoria tal resolución” (Méndez y Dulitsky, 2002, p. 110).

Para el Secretario Ejecutivo de la CIDH para el año 2011, Santiago Cantón, “[l]as medidas cautelares son la herramienta más eficaz para proteger la vida y la integridad personal de miles de personas en el continente americano” (Cantón, 2011, [en línea]).

Para la Corte Constitucional colombiana, si bien la figura de las medidas cautelares en el derecho internacional tiene su modelo en el derecho procesal, en el marco internacional adquieren un mayor significado, sobre cuando se trata de salvaguardar derechos de la persona humana. Lo anterior, entre otras, es sostenido por dicho tribunal, en Sentencia T-558 de 2003 donde explica que:

[...] es evidente que las providencias o medidas cautelares tienen mayor significado en el derecho internacional de los derechos humanos, pues en esta materia, más que en ninguna otra, es imprescindible evitar que durante la tramitación de un procedimiento ante los órganos tutelares, en particular los de carácter regional, se consumen de manera irreparable las violaciones de los derechos establecidos en los convenios internacionales respectivos, o se afecte a las personas que deben comparecer o han comparecido como testigos o peritos en estos procedimientos (Corte Constitucional, T-558, 2003).

Se trata también de una figura que ha venido siendo utilizada por la CIDH desde su creación misma (Cfr. Informe Anual CIDH de 2011, Capítulo III,

---

59. Véase, Galindo (2013, p. 7).

párrafo 7), 1967,<sup>60</sup> instando a los Estados<sup>61</sup> a que adopten medidas internas con la finalidad de evitar la afectación de intereses jurídicos relacionados principalmente con los derechos a la vida e integridad física. Se trata de un mecanismo formalizado en el Reglamento de la CIDH en el año de 1980 que no era novedoso para esa época, sino, por el contrario, se correspondía con un patrón de conducta adoptado por la misma CIDH a lo largo de toda su existencia y que se generó a partir de la función asignada de vigilar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados parte a la luz de lo dispuesto en el artículo 18 del Estatuto de la Comisión y los artículos 1, 2 y 41 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Estos consagran la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos y conforme a tal obligación surge la de adecuación del ordenamiento jurídico interno y la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar la efectividad de tales derechos, cumpliendo tales obligaciones de buena fe y conforme también las surgidas de la carta de la OEA, “[e]n muchos casos, los propios Estados han indicado que las medidas cautelares han sido mecanismos de tutela muy importante para garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos en situaciones de altísima gravedad y urgencia”.<sup>62</sup>

---

60. “Desde el año 1967, la Comisión constató la necesidad de proteger los derechos de las personas y grupos de personas de daño irreparable y comenzó a emitir recomendaciones a los Estados para que adoptaran en forma urgente medidas para evitar que la vida o la integridad personal de estos beneficiarios se viesan comprometidas. Como parte del desarrollo histórico de esta figura, en el Reglamento de la CIDH del año 1980 se formalizó un procedimiento alrededor de este mecanismo. Las medidas cautelares han operado particularmente en las épocas más críticas de conflicto e inestabilidad en el hemisferio, convirtiéndose, en el mecanismo que se destaca por su efectividad en la protección de los derechos fundamentales de la persona y la prevención de graves violaciones a los derechos humanos, en el contexto particular de la región”. Cantón, Santiago, “Exposición del Secretario Ejecutivo de la CIDH,”. Informe Anual CIDH de 2011, Capítulo III, párrafo 9.

61. Según González (2010): Sólo dos Estados han cuestionado el poder de la CIDH para dictaminar medidas cautelares. Sin embargo, es evidente que de poderes tan amplios como los establecidos en el artículo 41 de la Convención Americana se desprende el de emitir esta clase de medidas (p. 55).

62. Informe Anual CIDH de 2011, Capítulo III, párrafo 7.

Para Rubio (2010), que la reforma del reglamento de la Comisión en el año 2009 que la habilitó para decretar medidas cautelares sin denuncia previa,<sup>63</sup> ni caso cursando ante el SIDH “busca recoger una práctica que viene siendo desarrollada por el órgano interamericano desde tiempo atrás” (p. 137).

Para González,

[...] [a] pesar de que la Convención Americana no se refiere expresamente a las medidas cautelares, la Comisión las adopta en virtud de las amplias facultades que sí le confiere para la protección de los derechos humanos [...] En realidad, bajo la denominación o no de medidas cautelares, la Comisión históricamente había implementado la práctica de requerir de manera urgente a los estados la adopción de medidas respecto de determinadas violaciones (González, 2010, 51 y 55).

Estas, especialmente relacionadas con personas detenidas y situaciones en que estuviera en riesgo la vida o integridad física.

Para Cantón:

Su consagración en el Reglamento de la CIDH y su desarrollo procedimental progresivo a través de la práctica, responden al patrón histórico de construcción de mecanismos de protección –propio del Sistema Interamericano– el cual ha sido respaldado internacionalmente por los Estados, la sociedad civil y, sobre todo, los beneficiarios de las medidas cautelares en toda la región (Cantón, 2011, [en línea]).

Para Faúndez, la CIDH en ejercicio de sus funciones:

[...] lleva implícita la facultad de adoptar las medidas que sean indispensables a fin de garantizar la eficacia de lo que se resuelva al final de ese procedimiento; de lo contrario, al no evitarse un daño irreparable, cualquier determinación que pudiera hacer la Comisión en relación con esas peticiones, así como cualquier recomendación que le pudiera formular al Estado denunciado, podría verse frustrada (Faúndez, 2009, 373).

---

63. “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el único órgano semi-jurisdiccional del Sistema Internacional de Protección de dichos derechos que emite medidas urgentes en ausencia de una denuncia (...) El hecho de que la Comisión Interamericana emita medidas cautelares aun en ausencia de una denuncia tiene que ver con las peculiaridades de su desarrollo institucional y con los poderes generales que le otorgan diversos instrumentos interamericanos” (González, 2010, pp. 55 y 56).

Como mecanismo destinado a la protección de derechos humanos, las medidas cautelares cumplen en el marco de las tareas de la CIDH, dos tipos de funciones: cautelar y tutelar.<sup>64</sup> La primera busca “preservar una situación jurídica bajo el conocimiento de la CIDH en peticiones o casos”,<sup>65</sup> buscando “evitar un daño irreparable y preservar el ejercicio de los derechos humanos”,<sup>66</sup> mientras que la segunda busca “preservar el ejercicio de los derechos humanos” (Informe Anual CIDH de 2011, Capítulo III, párrafo 9), teniendo “por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo, hasta tanto se resuelva la petición que se encuentra bajo conocimiento en el Sistema Interamericano” asegurando “la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y, de esta manera, evitar que se lesionen los derechos alegados, situación que podría hacer inocua o desvirtuar el efecto útil (*effet utile*) de la decisión final” (Informe Anual CIDH de 2011, Capítulo III, párrafo 9). En últimas la finalidad de las medidas cautelares busca el poder llevar a la realidad la decisión final del asunto puesto a consideración del SIDH.

Para poder la CIDH decretar una medida cautelar, el artículo 25 de su reglamento interno, exige considerar las particularidades de cada caso concreto y el carácter y riesgo del daño que se pretende evitar, teniendo en cuenta la

---

64. “La práctica se caracteriza por desarrollar la función tutelar con el fin de evitar daños irreparables a la vida e integridad personal de la persona del beneficiario como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos” (Informe Anual CIDH de 2011, Capítulo III, párrafo 11).

65. Informe Anual CIDH de 2011, Capítulo III, párrafo 11.

66. Resolución N° 14/2013, CIDH, Medida Cautelar N° 8-13, Asunto Personas Privadas de Libertad en el “Presidio Central de Porto Alegre”, Brasil, Párrafo 9.

presencia de tres factores: la gravedad<sup>67</sup> y urgencia<sup>68</sup> de la situación, así como también el daño irreparable.<sup>69</sup>

El hecho de no tener la CIDH atribuciones expresas en la CADH para decretar medidas cautelares no es un hecho exótico, pues como lo señala González (2011),

[...] varios órganos semi-jurisdiccionales de Naciones Unidas –análogos, por lo mismo, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– adoptan medidas cautelares basados en una interpretación de los tratados que los fundan, a pesar de no hallarse contempladas explícitamente. Ellos son el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Lo propio sucede respecto de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y ocurría con la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos (pp. 51 y 55)

Vistos los anteriores argumentos, presentaremos en el siguiente punto, las razones que sostiene la misma CIDH para afirmar que sus decisiones en materia de medidas cautelares son vinculantes.

## **Obligatoriedad de las medidas cautelares según la CIDH**

Para la CIDH sus decisiones en materia de medidas cautelares tienen un carácter vinculante, toda vez que “Los Estados, en cumplimiento de sus obliga-

---

67. [...] significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano. Resolución N° 14/2013, CIDH. Similares pronunciamientos pueden verse en: Resolución N° 2 de 2013, Medida Cautelar 157-13, República de Haití. Párrafo 8 y Resolución N° 1 Medida Cautelar N° 255-13, Robert Gene Garza vs. Estados Unidos de América, párrafo 10.

68. “[...] se determina por la información que indica que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar” Resolución N° 14/2013, CIDH. Similares pronunciamientos pueden verse en: Resolución N° 2 de 2013, Medida Cautelar 157-13, República de Haití. Párrafo 8; Resolución N° 1 Medida Cautelar N° 255-13, Robert Gene Garza vs. Estados Unidos de América, párrafo 10.

69. [...] significa la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización. Resolución N° 14/2013, CIDH, Medida Cautelar N° 8-13, Asunto Personas Privadas de Libertad en el “Presidio Central de Porto Alegre”, Brasil, Párrafo 9. Similares pronunciamientos pueden verse en: Resolución N° 2 de 2013, Medida Cautelar 157-13, República de Haití. Párrafo 8 y Resolución N° 1 Medida Cautelar N° 255-13, Robert Gene Garza vs. Estados Unidos de América, párrafo 10.

ciones internacionales deben dar la protección efectiva para evitar la situación de riesgo presentada” (Informe Anual CIDH de 2011, Capítulo III, párrafo 23), razón por la cual podríamos decir que las considera de carácter vinculante. En dicho sentido, así lo ha manifestado en reiteradas ocasiones,<sup>70</sup> por ejemplo en la Resolución N° 14 de 2013 en materia de derechos a la vida e integridad personal de los internos del Presidio Central de Porto Alegre, donde explicó que:

El mecanismo de medidas cautelares es parte de la función de la Comisión para supervisar el cumplimiento con las obligaciones de derechos humanos establecidas en el Artículo 106 de la Carta de la Organización de Estados Americanos. Ésas funciones generales de supervisión están establecidas en el Artículo 41 (b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recogido también en el Artículo 18 (b) del Estatuto de la CIDH, y el mecanismo de medidas cautelares es descrito en el Artículo 25 del Reglamento de la Comisión.<sup>71</sup>

De manera similar, también lo ha dicho en el Informe N° 52/01, Caso N° 12.243, Juan Raul Garza vs. EE.UU, donde explicó en el marco de una investigación relacionada con la pena de muerte que:

“[...] a juicio de la Comisión, los Estados miembros de la OEA, al crear la Comisión y encomendarle, a través de la Carta de la OEA y del Estatuto de la Comisión, la promoción de la observancia y protección de los derechos humanos de los pueblos americanos, se han comprometido implícitamente a implementar medidas de esta naturaleza en los casos en que ello es esencial para preservar el mandato de la Comisión [...]”<sup>72</sup>

---

70. Algunos de los muchos pronunciamientos hechos por la CIDH en dicho sentido pueden verse, por ejemplo, en las Resoluciones de 2013 N° 1, N° 2 Medida Cautelar 157-13, República de Haití y N° 14 de 2013 Medida Cautelar N° 8-13 Asunto Personas Privadas de Libertad en el “Presidio Central de Porto Alegre” respecto de Brasil, Informe N° 52 de 2001 caso N° 12.243 Juan Raúl Garza vs. EE.UU. Recientemente también se pronunció al respecto, en la Resolución N° 5 de 2014, medida cautelar N° 374-13, caso Petro.

71. Resolución N° 14/2013, CIDH, Medida Cautelar N° 8-13, Asunto Personas Privadas de Libertad en el “Presidio Central de Porto Alegre”, Brasil, Párrafo 8. Similares pronunciamientos pueden verse en: Resolución N° 2 de 2013, Medida Cautelar 157-13, República de Haití, Párrafo 8; Resolución N° 001 de 2013, Medida Cautelar N° 255-13, Robert Gene Garza vs. Estados Unidos de America, párrafo 10.

72. Informe N° 52/01, Caso N° 12.243, Juan Raul Garza vs. EE.UU, Párrafo 117.

Ha explicado también la CIDH que

En muchos casos, los propios Estados han indicado que las medidas cautelares han sido mecanismos de tutela muy importante para garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos en situaciones de altísima gravedad y urgencia”.<sup>73</sup>

De igual manera la Asamblea General de la OEA ha instado a los Estados Partes a seguir las medidas cautelares de la CIDH.<sup>74</sup>

### **Obligatoriedad de las medidas cautelares según la COIDH**

Para la COIDH, el acatamiento de las medidas cautelares por parte de los Estados tiene un carácter vinculante y aún a pesar de que la CIDH emite recomendaciones y dicho término debe ser leído e interpretado conforme a su sentido corriente, dichas solicitudes tienen fuerza vinculante para el Estado<sup>75</sup> parte toda vez que

[...] en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).<sup>76</sup>

Explica también la COIDH que a la luz de lo dispuesto en el artículo 33 de la CADH, el solo hecho de contar el SIDH con dos órganos de control encargados de vigilar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Parte,

---

73. Informe Anual CIDH de 2011, Capítulo III, párrafo 7.

74. Véase, Informe N° 52/01, Caso N° 12.243, Juan Raul Garza vs. EE.UU AG/RES. 2227 (XXX-VI-O/06), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la CIDH.

75. Cfr. COIDH Casos: Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 67 y; Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 93

76. COIDH, Caso Loaysa Tamayo vs. Perú, Sentencia de Fondo, 17 de septiembre de 1997, párr. 80.



cuando estos ratifican la convención se comprometen a atender a las recomendaciones que pueda llegar a establecer la CIDH en sus informes.<sup>77</sup>

Lo anterior también fue sostenido por la misma COIDH en el caso James y otros al explicar que:

Los Estados Parte en la Convención deben cumplir, de buena fe, (*pacta sunt servanda*) con todas las disposiciones de la Convención, incluyendo aquellas provisiones relativas a la operación de los dos órganos supervisores del Sistema Interamericano (OIDH, Caso de las Penitenciarías de Mendoza, Resolución 22 de noviembre de 2004. Considerando 16)

En el Caso de las Penitenciarías de Mendoza, la COIDH al resolver una solicitud de la CIDH sobre Medidas Provisionales reiteró que al tener la CADH la finalidad de proteger los derechos humanos, los Estados Parte debían darle sentido y alcance a sus disposiciones de derecho interno de conformidad con lo dispuesto en la CADH, en virtud del principio del efecto útil, y que por tal razón, dicho deber:

[...] implica la implementación y cumplimiento de las resoluciones emitidas por sus órganos de supervisión, sea la Comisión y la Corte. En consecuencia, la presentación ante la Corte de una solicitud de medidas provisionales por parte de la Comisión no es motivo para que el Estado no adopte las providencias necesarias con el fin de atender la solicitud de medidas cautelares de protección, en caso de haber sido solicitadas por la Comisión, mientras la Corte o su Presidente deciden respecto de la solicitud de medidas provisionales (OIDH, Caso de las Penitenciarías de Mendoza, Resolución 22 de noviembre de 2004. Considerando 16).

Vistos entonces los argumentos que sostienen la posición de vinculatoriedad de las decisiones de medidas cautelares de la CIDH, en el siguiente aparte se hará referencia a uno de los argumentos presentados por el Embajador de

---

77. Expresamente explica la COIDH que: Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes (COIDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de Fondo, 17 de septiembre de 1997, párr. 81).

Colombia ante la OEA, a saber, que la procedencia de las medidas cautelares solo se da en casos graves que afecten los derechos a la vida o integridad física

### **La solicitud y vinculatoriedad de medidas cautelares, ¿está supeditada a algún tipo de derechos?**

Uno de los argumentos expresados por parte del Gobierno colombiano para no acatar las medidas cautelares en el caso Petro, a través de su Embajador ante la OEA, era el que Colombia siempre había acatado ese tipo de solicitudes, porque ellas (por lo menos para el caso colombiano) siempre habían operado en temas relacionados con la vida y la integridad física, razón por la cual no podían extenderse a otros derechos como los políticos.

En dicho orden de ideas, cabe anotar que la posición del Gobierno colombiano desconoció la doctrina y jurisprudencia interamericana, toda vez que el artículo 25 del Reglamento de la Comisión no discrimina derechos, sino por el contrario su estipulación es genérica, de tal manera que el uso de las atribuciones en materia de medidas cautelares pueda evitar y prevenir daños, razón por la cual y en palabras de Rubio, “[...] se hace más factible pensar que la solicitud de medidas cautelares podría darse en situaciones menos apremiantes (Rubio, 2010, pp. 136)”. Para Medina y Nash (2007),

Las medidas cautelares, y también las provisionales que puede ordenar la Corte, han evolucionado –por la misma razón que se ha desarrollado el procedimiento de comunicaciones individuales, es decir, por las carencias del Estado de derecho que persisten en algunos sectores de los Estados partes de la Convención– hacia la idea que son institutos que proveen una verdadera tutela de ciertos derechos humanos como la vida y la integridad personal [...]. También se advierte que la Comisión Interamericana decreta a menudo medidas cautelares sin que exista un caso abierto o que tenga perspectiva de ser abierto en un futuro cercano (pp. 70-71).

En efecto, no existe una delimitación, ni en el Reglamento, ni Estatuto de la CIDH, ni mucho menos en la CADH, que restrinja el mecanismo de medidas cautelares de la CIDH a unos cuantos derechos, pues precisamente la adopción o no de las mismas depende de cada caso en concreto. Para Galindo (2013):

Entonces, desarrollar un criterio limitado estaría impidiendo a la CIDH establecer medidas cautelares en casos que están fuera del marco de esas limitaciones y por lo tanto en tales casos se estaría dejando que individuos, grupos de personas, o el objeto de los procesos en conocimiento estén en inminente y grave riesgo o que, en el peor de los casos, se vean irremediamente afectados (p. 8).

Al hablar sobre el alcance de estas medidas cautelares, explican Méndez y Dulitsky que:

La Comisión ha demostrado gran flexibilidad en el dictado de medidas cautelares. Esta flexibilidad se da principalmente con relación a dos áreas. En primer lugar, la Comisión ha utilizado las medidas cautelares para tutelar distintos tipos de derechos, no limitándose exclusivamente a la tutela de los derechos a la vida y a la integridad física. En segundo lugar, la Comisión ha utilizado una amplia variedad de medidas a ser solicitadas a los Estados, no limitándose a medidas genéricas. Esta combinación ha permitido a la CIDH responder de manera efectiva y creativa a las distintas situaciones planteadas (Méndez y Dulitsky, 2002, pp. 126-127).

Posición contraria sostiene Faúndez, para quien

El art. 25 N° 1 de la Convención se refiere específicamente a la necesidad de evitar daños irreparables a las personas. En nuestra opinión, esta circunstancia tiene que ver con la entidad de los derechos amenazados, y con su proximidad al núcleo de la personalidad; por consiguiente, no es la amenaza a cualquier derecho humano lo que justifica adoptar medidas cautelares (Faúndez, 2009, p. 376).

Si bien Faúndez (2009) parece no compartir la procedencia de las medidas cautelares al no poderse predicar de todos los derechos situaciones calificables como de irremediables, reconoce que:

[...] la Comisión también ha dispuesto medidas cautelares en casos en que el daño que se amenaza no tiene la misma envergadura que aquel que se cierne sobre la persona como tal, amenazando su vida o su integridad física, y en que ese daño no es necesariamente irreversible (Faúndez, 2009, p. 377).

Por esta razón por la cual concluye que:

[...] la circunstancia de que no se den los supuestos del art. 25 N° 1 del Reglamento de la Comisión, y que no se trate de un caso urgente que haga necesario

evitar daños irreparables a las personas, no significa que la Comisión carezca de competencia para adoptar medidas cautelares. En realidad, los casos antes referidos se sustentan en la propia Convención. No podemos olvidar las competencias generales que posee la Comisión, que le proporcionan una base jurídica apropiada para tomar cualquier acción que considere necesaria para velar por que se respeten plenamente los derechos humanos; en particular, no debe olvidarse lo previsto en el art. 41 letra b) de la Convención, que le permite a la Comisión, cuando ésta lo estime conveniente, formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten las disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a los derechos humanos (Faúndez, 2009, p. 379).

Visto lo anterior, cabe anotar, que el mayor porcentaje de medidas cautelares dictadas por la CIDH, han sido expedidas para la protección de la persona humana en circunstancias donde se han visto afectados o amenazados derechos a la vida o la integridad física y, cuestiones relacionadas con el debido proceso en materia penal, pero dichos contextos, siguiendo a Méndez y Dulitsky (2002, p. 127), no excluyen la posibilidad de su expedición para otros derechos. Similar posición comparte González (2010, p. 58-59).

Lo anterior, lo confirma también la misma CIDH, por ejemplo, en su Informe Anual de 2011, donde explicó que:

En los últimos 30 años, las medidas cautelares han sido invocadas para proteger a miles de personas o grupos de personas que se encuentran en riesgo, en razón de su trabajo o afiliación. Entre estos grupos se encuentran, entre otros, defensores de derechos humanos, periodistas y sindicalistas, grupos vulnerables, tales como mujeres, niños, comunidades afrodescendientes, pueblos indígenas, personas desplazadas, comunidades LGTBI y personas privadas de libertad. Adicionalmente, han protegido a testigos, operadores de justicia, personas en vías de ser deportadas a un país donde podrían enfrentar torturas o ser sujeto a tratos crueles e inhumanos y personas condenadas a la pena de muerte, entre otros. Asimismo, la CIDH ha dictado medidas cautelares a fin de proteger el derecho a la salud y la familia; y situaciones relacionadas al medio ambiente que puedan derivar en daños a la vida o la salud de las personas, o a la forma de vida de pueblos indígenas en su territorio ancestral, entre otras situaciones [...] La CIDH ha otorgado también medidas cautelares a fin de proteger una gama más amplia de derechos, tal y como los derechos a la salud y a la familia cuando están presentes los elementos de gravedad, urgencia e irreparabilidad. Asimismo, se han dictado medidas para evitar daños a la vida o la salud derivadas de la contaminación ambiental (Informe Anual CIDH de 2011, Capítulo III. Párr. 6).

También el Secretario ejecutivo de la CIDH para el año 2011, Santiago Cantón explicó la utilidad de las medidas cautelares no solo en derechos a la vida, la integridad física y el debido proceso, sino también para cualquier otro derecho reconocido en el SIDH.<sup>78</sup>

## **Vinculatoriedad de las medidas cautelares de la CIDH, según la Corte Constitucional Colombiana**

Vista las posiciones doctrinales y jurisprudenciales del SIDH, así como también la posición de la CIDH, resta por tratar la posición de la Corte Constitucional Colombiana sobre la vinculatoriedad de las medidas cautelares. Para tal efecto, en los siguientes párrafos se presentará una línea jurisprudencial de seis sentencias en la que la citada Corte ha defendido la vinculatoriedad de las mencionadas medidas cautelares.

Uno de los primeros casos donde la Corte Constitucional se pronunció sobre la vinculatoriedad, sentido y alcance de las medidas cautelares solicitadas por la CIDH al Estado colombiano, fue la sentencia T-558 de 2003, que resolvió, por vía de amparo, favorablemente la petición de ordenar a autoridades colombianas el acatamiento de las mismas, en el marco de un caso de desaparición forzosa y graves amenazas a la vida e integridad física de los familiares de unos desaparecidos. La citada sentencia, tuvo entre sus puntos centrales de discusión, la procedencia de la acción de tutela para hacer efectivas medidas cautelares decretadas por la CIDH y a la luz de dicha cuestión, otros aspectos relativos a la naturaleza jurídica de las mencionadas medidas, la forma en que se incorporan al ordenamiento jurídico colombiano y qué autoridades están llamadas a participar de su ejecución.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las medidas cautelares solicitadas por la CIDH, dijo la citada Corte que al no ser exhaustivo el listado de fuentes del derecho internacional público, contenido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se reconoce que hay otro tipo de fuentes sobre las que por lo menos a nivel doctrinal, se comparte un consenso sobre su existencia, a saber, los actos unilaterales de los Estados y de las Organizaciones

---

78. Véase, Cantón (2011).

Internacionales,<sup>79</sup> pudiendo los órganos de estas últimas, con fundamento convencional, estatutario o reglamentario, adoptar actos jurídicos unilaterales de diversa índole y consecuencias jurídicas. Reconoce igualmente, partiendo de clasificaciones doctrinales de dichos tipos de actos jurídicos, las siguientes fuentes: sentencias, opiniones consultivas, decisiones y recomendaciones, entre las cuales se encuentran, las medidas cautelares de la CIDH.<sup>80</sup> Advierte igualmente que tanto sobre las recomendaciones y opiniones consultivas en su alcance vinculante, gira una fuerte discusión.<sup>81</sup>

Especialmente, sobre el valor jurídico de las recomendaciones recordó que no existe un consenso sobre su carácter vinculante,<sup>82</sup> que al lado de las voces jurisprudenciales de las que pudiera inferirse su no vinculatoriedad,<sup>83</sup> existen otras que promulgan su vinculatoriedad, previa atención al contexto<sup>84</sup> normativo y político en el que fueron expedidas. En este último

---

79. Véase, Corte Constitucional, T-558 de 2003.

80. Véase, Corte Constitucional, T-558 de 2003.

81. Véase, Corte Constitucional, T-558 de 2003.

82. Al respecto la Sentencia T-558 de 2003 expone: Ahora bien, el tema del valor jurídico de las recomendaciones ha sido objeto, en los últimos años, de un intenso debate doctrinal y finalmente se puede concluir que no existen posiciones unánimes en la materia (Corte Constitucional, T-558, 2003).

83. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-558 de 2003 expone: Así, para algunos autores las recomendaciones simplemente carecen de efectos jurídicos vinculantes. Incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 8 de Diciembre de 1993 en el asunto Caballero Delgado y Santana contra Colombia estimó que el término "recomendaciones", tal y como figura en el texto del Pacto de San José de Costa Rica, debía ser interpretado "conforme a su sentido corriente" de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y por ello "no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo cumplimiento generaría la responsabilidad del Estado". De tal suerte que los destinatarios de las recomendaciones no están obligados a someterse a ellas ni cometen una infracción internacional por incumplirlas.

84. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia T-558 de 2003 expone: Por otra parte, ciertos tribunales arbitrales internacionales, así como un destacado sector de la doctrina internacionalista contemporánea, han considerado que la aseveración según la cual las recomendaciones adoptadas por organismos internacionales carecen de todo efecto vinculante, debe ser matizada, o al menos, examinada caso por caso. Así, en el asunto Texaco-Calasiatic contra Libia, el Tribunal de Arbitramento Internacional en laudo del 19 de enero de 1977 consideró que era difícil formular de manera general

aspecto explicó, que es necesario tener en cuenta si la recomendación va dirigida al Estado para que tome medidas “encaminadas a enfrentar situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos o si por el contrario se alude a un caso concreto”, y por otro lado considerar bajo que fundamentos se adoptó la recomendación.<sup>85</sup>

En sus sentencias, la Corte Constitucional Colombiana analiza la vinculatoriedad de los principales tipos de actos jurídicos emanados de la CIDH. En dicho orden de ideas y respecto de las recomendaciones que puede realizar dicho órgano de control a los Estados en sus informes anuales o fruto de visitas *in loco*, en contextos de situaciones generalizadas de violaciones de derechos humanos, señala que implican la tarea de modificar la legislación interna del Estado colombiano, ajustándola al conjunto de tratados que conforman el SIDH, y que demandan también una tarea de ejecución por parte del ejecutivo para eliminar ciertas “prácticas administrativas”, pero que para hacer efectivas tales tareas, no resultaba procedente la acción de tutela, pues implicaría una intromisión de la rama ejecutiva en las citadas dos ramas del poder público, al punto de vulnerar de manera grave el principio constitucional de la separación de poderes.<sup>86</sup>

Aclara la Corte Constitucional, que son distintas las recomendaciones que en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 de la CADH, puede elevar la CIDH a un Estado al término de un proceso contencioso iniciado ante el SIDH, con la finalidad de amparar y resarcir a las víctimas de violaciones de derechos humanos, la cual a la luz de nuestro ordenamiento jurídico resultaría vinculante y para ello, el legislador Colombiano ha expedido la ley 288 de 1996, que establece una serie de normas contentivas de los procedimientos jurídicos a nivel interno que permiten ejecutar las decisiones de órganos internacionales de protección de derechos humanos, específicamente la CIDH y los dictámenes del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano

---

y abstracta el alcance de las recomendaciones, ya que era necesario tener en cuenta las condiciones en las cuales la recomendación fue adoptada siendo indispensable analizar rigurosamente cada una de sus disposiciones.

85. Véase, Corte Constitucional, T-558 de 2003.

86. Véase, Corte Constitucional, T-558 de 2003.

ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios.<sup>87</sup>

Entonces, la ejecución de medidas cautelares decretadas por la CIDH “puede ser demandada en sede de acción de tutela por cuanto existe una coincidencia entre los derechos fundamentales protegidos y la amenaza de peligro en la que se encuentran” por tratarse de derechos humanos o del DIH,<sup>88</sup> debiendo el juez amparar el derecho en concreto, ordenando la ejecución de las medidas cautelares, así como también el cese a la amenaza al derecho fundamental.

Señala la Corte Constitucional que en el marco del citado conjunto de actos jurídicos unilaterales del SIDH, se encuentra la facultad reglamentaria de la CIDH para solicitar a los Estados parte medidas cautelares, herramienta jurídica que en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos responde a una finalidad concreta y es evitar un daño irreparable a la persona humana que pueda ver afectados sus derechos humanos. Recuerda la Corte Constitucional que la necesidad de protección efectiva de los derechos humanos llevó también en el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos, a la Comisión y Corte Europea de Derechos Humanos, a dictar reglamentos internos auto confiriéndose la facultad de expedir medidas cautelares no consagradas expresamente en la Convención Europea de Derechos Humanos,<sup>89</sup> aspecto este que influyó la reforma del reglamento de la CIDH en abril de 1980 y su posterior reforma en marzo de 2001, estipulando, en esta última,

---

87. La Ley 228 de 1996: “Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de derechos humanos”, en su artículo 2° dispone que: Para los efectos de la presente Ley solamente se podrán celebrar conciliaciones o incidentes de liquidación de perjuicios respecto de aquellos casos de violaciones de derechos humanos en relación con los cuales se cumplan los siguientes requisitos: 1. Que exista una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se concluya respecto de un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y se establezca que deben indemnizarse los correspondientes perjuicios.

88. Véase, Corte Constitucional, T-558 de 2003.

89. Véase, Corte Constitucional, T-558 de 2003.



dicha posibilidad a nivel de CIDH, en el artículo 25-1<sup>90</sup> del reglamento de la CIDH, pero limitando exclusivamente:

[...] la adopción de medidas cautelares a los casos graves y urgentes de una amenaza que se cierne contra un derecho humano reconocido en alguno de los instrumentos internacionales a los que alude el artículo 23 del Reglamento, es decir, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

De esta posibilidad se puede hacer uso sin necesidad de que exista un proceso contencioso en curso ante el SIDH.

Respecto a los efectos de las medidas cautelares solicitadas por la CIDH en nuestro ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia T-558 de 2003, explica que el reglamento de la CIDH no determina la manera como las medidas cautelares deben ser recepcionadas en los ordenamientos jurídicos internos, es decir, no se ha precisado si requieren de ley interna que las incorpore, razón por la cual, en criterio de la Corte deben entenderse, siguiendo la doctrina internacional (no precisa la fuente), incorporadas de manera automática a nuestro ordenamiento jurídico interno,<sup>91</sup> reconociendo eso sí, que hasta ese momento no se había tenido la posibilidad de discutir de fondo la vinculatoriedad de medidas cautelares toda vez que no se había presentado ningún caso en dicho contexto.

No obstante, lo anterior, la Corte Constitucional precisó, en la sentencia anteriormente mencionada, que la fuerza vinculante de las medidas cautelares, por sus características y los fines que pretende alcanzar, va acorde al cumplimiento de los deberes constitucionales que están llamadas a cumplir las autoridades colombianas. Así mismo, independientemente de los

---

90. El artículo 25 sobre Medidas cautelares dice: "1. En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado de que se trate la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas" (Reglamento Interno CIDH).

91. Véase, Corte Constitucional, T-558 de 2003.

derechos protegidos por las medidas cautelares, la ejecución de las mismas “[...] se encamina simplemente a hacer efectivos los deberes de respeto y protección de los derechos fundamentales que tienen asignados, en virtud de la Constitución, las diversas autoridades públicas colombianas” (Corte Constitucional, T-558, 2003).<sup>92</sup>

Con esta base, la citada Corte consideró importante recalcar que las medidas cautelares aluden no a situaciones generalizadas sino a casos concretos, particularizados, donde se “apunta a salvaguardar los derechos a la vida e integridad personal” por lo que no es admisible que el Estado receptor de las medidas tenga la libertad de decidir si acata o no dicha decisión.<sup>93</sup>

Conviene anotar también, que el Estado goza de un margen de libertad sobre el cumplimiento de las medidas cautelares, pero como dije, la libertad no se extiende a la decisión de acatarlas o no, sino a la forma como dicha decisión de medida cautelar, deberá llevarse a la realidad, es decir, de su correcta implementación en el orden interno de los Estados,<sup>94</sup> donde el Estado

---

92. Sentencia T-558 de 2003: [...] dado que el Estado colombiano es Parte en el Pacto de San José de Costa Rica, la medida cautelar debe ser examinada de buena fe por las autoridades públicas internas. Además, por sus particulares características procesales y los fines que pretenden alcanzar, su fuerza vinculante en el derecho interno va aparejada del cumplimiento de los deberes constitucionales que están llamadas a cumplir las autoridades públicas colombianas, en los términos del artículo 2 Superior. En otros términos, independientemente que con la medida cautelar se pretenda proteger alguno de los derechos humanos que aparecen recogidos en los instrumentos internacionales relacionados en el artículo 23 del Reglamento de la CIDH, que con el cumplimiento de las mismas el Estado colombiano esté ejecutando sus obligaciones internacionales, y por supuesto, al margen de la discusión sobre su carácter vinculante o no, la ejecución interna de las mismas se encamina simplemente a hacer efectivos los deberes de respeto y protección de los derechos fundamentales que tienen asignados, en virtud de la Constitución, las diversas autoridades públicas colombianas.

93. Véase, Sentencia T-558 de 2003

94. Sentencia T-558 de 2003: En este orden de ideas, cada Estado goza de un margen de maniobra al momento de establecer responsabilidades sobre el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas por la CIDH. No obstante, la decisión del Estado no es discrecional por cuanto la estructura administrativa interna que se destine para el cumplimiento de las citadas medidas debe ser realmente operativa, encontrarse debidamente coordinada y disponer de los recursos técnicos y presupuestales necesarios para el logro de su cometido. Lo anterior por cuanto la eficacia real de las decisiones adoptadas por la CIDH no depende únicamente de la naturaleza jurídica de éstas sino de su correcta implementación en el orden interno de los Estados.

“[...] tiene la obligación de buscar, por todos los medios disponibles, que en el mundo de lo fáctico la medida cautelar despliegue todos sus efectos, lo cual no significa nada distinto a asumir el asunto como propio” (Corte Constitucional, T-558 de 2003).

Si bien no existe en el reglamento interno de la CIDH, un catálogo de medidas cautelares, o listado predeterminado, la práctica de dicho órgano de control muestra que la mayoría de medidas cautelares se relacionan con la protección de derechos a la vida y a la integridad personal de individuos determinados, así como también con temas relacionados con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral,<sup>95</sup> pero ello no obsta para que en el futuro puedan concederse medidas cautelares sobre otro tipo de derechos.

Explica la Corte Constitucional también que de no acatarse el cumplimiento de medidas cautelares, se podría ver comprometida la responsabilidad internacional del Estado Colombiano, toda vez que las mismas

apuntan a garantizar el goce de un derecho humano reconocido en alguno de los instrumentos internacionales a los que alude el artículo 23 del nuevo Reglamento de esta instancia internacional y, en muchos casos, a esclarecer los hechos denunciados, a investigar y sancionar a los responsables; su destinatario es el Estado colombiano excluyéndose por tanto a los particulares, debido a que las medidas cautelares hacen parte de procedimientos encaminados a establecer la responsabilidad internacional de un Estado Parte en un tratado internacional que versa, en este caso, sobre derechos humanos. De tal suerte que la omisión en adoptar las medidas administrativas internas necesarias para cumplir lo ordenado por la CIDH puede ser la base para que, llegado el caso y previo el agotamiento de un proceso internacional controversial, este organismo internacional estime que el Estado colombiano no está cumpliendo a cabalidad y de buena fe sus compromisos internacionales en desconocimiento del principio *pacta sunt servanda* y del artículo 1 del Pacto de San José de Costa Rica (Corte Constitucional, )

Uno de los argumentos que explicó el gobierno colombiano para desconocer la orden de medidas cautelares de la CIDH en el caso Petro, fue el hecho que no se habían agotado todos los recursos que ofrecía el ordenamiento jurídico interno para amparar los derechos que se alegaban violados (políticos, debido proceso e igualdad). Dicho argumento pierde todo valor si consultamos la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para

---

95. Véase, Sentencia T-558 de 2003

quien la solicitud y decreto de medidas cautelares a la CIDH, no demanda el agotamiento interno de recursos, pues sería un “[...] comportamiento [...] inadmisibles por la sencilla razón que [...] como lo ha entendido este organismo y la doctrina autorizada en estos temas, el decreto de las medidas cautelares no exige el agotamiento de los recursos internos” (Corte Constitucional, T-558, 2003).

