

REVISTA

Judicial del Tribunal Superior del Distrito de Santa Marta

XXXXXX XXXX XXX XXXXXX XXX XXX



TRIBUNAL SUPERIOR
DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA

REVISTA
Judicial del Tribunal Superior
del Distrito de Santa Marta



Director:
Magíster Carlos Milton Fonseca Lidueña
Editor:
Doctor Edimer Leonardo Latorre Iglesias
Editor adjunto:
Rafael Eduardo Ruiz Vergara, sociólogo y filósofo

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE SANTA MARTA
MAGISTRADOS QUE CONFORMAN
LAS DIFERENTES SALAS:**

SALA CIVIL FAMILIA:
Dr. Alberto Rodríguez Akle
Dra. Martha Isabel Mercado Rodríguez
Dra. Myriam Lucía Fernández De Castro Bolaño
Dra. Tulia Cristina Rojas Asmar
Dr. Cristian Salomón Xiques Romero

SALA PENAL:
Dr. Jose Alberto Diettes Luna
Dr. David Vanegas González
Dr. Carlos Milton Fonseca Lidueña

SALA LABORAL:
Dr. Roberto Vicente Lafaurie Pacheco
Dr. Carlos Alberto Quant Arévalo
Dra. Luz Dary Rivera Goyeneche
Dra. Isis Emilia Ballesteros Cantillo

SALA DE ASUNTO PENALES PARA ADOLESCENTES,
conformada por un (1) Magistrado de la Sala Penal
y un (1) Magistrado de la Sala Civil Familia, así:

Dra. Tulia Cristina Rojas Asmar
Dr. David Vanegas González

CONTENIDO

Nota luctuosa	5
Editorial	6
Discursos	9
Discurso del procurador general de la nación Fernando Carrillo Flórez, en el II Congreso Internacional de Derechos Humanos	9
Discurso del Dr. Alberto Rojas Ríos. Presidente de la honorable Corte Constitucional de Colombia, en el II Congreso Internacional de Derechos Humanos	15
Anotaciones sobre igualdad y no discriminación en el marco de la pandemia	19
Artículos	23
El derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la violencia contra la mujer en aplicación de la Ley 1257 de 2008: una mirada a la época de pandemia del Covid-19 y sus efectos	23
Comunidad LGBTI y su derecho a la salud en tiempos de pandemia: casos Colombia y Argentina	38
La justicia ambiental como punto de intersección entre la filosofía del derecho y la justicia rutinaria y protagónica: la búsqueda de distribución de cargas y participación ciudadana	51
El control de convencionalidad y las actuaciones administrativas disciplinarias: una inobservancia manifiesta, problemática e inconvencional	67
El plazo razonable y la estrategia de chambonería criolla a propósito de la sentencia de julio 8 de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un SOS por los derechos humanos convencionales	82
Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos: convergencia en tiempos de pandemia	92
La protesta social como derecho humano y su disyuntiva por la regulación de parte del Estado colombiano en el contexto de pandemia	102
El funcionamiento de la JEP en tiempos de pandemia	112
Obstáculos pandémicos en protección de derechos y acceso a la justicia de la JEP	125

Las víctimas en la Jurisdicción Especial para la Paz: la participación como mecanismo de acceso a la justicia	133
Extractos jurisprudenciales del Tribunal Superior de Santa Marta	147
Sala civil	147
Responsabilidad civil por actividad peligrosa / carga de la prueba	147
Tránsito de legislación / normas aplicables.	153
Responsabilidad civil derivada del servicio de salud / obligación de resultado	157
Acción reivindicatoria / falta de identidad entre lo pretendido por el demandante y lo poseído por los demandados	162
Unión marital y sociedad patrimonial de hecho / prescripción	165
Responsabilidad civil médica contractual / extracontractual	169
Responsabilidad civil contractual / naturaleza de la culpa	173
Responsabilidad civil por mala praxis médica / principio de la culpa probada	166
Unión marital de hecho / elementos	179
Responsabilidad civil extracontractual en accidente de tránsito / exoneración de prueba	183
Cesación de efectos civiles de matrimonio religioso / prueba de la convivencia matrimonial	194
Responsabilidad civil médica / elementos	202
Sala Penal	209
Prisión domiciliaria para padre cabeza de familia / presupuestos para su concesión	209
Errores de hecho y de derecho en las decisiones judiciales / sustentación eficiente del recurso de apelación	220
Antijuridicidad / legítima defensa	229
Fraude procesal / prescripción de la acción penal / Cómputo	241
Incorporación de evidencias al proceso penal / documentos	246
Libertad por pena cumplida / facultad probatoria oficiosa del juez	251
Preclusión / causal de exclusión de responsabilidad	256
Sala Laboral	262
Pensión de sobrevivientes / hijos mayores/ cónyuge	262
Sentencia / facultad extra y ultra petita	269
Litisconsorcio necesario / improcedencia	274
Cartas al editor	279
El estándar probatorio más allá de la duda razonable	279
El incidente de desacato dentro de la acción de tutela	283



NOTA LUCTUOSA

Desde la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, a raíz de la pandemia generada por el virus Covid-19, han fallecido –como consecuencia de dicha patología o por otras causas– varios servidores judiciales, algunos familiares suyos o personas vinculadas de manera cercana a la rama en este Distrito Judicial. Por ello, queremos rendir un sencillo pero sentido homenaje, desde las líneas de esta tribuna del pensamiento, a la memoria de todas esas personas, a quienes el Creador llamó ante su presencia:



Adán José De La Hoz Fonseca
- Juez Promiscuo Municipal de San Zenón.

Humberto Mejía González
- Asistente social.

Graciela Urbina Guerra
- Secretaria Juzgado 2º Laboral de Santa Marta.

Claritza Milena Tejeda Urbina
- Juez Promiscuo Municipal de Chibolo.

Bedelis Palmera De Vega
- Pensionada de la rama judicial.

Benigno Rodríguez Gómez
- Hijo de la Dra. Amalfi Gómez Arregocés, exmagistrada del Tribunal S. de Santa Marta.

Oscar López Cifuentes
- Esposo de la Dra. Rocío Fernández Díazgranados, Juez Tercero Civil Municipal de Santa Marta.

Miryam Vives
- Madre de la Dra. Carolina Mejía Vives, coordinadora de talento humano de la DESAJ.

Napoleón Barraza Lozano
- Ex Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta.

María Eugenia Rolón De Calderón
- Suegra del Dr. José Alberto Dietes Luna, magistrado del Tribunal Suprema de Santa Marta.

Victoria Elena Rúa De Charris
- Suegra del Dr. Carlos Alberto Quant Arévalo, magistrado del Tribunal Supremos de Santa Marta.

Hacemos extensivo este respetuoso reconocimiento a las demás personas fallecidas, allegadas a la rama judicial, no mencionadas en esta nota.

EDITORIAL

Nos enaltece profundamente saludar a los miembros de la gran familia de la rama judicial, a los investigadores, a los defensores de derechos humanos y a la ciudadanía en general. Es motivo de mucha alegría para nosotros, ser partícipes de esta nueva edición de la Revista Judicial del Tribunal del Distrito Judicial de Santa Marta, la cual recobra vida luego de varios años de receso, precisamente en medio de las vicisitudes que genera la histórica pandemia que asuela al planeta, trayendo consigo lamentables pérdidas humanas y grandes cambios en los ámbitos económicos, sociales, sanitarios y culturales del orbe.

La emergencia sanitaria global, consecuencia del virus Covid-19, tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) en su Resolución n.º 1 de 2020, ha afectado la plena vigencia de los derechos humanos de la población, impactado a mediano y a largo plazo a las personas en situaciones de especial vulnerabilidad. Así, las medidas tomadas por los Estados para proteger la vida y la integridad personal tienen efectos sobre los derechos civiles, políticos y sociales, e incluso sobre los derechos de tercera genera-

ción como el de la tecnología, la informática y la comunicación, que han requerido de normas que constituyan prácticas para su limitación, pero también para su idoneidad y eficacia en la adopción de medidas básicas, teniendo en cuenta el derecho a la paz, a la libre autodeterminación de los pueblos y al medio ambiente.

Los gobiernos, en virtud de establecer estados de excepción, *verbigratia* el colombiano, han expedido decretos y leyes con el fin de prevenir y contener los contagios, lo que implica la restricción de derechos civiles como la libertad de locomoción, de expresión y del acceso a la información pública, sobre todo al de la administración de la justicia. En medio de este panorama mundial, actores como el Tribunal Superior de Santa Marta, la Universidad del Magdalena, la Universidad Santo Tomás, el Tecnológico de Antioquia - Institución Universitaria, y el periódico Hoy Diario del Magdalena, convenimos en realizar el *II Congreso Internacional de Derechos Humanos. Dinámica de los Derechos Humanos en tiempos de pandemia: Balances y Perspectivas*, que materializó el esfuerzo de la judicatura, la academia y la prensa en un aporte fundamental para la promoción y el

respeto de los derechos humanos, porque al margen de concepciones como la iusnaturalista, la iuspositivista y la histórico social, lo importantes es el respeto a los derechos inherentes, consustanciales al ser humano, positivizados en instrumentos nacionales e internacionales, resultados de los movimientos sociales, de la lucha de clases y de la resistencia a la opresión. Estos derechos, como señala Rortry, no requieren justificaciones para que los Estados cumplan con la obligación de respetarlos, pero se requiere sensibilizar en la tolerancia, la solidaridad y el respeto por los mismos a través de la educación, incluso más en sociedades como la nuestra, donde aún el tejido social y la estructura organizacional del Estado está permeada por prácticas discriminatoria de exclusión social.

El número comienza con la exposición de dos discursos, el primero, del procurador general de la nación Fernando Carrillo, quien recoge temas de crucial importancia para la reflexión nacional en tiempos de pandemia. El segundo, proferido por el presidente de la honorable Corte Constitucional de Colombia, Dr. Alberto Rojas Ríos, desarrolla una reflexión sobre el papel de las instituciones políticas y judiciales del país en los tiempos de incertidumbre que vivimos. Seguidamente se hace una apertura a las grandes temáticas de la revista con una contextualización a cargo de la doctora Silvia Serrano, quien, con sus notas sobre los efectos de la pandemia a nivel social e institucional, precisa, los grandes conflictos sociales en el marco de la vulneración de derechos a poblaciones en condición de alto riesgo.

Los artículos de los disertantes abordan temas que van desde la formulación de medidas en múltiples ramas y perspectivas del derecho, hasta reflexiones y propuestas en el

contexto de incertidumbre que vivimos. Así, por ejemplo, el artículo de Glitza Roncallo y Gisela Pérez sobre la aplicación del derecho jurisprudencial en casos de violencia contra la mujer en el marco de la pandemia, así como el artículo de Viannis Robles sobre el derecho a la salud de la comunidad LGTBI en este contexto, detallan cuáles han sido las medidas del Estado, y su compromiso, con estos grupos poblacionales vulnerables que requieren de una diferenciada atención estatal. El artículo de Luis Guzmán sobre la justicia ambiental como un puente entre la filosofía del derecho y la justicia *rutinaria* y *protagónica*, abre un amplio campo de debate sobre la importancia de la participación ciudadana en un problema que compete a todos: el medio ambiente, y de cómo se distribuyen las cargas cuando aparecen problemáticas que afectan a multiplicidad de actores sociales. El artículo sobre el control de convencionalidad y las actuaciones administrativas disciplinarias, a cargo de Carlos Fonseca, y el escrito sobre el plazo razonable y su inadecuado manejo en Colombia respecto a las normas internacionales, a cargo de Carlos Gómez, problematizan la postura asumida por la Procuraduría General de la Nación a partir del estudio de un caso que podría comprenderse como paradigmático, mostrando cómo la normativa nacional encuentra, según los autores, poca sincronía con las normas internacionales de los derechos humanos.

El artículo siguiente, referido a la convergencia del derecho internacional humanitario y los derechos humanos, escrito por Angie Rodríguez, y el artículo sobre la protesta social, a cargo de Luis Cormane, comprenden el tópico de los derechos humanos como la más grande fuente de análisis en si-

tuaciones coyunturales (como, por ejemplo, en contextos de violencia y de descontento generalizado). Por último, los artículos de Alejandro Ramelli, magistrado de la Justicia Especial para la Paz (JEP), de Helber Noguera y de Heyder Alfonso y Ana Portilla, giran en torno al funcionamiento de la JEP y de sus obstáculos, así como de la participación de las víctimas en esta jurisdicción, ofreciéndonos un panorama que permite pensar el lugar y el papel de la paz en nuestra sociedad.

Posterior a los artículos se exponen extractos de providencias en jurisprudencia, proferidas por magistrados de las salas de conocimiento de nuestro Tribunal Superior, a través de las cuales se abordan temas como la responsabilidad civil contractual y extracontractual por actividades peligrosas; la unión marital y la sociedad patrimonial de hecho; el fallo *ultra y extra petita*; la nulidad por falta de defensa técnica; la legítima defensa; la prisión domiciliaria para padres cabeza de familia y los errores de hecho y de derecho en las decisiones judiciales, entre otros. Finalmente, la revista cierra con algunas cartas al editor que abordan cuestiones puntuales como el principio de la igualdad, el estándar probatorio y el incidente de desacato dentro de la acción de tutela.

Más allá de lo informativa que pueda ser esta publicación, es una muestra palpable de lo que ha sido el espíritu de responsabilidad y perseverancia de los servidores de la rama judicial del país, arredrados ante la amenaza del Covid-19, prestando el servicio público de administración de justicia de manera ininterrumpida, en medio de las limitaciones impuestas por las autoridades, siempre con la aplicación de las medidas de bioseguridad, en aras de que los usuarios puedan seguir teniendo acceso a tan indispensable garantía constitucional.

Un especial agradecimiento a la fundación educativa *Leader Mind Instituto*, y específicamente a su director ejecutivo, el Dr. Edimer Latorre Iglesias, por su aporte fundamental en la realización de esta revista. Su experiencia como director de las revistas *Verbum*, *Vis iuiris* y *Logos* de la Universidad Sergio Arboleda, amén de sus competencias en investigación, soportadas por sus publicaciones de artículos científicos y en su doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia, además de su posdoctorado en Educación, Ciencias Sociales e Interculturalidad de la Universidad Santo Tomás, estuvieron constantemente a disposición de esta apuesta académica judicial.

Quiero finalizar con una frase inspiradora de Arthur Schopenhauer: “Deambulamos en el laberinto de nuestras vidas y en la oscuridad de nuestras investigaciones; momentos de claridad iluminan nuestro camino como reverberaciones de relámpagos”
¡Buena lectura!