En un segundo pronunciamiento, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-786 de 2003 vuelve a conocer, vía acción de tutela, de una solicitud presentada con la finalidad de que se ordenare a una entidad del Estado colombiano, el acatamiento de medidas cautelares dictadas por la CIDH en aras de salvaguardar derechos fundamentales a la vida, la integridad personal y el debido proceso. Los problemas jurídicos abordados en la citada providencia, tendieron a determinar si resultaba procedente pedir vía acción de tutela el cumplimiento de medidas cautelares decretadas por la CIDH y “[s]i el incumplimiento de estas medidas cautelares constituye una vulneración al debido proceso” (Corte Constitucional, T-786, 2003). Así las cosas, se abordó el tema de la vinculatoriedad de las medidas cautelares dictadas por la CIDH a nivel interno, explicando que Colombia aprobó por Ley 16 de 1972 la CADH, siendo ratificada dicha convención el 31 de julio de 1973, que consagró la CIDH uno de los órganos encargados de la protección de los derechos humanos contenidos en el citado instrumento internacional.

Para el trabajo que nos ocupa, cabe anotar, que advirtió también la citada Corte, que el Reglamento de la CIDH es desarrollo del Estatuto de la CIDH que fue aprobado por la Asamblea General de la OEA, estatuto que a su vez es desarrollo de la CADH, razón por la cual, el Reglamento Interno de la CIDH también debe entenderse como parte de la CADH y al ser parte esta del bloque de constitucionalidad, debe entenderse incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno.<sup>96</sup> Complementa su explicación, señalando que:

---

96. Sentencia T-786 de 2003: El Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue adoptado por la Asamblea General de la OEA, en la cual participa Colombia. El Reglamento de este órgano autónomo de la OEA es desarrollo del Estatuto que a su vez lo es de la Convención, y por ello forma parte de esta última. La Convención, como tratado de derechos humanos, según el artículo 93 constitucional, inciso primero, está incorporada al ordenamiento interno y hace parte del bloque de constitucionalidad.

Si las medidas cautelares están consagradas como una de las competencias de la Comisión Interamericana de las cuales puede hacer uso para la efectiva protección de los Derechos Humanos consagrados en la Convención, y son desarrollo de la Convención Americana de Derechos Humanos, al hacer esta última parte del bloque de Constitucionalidad sí tienen vinculatoriedad en el ordenamiento interno. A través de la Ley 288 de 1996 se reconoció la vinculatoriedad de las indemnizaciones decretadas por la Comisión o la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y se estableció un procedimiento para su efectivización a nivel interno. Siguiendo la vinculatoriedad que esta ley establece para las órdenes de indemnización por vulneración de Derechos Humanos, en consonancia con lo expuesto en el párrafo anterior, se puede afirmar que las medidas cautelares son claramente vinculantes en el orden interno (Corte Constitucional, T-786, 2003).

Reitera además la Corte Constitucional, que el no acatamiento de la medida cautelar de la CIDH expone al Estado Colombiano a “[...] un desconocimiento de la obligación internacional consagrada en los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Corte Constitucional, T-786, 2003), y al incumplimiento del principio de buena fe que orienta el cumplimiento de las obligaciones de los Estados.<sup>97</sup>

En este orden de ideas, la Corte refuerza el argumento de que el Estado colombiano debe cumplir las órdenes de la CIDH, toda vez que con la ratificación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, aceptó y debe acatar de buena fe el postulado normativo contenido en el artículo 44 de la misma, porque “Si el Estado reconoció el derecho a presentar peticiones individuales de protección de los derechos humanos, no puede negar que las órdenes que profiera la Comisión en el conocimiento de las mismas lo vinculan. Negarse a su cumplimiento sería desconocer la competencia de la Comisión y, por tanto, violar la Convención”. Además, recalca la necesidad de que la protección debe ser inmediata para evitar la consolidación del perjuicio irremediable.<sup>98</sup>

Haciendo alusión a lo expuesto en la Sentencia T-558 de 2003 la Sentencia T-786 de 2003 transcribió varios de sus apartes y reiteró que:

---

97. También explicó que: [...] la obligación inherente a todo Estado parte en un tratado de cumplir de buena fe con las obligaciones contraídas en el marco de la Convención le impone a los Estados el deber de acatar las medidas cautelares dispuestas por la Comisión (Corte Constitucional, T-786, 2003).

98. Véase, Corte Constitucional, T-786 de 2003.

En la presente ocasión se acogen los argumentos expuestos por la sentencia relacionada. En efecto, no es facultativo del Estado colombiano determinar si acata o no una medida por un órgano al cual él, mediante el reconocimiento de la Carta de la Organización de Estados Americanos y la ratificación de la Convención, le atribuyó competencia.

También recordó:

[...] la orden de cumplimiento de las medidas cautelares cuando éstas tiendan a proteger la vida e integridad personal del accionante se refuerza por el hecho de que la Corte ha prestado particular atención a la protección de personas en condiciones especiales de riesgo (Corte Constitucional, T-786 de 2003).

Sin embargo, las medidas cautelares que debe acatar el estado colombiano no están circunscritas a unos tipos específicos de derechos consagrados en la CADH, como la vida e integridad personal, sino que también pueden decretarse y ser obligatorias por otros derechos. Lo anterior se advierte de la siguiente afirmación de la Corte:

puesto que el incumplimiento de las medidas cautelares también implica la vulneración del derecho al debido proceso –tanto interno como internacional– que, como ya se vio, incluye el cumplimiento de las medidas tomadas por las autoridades competentes de la efectiva protección de los derechos (Corte Constitucional, T-786, 2003).

Las anteriores afirmaciones, explica la Corte, tienen soporte en premisas consistentes, la primera de ellas en el hecho de haber Colombia ratificado la CADH y haber reconocido competencia a dos órganos encargados de su protección: Comisión y Corte IDH y, además, reconocimiento que abarca “El ejercicio de sus competencias para la efectiva protección de los derechos consagrados en la Convención, en particular el conocimiento de denuncias individuales, está regido por un proceso claramente determinado”, donde la:

[...] la Comisión es el órgano competente para recibir denuncias particulares a través de las cuales los individuos pueden accionar el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el cual continúa siendo impulsado por ésta, a través de sus facultades, hasta la conclusión del procedimiento –regulado por su Estatuto y su Reglamento–. Dentro del trámite de conocimiento de las peticiones individuales por vulneración de Derechos Humanos, la Comisión tiene facultades para investigar y recaudar pruebas para una mejor ilustración de sus miembros; ante este organismo,

el Estado al cual se le atribuye la vulneración puede presentar alegatos. Por último, la petición puede llegar incluso a desembocar en una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contra el Estado respectivo”, siendo titular de este debido proceso la persona humana quien en “pleno cumplimiento al debido proceso para el individuo que solicita la protección ante instancias internacionales se debe perfeccionar a nivel interno cuando el Estado cumpla con lo dispuesto por la Comisión (Corte Constitucional, T-786, 2003).

Y en caso de no cumplirse lo ordenado, se habilita la posibilidad de hacer uso de la acción de tutela.<sup>99</sup>

El tercer pronunciamiento relevante en esta línea jurisprudencial se produjo en la Sentencia T-524 de 2005, donde la Corte reitera lo expuesto en la Sentencia T-558 de 2003, al resolver el siguiente problema jurídico: [...] cuál es el deber de garantía de las entidades estatales y el alcance de sus obligaciones en caso de medidas cautelares decretadas en favor de un ciudadano colombiano” y entre otros aspectos, se hizo referencia a “la naturaleza y especificidades de los pronunciamientos de un órgano internacional como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, particularmente de las medidas cautelares que decreta en desarrollo de sus funciones”.

Sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares decretadas por la CIDH y su carácter vinculante en nuestro ordenamiento jurídico interno, precisó que la CIDH conforme la doctrina internacional es un órgano cuasi-jurisdiccional, sin que la obligatoriedad de sus pronunciamientos haya sido consignada en un instrumento internacional, pero de conformidad con el tratado a partir del cual se constituyeron sus estatutos o reglamentos internos, pueden adoptar actos jurídicos unilaterales con variables efectos jurídicos.<sup>100</sup> Textualmente explicó que:

En efecto, esta Corporación ha señalado en varias oportunidades que las medidas cautelares decretadas por la CIDH comportan carácter vinculante a nivel interno, por cuanto éste es un órgano de la Organización de Estados Americanos -OEA- del cual Colombia hace parte, al igual que es Estado Parte en la Convención Americana

---

99. En la Sentencia T-786 de 2003, la Corte Constitucional dice: (vii) En caso de que no se cumpla integralmente con el debido proceso, su cumplimiento puede ser exigido a través de tutela. Este mecanismo procede puesto que a nivel interno no hay ninguna otra garantía judicial para exigir el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas por la Comisión.

100. Véase, Corte Constitucional, T-524 de 2005.

sobre Derechos Humanos que fue aprobada por la Ley 16 de 1972 y ratificada el 31 de julio de 1973. De igual manera, en razón a que el Estatuto de la CIDH fue adoptado por la Asamblea General de la OEA, en la cual participa Colombia. Y, en virtud de que la Convención, en tanto tratado de derechos humanos, según el artículo 93 constitucional, inciso primero, está incorporada al ordenamiento interno y hace parte del bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, T-524, 2005).

Posteriormente, la Corte explicó que en lo que respecta a los efectos de las medidas cautelares, “[...] las fuentes del derecho internacional público son incorporadas de manera automática a los ordenamientos jurídicos internos sin que se requiera una norma de transformación, como sería el caso de una ley” y, en ese orden de ideas, reitera que Colombia, al ser parte del Pacto de San José de Costa Rica, debe aceptar y aplicar de buena fe las medidas cautelares que decreta la CIDH, en concordancia con los fines que pretenda.<sup>101</sup> La Corte concluye que los Estados destinatarios de las medidas cautelares no gozan de discrecionalidad para acatar o no las medidas, dado su carácter de concretas y su finalidad de salvaguardar los derechos específicos.<sup>102</sup> Afirma la Corte que, sustraerse de dar cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por la

---

101. Sentencia T-524 de 2005: 7.- En igual sentido, esta Corporación indicó, al estudiar el tema de la incorporación y efectos de las medidas cautelares decretadas por la CIDH, que las fuentes del derecho internacional público son incorporadas de manera automática a los ordenamientos jurídicos internos sin que se requiera una norma de transformación, como sería el caso de una ley. De lo anterior coligió, entonces, que las medidas cautelares adoptadas por la CIDH se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico colombiano. Y agregó, en relación con sus efectos jurídicos en el ordenamiento interno, que dichas medidas deben ser examinadas de buena fe por las autoridades públicas en virtud de que el Estado colombiano es Parte en el Pacto de San José de Costa Rica y, principalmente, en atención a sus particulares características procesales y los fines que pretenden alcanzar. Su fuerza vinculante en el ordenamiento interno conllevaría, de esta manera, un deber correlativo de las autoridades del Estado de hacer efectivos los deberes de respeto y protección de los derechos fundamentales que tienen asignados, en virtud de la Constitución Política, las diversas autoridades públicas colombianas (Corte Constitucional, T-524 de 2005).

102. En la sentencia T-524 de 2005: Concluyó así la Sala Novena de Revisión que, habida cuenta de que las medidas cautelares aluden a casos concretos con beneficiarios determinados y que apuntan a salvaguardar la vida e integridad personal de éstos, el Estado destinatario de las mismas no goza de discrecionalidad absoluta para cumplir o no lo decidido por la CIDH, pues no se trata de situaciones generalizadas de violaciones de los derechos humanos en un Estado, casos en los cuales este órgano internacional de protección emite recomendaciones, cuyo carácter vinculante ha suscitado una discusión en la doctrina internacional.



CIDH sería tanto como desconocer la obligación internacional consagrada en los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la misma sentencia, la Corte Constitucional examinó la cuestión de quién o qué autoridades son las encargadas de hacer efectivas las medidas cautelares decretadas por CIDH. La Corte concluye que, al no haber regulación al respecto, compete a los Estados parte reglamentar al respecto:

[...] con el fin de que su cumplimiento se lleve a cabo de forma coordinada, eficiente y de conformidad con la disposición presupuestal y técnica que permitan la materialización efectiva de las medidas decretadas para prevenir la consumación de violaciones a los derechos reconocidos por los instrumentos que rigen en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

Pero de igual forma, al no haber regulación legal interna, están llamadas no solo las autoridades administrativas a ejecutar las medidas cautelares, sino también las judiciales y disciplinarias.<sup>103</sup>

En el año 2009, la Corte expide su cuarta sentencias sobre el tema que nos ocupa, pues conoció en Sentencia T-435 de 2009, otra vez de un caso relacionado con la vida e integridad física que obligó al traslado de un recluso a otra prisión. No obstante, el problema jurídico resuelto fue el:

Determinar si se desconocen los derechos fundamentales de una menor de edad cuando las autoridades carcelarias han ordenado el traslado de su progenitor a un establecimiento carcelario alejado del lugar de su habitación, lo que le imposibilita su contacto permanente, a pesar de estar amparado con una medida cautelar ordenada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

En esta sentencia la Corte determinó que no se había tenido en cuenta el decreto de medidas cautelares que la CIDH había solicitado al Estado colombiano, en razón a una solicitud presentada por un recluso para ser traslado a una cárcel cercana al lugar de residencia de su núcleo familiar. La Corte nuevamente ordena al Estado el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas por la CIDH al ser estas obligatorias para el Estado.<sup>104</sup>

---

103. Véase, Corte Constitucional, T-524 de 2005.

104. Véase, Corte Constitucional T-435 de 2009

En un Quinto pronunciamiento, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-585A de 2011, vuelve a tratar un caso de vulneración de derechos a la vida digna y la seguridad personal de las accionantes y sus familias. La posición de la Corte es reiterativa de las sentencias de tutela antes enunciadas y en especial reitera que “el incumplimiento de las decisiones de los órganos que hacen parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos constituye una grave vulneración del derecho fundamental al debido proceso”.<sup>105</sup> Por último, en la Sentencia T-078 de 2013 ante un caso de vulneración de derechos como la vida y la integridad personal, de un líder indígena que tenía medidas cautelares de la CIDH y las mismas se venían acatando por parte del Estado colombiano, pero de un momento a otro, le suspendieron las medidas de protección. La Corte, insistió en que las medidas cautelares son vinculantes y no deben ser desconocidas por el Estado colombiano,

[...]pues ello sería poner en entredicho las obligaciones internacionales adquiridas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud del principio *pacta sunt servanda* (Corte Constitucional, T-078 de 2013).<sup>106</sup>

Por último, en esta sentencia se reitera la posición de que las medidas cautelares adoptadas por la CIDH son fuentes de derecho internacional que se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 constitucional, pero resaltando que no significa que pase igual con las demás fuentes de derecho interna-

---

105. Corte Constitucional, T-585 de 2011, De hecho, aunque es posible diferenciar las medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana de las medidas cautelares proferidas por la Comisión, cabe mencionar que al estudiar el acatamiento de éstas, en la sentencia T-786 de 2003, la Corte Constitucional argumentó que el incumplimiento de las decisiones de los órganos que hacen parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos constituye una grave vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

106. Del mismo modo, para la Sala, la decisión de la Unidad Nacional de Protección desconoce las medidas cautelares que fueron: “[...] otorgadas en el año 2003 por la CIDH al pueblo Pijao Chenche Buenavista, que a juicio de esta Corte son vinculantes y no pueden ser desconocidas por el Estado colombiano, pues ello sería poner en entredicho las obligaciones internacionales adquiridas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud del principio *pacta sunt servanda*”. (Corte Constitucional, T-078 de 2013).

cional. También se reitera que la citada obligatoriedad se predica, porque las medidas cautelares se profieren frente a casos concretos de violación a derechos a la vida y a la integridad personal, y no frente a situaciones generales, en cuyo caso sería una recomendación.<sup>107</sup>

## **Conclusiones**

A nivel doctrinal existe una discusión acerca de la vinculatoriedad de las medidas cautelares de la CIDH. Este debate tiene su fuente en la ausencia de fundamento convencional, pues reposa dicha facultad de manera directa en un reglamento interno de la misma CIDH.

Dicha discusión tiene posiciones a favor y en contra. Las posiciones a favor de la vinculatoriedad se fundan en postulados normativos convencionales (arts. 1, 2 y 33 de la CADH) los cuales, indirectamente facultan, a la CIDH para expedir medidas cautelares, las cuales son obligatorias, en virtud de la autoridad que tiene como uno de los órganos encargados de velar por el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la misma Convención. De igual manera, los Estados se han comprometido a acatar de buena fe sus compromisos internacionales, dentro de los cuales está el de escuchar y acatar las sugerencias que en materia de protección de derechos humanos hagan los órganos encargados de velar por la protección de los derechos reconocidos en la CADH, en aras de asegurar la eficacia de la misma entre los cuales se encuentra la CIDH (Uprimni, 2007, p. 139). Por el contrario, las posiciones pesimistas centran su discurso en el hecho de no tener la CIDH fuente convencional directa que la faculte y, por lo tanto, los Estados no estarían obligados a acatar las medidas cautelares que dicte.

La CADH es un instrumento internacional de carácter vinculante que en el caso colombiano tiene rango y fuerza de Constitución, razón por la cual los operadores jurídicos deben aplicarla en su totalidad, al igual que los pronunciamientos de la COIDH y la CIDH como órganos encargados de hacer efectivo seguimiento al cumplimiento de los Estados en materia de derechos humanos.

---

107. Véase, Corte Constitucional, T-078 de 2013.

Tanto la COIDH como la misma CIDH han explicado que sus decisiones son vinculantes como órganos encargados de asegurar el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos reconocidos en la CADH y en general en el *corpus iuris del SIDH*. *Posición similar comparte la Corte Constitucional colombiana para quien, específicamente, las solicitudes de la CIDH en materia de medidas cautelares, son obligatorias para el Estado colombiano*

La activación de los sistemas internacionales de protección derechos humanos, si bien por regla general exigen el agotamiento de recursos internos, quien debe determinar esa razón es precisamente el órgano de control internacional, una vez ha escuchado la posición de las partes. Sin embargo, esta no es una cuestión que deba decidir el Estado. Entenderlo de otra manera, sería negar toda importancia al SIDH, pues quedaría en manos del Estado opresor decidir si ha vulnerado o no un derecho. Por otro lado, el esquema de medidas cautelares, si bien ha tenido mayor presencia ante casos de vulneraciones de derechos a la vida e integridad física, en ninguna parte del Corpus Iuris del SIDH –ni del Reglamento ni Estatutos de la CIDH–, se ha estipulado delimitación alguna frente a dichos derechos, excluyendo de plano los demás. Se trata, entonces, de medidas que se extienden a cualquier vulneración de derechos reconocidos en la CADH que puedan ampararse a la luz de lo dispuesto por el artículo 25 del Reglamento de la CADH. Por último, a la luz del nuevo reglamento de la CIDH (artículo 25), la institución de las medidas cautelares no necesita de denuncia previa ante el sistema para poder tramitarse una solicitud de protección cautelar.

Es preciso aclarar también que, aunque todos los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema de la vinculatoriedad de las medidas cautelares de la CIDH han girado en torno a casos relacionados con afectaciones o amenazas a los derechos a la vida e integridad física, dicha Corte no ha limitado su discurso a este tipo de derechos, pues en términos generales reconoce la competencia de la CIDH y la vinculatoriedad de sus decisiones relacionadas con casos específicos.

Cabe la posibilidad de que las razones reales de la destitución del Alcalde Gustavo Petro hubieren sido no de tipo jurídico, sino políticas, aspecto que se desconoce. No obstante, en todo caso, tal y como lo han señalado tanto la COIDH, la CIDH y la misma Corte Constitucional, a la luz de los artículos 1, 2 y 8 de la CADH, de no haberse hecha efectiva la orden de restitución

del Alcalde Gustavo Petro se pudo llegar a ver comprometida la responsabilidad internacional del Estado colombiano al no acoger una advertencia de posible violación grave y urgente que demandaba una medida necesaria para no configurarse un perjuicio irremediable. Recordemos, en este punto, que la CIDH es el primer filtro del SIDH y de llegar a considerar vulnerados derechos, puede emitir informe con observaciones al Estado parte denunciado y posteriormente presentar demanda ante la CODH.

## Referencias

- Aragón, I. (2010). Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Interpretación de su carácter vinculante por parte de tribunales nacionales (Argentina, Colombia y Costa Rica). *Palestra del Tribunal Constitucional: Revista Mensual de Jurisprudencia*, Año 2, (6), pp
- Brotos, A., Riquelme, R., Orihuela, Esperanza y otros 1997, *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill,
- Casadevante, C. (Coord.) (2003), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Segunda ed. Madrid: Editorial Dilex.
- Díez, M. (2009). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.
- Cançado Trindade, A. A. (2003). Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: el Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. En *Memoria del Seminario el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Cantón, S. (2011). “Exposición del Secretario Ejecutivo de la CIDH”, 29 de noviembre de 2011, Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.G GT/SIDH/INF.43/112 diciembre 2011, Grupo de Trabajo de Reflexión sobre el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Medidas Cautelares <https://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp>

- Color, M. (2013). *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*. México DF: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación (Coeditores), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Díez de Velasco Vallejo, M. (2009). *Instituciones de Derecho Internacional Público* (11a Ed.). Santiago de Cali: Tecnos.
- Faúndez Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Fernández, A. Sánchez, Á. y Ortega, J. (2004). *Manual de Derecho Internacional Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Fernández, C. (2003). *Derecho internacional de los derechos humanos - Régimen Jurídico Internacional de la Lucha contra la Tortura*. Madrid: Dilex.
- Galindo, N. (2013). La reforma al mecanismo de medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Repercusiones en el marco de protección de derechos humanos del sistema interamericano. *Revista Law Review*. Universidad San Francisco de Quito, N° 1, Quito.
- García-Sayán, D. (2005). Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- García Ramírez, S. (2004). Presentación de la publicación de la *Opinión Consultiva OC-18/03* expedida por la Corte Interamericana, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.
- González, F. (2010) Las Medidas Urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *SUR. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 7(13), 51-73.
- Hitters, J. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión...” y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (10), <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/12/01246-revista-iberoamericana-de-derecho-procesal-constitucional-mexico.html>
- Ledesma, F. (2009). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos Aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

- Medina, C. y Nash, C. (2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Medina Quiroga, C. (2005). “Las obligaciones Obligaciones de los Estados Bajo la Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos - Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 2005.
- Méndez, J. y Dulitsky, A. (2002). Medidas cautelares y provisionales. *Revista Argentina de Derechos Humanos*, 2(1), 109-140.
- Ortiz, L. (2006). Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En C. Martín, D. Rodríguez y J. Guevara (Comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario Washington College of Law American University, Distribuciones Fontanarama S.A.
- Rubio, P. (2010). Las modificaciones contenidas en el Nuevo Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Agenda Internacional*, XVII, (28), 133-152.
- Uprimni, R. (2007). La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional. En Krsticevic, Viviana y Tojo Liliana (Coords.). *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos -Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales* (pp. 127-142). Buenos Aires: CEJÍL.

## Jurisprudencia Constitucional Colombiana.

- Corte Constitucional. (10 de julio de 20003). *Sentencia T-558*. [MP Clara Inés Vargas Hernández]
- Corte Constitucional. (11 de septiembre de 2003). *Sentencia T-786*. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]
- Corte Constitucional. (20 de mayo de 2005). *Sentencia T-524*. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional. (18 de mayo de 2006). *Sentencia C-370*. [MP Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández]

- Corte Constitucional. (2 de julio de 2009). *Sentencia T -435*. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte Constitucional. (11 de mayo de 2010). *Sentencia T-367*. [MP María Victoria Calle Correa]
- Corte Constitucional. (25 de mayo de 2011). *Sentencia C-442*. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]
- Corte Constitucional. (18 de agosto de 2011). *Sentencia C-620*. [MP Juan Carlos Henao Pérez]
- Corte Constitucional. (22 de noviembre de 2011). *Sentencia C-875*. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte Constitucional. (13 de septiembre de 2012). *Sentencia C-715*. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]
- Corte Constitucional. (14 de febrero de 2013). *Sentencia T-078*. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]
- Corte Constitucional. (18 de octubre de 2016). *Sentencia T-564*. [MP Luis Ernesto Vargas Silva]

## **Sentencias Consejo de Estado Colombiano**

Sentencia de tutela, Sala Plena, de fecha febrero 18 de 2014, con Radicación 25000234200020130687101, Actor: Gustavo Francisco Petro Urrego, Demandado: Procuraduría General de la Nación.

## **Sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

*Opinión Consultiva OC-18/03* emitida por la Corte Interamericana, editada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2004

Caso Ivcher Bronstein. Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999.

Caso del Tribunal Constitucional. Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999.

Casos: Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995.



Caso Genie Lacayo, Sentencia de Fondo, 29 de enero de 1997.

Caso Loaysa Tamayo vs. Perú, Sentencia de Fondo, 17 de septiembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, “Caso Olmedo Bustos vs. Chile (Conocido también como la Última Tentación de Cristo)”, s/Fondo Reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001.

Caso de las Penitenciarías de Mendoza, Resolución de 22 de noviembre de 2004.

Caso James y otros, Medidas Provisionales, Trinidad y Tobago, 25 de septiembre de 1999, N.º 2, considerando 10

## **Legislación Colombiana**

Ley 228 de 1996.

## **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Informe Anual CIDH de 2011, Capítulo III, párrafo 23.

Informe N° 52/01, Caso N° 12.243, Juan Raul Garza vs. EE.UU AG/RES. 2227 (XXXVI-O/06), Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la CIDH.

Resolución N° 1 Medida Cautelar N° 255-13, Asunto Robert Gene Garza vs. Estados Unidos de America.

Resolución N° 2 de 2013, Medida Cautelar 157-13, República de Haití.

Resolución N° 14/2013 - Medida Cautelar N° 8-13, Asunto Personas Privadas de Libertad en el “Presidio Central de Porto Alegre”, Brasil.

Resolución N° 5 de 2014 - Medidas Cautelar N° 374-13 de 18 de marzo de 2014, Colombia.

## **Procuraduría General de la Nación**

Fallo disciplinario de fecha 9 de diciembre de 2013 de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, dentro del proceso disciplinario N° 2012-447489.

## Medios de comunicación consultados

Amad, Y. (18 de enero de 2014). El caso Petro enfrenta a decanos. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13381039> (2014, julio 8).

Gustavo Petro deberá ser reintegrado a la Alcaldía en 48 horas (22 de abril de 2014). *El Tiempo*, Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13867516> (2014, junio 26).

El Alcalde de Bogotá sale de su cargo; designado Rafael Pardo (19 de marzo de 2014). *El Tiempo*, Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13688039> (2014, julio 8).

Los argumentos de la Procuraduría contra tutela que favoreció a Petro (22 de enero de 2014). *El Tiempo*, Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13398356> (2014, julio 8).

Presidente Santos designa a Rafael Pardo alcalde de Bogotá (19 de marzo de 2014). *Revista Semana*, Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/presidente-santos-designa-rafael-pardo-como-alcalde-de-bogota/381004-3> (2014, junio 26).

‘Si Santos no destituye a Petro, habría vulnerado la Constitución’ (23 de marzo de 2014). *El Tiempo*, Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13709844>

# **08**

## **La figura del daño antijurídico adoptado en el artículo 90 de la Constitución de 1991, ¿una verdadera solución a la regulación de la responsabilidad patrimonial del estado?**

---

**Luis Felipe Giraldo Gómez**

Universidad Icesi | [lfgiraldo@icesi.edu.co](mailto:lfgiraldo@icesi.edu.co)

\* El presente documento es producto de investigación correspondiente al Proyecto Interdepartamental, *25 años de la Constitución Política: balances y perspectivas en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho*, registrado en el Grupo de Investigación Precedente de la Universidad Icesi y reconocido por Colciencias en categoría A1, en coordinación con miembros del Grupo de Investigación Nexos de la misma Universidad.

La responsabilidad civil de los particulares y, en especial, la responsabilidad patrimonial del Estado sigue siendo, en la actualidad, una de las figuras más importantes para cumplir con el propósito de mantener la vida en sociedad. Ello, si se tiene en cuenta que esta institución jurídica es una prueba de la evolución de la civilización, en cuanto brinda herramientas para solucionar los conflictos que puedan presentarse cuando un sujeto ha ocasionado un daño a otro y la víctima desea que las consecuencias de ese daño le sean reparadas.

Así, sin acudir a la venganza o a la vulneración de los derechos del victimario, se acude a dicha institución jurídica para intentar restablecer las cosas antes de la ocurrencia de un daño. Esto es así cuando resulte ello posible y, con mayor razón, cuando se trata de eventos donde el Estado es el que ha causado el agravio, pues gracias a esa figura resulta posible obligarlo a responder. Con esto se demuestra que, en la práctica, esta figura es, en sí misma, una verdadera conquista de la sociedad respecto del concepto de soberanía del Estado monárquico<sup>1</sup> y se erige como una verdadera reivindicación de los derechos, y garantía para todos los ciudadanos de que sus derechos serán respetados.

Por lo anterior, en esta ocasión, luego de 27 años de la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991,<sup>2</sup> resulta relevante hacer un análisis del artículo 90. Este suscitaba mucho interés entre los constituyentes, en tanto y en cuanto se consideraba la imperiosa necesidad de su inclusión en la nueva constitución, para que la responsabilidad del Estado fuera concebida como uno de los mecanismos de protección de los derechos de los ciudadanos. El artículo debía ser considerado de manera expresa como una muestra de la ideología garantista que rodeaba a la nueva carta política de los colombianos y que, finalmente, fue consagrado como una cláusula general de la responsabilidad del Estado.

Al margen de lo novedoso que puede resultar consagrar una cláusula de responsabilidad expresa a cargo del Estado en la propia constitución –lo cual no ocurre en la mayoría de constituciones de los otros países–, lo realmente

---

1. Según Rodríguez (2012): Hasta la segunda mitad del siglo XIX, se consideraba por regla general que el Estado no era responsable de los daños que causara con ocasión de su actividad. Esa solución que nos parece tan criticable en la época presente, se fundamentó especialmente en la idea de soberanía, la cual implicaba que las actuaciones del Estado eran indiscutibles pues, como afirmaba LAFARRIÈRE, en una frase famosa, “la esencia de la soberanía consiste en imponerse a todos sin consideración alguna (p. 432).

2. Constitución política de Colombia de 1991, Gaceta, Núm. 114 del 7 de julio de 1991.

relevante de este artículo se encuentra en las razones y fundamentos que llevaron a incluir en dicha cláusula –como uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad del Estado– *a la figura del daño antijurídico*. Este concepto es tomado del derecho español, en especial, de los estudios realizados para esa época por parte el autor Eduardo García de Enterría.<sup>3</sup> El elemento sí resultaba totalmente ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo en referencia al concepto de la antijuridicidad del daño, lo cual generó en la práctica unos cambios trascendentales en la concepción, función, elementos y consecuencias en las responsabilidades del Estado, que, aún en la actualidad, siguen generando dificultades para su correcto entendimiento y aplicación.

Por todo lo anterior, se pretende con el presente escrito hacer una reflexión sobre el papel que ha desempeñado en la práctica la inclusión del artículo 90 en nuestra constitución de 1991 y, en especial, la figura *del daño antijurídico*. Con esta se busca determinar si era necesaria su consagración por considerar que en Colombia no existía un sistema claro de responsabilidad del Estado antes de su aparición y, si los motivos expuestos por los constituyentes, los autores del proyecto del mencionado artículo realmente consultaban la realidad práctica y teórica del estado de evolución de la figura de la responsabilidad del Estado en nuestro ordenamiento para el año de 1991. Todo ello, con el fin de arribar a la conclusión de si finalmente la figura

---

3. Tamayo Jaramillo (2012): Amparados en el pensamiento del profesor GARCIA DE ENTERIA, la Asamblea Constituyente y, posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia nacionales, creyeron encontrar la más asombrosa revolución normativa, propicia para dejar atrás casi un siglo de difícil y juiciosa creación tanto de la doctrina como de la jurisprudencia” (p. 24);

Henao (1996): Las referencias que hacen las ponencias de la Asamblea nacional Constituyente coinciden con las apreciaciones que sobre el punto ha plasmado buena parte de la doctrina española. Es por ello que nos concentramos a exponer lo que por tal se entiende en dicho país, no sin antes advertir que en mi conocimiento no existe un libro o ensayo que se dedique al concepto. El forjador de la noción es indiscutiblemente el profesor Eduardo García de Enterría, quien al interior de la comisión preparatoria de la Ley de Expropiación Forzosa, publicada en el Boletín Oficial del Estado (Español) del día 17 de diciembre de 1954, influyó notoriamente en la concepción de su artículo 121 (p. 773).

Navia Arroyo (2000): Sin duda, las fuentes normativas del artículo 90 de la Carta de 1991 fueron la ley española de expropiación forzosa de 1954 y el numeral 2 del artículo 106 de la Constitución española de 1978. En ambas se palpa la mano y el pensamiento de García de Enterría, de manera que es apenas natural que nuestra doctrina y nuestros jueces hayan acudido a la obra del gran iuspublicista para precisar su alcance y su significado. Otra cosa es determinar si, a partir de los textos, doctrinales y legales, se han logrado esos objetivos (p. 229).

del daño antijurídico –traída de un país extranjero, con evolución legal y jurisprudencial diferente a la nuestra– generó una verdadera solución a los problemas y retos que presentaba la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro medio, o si, por el contrario, se trató de un de un espejismo académico y doctrinal de quienes apoyaron su inclusión, que en la práctica generó más inconvenientes y e inseguridad jurídica por la falta de indeterminación del concepto de la antijuridicidad del daño.

Para responder lo anterior, procedemos a empezar el análisis propuesto, partiendo de la revisión del estado de la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado, antes de la constitución de 1991.

### **Antes del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, ¿existía en Colombia un concepto y un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado?**

La primera reflexión, antes de abordar el estudio del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y las razones por las cuales se decidió consagrar una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, es la de preguntarse si antes de dicha constitución existía en nuestro medio una verdadera responsabilidad del Estado, en cuanto a su obligación de responder patrimonialmente por los daños que llegará a causar en el ejercicio de sus funciones. Además de indagar si existían normas constitucionales, legales y aplicaciones jurisprudenciales que permitieran concebir, para esa época, un sistema o régimen general de responsabilidad patrimonial del Estado. Luego de ello, y si la respuesta a estos interrogantes resulta afirmativa, establecer si existía un régimen claro de responsabilidad del Estado y cuál era el estado de evolución de esta figura.

Por ello, iniciamos nuestro análisis revisando la regulación de la responsabilidad del Estado en la constitución política que rigió hasta el 4 de julio de 1991 cuando fue remplazada por la constitución actual, para verificar si en la constitución política de 1886 (Piedrahita Restrepo, 2003, pp. 387 y ss) se consagró la idea, bien en sus principios, valores o normas, de un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, así como la posibilidad de hacer responsables a los funcionarios que ocasionaran dichos daños.

En principio, hacemos alusión a lo regulado en la Constitución Política de 1886 respecto a los mecanismos de garantía y protección de los derechos de los ciudadanos, tal y como se desprende del *Título III* cuya denominación fue *De los derechos civiles y garantía sociales*, en el cual encontramos de manera muy clara la ideología de la constitución en este tema, en su artículo 19:

Artículo 19. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos. (Piedrahita Restrepo, 2003, p. 393)

Este artículo fue derogado posteriormente por el acto legislativo 01 de 1936. Sin embargo, quedó consagrada la misma idea en el artículo 9°, el cual mantuvo la esencia del anterior precepto al indicar lo siguiente:

Artículo 9. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.<sup>4</sup>

Basta con leer el anterior precepto constitucional —el original y el reformado— para concluir sin mayor hesitación, que al menos en la concepción del constituyente de 1886 y posteriormente del 1936, de manera clara, se consagró una obligación para el Estado de velar por la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos. De entrada esto puede ser considerado como una prueba de la existencia de un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado si se tiene en cuenta el concepto genérico de responsabilidad civil. El concepto parte de la premisa de la existencia de una relación jurídica entre dos sujetos, donde uno tiene un derecho y otro una obligación correlativa y, en caso de incumplimiento que ocasione un daño, nace para el deudor incumplido la obligación de reparar. En este último caso no hay duda de que el Estado había contraído una obligación de garantizar unos derechos a los residentes de Colombia y, su incumplimiento, por lógica, debía traer de manera correlativa una consecuencia, que bien podría ser el surgimiento de la obligación de reparar patrimonialmente los perjuicios generados.

---

4. Acto Legislativo 1 del 5 de Agosto de 1936, "Reformatorio De La Constitución", Diario Oficial. AÑO LXXII. N. 23263, del 22 de agosto de 1936.

De igual forma, encontramos otros elementos en la constitución del 1886 que permiten ver la existencia de una especie de regulación de la responsabilidad del Estado, para esa época desde el ámbito constitucional si se tiene en cuenta lo preceptuado en su artículo 21. Este artículo regulaba la responsabilidad de los funcionarios en caso de causar un daño a un particular por haber infringido un mandato constitucional, para indicar la imposibilidad de eximirse de responsabilidad bajo el pretexto de haber recibido un mandato de un superior —exceptuando a los militares— tal y como se desprende de la siguiente redacción:

Artículo 21. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden (Piedrahita Restrepo, 2003, p. 393).

Como se ve del anterior canon constitucional, es claro el surgimiento de la responsabilidad en cabeza de quien causara un daño, por violación de las normas constitucionales, lo cual es una muestra del espíritu de la constitución, de no permitir la violación de los derechos so pretexto de estar actuando bajo la orden de un superior.

También podemos mencionar en este punto, el artículo 33, el cual ordenaba al Estado a reparar en los casos de expropiaciones en estados de guerra:

Artículo 33. En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización.

En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes.

La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes (Piedrahita Restrepo, 2003, p. 395).

Y para continuar con las normas que de alguna manera permiten ver una clara idea de consagración constitucional de un régimen de responsabilidad



del estado por los daños causados, también encontramos el artículo 51, el cual refuerza la idea de la responsabilidad de los funcionarios públicos quienes en su ejercicio atenten contra los derechos garantizados en la constitución, para indicar que deberían responder conforme lo regulara la ley.

Artículo 51. Las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas las clases, que atenten contra los derechos garantizados en este título (Piedrahita Restrepo, 2003, p. 398).

Pese a que los anteriores artículos por sí mismos podrían ser considerados como un verdadero fundamento constitucional de la obligación del Estado de entrar a responder por los daños causados en el ejercicio de sus funciones, resulta relevante mencionar el artículo 16 del acto legislativo 01 de 1936 –el cual fue usado de manera expresa junto con las normas del Código Civil, tanto por la Corte Suprema como por el Consejo de Estado, para darle una fundamentación constitucional y de derecho público a la responsabilidad patrimonial del Estado– indicaba lo siguiente:

Artículo 16. La asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar.