Carlos Milton Fonseca Lidueña*
Director de la revista

* Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta. Magister en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Doctorando en Responsabilidad Jurídica y Estudios Multidisciplinarios de la Universidad de León España. Especialista en Derecho Probatorio de la Universidad Católica. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Católica. Director académico catedrático de la Maestría en Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Universidad del Magdalena. Docente Investigador del grupo *Grisjum* de la Universidad del Magdalena. camifol@gmail.com; camifoli@hotmail.com

DISCURSOS



DISCURSO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN FERNANDO CARRILLO FLÓREZ, EN EL II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS*

El hecho de sumar tanta fuerza académica en este evento es lo que necesita Colombia en estos momentos. Necesitamos grandes reflexiones sobre lo que viene de aquí en adelante, pues pareciera que la pandemia nos ha anestesiado en términos de lo que está sucediendo con la crisis jurídica que se está presentando, por llamarla de alguna manera, y que se va a seguir presentando como consecuencia de la crisis sanitaria, económica y social que ha traído esta pandemia a la humanidad; allí juegan un rol central los derechos fundamentales y los derechos humanos, y hablar de sus evoluciones adquiere pertinencia.

Creo que es algo feliz que ustedes hubieran bautizado este congreso de esta manera porque, si hay algo que es un blanco móvil, como se dice hoy en día, no solo es la interpretación de lo que representan hoy los derechos humanos para el desarrollo, si no un enfoque completamente nuevo; no es únicamente por la garantía del Estado

de derecho democrático sino también por la garantía del Estado social de derecho. Los temas que ustedes han delineado en la agenda son los que en este momento están en el corazón de las preocupaciones a nivel global, y en nuestro caso particular, de la ciencia jurídica, de la aplicación de la justicia, de la defensa del Estado de derecho, de evitar escenarios de concentración de poder, de autoritarismo y de populismo. Por ello es importante conocer un poco la actitud de la academia, de la jurisprudencia y de la doctrina, de quienes estamos precisamente en el terreno, tratando de interpretar y de ponerle el oído a lo que está sucediendo en el mundo, de cómo la interpretación de unas normas constitucionales, de unos principios internacionales y de unas normas consagradas en tratados internacionales son esenciales para el camino a seguir.

Las transformaciones sociales, políticas y económicas que ha vivido el mundo en estos ocho meses no solo son inéditas si no también difíciles de interpretar, pues no existen certezas acerca de lo que está

* Discurso pronunciado el día 4 de noviembre de 2020.

pasando, y hay un esfuerzo de los Estados, incluyendo por supuesto a la sociedad civil, la comunidad internacional, las empresas y los líderes sociales, que nos han llevado a variadas interpretaciones. Tenemos que reinventarnos, y nadie sabe siquiera qué significa eso, independientemente de que sea el concepto más trillado y el lugar más común en estas épocas de pandemia, y por eso es importante este ejercicio, y parece mucho más relevante cuando se pone la lupa sobre la evolución histórica de los derechos humanos como una gran preocupación social y cultural, independientemente de que existe sobre los derechos individuales y políticos que, como ustedes saben, han sido restringidos indiscutiblemente por los estados de excepción, casi sin posibilidad de chistar, como se dice coloquialmente, porque las exigencias de la emergencia sanitaria han llevado a una limitación de los derechos constitucionales, luego el desenlace de esta primera fase de la pandemia tiene que llevarnos a hacer precisiones, a iluminar de alguna manera lo que viene, gobernado por la incertidumbre.

En el caso particular de nuestro Ministerio Público, en la Procuraduría General de la Nación nuestro enfoque ha sido el de derechos vulnerados en esta crisis, de ahí identificamos lo que hemos denominado las *epidemias dentro de la pandemia*, como la de la violencia que se agudiza, y de la corrupción que se ha dado en el manejo de recursos públicos. Todo esto, precisamente, en épocas donde se cree que los controles desaparecen por las urgencias manifiestas y los estados de excepción, y sobre todo por la epidemia de la desigualdad, una que veníamos, de alguna manera,

mitigando, no solo en las cifras de los organismos nacionales, sino en nuestras propias instituciones de estadísticas, pero que ahora lleva a un problema que en este momento parece insoluble, de ahí la necesidad de duplicar los esfuerzos, como en el caso particular del Ministerio Público, que ante la opinión pública se ve como una guadaña decapitando funcionarios públicos, pero que en este caso, por virtud de su función preventiva, hemos desplegado una acción disciplinaria, que es lo que hemos hecho durante los últimos ocho meses, y si ustedes me lo permiten, inicio con el tema de la corrupción porque me parece que nunca ha estado más claro.

Independientemente de otras consideraciones, la corrupción es un motor esencial de violación de derechos fundamentales y, esencialmente, de derechos económicos y sociales. Si se piensa en los hechos que hemos venido descubriendo, que conoce todo el país en términos de la utilización arbitraria y desproporcionada de las facultades como, por ejemplo, para la contratación, saltándose los controles y pagando deudas políticas y siendo *leales* con las amistades o entregando contratos, todas conductas irregulares no solo por los atentados contra la ética pública sino por lo que representa a nivel de daño de unos recursos públicos escasos que están destinados a las poblaciones más vulnerables, cuyo número ha crecido indiscutiblemente, condenados a la pobreza por cuenta de la pandemia.

Además del desempleo que ha ido en aumento, nunca ha sido una exageración que aquí, más que nunca, se corrobora aquella frase de que la corrupción tiene la

capacidad de matar, porque indiscutiblemente el recurso que se le quita a la salud, por ejemplo, o el recurso que se le quita a los mercados, a las soluciones del mínimo vital para poblaciones cuyo único recurso es la entrega del mercado o la entrega del ingreso mínimo que hace el mercado, se atenta contra la vida y la dignidad de las personas. No es un secreto para nadie que, muchas veces, esos recursos dirigidos a la atención de la pandemia han terminado engordando el bolsillo de algunos, y muchos de los contratistas del programa de alimentación escolar aparecen nuevamente como *beneficiarios* de los recursos del Estado, lo que es una tragedia indiscutible.

Respecto al tema de la salud, yo les digo que nuestra obsesión es primero es por todo el personal de la salud, por sus situaciones salariales y por la capacidad hospitalaria de Colombia para responder a la pandemia, y esto tiene que ver también con la forma como la corrupción ha golpeado a este sector; ustedes recuerdan cómo en los primeros momentos se cuestionó la actividad del Ministerio Público, pues decían que respondían a actividades privadas, ¿cuáles actividades privadas? Estamos hablando de un servicio y recursos públicos, de un derecho fundamental de los ciudadanos: administrativamente creamos una procuraduría delegada para la salud que ha estado resolviendo una ingente cantidad de problemas (en estos cuatro años que cumpliré) y que ojalá se mantenga en la próxima administración, porque son muchos los abusos que se venían cometiendo y que crecieron en la época de pandemia. Hemos puesto el bisturí en nuestros hospitales regionales, en las empresas sociales del Estado, en la

forma como se ha relegado a un segundo plano nuestro cuerpo médico a la hora de la garantía de sus derechos.

La corrupción es una pandemia, y en nuestro caso ha sido una epidemia que difícilmente hemos podido combatir, por lo que todas las fuerzas del Estado y de la sociedad civil deben continuar en esta dirección, y esto lo quiero destacar porque ha sido la ciudadanía, la que ha denunciado esta cantidad de irregularidades que se han venido cometiendo.



Respecto al tema de la salud, yo les digo que nuestra obsesión es primero es por todo el personal de la salud, por sus situaciones salariales y por la capacidad hospitalaria de Colombia para responder a la pandemia ”

En el caso de la violencia, es tan triste esta realidad, que ya es un lugar común hablar del asesinato de los líderes sociales, de cómo se han reproducido las condiciones de inseguridad en los territorios de Colombia, de ese otro país en el que la presencia del Estado es la excepción y la justicia no existe. Debemos resaltar la importancia de hablar del acceso a la justicia en Colombia porque es un derecho fundamental tal y como lo concebimos en la Constitución Política de 1991.

En este momento, por fortuna, y como resultado de una gran consulta ciudadana

que adelantamos durante ocho meses, en el Congreso de la República se aprobó, en la comisión primera del Senado de la República, un proyecto de ley simple, sin ambiciones, que hemos denominado *la revolución de las cosas pequeñas*, que da acceso a la justicia pensando en la justicia local y en la justicia territorial, que ojalá ustedes ayuden a divulgar, porque además se fue con una votación unánime de la Comisión Primera del Senado. En un momento de tanta divergencia, fractura y polarización, todavía es posible en Colombia lograr consensos, y lo hemos logrado con este proyecto, y en ese orden de ideas me parece que lo que debemos abrir es una puerta al problema de los derechos, una línea de la reforma a la justicia fundamental en las últimas décadas.

Antes de esto se concebía como una reforma propia de un gremio específico, como un problema de los abogados, de los magistrados y de los jueces, hoy esa visión ha quedado atrás. La reforma a la justicia es una reforma social que busca generar desarrollo y conseguir equidad, y en ese sentido aparece la posibilidad de castigar la corrupción. Lo más importante de esto, y lo tenemos documentado, es la forma cómo, durante la pandemia, los derechos fundamentales, en materia de derechos sociales, son transgredidos, así como la violencia contra la mujer y la violencia contra niños, niñas y adolescentes, que constituye otro de los problemas que están sucediendo en los hogares de Colombia, y eso es importante destacar porque ahí están dos elementos que debemos poner dentro de las preocupaciones a resolver. Hay que velar por que el gasto público se destine a la protección de los derechos civiles

y políticos, así como económicos, sociales y culturales. No quiero referirme a las conductas porque todos sabemos cuáles son. La procuraduría ha estado activa, y hemos adelantado centenares de investigaciones, pliego de cargos, finalizado varios procesos de lo que llamamos *transparencia por la emergencia*, y además tenemos el proyecto de prevención disciplinario de funcionarios departamentales y municipales que han abusado de los recursos públicos en esta emergencia.

Actualmente se suscita una controversia en cuanto a las funciones del Ministerio Público a raíz de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, yo les digo que nuestra preocupación, como respetuoso que soy de los derechos fundamentales y como miembro de la generación de la asamblea constituyente, es respetar todas las convenciones internacionales, pero también tenemos que armonizarlas, y dejaría ése como uno de los puntos de debate en este congreso, es decir, de cómo hacemos compatible, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos con dos convenciones posteriores en el tema de corrupción cómo lo son la Convención de Caracas de 1996 y la Convención de Naciones Unidas. Yo creo que ahí hay un gran ejercicio para hacer, en cómo podemos hacer compatible la defensa de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción.

Todos los colectivos que han sido afectados por la pandemia en materia de derechos políticos y civiles, pero sobre todo en materia social, van a requerir de un trabajo detenido para ver de qué manera lo vamos a garantizar y los vamos a defender,

como en el fortalecimiento de la red pública hospitalaria o de la reforma de la salud. Son elementos en donde tiene que participar la academia, esto no es una discusión técnica, como no es la reforma a la justicia una discusión de abogados, como tampoco la reforma a la salud es una discusión de médicos. Hay una reforma a la salud ya presentada en el Congreso de la República que es fundamental, una herramienta que permite saber cuál es el camino que vamos a tomar de aquí en adelante, y en últimas creo que lo que nos compromete en la protección de la ciudadanía, como de procurador, es la procuraduría ciudadana de respetar la Constitución Política de 1991. Tener el corazón del lado de las víctimas y los pies en el territorio ha marcado acciones en esa dirección.

Nos hemos preocupado por la situación carcelaria, y llevamos dos informes denunciando las violaciones que se siguen presentando a nivel de los mínimos vitales. Ustedes saben que el estudio del tema ha sido progresivo, tardío en algunos casos, aunque en todos los países se le ha dado prioridad al tema penitenciario en la pandemia. Tenemos problemas de garantías del derecho a la salud, al agua potable y al acceso a la justicia, pues las audiencias de aquellas personas, cuya situación jurídica no se ha definido, sigue en entredicho, entre otros temas presentes en la reforma penitenciaria carcelaria, destacando, con mucho respeto, que fue mucho más efectiva la legislación ordinaria para combatir el hacinamiento carcelario que las medidas de emergencia que se tomaron, y por eso seguimos insistiendo que en las cárceles no hay un problema de justicia sino un proble-

ma de salud pública que hay que resolver.

Termino destacando lo que sigue siendo el lastre diario al prender una radio o una televisión en Colombia: el asesinato de los líderes sociales. Hay una gran impotencia, pues hemos tratado de desplegar todas las acciones del Ministerio Público, y creo que hemos podido prevenir muchos de estos hechos con las Mesas por la Vida que hemos realizado con la Defensoría del Pueblo y con la cooperación internacional en los territorios. Y no son mesas centralizadas, pues dando órdenes desde Bogotá no se solucionan los problemas de los líderes sociales. Sabemos que es mucho más lo que tenemos que hacer por la defensa de los líderes sociales, en los medios de comunicación y en las redes sociales, pues lo que se está mutilando son proyectos sociales de desarrollo del país, generalmente de comunidades cuyos derechos han sido completamente vulnerados, atentándose contra el derecho a la vida y la dignidad de las personas, pero también anulando proyectos sociales en donde la defensa, por ejemplo a nivel de la institución de tierras, ha sido uno de los elementos esenciales contra esa máquina del terror que han montado las organizaciones criminales.

Estos ocho meses nos han puesto a prueba todos, y desde el punto de vista jurídico tenemos que hacer reflexiones. Quiero decirles que la protección de los derechos humanos, hoy más que nunca, es la piedra angular no solo de la labor de la Procuraduría General de la Nación y del Ministerio Público, sino de todas las instituciones del Estado. Quiero destacar, también, cómo nuestro objetivo, además del fortalecimiento del Estado democrático de

derecho, es tratar de maximizar los esfuerzos para superar las brechas de equidad, de violencia y de inseguridad que amenazan la vida y el bienestar de los colombianos, de cómo debemos adaptar todo esto con la brújula ética que debemos ponerle a la digitalización. Tenemos que concebir la defensa de la promoción de los derechos humanos en clave digital, y esos debates hay que comenzarlos. Estoy convencido de que esta era digital nos dará oportunidades, pero representa un desafío de ética pública, y ustedes lo han visto en el caso de la gestión de la procuraduría, pues ha sido una de nuestras grandes obsesiones.