La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado.<sup>5</sup>

Como se ve de la lectura de los anteriores mandatos constitucionales, no hay duda de que para el constituyente del año de 1986 y de 1936, tanto el Estado como sus funcionarios con apego a la ley debían responder por los daños ocasionados a los habitantes del territorio nacional, máxime cuando en el Título III se consagraban derechos tan importantes como la vida, la libertad, la propiedad, el derecho a escoger religión o culto, el derecho a escoger oficio, la educación, el debido proceso, el derecho de petición, el derecho de agrupación, entre otros. También, en este se determinan los mecanismos para hacerlos respetar, al establecer, además, en el artículo 52, que las normas de este título debían quedar integradas al Código Civil y no podían ser alteradas sino por acto reformatorio de la constitución.

---

5. Acto Legislativo 1 del 5 de Agosto de 1936, "Reformatorio De La Constitución", Diario Oficial. AÑO LXXII. N. 23263, del 22 de agosto de 1936.

Si bien es cierto, no podemos sustentar la existencia en la Constitución Política de 1886 de una norma expresa comparable como la del artículo 90 de la Constitución Política actual, no por ello creemos, se puede concluir que no había para aquella época fundamentos constitucionales de la responsabilidad patrimonial del Estado en la anterior constitución.

Por el contrario, como acaba de verse, la responsabilidad, tanto del Estado como de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, estaba expresamente consagrada en la propia constitución; en cuanto a sus consecuencias, si bien no existía una alusión específica a la responsabilidad desde el ámbito patrimonial, esa alusión expresa no era necesaria, pues el delito también es considerado tradicionalmente como una fuente generadora de la obligación de reparar.<sup>6</sup> Además, la Constitución establecía de forma genérica la obligación del Estado de garantizar los derechos de los ciudadanos y la obligación de los funcionarios de responder conforme a las leyes por atentar contra los derechos protegidos por ella. Asimismo, lo más importante es que, siendo una de las funciones principales del Estado prestar los servicios públicos a sus ciudadanos, resulta lógico pensar que en aquellos eventos en donde la prestación de estos servicios no se hiciera de forma adecuada –bien por incumplimiento puro y simple, por cumplimiento defectuoso o tardío que ocasionare daño–, el Estado tendría la obligación de repararlos, y para ello, las normas del código civil servían como una guía para la declaratoria de dicha responsabilidad.

Conforme a este panorama constitucional, pasemos ahora a revisar de manera muy breve cuál era el estado de la legislación para la época anterior a 1991, en relación con la responsabilidad del Estado. Para este propósito, debemos empezar por decir que ya existían las normas del Código Civil colombiano adoptado por medio de la Ley 84 de 1873.<sup>7</sup> En él se consagraba, en el Título XXXIV, la responsabilidad común por los delitos y las culpas. Esta regulación, si bien tiene un origen de derecho privado tendiente a regular las relaciones jurídicas entre particulares, era una fuente legal que, incluso, ya estaba permeada por la constitución, con mayor razón, si se tiene en cuenta el artículo 52 antes mencionado, el cual ordenaba incluir todo el Título III de los derechos civiles

---

6. Artículos 1494 y 2341 del Código Civil Colombiano, Ley 84 de 1873, Diario Oficial No. 2.867 mayo 31 de 1873.

7. Código Civil, Ley 84 de 1873, Diario Oficial No. 2.867 mayo 31 de 1873.

y garantías sociales a dicha codificación. Con ello, no debe quedar ningún asomo de duda, en cuanto a la posibilidad de aplicar las consecuencias de las normas que regulaban la responsabilidad civil, a los casos de violación de los derechos consagrados en la constitución, por parte del Estado a través de sus funcionarios, por lo menos, mientras no existieran otras normas encargadas de regular expresamente el tema.

A pesar de lo anterior, es evidente que el surgimiento del derecho administrativo como una rama independiente trajo consigo la necesidad de tener unos jueces especializados en juzgar la función del Estado; así como, la necesidad de unas normas propias con unos principios de derecho público. Por esta razón, paso a paso, se fue construyendo una legislación tendiente a suplir esa necesidad de regular específicamente la actividad del Estado y las consecuencias en caso de la generación de daños a los particulares.

En este sentido, encontramos algunos textos normativos que empiezan a consagrar una regulación expresa de la responsabilidad patrimonial del Estado en casos específicos,<sup>8</sup> como lo fue la Ley 130 de 1913<sup>9</sup> la cual otorgaba la competencia a los jueces de lo contencioso administrativo para conocer de la responsabilidad originada con la declaratoria de nulidad de los actos administrativos. De igual forma, la Ley 38 de 1918,<sup>10</sup> en su Artículo 1º consagró la responsabilidad del Estado por los daños causados con ocasión de las expropiaciones, así como la responsabilidad por los daños causados a la propiedad ajena por órdenes o providencias administrativas nacionales. En su Artículo 2º, radicó en el Consejo de

---

8. Ver sobre este tema: Henao (1996).

9. Ley 130 de 1913, "Sobre la jurisdicción de lo contencioso-administrativo". Diario oficial No. 15123 febrero 9 de 1914.

10. Ley 38 de 1918 "Sobre la manera de hacer efectivo el derecho de indemnización por expropiaciones ejecutadas por autoridades administrativas", Diario oficial No. 16542 noviembre 15 de 1918. "Artículo 1º De las expropiaciones, así como de los daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas nacionales, fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución, será responsable la Nación cuando haya redundado en provecho suyo. Artículo 2º El Consejo de Estado conocerá de las reclamaciones que se intenten contra la Nación por los hechos de que trata el artículo anterior. Artículo 7º Las disposiciones de la presente Ley se harán extensivas a los Departamentos y a los Municipios cuando sean ellos los que se hayan aprovechado de la propiedad particular. La jurisdicción en estos casos corresponde en primera instancia a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo y en segunda al Consejo de Estado".

Estado la competencia para conocer de los procesos por la responsabilidad del Estado en los eventos consagrados en el artículo anterior; y, en el artículo 7°, extendió el conocimiento de los casos de responsabilidad por los daños causados a la propiedad a ajena, cuando dichos actos provenían de los Departamentos o Municipios, dejando para este evento la competencia radicada en primera instancia en los Tribunales Contencioso Administrativos seccionales.

De igual forma, con la Ley 167 de 1941, se atribuyó la competencia al Consejo de Estado y los tribunales contencioso administrativos seccionales el conocimiento de los procesos por responsabilidad del Estado con ocasión de los daños causados por actos, hechos y operaciones administrativas,<sup>11</sup> y, también, aquellos procesos ocasionados por daños en trabajos públicos y ocupaciones temporales de inmuebles.<sup>12</sup>

Resaltamos en este punto lo dicho por la Corte Constitucional, respecto a esta norma que venimos comentando, la cual considera como el inicio de un nuevo desarrollo de la responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro

---

11. Ley 167 de 1941 "Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa", Diario oficial No. 24853, Enero 7 de 1942. "Artículo 62. Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores Capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad. Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Artículo 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho. Artículo 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes".

12. El artículo 269 de la Ley 167 de 1941 fue declarado inexecutable, y también lo fueron los artículos 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268 de la misma ley, pero sólo en cuanto a la regulación de los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública, por considerar que este tema estaba asignado por la constitución a la jurisdicción ordinaria. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 20 de junio 1959.

medio, pues permitió al Consejo de Estado empezar a desarrollar de forma sistemática los fundamentos constitucionales de este tipo de responsabilidad.

Con la expedición de la Ley 167 de 1941, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de desarrollo y consolidación jurídica. Mediante esta ley, se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias que se promuevan contra las instituciones públicas; **circunstancia que, sin reparos, es aprovechada por esa corporación de justicia para construir toda una doctrina jurisprudencial sobre la base de la aplicación de algunos principios y normas del derecho público, amparándose a su vez en los artículos 2º, 16 y 23 de la Constitución Centenaria de 1886 que, si bien no regulaban la institución de la responsabilidad del Estado en forma directa, consagraban, a la manera de fines constitucionales primarios, el principio de legalidad, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la obligación de garantizar la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título** (Corte Constitucional, C-892, 2001) [Resaltado fuera del texto]

Así las cosas, el anterior panorama constitucional y legal permite sostener que antes de la constitución de 1991 ya se tenía claro la existencia de una obligación cargo del Estado de responder por los daños ocasionados en el ejercicio de sus funciones. Aunque no existía unas normas sustantivas, más allá de la obligación constitucional de garantizar a todas las personas residentes en Colombia la protección de la vida, honra, bienes, y todos los derechos consagrados en el título III de la constitución del 86, sí se puede ver cómo desde la ideología de la constitución, se consagró la obligación del Estado de responder por los daños causados. Prueba de ello será la aplicación que sobre este tema se dio por parte de la Corte Suprema de Justicia y, posteriormente, por parte del Consejo de Estado, quienes se encargaron de ir delineando el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, hasta antes de la constitución de 1991.

Pasamos, entonces, a revisar de manera muy general, cuál fue la evolución de la jurisprudencia en relación con el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado. No se pretende hacer un recuento pormenorizado de toda la jurisprudencia<sup>13</sup> sobre la responsabilidad del Estado, pero sí hacer hincapié sobre algunas providencias que permiten ver el desarrollo que tuvo la jurisprudencia colombiana en este tema. Para ello debemos empezar por distinguir tres periodos

---

13. Ver sobre este tema: Henao (1996).

de nuestra historia. El primero de ellos hace alusión a la responsabilidad del Estado deprecada por la Corte Suprema de Justicia mientras tuvo la competencia para conocer de estos asuntos hasta 1964; un periodo intermedio, en donde se tuvo una competencia compartida entre la Corte Suprema y el Consejo de Estado, quien podía conocer ciertos asuntos específicos entre 1913 y 1964; y, posteriormente, la competencia plena de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de todos los eventos de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por actos, hechos, omisiones, contratos y operaciones administrativas, la cual continúa en la actualidad.

En la primera etapa —esto es hasta 1964—, y pese a estar constitucionalmente creado el Consejo de Estado,<sup>14</sup> las leyes que habían organizado la jurisdicción contencioso administrativa no habían entrado a funcionar de forma general; por ello, conforme al artículo 151 de la constitución de 1886,<sup>15</sup> era la jurisdicción ordinaria en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, la encargada de juzgar la generalidad de los procesos en que fuera parte la nación. Conforme a estas atribuciones, tuvo que juzgar los casos de responsabilidad en contra del

---

14. En Piedrahita Restrepo (2003): Constitución de 1886, Artículo 141. - Son atribuciones del Consejo de Estado: 1. Actuar como Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos que determinen la Constitución y las leyes. Los dictámenes del Consejo no son obligatorios para el Gobierno, excepto cuando vote la conmutación de la pena de muerte; 2. Preparar los proyectos de ley y Códigos que deban presentarse a las Cámaras, y proponer las reformas que juzgue convenientes en todos los ramos de la legislación; 3. Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, si la ley estableciere esta jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación. En este caso el Consejo tendrá una sección de lo contencioso-administrativo con un Fiscal, que serán creados por la ley [...].

15. Piedrahita Restrepo (2003) Son atribuciones de la Corte Suprema: [...] 3. Conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos; [...] 5. Decidir, de conformidad con las leyes, sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el Gobierno, o denunciadas ante los Tribunales por los interesados como lesivas de derechos civiles; 6. Juzgar a los altos funcionarios nacionales que hubieren sido acusados ante el Senado, por el tanto de culpa que corresponda, cuando haya lugar conforme al Artículo 97; 7. Conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los Agentes diplomáticos y consulares de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales de Justicia, los Comandantes o Generales en Jefe de las fuerzas nacionales, y los Jefes superiores de las Oficinas principales de Hacienda de la Nación [...].

Estado, para lo cual en principio solo condenó al Estado cuando encontraba una norma que explícitamente consagraba tanto el supuesto de hecho que se investigaba, como la consecuencia de la reparación, sin hacer uso de las normas constitucionales antes mencionadas. Posteriormente, y con el ánimo de ampliar la garantía de los derechos a las víctimas, pasó a utilizar las normas del Código Civil para regular la responsabilidad patrimonial del Estado conforme a las reglas de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, pasando primero por la aplicación de la responsabilidad indirecta,<sup>16</sup> luego directa,<sup>17</sup> y después a una aplicación de una mixta de las dos anteriores que no duró mucho con fundamento en la teoría organicista, debiendo volver a la tesis de la responsabilidad directa.

No obstante lo anterior, también se puede ver cómo en algunas de sus providencias, la Corte Suprema de Justicia deja ver atisbos de unos principios generales de la responsabilidad patrimonial del Estado, aunque se repite, amparadas en las normas del código civil, pero considerando a la responsabilidad del Estado *como un principio de derecho público universal digno de protección*.<sup>18</sup>

Lo anterior, se puede ver en una decisión de la Corte Suprema de Justicia de 22 de octubre del año de 1896, en la cual se demandó a la Nación por los perjuicios causados por la muerte de un ciudadano extranjero el cual era buscado por asesinar a un policía, siendo ultimado a manos de una comisión policial integrada entre otras por un particular que no era funcionario del Estado y que además era hermano del policía asesinado por el sindicato. En esta oportunidad, dijo la Corte respecto de los principios que debían regir la responsabilidad patrimonial del Estado lo siguiente:

---

16. Artículos 2347 y ss del Código Civil Colombiano, Ley 84 de 1873, Diario Oficial No. 2.867 mayo 31 de 1873.

17. Artículos 2341 del Código Civil Colombiano, Ley 84 de 1873, Diario Oficial No. 2.867 mayo 31 de 1873.

18. Navia Arroyo (2000): Si bien hasta el año 1962, la responsabilidad del Estado se fundamentó, por regla general, en las normas de la responsabilidad civil indirecta, lo cierto es que en múltiples ocasiones, a partir de la muy conocida sentencia de casación civil del 21 de agosto de 1939, la Corte buscó explicar el porqué del deber de indemnizar del Estado en principios de derecho público, esencialmente en la teoría del servicio público, desarrollada por los más importantes iuspublicistas franceses de la época (Duguit, Hauriou, Jéze, Bonnard, Duez) y por entonces en pleno auge (p. 219).

Es cierto que el sistema federal que regía en Colombia al tiempo en que se cumplieron aquellos hechos ofrecía dificultades para que el Gobierno General pudiera impedirlos oportunamente; pero los defectos de un sistema de Gobierno no deben servir para privar á [sic] los extranjeros de las garantías á [sic] que tienen derechos; y si esas garantías se vulneran por los mismos funcionarios públicos que deben hacerlas eficaces, y si esto sucede obedeciendo á [sic] ordenes de un autoridad superior como lo era el Gobernador del Distrito Capital y del Departamento de Panamá, la equidad exige que á [sic] la Nación se declare obligada á [sic] reparar el daño ocasionado por Agentes suyos, yá [sic] que sería ilusoria la responsabilidad civil que pudiera demandarse de los empleados delincuentes.

Todas la naciones deben protección a sus habitantes, nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, **sí está obligado á [sic] las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable á [sic] sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes, como sucede en el presente caso, y cuando concurren las circunstancias especiales que originaron la muerte de Rosazza.**

**Estos son los principios universales del Derecho Internacional moderno, conformes con la moral y la justicia, principios que obligan á [sic] las naciones civilizadas.**<sup>19</sup> [Resaltado fuera del texto]

De igual manera, en sentencia del 20 de octubre del año 1898, en la cual se demandó a la Nación por los perjuicios causados a unos contratistas a quienes se les incumplió un contrato de concesión para la construcción de un mercado público en Colón, la Corte considera que le asiste razón a los demandantes y condena a la Nación a pagar los perjuicios ocasionados, indicando entre otros fundamentos de su fallo lo siguiente:

La responsabilidad de la Nación proviene pues, pues, de que el acto del Jefe Civil y Militar Montoya, fue ejecutado por éste en el carácter oficial de que estaba investido por el Presidente de la República, y en fuerza de las facultades extraordinarias que le atribuía ese mismo carácter, acto que violó derechos legítimamente adquiridos por terceros y que constituye un delito ó [sic] culpa civil que aparece aquella responsabilidad [...].

---

19. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 22 de octubre de 1896. Gaceta Judicial año XI, Bogotá, 2 de noviembre de 1896, Núm. 665, pp. 353 a 357.



**[...] La responsabilidad del Estado en todo tiempo, pero especialmente en época de guerra civil por los actos ejecutados por sus agentes, es un principio de derecho público reconocido universalmente, y los citados artículos 1341 y 2347 del Código Civil, lo establecen de una manera indudable.**

Siendo el Estado una persona jurídica, y habiendo obrado en el caso en cuestión el agente del Gobierno en virtud de facultades generales y extraordinarias, conferidas por el mismo Gobierno para el régimen del Departamento, no puede desconocerse que los actos del agente comprometieron la responsabilidad civil del comitente, que obraba en nombre de aquél y en ejercicio de la autoridad que se le había dado, pues de otro modo, es decir, sin la fuerza pública que tenía a su disposición y la autoridad de que estaba revestido, no habría podido ejecutar aquél hecho en términos que surtiera, como surtió, el efecto que se propuso, cual fue desposeer á [sic] los concesionarios del contrato del privilegio, sacarlo a licitación y adjudicarlo á [sic] otras personas (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 20 de octubre de 1898)<sup>20</sup> [Resaltado fuera del texto]

Como se puede ver, en esta primera etapa, la Corte Suprema de justicia no tuvo inconvenientes para interpretar las normas constitucionales del 1886, y aunque no hiciera en sus providencias alusión a ellas de forma sistemática, con sus decisiones sí logró materializar la obligación del Estado de respetar la vida honra y bienes, y la consecuencia de entrar a reparar patrimonialmente cuando dichos derechos fueran conculcados.

En el segundo periodo, donde se compartió desde 1913 hasta 1964, la competencia para conocer de estos asuntos con el Consejo de Estado, podemos resaltar la sentencia del 21 de julio de 1922, en la Corte Suprema de Justicia, condena al Municipio de Bogotá, por considerar:

En el caso que se estudia, al demandante Villaveces por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infringió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, artículos que el Tribunal infringió por haber restringido su alcance e interpretado, por tanto, erróneamente.

**Esta interpretación de las disposiciones acotadas del Código Civil, está de acuerdo con los principios de una sana jurisprudencia, desde luego que**

---

20. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 20 de octubre de 1898. Gaceta Judicial año XIV, Bogotá, 28 de marzo de 1900, Núm. 685 y 686, pp. 54 a 57.

**todo derecho lesionado requiere una reparación a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social**, pues aparte de las sanciones penales que se refieren a la seguridad pública, **es preciso que la persona ofendida sea en lo posible indemnizada por quien menoscabó sus derechos**; y si en muchos casos es difícil determinar el quantum de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que derechos de alta importancia quedaban desamparado por las leyes civiles, cuandoquiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales. En el caso que se estudia se impone la sanción civil (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 21 de julio de 1922) [Resaltado fuera del texto]

También encontramos la sentencia del 30 de junio de 1962, en la cual la Corte Suprema de justicia deja sentadas las bases de la falla del servicio como fundamento del deber de reparar en la responsabilidad del estado, y concluye que las reglas del código civil son perfectamente aplicables a la responsabilidad del Estado, sumado a los normas de la constitución del 1886, entre ellos el artículo 16 arriba mencionado:

32. En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tesis de las “fallas del servicio público” o culpa de la administración, se inspira en el deber primordial de la entidad pública, de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, estos es, la consecución de sus fines. Tal es el objeto de una organización de hombres sobre un territorio determinado, con autoridades y leyes propias. Aquellos medios no son otra cosa que los servicios públicos, de cuya eficacia depende la verdad práctica de esos derechos y la realización cierta de tales fines. De modo que si en la prestación de dichos servicios llega a causarse daños, es el Estado quien debe responder de ello, no como fruto de la presencia de un hecho específico de alguno o algunos de sus agentes identificados, sino como secuela de la falla que se haya producido.

35. Debe agregarse que, controvertido, como ha sido el fundamento positivo del sistema que finca la responsabilidad del Estado en la prestación inadecuada, errónea o irregular de los servicios públicos, la Corte lo ha encontrado hasta ahora en el citado artículo 2341 del Código Civil, porque como lo ha dicho repetidamente, este precepto “ha consagrado una obligación general de indemnización, con respecto a todas las personas, sean físicas o morales, y el Estado, proceda como ente político o civil, debe someterse al derecho (sentencia de marzo 2 de 1948, LXIII, 2027 Y 2058, 397), y lo halla hoy, además, en el artículo 16 de la Carta, porque entre los “deberes sociales del Estado” sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando estos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño.

La inexistencia de un texto legal que estatuya concretamente la responsabilidad aquiliana de las entidades jurídicas y la especial de la Administración por fallas del servicio, no fue óbice a la jurisprudencia, guiada particularmente por la ley de la analogía, para abrirles sitio en las disposiciones del derecho común, y ahora, así mismo, en el dicho artículo 16, de institucional significado. Porque donde quiera que rija un texto como el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, no faltará la norma que señale al Juez el camino de la justicia y del perfeccionamiento de la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de junio de 1962)<sup>21</sup> [Resaltado fuera del texto]

Sobre los aportes dados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado en este período, indicó en su momento la Corte Constitucional lo siguiente:

#### 4.1. La responsabilidad patrimonial del Estado.

**4.1.1 Contexto histórico.** Como es sabido, hasta antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una cláusula que consagrara de manera específica la responsabilidad patrimonial del Estado. En realidad, puede afirmarse que en nuestro país la responsabilidad estatal se concibe como una institución de origen puramente jurisprudencial que, según lo dicho por esta corporación en reciente pronunciamiento, inicia su evolución “en un período histórico en el que imperaba el dogma de la irresponsabilidad del Estado, puesto que se consideraba contraria a la idea de soberanía, lo que se plasma en la famosa sentencia de La ferreire “Le popre de la souveraineté est de s”imposer a tous sans compensation””(1). (1) Sentencia C-832 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

**Cabe destacar que la labor de la jurisprudencia, adelantada inicialmente por la Corte Suprema de Justicia y luego por el Consejo de Estado, se desarrolló con base en las disposiciones del Código Civil que regulaban el tema de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del derecho privado, tomando como fuente de inspiración los postulados del Estado de derecho y, particularmente, la nueva realidad social y económica que durante las primeras décadas del siglo XX ya proponía un mayor grado de intervencionismo estatal y, por consiguiente, de responsabilidad institucional.**

En lo que toca con la actividad desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, puede decirse que la misma inicia con la Sentencia del 22 de octubre de 1896, en la que se

---

21. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 30 de junio de 1962, Mp. Dr.: José j. Gómez R. Gaceta judicial Num. 2256, 2257, 2258, 2259, pp. 87 a 100.

precisa que si bien las entidades estatales, en su condición de personas jurídicas, no eran penalmente responsables por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos(2). (2) Gaceta Judicial, tomo XIV, N° 685, pág. 56.

**A partir de este pronunciamiento, la evolución de la jurisprudencia de la Corte se muestra progresista en torno a tres aspectos concretos: el de la responsabilidad indirecta, el de la responsabilidad directa y el de la falla en el servicio.**<sup>22</sup> [Resaltado fuera del texto]

Se puede ver cómo la Corte Suprema, mientras mantuvo la competencia, se preocupó por hacer aportes importantes para la evolución de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado. Así, dejó sentadas las bases tanto legales como constitucionales, para fundamentar la obligación del Estado de reparar los daños que llegará a ocasionar. No obstante, esta evolución en dicha materia, también estuvo coadyuvada por las decisiones del Consejo de estado, quien atendiendo a la competencia compartida que durante este periodo mantuvo con la Corte, contribuyó con algunas de sus decisiones a decantar un poco más el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, para darle los contornos que finalmente fueron adoptados hasta el año de 1991.

Por lo anterior, resulta casi obligatorio hacer alusión a la decisión adoptada por el Consejo de Estado el 29 de julio de 1947, en cuanto al avance logrado respecto a los fundamentos del deber de reparar, pues en esta oportunidad, el alto tribunal analizó el caso del Periódico *El Siglo S.A.*, el cual había solicitado la reparación de los perjuicios sufridos, con ocasión de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional provisional, ante el estado de turbación del orden público que se vivía para el año 1944, lo cual implicó unas medidas de revisión del material impreso de los periódicos. Sin embargo, en especial, para el periódico *El Siglo*, estas medidas se materializaron en la imposibilidad para su personal de entrar o salir de sus instalaciones y la imposibilidad de emitir el periódico ante el corte de los servicios de energía y telefonía para dicha entidad.

Sobre esta demanda en contra de la Nación, y el fundamento del deber de reparar indicó el Consejo de estado lo Siguiente:

---

22. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. M.P. Dr.: Rodrigo Escobar Gil.

Innumerables serían los ejemplos que pudieran aducirse, tato de los casos en que la reparación procede jurídicamente, como de aquellos en que no tiene justificación ninguna ante el derecho. Por eso corresponde a la jurisprudencia destacar tan delicada cuestión, frente a cada problema concreto, con un criterio de justicia y equidad.

Para ilustrar las conclusiones a que se llega en el presente proceso, **acaso el primero con las características ya ampliamente expuestas, que corresponde al Consejo decidir dentro de la nueva legislación contencioso-administrativa**, es oportuno traer aquí algunos conceptos extractados de la obra sobre “Derecho Administrativo” del conocido tratadista Carlos García Oviedo, principalmente en cuanto se refiere a “la responsabilidad de la Administración pública” y, dentro de ella, a la “Responsabilidad sin falta” y al “daño especial”, puntos relacionados con el caso materia de este estudio (1927, página 433 y siguientes).

**La responsabilidad sin falta –dice– se plantea siempre que en la gestión de sus servicios produce el Estado a un particular un daño o le proporciona un perjuicio, por motivo de interés público y con autorización legal.** Verbigracia, el Estado para la ejecución de una obra expropia un inmueble de propiedad particular, ocupa ciertos terrenos, perjudica una finca, desvía unas aguas de que nos aprovechamos, nos impone una prestación; o por motivo de instrucción militar causa daño en nuestra propiedad, etc. **De la responsabilidad del funcionario que obró no hay que hablar, pues ajustó su conducta a la ley. Pero, ¿y el Estado? ¿Deberá responder de estos daños?**

Examinadas las anteriores doctrinas modernas, bien se ve que comparadas con remotas teorías de derecho, la jurisprudencia ha venido en constante progreso, no por saltos sino lentamente, partiendo del viejo principio de la irresponsabilidad total y pasando gradualmente por los de la responsabilidad culposa y la responsabilidad sin falta, a los actualmente en vigor del enriquecimiento sin causa y del **daño especial**, señalando los avances del derecho tanto en el tiempo como en el espacio.

Ahora bien: al aplicar tales doctrinas jurídicas, expuestas, según se ha visto, con enviable claridad por eminentes tratadistas, es evidente, desde luego, que en el caso de autos debe desecharse por improcedente la relativa al enriquecimiento, puesto que el Estado no derivó ningún aumento de patrimonio con la suspensión del diario “El Siglo”, ni mucho menos con detrimento de esta Empresa; **y, en cambio, acogerse la del daño especial, en armonía con la de la responsabilidad sin falta.**

**En efecto: tanto por omisión como por acción, el periódico en referencia fue objeto de tratamiento excepcional.** Lo primero, porque no se le nombró censor, a tiempo que a los demás órganos de la prensa diaria de Bogotá se les designó el suyo; y, lo segundo, porque fueron suspendidos los servicios de fuerza eléctrica y de teléfonos en el edificio

donde funciona, y éste rodeado de una escolta de la Policía Nacional, que impedía la entrada y salida de las personas, elementos sin los cuales y medida con la cual no podía actuar. **Es cierto que esta última fue tomada, en primer término, para proteger la Empresa de una multitud amenazante, pero la prolongación de ese estado de cosa hasta después de la diligencia de inspección ocular extrajuicio, colocó al prenombrado diario en situación excepcional.**<sup>23</sup> [Resaltado y subraya fuera del texto]

Como se ve de la anterior providencia, el Consejo de Estado hace un aporte importante a la evolución sobre el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado, e inaugura en Colombia la aplicación de la figura del daño especial, el cual constituye uno de los fundamentos del deber de reparar. Esta permite hacer responsable al Estado en aquellos escenarios en donde, a pesar de haber actuado de forma legítima y en ejercicio de sus funciones, sí ha generado una situación de desequilibrio en las cargas públicas está obligado a reparar el daño causado. En otras palabras, se comienza con el régimen de la responsabilidad del Estado sin falta. Tal y como se menciona en la providencia comentada, es esta figura la máxima expresión de la responsabilidad del Estado, en tanto y en cuanto, se convierte en una verdadera garantía de los derechos de los ciudadanos, el saber que a pesar de la regularidad de la actuación del Estado, si se demuestra la situación anormal, especial, de desequilibrio en las cargas públicas, el daño irrogado será reparado.

También en este periodo, debemos mencionar la decisión adoptada por parte del Consejo de Estado el 30 de septiembre de 1960, en la cual, entre otros temas, se ve cómo se pretende conformar la tesis de un derecho autónomo para los casos de responsabilidad del Estado, con el ánimo de aplicar para su fundamentación normas constitucionales y de derecho público, y alejarse de esta manera de las normas del Código Civil:

[...] estima el Consejo de Estado, que la responsabilidad del Estado en materia como la que ha originado esta controversia no puede ser estudiada y decidida con base en las normas civiles que regulan la responsabilidad extracontractual, **sino a la luz de los principios y doctrinas del derecho administrativo**, en vista de las diferencias sustanciales entre éste y el derecho civil, dadas las materias que regulan ambos derechos, los fines perseguidos y el plan en el que se encuentran colocados.<sup>24</sup> [Resaltado y subrayado fuera del texto].

23. Consejo de Estado, Sentencia del 29 de julio de 1947. C.P. Dr.: Gustavo A. Valbuena.

24. Citada por Henao (1996, p. 745).

Continúa, de esta manera, el Consejo de Estado, durante este periodo, consolidando sus posturas de un derecho autónomo y de una fundamentación constitucional y de derecho público de la responsabilidad del Estado, para estructurar la tesis de que la falla es de la administración independiente de la prueba de la culpa de un agente particular, de tal manera que ésta última no será necesaria como presupuesto para la declaratoria de la responsabilidad, tal como se ve en la sentencia del 28 de abril de 1967, en la cual se demandó a la nación por los perjuicios causados a un estudiante en sus órganos genitales, como consecuencia por los disparos efectuados por una policía nacional quienes pretendían controlar una manifestación estudiantil el 9 junio de 1954 en la carrera séptima con trece de la ciudad de Bogotá. Sobre los fundamentos de la responsabilidad del Estado dijo en esta oportunidad el Consejo de Estado lo siguiente:

La cuestión relacionada con la responsabilidad aquiliana del Estado, vale decir, la responsabilidad directa de éste por “fallas del servicio” sin consideración a un autor individualizado ha sido ya materia estudiada por el Consejo de Estado en numerosos y recientes fallos y bien puede decirse con propiedad que constituye doctrina uniforme y repetida. No cree por ello la Sala que sea necesario considerarla de nuevo in extenso. Baste decir que en el campo de la administración, la responsabilidad extracontractual es directa y no hay lugar por lo tanto a distinguir entre los órganos a través de los cuales se manifiesta la voluntad del Estado y los agentes que apenas ejecutan esa voluntad.

Es primer deber del Estado procurar la realización del bien común, principio consagrado en el artículo 16 de la Constitución; para ello dispone y organiza los llamados “servicios públicos”. Ahora bien: si como consecuencia, bien de un mal funcionamiento del servicio o de su “no funcionamiento” o del tardío funcionamiento del mismo se causa una lesión o un daño, el Estado es responsable y por consiguiente está en la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Y esto [sic] con prescindencia de la culpa personal del agente o agentes encargados de la prestación del servicio, pues bien sea que aquél o aquéllos aparezcan o no como responsables del hecho dañoso, la administración debe responder cuando el daño se ha causado como consecuencia de una falla en el servicio que estaba obligado a prestar por cuanto, se repite, esa responsabilidad se origina en último término, en el deber primario del Estado de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, a la consecución de sus fines; en otras palabras, a la realización del bien común (Consejo de Estado, sentencia del 28 de abril de 1967)<sup>25</sup> [Resaltado fuera del texto].

---

25. Consejo de Estado, sentencia del 28 de abril de 1967. C.P. Dr.: Carlos Portocarrero M.

En cuanto a la posibilidad de hacer responsable al Estado sin la existencia de una falla del servicio en su actuación, cuando el daño proviene de una actividad peligrosa y ha generado un desequilibrio en las cargas públicas, se tiene como ejemplo la sentencia del 23 de mayo de 1973, en la cual la señora Vitalia Duarte V. de Pinilla demanda a la Nación para que le sean reparados los perjuicios ocasionados por la destrucción de su vivienda y los bienes que allí tenía, con ocasión del operativo realizado por el ejército nacional para capturar a un delincuente que se escondió en dicha casa y opuso resistencia a su captura, el día 9 de junio de 1965. Consideró en esta oportunidad el Consejo de Estado la existencia de una responsabilidad del Estado con fundamento en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886, y expresó lo siguiente:

La Sala está de acuerdo con el señor Fiscal, por las razones expuestas, en que en el caso de autos no puede hablarse propiamente de “falla del servicio”, ni por imprudencia o negligencia en el empleo de las armas oficiales, ni por desproporción entre la agresión, en este caso la resistencia armada que opuso quién debía ser capturado, y los medios empleados para hacer cumplir la orden judicial. En una situación tan dramática y confusa como la que se vivió en esos momentos (varias horas), era el jefe militar que comandaba la fuerza pública encargada de capturar a González, quien estaba en capacidad de determinar o adecuar los medios que debía emplear para cumplir la orden judicial, dada la resistencia armada, muy eficaz, que oponía aquél.

Resta decidir si la tesis planteada por el señor agente del Ministerio Público sobre distribución de las cargas públicas, puede aplicarse al caso de autos dadas sus características especiales y que puede sintetizarse así: la acción armada ejercida para capturar a Efraín González en cumplimiento de una orden judicial expedida por funcionario competente no constituye falla del servicio y fue, por lo mismo, legítima, pero ella causó un perjuicio económico a un tercero ajeno a esos hechos, consistente en la destrucción de una casa de propiedad de ese tercero, razón por la cual al Estado corresponde indemnizar el perjuicio causado, lo que equivale a hacer una equitativa distribución de las cargas públicas entre todos los contribuyentes desde luego que tal indemnización deberá hacerse con cargo al presupuesto de la Nación.

Es evidente que, por lo menos por razones de equidad y de justicia distributiva, quien ha sufrido un perjuicio causado por la Administración debe ser indemnizado. Ciertamente, en el caso de autos, la señora Vitalia V. de Pinilla no tiene por qué sufrir ella sola los daños producidos por un acto de la Administración —legítimo, desde luego—, al cual fue tan extraña como cualquier otro



ciudadano. Ya el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 30 de septiembre de 1949, citada por el señor Fiscal, publicada en los Anales del Consejo, Tomo LXIII No. 367.371, p. 372, se expresó así sobre este punto:

En derecho público no todo daño genera la obligación de indemnización en los mismos términos que en derecho privado, que se basa en la justicia conmutativa, y que nadie puede causar daño a otro. Solo cuando con la acción administrativa se quebranta la justicia distributiva, surge para el Estado la obligación de indemnizar. El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esta afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones, no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. El daño debe ser, por tanto, excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho sino del carácter singular o excepcional del daño causado. (Consejo de Estado, sentencia del 23 de mayo de 1973)<sup>26</sup> [Resaltado y subrayado fuera del texto]

En este punto, hacemos eco de la decisión tomada por el Consejo de Estado el 28 de octubre de 1976, por ser un referente de la historia jurisprudencial y legal de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta se tomó luego de que el Banco Bananero del Magdalena solicitó a la Nación que lo reparara por los daños y perjuicios que le había ocasionado con la operación administrativa financiera –en cuanto a la decisión de liquidarlo y su posterior ejecución por parte de la Superintendencia Bancaria–, por lo cual el Consejo de Estado, luego de hacer un análisis histórico de la materia, decide absolver al Estado de la responsabilidad deprecada, previo a hacer unas las siguientes consideraciones:

Cuarto. El estado actual de la jurisprudencia

24. Los antecedentes expuestos demuestran que el, proceso jurisprudencial relativo a esta materia comenzó, antes de iniciarse el presente siglo, con la admisión de la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas, incluso las de derecho público, por la culpa de sus agentes, sin distinción de categorías, deberes y oficios. Lo cual coloca a Colombia entre los países de vanguardia en América en lo que concierne a las transformaciones jurisprudenciales del derecho sobre responsabilidad extracontractual.

---

26. Consejo de Estado, sentencia del 23 de mayo de 1973. C.P. Dr.: Alfonso Castilla Saiz. Radicación número: 978.

Como medida inicial, la Corte tomó la siguiente del artículo 2347 del Código Civil sobre responsabilidad indirecta, que estaba circunscrita a las personas naturales, para llevarla al dominio de las personas jurídicas de derecho privado Y público, como aparece de las citadas sentencias de 1896 (octubre 26) y 1898 (octubre 20) y de otras anteriores a que estas aluden. Después de una larga reiteración, esta doctrina sufrió una mudanza radical, como antes se expuso (Casación de agosto 21 de 1939 (XLVII, 1950, 663), por haber entrado a participar en la forma como de allí en adelante la jurisprudencia desató los litigios al respecto, el criterio de la responsabilidad directa, cuyas aplicaciones se sucedieron profusamente en tiempo posterior.

‘Pero a la vez y desde el año de 1941 (sentencia de junio 31 LII, 1977. 117), fue acogida la tesis de la ‘falla del servicio público’, que basa la responsabilidad aquiliana del Estado, en la deficiencia o irregularidad del servicio, sin ligamento a un autor individualizado ni a la circunstancia de que esta sea funcionario superior o simple auxiliar. Aquí, el mismo poder renovador jurisprudencial apeló, artículo 2341 del Código Civil para sustentar en dicha tesis la responsabilidad civil de las personas públicas.

“En una palabra, de la tesis de la responsabilidad indirecta de las personas morales, hizo la Corte una intensa y uniforme aplicación hasta el año de 1939; pero, sin que hubiese dejado de seguir esta misma senda en no pocas sentencias posteriores, aquel año marco la aparición de la doctrina de la responsabilidad directa; el de 1941 (fallo de junio 20 de LII. 1977. 117) la del sistema de las ‘fallas del servicio público’; y el de 1944 (sentencia de mayo 15 LVII, 1977, 117), la del criterio organicista, hasta las mencionadas de 1969 y 1961, de modo que todas las expresadas formas participaron, coetáneamente, del favor de la jurisprudencia.

“Quinto. La tesis de este fallo.

26. Tales consideraciones han llevado a la Corte a reevaluar las antedichas tesis y de preferir, como consecuencia, la directa, en el ámbito de las personas jurídicas privadas, partiendo de la presencia del factor culpa de las mismas, como repercusión del hecho de sus agentes; y en el campo de la administración, la de las ‘fallas del servicio’, caracterizado por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación social más adecuada a estos tiempos (véase en el mismo sentido, la sentencia de La Sala de Negocios Generales de esta fecha)”.

“La cual no excluye la construcción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil sobre responsabilidad por el hecho producido en actividades peligrosas, respecto de las cuales se presume la culpa de las personas naturales y jurídicas, presunciones que conducen a eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven

en un radio de acción caracterizada por la peligrosidad o en cuyas funciones - como acontece con el Estado - figuren algunas de esta naturaleza.

[...] 2o La responsabilidad por falla o falta de servicio

De lo dicho se concluye que la responsabilidad que se pretende deducir en el caso sub-judice, ha de ser examinada a la luz de los principios que gobiernan la teoría de la falla o falta del servicio, como en, forma alternativa lo propone el demandante.

En los términos del artículo, 16 de la Constitución Política le incumbe al Estado “proteger a todas las personas residentes en Colombia én sus vidas, honra y bienes, para asegurar el cumplimiento de los, deberes sociales del Estado y de los, particulares”. De acuerdo con este precepto constitucional los órganos del Estado están obligados a prestar una serie de servicios y a desarrollar una gran variedad de actividades para cumplir los fines indicados, esos servicios y esas actividades, por imperativo de la Constitución y de las leyes deben desarrollarse en forma consecuente al cumplimiento de tales fines y, en caso de que ello no ocurra, el Estado debe responder por los, daños que se deriven, del mal funcionamiento o de la actividad deficiente o tardía o de la ausencia de la misma, es decir, por la falta o la falla del servicio.

En cualesquiera de tales hipótesis, al actor le incumbe probar, no solo la falta o falla del servicio, sino la existencia del daño y la relación de causalidad entre aquella y este. Demostrados estos extremos, habrá lugar a deducirle la responsabilidad del Estado, a menos que se demuestre la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito. Dentro de este orden de ideas habrá de examinar la Sala la pretensión planteada, con base en los hechos aducidos en el libelo inicial del litigio (Consejo de Estado, sentencia del 28 de octubre de 1976).<sup>27</sup> [Resaltado y subraya fuera del texto]

Posteriormente, el Consejo de Estado, sigue decantando el concepto de falla del servicio, para considerarla como la violación del contenido obligacional a cargo del Estado, indicando que, para saber cuándo se viola dicho contenido obligacional, se debe acudir en primer término a la regulación específica y concreta de la actividad de quien causó el daño. Si allí no se encuentra una norma específica que regula dicha situación e imponga una obligación al Estado, se puede acudir al texto genérico del artículo 16 de la Constitución de 1886, en

---

27. Consejo de Estado, sentencia del 28 de octubre de 1976. C.P. Dr.: Jorge Valencia Arango. Radicación número: 1482.

el cual se consagra la función genérica del Estado. Así lo expreso en la sentencia el 30 de marzo de 1990:

1. Constituye el régimen de responsabilidad por falla del servicio, el régimen de derecho común de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, y, según reiterada jurisprudencia de la Corporación, para que el Estado pueda ser declarado responsable por falta o falla del servicio se requiere que en autos se hayan acreditado tres condiciones:

La existencia de una falla del servicio; la existencia de un perjuicio, y la relación de causalidad entre la falla alegada y el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende mediante el proceso Contencioso Administrativo.

[...] 3. De conformidad con lo anterior, se puede, entonces, afirmar que la falla del servicio es la violación de una obligación a cargo del Estado, y que para lograr determinar cuál es el contenido obligacional al que está sujeto el Estado frente a un caso concreto, debe el juez referirse en primer término, a las normas que regulan de manera concreta y específica la actividad pública causante del perjuicio. Y si se afirma que el juez debe referirse en primer término a la mencionada normatividad concreta y específica, es porque, como se afirma en la precitada sentencia, “los doctrinantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que ésta existe no solo en los casos en que la ley o el reglamento la consagra expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza; y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el Estado debe cumplir”.

4. Por ello, la falla del servicio es entonces la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada prioritariamente en el artículo 16 de la Constitución Política. Estas dos maneras de abordar el contenido obligacional en lo que al Estado respecta, y que permitirá concluir que hay falla del servicio cuando la acción o la omisión estatal causantes de perjuicio lo ha infringido, lejos de excluirse se complementan, como pasa a verse para el caso en estudio (Consejo de Estado, sentencia del 30 de marzo de 1990).<sup>28</sup>

---

28. Consejo de Estado, sentencia del 30 de marzo de 1990. C.P. Dr.: Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente: No 3510 (140).

Una vez revisada la regulación que existía con anterioridad a la Constitución Política de 1991, y referenciadas algunas de las decisiones más importantes tanto de la Corte Suprema de justicia como del Consejo de Estado en relación con el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, pasaremos a continuación a analizar cuáles fueron las motivaciones, esto es, las razones y fundamentos que se invocaron por parte de los ponentes en la Asamblea Nacional Constituyente, y que llevaron en la práctica a consagrar en el artículo 90 de la constitución actual, una cláusula expresa y general de la responsabilidad del Estado.

## **Razones y fundamentos que sustentaron el proyecto del artículo 90 para incluirlo en la Constitución Política de 1991**

De los diferentes proyectos presentados a la Asamblea Nacional Constituyente para el capítulo sobre mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los particulares, y en especial aquellos que incluían una mención específica al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado,<sup>29</sup> se encuentra el No 72,<sup>30</sup> propuesto por el constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, que si bien no puede ser considerado como el autor único del artículo 90 de la constitución actual, su propuesta si puede resaltarse como aquella en la cual se incluía expresamente una cláusula de responsabilidad del Estado,<sup>31</sup> lo cual influyó en gran medida en la decisión adoptada sobre la materia por la Asamblea nacional

29. Ver sobre este tema: Henao (1996, pp. 761 y ss).

30. Asamblea Nacional Constituyente, secretaria general, trámite de proyectos, marzo 8 de 1991, Proyecto No 72, autor, Juan Carlos Esguerra Portocarrero. En Biblioteca Virtual Banco de la República: <http://babel.banrepcultural.org/cdm/singleitem/collection/p17054coll28/id/372/rec/1>.

31. Esguerra Portocarrero, Juan Carlos. "La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional", p. 884. En Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Disponible: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/34.pdf>. "En Colombia, la exaltación explícita de la responsabilidad del Estado a la condición de norma constitucional y su inclusión dentro del conjunto de instrumentos de protección de los derechos, tuvieron lugar en 1991. Y aunque la verada es que en comienzo sólo uno de los proyectos que se presentaron a la consideración de la Asamblea Constituyente de aquel año estaba específicamente concebido en ese sentido, al final la Asamblea acogió la idea por una gran mayoría".

Constituyente, y por ello se puede ver en esta propuesta, el origen más próximo del artículo 90 constitucional.

En este proyecto No 72, se incluía como propuesta de artículo el siguiente:

**ARTICULO:** Tanto el Estado como los funcionarios públicos y los particulares que cumplan funciones públicas o presten servicios públicos, serán responsables de los daños injurídicos [sic] que, por acción u omisión, causen con ocasión o con pretexto de sus tareas.

En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden (Esguerra Portocarrero, 1991, [En línea])

Como exposición de motivos de este proyecto, se expuso entre otras, la falta de un texto expreso constitucional o legal que abordara el tema de la responsabilidad del Estado, pese a reconocer que la jurisprudencia ya había venido evolucionando en la materia, y había empezado a usar textos constitucionales para fundamentar la responsabilidad del Estado, consideraba el constituyente Esguerra Portocarrero que era necesario plasmarlo en la constitución:

Como tal construcción requiriera indispensablemente de un soporte constitucional, fue menester forzar la interpretación de algunos de los preceptos de la Carta. Con tal propósito se utilizó, a más del artículo 20 ya citado, el artículo 16, que les señala a las autoridades de la república, entre otras, la misión de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes”, para deducir de ellos una consecuencia que en verdad ninguno consagra: la responsabilidad civil del Estado.

Si bien es verdad que el estiramiento de estas normas ha permitido la elaboración y el desarrollo más o menos satisfactorios, de toda la teoría de la responsabilidad pública que hoy rige entre nosotros, ha llegado la hora de acometer, como corresponde, la entronización constitucional de este postulado jurídico fundamental (Esguerra Portocarrero, 1991, [En línea]).

Adicional a la necesidad de un texto expreso constitucional, también se consideró, por parte del mencionado constituyente, la necesidad de hacer un cambio en el régimen de responsabilidad del Estado aplicado por la juris-

prudencia hasta esa época. Esto dado que, en sus palabras, se había tornado insuficiente ante la presencia de teorías como la del daño especial, que hacían necesario trasladar el centro de gravedad de la “injuridicidad de la conducta” a la “injuridicidad del daño” mismo:

Por otro lado, el esquema de la ‘responsabilidad estatal construido a partir de la consideración de la injuridicidad de la conducta o la actividad del agente público (llámesela responsabilidad por culpa directa o indirecta, por falla del servicio, por actividades peligrosas o de otra forma semejante) ha venido dando muestras de insuficiencia, como lo prueban las más reciente construcciones jurisprudenciales tales como la llamada de la responsabilidad por daño especial. En tal virtud, conviene desplazar su “centro de gravedad” a la injuridicidad del daño o, perjuicio, tal como aquí se propone (Esguerra Portocarrero, 1991, [En línea]).

Posteriormente, en la ponencia presentada a la subsección tercera de la comisión primera sobre el tema de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los particulares, la cual fue enviada al relator de la Asamblea Nacional Constituyente el día 15 de abril de 1991, se puede ver como el constituyente Esguerra Portocarrero, encargado de hacer esta ponencia, plasma sus ideas sobre lo que ha de ser la nueva regulación de la responsabilidad del Estado en la constitución de 1991. En esta indica la necesidad de incluir en la nueva constitución no solo la responsabilidad penal y disciplinaria respecto a los funcionarios sino que además se requiere de una consagración constitucional expresa respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado, sin que frente a esta última, sea suficiente la simple mención, pues considera que debe generarse un cambio del esquema utilizado en esta materia por la jurisprudencia hasta la fecha, el cual va dirigido a consagrar como fundamento de la responsabilidad, en armonía con las teorías modernas, al daño antijurídico y a la imputación del mismo al Estado, siendo necesario este cambio de visión de la figura—según su criterio— para dar respuesta a los problemas planteados por la falla del servicio, con lo cual se logra al final un traslado del concepto de la antijuridicidad subjetiva de la conducta, al concepto de la antijuridicidad objetiva del daño producida por la administración:

Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional sino que, además, **incorpora los más modernos criterios sobre la**

**materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño anti-jurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla del servicio público”, dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la “responsabilidad por daño, especial” [Resaltado y subraya fuera del texto].**

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.

Por lo que hace a la imputabilidad, se trata de resaltar la circunstancia de que para que proceda la responsabilidad en cuestión, no basta con la mera relación de causalidad entre el daño y la acción de una autoridad pública, sino que es necesario, además, que pueda atribuirse al órgano o al Estado el deber jurídico de indemnizarlo. La determinación de las condiciones necesarias para el efecto, quedará, naturalmente, en manos de la ley y de la jurisprudencia (Esguerra Portocarrero, 1991, [En línea]).

En esta ponencia, además, se hacía énfasis en la responsabilidad solidaria entre el Estado y el funcionario, en la obligación del Estado de repetir contra el funcionario que diera lugar a la condena, en la posibilidad para el particular de demandar directamente al Estado o al funcionario involucrado en la producción del daño, y en la posibilidad de generar al lado de la acción indemnizatoria, otra que permitiera al particular obligar al Estado a cumplir con el deber omitido.

Luego del debate surtido en la comisión primera sobre este tema, se elaboró el informe correspondiente recogiendo las conclusiones de dicho debate, el cual fue presentado por la secretaría general de la Asamblea Nacional Constituyente para incluir en la gaceta constitucional y para que se hiciera el primer debate en la plenaria el día 17 de mayo de 1991. Este informe fue elaborado por los constituyentes Jaime Arias López y Juan Carlos Esguerra Portocarrero (1991), el cual, en relación con el tema de la responsabilidad del Estado, recogió en su gran mayoría lo dicho en la ponencia del constituyente Esguerra Portocorrerero. Con algunas modificaciones, entre ellas, separar el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado de los otros tipos de responsabilidad, con lo cual se le da autonomía al primero de ellos, y el de considerar que la repetición en contra



del funcionario que diera pie a la condena al Estado, tendría lugar cuando el funcionario hubiese actuado con dolo o culpa grave, pero en el resto de los temas, el informe continuó con similares argumentos para la inclusión de la norma que sería posteriormente el artículo 90 de la Constitución de 1991. El artículo aprobado por la comisión primera fue el siguiente:

ARTICULO: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La demanda podrá dirigirse indistintamente, contra el Estado, el funcionario o uno y otro.

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, aquel deberá repetir contra este.

Si bien en el artículo final presentado para votación, se eliminó a última hora lo referente a la posibilidad para el particular de demandar directamente al Estado o al funcionario. Lo cierto es que el resto del artículo transcrito corresponde al que en la actualidad tenemos vigente, y para nuestro tema, lo relevante para resaltar son las razones y fundamentos expuestos para llegar a esta regulación en la constitución, con el ánimo de determinar si dichos fundamentos eran ciertos y suficientes, y si a al final el artículo aprobado con el cambio de esquema propuesto, y con la inclusión de la figura del *daño antijurídico*, realmente generó soluciones en la práctica respecto de la regulación del tema de la responsabilidad del Estado.

### **¿Resultan suficientes y ciertas las razones dadas por los constituyentes del año de 1991 para sustentar la inclusión en la constitución del artículo 90 actual, y en especial, para consagrar la figura del daño antijurídico en nuestro medio?**

De lo expuesto en párrafos anteriores, se puede concluir que existieron unas razones y motivaciones que sirvieron como fundamento a los constituyentes para aprobar el que hoy corresponde al artículo 90 de la Constitución política de 1991, los cuales fueron expresados en las exposición de motivos

del proyecto de artículo sobre responsabilidad, en las ponencias e informes presentados. Estos sirvieron de base para lo consagrado finalmente en la constitución, razones que, a nuestro juicio, partieron de unas premisas falsas que, además, por sí mismas no logran sustentar la necesidad de la regulación expresa de la responsabilidad del Estado en la constitución.

Según lo descrito en párrafos anteriores, una de las motivaciones del ponente del artículo sobre responsabilidad del Estado era la necesidad de incluirlo en la constitución por considerar que otros países ya lo habían hecho. Sin embargo, en la ponencia solo pone el ejemplo de la constitución española<sup>32</sup> y el tratado constitutivo de la comunidad europea. Ello no puede ser considerado como razón de peso suficiente para hacer una reforma constitucional de tanta importancia y para incluir un artículo que, en la práctica, no hizo más que corroborar lo que ya se venía dando, esto es, la posibilidad de demandar al Estado por los daños que hubiere causado.

También se sustentó en las ponencias la inexistencia de un texto expreso que consagrara la responsabilidad del Estado desde el ámbito patrimonial, por lo cual debía ser incluido. No obstante, tal y como se indicó, basta con leer las normas de la constitución de 1886 y posteriormente las reformadas en el año de 1936, para darse cuenta que el constituyente de la época. De manera clara consagró una obligación para el Estado de velar por la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos, lo cual de entrada puede ser considerado como una prueba de la existencia de un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, y pese a reconocerse que no existía en la constitución política de 1886 una norma expresa como la del artículo 90 de la constitución política

---

32. El ponente del artículo 90 de la constitución, reconoce en un escrito suyo que la mayoría de países no tienen una norma constitucional que consagra expresamente la responsabilidad del Estado. Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, "La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional...op. cit, "Y que, finalmente, también era por eso por lo que debía buscarse la oportunidad de entronizar en la Constitución una regla clara y precisa sobre el particular que no requiriera un proceso más o menos complejo de inducción o de deducción. Una regla de derecho que hiciera expreso reconocimiento de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado como una de las garantías sociales de carácter fundamental. La verdad es que en la mayoría de países ese proceso no ha ocurrido aún. Pero, por otro lado, también es cierto que hay casos como el de España, en donde él tuvo lugar hace cerca de un cuarto de siglo, con ocasión de la elaboración y adopción de la nueva carta política. (p. 883).

de 1991, a nuestro entender, no se puede concluir por ello, la inexistencia de fundamentos constitucionales de la responsabilidad patrimonial del Estado en la anterior constitución.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996 indicó que antes de la constitución de 1991, existían fundamentos constitucionales de la responsabilidad del estado, en especial el artículo 16 de la anterior constitución:

El artículo 90 y la responsabilidad patrimonial del Estado

3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada -en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el artículo 90 señala con claridad que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Corte Constitucional, C-333, 1996)

De igual forma, y siendo una de las premisas más importantes sobre las cuales se fundamenta la necesidad de la inclusión de esta norma constitucional, se encuentra la idea de lo imperioso que resultaba hacer un cambio en el esquema de la responsabilidad del Estado que venía aplicando la jurisprudencia colombiana, por considerar que existía un problema en la práctica con la aplicación de la teoría de la “falla del servicio público”, pues esta impedía la inclusión de otras formas de responsabilidad del Estado más actuales, como sería la de “responsabilidad por daño, especial”.

Si se revisa con detenimiento este argumento, se puede ver cómo resulta ser, a todas luces, infundado, en tanto y en cuanto, tal y como quedo reflejado en las referencias jurisprudenciales sobre esta materia, en Colombia desde el año de 1947<sup>33</sup> ya se había dado la primera aplicación de la teoría del daño especial y se siguió aplicando sin ningún inconveniente. Incluso, se abrió la

---

33. Consejo de Estado, Sentencia del 29 de julio de 1947. C.P. Dr.: Gustavo A. Valbuena.

posibilidad de aplicar también como fundamento del deber de reparar la teoría del riesgo a través del concepto del riesgo excepcional,<sup>34</sup> de tal manera que no resulta lógico fundamentar la inclusión de una cláusula de responsabilidad del Estado en la Constitución, bajo el argumento de abrir con ello la aplicación “de novedosas figuras”, cuando lo cierto es que, dichas teorías ya eran aplicadas por la jurisprudencia sin necesidad de un texto normativo expreso.

En este sentido, reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-333 antes comentada, la existencia con anterioridad al artículo 90 de la posibilidad de aplicar distintos regímenes de responsabilidad con fundamento en la falla del servicio, el daño especial y el riesgo excepcional, siendo estos regímenes recogidos, no creados, en el nuevo artículo constitucional:

La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. En efecto, según esa Corporación, **los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90**, que representa entonces “la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual”. Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 “es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual”.

4- Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas la (sic) situaciones, **puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico**, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado (Corte Constitucional, C-333, 1996) [Resaltado fuera del texto].

---

34. Consejo de Estado, sentencia del 23 de mayo de 1973. C.P. Dr.: Alfonso Castilla Saiz. Radicación número: 978.

Así mismo, en sentencia C- 892 del 2001, la Corte Constitucional concluye que la evolución de la jurisprudencia en Colombia, antes de la constitución de 1991 sobre el tema de la responsabilidad del Estado, estaba a la par de las legislaciones más progresistas en el derecho comparado sobre esta materia:

Con la expedición de la Ley 167 de 1941, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de desarrollo y consolidación jurídica. Mediante esta ley, se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias que se promuevan contra las instituciones públicas; **circunstancia que, sin reparos, es aprovechada por esa corporación de justicia para construir toda una doctrina jurisprudencial sobre la base de la aplicación de algunos principios y normas del derecho público, amparándose a su vez en los artículos 2º, 16 y 23 de la Constitución Centenaria de 1886 que, si bien no regulaban la institución de la responsabilidad del Estado en forma directa, consagraban, a la manera de fines constitucionales primarios, el principio de legalidad, el deber del Estado de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos y la obligación de garantizar la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título.**

Como corolario de lo anterior, se modifica el criterio de imputación de la responsabilidad patrimonial de la administración pública que venía imperando hasta antes de la expedición de la Ley 167, pasando de la teoría civilista de la culpa, a la aplicación concreta de la teoría administrativista de la falta o falla en el servicio público. Así, se tiene que de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la responsabilidad pública, –lo ha dicho esta Corte–, “se estructura un sistema de naturaleza objetiva y directa, que gira en torno a la posición jurídica de la víctima, quien ve lesionado su interés jurídico como consecuencia de las actuaciones de las autoridades públicas, independientemente que éstas fueran legítimas o ilegítimas, normales o anormales, regulares o irregulares” (3). (3) Sentencia C-832 de 2001.

Frente a este nuevo criterio, es claro que el comportamiento doloso o culposo del servidor público no tiene incidencia en el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que, como se dijo, la misma deviene en forma directa de la entidad pública, no por el hecho de otro sino por el hecho propio, en cuanto se entendía que las conductas pasiva o activa de los funcionarios de la administración que podían generar un daño, **se encontraban íntimamente vinculadas al cumplimiento de la función pública encomendada.** Ello explica por qué la jurisprudencia del Consejo de Estado fijó como requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas, y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal.

**De conformidad con lo expuesto, y a pesar de no haberse consagrado en el ordenamiento jurídico nacional el principio de la responsabilidad estatal, puede concluirse que para la época en que se promulgó la Carta de 1991, esta materia mostraba un gran desarrollo jurídico –jurisprudencial y doctrinario– a tono, inclusive, con las legislaciones más progresistas dentro del espectro del derecho comparado** (Corte Constitucional, C-892, 2001).

Es evidente que el argumento expresado por el constituyente Esguerra Portocarrero de la necesidad de hacer un cambio en el esquema que venía aplicándose por parte de la jurisprudencia al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado por considerarlo “insuficiente” resulta ser, a todas luces, infundado, máxime cuando la misma Corte Constitucional considera que la jurisprudencia del Consejo de Estado anterior a la carta política de 1991 se encontraba a la par de las legislaciones más progresistas sobre la materia de la responsabilidad patrimonial del Estado, de tal manera, que si ello era así, la motivación dada para la inclusión del artículo 90 de la actual constitución, al menos en este punto, resulta claramente inconsistente, o por lo menos, partía de una premisa falsa, pues desconocía el estado actual de la materia para la época en que fue propuesto el mencionado artículo.

Sin embargo, tal vez lo que puede resultar más discutible en las motivaciones que llevaron en la práctica a la creación del artículo 90 de la constitución de 1991, es el argumento en torno a la necesidad de hacer un cambio en el esquema de la responsabilidad del Estado aplicado por la jurisprudencia hasta esa fecha, con el argumento de hacer del *daño antijurídico* el eje central y fundamento de la teoría de la responsabilidad del Estado, pues según los defensores de esta teoría, ello iba a permitir dar solución a los problemas que planteaba la falla del servicio, con el ánimo de darle cabida a los nuevos criterios de la responsabilidad del Estado, entre ellos, la teoría del daño especial.

Para comprender la anterior motivación, es necesario revisar cual fue el concepto de daño antijurídico tenido en cuenta por los constituyentes, para sustentar su postura y así pasar a analizar si en realidad este nuevo elemento vino a generar una solución a los problemas que se decía presentaba la aplicación de la falla del servicio en el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable antes del 91.

Sobre este tema, se indicó en la exposición de motivos del que sería el artículo 90 de la Constitución Actual:

Por otro lado, el esquema de la ‘responsabilidad estatal construido a partir de la consideración de la injuridicidad de la conducta o la actividad del agente público (llámesela responsabilidad por culpa directa o indirecta, por falla del servicio, por actividades peligrosas o de otra forma semejante) ha venido dando muestras de insuficiencia, como lo prueban las más reciente construcciones jurisprudenciales tales como la llamada de la responsabilidad por daño especial. **En tal virtud, conviene desplazar su “centro de gravedad” a la injuridicidad del daño o, perjuicio, tal como aquí se propone.** (Esguerra Portocarrero, 1991, p.4) [Resaltado fuera del texto].

Y en el informe presentado para el primer debate en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente de dicho proyecto, se reiteró esta postura y se trató de explicar el concepto de antijuridicidad en los siguientes términos:

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. **Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social.** (Esguerra Portocarrero, 1991, p. 10) [Resaltado fuera del texto]

De igual manera, se refirió el constituyente Esguerra Portocarrero, en un escrito de su autoría, donde explica las razones de su proyecto y los objetivos del artículo 90 de la constitución, al indicar que el cambio propuesto con la creación de este artículo en la Constitución actual, implicaba la necesidad de revisar si el daño tiene o no justificación:

Así se desprende, sin duda, del enunciado con el que comienza el artículo, cuando él se indica de modo preciso que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado está, en “los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. **O, dicho de otra manera, que ella nace de la lesión patrimonial que injustificadamente sufre una persona con ocasión del ejercicio de una función pública.** Ya entonces, lo que importa no es tanto si esa función pública se cumplió o no en debida forma, sino, ante todo, **si, desde el punto de vista del derecho, el daño que se causó con ocasión de su ejercicio tenía o no alguna justificación; si tenía o no un título jurídico válido** (Esguerra Portocarrero, 1991, p. 890) [Resaltado fuera del texto]

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996, trató de aterrizar el concepto de *daño antijurídico* adoptado en el artículo 90 de la constitución, para concluir que es aquel que la víctima no está obligada a soportar, y que puede ser generado por la administración por una actuación ilícita pero también por una actuar lícito, lo cual permite ver que es posible la aplicación de los dos regímenes de responsabilidad del Estado, esto es, el subjetivo y el objetivo que ya venía usando de antaño la jurisprudencia colombiana:

**El daño antijurídico y la responsabilidad patrimonial del Estado** 5- El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el Legislador. Sin embargo una interpretación sistemática de la Carta y de los antecedentes de la norma permite determinar los elementos centrales de este concepto.

**Así, desde el punto de vista histórico, en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente se observa la intención de plasmar en la normatividad constitucional esta noción de daño antijurídico, que es tomado a su vez del artículo 106 de la Constitución española que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado en los siguientes términos:**

*“Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.*

Nótese que el sistema español consagra un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que no representa un mecanismo sancionatorio: la indemnización no es una pena que deba sufrir el agente del daño en razón de su culpa, sino que es un dispositivo que se funda en la posición de la víctima pues se busca garantizar que el menoscabo del orden patrimonial o extrapatrimonial que ésta haya sufrido sea adecuadamente reparado. Por ello puede haber daño antijurídico, sin que exista culpa de la autoridad o falla del servicio real o supuesta. **Así, la doctrina española ha entendido este régimen de responsabilidad en los siguientes términos:**

“Quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, supuesto comprendido en la expresión “funcionamiento anormal de los servicios públicos”, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita,



como indica claramente la referencia explícita que el legislador hace a los casos de “funcionamiento normal” (o “funcionamiento de los servicios públicos”, simplemente, en el artículo 106.1 de la Constitución).

[...] Al construir la institución de la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de ilicitud o culpa, el fundamento de aquella se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable (que parte de la concepción de ver en la responsabilidad patrimonial la sanción de una conducta culpable) a la del patrimonio de la persona lesionada. La responsabilidad pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo adecuado de reparación que se pone en funcionamiento solo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial”.<sup>35</sup>

**6- La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90.**

(...) 7- Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. **Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual “se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo”.** Por consiguiente, concluye esa Corporación, “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”. [Resaltado fuera del texto]

Lo primero a destacar en este punto se relaciona con el argumento dado por los constituyentes de trasladar la figura del *daño antijurídico* de la Constitución Española del año de 1978 al actual artículo 90 de la Constitución Política Colombiana de 1991. Este tiene una inconsistencia literal, la cual resulta obvia con la simple lectura de los artículos en comparación, esto es, el artículo 106 de la Constitución Española y el artículo 90 de la Constitución Colombiana, pues, aunque parezca inocuo, se ha sustentado el traslado

---

35. Ver García de Enterría y Ramón Fernández (1993, pp 371 y 372).

de un concepto, de una figura, basados en un artículo que en realidad no la consagra<sup>36</sup>, al menos no de forma expresa en su redacción, pues basta con revisar el mencionado precepto constitucional español, para darse cuenta que no existe mención alguna a la figura del daño antijurídico. Por ello, resulta a todas luces imposible, salvo profundas interpretaciones sobre el origen del artículo español y su cercanía con la teoría expuesta por el profesor Eduardo García de Enterría, sustentar el traslado de una figura de la constitución Española a nuestro artículo 90 de la constitución, cuando en realidad la constitución española no la consagra.

Al margen de lo anterior, otra de las premisas que permitió sustentar a los constituyentes la necesidad de incorporar la figura del *daño antijurídico* en nuestra constitución, también resulta ser equivocada, o por lo menos, no se acompaña con la realidad jurídica para el momento de su sustentación, pues tal y como se indicó en las ponencias y en el informe para primer debate, se había considerado la necesidad de esta inclusión para darle vía a la responsabilidad por daño especial.<sup>37</sup> Sin embargo, lo cierto es que la jurisprudencia anterior a la constitución de 1991 ya venía aplicando la teoría del daño especial, con lo

---

36. Navia Arroyo (2000): De entrada, conviene hacer la siguiente anotación: ni en el artículo 121 de la ley de expropiación de 1954, ni en el 106 de la Constitución española de 1978, aparece la expresión "daño antijurídico". Las dos normas citadas hablan, respectivamente, de "indemnizar toda lesión que resulta del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos", y del "derecho de los particulares a obtener la reparación de la lesión sufrida, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que resulte del funcionamiento de los servicios públicos" (resaltamos). Así pues, el concepto de daño antijurídico es, en España, una creación doctrinal, con la que se ha pretendido explicar el paso singular de la absoluta irresponsabilidad a la responsabilidad absoluta y objetiva del Estado.

37. Ponencia para la Subsección Tercera de la Comisión Primera sobre el tema de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los particulares (Esguerra Portocarrero, 1991, p. 11). Reitera en: Informe-ponencia para primer debate mecanismo de protección de los derechos fundamentales y del orden jurídico (p. 10):

Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional sino que, además, *incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño anti-jurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada "falla del servicio público", dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la "responsabilidad por daño, especial".*

cual la inserción de esta nueva figura no iba a generar un cambio en ese sentido, es decir, no iba a permitir la aplicación de una nueva teoría, pues la misma ya venía siendo utilizada por la jurisprudencia.

De igual forma, esta premisa parte de una clara contradicción argumentativa, si se parte de la definición de daño antijurídico aceptada, la cual lo precisa como un daño que la víctima *no tiene el deber jurídico de soportar*, y por otro lado, teniendo en cuenta el concepto de daño especial como un fundamento del deber de reparar en el régimen objetivo de responsabilidad, el cual se aplica cuando el daño se causa *en ejercicio legítimo de las funciones propias del Estado y sin irregularidad*,<sup>38</sup> tendríamos que aceptar la conclusión de la imposibilidad de considerar la existencia un verdadero daño antijurídico cuando el Estado actúa de forma correcta y en ejercicio legítimo de sus funciones.

En otras palabras, si la responsabilidad por daño especial se da cuando la administración causa un daño en estricto cumplimiento de un deber legal, ¿sería lógico pensar que el daño ocasionado en estos términos es antijurídico? Si existe una causal que justifica el daño como lo es, el ejercicio legítimo de las funciones propias del Estado, no podría hablarse en estos términos de un daño antijurídico, el daño bajo estas condiciones sería jurídico en los términos de esta doctrina, con lo cual, lo pretendido con la introducción de esta figura en el artículo 90 de la Constitución, en cuanto a ampliar la posibilidad de aplicar la figura del daño especial no se lograría, sería imposible desde el punto de vista argumentativo, y bajo estas premisas, sostener la tesis de un daño antijurídico cuando se presenta una situación de daño especial.

Compartimos en este punto las palabras del autor Felipe Navia (2000), quien sobre este punto indica:

No cabe duda que una de las posibilidades interpretativas que abre el artículo 90 de la Constitución Política es la de intentar extraer el concepto de daño

---

38. M'Causland Sánchez (2015, p. 186): El régimen de daño especial se configura, entonces, cuando existe una actuación lícita del Estado que, a pesar de ser desarrollada en interés público, esto es, en beneficio de la generalidad, causa un daño grave a una persona o a un grupo de personas que rompe la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas". Consejo de Estado, Sección Tercer, Sentencia del 20 de junio de 2017, C.P. Dr.: Ramiro de Jesús paz Guerrero, Exp: 18.860. "18.48. Se destaca que, según las variantes presentadas, el factor común de los títulos de imputación de responsabilidad objetiva es siempre la actividad legítima y lícita del Estado generadora de daño;"

antijurídico a partir de la noción opuesta de daño justificado. En este sentido, daño antijurídico sería aquel respecto del cual el Estado no puede demostrar la existencia de alguna de las causales de justificación del hecho. ¿Cuáles serían las consecuencias, en el campo de la responsabilidad estatal, de esta manera de ver las cosas? Veámoslas esquemáticamente, comenzando por la justificación consistente en el cumplimiento de un deber jurídico.

Es obvio que, para que opere esta causal, la actuación de la administración debe encajar dentro de una autorización expresa, o tácita, pero clara, de la ley; no debe ir más allá de la letra de la ley, la cual, por lo tanto, debe ser interpretada estrictamente; y, en fin, no debe concurrir con una culpa del agente, diríamos con una falla del servicio. **Desde esta perspectiva, lógica y jurídicamente, resulta imperativo concluir que cualquier daño, aun el grave y anormal, si se causa en cumplimiento de un deber legal, debe ser soportado por la víctima, por la sencilla razón de que no es antijurídico. Toda la teoría del daño especial desaparecería automáticamente** (p. 228) [Resaltado fuera del texto].

Con lo anterior, no queremos sostener la improcedencia la teoría del daño especial en nuestro medio, por el contrario, pretendemos demostrar que antes de 1991 era posible reparar los perjuicios causados por la administración en ejercicio legítimo de su actividad. No obstante, la razón para su procedencia, no era precisamente el concepto de daño antijurídico, era la necesidad de mantener la igualdad en las cargas públicas<sup>39</sup> la que permitía hacer un análisis de la existencia de un desequilibrio y, con fundamento en ello, sumado a lo grave y especial de la situación, abrir la puerta para la reparación, pero no bajo la tesis de un concepto abierto e indeterminado del daño antijurídico el cual no da cabida a esta teoría.

---

39. Consejo de Estado, sentencia del 13 de septiembre de 1991. C.P. Dr.: Daniel Suárez Hernández. Exp: 6453: La responsabilidad administrativa de los entes públicos por el llamado daño especial, tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobre - pasa o supera el ocasionado a los demás; vale decir, que con su comportamiento se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas. El principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas públicas, se acentúa de manera especial con el art. 13 de nuestra nueva Constitución, cuando prescribe que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

En suma, la razón que abre paso a la reparación de perjuicios, cuando el caso es susceptible de ser analizado bajo la teoría del daño especial, no es el concepto de la supuesta antijuridicidad del daño, que nada agrega al tema, sino, el análisis del tercer elemento de la responsabilidad. Esto es el fundamento del deber de reparar, el cual permite distinguir cuando la desproporción en la igualdad en las cargas públicas no es de recibo y con fundamento en la equidad, obliga a una reparación para intentar reequilibrar de alguna manera esas cargas.

Ahora bien, si en gracia de discusión damos por sentado la necesidad de la inclusión del concepto de *daño antijurídico*, en nuestro medio, nos vamos a encontrar con un obstáculo conceptual en cuanto a su real alcance, pues tal y como ha sido explicado en párrafos anteriores, resulta bastante discutible como puede hacerse un estudio del daño para considerarlo en sí mismo como jurídico o antijurídico, esto es, para tomar una decisión en cuanto a si se indemniza o no, basados simplemente en una frase llamativa pero sin sustento conceptual, la cual indica que el daño se repara cuando “la víctima no tiene la obligación de soportar”,<sup>40</sup> pero, *¿cómo saber si se debe o no soportar un daño, sin haber analizado los otros elementos de la responsabilidad?*, es decir *¿Cómo definir de entrada si el daño es antijurídico, y por ello debe ser indemnizado sin saber quién lo causó? y ¿Cómo saber sólo con el estudio del daño si este es antijurídico, sin establecer la existencia de una razón de derecho que fundamente el nacimiento de la obligación de reparar?* No se ve cómo pueda sustentarse esta figura de la objetividad del daño, de la antijuridicidad objetiva del daño mismo, sin entrar a revisar los otros elementos de la responsabilidad, los cuales son claramente la imputación (Giraldo Gómez, 2010) y el fundamento del deber de reparar.<sup>41</sup>

---

40. Tamayo Jaramillo (2012): “Existe un argumento demagógico y facilista que aniquila el buen pensar jurídico. En efecto, decir que el Estado es responsable cada vez que la víctima no tenga la obligación de soportar el daño, es por lo menos confuso” (p. 55.).

41. Giraldo Gómez (2018): Entendido lo anterior, se propone pasar a estudiar el fenómeno de la imputación desde un punto de visto restringido, enfoque que pretende analizar el proceso de imputación fáctica e imputación jurídica, pero sin desbordar la función general y principal de este elemento, que corresponde a la atribución del daño al autor, por lo cual, se hace necesario dejar muy claro, que para nosotros, la imputación es un elemento autónomo y diferente al fundamento del deber de reparar, concepción bajo la cual, los elementos estructurales de la responsabilidad, tanto civil como del Estado, serían tres -daño, imputación y el fundamento del deber de reparar-, y no dos como lo interpreta mayoritariamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues creemos que acumular en un solo elemento llamado

La Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996, en su intento por dar una respuesta a los problemas conceptuales de la figura, acoge la tesis del autor español de indicar que para determinar si el daño es antijurídico debe acudirse a los elementos del daño para saber si tiene una causal de justificación.

Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de **soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo** (Corte Constitucional, C-333, 1996) [Resaltado fuera de texto]

Dejemos que sea el autor y padre de la figura del daño antijurídico en el derecho español, quien nos explique el concepto técnico jurídico de la lesión resarcible, y nos indique como entender la antijuridicidad objetiva del daño:

Para que exista lesión resarcible se requiere sin embargo, que ese detrimento patrimonial sea *antijurídico no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva)*.

[...] La antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos **que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate.** [Resaltado fuera de texto]

---

imputación, tanto el estudio de la autoría del daño como el fundamento del deber de reparar no es metodológicamente lo más acertado, toda vez que no permite hacer un estudio claro y diferenciado del concepto de causa natural y de causa jurídica. De esta forma, cuando se mezcla en un solo elemento el concepto de causa jurídica con lo que para nosotros es el fundamento del deber de reparar, resulta imposible distinguir y estudiar la causa jurídica de un evento, toda vez que desde esta concepción, al hacer análisis de la llamada imputación jurídica, lo que realmente se estudia es la razón por la cual se le obliga al autor a reparar el daño, y no la razón por la cual jurídicamente se le puede atribuir la causación del daño a su autor, lo cual es a las claras, totalmente diferente (p. 188).

[...] **El concepto técnico de lesión resarcible, a efectos de responsabilidad, requiere, pues, un perjuicio patrimonial evaluable, ausencia de causas de justificación, no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado**, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona (en este caso a la Administración), puesto que **si el perjuicio se imputase al mismo titular no habría antijuridicidad**, porque nadie puede hacerse agravio jurídico a sí mismo, ni cabe imaginar tampoco un auto-deber de reparación, **y si se imputase a una causa extraña o a fuerza mayor, sobre faltar (sic) también la nota de antijuridicidad, no existiría sujeto al que atribuir el deber de resarcimiento**, que es la finalidad última de la institución (García De Enterría, 2001, p. 615) [Resaltado fuera del texto].

Con estos argumentos trata García de Enterría, de darle alguna operatividad al concepto de la antijuridicidad del daño, pero sigue quedando en el ambiente la duda sobre cuál es el lugar y el elemento idóneo para hacer el análisis de las causales de justificación, si en el daño, viendo sólo a la víctima, o en la conducta, analizando al autor. Al parecer, como lo referencia el autor Juan Carlos Henao, al citar la obra del autor español, a García de Enterría no le queda más que aceptar hacer el estudio de las causales en la acción personal del sujeto a quien se la atribuye el daño, es decir, en el autor y no en la víctima:

Para averiguar qué tipo de perjuicios debe soportar el titular del patrimonio, el doctrinante español afirma que “la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) **en la acción personal del sujeto a quien se le impute tal perjuicio**. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta **y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado**: por ejemplo, la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal. Fuera de estas hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto será una lesión, un perjuicio injusto (Henao, 1996, p. 774). [Resaltado fuera del texto]

Basta con hacer una lectura detenida de los anteriores pasajes de la obra del autor de la figura en el derecho español, para darse cuenta de la confusión existente en cuanto a la delimitación de los elementos de la responsabilidad, lo cual nos lleva a concluir que conceptualmente García de Enterría no puede sustentar lógicamente su teoría del daño antijurídico, más allá de dar unos argumentos circulares, pero al final no logra explicar satisfactoriamente el concepto de la antijuridicidad del daño mismo, el cual considera objetivo y ajeno a la conducta del autor del daño.

Y ello es así, pues tanto para su creador como para los partidarios de esta figura, la manera de determinar si un daño es antijurídico, *es revisando si el daño tiene causales de justificación*, y pese a intentar sustentar que estas causales se analizan en el daño, el mismo autor español finalmente acepta, que se analizan “en la acción personal del sujeto a quien se le impute el perjuicio”, con lo cual, la teoría de la antijuridicidad objetiva del daño se desvanece, pues será necesario analizar siempre la conducta de la persona a la que se le imputa el daño, para saber si el daño es o no antijurídico; en otras palabras, deberá siempre analizarse antes de saber si el daño debe ser reparado, los otros dos elementos de la responsabilidad, la imputación y el fundamento del deber de reparar,<sup>42</sup> para de esta manera, establecer si se encuentra en la conducta del autor alguna causal de justificación, lo cual sólo demuestra, que la antijuridicidad del daño objetiva, explicada con la frase “la víctima no está obligada a soportar” no resuelve por sí sola, el problema de saber cuándo el daño debe ser reparado por la administración.

Así las cosas, si el daño caudado tiene como causa u origen, una conducta de un sujeto que actuó por fuerza mayor o caso fortuito, o tiene como origen el hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, o fue causado en estricto cumplimiento de un deber legal, o bajo la legítima defensa, entre otras causales de justificación, el daño no podrá ser considerado antijurídico, lo cual no es una novedad del sistema general de la responsabilidad civil ni del Estado; por ello, si se encuentra una persona muerta en una carretera Estatal, en un hospital, en un retén militar, dentro de una institución pública, luego de un operativo policial, en una cárcel, o en cualquier otro lugar, de entrada se

---

42. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de mayo de 2011, C. P.: Hernán Andrade Rincón, exp. 20.496: “**DAÑO ANTIJURÍDICO - Noción. Concepto / IMPUTACION JURIDICA - Noción. Concepto.** El daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la Doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. [...] La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación, bien sea a través del régimen subjetivo (falla en el servicio) o del objetivo (riesgo excepcional y daño especial)” (resaltado fuera del texto); En el mismo sentido: Sentencia del 20 de mayo de 2013, C. P.: Hernán Andrade Rincón, exp. 29.442



puede pensar en una violación al derecho a la vida, y puede concebirse esta vulneración de ese derecho en principio como un daño, pero, con el ánimo de determinar si es antijurídico o no, no basta con analizar solo la muerte como daño, ni basta con decir que la víctima no estaba obligada a soportar dicha muerte, en este punto solo tendremos la violación al derecho a la vida con todas sus consecuencias, pero, sin analizar quién la causó y porqué la causó, no sabremos si hay causales de justificación para determinar si dicho daño, esto es, la muerte de esa persona, es o no es un daño antijurídico, o mejor dicho, no sabremos si es o no reparable.

No podemos dejar de resaltar también, lo expuesto por el autor español quien considera que un perjuicio estaría legitimado, cuando por ejemplo, se trata de “el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal, la exacción de un impuesto o el cumplimiento de cualquier otra obligación impuesta por la ley [...]” (García De Enterría, 2001), y pretende con ello explicar el concepto de “daño jurídico” por oposición al antijurídico, pero en nuestro sentir, estos ejemplos no pueden ser consideradas como verdaderos daños, nótese como el hecho de hacer cumplir un contrato, o hacer cumplir una ley, es un deber de toda persona, sería absurdo considerar el cobro de una deuda en dinero por un contrato de mutuo o por un contrato de arrendamiento, como un daño en el patrimonio del deudor de la obligación, y calificarlo como un daño justificado, un daño jurídico según esta teoría.

Respetuosamente no creemos que esto pueda ser así, por el contrario el daño en estos casos se causa al acreedor por el incumplimiento del deudor en su obligación; lo mismo podría decirse respecto de la ley, o de la orden administrativa o procesal, incluso, fíjese como en los últimos ejemplos se vuelva a echar al traste con la teoría del daño especial, puesto que si partimos de la existencia un daño jurídico –tesis que no compartimos–, el cual no da pie a una reparación cuando se da una orden procesal o administrativa o se trata de una obligación legal, como explicar los casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad,<sup>43</sup> o por expropiación, o por ocupación

---

43. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2016, C. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 43.562. En la actualidad y para aquellos casos en los cuales resulta aplicable el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por haberse configurado la libertad de una persona bajo los supuestos previstos en dicha norma, la Sala ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en

temporal o definitiva de bienes para trabajos públicos,<sup>44</sup> entre otros ejemplos, en donde se estaba cumpliendo con la Constitución, la ley y la orden administrativa o procesal. No cabe duda lo insostenible del argumento del autor español de una supuesta antijuridicidad objetiva del daño, sin violentar la lógica y la argumentación, y sin entrar en franca contradicción con la teoría del daño especial como fundamento del deber de reparar.

Sumado a todo lo dicho hasta este punto, encontramos otro inconveniente del concepto de *daño antijurídico*, el cual ha sido utilizado para fundamentar una responsabilidad de corte objetiva e ilimitada, al punto ser esta la idea planteaba por el ponente del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, y que justificaba también su proyecto, pero en realidad, no es posible sustentar de forma válida esta postura, máxime cuando se pretende copiar la experiencia del Estado Español, país en donde en la actualidad, se está reevaluando fuertemente esta posición, incluso, por el mismo autor de la figura del daño antijurídico que dio pie, a esta tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad del Estado.

---

que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia. [...]Debe precisarse, en todo caso, que si las razones para la absolución o preclusión de la investigación obedecen a alguna de las tres (3) causales previstas en la parte final del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal o –en la opinión mayoritaria de la Sala– a la aplicación de la figura del indubio pro reo, se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, si se presenta un evento diferente a éstos, deberá analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida “injustamente” (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla”

44. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de octubre de 2014, C. P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp: 33.767. En asuntos en los que el origen o la causa del daño deviene como consecuencia de la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos, la jurisprudencia de esta Corporación ha sentado el criterio según el cual el régimen de responsabilidad aplicable es objetivo, lo que conlleva la declaratoria de responsabilidad cuando se acredite en el proceso que una parte o la totalidad de un inmueble fue ocupada temporal o permanentemente por la Administración o por particulares que actúan autorizados por ella, pues tal situación denota un rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas, que no tienen por qué asumir los administrados. En el mismo sentido: Sentencia del 13 de junio de 2013, C. P.: Enrique Gil Botero, exp. 27.353

Es así como el profesor Eduardo García de Enterría, en el prólogo del libro del autor Oriol Mir Puigpelat, ha reconocido que en su teoría no se pretendía generar una responsabilidad objetiva, general ni absoluta de la administración, por lo cual invita a reconsiderar los planteamientos que en la práctica en el derecho español se vienen dando por parte de la jurisprudencia, e invita a no considerar a la responsabilidad por riesgo, como una responsabilidad ilimitada, incluso, expresa que este tipo de responsabilidad no debe ser aplicada a casos donde no haya participado la administración:

Como quiera que yo mismo he jugado un papel en la instauración, primero, en trabajos prelegislativos, y en el desarrollo ulterior (aquí ya como mero expositor e intérprete del sistema legal) del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestra patria, **me creo obligado a dar una justificación de ese juicio positivo en favor de una rectificación del sistema, que este libro pretende.**

[...] Debo decir, por de pronto, que en el ánimo de quienes redactamos el art. 121 de la Ley de expropiación Forzosa, como en el de quienes, en general, después hemos expuesto el régimen vigente, hoy regulado en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, **nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro Derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización en cuanto hubiese intervenido un agente público, incluso, como está ocurriendo en la jurisprudencia desde no hace mucho, sin ninguna intervención de la Administración o de sus agentes, sino el legislador mismo, representante de la voluntad general. Es un hecho, en definitiva, que la jurisprudencia ha ido extendiendo el ámbito de la responsabilidad de la Administración en términos que, por de pronto, resultan singulares respecto de todos los países occidentales, y que encuentran, además dificultad de explicación dogmática en bastantes casos y, finalmente, que comienzan a pesar ya de manera seria sobre las finanzas públicas.**

[...] Y, finalmente, en tercer lugar, los casos de “riesgo creado por la Administración”, que implicaría la imputación del caso fortuito derivado de ese riesgo a que la administración ha sometido, en beneficio propio, a los ciudadanos. **Solo en este último supuesto podría hablarse de la imputación de una responsabilidad objetiva, pero estrictamente limitada ese supuesto específico de “riesgo creado por la administración”, no, pues, a cualquier riesgo imaginable, criticándose expresamente la supuesta “responsabilidad por riesgo generalizado” o de “socialización del riesgo” propuesta por Duguit, que sería la fórmula máxima;**”

[...] **En definitiva,, este libro llama resueltamente , y entiendo que no debe pasar desatendido, a una reconsideración profunda del sistema legal español de la responsabilidad administrativa, que ha comenzado a funcionar hace ya algún tiempo de forma poco satisfactoria y disfuncional, creando problemas que son ya visibles en el funcionamiento de algunos servicios** (García de Enterría, en Puigpelat, 2012, pp. XXI y ss.) [Resaltado fuera del texto].

Como se ve claramente, el autor de la figura llama hoy en día a una reevaluación de la misma, por los efectos prácticos negativos generados en la postura asumida por la jurisprudencia española respecto de la responsabilidad del Estado, que ha pretendido concebirla como objetiva y sin límites, lo cual no tiene forma de sustentarse y explicarse en la mayoría de los casos, llevando a autores como el propio Oriol Mir Puigpelat, a sustentar la postura que indica que el artículo 106.2 de la constitución Española, en realidad nunca consagró una responsabilidad objetiva, toda vez que:

“La remisión que el art. 106.2 CE efectúa a la ley es, en efecto, muy amplia. Tanto que impide considerar que dicho precepto constitucional esté optando por un régimen concreto de responsabilidad administrativa, la amplia remisión al legislador explicaría, en este sentido por qué el constituyente decidió no mantener la fórmula legal precedente y aludió, genéricamente, al “funcionamiento de los servicios públicos”. El constituyente, sencillamente, no ha querido decantarse por ninguna de las dos grandes alternativas que ofrece la responsabilidad civil (la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa), y ha preferido que sea el legislador quien decida, cada momento, el alcance que presentará la responsabilidad de la Administración; la amplia fórmula del art. 106.2 CE cubre así, tanto el funcionamiento normal como otro, más limitado, que lo haga exclusiva o preferencialmente sobre el funcionamiento anormal” (Puigpelat, 2012, p. 188).

## Conclusiones

No cabe duda que la doctrina del *daño antijurídico* del derecho español fue el modelo que inspiró al constituyente Esguerra Portocarrero para sustentar su inclusión en el artículo 90 de la Constitución Colombiana de 1991. Sin embargo, hoy, esta viene siendo claramente discutida, incluso por el mismo autor de la figura. Para él los alcances dados por parte de la jurisprudencia no corresponden a lo que imaginó en sus inicios y, lo más grave, como él

mismo lo señala, “encuentran, además dificultad de explicación dogmática en bastantes casos”.

Lo anterior, claramente nos permite sostener que la inclusión de este elemento, en nuestro medio, no obedeció a un estudio correcto de la figura ni a una respuesta a la necesidad sentida de cambiar un problema social que se venía presentando en la práctica. Esta correspondió a una copia no literal de la constitución española, fundada en una teoría doctrinal con inconsistencias, y dificultades en su fundamentación, todo lo cual se trasladó, por el ponente Esguerra Portocarrero y la Asamblea Nacional Constituyente en Colombia, al artículo 90 de nuestra constitución sin que se hubiese imaginado que 27 años después de su consagración, fuera el mismo autor del *daño antijurídico* en España, quien invita a su reevaluación.

De esta manera, a nuestro juicio, el artículo 90 de la constitución de 1991 constituye una cláusula general de la responsabilidad innecesaria y que, por sí misma, no vino a cambiar lo establecido a través del tiempo por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado. Esta tampoco generó soluciones a problemas existentes en el esquema de responsabilidad patrimonial del Estado para la época anterior a 1991, por lo cual, su consagración constitucional no encuentra una debida justificación ni fundamentación en lo expuesto por los constituyentes del 1991 que la propusieron, máxime, si se tienen en cuenta los problemas conceptuales de la figura del daño antijurídico para poder ser aplicada, pero sobre todo, porque resultaba abiertamente inútil, pues con anterioridad a su consagración, ya se tenía un esquema claro de responsabilidad patrimonial del Estado, que como lo dijo la Corte Constitucional, estaba a la par de las legislaciones más progresistas sobre la materia.

Que no hay nada nuevo bajo el sol se deduce de las palabras que empleó el delegatario Augusto Ramírez Ocampo en la ponencia para segundo debate en la plenaria: “La responsabilidad del Estado -dijo- como está consagrada en la norma propuesta comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo”.

En estas condiciones, podría concluirse que el alcance real del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 no fue otro, pero tampoco nada más, que el de darle rango constitucional al tema de la responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos, las dos inútiles, puesto que la jurisprudencia había llegado a idénticos resultados sin necesidad de una norma constitucional especial (Navia Arroyo, 2000, p. 223).

Con este panorama, la figura del *daño antijurídico* no vino a solucionar los problemas que, se decía, existían en la ponencia en el esquema de responsabilidad aplicable con anterioridad a 1991, sino, por el contrario, ha generado mayores inconvenientes por su indeterminación. Esto como consecuencia de la dificultad en su interpretación, y por la falta de fundamento conceptual, que permita sustentarlo de manera lógica, en cuanto al análisis de la antijuridicidad objetiva del daño.

Así las cosas, para lograr determinar si existe un daño antijurídico, tal y como ha quedado sustentado en este escrito, no basta con recurrir a la frase de verificar “si la víctima tenía el deber jurídico de soportar el daño”, pues en todo escenario, tanto en régimen subjetivo como en el objetivo de responsabilidad, sin que hayan sido probados los otros elementos de la responsabilidad, esto es, la imputación y el fundamento del deber de reparar, no sabremos si el daño es o no susceptible de reparación. Sea pues este momento, para empezar una reconsideración de esta figura, como ocurre en su país de origen.

## Referencias

- Esguerra Portocarrero, J. C. (2010). La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia como garantía constitucional. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2553/34.pdf>
- García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. (1993). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. (2001). Presupuestos de la responsabilidad de la administración. En J N. Duque Gómez (Comp.), *Del daño. Compilación y extractos*. Bogotá: Editora Jurídica de Colombia.
- Giraldo Gómez, L. F. (2010). La imputación como elemento estructural de la responsabilidad. *Revista del Instituto Colombiano de responsabilidad civil (IARCE)*, (28), 81-112.
- Giraldo Gómez, L. F. (2018). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica* (2ª Ed.). Bogotá: Universidad externado de Colombia.

- Henao, J. C. (1996). *Presentación general de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*, en *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- M'Causland Sánchez, M. C. (2015). Responsabilidad objetiva del Estado: Tendencias, deseos y realidades. En XVI Jornadas Internacionales de derecho administrativo La Responsabilidad Extracontractual Del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Navia Arroyo, F. (2000). Responsabilidad Extracontractual del Estado a la Luz del Artículo 90 de la Constitución Política. *Revista Derecho Privado* (6). Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/659/622>.
- Piedrahita Restrepo, C. (Comp.) (2003). *Constituciones políticas nacionales de Colombia* (3ª Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Puigpelat Mir, O. (2012) *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema* (2ª Ed.) Madrid: Edisofer S.L. Rodríguez, L. (2012). *Derecho administrativo general y colombiano* (13ª Ed.). Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Tamayo Jaramillo, J. (2012). *La responsabilidad del Estado. El daño antijurídico. Constitución Política, art 90. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas* (Reimpresión). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

## Corte Constitucional

- Sala Plena, Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. [MP Rodrigo Escobar Gil].
- Sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996. [MP Alejandro Martínez Caballero].

## Corte Suprema de Justicia

- Sentencia del 30 de junio de 1962. [MP José j. Gómez R.] Gaceta judicial Núm. 2256, 2257, 2258, 2259, pp. 87 a 100.
- Sentencia del 21 de julio de 1922. [MP Tancredo Nannetti].
- Sentencia del 20 de octubre de 1898. Gaceta Judicial año XIV, Bogotá, 28 de marzo de 1900, Núm. 685 y 686, pp. 54 a 57.

Sentencia del 22 de octubre de 1896. Gaceta Judicial año XI, Bogotá, 2 de noviembre de 1896, Núm. 665, pp. 353 a 357.

## Consejo de Estado

### Sección Tercera

Sentencia del 20 de junio de 2017. [CP Ramiro de Jesús Paz Guerrero], exp: 18.860.

Sentencia del 14 de septiembre de 2016. [CP Carlos Alberto Zambrano Barrera], exp: 43.562

Sentencia del 1 de octubre de 2014. [CP Carlos Alberto Zambrano Barrera], exp: 33.767

Sentencia del 13 de junio de 2013. [CP Enrique Gil Botero], exp: 27.353.

Sentencia del 20 de mayo de 2013. [CP Hernán Andrade Rincón], exp: 29.442.

Sentencia del 12 de mayo de 2011. [CP Hernán Andrade Rincón], exp: 20.496.

Sentencia del 13 de septiembre de 1991. [CP Daniel Suárez Hernández], exp: 6453.

Sentencia del 30 de marzo de 1990. [CP Antonio José de Irisarri Restrepo], exp: No 3510.

Sentencia del 28 de octubre de 1976. [CP Jorge Valencia Arango]. Radicación número: 1482.

Sentencia del 23 de mayo de 1973. [CP Alfonso Castilla Saiz]. Radicación número: 978.

Sentencia del 28 de abril de 1967. [CP Carlos Portocarrero M.]

Sentencia del 29 de julio de 1947. [CP Gustavo A. Valbuena]



**09**

**Género y Derecho.  
25 años de literatura  
académica en Colombia**

---

**Lina Fernanda Buchely Ibarra**

Universidad Icesi | [lfbuchely@icesi.edu.co](mailto:lfbuchely@icesi.edu.co)

Mucho se ha escrito sobre la importancia o banalidad del cambio constitucional. Para algunos/as de los comentaristas, los cambios constitucionales marcan oportunidades y variaciones estructurales. El cambio constitucional del 1991 se percibe, de forma amplia –pero no sin debate– como un hito social y político que produjo unas alteraciones importantes en la manera en la que se experimentaba la ciudadanía en Colombia: la tutela, los derechos, la Corte Constitucional, son algunas de las etiquetas que cambiaron la forma de interactuar con lo público y entregaron esperanzas lánguidas (Taylor, 2018).

Para otra parte de los comentarios, las reformas constitucionales son engaños, mentiras, tretas de superestructura. La tesis de Valencia Villa en *Cartas de Batalla* ha hecho eco y ahora existe un público escéptico frente las bondades del cambio de la última Constitución. Más tutelas y más pobreza, más derechos y menos participación política, más Corte y menos representación, critican. Pese a ello, el mundo en el que me muevo sí cambio, ferozmente, con la Constitución de 1991. La academia jurídica y la enseñanza del derecho son otras en el nuevo marco constitucional, y eso lo documentan mejor sus detractores que sus adeptos (Tamayo, 2011). Julieta Lemaitre (2009) y Magdalena León (2002) documentan bien, adicionalmente, cómo se crearon espacios de participación, lenguajes y experiencias a partir del afianzamiento del discurso de los derechos fundamentales, que permitieron la movilización de reivindicaciones basadas en la identidad que antes permanecían ocultas. Este trabajo parte de esta intuición.

La academia jurídica se transformó después del 1991. Las banderas del nuevo derecho trajeron consigo aires de reforma y distintas escuelas de derecho lo impusieron como su lema. Una nueva generación de profesores y profesoras viajaron a hacer estudios de posgrado en el exterior para dedicarse a eso, a ser profesores, y la Constitución, los derechos y las cortes les dieron un objeto de estudio sobre el cual hablar, fenómenos por analizar y cambios por documentar. Mucho hemos escrito sobre esos lugares de reflexión, pero poco hemos escrito sobre lo que esos espacios de reflexión hicieron en nosotras mismas. La historia que quiero contar aquí es entonces **la historia del nacimiento y la consolidación del campo de los estudios de Derecho y Género en Colombia**, después del cambio constitucional y en una academia jurídica que se profesionalizaba de forma incipiente. En ese contexto, incierto, las preocupaciones por la equidad de las mujeres y la asimetría en la distribución de recursos parecieron ser

seductoras, interesantes y pertinentes para construir objetos de estudio en una disciplina reticente a esa forma de análisis. Prevenida frente a la investigación, la reflexión y la crítica, la disciplina jurídica había estado capturado por operadores con formas singulares de investigación que se volcaban hacia el punto de vista interno de lo jurídico (cómo opera el derecho) y menos en indagaciones contextuales sobre las normas, sus efectos y distorsiones (quién gana y quién pierde con las normas jurídicas) (Alviar y Jaramillo, 2012).

Los estudios de género recibieron bien a las abogadas de la academia colombiana. No era sorpresivo ese vínculo entre el género y el derecho. Más allá de las epistemologías, las metodologías y las teorías del campo, los estudios de género siempre estuvieron vinculados con la movilización y esta, de manera no siempre simétrica, con la reforma legal. La historia del feminismo radical en los Estados Unidos nos ha enseñado el vínculo estrecho entre el feminismo y el derecho penal en el mundo contemporáneo, y lo propio hizo el feminismo liberal en Europa durante el inicio del siglo pasado. La ley ha estado siempre en el centro de nuestras reflexiones como abogadas feministas (MacKinnon, 2012), por lo que estudiar las formas en las que las académicas y académicos jurídicos han analizado, en Colombia, el campo del género es una acción predecible y necesaria para evaluar(nos).

Dado el impulso auto-reflexivo, expresado en términos de analizar el cuerpo de literatura que constituye un campo de estudio, utilizamos la bibliometría<sup>1</sup> para rastrear la producción académica sobre temas relacionados con el Derecho y el Género desde 1991. Esta metodología ya había sido usada recientemente por María Eugenia Ibarra y Alba Nubia Rodríguez (2013) para hacer algo similar con las ciencias sociales en Colombia. Este trabajo es el principal antecedente a esta iniciativa.

---

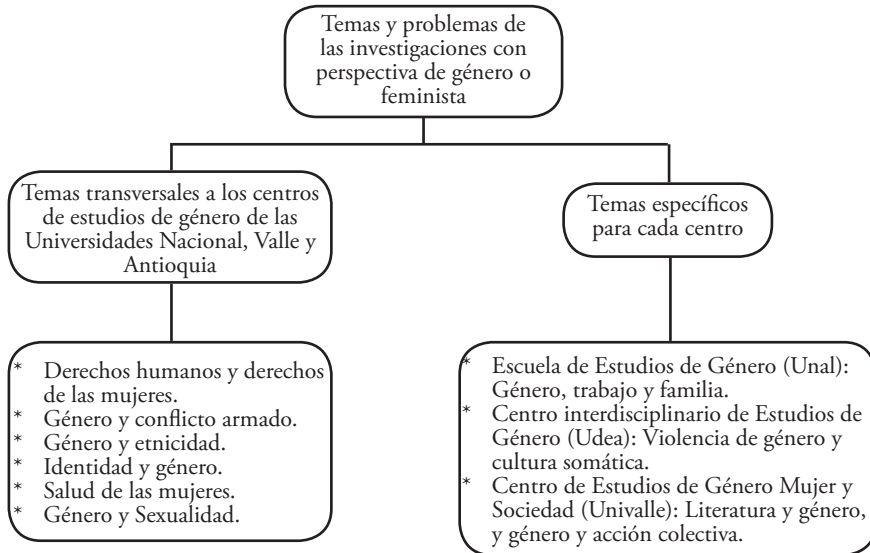
1. La bibliometría aplica métodos matemáticos y estadísticos a la literatura de carácter científico y a los autores/as que la producen. Su objetivo es medirla, evaluarla y analizarla con base en cinco indicadores: producción, circulación, dispersión, visibilidad o impacto y colaboración. En el planteamiento inicial que hace Price (1963), la observación principal es la del crecimiento exponencial del conocimiento científico, en la que tanto la producción como los investigadores/as se duplican cada 10-15 años. Esto sustentó su tesis de la contemporaneidad de la ciencia y el mundo científico, que habla de una impresionante renovación de los campos científicos y una obsolescencia relativa de esa misma producción.

En el informe “Los estudios de género en Colombia. Una discusión preliminar”, María Eugenia y Alba Nubia analizan la historia y producción académica de tres de los centros de estudios de género más importantes del país: La escuela de Estudios de Género en la Universidad Nacional en Bogotá, el Centro Interdisciplinario de Estudios de Género en la Universidad de Antioquia en Medellín y el Centro de Estudios de Género, Mujer y Sociedad de la Universidad del Valle, en Cali. Con la bibliometría, las autoras construyen la trayectoria, el contenido y los retos del campo, sugiriendo que los estudios del género en Colombia se han propuesto como epistemologías (i), metodologías (ii) y teorías (iii). Epistemologías que rescatan la hipereflexibilidad en torno a los procesos de subjetivación (i), metodologías transdisciplinarias que destruyen las taxonomías ortodoxas y subvierten los espacios disciplinares y las diferencias entre sujeto/objeto (ii), y las teorías que explican, de formas diversas, las asimetrías entre sexos, géneros y orientaciones sexuales (iii).

Las autoras dan cuenta también de la difícil consolidación de estos Centros, sus largos caminos para ser reconocidos como unidades académicas independientes y la dificultad para conectar movilización y academia. Una de las dificultades propias del campo es reconocida por las mismas autoras como dificultad metodológica, al señalar que las herramientas bibliométricas (parametrizadas para reconocer publicaciones indexadas por Colciencias) dejan por fuera grandes cantidades de manifestaciones propias de la movilización feminista desde la academia: diarios de agitación cultural, pasquines, revistas no indexadas y, en general, lo que se ha conocido como “literatura gris”. El siguiente cuadro resume, según las autoras, las formas de intervención de los Centros en distintos temas relacionados con los estudios de género:

## Figura 1.

Temas y problemas de investigación con perspectiva de género o feminista



Fuente: Elaboración propia.

Usando, entonces, la bibliometría, y aprendiendo de las limitaciones que Ibarra y Rodríguez evidencian en su trabajo, lo que haré es dar una lectura del campo de estudios del género y el derecho de acuerdo a la producción académica. Para ello, el equipo de investigación con el que contaba siguió dos fases: identificación de autores/as y búsqueda bibliográfica. De esta forma, en la primera fase del trabajo enviamos derechos de petición a 130 facultades de derecho indagando por los/las docentes que trabajan el tema. Esta primera indagación se complementó con llamadas a las Facultades y Departamentos de Estudios Jurídicos, adicional a la revisión de páginas web de las universidades y programas de Derecho. Una vez identificados los nombres, hicimos la búsqueda en el CV Lac de Colciencias de las/os investigadores identificados y filtramos los productos relacionados con los siguientes códigos: mujer, género, familia, LBGTI, sexualidad, feminismo, cuerpo, identidad. Esa primera fase llevó a 152 documentos identificados con los códigos señalados, pertenecientes a 52 autores/as vinculados a 23 distintas facultades de Derecho el país en 14 ciudades. La ventana de observación fueron 25

años, de 1991 a 2016 y los registros capturados fueron los considerados calificables por Colciencias: artículos, libros, capítulos de libro, informes de investigación, proyectos, trabajos de grado y registro de prensa.<sup>2</sup>

Siguiendo las advertencias metodológicas de Ibarra y Rodríguez, se realizaron no solo 152 fichas bibliográficas (una de cada texto), sino que se realizaron cruces bibliográficos usando una especie de ingeniería reversa. En este proceso, fue importante identificar libros, artículos y referencias que, pese a no estar en la base de datos identificada, eran citados por los textos de origen. Con este control, se amplió la base de datos a 198 documentos producidos por 71 profesores y profesoras de Derecho, que constituyen el objeto de análisis de este trabajo. Cada una de esas unidades bibliográficas cuenta con una ficha metodológica que da cuenta de su título, estructura, contenido o secciones (según su naturaleza), argumento o tema (según su apuesta), descripción metodológica o tipo de intervención en el campo (donde se detallan sus fuentes, métodos y técnicas de investigación) y resultados. Estas fichas fueron realizadas por estudiantes de derecho de la Universidad Icesi, en Cali, y de la Universidad de los Andes, en Bogotá, quienes completaron el repositorio de la literatura de referencia.

Este trabajo busca, entonces, dar cuenta de esa información recabada por los y las estudiantes. Para ello, en una primera parte haré una explicación descriptiva de lo que encontramos, enfocándome, sobre todo, en los hallazgos cuantitativos y propiamente bibliométricos del trabajo. En una segunda parte, haré un análisis cualitativo de lo que encontramos, lo que me llevará a plantear hallazgos y conclusiones del estado de los estudios de Derecho y Género en Colombia.

## **Derecho y género: quiénes, cuántos y en dónde**

Como ya lo han señalado Ibarra y Rodríguez (2013), concentrar el trabajo en el registro oficial del Colciencias tiene muchas limitaciones: existe un subregistro importante de productos académicos, no existe reconocimiento de toda

---

2. Hay que anotar que esta clasificación deja por fuera productos importantes para el campo jurídico, como demandas, *amicus curiae* y conceptos expertos. También deja por fuera la producción literaria y artística que ha sido fundamental para el campo de los estudios de género, en particular (Ibarra & Rodríguez, 2013).

la producción sino la considerada como “académicamente relevante” (usando los criterios de indexación), y hay una alto índice de desactualización, dado que la elaboración de perfiles académicos fue recientemente incorporada a las universidades colombianas. Pese a ello, usar los CvLAC u hojas de vida académicas de los y las autoras entrega un respaldo importante a la muestra, dado que Colciencias valida los productos registrados (Figura 2) (Colciencias, 2016).

Esta captura de pantalla muestra la ficha básica del CvLAC que usamos:

## Figura 2.

Sistema Nacional de Ciencia y tecnología. Hojas de vida científicas de Colciencias

Datos generales	Actividades formación	Actividades evaluador	Apropiación social	Producción bibliográfica	Producción Técnica
Más información	Producción en arte	Buscar			
<b>Hoja de vida</b>					
<b>Par evaluador reconocido por Colciencias.</b>					
Categoría	Investigador Junior (LJ) (con vigencia hasta 2017-12-06 00:00:00.0)				
Nombre	Ana Milena Montoya Ruiz				
Nombre en citas	MONTOKA RUIZ, ANA MILENA				
Nacionalidad	Colombiana				
Sexo	Femenino				
<b>Formación Académica</b>					
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Doctorado Universidad Nacional de Colombia - Sede Medellín Doctorado en Ciencias Humanas y Sociales Agosto de 2013 - de Maestría/Magister Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Programa Regional Para La For</li> <li>• Maestría En Género Sociedad y Política Abril de 2008 - Septiembre de 2012 Mujeres y su derecho a la ciudad: una mirada a su goce y reconocimiento en el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias. Pregrado/Universitario Universidad de Medellín - Udem</li> <li>• Derecho Enero de 2001 - Marzo de 2007 Estado del arte sobre administración de justicia, justicia pública y privada, y guerra y justicia: Aporte al proyecto de Investigación "Dinámicas de guerra y construcción de paz: El caso de la comuna 13 de la ciudad de Medellín, 2000 - 2003" Pregrado/Universitario Universidad De Antioquia - Udea</li> <li>• Sociología Agosto de 2002 - de</li> <li>• Secundario Escuela Normal Superior De Envigado Enero de 1995 - Noviembre de 2000</li> </ul>					
<b>Formación Complementaria</b>					
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cursos de corta duración American University Proyecto de Litigación de Alto Impacto de American University Washington College y el Cyrus Vance Center del Colegio de Abogados/as de Nueva York. Abril de 2015 - Abril de 2015</li> </ul>					

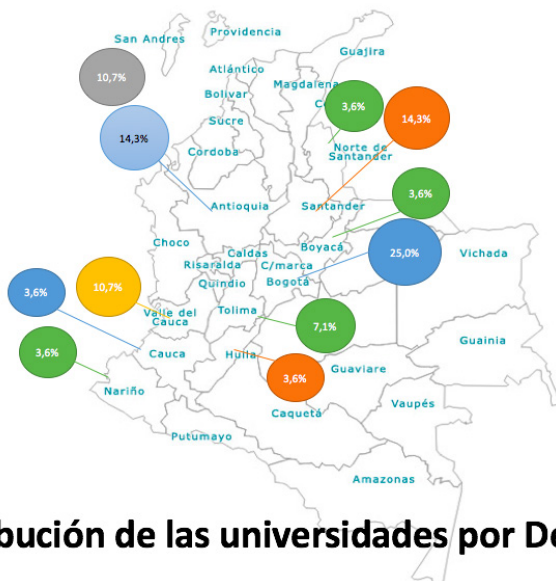
Teniendo claras las limitaciones metodológicas, la muestra habla de tendencias bastante claras. Por ejemplo, el 35% de la producción relacionada con Derecho y género del país está producida por académicos que reportan su sexo como masculino en las categorías de Colciencias. El 65% de la producción está realizada por académicas que reportan su sexo como femenino, lo cual confirma la percepción generalizada que ubica a este campo como uno altamente feminizado. Esto, además, es una información importante si tenemos en cuenta las discusiones sobre legitimidad de la voz/reclamo, que cuestionan

que experiencia de exclusión, discriminación o sufrimiento sean documentadas por personas que no comparten los sustratos materiales de esas exclusiones (Vergara-Figueroa, 2018)

Si miramos el criterio de distribución geográfica, encontramos una fuerte concentración en Bogotá. Este impulso centralista, además, se robustece con el criterio de densidad citacional: la mayoría de trabajos producidos en ciudades distintas a Bogotá citan trabajos de profesoras de la capital, **pero no ocurre a la inversa**. En este criterio, tenemos que el 25% de la literatura sobre derecho y género se produce en Bogotá, un 14,3% en Antioquia y Santander, y un 10,7 en Atlántico y Valle del Cauca. Tolima es el siguiente departamento destacado, con 7,1% de la producción. Lo lamentable de la concentración geográfica es que tiene una correlación con la divulgación, entonces: los trabajos producidos en Bogotá son los más citados y los más conocidos, pese a que otras regiones tienen una producción notable (Figura 3).

### Figura 3

Distribución geográfica de la producción de Derecho y Género



### Distribución de las universidades por Departamento



El criterio geográfico también nos entrega otras pistas. La única unidad geográfica con diversidad de base –varias universidades y varias profesoras produciendo trabajos– es Bogotá. La diversidad va decreciendo con la representatividad en la producción, es decir: en Bogotá, hay más de diez autoras en el tema; en Antioquia, Santander, Valle del Cauca, Atlántico, no hay más de cinco; y, en Tolima, una. Eso, adicionalmente, habla de la robustez y la madurez de los diálogos y debates, que además se relaciona con algo que encontraban Ibarra y Rodríguez (2013) en su trabajo: la consolidación de los campos en ha surgido de la mano con el desarrollo de centros de investigación que operan programas de posgrado en género, que al mismo tiempo tecnifican el diálogo al mismo tiempo que expanden el campo de estudio.