Para concluir, considero que hay antiguas y nuevas amenazas contra los derechos humanos y los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que hay que evaluar los mecanismos tradicionales de protección de derechos actualizándolos y dinamizándolos. Nos vamos a ver abocados a una crisis adicional de la justicia y hay que abrir las puertas a la ciudadanía, a la defensa de sus derechos. Con todo el respeto, creo que esto no es un asunto, y lo hemos repetido, de reforma de las cúpulas de la justicia en Bogotá. La bogotanización de las reformas a la justicia ha sido una de las causas de su fracaso, pues de las 17 reformas que se han intentado desde el año 2002, todas terminan en el bote de la basura o en las frustraciones del pueblo colombiano; por eso debemos pensar en una dimensión distinta de la reforma de la justicia, una que sea territorial y local: que mejor que sea una universidad la que, desde Santa Marta, plantee estos temas al país. El país necesita más acceso a la justicia, más jueces, más presupuesto y más

política pública judicial, para lo cual no es necesario una reforma constitucional ni leyes estatutarias, es en la justicia local, en la descentralización y en la desconcentración de la justicia donde está la clave. A los 30 años de la Constitución Política, es hora de que comencemos a mirar cuál es el estado de los derechos de los colombianos, y con la gran incertidumbre de lo que viene, necesitamos blindar esos derechos contra la concentración del poder, contra el autoritarismo, contra el populismo e, incluso, contra la polarización. El tema de la dignidad humana y de la defensa de la vida no es un tema que deba polarizar al país, pues la gran amenaza que se viene también sobre el Estado es la recentralización absoluta de sus políticas, que es lo que estamos viendo, ignorando lo que sucede en las regiones, abandonando los territorios y renunciando a la posibilidad de hacer políticas públicas en aras de afrontar esta crisis sanitaria, económica y social de la justicia.

“
Nos vamos a ver abocados a una crisis adicional de la justicia y hay que abrir las puertas a la ciudadanía, a la defensa de sus derechos
”



DISCURSO DEL DR. ALBERTO ROJAS RÍOS. PRESIDENTE DE LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, EN EL II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS*

Desde la Corte Constitucional de Colombia, en nombre de quien habla como presidente, quiero extender un saludo a todos los participantes de esta segunda versión del Congreso Internacional de Derechos Humanos. No es difícil entender el propósito de este eje temático, pues las circunstancias nos han traído un nuevo modelo, una nueva dinámica y unas cargas especiales que exigen respuestas frente a la protección de los derechos humanos, entendidos como el gran género del cual los derechos fundamentales son una especie. Nosotros somos defensores, protectores y garantes de los derechos humanos, pero en especial nos legitimamos a través de la defensa de los derechos fundamentales.

Llama la atención la configuración en el tiempo de esta dinámica, porque todos sabemos que los derechos humanos tienen trascendencia atemporal, es decir, no podemos en un momento decir que voy a estimar derechos humanos en determina-

da época, sino bajo la circunstancia de unas novedades concretas. Comprendemos que existe una atemporalidad y universalidad relativa, y las cuales debemos tener siempre presente en los debates que nos propongamos desde la academia.

La aparición del Covid-19 ha generado inéditas transformaciones a nivel social, económico y ambiental, lo cual ha dado lugar a una realidad de enormes desafíos para todos nosotros. Pensemos bien en el Estado social y democrático de derecho, en este contexto donde los gobiernos han debido someterse a un escenario general de excepción en el que la democracia y los derechos fundamentales han sido objeto de limitaciones, nunca de suspensión, porque recordemos que ni aún en estado de excepción se pueden suspender los derechos fundamentales. La limitación, entonces, se presenta conforme a las necesidades de protección de la persona titular de los derechos o de la sociedad, y esto tiene una variación de intensidad de acuerdo a la clase de Estado, de la situación de orden público y del riesgo sanitario, como lo visibilizaron aquí en diferentes intervenciones,

* Discurso pronunciado el día 6 de noviembre de 2020.

de cómo las líneas gubernamentales han impactado negativamente y con mayor intensidad a grupos poblacionales particulares de nuestra sociedad, generalmente a los adultos mayores y a las mujeres, quienes han debido asumir una carga más grande de trabajo; a los migrantes y a los sectores más vulnerables de nuestra población.

De igual manera, fuimos testigos de diversas reflexiones frente a la confrontación de los jueces a nuevas realidades debido al confinamiento obligatorio. Se dispuso a todo un grupo humano, como ustedes y nosotros, a reflexionar sobre el alcance y el reconocimiento de nuevos derechos y escenarios como la democracia digital. Hoy uno de los grandes problemas del país es la conectividad, y yo no puedo aislar a un país sabiendo que solo el 52.7% de la población tiene acceso a la misma, ¿qué hacemos con el resto del país? es un derecho fundamental que tiene que abrirse paso necesariamente, y tendrán que proveer los Estados una nueva organización que permita ese modelo de vida que deja como herencia el Covid-19.

Otro tema que nosotros debemos afrontar, como derecho humano fundamental, es el derecho a la telesalud; ese tema del médico disfrazado de astronauta que no puede ver a su paciente y que, en consecuencia, no lo escucha, y no sabe qué tiene o cómo se encuentra, debe superarse, hay que buscar los instrumentos para que el paciente pueda tener una atención mucho más individualizada. Algo que hemos sufrido también es el derecho a despedirse de los seres queridos, pues las personas que están falleciendo en pandemia lo están haciendo en la más infinita soledad, y los que se quedan permanecen en la más infinita orfandad, después de la soledad que pro-

duce esa tragedia, por lo que tenemos que mirar cómo se maneja esto de una posibilidad de despedirnos de los seres queridos.

El trabajo digno en casa no es un trabajo cualquiera, ya dijimos que no es teletrabajo, es trabajo en casa, pero no de cualquier manera, sino con dignidad, que genere alegría, esperanza y realización, no conflictividad y violencia por falta de provisión, como justamente está sucediendo. Respecto al tema de la renta básica, cómo hacer para decirle a las personas que dependen del trabajo informal que se van para la casa, que deben elegir entre morir de hambre o morir de Covid-19. Es un tema complicado, de ahí resulta necesario que se generen espacios como éstos, de integración, participación y reflexión sobre la actuación del Estado y de los actores institucionales y sociales frente a la defensa y garantía de los derechos humanos y la salvaguarda del Estado social y democrático de derecho. Nadie sabe lo que esto significa hasta que se pierde, por eso hay que defenderlo y conservarlo, hay que construirlo todos los días sin descuidarlo, porque es lo que nosotros estamos dejando a las generaciones que están por venir.

El correcto funcionamiento del Estado es indispensable, la limitación de las libertades ciudadanas y la concentración de poder deben tener un control, de ahí que, como representante de las instituciones ciudadanas, nos corresponde hacer constante veeduría y control social, y así, entre todos, construiríamos un Estado equitativo y garantista de los derechos humanos, que es lo que nos va quedando de esperanza. Por su parte, la Corte Constitucional, firme en su compromiso de salvaguardar la Constitución Política y los principios democráticos durante la pandemia, modificó rápidamente su regla-

mento interno para implementar las salas plenas de manera virtual. Esto no podía parar, y nos asustaba lo que se venía encima. Teníamos referencias de Italia, España y Alemania, pero entre estas potencias Colombia ha sido un país que ha logrado preservar sus reglas, no obstante la conflictividad, como un Estado social de derecho creíble para propios y para extraños, pero que exige ajustes permanentes.

Lo anterior ha permitido que, con celeridad y acorde a nuestro funcionamiento interno, pudiéramos hacer control automático de 115 decretos legislativos expedidos por el gobierno en un tiempo relativamente breve, porque salvaguardando el debido proceso no podemos fallar antes de 45 días, pero se produjo el fallo de los decretos mencionados, dándole una respuesta rigurosa al país del control de sus libertades y de sus derechos, entendiendo las limitaciones que imponen las circunstancias y respetando las competencias de otros órganos de cierre del poder público como el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia, la JEP y el Consejo Superior de la Judicatura, haciendo lo que nos corresponde conforme a la Constitución Política, la cual, en el artículo 215, exige hacer todo para que se conserve intacta.

Los estados de excepción no implican de ninguna manera el aniquilamiento de la Constitución Política, y en este contexto adquiere relevancia la necesidad de defender las expresiones democráticas de la ciudadanía, la cual desarrolla control político y otorga legitimidad al Estado, como sucede con el derecho a la reunión y a la manifestación pública, garantía de aplicación inmediata, como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C 223 del 2017, en la

que se dice que no necesitamos más nada que la Constitución Política para proteger la democracia en la calle; así pues, no tenemos por qué desconocer ese derecho ni pensar que es gregario. Al contrario, son fortalecedores de la democracia y, en consecuencia, debemos ser cuidadosos con lo que se viene de pospandemia, donde va a haber mucho reclamo social, desempleo, falta de vivienda, desesperanza y recesión, problemas todos que requieren de nuestra imaginación, de buena voluntad y disposición, principio constitucional de la solidaridad.

En la sentencia mencionada recomendamos al Congreso de la República la regulación integral del derecho a la protesta con el fin de ordenar el alcance y sus límites. Las manifestaciones que realiza la ciudadanía concretan una idea que tuvo la constituyente de 1991, que conminó a la sociedad civil a participar activamente en los asuntos públicos y que creó modelos de participación, entre ellos, algo que propuse denominar la *democracia en las calles*, un escenario de liberación y de expresión de las demandas colectivas que facilitan la resolución de los problemas sociales. Quisiera recordar en este punto al profesor Luigi Ferrajoli, quien sostuvo que el perfil de la tridivisión de poderes emanados de la soberanía popular, más allá de su clásica difusión como ejecutivo, legislativo y judicial, nos remite hoy a poderes de administración: el ejecutivo y el legislativo, planteando que éstos tienen la tarea de materializar los derechos fundamentales para lograr la felicidad del pueblo, mientras los poderes de control, en el que incluye a los jueces y al ministerio público, deben garantizar que así ocurra. No podemos olvidar que las personas que vemos protestando en las calles

en marchas, que reclaman y piden ser escuchados, son claves para las democracias.

Igual que la tutela y las acciones públicas no son una veleidad democrática, sino instrumentos de control para que se realicen los fines del Estado, de uno que surge en ese tránsito de un Estado autoritarista, donde el ciudadano era un administrado, a un Estado social y democrático de derecho, donde el campesino más humilde de la vereda puede, con una tutela, poner contra la pared al ejecutivo, al legislativo y al judicial cuando a través de sus acciones vulneran sus derechos. Los jueces creemos que nos legitimamos porque nos eligen y posesionan, igual los funcionarios y los legisladores. Pero la legitimación viene por la protección genuina, cabal y sincera de los derechos fundamentales y de la realización de los principios constitucionales. Hay quien dice todavía que no hay artículo, parágrafo o inciso, o no tiene que haber artículo, parágrafo o inciso, sino principios como el de la dignidad. Recientemente, un miembro de la fuerza pública indicaba que a los policías debemos educarlos y decirles que, si tienen a un hombre sometido y con esposas, ¿qué más se hace con él?, ¿Por qué lo patean? ¿Por qué lo golpea? ¿Por qué dispara una pistola *taser* para destruirlo? eso es un abuso exorbitante, delincuencia, y depende de la educación. Pues bien, este es un elemento que surge de la enseñanza, y no se trata de ser alcahuetes, sino de entender que la autoridad pone el orden y nada más, no destruye ni asesina, o de ninguna manera procede de manera irracional contra nadie.

Otra cosa que quisiera indicar es la tendencia a generalizar: son miles y miles de policías los que se dedican a su actividad, miembros del ejército, soldados y fuerza pública que hace bien su trabajo, que mueren

“

recomendamos al Congreso de la República la regulación integral del derecho a la protesta con el fin de ordenar el alcance y sus límites. Las manifestaciones que realiza la ciudadanía concretan una idea que tuvo la constituyente de 1991”

en el oficio y nadie dice nada, pero de aquel tanto por ciento que incurre en un grave error se generaliza y, de alguna manera, se golpea el honor y la configuración de una organización institucional. Las instituciones hay que cuidarlas, y se deben corregir, pero no atacarlas sistemáticamente. Aquí viene un nuevo elemento que surge de la idea de la diversidad de reconocimiento. Tiempo atrás el filósofo Friedrich Hegel decía que la historia de la humanidad es la historia de la lucha por el reconocimiento. Cuando vemos a los indígenas reclamando, a los obreros y a los estudiantes, hay que recordar a Hegel, pues son grupos en búsqueda de reconocimiento, y no debemos molestarnos por el reclamo popular, sino controlar los desmanes y la agresión; hay que ser inteligentes y tener la suficiente capacidad para manejar las situaciones, pero la democracia no para y aún en las calles es consciente de las nuevas realidades que exigen esfuerzos institucionales. Nosotros seguiremos afrontando los retos que exige la virtualidad para la supremacía de los derechos y el respeto de la Constitución Política de todos los colombianos.



ANOTACIONES SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL MARCO DE LA PANDEMIA

Silvia Serrano Guzmán*

Al inicio de la pandemia se decía que el virus era igualitario, pues no conocía fronteras y afectaba a ricos y a pobres. Poco tiempo pasó para que la realidad global demostrara lo contrario. La pandemia no solo ha operado como un espejo de las profundas y variadas desigualdades con las que convivimos, sino que las ha exacerbado con impactos que aún son difíciles de medir, pero que ya es posible calificar de graves y duraderos.

Recordemos brevemente la complejidad del contenido normativo del derecho a la igualdad y no discriminación, el cual incorpora una prohibición de trato diferente injustificado, cuyo escrutinio es especialmente estricto si se basa explícita o implícitamente en una categoría problemática o sospechosa, como un mandato de medidas diferenciadas para superar situaciones de discriminación sisté-

mica o estructural. La discriminación puede operar directa o indirectamente, es decir, con la intención misma de discriminar o por el efecto desigual que generan las leyes o políticas aparentemente neutrales. En este sentido, la noción de interseccionalidad es crucial para entender las desigualdades visibilizadas, profundizadas y generadas en este contexto.

La pandemia ha confirmado de manera enfática la pertinencia de las dimensiones legales del principio de igualdad y no discriminación, sumado a la necesidad urgente de que la respuesta estatal esté informada por ambas; pero también ha expuesto ejemplos de las desigualdades en estas dimensiones. En estos largos meses hemos sido testigos de diferencias de trato explícitas con base en categorías prohibidas; hemos visto cómo se han incrementado las estigmatizaciones de ciertos grupos, los estereotipos e incluso la violencia discriminatoria. Se ha evidenciado la necesidad de enfoques diferenciados en las respuestas y, especialmente, son incontables los supuestos de discriminación indirecta tanto por la pandemia como por las medidas de salud pública. Al prever los impactos

* Abogada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Magíster de la Universidad de Georgetown. Trabaja en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como especialista en derechos humanos en el Grupo de Litigio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a mediano y a largo plazo de la pandemia, resulta evidente que la desigualdad subyacente que dio lugar a este panorama, va a exacerbarse como consecuencia de los efectos en la economía a nivel nacional y global, llevando a la profundización de la pobreza.

Algunos factores identificados por la Organización de las Naciones Unidas, en su *Marco de la ONU para la respuesta socioeconómica inmediata ante el COVID-19*, en cuanto a las perspectivas de recuperación en este contexto, son la situación de pobreza que ya existía; la capacidad del sistema de salud; la existencia (o no) de protecciones sociales robustas y la brecha digital. También señalan otros factores más individuales que determinan estas desigualdades, como las condiciones personales (el género o la raza); condiciones sociales (la pobreza o la pobreza extrema); condiciones legales (el estatus migratorio); ocupación (ser trabajador/a informal o esencial) y ubicación (áreas rurales con precariedad en servicios básicos, centros de detención, campos de refugiados o el hecho de vivir en situación de calle).