Pese a esta concentración, dentro de este panorama, hay algunas sorpresas. Si ordenamos el número de registros producidos por Universidad, hay universidades de ciudades distintas a Bogotá que lideran la producción académica. En este sentido, en Bogotá, la Universidad de los Andes lidera la producción con 33 registros, seguida, en Cali, por la Universidad Icesi con 14. La Universidad del Tolima –en Ibagué–, la Universidad de Medellín –en Medellín– y la Universidad San Buenaventura –en Cali– tienen 10 registros cada una; y la Universidad Externado, en Bogotá, 7 registros.

En los registros individuales, las autoras principales del campo son Julieta Lemaitre, de la Universidad de los Andes, con 15 publicaciones; Ana Milena Montoya, de la Universidad de Medellín, con 14 publicaciones; Diana Bustamante, de la Universidad San Buenaventura de Cali, con 10 registros; Isabel Jaramillo, de la Universidad de los Andes, con 8 registros; Helena Alviar, de la Universidad de los Andes, con 7 registros; Ana Patricia Pabón Mantilla de la UIS y Carolina Vergel Tova, del Externado, con 6 registros cada una; e Isabel Goyes, de la Universidad de Nariño, con 5 registros.

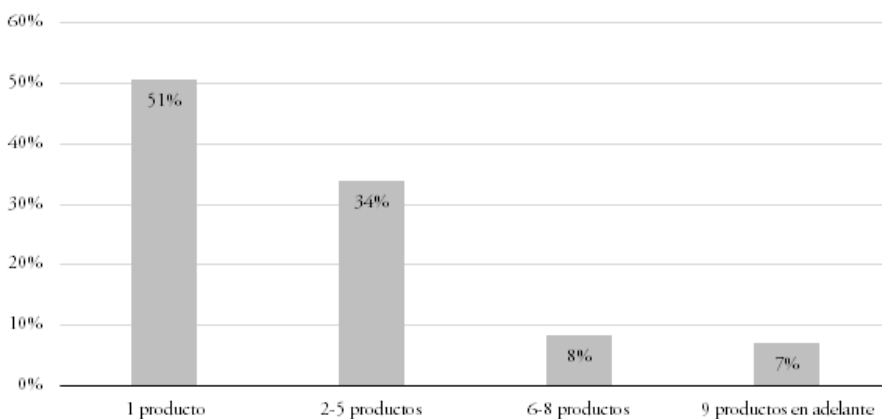
Pese a la dispersión del trabajo anterior, los índices de citación indican que los trabajos con más difusión y reconocimiento se concentran en la Universidad de los Andes de Bogotá, siendo Lemaitre, Jaramillo y Alviar las referencias más recurrentes en los trabajos especializados. Las profesoras Montoya y Vergel, por ejemplo, tienen citaciones medias en trabajos jurídicos no especializados (por fuera de la producción de Derecho y género).

La correlación de números de trabajos académicos y autoras habla del carácter incipiente del campo de estudios. Hay varias autoras y autores con una sola

intervención en la literatura (51% de la producción está dada por personas que tienen solo una publicación sobre el tema) en tanto que en índice de experticia o recurrencia es menor (solo 7% personas en el campo tiene más de 9 productos). La Figura 4 habla de este fenómeno:

**Figura 4**

Densidad de campo: correlación del volumen de producción académica y con autores/as recurrentes



El tipo de producción, en cambio, habla de la incorporación de nuevos indicadores de productividad académica a las universidades. En los 25 años que componen la ventana de observación, cada año, sin falta se incrementa la producción de artículos de revistas indexadas, mientras decrecen los capítulos de libro y libros. Esta tendencia, además, se contrasta con el comportamiento general de los estudios jurídicos, en donde la producción de libros y capítulos de libros no se ha visto afectada por la emergencia del formato de artículo de revista. Por lo contrario, la reputación y el prestigio de la doctrina, sigue permaneciendo en la disciplina.<sup>3</sup> La Tabla 1 muestra la distribución de la producción por tipo de registro:

3. Esto puede hablarnos, además, de la conexión del campo de los Estudios de Género con las Ciencias Sociales antes que con el campo jurídico. Igual que ocurre en la producción en Derecho y Género, en las Ciencias Sociales hay un incremento cada vez más agudo de la producción de los artículos de revista sobre los libros y los capítulos de libro.

**Tabla 1**

Tipo de producción

Tipo de producción	Cantidad
Artículos (revista indexada-revista especializada)	90
Capítulo de Libro	44
Informe	1
Libros	37
Prensa	1
Trabajo de Grado	18
Proyecto de Investigación	7
Total productos	198

Fuente: Elaboración propia.

Es evidente entonces que la producción en formatos tradicionales del campo jurídico, como los libros, representan solo la tercera parte de los nuevos formatos académicos generados en el campo de Derecho y el Género.

En términos de metodologías usadas por las autoras y líneas de investigación, nuestro equipo de trabajo identificó once tipos de intervenciones. Para llegar a ellas se hicieron dos reuniones de trabajo, una con los y las estudiantes encargadas de la captura de datos, y otro con las profesoras expertas en el campo (y vinculadas con la red Alas - Capítulo Colombia). En ellas, se trató de generar taxonomías que recogieran distintos ángulos de investigación que construyen el objeto de estudio en/con/sobre el derecho. En ese sentido, las investigaciones sobre derecho y género tienden a analizar el fenómeno jurídico como parte de un fenómeno social más amplio que crea/refleja/oculta relaciones de poder asimétricas. Con base en esto se llegó a la siguiente clasificación:

- *Epistemologías*: Estos trabajos realizan intervenciones en la forma en la que pensamos y entendemos la investigación en el campo jurídico, develando los supuestos fundamentales con los que construimos las ideas, discursos e instituciones en el derecho. El trabajo de María Castro (2015), sobre geografía legal, es un ejemplo de ello.
- *Estudios empíricos*: Estos trabajos combinan la metodología de análisis legal con metodologías prestadas de otros campos, como la sociología (estadística, entrevistas, encuestas), la antropología (la etnografía), la economía (análisis económico), la historia (análisis de

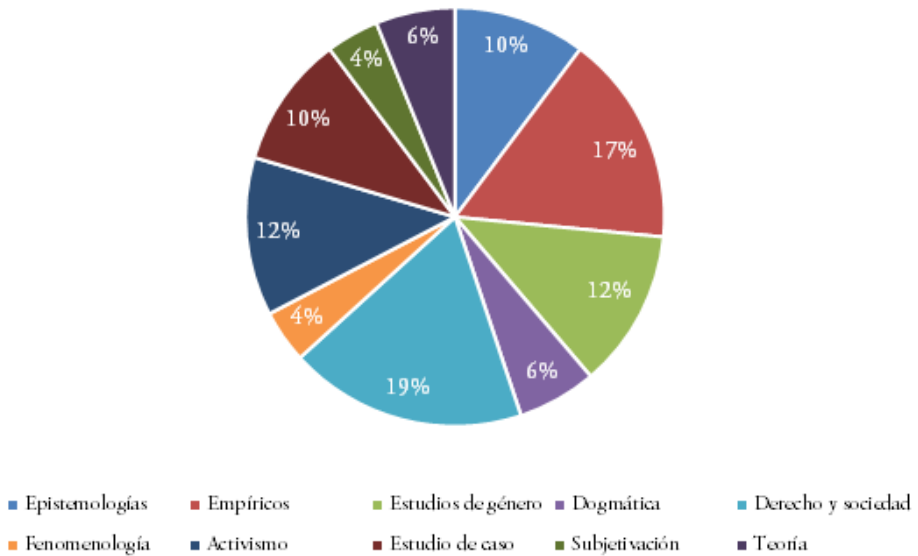
fuentes primarias de archivo), entre otras. El trabajo de Laura Porras (2016) es un buen ejemplo del uso de métodos mixtos para reflexionar sobre el derecho laboral y de policía.

- *Estudios de género*: Trabajos que, siendo producidos desde la academia jurídica, se inscriben en la tradición más amplia de los estudios sociales sobre los análisis de género. Los trabajos de María Mercedes Gómez (2009) son ejemplos de esta clase de intervenciones.
- *Trabajos dogmáticos*: Son textos que, adoptando un punto de vista interno, intentan desestabilizar las categorías jurídicas ortodoxas con lecturas feministas. Un ejemplo de esto en el Derecho Penal es el libro de Camila Correa “El tirano de casa” (2015) o los diferentes trabajos de Ana Milena Montoya sobre Derecho constitucional.
- *Ejemplos de subjetivación*: Estos trabajos se dedican a analizar la producción de subjetividades con especial énfasis en el componente jurídico. Las etnografías de mujeres trans y sus batallas legales, como las de Natalia Salas (2016), son buenos ejemplos de esto.
- *Fenomenología de la movilización*: Estos trabajos se concentran en describir historias de mujeres, colectivos, movilizaciones que se enfocan en las múltiples violencias y discriminaciones por género, así como las dinámicas de la movilización misma. Son ejemplos de esta clase de intervenciones el trabajo de Lina Céspedes, sobre la movilización contra la violencia de género en Colombia (2010), y el capítulo del libro “El Derecho como conjuro” de Julieta Lemaitre (2009).
- *Estudios de caso*: Son textos que usan la metodología de análisis de caso para analizar situaciones concretas en donde convergen los vectores de derecho y género.
- *Activismo/militancia*: Son manifiestos políticos que se usan para promover la militancia del feminismo legal. Algunos manuales de organizaciones que promueven rutas o protocolos de acción para casos de discriminación están en esta categoría. Trabajos como el de Mónica Roa (2016) son ejemplos de esto.
- *Trabajos de derecho y sociedad*: Analizan la brecha entre el derecho y la realidad dentro de las normas que desarrollan algún componente de la equidad de género. Hay tanto análisis de eficacia material como simbólica de esas normas. El trabajo de Natalia Ramírez (2011) sobre la ley de cuotas es un buen ejemplo de esto.
- *Producción teórica*: Son trabajos que se inscriben en el canon de la teoría jurídica, vinculando en enfoque feminista a preguntas clásicas sobre lo jurídico, como qué es, qué efectos tiene, quién gana y quién pierde con su promulgación, operación, adjudicación, entre otras. El texto sobre Crítica Jurídica, de Helena Alviar e Isabel Jaramillo (2012) es un buen ejemplo de esto.

Dentro de esta clasificación, la figura 5 es la distribución de los trabajos analizados.

### Figura 5

Tipo de intervención en D y G

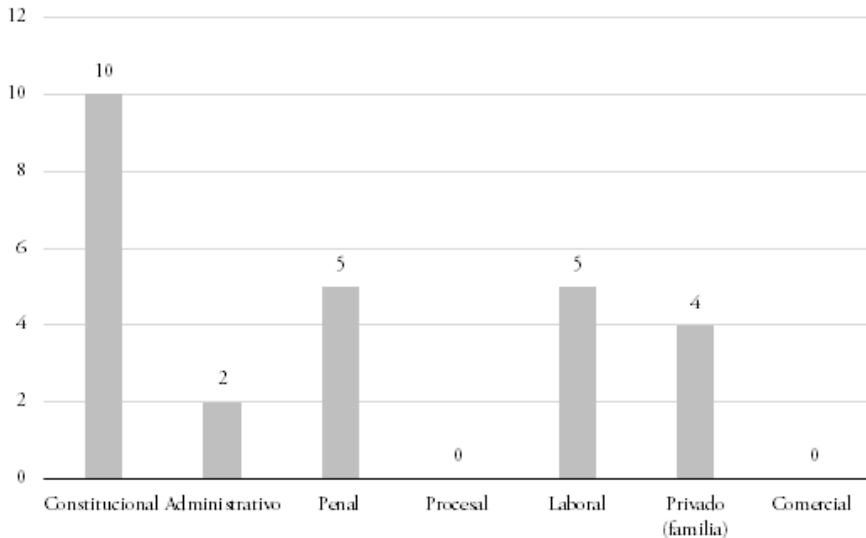


Este análisis muestra cómo en la academia legal el trabajo de Derecho y género ha estado mucho más vinculado a los estudios empíricos, de derecho y sociedad, los estudios de caso y el activismo (que analizan el derecho desde el punto de vista externo) sobre los trabajos dogmáticos (que analizan el derecho desde el punto de vista interno).

Ahora bien, otros son los resultados cuando analizamos la producción de las académicas vinculadas con el área de Derecho y Género en los campos tradicionales de la disciplina. Cuando vemos sus intervenciones con las grillas ortodoxas del derecho constitucional, laboral, penal, administrativo, privado y comercial, otros son los hallazgos.

### Gráfica 3

Intervenciones en las áreas tradicionales



Esta distribución evidencia otro tipo de características de la producción del campo. La primera y más visible es la concentración del trabajo en Derecho y Género dentro de la rúbrica del derecho constitucional. El trabajo de profesoras como Isabel Goyes (2011), por ejemplo, se ubica en esa franja.

Otros campos importantes de intervención son el derecho penal y el derecho privado, que tiene registros de forma exclusiva en el derecho de familia. Trabajos como el de Marcela Abadía (2012) pueden consultarse en el derecho penal, así como los de Isabel Jaramillo (2013) en Derecho de familia o el trabajo de Helena Alviar (2001) en el Derecho Comercial. Nulas son las intervenciones de las académicas que trabajan derecho y género en derecho procesal o civil.

### Reflexiones polémicas

Podría decir varias cosas sobre las descripciones de los hallazgos que presenté en las páginas anteriores. Me concentraré en mencionar las más visibles, entonces.

Existe una emergencia del campo del Derecho y el Género vinculada con el cambio constitucional. La potencia de la cláusula de igualdad y su temprano desarrollo jurisprudencial llevaron a que desde 1991, casi 200 piezas de la literatura especializada se escribieran sobre el tema. Esta literatura habla entonces de algo que los feminismos y la literatura sobre los Estudios de Género a nivel general ya tenían identificado: la conexión entre lo jurídico y la movilización/ análisis de los problemas de equidad de género.

La producción en el campo en Colombia ha tenido al menos tres olas distintas. La primera estuvo marcada por la pulsión normativa. La nueva Constitución creó espacios para que, durante al menos siete años, las profesoras (en el femenino que lidera la producción en el campo) se dedicaran a impulsar reformas legales usando herramientas de derecho comparado, solicitar la aplicación de “perspectivas con enfoques de género” en escenarios particulares, o compilar la jurisprudencia constitucional que empezaba a generarse en la materia (famosas son las sentencias de reconocimiento al trabajo doméstico o doble jornada de la primera Corte).

A esto le siguió un momento de profundo pesimismo. Usando herramientas de la sociología jurídica y tras el intento de “llevar la igualdad de las mujeres a las normas”, la literatura da un giro brusco hacia denunciar la brecha entre las normas y la realidad. Los guiones del *derecho en acción* fueron usados por esta segunda ola de la literatura para mostrar cómo, pese a las pocas nueces que mostraba la reforma legal feminista, eran pocos los cambios que generaban esas normas en la realidad: muchas dificultades de implementación marcaban una distancia notable entre el derecho en los libros y el derecho en acción. Los primeros diez años de este siglo se nos fueron en eso: en mostrar cómo la promulgación de las normas o el logro de cambios jurisprudenciales no tenía efectos reales en la equidad de género en el país.

La tercera ola estuvo también relacionada con el tufillo de derrota de las denuncias anteriores. Los reveses tuvieron un efecto reflexivo, a mi modo de ver, en la manera en la que las autoras embistieron los problemas de género. Más o menos en el año 2009 empiezan a aparecer trabajos que, más sofisticados teóricamente, buscan explicar la complejidad de lo jurídico en la disminución/reproducción de la desigualdad. Esta última forma de producción construye el derecho y el género como objeto de estudio, de una manera distinta a la mera reflexión en torno a las normas y sus efectos medibles en la realidad que crean. Por el contrario, la consolidación de este

tipo de trabajos ha logrado estabilizar, inclusive, premisas interesantes de análisis: el derecho y el género como parte de la construcción de identidad de una manera previa a la promulgación, en un momento, si se quiere, constitutivo de lo jurídico como discurso.

Aceptando las dos premisas fundamentales del campo (el género es una construcción social que distribuye de forma asimétrica poder y recursos entre las opciones posibles), una parte de las autoras de esta tercera ola señalan que el derecho juega un proceso fundamental en esa subjetivación, caracterizando, normalizando y otorgando poderes, privilegios y prerrogativas en el momento de la creación –jurídica– de identidades de género. Epistemológicamente, esta forma de pensar el género y el derecho se apuntala en la movida crítica que busca entender cómo construimos las identidades que percibimos como supuestas. El derecho ayuda entonces a señalar la contingencia –y al mismo tiempo, la estabilidad– de estas distribuciones.

Pero otras autoras de esta tercera ola también se encargan de señalar cómo la movilización legal tiene efectos simbólicos interesantes, pese a que no genere efectos materiales medibles, y cómo la organización misma en torno al litigio tiene efectos transformadores en la vida de las mujeres y sus primeras conquistas (juridificadas) de lo público. Esta tercera ola genera entonces meta-explicaciones y análisis retrospectivos de lo que hemos logrado: cómo nos hemos movilizad, de dónde vienen esos marcos organizativos, qué hemos ganado y perdido con el derecho, pero además, por qué el derecho nos sirve y nos traiciona.

Una línea transversal a estos distintos momentos es la relacionada con el género y la educación jurídica. Existe una correlación interesante entre el cambio constitucional y la preocupación por la renovación en la educación legal. La mirada de género es pionera en los análisis de currículos ocultos y agendas pedagógicas que reproducen la desigualdad en los salones de clase y esto se hace visible en la producción bibliográfica y la producción de las profesoras asociadas al campo. Un número importante de mis colegas se ha dedicado a generar manuales de educación jurídica inclusiva, libros de casos para enseñar las áreas tradicionales del derecho con perspectiva de género y promover prácticas horizontales y empáticas en las clases, contrarias a los principios de jerarquía y autoridad propios de la educación jurídica tradicional. Un dato importante es entonces que varias de las autoras líderes en



el campo tienen como segunda área de producción la educación jurídica. El género y la renovación de las prácticas de enseñanza van entonces de la mano. Esto, por supuesto, es un intento por hacer de la academia jurídica y la educación de los y las abogadas un elemento determinante en el avance de la lucha contra la discriminación.

Por supuesto, estas etapas no implican un trayecto lineal y, por lo contrario, son discontinuas. Aun ahora tenemos trabajos que impulsan reformas normativas o denuncias brechas, mientras se producen reflexiones teóricas robustas que logran explicar cómo opera el derecho en la desigualdad.

Sin embargo, una observación interesante que me permiten hacer los datos es que la mayoría de la producción del campo ha permanecido en el punto de vista externo. Las cifras son contundentes sobre cómo los trabajos en sociología del derecho o los estudios empíricos triplican en número nuestra producción en dogmática jurídica. Eso implica que, como campo, hemos respondido al momento inicial de nuestra consolidación haciendo análisis de la eficacia de las normas que hablan sobre las mujeres o los efectos diferenciales que normas que se pretenden neutras generan sobre nosotros. Poco hemos hecho por generar lecturas feministas de las instituciones jurídicas que logren desestabilizar los cánones ortodoxos con otras formas de pensar y hacer el derecho. Esto, sin lugar a dudas, es una deuda a gritos en espacios sociales donde la discusión sobre la equidad de género ha ganado terreno y necesita el desarrollo de protocolos, procesos y normas con perspectiva feminista: cómo se opera la inversión de la carga de la prueba en procesos de acoso, cómo se escriben sentencias con perspectiva de género y cómo se hacen análisis jurídicos feministas. En el mundo ya hay unos ejemplos bien desarrollados que necesitamos empezar a explorar y desarrollar.

Finalmente, poco hemos hecho por generar lecturas críticas dentro de nuestro mismo campo. Se analizan los desarrollos normativos, pero no se señalan qué contextos de movilización tienen. Los feminismos son diversos y variados, por lo que es importante empezar a localizar los trabajos desde el mismo campo, a mostrar diferencias y contrastes y a plantear esquemas de *accountability* de nuestros avances. Este trabajo ya muestra que hemos avanzado mucho. Nos queda, pues, el siguiente paso.

## Referencias

- Alviar, H. (2001). Aproximaciones feministas al Derecho Comercial. *Revista de Derecho Privado*, (27), 57-71.
- Alviar, H. & Jaramillo, I. C. (2012). *Crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa al legalismo liberal*. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores.
- Abadía, M. (2012a). Una reconstrucción histórica del derecho constitucional a la vida como barrera a la des tipificación del aborto. En H. Alviar (Coord.), *Perspectivas contemporáneas en la investigación jurídica* (pp. 129-150). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Abadía, M. (2012b). Usos y abusos del sistema penal. *Revista de Estudios Sociales*, (42), 107-114.
- Céspedes- Baez, L. (2010). Las Limitaciones de las Palabras de los Jueces. El intento fallido del Auto 092 de 2008 de caracterizar la violencia sexual en contra de las mujeres como un crimen de lesa humanidad en el conflicto armado colombiano. *Revista de Derecho Público*, V(24). 1-14.
- Castro, M. V. (2015). Derecho, espacio y poder. Una aproximación a la geografía legal desde el análisis distributivo del derecho. Tesis para optar al título de Doctora en derecho. Bogotá: Uniandes.
- Correa, M. C. (2016). *La legítima defensa en situaciones de confrontación. La muerte del tirano de casa*. Bogotá: Temis–Uninades.
- Friedman, E. J. (2009). Re(gion)alizing Women’s Human Rights in Latin America. *Politics & Gender*, 5(3), 349-375.
- Gómez, M. M. (2009). De las heterosexualidades obligatorias a los parentescos alternativos. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, (1), 82-103.
- Goyes, I. (2011). *Principios de derecho laboral. Líneas jurisprudenciales*. San Juan de Pasto: Editorial Universidad de Nariño.
- Jaramillo, I. C. (2006). Reforma legal, feminismo y patriarcado en Colombia: el caso de la ley de cuotas para mujeres en cargos de alto nivel de la Rama Ejecutiva. En: L. Cabal y C. Motta (Comps.), *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina* (pp. 59-144). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

- Jaramillo, I. C. y Alfonso, T. (2006). *Mujeres Cortes y Medios. La reforma judicial de aborto. Bogotá: Uniandes.*
- Jaramillo, I. C. (2013). *Derecho y familia en Colombia. Historias de Raza, género y propiedad 1540-1980.* Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Lemaitre, J. (2009). Legalismo feminista. Los derechos de las mujeres en los años 90. En: *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales (197-238).* Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- León de Leal, M. (1994), *Mujeres y Participación Política Avances y Desafíos en América Latina.* Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Mackinnon, C. (2012). Foreword. En: B. Baines, D. Barak-Erez y T. K. (Ed), *Feminist Constitutionalism- Global Perspectives.* (ix-xii). Cambridge: Cambridge University Press.
- MacKinnon, C. (1979). *The Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination.* New Haven: Yale University Press.
- Olsen, F. E. (1983). The Family and the Market, 96 Harv. L. Rev. 1497-1578. DOI: 10.2307/1340916
- Price, D.J.D. (1963). *Little Science. Big Science.* New York: Columbia University Press.
- Porras, L. (2016). “Viviendo del Rebusque:” A Study of How Law Affects street rebuscadores in Bogotá. Thesis submitted to the Faculty of Graduate and Postdoctoral Studies in partial fulfillment of the requirements for the Doctorate of Philosophy degree in Law. Faculty of Law Graduate Studies. University of Ottawa.
- Quintero, B. (2005). Las mujeres colombianas y la Asamblea Nacional Constituyente de 1991- Participación e Impactos. CEPAL. Recuperado de: [http://www.eclac.cl/mujer/reuniones/Bolivia/Beatriz\\_Quintero.pdf](http://www.eclac.cl/mujer/reuniones/Bolivia/Beatriz_Quintero.pdf)
- Ramírez, N. (2011). Ley 581 de 2000 ¿Ganamos o perdimos? *Revista Opinión Jurídica*, 6(11), 87-114.
- Roa, M. (2016). *Social Change and the Courts: Options in the Activists' Advocacy Toolkit.* Madrid: Women's Link Worldwide.
- Rodríguez-Ruíz, B. y Rubio-Marín, R. (2012), On Parity, Independence and Women's Democracy. En E. B., D. B. Erez y T. Kahana (Eds.), *Feminist Constitutionalism- Global Perspectives* (pp. 188-203). Cambridge University Press.

- Rupp, L. (1999). Forging feminist identity in an international movement: A collective identity approach to twentieth-century feminism. *SIGNS*, 24(2), 363-386.
- Salas, N. (2016). Consideraciones de Política Pública Trans: trayectorias y cambio social. Tesis de grado para optar al título de Magister en Políticas Públicas. Cali. Universidad del Valle.
- Taylor, W. (2018). Ambivalent Legal Mobilization: Perceptions of Justice and the Use of the Tutela in Colombia. *Law and Society Review*. 52(2), 337-367.
- Vergara-Figueroa, A. (2018). *Afrodescendant Resistance to Deracination in Colombia Massacre at Bellavista-Bojayá-Chocó*. Cham, Switzerland: PalgraveMacMillan.
- Wills, M. E. (2007). *Inclusión sin representación. La irrupción política de las mujeres en Colombia. 1970-2000*. Bogotá: Norma.

# **10**

## **El objeto del deseo en el ritual judicial: entre el discurso eficientista y el debido proceso**

---

**Diana Marcela Solano Gómez**

Universidad Icesi | [dmsolano@icesi.edu.co](mailto:dmsolano@icesi.edu.co)

En el año 2008, inició el funcionamiento de los primeros “juzgados piloto en oralidad” en la ciudad de Cali. Este giro procesal, que se venía impulsando a través de leyes y decretos<sup>1</sup> hacía más de cinco décadas, finalmente se materializó en una reforma certera y profunda que involucraba tanto la reestructuración del escenario, por medio de las nuevas salas de audiencias, como el quehacer cotidiano de empleados, jueces y abogados. Sin embargo, ocho años después, dos normas fundamentales de esta reforma fueron demandadas ante la Corte Constitucional al considerar que imponían una “rigurosa limitación de tiempo” al proceso judicial laboral.<sup>2</sup> Si bien la Corte declaró la constitucionalidad de dichas normas, las denuncias sobre una desmejora sustancial de la justicia laboral no han cesado, y tanto abogados como funcionarios insisten que la reforma procesal implementada tiene falencias profundas que no acaban de resolver los problemas que el sistema ya traía.

Ahora bien, en el texto “La ciencia útil. Una reconstrucción de las ciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina”, la profesora Mónica Vásquez plantea que, en teoría, “las distintas comprensiones del [Derecho] procesal buscan ser respuestas coherentes y sin contradicciones” en formas de “moldes o arquetipos determinados” a diferentes necesidades de una sociedad. Sin embargo, en los escenarios de la justicia dichos moldes y arquetipos se mezclan y coexisten con elementos “que sobreviven de consciencias anteriores o anuncian formas venideras de comprensión del derecho procesal” (Vásquez, 2015, p. 12).

Si tenemos en cuenta que Latinoamérica, y Colombia en particular, ha sido un “sitio abierto” o “soberanía abierta [...]”, en el sentido de que la creación y transformación de sus derechos siempre ha estado atenta a los materiales jurídicos extranjeros y comparados a los que atribuye altos niveles de prestigio” (López, 2015, p. 120), es factible encontrar en nuestros Palacios de Justicia modelos y tradiciones procesales que se han fusionado entre sí y han dado origen a sistemas híbridos más o menos armónicos y funcionales. De esta manera, durante el siglo XIX y XX los modelos procesales implementados tuvieron origen Europeo: España, Alemania, Francia e Italia aportaron variedad de nor-

---

1. La primera norma que impulsó la oralidad en el proceso laboral fue emitida en el Decreto 2158 de 1948

2. Sentencia C-583 de 2016. Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez.

matividad, doctrina y creencias jurídico-procesales a través de diferentes redes institucionales y académicas. Posteriormente, desde finales de los años 70, las expectativas de progreso se centraron en los aportes procesales anglosajones, argumentando que estas son las formas idóneas para aumentar la celeridad y humanizar-constitucionalizar el proceso.

En este texto, me interesa presentar algunas respuestas a la percepción de desmejora que manifiestan los abogados laboristas, haciendo referencia a dichas fusiones o mixturas en las consciencias jurídicas de jueces, empleados judiciales y abogados de la jurisdicción laboral de Cali, destacando la perspectiva abajo-arriba,<sup>3</sup> y prestando especial atención al aspecto simbólico del proceso, en especial a la audiencia judicial y al juez como su director. En este sentido, propongo estudiar el proceso judicial no solo como un esquema técnico normativo, sino también como un ritual que expresa rasgos relevantes de la cultura jurídica que lo origina y que lo práctica, durante un escenario, tiempo y lugar específicos.

Para ello, me apoyaré en el texto “Espacio, tiempo, justicia: de los rituales arcaicos a las perspectivas contemporáneas”, en el cual Daniel Marrani (2018) utiliza el concepto de tótem, desde el psicoanálisis Freudiano, como punto de partida para analizar los rituales judiciales de la tradición anglosajona y continental, y ubicar el lugar simbólico del juez y de la audiencia judicial en el esquema de división de poderes. Para este punto también tendré en cuenta el texto “La ciencia útil” de Mónica Vázquez, quien, desde un enfoque de arriba abajo, presenta una hoja de ruta de las consciencias procesales que se han implementado en Colombia desde los tiempos de la Colonia hasta la actualidad.

Por otra parte, los datos objeto de análisis fueron acopiados durante los años 2013 a 2014, en el marco de la investigación para obtener el título de Master en Sociología de la Universidad del Valle. Estos consisten en el trabajo etnográfico que realicé durante 6 meses como asistente en un juzgado laboral de Cali<sup>4</sup> y 25 entrevistas semiestructuradas resueltas por

---

3. Acorde con Vázquez (2015) los estudios de conciencia jurídica abajo-arriba se encargan de estudiar “la apropiación cotidiana del derecho procesal en el destinatario final, sean litigantes, jueces o comunidad en general” (p. 12).

4. Asistí las mañanas de los miércoles a un juzgado laboral del circuito para cumplir con las tareas que me indicaba el secretario del juzgado.

diversos actores que hacen parte de la jurisdicción laboral caleña. Jueces, magistrados, empleados judiciales de diferentes cargos y litigantes especializados en el área laboral, hicieron parte del grupo de personas que narraron entre dos y tres horas sus trayectorias profesionales, objeto de análisis en el presente escrito.

## **El objeto del deseo en la reforma procesal**

El “nuevo proceso oral” hace parte de un paquete de reformas judiciales que se implementaron en Latinoamérica<sup>5</sup> a finales del siglo XX, en el marco del movimiento de derecho y desarrollo,<sup>6</sup> las cuales involucraban dos propósitos explícitos por parte de los procesalistas y hacedores de políticas públicas en materia de acceso a la justicia. El primero, y más recurrente en los escritos que promovían la reforma, consistía en la búsqueda por “agilizar la administración de justicia” y disminuir los índices de congestión judicial. Durante la segunda mitad del siglo XX algunos doctrinantes retrataron al sistema escritural como una de las principales causas de la congestión en el sistema. En palabras de Cappelletti (1972), el proceso oral facilita el diálogo y agiliza el proceso pues:

[...] la palabra es más viva; ella llama la atención del juez sobre los puntos esenciales del litigio; se presta mejor a la discusión y a la persuasión; tiene la ventaja de la simplicidad; evita la pesadez y la complejidad del formalismo que engendran los escritos.

Esta interpretación sobre los defectos innatos del sistema escritural fue secundada por abogados litigantes y funcionarios colombianos,<sup>7</sup> quienes manifestaban que dicho sistema estaba estructuralmente descompuesto al

5. Entre los años 2002 y 2010, Venezuela, Colombia, Chile, Ecuador, Uruguay y Perú han emitido leyes procedimentales que reforman los antiguos procesos escritos. Ver: Tapia (2012).

6. Bajo la categoría “derecho y desarrollo” se relacionan diferentes programas diseñados y financiados desde el norte global para reformar las estructuras de los estados del sur global, así como su cultura jurídica. Ver Rodríguez, C. (2006).

7. Ver Benítez (2007), profesor de derecho laboral de la universidad Externado.



permitir, e incluso promover, prácticas en exceso ritualistas y dilatorias.<sup>8</sup> Desde esta lógica, solo la transición a un modelo oral disminuiría la frecuencia de estas prácticas al reducir las oportunidades para interponer recursos, incidentes e impugnaciones, y además se esperaba que con la restricción del proceso a máximo dos audiencias, con un término perentorio de tres meses entre la primera y la segunda, los jueces abandonarían la tendencia de suspender audiencias para retomarlas varios meses después. En concreto, el nuevo esquema ha tenido como propósito principal simplificar los actos procesales y aumentar la concentración de los medios de instrucción.

Además de aumentar la celeridad, el nuevo esquema también tuvo el objetivo de “humanizar”, o mejor, Constitucionalizar el proceso (Fernández, 2017, p. 81) a través del fomento a un diálogo cercano entre las partes y el juez (principio de inmediatez), la exigencia a los presentes de utilizar un lenguaje claro y preciso (principio de publicidad), así como la exhortación a juez y partes por propender a la garantía de una justicia material sobre una justicia netamente formal (Tutela judicial efectiva).

Los objetivos que promueve la reforma (eficiencia vs. humanismo) podrían considerarse contradictorios. La tensión entre el discurso procesal eficientista y la búsqueda por la protección de nuevos derechos que garanticen la igualdad real entre las partes, ha sido una característica distintiva de las reformas procesales posteriores al movimiento constitucional de finales de siglo XX. El primero punto es impulsado por el neoliberalismo y los procesos de globalización económica, que han promovido las “[...] formas orales, concentradas, inmediatas [...] persiguiendo la celeridad y la eficacia de los tribunales, aunque bajo una directriz menos protectora de los pobres y de los débiles en términos de protección de derechos y acceso a la justicia” (Vázquez, 2015, p.185). Por otra parte, el humanismo tiene sus banderas en la implementación garantista de la doctrina neoconstitucional. Sus defensores propenden por un progreso sin marginación social o por lo menos con índices de inequidad que tiendan a disminuir en lugar de

---

8. En la exposición de motivos del proyecto de ley que se convertiría en la Ley 1149 de 2007 se lee: “El presente proyecto de ley surge del presupuesto básico que tiene que ver con entender el desarrollo de la oralidad como elemento rector del modelo procesal laboral [...] entendiendo la necesidad social de que dicho desarrollo conlleve necesariamente celeridad en el desarrollo de la relación procesal laboral y de la seguridad social...”

aumentar. Para ellos el progreso no supone cualquier costo, y defienden el uso del derecho como un mecanismo de emancipación social y como una herramienta para la disminución de las brechas de opresión.

De lo observado hasta ahora en la implementación del nuevo sistema, es posible deducir que las aspiraciones de ambos grupos no han obtenido el éxito que esperaban. En materia de descongestión los resultados han sido ambiguos y la celeridad no ha sido tan notoria como se pronosticó. Si bien en términos diacrónicos encontramos que ha habido un moderado crecimiento en el porcentaje anual de procesos resueltos por parte de los juzgados frente a años anteriores, desde un análisis sincrónico de este fenómeno las cifras no nos ofrecen conclusiones contundentes en defensa del sistema oral.<sup>9</sup> Y pese a que son debatibles las ventajas obtenidas en términos de eficiencia, las principales críticas se han centrado en denunciar que los principios de concentración y celeridad han opacado de manera sustancial los derechos a la debida defensa y a la tutela judicial efectiva.<sup>10</sup> En otras palabras, el anhelo por acelerar la producción de providencias se ha impuesto sobre la garantía sustancial del debido proceso. Son tres las razones que argumentan esta acusación: 1. el exceso de exclusión probatoria, 2. poco tiempo para sustentar recursos, preparar la contestación de incidentes y presentar los alegatos de conclusión, y 3. importantes ausencias en la argumentación de las decisiones judiciales. En palabras de Javier Tamayo Jaramillo (2014) “[...] estamos cayendo en el más arbitrario decisionismo

---

9. Ver Consejo Superior de la Judicatura (2016), donde se observa que el Índice de Evacuación Parcial Efectivo (IEPE) no ha tenido un aumento significativo entre los años 2008 y 2015. Por otra parte, al observar el índice por “sistema de trámite procesal, oral y escrito”, durante el año 2015, se encuentra que los procesos escritos tienden a tener un IEPE más alto que los tramitados por el sistema oral.

10. Este derecho ha sido definido por la Corte Constitucional como “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. Sentencia de la Corte Constitucional C-1083 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería. Ver también Sentencia C-318 del 30 de junio de 1998, magistrado ponente Carlos Gaviria Muñoz.

judicial, como consecuencia de un procedimiento mal diseñado [...]. Reitero que este no es un problema causado por los jueces”.<sup>11</sup>

En este texto planteo que, entre las razones que explican esta problemática, no es posible descartar los aspectos culturales y simbólicos que constituyen las prácticas judiciales. Al igual que los promotores de la reforma actual, reformistas anteriores olvidaron que el derecho también es producto de un contexto configurado por creencias y prácticas sociales y culturales que, entre otras áreas, constituyen el montaje simbólico y discursivo de la realidad. En especial, cuando se trata de reformar sistemas que involucran fibras simbólicas tan delicadas para la cohesión social y el adecuado funcionamiento del Estado como lo son la administración de justicia y el principio de confianza legítima.<sup>12</sup> En palabras concretas, “[e]l gran problema de una reforma es creer ciegamente en el poder performativo del derecho, como si transformar el ordenamiento generara inmediatamente un cambio social, olvidando que las reformas dependen de los actores que las implementan y del contexto cultural que les rodea” (Ricaurte, 2011).

Ahora bien, la cultura hace referencia a diferentes elementos materiales e inmateriales que integran las interacciones humanas, como son las creencias, los anhelos, y los símbolos colectivos (Geertz, 1991). Estos se manifiestan a través de los significados que le otorgamos a aquello que hacemos en fomento

---

11. Estos argumentos fueron esbozados por los demandantes de los artículos 5º y 12º de la Ley 1149 de 2007 en la sentencia C-583 del año 2016. M.P. Aquiles Arrieta Gómez. Ver también críticas similares en: Tamayo, J. (2014, julio 8). La oralidad o la ruina de la justicia. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/educacion-y-cultura/la-oralidad-o-la-ruina-de-la-justicia>. (2017, junio 28); Laboral. (2016, noviembre 22). Avalan limitación de tiempo para alegatos en proceso laboral ordinario de primera instancia. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/laboral-y-seguridad-social/avalan-limitacion-de-tiempo-para-alegatos-en-proceso>. (2017, junio 28); Laboral (2016, noviembre 2). Lo último sobre restricciones de tiempo y modo en el proceso laboral oral. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/constitucional-y-derechos-humanos/lo-ultimo-sobre-restricciones-de-tiempo-y-modo> (2017, junio 28).