Una de las expresiones más severas de la desigualdad y de la discriminación en el contexto de la pandemia es la alta prevalencia y la desproporción en números de contagios y muertes por Covid-19 en grupos que coinciden con los tradicionalmente desaventajados y con la intersección de varios factores de vulnerabilidad. Probablemente cada país tendrá sus variaciones en cuanto a los grupos desproporcionadamente representados en las cifras de contagios y mortalidad. Sin embargo, es posible reflexionar en torno a algunas manifestaciones de esta situación y sus explicaciones. Así pues, uno de los grupos más vulnerables a complicaciones son

las personas con comorbilidades como la obesidad, la diabetes y otras enfermedades crónicas no transmisibles, cuya prevalencia es alta en grupos desfavorecidos, lo que se explica, entre otros factores, por su situación frente a los determinantes sociales de la salud y las desventajas históricas en el acceso a sus bienes y servicios.

La desproporcionada mortalidad en grupos vulnerables tiene que ver, a su vez, con situaciones en las cuales las personas simplemente no están en condiciones de aislarse físicamente y cumplir con las medidas de salud pública. Esta imposibilidad se ha desprendido de varios factores. Uno de ellos es porque se trata de grupos que deben enfrentar la pandemia en situaciones con falta de acceso, o acceso inadecuado, a servicios públicos esenciales como el agua potable, como sucede en zonas rurales, con personas en situación de calle o con asentamientos informales en condiciones de precariedad socio-económica. Esta grave prevalencia también puede ser el resultado de estar en situación de privación de la libertad, sin que se adoptaran a tiempo medidas para compensar el riesgo diferenciado que enfrentaban en la pandemia. Tal factor explica las cifras de contagios de personas privadas de la libertad o de adultos mayores que, en adición a la vulnerabilidad al virus por la edad, sin medidas oportunas de mitigación empeoraron sus situaciones.

Es necesario comentar también las desventajas emergentes del contexto de la pandemia. A medida que se van flexibilizando las medidas de aislamiento con el fin de reactivar progresivamente la economía, las personas que hacen parte de la fuerza de trabajo que debe salir a la calle, son aquellas en situación de mayor vulnerabilidad socioeconómica.

En algunos casos, los factores generadores de la prevalencia de contagios y muertes en ciertos grupos operan de manera conjunta. Así, por ejemplo, lo/as trabajador/as que no se pueden quedar en casa en el proceso de flexibilización de las medidas de aislamiento estricto, o las personas en difícil o imposible situación de implementación de dichas medidas, suelen coincidir con los grupos que han enfrentado históricamente una desigualdad estructural en ámbitos como el de la salud y, por lo tanto, no solo están en situaciones que los exponen más al contagio, sino que una vez contagiados, quedan expuestos a complicaciones y a la muerte por las comorbilidades asociadas a tales determinantes. Por otro lado, las exigencias de la pandemia y la consecuente sobrecarga en los sistemas de salud han planteado nuevos riesgos de discriminación en el acceso a sus bienes y servicios, al mismo tiempo que ha empeorado las disparidades y barreras estructurales que enfrentan ciertos grupos en su acceso.

Aunque es razonable que ante la situación se hayan adoptado decisiones de priorización de unos servicios sobre otros, en algunos países esto ha sido utilizado para justificar limitaciones, como por ejemplo en el acceso de las mujeres a servicios de salud sexual y reproductiva, empeorando las barreras que tradicionalmente enfrentan. Igualmente, las personas con enfermedades crónicas no transmisibles se han visto afectadas en el acceso a sus tratamientos, aunque se trate de un grupo en especial situación de riesgo frente al Covid-19 con alta prevalencia en sectores pobres.

En el marco de la adopción de criterios de priorización para el racionamiento de los medios para la terapia intensiva ante un

escenario de escasez causado por el colapso del sistema de salud, la experiencia global ha mostrado una serie de riesgos de discriminación. Algunas de las guías adoptadas han incluido criterios de exclusión *a priori* que coinciden con grupos desaventajados, como personas con discapacidad, personas mayores o con condiciones de salud determinadas. Otras incluyen modelos de desempate que aceptan la consideración de los mismos criterios, aunque con formulaciones aparentemente neutrales, como la supervivencia a largo plazo libre de enfermedad. Aún dentro de los modelos más objetivos que indican como criterio fundamental el pronóstico a corto plazo basado en la situación clínica del momento, esto trae consigo una fuerte carga de discriminación indirecta en grupos vulnerables.

Otro enfoque, respecto el principio de igualdad y no discriminación en el contexto de la pandemia, es el de los impactos diferenciados y desproporcionados de las medidas de salud pública restrictivas de derechos. Tales impactos son consecuencia de situaciones subyacentes de discriminación estructural de ciertos grupos donde existe una intersección de factores de vulnerabilidad. Las medidas de aislamiento, que evidentemente persiguen fines legítimos de salud pública y que pueden ser consistentes con un test tradicional de restricciones de derechos conforme a normas nacionales e internacionales de derechos humanos, no necesariamente limitan los derechos de manera neutral, incluso en algunos países se han presentado diseñadas explícitamente de manera discriminatoria. Comparto algunos ejemplos sin pretensión de exhaustividad:

Las personas a quienes las medidas de aislamiento les genera la total, o casi total, pérdida de ingresos, lo que redundará en una imposibilidad de satisfacer sus necesidades básicas. En general, este factor de vulnerabilidad coincide con personas que no cuentan con servicios básicos y condiciones de salubridad para cumplir con las medidas expuestas. Estos grupos, por su situación, se ven forzados a incumplir las medidas de aislamiento y, por lo tanto, corren el riesgo de ser perjudicados por respuestas punitivas. Otro ejemplo es el de las personas para quienes el aislamiento físico se traduce en un riesgo exacerbado de violencia, como es el caso de las mujeres y las niñas. Respecto al género, la desigualdad en la cuarentena también se manifiesta en los roles desproporcionados de cuidado directo e indirecto que tienen las mujeres. Esto, además de la sobrecarga física y mental diferenciada, puede tener otros efectos, como la profundización de la posición de desventaja que ya tienen las mujeres en el ámbito laboral.

Una expresión adicional de la discriminación en el contexto de las medidas de aislamiento, tiene que ver con las regulaciones de la implementación de las cuarentenas como medidas enfocadas en el género, que fueron rápidamente corregidas en varios países. En similar sentido, el mantenimiento estricto de cuarentenas para personas mayores fue considerada una diferenciación discriminatoria en el contexto de reclamos judiciales. Este panorama general permite plantear cuatro elementos de lo que sería una respuesta estatal que se tome en serio el principio de igualdad y no discriminación en el contexto de la pandemia:

1. Abstenerse de diferenciaciones discriminatorias en el diseño e implementación de las medidas que se adopten, incluyendo las relacionadas con la priorización de servicios de salud como en las medidas de aislamiento u otras restrictivas de derechos con fines de salud pública.

2. Adoptar medidas de compensación para mitigar los impactos desproporcionados de la pandemia en el ejercicio del derecho a la salud, en las limitaciones de derechos por razones de salud pública y en el acceso a la información. Sobre estas medidas de compensación con enfoques diferenciados, los organismos internacionales de derechos humanos, tanto a nivel universal como a nivel interamericano, han asumido un rol activo en proveer orientación específica a los Estados.

3. Adoptar de manera urgente e inmediata medidas económicas de apoyo suficiente a personas y familias en situación de vulnerabilidad socioeconómica, procurando en la mayor medida posible la focalización de dichas medidas, especialmente si se implementan a través de programas ya existentes.

4. Estas medidas urgentes deben activar paralelamente la consideración seria sobre las medidas a mediano y largo plazo necesarias para enfrentar los efectos devastadores que la pandemia tendrá en la economía y, consecuentemente, en la profundización de los indicadores que favorecen esa desigualdad estructural. Estos debates incluyen, al menos, la necesidad de los fundamentos de un ingreso básico universal, así como un nuevo pacto fiscal con enfoque en derechos humanos hacia el fortalecimiento de un Estado capaz de proveer bienes y servicios públicos y de tener bases sociales mínimas de protección social.

ARTÍCULOS



EL DERECHO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN APLICACIÓN DE LA LEY 1257 DE 2008:

una mirada a la época de pandemia del Covid-19 y sus efectos
Glitza Roncallo Robles* y Gisela Pérez Quesada*

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo analizar el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia en los años 2017, 2018 y 2020 en torno al fenómeno social y jurídico de la violencia contra la mujer, todo esto en aplicación de la Ley 1257 del 2008. El estudio evidencia que resulta común identificar los problemas de asimetría y de desigualdad de género en las sentencias judiciales. Asimismo, la Corte Constitucional, de acuerdo con la Constitución de Colombia y la ley, ha reconocido en su jurisprudencia que las mujeres son sujetos de especial protección constitucional, dado que están en una situación de *desventaja manifiesta*, extendida a todos los ámbitos de la sociedad (familiar, educación y trabajo). Sin duda, el análisis jurisprudencial otorga unas reglas claras y determinantes para los operadores judiciales

y administrativos para garantizar que todo se haga *en clave* de los derechos humanos y fundamentales de las mujeres como grupo de atención y protección constitucional.

Palabras clave: Violencia de género, Mujer, Corte Constitucional, Ley 1257, Pandemia, Covid-19.

Abstract: This article aims to analyze the jurisprudential law of the Constitutional Court of Colombia in the years 2017, 2018 and 2020 regarding the social and legal phenomenon of violence against women, all this in application of Law 1257 of 2008. The study demonstrates that it is common to identify problems of asymmetry and gender inequality in judicial decisions. Likewise, the Constitutional Court, in accordance with the Constitution of Colombia and the law, has recognized in its jurisprudence that women are subjects of special constitutional protection, given that they are in a situation of manifest disadvantage, extended to all areas of society (family, education and work). Without doubt, the jurisprudential analysis provides clear and decisive rules for judicial and administrative

* Abogada. Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Docente de la Universidad del Magdalena.

** Abogada. Especialista en Derecho Penal y Criminología. Fiscal delegada ante jueces municipales y promiscuos.

ve operators to guarantee that everything is done in the key of the human and fundamental rights of women as a group of care and constitutional protection.

Keywords: Gender violence, Woman, Constitutional Court, Law 1257, Pandemic, Covid-19.

Introducción

El Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, en su División para el Adelanto de la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), sostiene que, en los dos últimos años, varios países han adoptado o mejorado leyes con el fin de evitar la violencia contra las mujeres. Esta entidad entiende que dichas leyes deben garantizar el enjuiciamiento y el castigo de aquellos que cometen este tipo de violencia; busca, además, empoderar y apoyar a las víctimas y hace que la prevención se refuerce. No obstante, aún existen vacíos legales en esta materia. Es así, que todos los países del mundo continúan sin estar a la altura de sus obligaciones y compromisos internacionales para evitar la violencia contra las mujeres, tal como lo expone la ONU (2010).

Este estudio busca generar un impacto en el derecho y en la sociedad, ya que por falta de la buena aplicación de la Ley 1257 de 2008, se están vulnerando los derechos a muchas mujeres, y por tal razón se les está revictimizando, llevadas a callar y a no denunciar el maltrato del que son víctimas; es por esto que la Corte Constitucional de Colombia ha emitido pronunciamientos al respecto y reiterado su preocupación por la desigualdad de género en las sentencias

judiciales, además de la falta de aplicación de la Constitución Política y de los tratados internacionales ratificados por el país. De esta forma, la Sala Séptima, la Sala Sexta y la Sala Plena de Revisión de la Corte Constitucional, vienen reiterando, en sus jurisprudencias, el principio de la igualdad, agregando que la utilización de la violencia física, sexual y psicológica contra las mujeres son formas de discriminación. Estos organismos han expresado que, a pesar de los esfuerzos del Estado por incorporar mecanismos de protección en el ordenamiento jurídico, los índices de violencia, especialmente doméstica, siguen aumentando (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-338 del 2018).

Por lo anterior, la pregunta que nos hacemos es: ¿cuál ha sido el pronunciamiento de la Corte Constitucional en casos sobre violencia contra la mujer frente a la aplicación de la Ley 1257 de 2008 en los años 2017, 2018 y 2020?, ¿Cuál es la mirada frente a la violencia contra la mujer en época de pandemia del Covid-19? El objetivo es estudiar los hechos, las consideraciones y la regla jurisprudencial de las sentencias en casos en los que se ha pronunciado la Corte Constitucional con relación a la ley mencionada.

Definición conceptual de la agresión y de la violencia contra la mujer: una mirada a las categorías generales

La agresividad, entendida en términos de utilidad biológica, es una respuesta adaptativa de la conducta normal expresada, ya que con el fin de satisfacer las necesidades vitales y eliminar, o superar cualquier

amenaza contra la integridad física o psicológica, es orientada a la conservación del sujeto y de la especie. Solo en caso de actividad depredadora, la agresividad conduciría a la destrucción del oponente, llegando a provocar, incluso, la muerte (Ortega y Alcázar, 2016). Desde el punto de vista semántico, estos autores señalan que el término *violencia* se aplica convencionalmente a todas las formas de expresión de agresión, en las que el valor adaptativo ya está perdido y puede evidenciarse una alteración de los mecanismos naturales relacionados con el control de la conducta agresiva, en tanto que su objetivo es el daño externo.

Ahora bien, desde “[...] la perspectiva de la violencia de género o teoría feminista y la de violencia de pareja o simetría de género, son diferentes las formas de evaluar la violencia en las relaciones de pareja” (Arnoso et al., 2017, p. 16). Allí se comprende el predominio de diferentes tipos de conductas violentas, tales como la física, la psicológica o la sexual, por parte de un miembro de la pareja hacia el otro. Según Boira, Carbajosa y Méndez (2016), al analizar las principales conclusiones de la Organización Panamericana de la Salud (en adelante OPS) en diez países de Latinoamérica, la violencia constituye un problema social y al mismo tiempo de salud pública, pues incide radicalmente en la vida diaria de las mujeres violentadas.

De acuerdo con esto, sumado a que la vulneración de los derechos de la mujer es frecuente en nuestro sistema cultural, aun se considera natural que el sexo masculino esté asociado a la actividad, a la razón y a la agresividad; mientras que la esencia del

sexo femenino sea considerada la pasividad, el sentimiento y la ternura. Así, desde la lógica patriarcal se organiza el funcionamiento familiar desde dos variables: el poder y el género, causas constituyentes o entornos propicios para las interacciones violentas, principalmente con la vulneración de la mujer.

La violencia contra la mujer y sus diversos matices en el ordenamiento jurídico colombiano

No debe desconocerse, como expresa Ruiz, que: “[...] el proceso de emancipación de las mujeres ha estado determinado por el movimiento de la sociedad hacia el progreso, la libertad y la igualdad política y social” (2002, p. 35). Se habla de igualdad de derechos de hombres y mujeres, consagrado en nuestra carta magna, como una de las grandes reivindicaciones y conquistas de nuestros tiempos, sin embargo, esto no siempre sucede, y uno de los conflictos más relevantes de las sociedades es la violencia intrafamiliar.

Según la OPS, esta problemática incide de manera directa sobre la vida cotidiana de las mujeres, expresándose y agravándose a través del desarrollo de relaciones abusivas de poder, de control de las relaciones de la víctima y de la impunidad de los agresores. La investigación de la OPS en diez países latinoamericanos es conocida como *Ruta Crítica*, y su fundamento está en la *Convención de Belém do Pará*¹, reali-

¹ Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, adoptada el 9 de junio de 1991. Fue el primer tratado interna-

zada entre diciembre de 1994 y noviembre de 1996, donde se adoptaron políticas de atención y prevención de la violencia contra las mujeres. Cabe destacar que, a pesar de que esta convención se refiere a la violencia contra el género femenino, en ningún país de Latinoamérica se ha aprobado una legislación específica contra este tipo de agresión, sino contra la violencia intrafamiliar o, a lo sumo, contra la violencia hacia la mujer y la familia. Esto no es producto de un descuido, sino de la resistencia de los sectores políticos nacionales a aceptar la existencia, la gravedad y las dinámicas propias de las formas de violencia que se ejercen contra las mujeres, como lo expresa el Programa Mujer, Salud y Desarrollo de la OPS/OMS (2000).

Una respuesta apropiada hacia la violencia contra la mujer necesita incluir la búsqueda permanente y los reportes de nuevos casos que permitan la visualización de un camino claro hacia la capacitación de profesionales de manera permanente, facilitando la coordinación integral con todos los servicios disponibles (donde se incluya la investigación formal) y la orientación integral² a las mujeres expuestas.

cional de derechos humanos que aborda la violencia contra la mujer y consagra el derecho a que tengan una vida libre de violencia. Esto fue ratificado por Colombia mediante la Ley 248 del 29 de diciembre de 1995.

2 La orientación integral debe mirarse como el proceso donde se busca ayudar a las personas en la toma de decisiones en determinadas situaciones de su vida, y así conseguir la resolución de problemas personales y/o sociales. Dentro de la orientación integral se debe hacer énfasis en: "El desarrollo de capacidades. Asistencia técnica. Acciones de formación. Movilización social. Articulación intersectorial.

Un análisis legal de la protección para las mujeres en Colombia: construcción de una matriz

Si bien Colombia cuenta con avances en su legislación con relación a los derechos de la mujer, aun no tiene un marco legal sólido para avanzar en ellos, en la medida que aún existen desafíos importantes para su aplicación total, como muestran los datos sobre las brechas de género. Por ejemplo, la Constitución Política de 1991 es la gran aliada de los derechos y de la participación ciudadana en el país y de las mujeres. Después de ella, se han promulgado una serie de normas, entre reformas constitucionales, leyes, sentencias de la Corte Constitucional (en adelante CC) y actos legislativos relativos a ámbitos de acción en favor de las mujeres.

Además de las normas establecidas por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, hay un marco legal de referencia que se compone de un grupo de normas: la Ley 294 de 1996 (por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar), y la Ley 1257 de 2008 (por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman el código penal y de procedimiento penal). A continuación, presentamos una matriz legal, que hemos denominado *leyes favorables para las mujeres en Colombia*.

Gestión del conocimiento" (Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, 2020).

Tabla 1.
Leyes favorables para las mujeres en Colombia

Leyes	Descripción
Ley 248 de 29 de diciembre 1995	Convención de Belém do Pará La convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.
Ley 599 de 24 de julio de 2000	Código Penal Colombiano.
Ley 823 de 11 de julio de 2003	Se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.
Ley 906 de 31 de agosto de 2004	Código de Procedimiento Penal de Colombia. Sistema Penal Acusatorio.
Ley 1257 de 4 de diciembre de 2008	Se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres; se reforma el Código Penal, el de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.
Ley 1542 de 5 de julio de 2012	Garantiza la protección y diligencia de las autoridades en la investigación de los presuntos delitos de violencia contra la mujer y eliminar el carácter de querrelables y desistibles de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, tipificados en los artículos 229 y 233 del Código Penal.
Ley 1639 de 2 de julio de 2013	Se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 de 2000.
Ley 1761 de 6 de julio de 2015	Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones.

Fuente: Elaboración propia.

Además de estas leyes, se han expedido los siguientes decretos con el fin de prevenir la violencia contra la mujer, los cuales hacen parte del marco jurídico vigente en el país.

Tabla 2.
Decretos favorables para las mujeres en Colombia

Decretos	Descripción
Decreto 164 de 25 de enero de 2010	Se crea una comisión intersectorial denominada <i>Mesa interinstitucional para erradicar la violencia contra las Mujeres</i> .
Decreto 2734 de 27 de diciembre de 2012	Por el cual se reglamentan las medidas de atención a las mujeres víctimas de violencia

Fuente: elaboración propia.

Estas normas nacionales e internacionales son evidencia de somos testigos de un creciente impulso para frenar la violencia contra las mujeres. Es así que las normas que contienen el marco modelo para la legislación en materia de violencia contra

las mujeres se constituyen en una herramienta importante de apoyo a las iniciativas encaminadas a proporcionar justicia, ayuda, protección y soluciones jurídicas a las víctimas y a responsabilizar a los actores de tales acontecimientos.

Análisis de caso: una mirada al derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional

Construcción de línea (sentencias relevantes y no relevantes)

Gana especial relevancia, para la construcción de líneas jurisprudenciales en el análisis de las decisiones y de los precedentes judiciales de las altas cortes, en la medida en que le permite a los juristas, al momento de plantear determinado caso: (a) diseñar una táctica que le permita la defensa articulada en las resoluciones que fueron proferidas previamente; (b) determinar los razonamientos jurídicos que se relacionan, los cuales dan soporte a la decisión, y (c) identificar el trayecto que las posiciones jurídicas han recorrido a lo largo del tiempo, con la finalidad de predecir cuál sería la determinación de un juez sobre cualquier problema jurídico.

La importancia de la línea jurisprudencial radica en que se convierte en un valioso soporte para un mejor análisis de caso y, de igual manera, representa una ayuda que posibilita la identificación de los contenidos normativos en las sentencias. A su vez, sienta un precedente y sirve de guía

para la toma de decisiones relacionadas con ciertos temas. También las líneas jurisprudenciales ayudan a tener una idea clara de cuál ha sido el desarrollo normativo de un tema específico.

Metodología y procedimiento

La metodología desarrollada en este trabajo se caracteriza por corresponder al paradigma cualitativo, siendo de diseño documental, basada en un análisis jurisprudencial que permite reflexionar sobre la información recolectada y analizada de sentencias de la Sala Séptima, la Sala Sexta y la Sala Plena de Revisión de la CC. Se analizan cuatro sentencias que fueron proferidas en el periodo comprendido entre 2017, 2018 y 2020. Para clasificar y procesar la información se construyó una matriz de tres entradas, según las categorías de análisis (los hechos, las consideraciones y la línea jurisprudencial).

Resultados: análisis de la jurisprudencia Sentencia T-027 del 2017

Hechos y consideraciones. El presente caso resuelve una acción de tutela inter-

puesta por la señora DPAP³ en contra de la Comisaría de Familia XX de Bogotá y el Juzgado XX de Familia de Bogotá D.C., al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la integridad personal y a la vida, por haberse negado la solicitud de desalojo por violencia intrafamiliar del señor JGZ. La accionante indica que solicitó ante la Comisaría de Familia XX de Bogotá una medida de protección de desalojo contra JGZE. Ello en razón a que fue víctima de violencia física y psicológica de su parte. Refiere que la última agresión ocurrió el 1 de agosto de 2015, cuando su compañero “[...]” lo empujó en varias ocasiones contra la pared, el piso y la cama, ocasionándole varias lesiones (equimosis) en los brazos, piernas, espalda, tobillos y manos”. Indica que, además, tan gravosa fue la violencia, que la valoración realizada por medicina legal sumó ocho días de incapacidad. Expone que la Comisaría de Familia resolvió no conceder la medida de aseguramiento solicitada al considerar que no contaba con los elementos probatorios suficientes para determinar la existencia de agresiones que pusieran en peligro su humanidad o integridad.

En este caso, la CC consideró aplicable la jurisprudencia de este tribunal, en procura de la salvaguarda de los principios de cosa juzgada y autonomía judicial, y admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, supeditándola a la configuración de

dos conjuntos de criterios. Por una parte, lo que se ha denominado *requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales* (C-590 de 2005), que permiten establecer si el asunto es de aquellos en los que el juez constitucional puede conocer del caso; y, por otra parte, lo que ha denominado las *causales especiales de procedibilidad* (C-590 de 2005), que son los criterios que determinan si en efecto se verificó o no una violación al derecho del debido proceso. Cumplidos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, puede entonces el juez constitucional pasar a analizar si, en el caso concreto, se verifica alguna de estas causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En este caso, la accionante alega la existencia de un defecto fáctico en la sentencia proferida por el Juzgado de Familia accionado, al no haber tenido en cuenta el informe de medicina legal que aportó para efectos de demostrar que existía violencia intrafamiliar y que, por lo tanto, debía ordenarse el desalojo de su excompañero.

Regla jurisprudencial del caso. La CC, en cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales, ha reconocido en su jurisprudencia que las mujeres son sujetos de especial protección constitucional, debido a que presentan una *situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo*. En este sentido, y en el marco de un ámbito investigativo y de juzgamiento de la violencia de género, la CC ha amparado los derechos fundamentales de este grupo poblacional cuando

3 En aras de garantizar la protección de los derechos de los accionantes y demás, se omite su nombre de pila y se utilizarán las siglas asignadas al caso.

Tabla 3.
Sentencias de la Corte Constitucional sobre violencia contra la mujer

Sentencias relevantes de la Corte Constitucional sobre violencia contra la mujer	Sentencias no relevantes de la Corte Constitucional sobre violencia contra la mujer
Sentencia T-027/17	Sentencia T-311/18
Sentencia T-338/18	Sentencia T-012/16
Sentencia SU-080/20	Sentencia T-184/17

Fuente: elaboración propia.

se ha demostrado que las autoridades de conocimiento han vulnerado el derecho al debido proceso en la evaluación, con la necesidad de brindar medidas de protección por violencia intrafamiliar.

Asimismo, la CC trajo a colación la Sentencia T-241 de 2016, en la que tuvo lugar a pronunciarse sobre la vulneración de los derechos fundamentales de una mujer víctima de violencia intrafamiliar, por el defecto fáctico en el que pudo incurrir el juez accionado al revocar la decisión adoptada por la Comisaría de Familia, consistente en declarar el incumplimiento de la medida de protección que favorecía a la accionante. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha indicado que en los casos de violencia contra la mujer, las obligaciones específicas derivadas de la Convención de Belém do Pará, refuerzan y complementan las obligaciones generales contenidas en el artículo 8 (garantías judiciales) y de protección judicial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), de manera que: “[...] los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas, una obligación reforzada a partir de la Convención de Belém do Pará”. En cuanto al mandato contenido en el literal b del artículo 7 de esta convención, es preciso indicar que la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Asamblea General de la ONU también lo reconoce en su artículo 4: “Los Estados deberán: “[...] c) Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares”.

Existen demandas ante la CIDH en contra de los Estados de la CADH por el incumplimiento del deber de debida diligencia, siendo una de las más célebres la que presentó María Da Penha contra Brasil. En aquella oportunidad, y tras comprobarse que en el país existía una clara discriminación contra las mujeres agredidas por la ineficacia de los sistemas judiciales brasileños, la CC condenó el hecho de que el Estado se hubiere tardado más de quince años en tomar medidas efectivas en contra del agresor, concluyéndose que su impunidad resultaba contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida al ratificar la Convención de Belém do Pará.

Sentencia T-338 del 2018

Hechos y consideraciones. El presente caso resuelve una acción de tutela, interpuesta el 20 de junio de 2017 por la señora NARD contra su excompañero permanente, el señor WEGD, donde la actora inició acción de protección por violencia intrafamiliar en la Comisaría XX de Familia-Suba XX, por actos de violencia física y psicológica cometidos en su contra y de su hija LDGR de 9 años de edad.

La accionante manifiesta que el señor WEGD, el día 12 de junio de 2017, llegó de mal genio a la casa, insultándola, diciéndole palabras ofensivas y vulgares⁴. La accionante le dijo al señor WEGD que, si estaba

4 La insultó diciéndole que: “[...] era una perra, una puta que se vivía revolcando con uno y con el otro y que él ya sabía porque le habían contado” [...] “putear” [...] “puta y por perra”. (Expresiones literales Sentencia T-338 del 2018, hecho #2).

aburrido, que mejor dejaran las cosas así, pero WEGD reaccionó y siguió gritándole, y en esa ocasión golpeó a la señora NARD. A raíz de lo anterior, la peticionaria prefirió irse de la casa y pasar la noche en la calle para que no la siguieran agrediendo. En razón de lo anterior, la Comisaría XX de Familia-Suba XX admitió y avocó el conocimiento de la acción de protección por violencia intrafamiliar en favor de la actora y de su hija mediante Auto del 20 de junio de 2017 y ordenó a WEGD a abstenerse de realizar cualquier conducta que implicara violencia física, verbal o psicológica, escándalo o amenaza, en contra de NARS y/o en presencia de la niña LDGR. Adicionalmente, citó a las partes para la audiencia de trámite y de fallo el 29 de junio, y ofreció a la accionante la posibilidad de hospedarse en una casa refugio para mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, pero la peticionaria no aceptó el ofrecimiento porque contaba con el apoyo de su mamá y de su hermana, a quienes consideraba aptas para protegerla de su antiguo compañero.

Teniendo en cuenta las dos solicitudes, la Comisaría XX de Familia-Suba XX decidió acumular las acciones por violencia intrafamiliar No. XXX y XXX de 2017, cuyas partes son NARS y WEGD. Mediante fallo del 29 de junio de 2017, la Comisaría XX de Familia-Suba XX dictó medida de protección definitiva a favor de NARS, WEGD y la niña LDGR, prohibiendo a las dos partes repetir los hechos objeto de queja o cualquier conducta de amenaza u ofensa, hostigamiento, agresión verbal o física, intimidación, agravio o cualquier comportamiento que pudiera constituir violencia intrafamiliar.