12. Al respecto el Consejo de Estado ha declarado que este principio lo integran dos aspectos: 1. Constituye la materialización del principio de seguridad jurídica en las relaciones del Estado con sus asociados. 2. Es una consecuencia lógica del principio de buena fe en toda relación jurídica. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 4401233300201300059 01(48762014), Sep. 1/16.

de la comunidad. Dichos significados nos vinculan, a través de la imaginación, con el grupo humano que convive al interior de las fronteras del Estado, y alimentan los mitos que configuran las ideas que tenemos sobre aquello que somos como grupo (Anderson, 1993; Marrani, 2017, p. 16) o, en este caso, como comunidad jurídica. En este orden de ideas Cover (2002) explica:

La tradición no sólo incluye un corpus juris, sino también un lenguaje y un mythos - narraciones en las que sitúan al corpus juris quienes expresan su voluntad a través de él. Estos mitos establecen paradigmas de comportamiento: crean relaciones entre el mundo normativo y el material, entre las limitaciones de la realidad y las demandas de una ética (p. 22).

Estos vínculos míticos han sido difíciles de advertir en nuestro contexto jurídico debido, entre otras razones, a los esquemas epistemológicos desde los cuales abordamos la observación del campo y el análisis jurídico. Nuestras recientes tradiciones epistémicas nos permiten identificar variables como los índices de producción normativa, mientras que otras, como la cultura jurídica urbana que se canjea en cada esquema normativo importado, pasan desapercibidas (López, 2015). En este orden de ideas, al abordar el escenario de la justicia desde esta perspectiva simbólica, el proceso judicial se describe mejor como el ritual judicial.

## **El ritual judicial**

Se entiende por ritual un espacio-tiempo no ordinario debido a la atención que un grupo de personas focalizan sobre un elemento o conjunto de elementos que consideran especialmente importantes o incluso sagrados. Dicho respeto se manifiesta a través de prácticas y objetos protocolarios, así como la transformación de sus emociones enfocadas en el evento ritual. En ese sentido, Collins (2009) explica que el ritual no está vinculado a fenómenos estrictamente religiosos, sino que nuestra cotidianidad está colmada de rituales y objetos sagrados que en principio no nombramos como tales, pero que instituímos y practicamos reiteradamente con la intención, consciente o no, de que su sacralidad no expire. Cuando el ritual inicia, las personas que lo integran abandonan parte de su individualidad para asumir la representación de un

rol que los trasciende y los vincula con la sociedad a la que pertenecen, pues deben cumplir con ciertas expectativas de desempeño intrínsecas a su papel, que a la vez invocan un valor de interés colectivo, como lo puede ser la idea de justicia. Esta transición se simboliza a través de la solemnidad del espacio y de los trajes y accesorios que utilizan los integrantes, en este caso la toga del juez y el vestuario usualmente formal que visten los abogados.

En este sentido, el proceso judicial, sea oral o escrito, es un ritual compuesto que hace las veces de puerta incorpórea a través de la cual accedemos al conocimiento de la verdad jurídica (Geertz, 1994). El ritual demarca las fronteras materiales, técnicas y simbólicas que diferencian el mundo jurídico del fáctico. Cuando las acciones que realizan los servidores públicos sobrepasan estos límites, pierden el respaldo del ritual y, por tanto, el apoyo del Estado, de forma tal que sus actos no tienen efectos jurídicos y son personalmente responsables de los mismos. Los límites, que reconocemos a través de espacios, formas protocolarias y fórmulas, los apreciamos y respetamos porque su función consiste en proteger valores que consideramos sagrados. Al respecto, Garapon afirma que “[...] antes que normas, leyes, jueces, palacios de justicia, hubo un ritual” (citado por Marrani, 2017, p. 31) que nos permitió acceder a la verdad y a la justicia para resolver los conflictos cotidianos de la vida humana. Ritual que Garapon denomina “evento legal” (Marrani, 2017, p 37).

Clifford Geertz expone, en su ensayo “Conocimiento local: hecho y ley en la perspectiva comparativa” (1994), la relación entre las culturas y las características de los rituales avocados a descifrar la verdad en los conflictos. Si bien las formas, garantías y medios probatorios cambian de una cultura a otra, en todos los rituales un grupo social confía en que las formas que los componen permiten reconstruir una verdad a partir de versiones opuestas de los hechos, y que dicha verdad “revelada” guardará equivalencia con las normas predefinidas por la comunidad. En consecuencia, explica Geertz, aquello que el ritual protege no son las formas en sí mismas. Cuando se transgrede el ritual

Lo que se halla en peligro (o lo que así se percibe), son las propias concepciones del hecho y la ley, y las de las relaciones que guardan entre sí —la sensación, sin la que los seres humanos no podrían vivir, y mucho menos juzgar, de que la verdad, el vicio, la falsedad y la virtud son reales, distinguibles y se hallan adecuadamente alineados [...] (Geertz, 1994, p. 257)

De acuerdo a lo anterior, el ritual judicial protege la confianza que tenemos como sociedades en que el hecho y la ley pueden ser vinculados con la ayuda de actos rituales y símbolos solemnes, para así separar la verdad de la falsedad, la virtud del vicio, lo arbitrario de lo justo en la vida colectiva. Igualmente, revive el mito fundacional del contrato social, que es el origen y la base de las convenciones que el derecho protege y representa (verdad, vicio, justicia, etc.) (Marrani, 2017, p. 21-25), al configurar el evento legal que restablece el pacto entre la sociedad y las personas que lo han trasgredido. Las democracias liberales se sustentan en este pacto, y en la creencia mítica de que a través de su cumplimiento alcanzaremos un progreso mejor o utópico o, por lo menos, que hemos superado un escenario de rivalidad violenta e incertidumbre. Mito y rito se articulan para fundar y sostener el sentido de lo comunitario, promover la cohesión y solidaridad en el grupo humano o sociedad (Durkheim, 1982, p. 387-414).

Ahora bien, este mito cohesionador que actualmente vivimos a través del Estado y su relación directa con los ciudadanos por medio de la justicia, en épocas anteriores a las revoluciones epistemológicas de la modernidad le pertenecía a la religión: “El origen de la *religión civil* radica, pues, en un esfuerzo por mantener la integridad social bajo presupuestos laicos, una vez que ya la Ilustración dictaminara la superación de la religión al identificarla con los prejuicios y la superstición” (Pasín, 2006, p.118). De lo anterior se desprende que los significados de estos símbolos modernos son aún relevantes en la medida que nos vinculan como colectivo tanto hacia el pasado (memoria mítica) como hacia el futuro (utopía).

Si bien el ritual judicial siempre ha involucrado un rico contenido simbólico, el norte global ha promovido un modelo monovalente de racionalidad que, representado por una objetividad lógica y técnica al servicio de la eficacia y la operatividad, se ha encaminado al dominio de la materia desconociendo a su vez los aspectos intangibles de la cultura. Según lo plantearon Horkheimer y Adorno “[e]l programa de la Ilustración era el desencantamiento. Pretendía disolver los mitos y derrocar la imaginación [utópica] mediante la ciencia” (1994, p. 59), para colmar el temor a la incertidumbre con un ideal racional. En este sentido, la razón moderna, al igual que el mito, posee “un afán por ordenar el mundo, por mantener a distancia la angustia, aunque para ello recurra a la aséptica objetividad del discurso científico” (Pasín, 2006, p. 112).

En Latinoamérica una emulación de este proceso racionalizador influyó al derecho procesal desde su estructura. Al respecto, Mónica Vásquez expone:

En la recepción de la conciencia científica los juristas locales entendieron que la ciencia procesal europea era un producto cuasiterminado que se había desarrollado en el viejo Continente y que había llegado a América Latina en una especie de evolución natural. Debido a lo anterior la gran mayoría de los doctrinantes latinoamericanos se enfocaron en difundir las obras científicas y no en controvertir las construcciones teóricas elaboradas por las escuelas científicas [...] (Vázquez, 2015, p. 133)

Sin embargo, a pesar de la visión desencantada que difundió la modernidad positivista, no son pocas las corrientes de investigación que han abordado el estudio de lo simbólico, lo imaginario y lo mítico en la vida cotidiana, confrontando la preeminencia que las disciplinas contemporáneas le otorgan a la razón, la técnica y la medición. Una de las teorías y líneas de investigación que ha tenido valiosos aportes en este campo es el psicoanálisis, al defender que el mundo simbólico que compone la subjetividad humana es tan o más prolífero en la creación convencional de la realidad social como puede serlo la lógica formal (Marrani, 2017, p. 35). Freud, fundador de esta corriente, desarrolló dos conceptos fundamentales para abordar el análisis del mundo simbólico-normativo de las comunidades humanas en un libro homónimo llamado: *Totem y Tabú*. Daniel Marrani aborda estos conceptos como punto de partida conceptual para analizar el lugar de los rituales de la justicia en la división de poderes anglosajón y continental. Para ello, bosqueja un paralelo entre el juez y el tótem freudiano en ambas tradiciones y, desde esta perspectiva, estudia los vínculos entre emociones e instituciones con el objetivo de comprender comportamientos y costumbres legales que considera características de cada tradición.

En este sentido, difícilmente un ritual ceremonial está desprovisto de un líder. Sin embargo, tener autoridad requiere más que un nombramiento formal u oficial. Esos elementos extras que le otorgan la confianza para definir la verdad y la justicia responden a “[l]a idea del funcionamiento automático del poder” el cual “corresponde mejor al inconsciente que al consciente” al estar vinculado con la realización y encarnación de la posición simbólica de la autoridad. Aquello que ocupe dicha posición simbólica, escondida o no a través de un velo mágico en el inconsciente, encarna el poder temido del Tótem (Marrani,

2018, p. 42). En virtud de ello, la autoridad del Tótem representa “[...] la base de un sistema de creencias que crea a su vez una organización micro (social)” (p. 38), por lo cual debe ser adorado y respetado, dado que es el origen y sostén del sistema. Por otra parte, el Tabú representa lo prohibido en la medida que su transgresión también es deseada, pero efectuarla implica un temido sentido de “culpa oprimente” (Freud, 2007, p. 14) al destruir el soporte simbólico que constituye el vínculo de la persona con la comunidad. De acuerdo con esto, Tótem y tabú son dos caras de un mismo concepto.

En el ritual judicial hay aspectos sagrados, totémicos, cuyo lugar difiere dependiendo de la tradición legal. Para Marrani, el proceso escrito continental es una organización mono-totémica mientras que la tradición anglosajona es una organización bi-totémica. Ambas tradiciones “tienen la idea subyacente e inconsciente de un tótem en sus actividades legales, pero las funciones divergen y operan en diferentes niveles” (Marrani, 2017, p. 43). En su libro, Marrani defiende que la calidad y la cantidad de los tótems dependen de dos aspectos: El entrenamiento del juez, el discurso que despliega y su posición simbólica. En las próximas líneas explicaré dicho argumento.

## **El lugar simbólico del juez en las tradiciones: La extracción de la verdad y su escenario.**

Hablar de tradiciones procesales no es un tema pacífico en el derecho comparado. Se han dado movimientos que plantean diferentes distinciones, como ocurrió en el primer congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal, donde un grupo de juristas planteó que “en la historia procesal global se podían distinguir tres familias o tradiciones: la del *common law*, la continental francesa e italiana, y la iberoamericana” (Vázquez, 2015, p. 12). Lo cierto es que entre las tradiciones continental e iberoamericana se encuentran más similitudes simbólicas que diferencias en cuanto al lugar que ocupa el juez y la audiencia en el esquema de división de poderes. A continuación, abordaré la clásica clasificación entre *Common law* y *Civil law* ateniendo las coordenadas que propone Daniel Marrani<sup>13</sup> al estudiar la independencia judicial en las tradiciones procesales. Acorde con

13. Ver también Diez Picazo (1992)



lo expuesto, el éxito del ritual judicial depende tanto de que el juez obtenga la verdad entre dos narrativas que están en conflicto y las relacione con un sistema normativo previo, como también el común acuerdo entre los integrantes de que “saben que él sabe” cumplir con dicha tarea (Marrani, 2017, p. 47). Este vínculo entre partes y juez constituye la base de su autoridad, por lo cual identificar la fuente de conocimiento a la que el juez accede permite comprender donde está depositada la confianza social en el ritual y, por tanto, la protección del aspecto sagrado que asegura su percepción de éxito. Si bien las descripciones que plantea Marrani sobre la jerarquía de fuentes en ambas tradiciones debe ser matizada en el escenario contemporáneo del derecho, donde tanto la alusión a la ley como al precedente judicial se fusionan en diferentes escenarios, sirven de referente para analizar el lugar de lo sagrado en ambos esquemas.

En cada tradición, la fuente de conocimiento del juez tiene orígenes emblemáticos diferentes. En el sistema continental su origen se ubica en la codificación de la ley, entendiendo por esta la disposición jurídica emitida por el legislador. Es decir, un discurso que limitó la polifonía al proceso de creación, para posteriormente convertirse en una codificación delimitada que es impuesta en forma piramidal. En este caso, cuando el juez resuelve un conflicto jurídico se asume que no habla en nombre propio, sino más bien “a nombre de” un poder superior (Marrani, 2017, p. 47). Invoca la voz de la autoridad cristalizada en la ley, siendo esta la representación de la voz del pueblo, ubicada en el mismo lugar donde antes estuvo la voz del Rey y de Dios.<sup>14</sup>

De acuerdo con lo anterior, “[e]l juez no puede cambiar ni siquiera ‘tocar’ la ley, debido a su poder mítico”. En este ritual la respuesta que soluciona el caso no está oculta, de manera que la función del juez no consiste en crear o traer a la luz una solución al conflicto, sino más bien identificar e interpretar la normatividad ya establecida al cotejarla con la verdad que considera probada. Esto da lugar a que:

los jueces en la tradición del derecho civil no se encuentran en una posición simbólica que pueda considerarse tan fuerte como la posición de sus colegas de derecho consuetudinario. Las reglas que aplicaron han sido decididas antes de su acción y deben respetarlas” (Marrani, 2017, p. 49).

---

14. Los preámbulos de las constituciones de Colombia de 1886 y 1991 son un excelente ejemplo de este reemplazo.

Además de la ley, en el sistema continental el juez se basa en otras autoridades interpretativas que se ubican fuera del proceso: la doctrina. Marrani cita al profesor Geoffrey Samuel para describirla como un importante cuerpo de profesores que vincula a los jueces gracias a la creencia de que hacen ciencia de las leyes acorde con los postulados de la lógica formal. Al respecto, expone que los jueces ingleses nunca han sido restringidos por una ciencia legal y, por lo tanto, nunca ha habido un cuerpo de profesores que perfilen su interpretación (Marrani, 2017, p. 79). En este sentido, en el sistema continental ni el juez ni la audiencia ocupan una posición totémica. Esta recae en la autoridad “a nombre de” la cual habla el juez, que representa la voz de la ley correctamente interpretada desde postulados lógico-científicos. El Tótem es el pueblo representado por el órgano legislativo del Estado, e interpretado por la “Rama judicial” como corporación.

Por otra parte, para el sistema anglosajón el origen del conocimiento está en la jurisprudencia, la cual no aspira a ser considerada ley, sino la recopilación de una serie de costumbres normativas. Dado su origen colectivo y polifónico, ha sido la oralidad y la práctica experiencial las formas elegidas por los juristas para transmitir el conocimiento del quehacer judicial, en lugar de las vías escritas y teóricas de la tradición continental. La transmisión del conocimiento jurídico “[e]s, de hecho, ‘a través de la acumulación de precedentes’, que configuran ‘un cuerpo de experiencias comunes’ que se crean a través de la memoria” (Marrani, 2017, p. 54).

Por consiguiente, el juicio es un escenario abierto a lo creativo, donde el diálogo y la confrontación son aspectos esenciales para que el juez logre “extraer la verdad” que soluciona el caso. Por ello, la metáfora literaria de Dworking resulta de gran utilidad para explicar el objetivo del ritual anglosajón, donde “[...] Cada juez realmente se convierte en un novelista, simplemente un participante que colabora en un trabajo más amplio, más complejo, pero continuo” (Marrani, 2017, p. 47), haciendo del sistema jurídico un organismo vivo y en permanente movimiento. En consecuencia, para la tradición anglosajona el evento ritual es tan importante como el juez en sí, dado que es el espacio dispuesto para revelar “lo que antes estaba oculto”. El juez extrae un principio, “una verdad social”, y la anuncia atendiendo los límites de los precedentes anteriores (Marrani, 2017, p. 49).

Esta tradición refleja el carácter bi-totémico del ritual a través de la apariencia de ambos elementos. Los ‘accesorios’ que conforman el uniforme del juez, así como el lugar donde se crea la justicia son esenciales para el posicionamiento simbólico del mismo. El juez es juez porque viste una túnica, en ocasiones una peluca y se ubica en una tarima o en un lugar más “elevado” que los demás, mientras mayor es su jerarquía mayor es la distancia que lo separa de los otros actores. Además, el decorado y la arquitectura de la sala también son relevantes en la medida que escenifican un mensaje de autoridad, pues “la evidencia empírica sugiere que existe un vínculo entre la arquitectura de las cortes de justicia y el respeto por el derecho” (Marrani, 2017, p. 89).

Esta reflexión acerca del lugar totémico del evento legal plantea interesantes explicaciones sobre las razones de la ineficacia en términos de descongestión del sistema oral colombiano: Para Marrani, el carácter el bi-totémico hace del trial un “evento legal” más “temido” y evitado en la cultura anglosajona que el proceso en la cultura continental, lo que incentiva el uso de los mecanismos creados para evadir juicios (2017, p. 43). En el caso concreto de la jurisdicción laboral en Colombia, si bien el procedimiento oral ha generado mayores temores por parte de los diferentes actores, no parece haber generado los efectos disuasivos suficientes para disminuir la demanda de justicia. Sobre este punto me detendré más adelante.

## **Formación del juez**

El tipo de formación y reclutamiento del juez son aspectos fundamentales para reflexionar sobre el concepto de “administración de justicia” que defiende cada tradición, así como una coordenada importante para ubicar el lugar simbólico del juez en el esquema de poderes. Los modelos básicos de reclutamiento de jueces los definen Guarnieri y Pederzoli (2003) de la siguiente manera: “El burocrático que corresponde a lo que sucede en el entorno del derecho civil, y el modelo profesional que corresponde a lo que sucede en el *common law*” (p. 20). Explicaré el segundo de manera breve para después concentrarme con detenimiento en la escena colombiana.

En el sistema anglosajón, los abogados deben cualificarse como “solicitors” o “barristers”, y solo después de varios años de práctica podrán ser nombrados jueces. Generalmente los jueces son elegidos entre los “barristers”, quienes son los competentes para estudiar los precedentes judiciales y representar a los interesados ante las cortes. En virtud de ello, no hay distinción entre abogados y jueces excepto el paso de una posición ‘activa’, como litigante, a una posición ‘pasiva’ de árbitro, de manera que, entre los abogados activos permanece una potencial competencia de convertirse en juez si, además de la intención, obtienen el prestigio suficiente y las redes necesarias para posesionarse como aspirantes. En palabras concretas, el barrister que es nombrado juez asume el poder simbólico entre sus pares. Se convierte en tótem, representación simbólica de la autoridad, entre ellos (Marrani, 2017, p. 44).

Por otra parte, en el sistema continental los jueces suelen ser capacitados en escuelas especializadas a las cuales ingresan después de haber sido elegidos a través de un proceso de selección entre los abogados postulantes. En el momento de ser elegidos, se presenta una división de identidad profesional sustancial entre los abogados que representan a las partes, o litigantes, y los actores que representan y sirven al Estado como funcionarios públicos. En este esquema, los jueces recién nombrados y con poca experiencia (que no necesariamente debe ser en litigio o en la justicia) inician su carrera en las instancias más bajas de la organización. Se espera que en la medida que adquieren estudios y experiencia podrán ascender de manera gradual. Esta separación tiene como consecuencia que no exista, además de la educación de pregrado, un vínculo identitario entre los abogados litigantes y funcionarios judiciales. Por ello, según expliqué, la autoridad no reside en la persona, sino en “el nombre” de quién habla.

Como vemos, la forma de elección del juez está vinculada con el lugar donde reside la fuerza de su discurso. Se espera que el juez del juicio anglosajón sea un abogado conocedor de los precedentes de sus colegas y con experiencia en el litigio, de manera que formule un análisis reflexivo del caso concreto atendiendo al cuerpo de memorias comunes que constituyen los saberes jurídicos previos. Por otra parte, del juez continental se espera que conozca la ley como jurisprudencia y doctrina que le permitan efectuar una correcta aplicación de la ley.

## La jurisdicción laboral de Cali y el sistema simbólico colombiano

De los relatos de los empleados, funcionarios y abogados entrevistados, se puede deducir que la implementación del proceso oral generó transformaciones en la percepción que tienen de su oficio y, claro está, de las prácticas que configuran su quehacer cotidiano. De acuerdo a sus relatos, estas transformaciones coinciden con algunos símbolos que integran el esquema procesal-cultural oral, como lo es la deferencia hacia el evento legal a través del encuentro personal de los actores y los accesorios que componen el escenario.

Antes de la reforma no existían salas especializadas para realizar las audiencias judiciales. Estas se desarrollaban al interior de un juzgado, más o menos estrecho, donde se disponían sillas de plástico para ubicar los testigos, partes y abogados que asistieran a la diligencia. El procedimiento consistía en dictarle a un empleado judicial lo que debía transcribir en el computador, de forma que el tiempo que tomara la audiencia dependía de su capacidad de escucha, la agilidad para digitar los dictados, la ausencia de interrupciones, así como la destreza de abogados y usuarios para dictar. No era usual que el juez estuviera presente en este proceso. Si el empleado no era asertivo, fuera por novato, por desinteresado o por otro motivo, los abogados podían asumir la dirección de lo que ocurría. En consecuencia, la persona que dictaba (abogado, parte o testigo) tenía la posibilidad de modificar lo que había dicho, fuera por equivocación o arrepentimiento, solicitándole al escribiente que borrara y corrigiera. El empleado era quien decidía si accedía o no a la corrección y, según cuentan los entrevistados, solía ser laxo con esta petición; en especial si conocía a los abogados y tenía alguna afinidad con ellos. En el nuevo esquema procesal, según me explicó Horacio:<sup>15</sup>

[...] no es posible pedirle al registro que realizan las memorias de los presentes que se devuelva y corrija. Esto implica que todos deban ir con el caso más preparado, mejor estudiado. Lo que se dijo se dijo y no hay forma de corregirlo.

---

15. Es abogado desde hace 20 años. Ha trabajado 30 años en la Rama Judicial, ocupando diferentes cargos; principalmente como secretario de juzgado laboral. Tiene una especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social. Desea iniciar una maestría en Seguridad Social.

En el escenario anterior, el juez solo aparecía en dos actos, a menos que se le convocara por alguna razón especial: cuando se solicitaba la prueba de inspección judicial y al momento del fallo, momento en el que leía todos los testimonios e interrogatorios transcritos, entre las demás pruebas, para recrear el caso y redactar la sentencia. No fueron pocos los relatos donde el único momento en que participaba era firmando la sentencia que había proyectado otro de sus empleados. Generalmente un sustanciador, escribiente o secretario.

Entre los relatos de los entrevistados, una de las apreciaciones más recurrentes que elogia el nuevo sistema oral consiste en que “por fin” el juez “se erige como director del proceso”. Así lo expuso el juez Boris<sup>16</sup>, quien manifestó que “lo ideal es que el juez practique la prueba directamente y se forme su propia convicción de los medios probatorios”. Por ello, en este escenario, el juez asume desafíos que en el esquema pasado no vivía en su cotidianidad, como es el desarrollo de la “técnica de interrogatorio” que antes solía ser responsabilidad de los abogados, sin perjuicio de que el juez preguntara cuando lo consideraba necesario. Actualmente, el interés del juez por buscar la verdad de los hechos a través del interrogatorio constituye un indicador informal de prestigio al interior de la comunidad jurídica laboral de Cali. Ejemplo de ello es lo manifestado por la abogada Lucía<sup>17</sup> durante su entrevista:

Él [juez] condujo la audiencia de tal manera, bastante adecuada, interrogó y contrainterrogó bastante bien a las personas, me dio margen para interrogar también, y me pareció que condujo de manera muy imparcial, y llevó a que la demandada confesara que sí, que ella no había pagado, y lo mismo los testigos, al punto de que un testigo terminó diciendo ‘uy, ¿sabe qué? la embarré’ [...]”

Cuando le pregunté por un ejemplo de juez con bajo prestigio, mencionó a una juez que se excede cuando interroga. Apreciación que también señaló Benito<sup>18</sup> con más detalle: “[...] amenaza a los testigos todo el tiempo. Que

16. Abogado. Desde que se graduó, en el año 1985, trabajó en la Rama Judicial ejerciendo en la jurisdicción laboral y civil. Tiene una especialización en Derecho Comercial.

17. Abogada laboralista con más de 30 años de experiencia en el litigio laboral. Ha trabajado en el área laboral en las ciudades de Bogotá, Cali y San Andrés. Tiene una especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social.

18. Auxiliar de magistrado. Abogado con 5 años de graduado y 3 años de experiencia en la Rama Judicial. Antes de trabajar en la Rama fue docente universitario y litigante. Ha trabajado como sustanciador, secretario y auxiliar de magistrado en Medellín y en Cali. Está cursando

cualquier cosa puede ser una falsedad, y les mete todo lo que tiene de penalista”. De igual manera respondió Francisco,<sup>19</sup> quien me habló de la juez “penalista” con interrogatorios “violentos”. Esto, además de indicar un conjunto de criterios de evaluación que parecen ser diferentes en cada jurisdicción (penal-laboral), evidencia la importancia que tiene para muchos abogados que el juez asuma un papel “activo” pero “imparcial”, lo cual indica, acorde con sus descripciones, moderación al preguntar.

Perder la oportunidad de modificar los registros en el trayecto genera en los abogados la sensación de lo inminente e irrevocable, lo cual los obliga a prepararse con mayor cuidado para prevenir las consecuencias definitivas de su acción o inacción y a vivir “el presente” que constituye la audiencia con especial atención y alerta. Lucía explica cómo sus prácticas han cambiado después de la reforma:

[...] Yo hago un esquemita. Antes no hacía eso, no lo necesitaba porque en la audiencia se desarrollaba; o sea, el hecho de que uno tenga un micrófono al frente hace que uno tenga el deber de no embarrarla en lo que va a decir, antes no, porque usted decía ‘borre eso’ o se tenía manera de rectificar, controlarlo más. Entonces toca preparar la audiencia. Y a los jueces también les toca prepararse más, se nota [...]

La preparación adicional involucra la mirada del otro que evalúa *in situ*. Pero además del encuentro presencial, los entrevistados llamaron la atención sobre los nuevos objetos que también modifican la percepción del evento legal. Micrófonos, cámaras, estrado, maso, toga y banderas, cargan de solemnidad el espacio y focalizan la atención de los presentes. Sobre este punto Teodoro<sup>20</sup> comentó:

---

una Maestría en Derecho y una Especialización en Laboral.

19. Abogado. Tiene 10 años de graduado y trabajó durante 7 años en la Rama Judicial ejerciendo diferentes cargos en la jurisdicción laboral y administrativa: Sustanciador, secretario, auxiliar de magistrado. Actualmente es litigante independiente en laboral y administrativo. Tiene una especialización en Derecho Público.

20. Desde que se graduó, hace tres años, ha ejercido como abogado litigante en laboral, seguridad social, y familia. No tiene posgrado. Desea cursar una especialización en Derecho de la Seguridad Social.

[...] tiene que ver mucho con las instalaciones. Porque cuando tú vas a una audiencia en donde tienes tu estradito y está tu micrófono entonces tú sabes que tienes que apoderarte del espacio, entonces tú tienes que hacer las cosas bien, pero cuando tú estás así, arrumazado en una silla plástica en un juzgado, y aquí están otros 4 o 5 haciendo lo mismo [gira su mano hacia los lados], entonces eso no es el espacio. [...] en la nueva audiencia, muy bonita la sala, el juez muy dispuesto, el custodio igual, entonces uno dice como que ‘wow, esto sí parece una audiencia’ entonces tu asumes actitud.

Acorde con Teodoro, Joaquín<sup>21</sup> advierte que los abogados han cambiado su actitud en la audiencia y algunos aún se “congelan” cuando deben usar los micrófonos. En una ocasión, la juez Aura<sup>22</sup> nos narró su experiencia en la audiencia que acababa de presidir: Un abogado “se pasmó” porque no esperaba que la contraparte presentara una excepción previa y ella accedió a la excepción. “Se quedó en blanco y empezó a buscar en sus papeles como loco sin encontrar nada. Gagueando dijo que apelaba”; la juez le preguntó las razones y no supo explicar. Le dio 15 minutos para preparar su intervención, al cabo de los cuales dijo “no juez, acepto” –“¿acepto qué?” –“la excepción previa” contestó. –“¿Desiste de la apelación?” –“sí, desisto”. “Lo cogió por sorpresa” comenta Aura: “Estaba más aburrido”. “En esta nueva etapa nos estamos amoldando” explica Horacio. Cuenta que cuando él participó en unos talleres de oralidad, desarrollados por capacitadores de Estados Unidos, también había muchos jueces con “gagueadera”.<sup>23</sup>

Vemos entonces que la disposición del escenario les indica a los participantes el nivel de relevancia que la sociedad le otorga a la actividad que realizan, de forma tal que los espacios también comunican y se hacen presentes en la escena, interviniendo en los resultados finales que se obtienen del ritual judicial. En la medida que se perciba una mayor cantidad de tiempo, esfuerzo y dinero en la adecuación de un lugar, más importancia le adjudican los individuos a las actividades y experiencias que allí se realizan (Marrani, 2017, pp. 88-91).

---

21. Juez Laboral con 10 años de experiencia en la Rama Judicial y 15 años de graduado. Antes de ser juez, era académico y consultor de recursos humanos de una empresa pública. Cursó un posgrado en Laboral y Seguridad Social.

22. Abogada. Juez titular de Cali en el despacho donde realicé la etnografía. Ha trabajado en la Rama por más de 20 años, ocupando diferentes cargos.

23. Apuntes cuaderno de campo 3 de abril de 2013.



En el caso colombiano, la suntuosidad del espacio tiene una relación directa y notable con la jerarquía al interior de la institución. Por ejemplo, los juzgados de pequeñas causas aún efectúan las audiencias al interior de un juzgado, como en el antiguo sistema, o en salas muy estrechas e incómodas. A nivel local, las salas más amplias y ornamentadas se encuentran en el Tribunal Superior, mientras que la Corte Suprema de Justicia cuenta con los espacios más grandes y ostentosos de la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, los objetos aparecen como umbrales o límites etéreos que separan la interacción formal de la informal, al marcar la pauta sobre las conductas que deben asumir los asistentes. Tanto el tono de voz como la temática cambian cuando se prenden y apagan los micrófonos: en la audiencia que se registra, se actúa con una interacción distante y formal, se maneja un tono de voz plano y se conserva un semblante inexpresivo. Una vez se apaga el registro, es usual que los presentes modifiquen el lenguaje corporal y gestual para disminuir la tensión y generar un ambiente más cordial y cómodo, por ejemplo, haciendo bromas o conversando sobre un tema de interés común.

Acorde con lo anterior, los nuevos elementos ceremoniales (como son la incapacidad de prever o anticiparse al devenir de la audiencia, la mirada crítica de los participantes y la carga simbólica de objetos y escenario) generan transformaciones en las formas de hacer y sentir el derecho por parte de abogados, funcionarios y empleados. El juez asume un lugar central en la audiencia y se espera de él o ella una serie de actuaciones que se reconocen a través del concepto de “Juez director del proceso”.

Si bien las descripciones anteriores tienden a coincidir con aspectos simbólicos de la tradición que los originó, aún recreamos prácticas de nuestra historia procesal, más o menos antiguas, que contrastan con las formas recién implementadas. Según expliqué, para los hacedores de política pública locales, el propósito del esquema oral consistió en aumentar la celeridad de la administración de justicia y, por tanto, la relación entre el número de sentencias resueltas (egresos efectivos) y tiempo. Sin embargo, para muchos jueces el nuevo proceso no ha significado la expansión de su tiempo laboral. Más bien ha representado una exposición de su responsabilidad, al exigirles estar presentes en las audiencias y preparar las mismas providencias que antes. Ahora no solo debe mantener la congestión de su juzgado en el menor nivel posible, sino también sostener una imagen de juez conocedor y comprome-

tido. Este cúmulo de tareas pone de manifiesto algunas inconsistencias del sistema, como son debilidades en su formación frente a las expectativas que se tiene de su gestión y las decisiones que debe tomar en cuanto a la planeación y distribución de las audiencias.

## **Formación y reclutamiento del juez en Cali**

Varios académicos, como Mauricio García Villegas, han llamado la atención sobre la “[...] masificación de la enseñanza [jurídica] de dudosa calidad” en Colombia (García Villegas, 2010). Ésta crítica tiene relación con varios relatos de los entrevistados, donde mencionan que los pregrados de Derecho invierten poco tiempo en desarrollar competencias de análisis probatorio, metodologías de investigación o argumentación judicial, situación que se agrava por el escaso tiempo con el que cuentan para detenerse en esta tarea. Al respecto el juez Joaquín explicó:

[...] Cuando llego a ser juez el primer problema que tengo era el análisis probatorio, y yo quería hacer una maestría en derecho probatorio, en esa época la ofreció durante 2 años la Universidad Externado, y no conseguí el cupo... yo quería solo probatorio, porque yo quería saber analizar pruebas, o sea, tenía muchas falencias en análisis de pruebas, de confundirme en las primeras providencias. Eso me ayudó a crecer, me llamaban la atención sobre eso, las primeras providencias que me impugnaban.

Por otra parte, desde el esquema procesal anterior se observa la práctica recurrente entre empleados y funcionarios de leer los testimonios de manera fragmentada con el objetivo de encontrar el aparte específico y útil para resolver el caso. Sin embargo, la transición al procedimiento oral ha obstaculizado este método, dado que los testimonios quedan registrados en audio y video. Para contrarrestarlo, algunos jueces y magistrados solicitan a los empleados o judicantes que transcriban los testimonios de la audiencia para “tener un expediente [que] les permite revisar el acta de las audiencias, discriminando fácilmente entre lo que consideran o no importante, subrayando y haciendo anotaciones de lo relevante para estructurar su fallo” (Bejarano, 2011), preservando una práctica propia del esquema procesal anterior. Entre las personas que entrevisté, varios criticaron esta práctica al considerar que no es correcto confiar en las transcripciones de los judicantes y que además en muchas ocasio-

nes el funcionario deja de lado aspectos relevantes del caso por estar buscando respuestas premeditadas.

Acorde con las preocupaciones anteriores, el juez Boris considera que la ausencia de conocimientos en análisis de pruebas, por parte de la mayoría de los abogados, afecta la forma en que el juez se desempeña en las tareas que el Estado y la sociedad le han encomendado. Al preguntarle sobre las dificultades que tuvo cuando empezó su trabajo como juez, explicó:

El problema es cuando no sabe cuál es el problema central y realmente los jueces tienen una gran falla y es en probatorio. Porque primero las universidades no enseñan bien los medios de prueba, segundo, de ahí para allá nadie enseña bien los medios probatorios, entonces los jueces, los abogados, nunca están hechos para medios probatorios. Más aún, en Colombia no hay especialización en medios probatorios. Entonces la gente no sabe probar, cuando no sabemos probar no sabemos cuál es el problema central y con qué medios probatorios lo resolvemos.

Ahora bien, esta ausencia en la formación no logra rectificarse en el proceso de reclutamiento. En el caso colombiano, son dos las vías principales para llegar a ser juez laboral: el concurso de méritos<sup>24</sup> y las vacantes de provisionalidad. El concurso de méritos se compone de dos etapas: Selección y Clasificación. Para presentarse, se requiere ser abogado y tener entre 2 y 8 años de experiencia después de graduado dependiendo de la instancia.<sup>25</sup> La primera etapa de selección consiste en la aplicación de pruebas psicotécnicas y de conocimiento en formato de exámenes de selección múltiple. Quienes obtengan los mejores puntajes continúan a la fase de clasificación que se desarrolla a través del curso de formación judicial, cuya duración va de 6 meses a un año. En ambas etapas se eliminan candidatos.

La mayoría de funcionarios entrevistados tienen una apreciación ambivalente sobre el concurso de méritos: perciben las preguntas de los exámenes como abstractas y teóricas frente a una realidad que, según describen, les exige mayores

---

24. Hasta el año 2014 era permitido que los aspirantes concursaran para diferentes jurisdicciones a la vez (civil, penal, laboral, familia).

25. En el concurso de funcionarios judiciales contenido en el Acuerdo PSAA13-9939, el requisito mínimo de años de ejercicio de la profesión en cualquier campo fue el siguiente: Magistrados 8 años, Juez de Circuito 4 años y Juez de categoría municipal (que para el caso de la jurisdicción laboral equivaldría a pequeñas causas) 2 años.

conocimientos técnicos. En palabras del magistrado Matías,<sup>26</sup> cuya percepción es recurrente entre los entrevistados, para pasar el concurso favorece “Haber sido académico. Incluso por ahí luego conectamos y la mayoría de gente que ha tenido éxito con el concurso es la que está relacionada con la academia más que con el litigio”. Por ello, se presenta que algunos jueces y magistrados que conocen de teoría y filosofía jurídica, ofrezcan clases a los colegas que desean acceder a la carrera judicial o que ya están en la carrera pero buscan un ascenso.<sup>27</sup> Por otra parte, encuentran que la segunda fase del concurso los forma en competencias como la reflexión, el análisis probatorio y la argumentación jurídica, que advierten necesarias para prosperar en la institución y perfeccionar su oficio. Al respecto el Juez Alberto<sup>28</sup> manifiesta:

Ese curso es fundamental no solo por lo académico. En él se aprende DIH y OIT, filosofía, argumentación, constitucional, muchas cosas, es muy completo. Al final del curso tenías que hacer una tesis, por lo general se trataba de una línea jurisprudencial y esta se debía exponer. Por eso nos enseñaban a hacer una línea jurisprudencial que también era calificable. Después del curso viene la entrevista.