El 22 de agosto de 2017, el Colegio RD informó a la Comisaría XX Familia-Suba XX de que, el 4 de agosto anterior, se presentó una situación entre la abuela materna y el padre de la niña LDGR, donde la agarraban cada uno de un brazo, por lo que los docentes del colegio tuvieron que intervenir y se la llevaron para que recibiera atención psicológica. Durante el servicio de orientación con la psicóloga, LDGR contó una agresión acontecida entre sus padres la noche anterior, por lo que fue necesario llamar a la policía. La psicóloga enfatizó en que no se evidenciaba espontaneidad en los relatos de la niña. El colegio solicitó una valoración de la situación por parte de la Comisaría XX de Familia-Suba XX, con el fin de garantizar el restablecimiento de los derechos de la menor de edad, por lo que la Comisaría XX de Familia-Suba XX inició de oficio el primer incidente de desacato el 30 de agosto de 2017. Posteriormente, el 8 de septiembre de 2017, la Comisaría XX de Familia-Suba XX declaró el incumplimiento de la medida de protección por parte de WEGD. En consecuencia, le impuso una multa de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, convertibles en arresto de tres días por cada salario dejado de cancelar. Dicha decisión fue en grado de consulta dentro del incidente de desacato, mediante fallo del 26 de septiembre de 2017. El Juzgado XX de FCB confirmó la decisión de la Comisaría.

Con fundamento en esto, la juez accionada consideró que la señora NARS incumplió la medida de protección impuesta a favor de su hija. En consecuencia, le impuso la misma multa que al señor WEGD. Adicionalmente, ordenó a la Comisaría

iniciar las actuaciones tendientes al restablecimiento de los derechos de la menor de edad. De esta manera, la peticionaria interpuso una acción de tutela en contra del fallo, por considerar que incurrió en un defecto fáctico. Particularmente, afirmó que el juzgado accionado no valoró la totalidad de las pruebas del expediente, en las que se demuestran los diferentes actos de agresión del señor WEGD en contra suya y de su hija, y que, a pesar de ello, su sanción es igual a la de su agresor.

Regla jurisprudencial del caso. La CC, como primera medida, entró a analizar los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra la providencia judicial. La discusión en este punto no tiene mayor explicación que la de notar un desconocimiento de un derecho constitucional, o de que fuese aplicado indebidamente, y que es posible a través de la tutela pedir su efectivo reconocimiento.

Seguido a esto, la CC analizó el tema de violencia contra la mujer. Mencionó que es un fenómeno causado por distintos aspectos, tales como la historia, la cultura y la sociedad, entendido como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. La comunidad internacional está al tanto de esta situación, y a través de varias convenciones y tratados pretenden erradicarla. La ONU, mediante tratados internacionales (1967, 1981, 1993, 1995), ha buscado que los países firmantes y no firmantes sigan estos lineamientos. Un tratado importante que Colombia ha ratificado es el mencionado Belém do Pará, donde el lema fue que la mujer será libre tanto en el ámbito público como en el privado. Este es un

punto que la CC analiza bien, mencionando jurisprudencias y leyes en las cuales se intenta eliminar de manera efectiva y real la violencia contra la mujer. Algo a destacar es que esta violencia sigue siendo invisibilizada, pues lastimosamente existe el estereotipo de que los problemas de casa se quedan en casa, por lo que son pocos los casos que se denuncian, lo que genera poca acción por parte del Estado.

Sentencia SU-080 del 2020

Hechos y consideraciones. La accionante, quien actúa a través de apoderado, interpuso acción de tutela contra la decisión que emitió la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 14 de febrero de 2017, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida dentro del proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio católico, adelantado por el Juzgado Once de Familia de Bogotá. Indicó que el 16 de mayo de 2013 presentó una demanda de cesación de efectos civiles del matrimonio en contra de VAM, pretendiendo que se decretara la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal, la fijación de la cuota alimentaria a favor de su hija menor de edad y la condena al demandado como cónyuge culpable del pago de alimentos con destino a la señora SCD por la cuantía mínima de \$3.000.000. Para esos efectos invocó las causales 2ª, 3ª y 8ª.

Mediante sentencia del 15 de septiembre de 2016, el Juzgado XX de Familia de Bogotá D.C, decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico y la disolución y liquidación de la sociedad

conyugal, al haber encontrado probadas las causales 2ª y 8ª del artículo 154 del Código Civil, determinando como cónyuge culpable al demandado. De esta forma, solicitó que se tutelaran sus derechos fundamentales: “[...] a no ser discriminada por razones de género, ni víctima de violencia contra la mujer ni intrafamiliar [...] **y así se ampare su derecho** fundamental a ser resarcida en los términos del literal g del artículo 7 de la Convención de Belem do Pará [...]” y, en consecuencia “[...] se disponga la reparación de perjuicios prevista en el numeral 4ª del artículo 411 del Código Civil, bajo la forma de prestación alimentaria periódica [...]”.

La apelación de la demandante en el proceso ordinario atacó dos puntos específicos, a saber: la negativa de la juez que, en esa oportunidad, no reconoció la materialización de la causal 3ª de divorcio, al encontrar que era posible que en la relación marital este tipo de actos se hayan presentado por parte de ambos cónyuges y, segundo, la negativa contenida en esa primigenia decisión de tasar la cuota alimentaria en favor de la demandante, mecanismo que usó el apoderado de la accionante tanto en el proceso ordinario como en el trámite de tutela, para aproximarse al fundamento de su pretensión, esto es, que su representada fuera resarcida, reparada y/o compensada con independencia de que se tratara de una profesional que percibiera ingresos mensuales al trabajar como consejera de Estado, y ello por cuanto que, de la ausencia de necesidad de una cuota alimentaria, no puede seguirse la inexistencia de medidas de reparación, resarcimiento y/o compensación en su favor.

Regla jurisprudencial del caso. El modelo del Estado social de derecho no solo proscribire toda discriminación infundada, sino que potencia la realización de acciones como una forma de lograr que la igualdad no sea solo un postulado teórico o programático, sino el camino para el alcance de cotas de igualdad material, auténticas y reales. Sobre el caso en mención, la CC sostuvo que esta clase de violencia: “[...] es un fenómeno que suele estar relacionado con diversas causas sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, que opera en conjunto o aisladamente en desmedro de la dignidad humana.” Esto permite comprender de nuevo la importancia de la Convención de Belém do Pará, ratificada por Colombia por medio de la Ley 248 de 1995. En su preámbulo, los Estados partes hicieron una serie de manifestaciones, todas ellas de absoluta relevancia, para comprender el contexto, el propósito y el contenido de la convención. Allí se planteó que la violencia contra mujer comprende: “[...] cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Y describe tres tipos de violencia: la física, la sexual y la psicológica, visibilizando tres ámbitos donde se manifiesta esta violencia: i) en la vida privada cuando la violencia se ejerce dentro de la familia, la unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, aun cuando el agresor ya no viva con la víctima; ii) en la vida pública cuando la violencia es ejercida por cualquier persona, ya sea que esta se lleve a cabo en la comunidad, en el lugar de trabajo, en instituciones educativas, en establecimientos de salud o en cualquier otro lugar; finalmente, iii) la violencia perpetrada

o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

Una mirada a la violencia contra la mujer en época de pandemia del Covid-19

Antes de la pandemia del Covid-19⁵, ya en Colombia las mujeres se encontraban en gran desventaja en el ámbito laboral, económico, familiar y social con los hombres, pues la mayoría de ellas ganan salarialmente un poco menos, y muchas dependen económicamente de éstos. Las mujeres, en su parte afectiva, son maltratadas y humilladas, y escuchamos canciones cubiertas de chistes sexistas, además la publicidad en que el cuerpo femenino es el objeto para la venta de todo tipo de productos. Por todas estas situaciones, vemos la discriminación en la que mujer se encuentra. El informe presentado por el director del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE) explica que, durante esta crisis económica, el desempleo femenino aumentó en un 16.4%, mientras que en los hombres fue de 9,8%: “La diferencia de desempleo entre géneros era de 6,2 puntos porcentuales en el primer

5 “Los coronavirus (CoV) son virus que surgen periódicamente en diferentes áreas del mundo y que causan Infección Respiratoria Aguda (IRA), es decir, gripas que pueden llegar a ser leves, moderadas o graves. Se han identificado casos en todos los continentes y, el 6 de marzo se confirmó el primer caso en Colombia” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020). Con la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, Colombia decreta la emergencia sanitaria y se ordenan medidas preventivas de aislamiento y cuarentena.

trimestre del año pasado. En el mismo periodo de 2020 es 6,6 puntos porcentuales” (revista Dinero, 2020, párr.4).

En Colombia existe una gran pandemia que es el feminicidio. Este flagelo es el resultado, en muchos casos, de una violencia de género, la cual ha crecido de forma sorprendente a raíz del confinamiento del Covid-19, declarado con la finalidad de mitigar la crisis sanitaria. Se suponía que al estar en casa se estaba más seguro, pero para muchas mujeres ha sido todo lo contrario. Según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE), en 2020, a nivel mundial, una de cada tres mujeres en el ámbito doméstico ha experimentado algún tipo de violencia; y según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante CEPAL) se informa que, en el 2020, en los países de Latinoamérica y el Caribe, una de cuatro mujeres ha sufrido situaciones de violencia física o sexual por parte de su pareja, lo que lo hace más preocupante, ya que las mujeres, en su estado de indefensión constante, se encuentran viviendo con su propio agresor.

No hay unanimidad en las cifras de feminicidios en Colombia durante la pandemia, la Fiscalía General tiene registrados 76, aseguran que el 96 por ciento de estos se han esclarecido, lo que no necesariamente quiere decir que exista condena, pues algunos procesos apenas están en investigación. Por su parte, el Observatorio de Feminicidios en Colombia ha contabilizado a corte del 22 de junio 113 mujeres asesinadas. Con el pasar de los días de pandemia, las cifras muestran que la violencia crece. En

marzo, el Observatorio registró 18 casos, en abril fueron 27, en mayo 31 y en junio 37” (revista Semana, 2020, párr.5).

En la publicación número 37 de la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, se informa que, en Colombia, entre el 25 de marzo y el 14 de mayo de 2020, se ha reportado un aumento en las llamadas a la línea 155, creada para la orientación de mujeres víctimas de violencia. Este aumento ha llegado a un 170% (DANE, 2019). Desde el 24 de marzo hasta el 6 de abril de 2020 se han presentado 12 casos de feminicidio (Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, 2020). La mayoría de estos casos han sido cometidos por parejas o exparejas de las víctimas, y las barreras para acceder a los servicios de salud, de justicia y de servicios sociales y psicológicos, como refugios, se han amplificado durante esta época.

La violencia contra la mujer no conoce estatus, posición social, laboral, económica, raza o creencia religiosa, pues se presenta donde menos lo pensamos; es así como la CC, en la Sentencia SU-080 de 2020, muestra este flagelo y los distintos matices de la violencia contra la mujer. Allí, la CC restableció los derechos a una mujer al exigir ser reparada integralmente por los daños que padeció, a vivir libre de violencia intrafamiliar, a no ser revictimizada, ya que, al presentar un proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio católico, invocando las causales 2, 3 y 8 del artículo 154 del Código Civil, le fue negado su derecho, pese a que dentro del trámite del proceso se demuestra claramente su violación, pero por su estatus económico le fue negado.

La Fiscalía General de la Nación ha señalado que durante el periodo de cuarentena 19 mujeres han sido víctimas de feminicidio, así mismo, esta entidad ha recibido 3.069 denuncias de violencia intrafamiliar, de las cuales 1.407 corresponden a delitos sexuales. Es preciso que el ente investigador proporcione información pública sobre el comportamiento de este tipo de violencias en el mismo periodo del año anterior para establecer con claridad la variación de un año a otro. Sin embargo, destacamos que esto significaría que, durante la cuarentena, aproximadamente cada 25 horas fue denunciado un feminicidio, cada 10 minutos se realizó una denuncia de violencia intrafamiliar y cada 21 minutos una denuncia por delitos sexuales. (Sisma Mujer, 2020, p. 5)

La Comisaría de Familia del Carmen de Bolívar⁶, informó que, en ese municipio, se han atendido 83 casos por violencia contra la mujer en época de pandemia del Covid-19, desde el 26 de marzo hasta el 20 de agosto de 2020, cifra que es alarmante toda vez que en un solo municipio de Colombia arroje tantos casos, lo que demuestra que la violencia de género ha sido y será la pandemia de por vida de las mujeres si no se toman los correctivos necesarios para que cese definitivamente. Podemos evidenciar que, en época de pandemia, la violencia contra la mujer se

6 Información obtenida a partir de un derecho de petición que las autoras del presente artículo elevaron ante dicha dependencia el día 12 de agosto de 2020, respondido con oficio de fecha 20 de agosto de 2020, bajo el radicado CFECB. Of.090.

agudizó y el Estado no estaba preparado para afrontar dicho flagelo.

Conclusiones

Para analizar el maltrato a la mujer es necesario conocer y ponderar las condiciones sociales, económicas y demográficas; al comprender la manera en que estos factores se vinculan con la violencia, esto permitirá dar un paso central en el enfoque de salud pública para prevenirla, empezando por la forma en que estos comportamientos son asumidos por muchos jueces, los cuales naturalizan la violencia con visiones erradas de los casos presentados. Se ha notado que la lógica patriarcal (poder y género), ligada a condiciones de sometimiento y poco acceso al desarrollo personal de las mujeres, niñas y ancianas, son factores propicios para la violencia intrafamiliar y de género, siendo las mujeres más vulneradas por el aparato judicial encargado de, precisamente, protegerlas.

Reconociendo que la violencia contra la mujer es una realidad social, generada como consecuencia de una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre los géneros, en el plano internacional se han suscrito numerosos instrumentos para hacerle frente. Por ejemplo, en lo regional, además de la protección a nivel general que ofrece la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), se aprobó, en 1995, la mencionada Convención de Belém do Pará; igualmente, la Constitución Política de Colombia, en su artículo 13 y 43, reconoce el mandato de igualdad ante la ley y prohíbe toda forma de discriminación por razones de sexo, dis-

poniendo que el hombre y la mujer gocen de iguales derechos y libertades. Dichos instrumentos internacionales son citados de manera amplia en la jurisprudencia nacional, como es el caso de la CC en la Sentencia T-027/17 y en la SU-080/2020.

En el plano interamericano, la CIDH ha indicado con precisión que, en los casos de violencia contra la mujer, las obligaciones específicas derivadas de la Convención de Belém do Pará refuerzan y complementan las obligaciones generales contenidas en los artículos 8 (sobre las garantías judiciales) y 25 (sobre la protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La mencionada convención se ha convertido en uno de los elementos internacionales más importantes en esta materia, pues es una normatividad que recoge las principales obligaciones que los Estados miembros de la ONU deben cumplir, evitando la reproducción de distintos tipos de discriminación en contra de la mujer. Es a partir de esto que organizaciones y tribunales internacionales han establecido los estándares de protección de las mujeres en el ámbito público y privado.

La conclusión es que, en los casos específicos de violencia contra la mujer, la investigación es la etapa de mayor importancia procesal, pues es allí donde pueden obtenerse los elementos probatorios necesarios para brindar una tutela efectiva de los derechos que les asisten. El Estado colombiano, en consonancia con los diferentes mandatos constitucionales y del derecho internacional, viene adoptando un marco legal y de jurisprudencia que tiende a la erradicación de la discriminación y de la violencia contra la mujer.

Referencias

- Arnosó, A., Ibabe, I., Arnosó, M. y Elgorriaga, E. (2017). El sexismo como predictor de la violencia de pareja en un contexto multicultural. *Anuario de Psicología Jurídica*, 27, 9-20.
- Boira, S., Carbajosa, P. y Méndez, R. (2016). Miedo, conformidad y silencio. La violencia en las relaciones de pareja en áreas rurales de Ecuador. *Psychosocial Intervention*, 25 (1), 9-17.
- Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer. (2020). *Octavo Boletín sobre la atención de líneas de atención telefónica a mujeres en el contexto de medidas de aislamiento preventivo por Coronavirus en Colombia*. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia T-027/17*. República de Colombia.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE). (2019). *Gran Encuesta Integrada de Hogares*. Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2010). *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer*. Organización de las Naciones Unidas.
- OPS/OMS. Programa Mujer, Salud y Desarrollo. (2000). *La ruta crítica de las mujeres afectadas violencia intrafamiliar en América Latina. Estudios de caso en 10 países*. OPS/OMS.
- Ortega, J. y Alcázar, M. (2016). Neurobiología de la agresión y la violencia. *Anuario de Psicología Jurídica*, 26, 60-69.
- Revista Dinero (28 de mayo de 2020). *El drama de ser mujer durante la pandemia*. <https://www.dinero.com/pais/articulo/como-afecta-la-pandemia-a-las-mujeres-en-colombia/286878>
- Revista Semana (30 de junio de 2020). *El fatal destino de las mujeres encerradas con sus agresores*. <https://www.semana.com/nacion/articulo/feminicidios-en-la-pandemia-en-colombia/682928>
- Ruiz, R. (2002). *La Violencia y los derechos humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Sisma Mujer. (2020). *Comportamiento de las violencias contra las mujeres en el marco de la Pandemia del Covid-19 en Colombia*. <https://www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2019/07/Boleti%CC%81n-Sisma-Mujer-COVID-19-y-DH-de-las-mujeres-en-Colombia.pdf>



COMUNIDAD LGBTI Y SU DERECHO A LA SALUD EN TIEMPOS DE PANDEMIA: CASOS COLOMBIA Y ARGENTINA

VIANNIS CLARETH ROBLES MANJARRÉS*

Resumen: El presente artículo busca conocer un poco las dinámicas de los derechos humanos en medio de la pandemia generada por el virus del Covid-19, el cual se convirtió en un evento de magnitudes no esperadas, obligando a los países a tomar diferentes tipos de medidas para los ciudadanos, haciendo una observancia a las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex (LGBTI) que, como comunidad vulnerable, debieron ser protegidos, centrándonos en el derecho a la salud de ellos, para así conocer las realidades dentro de las políticas públicas de los Estados y en concreto de Colombia y Argentina, llevando a cabo una recopilación documental, legal y jurisprudencial con el propósito de desarrollar el análisis de si existieron o no, observando cuáles fueron las disposiciones

que se tomaron para la garantía de derechos de esta población tan golpeada por la discriminación y la violencia.

Palabras Clave: LGBTI, comunidad, derechos humanos, pandemia, políticas públicas.

Abstract: This article seeks to be close to the dynamics of human rights in spite of the pandemic generated by the Covid-19 virus, which became an event of unexpected magnitudes, forcing countries to take different types of measures for citizens, observing lesbian, gay, bisexual, trans and intersex (LGBTI) people who, as a vulnerable community, should be protected, focusing on their right to health, in order to know the realities within the public policies of the States and specifically of Colombia and Argentina, carrying out a documentary, legal and jurisprudential compilation with the purpose of developing the analysis of whether they existed or not, observing what were the provisions that were taken to guarantee rights of this population so affected by discrimination and violence

Keywords: LGBTI, community, human rights, pandemic, public policies.

* Abogada, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Maestrante en Promoción y Protección a los Derechos Humanos, Universidad del Magdalena. Docente catedrática de Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación, área de Derechos Humanos, Programa de Derecho de la Universidad del Magdalena. vrobles@unimagdalena.edu.co.

Introducción

Una vez más, como fruto de las lecciones aprendidas tras la Segunda Guerra Mundial, la Organización de las Naciones Unidas creó la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) el 7 de abril de 1948, entidad que, desde aquella época, ha velado por mantener los estándares de salud alrededor del mundo. Esta institución ha evolucionado conforme al devenir de las sociedades, renovando los criterios médicos a partir de aportaciones de científicos de las áreas de la salud y de las ciencias sociales; una de las consecuencias de dichas transformaciones ocurrió hace treinta años, el día 17 de mayo de 1990, cuando la homosexualidad fue eliminada de la lista de enfermedades psiquiátricas por parte de la asamblea general de la OMS.

Este hecho generó un impacto trascendental en estas personas, afectadas por prejuicios y estigmas, quienes cargaban con los rótulos de pecadores, delincuentes y enfermos, que por medio de métodos y técnicas se pretendían curar, lo cual, indiscutiblemente, desembocaba en vejámenes y en violaciones flagrantes y crueles de sus derechos humanos. Largo ha sido el camino de las luchas por la reivindicación de derechos de la comunidad LGBTI, enfrentados a Estados homofóbicos, a religiones inquisidoras y a una sociedad intolerante, hasta el punto de convertir a los cuerpos que se autorreconocen con su orientación sexual, identidad o expresión de género diversas, en depositarios de violencia.

En 2020 se levantó otra barrera para el alcance del goce efectivo de los derechos de la comunidad LGBTI, uno que ahondó y recrudesció las grietas de las desigualdades sociales, dejando a la vista de todos la vida de las personas en condiciones de vulnera-

bilidad; este nuevo antagonista es la pandemia originada por la enfermedad por Coronavirus 2019, también llamada Covid-19, producida por el virus SARS-CoV-2. Esta enfermedad, detectada por primera vez en la ciudad de Wuhan en diciembre de 2019, en la República Popular China, formó una cadena de situaciones desafortunadas, llevando al mundo a una cuarentena, a un confinamiento y a un distanciamiento social después de ser reconocida por la OMS, el 11 de marzo de 2020, como pandemia.

Según los reportes de dicha organización, para el día 19 de octubre de 2020, la cifra de casos de personas contagiadas reportados era de 40.6 millones, en donde Argentina se encontraba entre los cinco países con mayor número de infectados, mientras que Colombia se encontraba en las cifras de los cinco países con mayor número de recuperados. Alrededor del mundo se tomaron diferentes tipos de medidas para contrarrestar los efectos del virus y evitar el colapso de los sistemas de salud, por lo que daremos una mirada a los dos países mencionados para observar cuáles fueron las disposiciones o políticas públicas que se tomaron para la garantía de derechos de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI. Se busca resolver la pregunta de si en medio de la dinámica de la pandemia hubo protección de los derechos humanos encaminados a esta población vulnerable.

Marco conceptual

El punto de partida de esta investigación está en los términos de la comunidad LGBTI y las políticas públicas que lo contemplan y están a su favor.

LGBTI

Esta sigla ha venido transformándose desde la década de 1950 y ha tomado auge desde 1990, incorporando a un grupo de personas que se autorreconocen con orientaciones sexuales y de género distintas a las hegemónicamente impuestas, como lo exponen Mejía y Almanza:

Ahora, en torno a la moderna designación que utilizan las personas con orientaciones sexuales homoeróticas para agruparse en sus diferentes manifestaciones, esto es, “LGBT”, es preciso ilustrar que es una sigla que se encuentra en uso desde los años 90 y corresponde a una extensión de la expresión LGB, que a su vez había reemplazado a la voz “comunidad gay” que muchos homosexuales, bisexuales y transexuales sentían que no les representaba adecuadamente. En su orden la sigla hace alusión al grupo conformado por lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas. Esta multicitada sigla se ha constituido como una expresión de auto-identificación y ha sido adoptada por la mayoría de comunidades y medios de comunicación LGBT en muchos países angloparlantes y recientemente en Latinoamérica. No obstante, no son de la complacencia de todos a los que literalmente integra. Por un lado, algunos intersexuales (hermafroditas) quieren ser incluidos en el grupo LGBT y preferirían el término “LGBTI”. (Mejía y Almanza, 2010, p. 2)

Política pública

Este concepto permite analizar el papel de los Estados en la puesta en marcha de mecanismos para la protección de los derechos humanos. Como lo plantea Raúl Velásquez Gavilanes:

Política pública es un proceso integrador de decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos, adelantado por autoridades públicas con la participación eventual de los particulares, y encaminado a solucionar o prevenir una situación definida como problemática. La política pública hace parte de un ambiente determinado del cual se nutre y al cual pretende modificar o mantener. (Velásquez, 2009, p. 9)

Entendemos política pública en un sentido amplio, como actuaciones estatales en amparo de grupos identificables, en aras de garantizar y proteger los derechos de poblaciones vulnerables, como el caso particular de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI, con identidades de género y orientaciones sexuales diversas.

Marco jurídico para las personas LGBTI en la pandemia **Organismos de carácter internacional**

Es bien sabida la relevancia de las dos entidades que componen el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante SIDH): la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), organismo que juega un rol fundamental dentro del SIDH, ya

que, por ser de tipo contencioso, realiza la atribución de responsabilidad a los Estados por violaciones a los derechos humanos. Es, además de órgano consultivo, encargado de dictar medidas provisionales y supervisar el cumplimiento cabal de las sentencias impuestas; y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), órgano principal de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), que goza de autonomía para ejercer sus funciones, promoviendo la defensa y el cumplimiento de los derechos humanos en la región.

Ambas instituciones se preocupan por la frecuencia de las vulneraciones a los miembros de la comunidad LGBTI, como una población destinataria de acciones u omisiones del Estado que atentan contra la pluralidad de derechos, entre ellos la salud y el acceso a la misma. Era preciso que en el contexto de la pandemia hubiera, por parte de estos organismos, pronunciamientos destinados a la protección y garantía de los derechos de la comunidad LGBTI. En este caso, por parte de la Corte IDH se expidió la Declaración 1/20 del 9 de abril de 2020, en la cual se expone:

Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas

privadas de la libertad, las personas LGBTI [...] (Corte IDH, 2020, p. 2)

La anterior manifestación muestra la preocupación por este grupo de especial protección, y la necesidad de darle cumplimiento al artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que demanda a los Estados medidas efectivas para el acceso a la salud, tal como lo sentó en jurisprudencia el caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala con la sentencia del 23 de agosto de 2018, que señala:

La Corte advierte la existencia de una interrelación entre el compromiso de los Estados de garantizar una política eficiente de seguridad social y su deber de garantizar la atención de la salud, más aún en el contexto de las enfermedades endémicas. De esta forma, la Corte reitera que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad para derivar la existencia del derecho a la salud reconocido implícitamente por la Carta de la OEA (párr. 99)

Esta postura de la Corte Constitucional también abarca los derechos a la salud de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI, quienes en medio de la pandemia han vivido las consecuencias del recrudecimiento de las desigualdades, definiéndose el derecho a la salud en el párrafo 107 del Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala como:

[...] derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropia-

da conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. El cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable. (párr. 107)

En este mismo sentido, la CIDH hizo también un pronunciamiento a causa de la necesidad de protección y garantías de derechos en medio de la crisis originada por la pandemia y las restricciones de cada país para contenerla, es así que, por medio de la Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada, se instó a los Estados a respetar la igualdad y la no discriminación de las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersexuales, expidiendo la Resolución 01/20, adoptada por la CIDH el 10 de abril de 2020, a tan solo unas semanas de haber sido declarada la pandemia por la OMS, con el fin de que los miembros de la comunidad LGBTI pudieran ser incluidos en las medidas de atención en salud y en las de contención del virus, siendo tratados con integralidad y respeto.

La Resolución n.º 01/20 surge entonces a raíz del entendimiento de que, en medio de esta crisis mundial, hay afectaciones a múltiples derechos humanos como el de la vida, la salud y la integridad personal. Así mismo, se entra a visibilizar la afectación a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, como el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la educación, a la alimentación, a la vivienda y al agua. Esta resolución comprende así una serie de reco-

mendaciones para los Estados Partes para que las políticas públicas, los programas y los proyectos en medio de la pandemia, se realicen con un enfoque de derechos humanos. Los numerales 68, 69, 70 y 71 de la resolución citada hacen recomendaciones respecto a las personas que pertenecen a la comunidad LGBTI en diferentes aspectos:

68. Garantizar la inclusión de las personas LGBTI, en particular las personas trans que se encuentran en un ciclo de pobreza, exclusión y falta de acceso a la vivienda, en la formulación de políticas de asistencia social durante la pandemia –incluyendo acceso a vivienda y refugio seguros– así como en las eventuales medidas de reactivación económica.
69. Adoptar o fortalecer protocolos de atención en salud y sistema de denuncias para las personas LGBTI –incluyendo niños, niñas y adolescentes– que tomen en cuenta el prejuicio, la discriminación y la violencia en sus hogares en el contexto de distanciamiento social o cuarentena.
70. Adoptar o fortalecer políticas que garanticen el respeto a la identidad de género en el ámbito hospitalario y garantizar la continuidad de servicios médicos prestados a las personas trans.
71. Adoptar campañas de prevención y combate contra la homofobia, transfobia y discriminación basada en orientación sexual, garantizando la protección a los derechos de identidad de género, dirigidas especialmente a personal de salud y de seguridad del Estado que tenga a su cargo medidas de atención y contención de la pandemia. (Corte IDH, 2020, p. 20)

En los análisis de lo que recomienda la CIDH, se puede señalar que en cuanto a la garantía de inclusión de las personas LGBTI, la mayor preocupación por la vulneración de derechos radica en que las personas trans no fueran tenidas en cuenta en la planificación de las medidas de asistencia social. Así, se tenían las alarmas encendidas por las personas que estaban en situación de calle y las que ejercían trabajo sexual LGBTI para que no fueran excluidas de estas políticas y programas, del mismo modo que se tenía recelo por la adopción y el fortalecimiento del sistema de denuncias y, en particular, de los protocolos de atención en salud para los miembros de la comunidad LGBTI, en especial de niños, niñas y adolescentes que terminan fuera de sus hogares por los prejuicios de reconocerse con orientación sexual, identidad o expresión de género diversas.