Finalmente, la entrevista ha sido descrita como una “[...] charla muy informal, así como la que estamos teniendo usted y yo aquí. Una charla... para conocer el enfoque de ese empleado referente a una situación particular. Pero es en sí cultura general”,<sup>29</sup> y por este medio no se evalúan conocimientos técnicos.

---

26. Tiene más de 27 años de experiencia en la Rama Judicial, y 25 años de graduado. Ha trabajado en diferentes jurisdicciones: penal, civil y laboral. Tiene posgrados en civil y probatorio. También ha participado como Profesor o “formador” en la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

27. Descripción del magistrado Ludovico: Abogado laboralista. Ha sido litigante, profesor y magistrado laboral. Lleva, aproximadamente, 12 años ejerciendo este último cargo en el Departamento del Valle del Cauca. Ha cursado estudios en filosofía y en Sociología.

28. Tiene 30 años de experiencia en la Rama judicial y 15 años como abogado graduado. Ha trabajado en diferentes cargos, como citador, auxiliar de magistrado, secretario, etc. Actualmente se desempeña como juez titular del cuito laboral de Cali. No tiene posgrado.

29. Juez Gregorio. Trabajó durante 15 años en la Rama Ejecutiva, hasta que en 1998 pasó el concurso y fue nombrado Juez en un municipio del Valle del Cauca. Posteriormente fue nombrado Magistrado de descongestión durante varios años seguidos. Tiene una especialización en Derecho Constitucional.

En segundo lugar, las vacantes de provisionalidad se presentan por diferentes razones: licencias, permisos remunerados y no remunerados, renunciaciones, despidos, retiro por pensión, etc. Estas deben ser colmadas de inmediato por los funcionarios nominadores, pues la urgente necesidad del cargo impide esperar hasta que se lleve a cabo el próximo concurso de méritos, que se realiza cada cuatro años en promedio. Cuando esto sucede, la norma indica que se deben nombrar a las personas que aparecen en la lista de elegibles. Sin embargo, en la práctica estas vacantes son usualmente ofrecidas a empleados y funcionarios conocidos o recomendados que ocupan cargos inferiores a los ofertados. Los trabajadores de la Rama Judicial de Cali buscan y aceptan estos ascensos porque suelen ir acompañados de mejores sueldos, mayor estatus y más experiencia. Está claro que las relaciones fraternales o solidarias entre funcionarios y empleados son un factor crucial en esta modalidad de ascenso temporal.

## **Jueces en ejercicio: el número de audiencias**

Tenemos entonces a un juez protagonista, en un escenario rico en símbolos acorde al ritual anglosajón, que ha llegado a la audiencia, entendida como “evento legal”, en un marco de formación y de reclutamiento congruente con las creencias de lo sagrado que se promueven en la cultura jurídica continental, es decir, como un restringido intérprete de la ley. Si a esta fusión de tradiciones se le añaden los objetivos contrastantes de la reforma procesal que presenté en la primera parte del escrito (celeridad vs. Humanismo constitucional), es muy factible encontrarnos con un escenario heterogéneo en cuanto a las posturas que asumen los jueces frente a los objetivos del proceso, su lugar de intervención, así como la importancia que le otorgan al “evento” de la audiencia. Este fenómeno se puede observar claramente en las múltiples interpretaciones que ellos defienden al aplicar las normas que reglamentan la distribución de las audiencias.

Los artículos 4 y 5 de la Ley 1149 de 2007 regulan “las clases de audiencias” y el “señalamiento de audiencias” respectivamente. En el primero se indica que las audiencias “serán dos”, y que “[a]ntes de terminar la audiencia el juez señalará fecha y hora para efectuar la siguiente”. Por otra parte, el segundo establece que “Las audiencias no podrán suspenderse, se desarrollarán sin solución de

continuidad dentro de las horas hábiles, hasta que sea agotado su objeto [...] En ningún caso podrán celebrarse más de dos (2) audiencias”.

Estas normas han sido objeto de diferentes interpretaciones por parte de los jueces laborales locales. Algunos manifiestan que es obligatorio realizar una sola audiencia acorde con el principio de celeridad. Otros defienden que la norma “obliga” a realizar dos, y otros plantean que los artículos establecen un máximo de dos, permitiéndole al funcionario escoger según sea el caso. Estas interpretaciones se han convertido en objeto de discusión entre abogados y funcionarios, pues lo que algunos describen como “celeridad” y “garantismo”, otros lo valoran como “eficientismo en detrimento de la calidad”. Lo cierto es que, detrás de cada interpretación y decisión sobre el manejo del tiempo, está en juego lo que representa el oficio del juez y el sentido del ritual procesal.

Ahora bien, el reglamento y la cultura laboral de la Carrera Judicial les presenta a los jueces motivaciones importantes para acelerar su gestión. Cumplir metas tiene varios réditos positivos. El primero, consiste en adquirir un especial estatus al interior de la comunidad laboral. Criterios como “ejercerle más rapidez en sus procesos” y conservar “el despacho más o menos descongestionado” fueron mencionados por los entrevistados cuando describían funcionarios sobresalientes o distinguidos. Por otra parte, también es sinónimo de una buena evaluación por parte del superior jerárquico, así como del Consejo Superior de la Judicatura, que es muy útil para obtener ascensos temporales y reconocimientos como lo son “el juez del año” o un año sabático. Para ser postulado a este reconocimiento, se requiere haber sido bien evaluado en los dos años anteriores por el contenido de las sentencias y por mantener el juzgado al día o no aumentar su congestión. Jueces y magistrados son conscientes de que dicha evaluación no es del todo “objetiva” ni “imparcial”, de manera que asegurarse una nota alta pasa por “conocer” la doctrina del superior o, por lo menos, adecuar el discurso a ciertas formas definidas. Joaquín explica su percepción sobre la evaluación:

[...] llegué aquí a sacar 2 o 3 sentencias al día, obvio pues no inmediatamente, pero al principio se represa todo mientras se aprende. Además, no traía mucha experiencia, un mes apenas de juez. Venía muy teórico porque venía de la academia y de la asesoría jurídica [...] La calificación del juez es el 40% de calidad, 40% cantidad, o sea lo mismo, que no debiera ser porque se está trabajando con derechos sociales, fundamentales; y 10% una cosa que llaman ‘de rendimiento’, de ‘organización’ que

termina siendo cantidad, o sea que en realidad se da más a la cantidad que a la calidad, es mi primer punto. Entonces ¿qué pasa? el juez llega a tratar de producir... Si usted para sacar dos sentencias al día le toca hasta empezar a preguntarse ‘¿qué hay sobre esto ya?!’ y tratar de, no de acomodar el caso a la sentencia, sino la sentencia al caso, o sea la sentencia que ya tiene con el caso.

Una vez bosquejada la relación entre el tiempo y las prioridades, expondré brevemente el caso de tres jueces que asumen interpretaciones diferentes sobre las normas citadas. Lo anterior, con el fin de evidenciar las posturas que asumen frente a su lugar de intervención, el sentido de la audiencia, y el objeto del proceso. Ellos son Boris, Alberto y Joaquín, a quienes además ya he referenciado en apartes anteriores.

Para Boris, agilizar el ritmo de trabajo es un aspecto relevante al momento de interpretar la norma. Por ello afirma que fijar más de una audiencia responde a una “mentalidad arcaica y dilatoria por parte de aquellos que no han comprendido el fin del proceso oral... uno debe tener una mentalidad de no aplazarla, porque si uno va preparado en el sistema de la oralidad, no es necesario”. Su postura es importante dado que lideró uno de los juzgados piloto en oralidad y además ejerció como profesor capacitador de la Escuela Lara Bonilla en la transición a la oralidad. Como capacitador, advertía a los demás jueces que “en una sola audiencia se puede llegar hasta la sentencia y dictarla allí mismo... Porque el cambio de la oralidad implica tener una mentalidad muy abierta, desprenderse de todos unos paradigmas, mitos, para llegar a una cosa totalmente nueva”. Santiago, uno de los antiguos empleados del juez Boris, confirmó su interés por defender en el juzgado “la política de la única audiencia”. Al respecto explicó:

La ‘gran’ diferencia con la oralidad era que el juez no escribe la sentencia; la lee. El que valoraba las pruebas que se adjuntaban a la demanda y a la contestación era el empleado. Uno lo que hace en la sentencia es un borrador, un esqueleto, expone las reglas de derecho, la jurisprudencia que se ha dicho sobre el tema y demás, y lo que yo le entregaba al juez era: hipótesis uno, el demandante demostró sus pretensiones; hipótesis dos el demandado logró desvirtuar las pretensiones. El juez escuchaba a las partes y testigos y a partir de ahí él valoraba si entraba en la hipótesis uno o la hipótesis dos y leía lo que ya estaba escrito. Llegó a ocurrir que en la audiencia surgió algo diferente. El juez explicaba a las partes en la audiencia que, por una serie de condiciones adicionales, debía valorarlas y pedía un receso de media a dos horas, y en ese tiempo fallaba. Se molestaba mucho con la persona que había proyectado [...]

Para Boris el objetivo del proceso oral es la celeridad. Su lugar como juez consiste en adecuar la norma preestablecida a los hechos que considera probados en la audiencia. Su propia voz está relativamente ausente, en la medida que no elabora sus propias providencias y no está abierto a la exploración durante la audiencia. Más bien aborda la novedad como una molestia inoportuna. Esta postura contrasta claramente con la orientación del juez Alberto, quien considera “peligrosa” esta “nueva mentalidad”:

Siempre parto las audiencias en dos porque así tengo la oportunidad de estudiar el proceso despacio, la norma es imperativa y te dice fijar fecha, lo que significa que establece que deben existir dos audiencias. Soy muy dado a decretar pruebas de oficio, cosa que no podría hacer si sacara todo el proceso en una sola audiencia. Me tomo el tiempo para analizar las pruebas, los testimonios, revisar las diferentes soluciones del fallo”.

Sosteniendo esta comprensión, que Boris considera “arcaica y dilatoria”, Alberto defiende su lugar como juez reflexivo y analista, así como la relevancia de la audiencia para escuchar a las partes e indagar en el caso. Como además ha logrado mantener la celeridad en la producción de sentencias, sus superiores jerárquicos le otorgaron el premio a “mejor juez del año”. Explica que para lograrlo ha decidido asumir esfuerzos extras:

Como política en el juzgado determino que proceso que entra no se puede demorar una semana para admitirlo. Ya, lo nuevo que entre, inmediatamente le hacemos trámite, es la única manera de desatrasarse y seguir al día. Como las salas están compartidas, organicé agenda con el otro juez. Intercalamos mañana y tarde y la otra semana cambiamos. Muchos juzgados no utilizan las salas de audiencia todo el tiempo, entonces otros juzgados me prestan estas salas por solo medio día si es posible. De esta manera, cuando no utilizo la sala que me otorgaron para compartir, utilizo las salas de otros juzgados.

Finalmente, el juez Joaquín, quien defiende la posibilidad de realizar hasta dos audiencias, fue bastante autocrítico al responder la entrevista. Habló de su deseo por tener más tiempo para informarse mejor y elaborar un criterio propio en los casos que lo requieran:

En oralidad se ve muchas sentencias prediseñadas, entonces cuando van a debatir las pruebas usted lo único que va a mirar es cuál prueba le va a demostrar lo que usted



necesita para solucionar el tema que le están planteando, y de resto pues lo recibe pero pues no es como lo esencial para uno [...] Aunque es posible que por darle celeridad al proceso se sacrifican garantías de las partes, entonces es como buscando un punto medio, es lo que está haciendo actualmente la jurisprudencia y los jueces, son tratando de buscar ese punto medio [...]

En su relato se evidencian inquietudes por su lugar como juez y las formas en que interactúa con el espacio que constituye el “evento legal”, dado que percibe un desequilibrio entre el afán por la celeridad y las “garantías de las partes” (entre las cuales incluye el análisis probatorio y la argumentación, según lo expresó en párrafos anteriores). Por ello, considera que la clave consiste en buscar un “punto medio”, donde el juez tenga discernimiento para evaluar las proporciones adecuadas de celeridad y de reflexión según lo requiera cada caso. Cada día de trabajo, Joaquín se enfrenta a la búsqueda del justo medio ideal entre su capacidad creativa, la sentencia predefinida, las garantías de las partes, y las exigencias formales e informales de celeridad.

## **Conclusiones**

En este texto resalté los aspectos intangibles del proceso judicial, que constituyen a su vez fibras insondables del quehacer cotidiano de la justicia. Para ello, me concentré en presentar las búsquedas y los anhelos que se encuentran en el trasfondo de las reformas procesales y recordar que sus orígenes van más allá de la exposición de motivos de la Ley que se implementa, sino que también recrean en sus formas, con mayor o menor intensidad, los símbolos y sentidos que las motivaron al momento de ser creadas por el ingenio humano.

El artículo es, pues, una invitación a abordar la interpretación teleológica del proceso desde una perspectiva más profunda, sin negar aquella que le otorgan tanto el legislador como sus doctrinantes, y enfatizar en que la decisión final de las búsquedas y sentidos que el ritual judicial encarna, dependen de las decisiones que adopta el juez en un contexto institucional, cultural, social y jurídico.

Por ello, es importante reivindicar el aspecto simbólico, si se quiere mítico, del procedimiento judicial, que le otorga un sentido a las decisiones que los operadores adoptan sobre las prioridades y los actos que lo configuran. Lo an-

terior se puede observar en el caso del juez Alberto, quien le confiere sentido a su quehacer como funcionario. Él asume esfuerzos extras, en comparación con sus compañeros, al valorar su labor como líder protector del objetivo principal del ritual: recordar nuestra insondable unión con el colectivo, ya sea desde el pasado (memoria mítica) como hacia el futuro (utopía).

Cuando se desconocen estos símbolos, el uso del tiempo pierde sentido y el quehacer judicial se convierte en una tarea mecánica e inagotable. Cada día hábil ingresan a los juzgados más procesos de los que egresan, sin que nada en la cultura jurídica parezca contribuir a modificar esta situación; de manera que considerar que la celeridad es un objetivo en sí mismo, demerita el valor que se le otorga al tiempo como recurso para el análisis y la reflexión.

Por ahora, el juez laboral de Cali se encuentra entre las formas de un ritual cuyos orígenes y sentidos anclan la fuente de la verdad a su juicio y su voz, y con la expectativa que sea sensible a las inequidades sociales. Sin embargo, no cuenta con los recursos preparatorios para encarnar este papel o con el apoyo de una cultura jurídica e institucional, pues no se espera que aporte “al cuerpo de experiencias comunes”, sino más bien que conserve la producción de sentencias.

## **Referencias Bibliográficas**

- Araujo-Oñate, R. M. (2011). Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. *Visión de derecho comparado. Estudios Socio-jurídicos*, 13(1), 247-291.
- Barerra, L. (2012). *La Corte Suprema en escena: una etnografía del mundo judicial*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- Bejarano, A. (2011). Transformando la cultura jurídica en Colombia. Una propuesta para superar las resistencias y desafíos en la implementación de la oralidad en el proceso civil. *Revista ICDP*, 37(37).
- Benedict A. (1993). *Comunidades Imaginadas*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.
- Benítez J.M. (2007) *La oralidad en el procedimiento laboral: comentarios a la Ley 1429 de 2007. Discurso Laboral*. Universidad Externado, 10: 1-4

- Berger, P. y Luckmann, T. (1997). *Modernidad, pluralismo y crisis de sentido. La orientación del hombre moderno*. (C. d. Públicos, Trad.) Barcelona: Paidós.
- Buchely, L., Londoño, M., Castillo, C., y Loaiza, J. (2015). Imaginarios sobre prácticas judiciales en Cali, Colombia. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, (52), 99-117.
- Capelletti, M. (1972). *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Cappelletti, M. (1974). *Proceso, ideología, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Cappelletti, M., y Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica
- Collins, R. (2009). *Cadenas de Rituales de Interacción*. Barcelona: Anthropos.
- Cover, R. (2002). *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo de la interpretación judicial*. Gedisa, Yale Law School, Universidad de Palermo. Barcelona.
- Diez-Picazo, L. M. (1992). Notas de Derecho comparado sobre la independencia judicial. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (34), 19-39.
- Dubet, F. (2007). El declive y las mutaciones de la institución. *Revista de Antropología social*, 16, p. 39- 66.
- Durkheim E. (1982): *Las formas elementales de la vida religiosa*. Madrid: Akal.
- Fernández, D. E. (2017). Reforma a la oralidad en segunda instancia: ruptura de roles y recomposición cultural. *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas*, 5(10), 79-100.
- Freud, S. (2007). *Obras completas. Volumen XIII-Tótem y tabú, y otras obras*. Buenos Aires: Amorrortu editores.
- Geertz, C. (1991). *La interpretación de las culturas. Descripción densa: hacia una teoría interpretativa de la cultura*. Ed. Gedisa, Barcelona.
- Geertz, C. (1994). Conocimiento local. *Ensayo sobre la interpretación de las culturas*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Guarnieri, C. and Pederzoli, P. (3003), The Powers of Judges: A comparative study of courts and democracy. *Oxford: OUP*, p. 20
- Guthrie, C., Rachlinski, J. J., & Wistrich, A. J. (2007). Blinking on the bench: How judges decide cases. *Cornell L. Rev.*, 93, 1.

- Hammersley, M., & Atkinson, P. (1995). *Etnografía*. Barcelona: Editorial Paidós
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia y Legis, Bogotá.
- López-Medina, D. (2015). El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (26), 117-159. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.ndcm>
- Marrani, D. (2017). *Space, Time, Justice. From Archaic Rituals to Contemporary Perspectives*. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge.
- Marrani, D., (2010). Confronting the symbolic position of the judge in western European legal traditions: A comparative essay. *European Journal of Legal Studies*, 3(1), 1-31.
- Muñoz, E. C. (1999). Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia: Síntesis de la doctrina constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (3), 271-318.
- Pasín, A. E. C. (2006). La persistencia del mito y de lo imaginario en la cultura contemporánea/The Persistence of the Myth and of the Imaginary Thing in the Contemporary Culture. *Política y sociedad*, 43(2), 107-127.
- Rodríguez Garavito, C. (2006). Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo. En C. Rodríguez, R. Uprimny, & M. García, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 405-469). Bogotá: Norma S.A.
- Romero, M. S. (2008). *Dirección judicial del proceso. Aplicado a juzgados laborales*. Colombia. Consejo Superior de la Judicatura.
- Sana, R. (2000). *La clandestina centralidad de la vida cotidiana. La vida cotidiana y su espacio- temporalidad*, p. 24, 77.
- Sanmiguel, F. J. (2007). ¿Justicia sensible y eficiente?, o, ¿Justicia sensibles vs. justicia eficiente? *Revista de Derecho Público*, p. 2-31.
- Tapia F. (2012). *El juicio de hecho en las reformas procesales en América Latina. Derecho Laboral*. Tomo LV-245. Montevideo, Uruguay.

- Theodor, A., y Horkheimer, M. (1994). *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Trotta.
- Vásquez Alfaro, M. (2015). *La ciencia útil: Una reconstrucción de las conciencias jurídicas procesales en Colombia y América Latina*. Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes, Bogotá.
- Villalba B. P. (2007). La oralidad como eje para la reforma del proceso civil. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. 33(33)

## Informes

- República de Colombia (2007). Exposición de motivos de la Ley 1149, por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para hacer efectiva la oralidad en sus procesos. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/71531/exposicion+de+motivos+oralidad+laboral.doc/449db7d9-9f07-45ae-bcfd-73902d0b9477>
- Consejo Superior de la Judicatura (2016) Informe al Congreso de la República. Sala Administrativa. Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/8872932/Informe+al+Congreso+Rama+Judicial+Parte+IV.pdf/6db9a942-affd-4c5f-b93b-52a888451f0a>.
- Sala Administrativa. Consejo Superior de la Judicatura. (s.f.). Boletín estadístico. Obtenido de <http://www.ramajudicial.gov.co/web/publicaciones./boletines-estadisticos>
- Consejo Superior de la judicatura, Sala Administrativa. (2011). Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Obtenido de Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla: [http://www.ejrlb.com/sites/default/files/pdfs/nuestra\\_institucion.pdf](http://www.ejrlb.com/sites/default/files/pdfs/nuestra_institucion.pdf)
- Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Plan de formación de la Rama Judicial, (2010).

## Prensa

- Cali (3 de noviembre de 2014). Abogados piden más control al Estado para ‘universidades de garaje’. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/colombia/cali/control-de-universidades/14783962>

- Tamayo, J. (2014, julio 8). La oralidad o la ruina de la justicia. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/educacion-y-cultura/la-oralidad-o-la-ruina-de-la-justicia>. (2017, junio 28)
- Laboral. (2016, noviembre 22). Avalan limitación de tiempo para alegatos en proceso laboral ordinario de primera instancia. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/laboral-y-seguridad-social/avalan-limitacion-de-tiempo-para-alegatos-en-proceso>. (2017, junio 28)
- Laboral (2016, noviembre 2). Lo último sobre restricciones de tiempo y modo en el proceso laboral oral. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/constitucional-y-derechos-humanos/lo-ultimo-sobre-restricciones-de-tiempo-y-modo> (2017, junio 28).
- García, M. (2010, mayo 1). Colombia, tierra de abogados. *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/impreso/nacional/articuloimpreso201004-colombia-tierra-de-abogados> (2015, marzo 13).

# **Sobre los autores**

## **Yecid Echeverry Enciso**

Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. Es abogado por la Universidad de San Buenaventura, Cali; Sociólogo por la Universidad del Valle; especialista en Derecho Penal por la Universidad Santiago de Cali; magíster en Filosofía por la Universidad del Valle, y doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. También es director de la revista *Precedente* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. Ha escrito varios artículos sobre filosofía jurídica, sociología jurídica, derecho penal y criminología.

Correo electrónico: yecheverry@icesi.edu.co

## **Diana Patricia Quintero Mosquera**

Abogada de la Universidad Libre de Cali, Especialista en Ética y Derechos Humanos de la Universidad del Valle, magíster en Filosofía de la Universidad del Valle (tesis meritoria) y Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia (Cum Laude). Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. Fue designada como Magistrada Suplente del Tribunal para la paz de la JEP. Ha sido Directora clínica de proyecto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Minnesota y Becaria Hubert H. Humphrey de Fulbright, en la misma universidad. Gestora y directora por seis años de la clínica jurídica de Icesi GAPI. Es autora del libro *La Salud como derecho: estudio comparado sobre grupos vulnerables*, y de manuales y artículos sobre el derecho a la igualdad y sobre diversos derechos socio-económicos. Trabajó como profesora tiempo completo de la Universidad del Valle entre 1997 y 2001. Ha sido perito ante la Corte Constitucional para el seguimiento de la sentencia T-760 de 2008.

Correo electrónico: dipaquin@icesi.edu.co

## **Lina Fernanda Buchely Ibarra**

Abogada, politóloga y doctora en Derecho. Trabaja como profesora de tiempo completo en la Universidad Icesi, donde dirige el Observatorio de equidad para las mujeres- OEM. Su línea de investigación se orienta a analizar las interacciones entre el derecho, el género y la desigualdad.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0500-3820>

Correo electrónico: [lfbuchely@icesi.edu.co](mailto:lfbuchely@icesi.edu.co)

## **Mauricio Lenis Gómez**

Abogado por la Universidad de Medellín y doctor en Derecho e Instituciones Políticas por la Universidad Externado de Colombia. Fue docente e investigador de tiempo completo en el Departamento de Estudios Jurídicos de la Universidad Icesi, período en el que participó en el desarrollo de la investigación cuyos resultados se publican en este texto. Actualmente es funcionario judicial.

Correo electrónico: [ivanlg@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:ivanlg@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)

## **Blanca Zuluaga**

Economista por la Universidad del Valle; magíster y doctora en Economía por la Universidad Católica de Lovaina en Bélgica. Es profesora de tiempo completo del Departamento de Economía de la Universidad Icesi. Sus intereses de investigación son la desigualdad, la pobreza, el mercado laboral, pensiones, las políticas públicas y, en general, estudios que involucren población vulnerable. Es miembro del grupo de investigación Economía, Políticas Públicas y Métodos cuantitativos de la Universidad Icesi.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9341-3001>

Correo electrónico: [bzuluaga@icesi.edu.co](mailto:bzuluaga@icesi.edu.co)



## **Jorge Andrés Illera Cajiao**

Profesor tiempo parcial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi, es abogado de la Universidad del Cauca, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Cauca, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia en Convenio con la universidad Carlos III de Madrid y candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Argentina, director del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad Icesi.

Correo electrónico: [jorgeillera@hotmail.com](mailto:jorgeillera@hotmail.com)

## **Fernando Gandini Ayerbe**

Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Argentina, magíster en Derecho Contractual de la Universidad Roma Tre de Italia y Abogado de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Profesor tiempo completo del Departamento de Estudios Jurídicos en las áreas de Obligaciones y Contratos. Conjuez de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali; árbitro del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali y abogado asesor de la firma Hurtado & Gandini.

Correo electrónico: [fgandini@icesi.edu.co](mailto:fgandini@icesi.edu.co)

## **Luis Felipe Giraldo Gómez**

Abogado egresado de la Universidad de Caldas, con maestría en Derecho programa en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado, de la Universidad Externado de Colombia, y con especialización en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia; Estudiante de primer año de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Santa María de los Buenos Aires, 2019. Docente

Universitario de pregrado y postgrado Universidad Icesi, en temas de responsabilidad civil, responsabilidad del Estado, responsabilidad médico sanitaria, y derecho procesal civil, abogado asesor y litigante en temas de responsabilidad civil y del Estado.

Correo electrónico: lfgiraldo@icesi.edu.co

## **Natalia Salas**

Economista, magíster en Políticas Públicas y magíster en Derecho (investigación) Universidad Icesi. Amplia experiencia en investigación y movilización legal. Su línea de investigación se orienta hacia los temas de derecho y género, movilización LBGTI y cambio social.

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5569-2954>

Correo electrónico: nataliademayo1983@gmail.com

## **Diana Marcela Solano Gómez**

Abogada y Magíster en Derecho de la Universidad Icesi. Magíster en Sociología de la Universidad del Valle.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5739-2952>

Correo electrónico: dmsolano@icesi.edu.co

## **Jesica Paola Gomez Muñoz**

Abogada por la Universidad Santiago de Cali; magíster en Derecho por la Universidad Icesi. Realizó estudios de pregrado en la Universidad Nacional Autónoma de México. Participó del 19th Inter-American Human Rights Moot Court Competition, Washington. D.C.

Correo electrónico: jessica.gomez.21@outlook.com

## **Claudia Lorena Escandón**

Abogada y magister en derecho. Profesora del Departamento de Estudios Jurídicos de la Universidad Icesi y en la Maestría en Derecho de la misma Universidad. Su línea de investigación se orienta en la dogmática del derecho privado, especialmente en la problematización del derecho de la competencia y del consumidor en Colombia.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4241-3693>

Correo electrónico: [clescandon@icesi.edu.co](mailto:clescandon@icesi.edu.co)

## **Leydy Alexandra Trujillo Botina**

Estudiante de últimos semestres de Derecho y Contaduría Pública de la Universidad Icesi. Monitora de investigación del proyecto *25 años de la Constitución Política: balances y perspectivas en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho*.

Correo electrónico: [leydy.trujillo@correo.icesi.edu.co](mailto:leydy.trujillo@correo.icesi.edu.co)

## **Valentina Pardo Cuevas**

Estudiante de Derecho de la Universidad Icesi. Monitora de investigación del proyecto *25 años de la Constitución Política: balances y perspectivas en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho*:

Correo electrónico: [valentina.pardo@correo.icesi.edu.co](mailto:valentina.pardo@correo.icesi.edu.co)



# Índice temático

## — A

### **Acción constitucional**

27, 38, 234.

### **Asamblea Nacional**

#### **Constituyente**

31, 353, 355-356, 363-364, 377, 399.

### **Audiencia**

29, 43, 45, 403, 412, 414, 417-422, 425-428.

## — B

### **Bloque de constitucionalidad**

12, 21, 163, 265-266, 277, 284, 312, 316.

## — C

### **Cambio constitucional**

382, 395-396.

### **Código Civil**

231, 245, 250, 333-334, 339, 341-343, 346, 350.

### **Código Penal Militar**

115-116, 119, 127-128, 133, 141.

### **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

04, 131, 133-134, 139-200, 253-254, 259, 265, 296, 298, 308, 312, 315, 317, 322-323, 325.

### **Common Law**

20, 236, 412, 415.

### **Consejo de Estado**

121, 258, 261-263, 286, 324, 333, 335-338, 341, 343-344, 346-349, 351-353, 359-362, 365, 367-369, 372-374, 377-380, 407.

### **Constitución Política**

05, 09, 15, 69, 75-76, 110-111, 114-115, 118, 121, 130, 139-140, 147-148, 189, 215, 218-219, 248, 253, 282, 316, 327, 328, 330-331, 334, 348, 351-353, 365, 367, 374, 377, 379, 439.

### **Constitución Política de 1886**

331, 334, 348.

### **Constitución Política de 1991**

05, 15, 115, 118, 121, 148, 248, 330, 353, 377.

**Convención Americana de  
Derechos Humanos**

19, 134, 138, 254, 295, 313.

**Corte Constitucional**

02-03, 09-10, 13, 15-16, 18-25, 27-46, 48-56, 58, 60-66, 70-73, 78-79, 85-86, 90-93, 95, 100, 105, 112-113, 115, 118-119, 121-122, 125-128, 130, 138, 142-143, 149, 163, 165, 169, 184- 185, 189-193, 197, 202, 211-212, 218, 221, 224, 226-227, 229, 232-233, 235, 241, 244, 249-251, 254, 256, 277, 285-286, 288, 294, 305-320, 323-324, 336, 343-344, 359-362, 364, 370, 377, 379, 382, 402, 406, 435, 441.

**Corte Interamericana de  
Derechos Humanos**

27, 73, 110, 112-113, 131, 134, 136-137, 143-144, 193, 267, 278, 280, 283, 286-287, 306, 315, 321-325.

**Corte Suprema**

34-35, 65, 81-84, 86-95, 98-100, 105-110, 121, 147, 232, 242-243, 251, 284, 286, 333, 336-344, 353, 359, 377, 379, 421, 430.

**Corte Suprema de Justicia**

65, 81-84, 86-95, 98-100, 105-110, 121, 147, 232, 242-243, 251, 284, 286, 336-343, 359, 377, 379, 421.

**— D**

**Daño antijurídico**

04, 327, 329, 330, 355, 357, 360-362, 364-374, 376-379.

**Debido proceso**

04, 11, 19-20, 27, 52, 56, 66-67, 93, 95, 98-99, 134-139, 155, 258, 266, 304-305, 311-312, 314-315, 318, 333, 401, 406, 432.

**Derecho fundamental**

11, 19, 21, 27-28, 38, 41, 51, 54-55, 62, 64, 67, 91, 149, 163, 164, 266, 308, 318.

**Derecho Internacional  
Humanitario**

22, 128-130, 136, 138.

**Derecho privado**

04, 215-217, 223, 229, 235, 240-241, 246, 248, 334, 343, 349-350, 394, 439.

**Derechos constitucionales**

15, 148, 165, 224, 285.

**Derechos Económicos, Sociales  
y Culturales**

151, 160-161, 186, 309.

**Dignidad humana**

14, 16-17, 25, 37, 47, 55-56, 66, 126, 128-129, 149, 162, 205.

— **E****Educación jurídica**

396-397.

**Ejecutivo**

13, 21, 25, 26, 33, 67, 294, 295, 321.

**Equidad de género**

392, 395, 397.

**Estado social de derecho**

13, 118, 148.

**Estado Social de Derecho**

21, 53, 216, 244.

**Estudios de género**

383-386.

**Estudios de Género**

384, 385, 390, 395.

— **F****Fiscal General**

39, 43, 45, 257.

**Fiscalía**

24, 29, 30, 40, 42-46, 55, 90, 100, 121.

**Flagrancia**

12-13, 18, 29-31, 34-36, 38-39, 41-43, 68.

**Fuero militar**

112, 114-115, 119, 125-127, 142.

**Fuerza Pública**

112, 115-120, 122-139, 142.

— **G****Gobierno**

120, 194, 196, 203-205, 262-263, 302, 332, 336, 338, 340-341, 344.

— **H****Habeas Corpus**

27-28, 37.

— **I****Inconstitucionalidad**

41, 49-51, 57, 85, 129, 221, 241, 286, 336.

— **J****Juez de Control de Garantías**

12, 24, 29, 42-45, 48, 63.

**Juez natural**

115, 122, 124-125, 134, 135-139.

— **L****Lavado de activos**

03, 75-81, 83-95, 97-104.

**Ley de Víctimas**

191, 195.

**Libertad**

04-05, 10-14, 16-21, 23-31, 33-34, 37-48, 51-64, 66-69, 76, 85, 153, 215, 218, 224-226, 229, 235, 239, 242, 244, 257, 271, 280, 304, 310, 333, 373, 374, 443.

**Libertad económica**

76, 85, 224, 235.

**Libertad individual**

03, 09, 13.

— **O**

**Ordenamiento jurídico**

13, 14, 18, 25, 34, 41, 163, 165, 218-221, 223-224, 229, 233, 240, 247, 255-257, 259, 261, 263-264, 266, 277-278, 282-284, 288, 295, 305, 307, 309, 311-312, 315-316, 318, 329, 343, 362.

**Orden constitucional**

11, 13, 20, 33, 118, 130, 148.

**Orden judicial**

10, 12, 31, 34, 36, 38, 40, 41, 43, 46, 332, 348.

**Organización de las Naciones Unidas**

131, 186, 238.

— **P**

**Política criminal**

10, 13, 15-16, 43, 47, 55, 63, 66, 95.

**Principio de proporcionalidad**

19, 59-61, 66, 69-70, 101, 104.

**Principio de Reserva Judicial**

41, 48.

**Proceso judicial**

402-403, 408-409, 429.

**Procuraduría**

115, 190, 254, 256-259, 261-263, 265, 324-325.

**Propiedad privada**

156, 224-226, 336-337, 361.

— **R**

**Rama Judicial**

26, 32-33, 121, 417-420, 424-425, 433.

**Responsabilidad del Estado**

306, 328-330, 332, 334-339, 341-342, 346-348, 351, 353-362, 364, 373-374, 376-377, 379, 438.

**Ritual judicial**

04, 401, 408, 410, 412-413, 420, 429.

— **S**

**Seguridad social**

148-149, 157, 161, 167-169, 175-176, 186, 405, 419.

**Servicios públicos**

76, 148, 155, 159, 167, 238, 334, 342, 347, 350, 354, 364-365, 366, 376.

**Sistema de salud**

148-152, 159-160, 166-168, 170, 172, 177, 182-183, 185, 197, 203, 207.

**Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

254-255, 264, 317, 321-323.



**Sistema penal**

10, 13, 398.

**Sociedad civil**

153, 190, 192, 205, 207, 218, 296.

**— T**

**Test de proporcionalidad**

11-12, 58-59, 61-64, 68.

**— V**

**Violencia**

204, 309, 385.



# Otros títulos de la colección

## El Sur es Cielo Roto

- **Conflictos multiculturales y convergencias interculturales. Una mirada al suroccidente colombiano**

Inge Helena Valencia P. y Diego Nieto S. (eds.)

DOI: <https://doi.org/10.18046/EUI/escr.18.2019>

- **Perspectivas multidisciplinares sobre las cárceles. Una aproximación desde Colombia y América Latina**

Omar Alejandro Bravo (ed.)

DOI: <https://doi.org/10.18046/EUI/escr.17.2018>

- **Demando mi libertad: Mujeres negras y sus estrategias de resistencia en la Nueva Granada, Venezuela y Cuba, 1700-1800**

Aurora Vergara Figueroa y Carmen Luz Cosme Puntiel (eds.)

DOI: <https://doi.org/10.18046/EUI/escr.16.2018>

- **Una década del programa de Psicología en la Universidad Icesi. Trayectorias y enfoques plurales**

Omar Alejandro Bravo (ed.)

DOI: <https://doi.org/10.18046/EUI/escr.15.2018>

- **Transformar lo público: perspectivas sobre la reforma administrativa de Santiago de Cali de 2016**

Pedro Pablo Sanabria Pulido y Enrique Rodríguez Caporalli (eds.)

DOI: <https://doi.org/10.18046/EUI/escr.14.2017>



---

Este libro se terminó de imprimir y encuadernar en agosto de 2019 en los talleres de Carvajal Soluciones de Comunicación (cotizaciones@carvajal.com), en la ciudad de Bogotá D.C., Colombia. En su preparación, realizada desde la Editorial Universidad Icesi, se utilizaron tipos Adobe Garamond Pro en 12/15 y 11/13,5. La edición, que consta de 150 ejemplares, estuvo al cuidado de Adolfo A. Abadía.



El presente libro da cuenta del proceso de constitucionalización del derecho llevado a cabo por parte de la Corte Constitucional colombiana durante las primeras 3 décadas de su existencia, en los diversos fallos que ha emitido en los temas concretos tratados en el texto; particularmente, en el campo de la dogmática penal frente al caso de la captura, la detención preventiva y la libertad individual. Así mismo, se abordan temáticas referentes al derecho fundamental a la salud y protección social, relaciones entre las categorías género y derecho, el delito de lavado de activos, el fuero penal militar, la constitucionalización de la actividad contractual, el debido proceso, el problema del daño antijurídico y la obligatoriedad de medidas previas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### **Autores**

Lina Fernanda Buchely Ibarra • Mauricio Lenis Gómez • Blanca Zuluaga • Natalia Salas • Diana Marcela Solano Gómez • Jesica Paola Gomez Muñoz • Fernando Gandini Ayerbe • Claudia Lorena Escandón L. • Jorge Andrés Illera Cajiao • Luis Felipe Giraldo Gómez • Diana Patricia Quintero Mosquera • Leydy A. Trujillo Botina • Valentina Pardo Cuevas • Yecid Echeverry Enciso



ISBN: 978-958-8936-92-5



  
Editorial  
Universidad  
Icesi

Colección **EL SUR ES  
CIELO  
ROTO**