De manera enérgica se hizo también un llamado a que se adoptaran y fortalecieran los servicios médicos, los cuales deben garantizar el respeto a la identidad de género y a que las personas trans no reciban actos discriminatorios al acercarse al sistema de salud, lo que significa que una vez sea ingresada la persona, se respete la identidad de género, por lo que el trato del personal sanitario debe ser acorde con este reconocimiento sin discriminación o burla. El alcance de esta recomendación implica que se continuara con el suministro médico a personas que tienen VIH, para que puedan recibir con integralidad su derecho a la salud. Por último, se hizo un llamado a que las autoridades, tanto judiciales como las fuerzas de orden público, tuvieran la suficiente capacitación para dar un manejo adecuado, desde perspectivas de enfoques

diferenciales y de género, para combatir fenómenos como la transfobia y la homofobia, haciendo uso de medios digitales para tal objetivo; que el personal de salud y los encargados de las medidas de contención del virus fueran formados en tales criterios, y que se hagan investigaciones y sanciones libres de impunidad frente a cualquier tipo de acto de violencia de estos agentes en contra de las personas LGBTI.

Lo anterior muestra que, a nivel internacional, se han volcado las miradas y los llamados de amparo a las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersexuales respecto de las obligaciones de los Estados. Sin embargo, falta analizar si en dichos países se materializaron las declaraciones y recomendaciones de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

De la República de Colombia

En la normatividad colombiana se puede encontrar la Ley 1752, expedida el 3 de junio de 2015, por medio de la cual se modifica la Ley 1482 de 2011, en donde se sanciona penalmente la discriminación por razones de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual y discapacidad, lo que abre la posibilidad de que personas de la comunidad LGBTI puedan acceder a mecanismos judiciales penales para reclamar las vulneraciones a sus derechos por actos discriminatorios, y esto significa que se puede aplicar a casos en que es posible elevar denuncias ante el personal de entidades de salud que se nieguen a prestar atención médica basados en prejuicios. También se cuenta con el Decreto n.º 762 del 7 de mayo de 2018, emitido por el Ministerio del Interior de Colombia,

el cual expresa la adopción de la *Política pública para la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de las personas que hacen parte de los sectores sociales LGBTI y de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas*, uno de los instrumentos más valiosos en el acervo normativo nacional, ya que se incluyó y se ajustó el marco legal a los postulados y decisiones internacionales para la protección de las personas LGBTI con enfoques de derechos humanos, de prevención, étnico, etario, diferencial e interseccional para fortalecer el sistema y lograr la igualdad, la no discriminación y el cumplimiento de principios tales como la progresividad, la identidad, la diversidad, la equidad, la solidaridad, la participación y la autonomía.

La jurisprudencia también ha ampliado el espectro de derechos para las personas LGBTI desde una perspectiva de aplicación de las normas de forma inclusiva. Entre ellas se destaca la Sentencia SU-214 de 2016 de la Corte Constitucional de Colombia, decisión que hace un recuento importante de disposiciones judiciales donde se representa la lucha por la igualdad y la no discriminación de las personas LGBTI, y en la cual se reconoce el matrimonio igualitario, expresando que:

Aunque el Artículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, de esta descripción normativa mediante la cual se consagra un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras que lo ejerzan en igualdad de condiciones. Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Cons-

titución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también. Esto se debe a que, en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando per se la regla de interpretación “*inclusio unius est exclusio alterius*”, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos. A la luz de lo anterior, la Sala Plena encuentra que la Constitución en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo. El artículo 42 Superior no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-214 de 2016)

Lo anterior permite entender que ha sido diversa la jurisprudencia alrededor de este grupo poblacional, por lo que nos centraremos en los aspectos del acceso a la salud para las personas LGBTI, dentro de las cuales se destacan pronunciamientos de la Corte Constitucional como la sentencia T-999 de 2000 y la sentencia T-856 de 2007, última que abre paso a la consolidación de las uniones maritales a personas del mismo sexo y su afiliación al sistema de salud en condición de beneficiarios, lo cual contribuyó al avance de la igualdad y no discriminación.

De la República de Argentina

En la normatividad argentina encontramos la Ley 26.743 del 2012, también conocida como la Ley de Identidad de Género, sancionada con fuerza de ley por parte del senado y la cámara de diputados de Argentina en congreso el 9 de mayo de 2012, y hecha su promulgación el 23 de mayo de 2012. Dicha norma establece y reconoce como un derecho la identidad de género, el libre desarrollo y tratamiento de la personalidad atendiendo a la identidad con la que se autorreconoce, y que su documento oficial contenga la información correspondiente al nombre y la imagen con la que se identifique. Vale la pena resaltar en esta misma ley la definición de identidad de género:

Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. (República de Argentina, Ley 26.743 de 2012)

Esta definición atiende a presupuestos internacionales para la protección de miembros de la comunidad LGBTI para que, con pasos importantes, como es la identificación elevada a categoría de derecho, puedan tener un acceso expedito a

las demás prerrogativas, entre las cuales se encuentra el derecho a la salud, como se puede observar en el artículo 11 de la norma en comento, pues garantiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que implica al mismo tiempo la garantía del goce de salud integral, descartando requerimientos de autorizaciones judiciales o administrativas, incluyendo el respeto en dichas decisiones cuando son personas menores de edad, y además destaca de forma positiva cómo se involucra a los prestadores de servicios de salud públicos, privados o del subsistema de obras sociales, en el reconocimiento de tales derechos, los cuales por mandato quedan incluidos en el plan médico obligatorio, lo que indica que:

Se establece de esta forma un marco de salud protector de la identidad de género desjudicializada, protectora del derecho a la intimidad, y que prioriza la voluntad de las personas por sobre toda otra clasificación y pretensión del sistema médico, y constituye un significativo aporte al necesario abordaje interdisciplinario de la situación de las personas travestis y trans (Menin, 2015).

Método

Este trabajo siguió los lineamientos de un paradigma histórico-hermenéutico, toda vez que se realiza la interpretación de las dinámicas de protección de los derechos de la comunidad LGTBI en el contexto de la pandemia del Covid-19, esto en el marco de pronunciamientos de carácter internacional y a la luz de decisiones de política pública de los países de Colombia y Argen-

tina. Se emplea el enfoque cualitativo, tal como lo indica Ugalde y Balbastre (2013), el cual sirve: “[...] para comprender la realidad social, porque dejan de lado las visiones unificadas que no se pueden aplicar al hecho social donde no hay leyes generalizadas, sino sentimientos, pensamientos e historias de los actores sociales que son captados a través de sus testimonios” (p. 182). El método adoptado es el inductivo, y como técnica de recolección de información se empleó la revisión documental, que permite analizar y estudiar fuentes secundarias como libros, resoluciones, políticas públicas, revistas especializadas, normas, bases de datos y jurisprudencias. Este diseño apunta a conseguir un aporte sustancial al conocimiento del contexto de la pandemia en que vivieron las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI y a las actuaciones de los Estados para protegerlas en esta crisis global.

Resultados De la República de Colombia

Dentro del Estado colombiano, en los datos de la Encuesta Nacional de Consumo de

Sustancias Psicoactivas (ENCSPA) del Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE en el año 2019, se indica que las personas que fueron encuestadas, y que tienen su residencia en centros urbanos con rango de edades entre los 18 y los 65 años, se identificó un porcentaje del 0,78, respecto de su orientación sexual como gays y lesbianas; bisexuales en un 0,41% y heterosexuales con el 98,78%. Esto, aterrizado en números enteros, significaría una cantidad de, aproximadamente, 105.000 hombres gays, 56.000 mujeres lesbianas y 85.000 personas bisexuales. Respecto a la identidad de género, un 0,05% se identificó como transgénero, lo que da cuenta de la evolución del autorreconocimiento, y que en el país, al menos por lo reportado en esta encuesta, existe una población aproximada de 10.000 personas con identidades y género diversas, una cifra que da visibilidad a una comunidad que de forma general no se tiene en cuenta en la planificación de políticas y proyectos de orden local, departamental y nacional, y el hecho de que se puedan recopilar datos concernientes a la identidad y orientación abre paso a que se vuelquen las miradas hacia estas personas con necesidades y vulneraciones arraigadas en el tiempo.

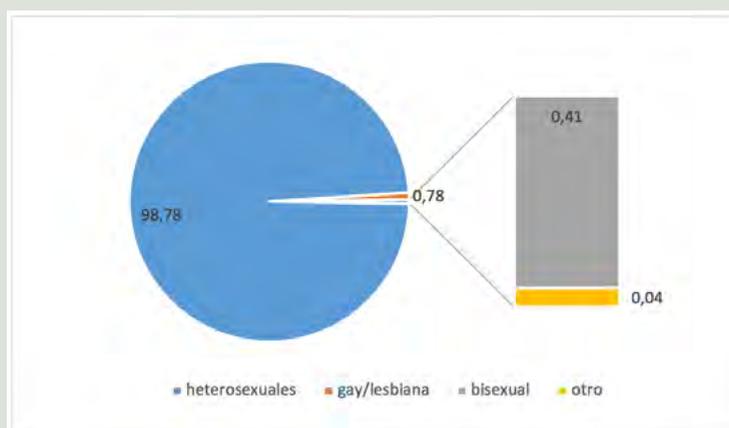
Así las cosas, en medio de la pandemia, y entendiendo lo que implica el derecho a la salud y a su acceso por parte de las personas LGBTI, el Estado colombiano profirió, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, en la Oficina de Promoción Social, desde el Proceso de Transversalización del Enfoque Diferencial, un documento de *Lineamientos para la mitigación del riesgo de contagio, acceso a los servicios en salud y articulación con servicios sociales dispuestos para los sectores sociales LGBTI o con identidades y expresiones de género diversas en el marco de la emergencia por Coronavirus (Covid-19)* en el mes de mayo de 2020. En ese documento se plantean las circunstancias alrededor del Covid-19 dentro del territorio nacional y los riesgos para la salud de las personas LGBTI o con identidades de género diversas, en aras de lograr que se prevenga, proteja y garantice el acceso a servicios de salud de los mismos, en medio de cada una de las etapas de contención y mitigación de la pandemia, lo que denota el imperativo trabajo que debía desplegarse para amparar a esta población vulnerable y desmontar los obstáculos impuestos por la discriminación y la violencia por prejuicio, garantizando el derecho a la salud integral. El objetivo, tal como lo plantea el lineamiento, consiste en:

Orientar a las Direcciones Territoriales de Salud, Entidades Administradoras de Planes de Beneficios, Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y otros actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) para mitigar el riesgo de contagio, gestionar el acceso a los servicios de salud y articular los procesos de prevención con

los servicios sociales dispuestos para personas de los sectores sociales LGBTI en el marco de la emergencia por Coronavirus (COVID-19). (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020).

Esto permitió desplegar un vasto marco normativo y jurisprudencial, pues establece una serie de actividades institucionales desde el sector salud, entre las que se encuentran deberes de gestionar la implementación del lineamiento por cada entidad prestadora de salud, la coordinación de programas, los planes y servicios de forma integral para las personas LGBTI, y se requiere que se dé trato prioritario a miembros de esta comunidad con interseccionalidad de vulneraciones, como los que son adultos mayores, los migrantes, los refugiados, los menores de edad, los de situación de calle, los que ejercen la prostitución, los que tienen algún tipo de enfermedad y los que se encuentran en medio de panoramas de violencia sexual intrafamiliar e interpersonal. Todo esto aunado a la disposición de que sean afiliados al régimen de salud subsidiado en caso de no estar vigentes en el mismo o de haber sido retirados del régimen contributivo por la pérdida del empleo o por tener una economía sustentada en la informalidad, que es lo que más ha sucedido en este escenario de la pandemia. Corolario a estas pautas se suman las del tratamiento y manejo a integrantes de la comunidad que se encuentran privados de la libertad, para que dentro de los establecimientos penitenciarios sea manejado su acceso a la salud y prevenir las violencias que se puedan suscitar contra ellos en caso de contagio del coronavirus.

Gráfico 1
Orientación sexual
en Colombia



Fuente. DANE ENCSPA (2019).
Elaboración propia.

Otro aparte importante del lineamiento son las recomendaciones de salud mental, un área que solo en estos tiempos se le ha dado la atención que merece, pues aún las enfermedades y condiciones mentales son vistas con tabú o burla, restándole la importancia que tiene el contar con una población sana no solo física sino mentalmente. La humanización y el respeto es también otro de los componentes a implementar dentro del lineamiento, ya que apunta al desarrollo de capacitaciones en aras de que el personal de la salud tenga bases para no ejercer ningún tipo de discriminación o que pongan barreras al acceso a la salud integral, la cual debe también ser aplicada con enfoque de género, permitiendo la garantía al derecho a la salud de las personas LGBTI.

De la República de Argentina

La sociedad argentina, en medio de las luchas de los colectivos LGBTI, ha alcanzado grandes avances en la protección y reconocimiento de derechos de esta población, todos representados en las reclamaciones de que, respecto al derecho a la salud, los miembros de la comunidad fuesen incluidos con igualdad, centrándose en la diversidad, las perspectivas de género y la no discriminación, que en últimas es lo que en todos los países se exige al unísono.

En medio de la situación de las contenciones y restricciones para darle manejo al Coronavirus, medidas que en parte agravaron las necesidades de miles de vidas expuestas a condiciones de desigualdad, en Argentina se profirió, por parte del Ministerio de Salud, el documento titulado *Recomendaciones para garantizar el acceso a la*

salud de las personas trans, travestis y no binarias en el contexto de la pandemia, el 6 de abril de 2020, en el marco de la Ley de Identidad de Género (26.743), dando expresas instrucciones sobre el trato correspondiente a la identidad de estas personas. Del mismo modo, se dictaron instrucciones para el manejo de la salud de forma respetuosa cuando hay casos de asistencia por Covid-19 en el que se deba internar a la persona en una sala que coincida con la identidad de género con la que se identifique; que se minimice la circulación en el sistema de salud extendiendo recetas médicas por tres meses y alternando sitios para la entrega de los mismos, habilitando líneas telefónicas o canales virtuales, y particularmente para las personas con VIH que reciban o no tratamientos antirretrovirales, se recomienda reforzar las medidas de prevención.

El documento tiene un aparte referido a las personas privadas de la libertad, donde disponen líneas de atención especiales conformadas por la Dirección de Respuesta al VIH-ITS Hepatitis Virales y Tuberculosis y el Programa de Salud en Contextos de Encierro, los cuales están habilitados para el acompañamiento de reclamos sobre la no obtención de medicamentos o de los estudios clínicos necesarios, y en general para la atención integral de la salud. Se menciona de la misma manera del acompañamiento, la contención y la atención en salud mental, dictando las instrucciones conforme a lo organizado por cada municipio o provincia.

Los jóvenes, adolescentes e infantes también son involucrados, dando pautas al manejo de los mismos cuando son LGBTI, orientando un manejo integral por parte de los equipos de salud. En relación a la pobla-

ción adolescente, se puede consultar la guía *Salud y adolescencias LGBTI. Herramientas de abordaje integral para equipos de salud*, que finaliza con una propuesta de fortalecimiento de la comunicación que, en términos del documento, indica que debe ser:

[...] clara, sólida y oportuna. Constituye una acción esencial en estas situaciones de emergencia de salud pública: reduce la incertidumbre, salva vidas y disminuye la propagación del virus. En ese marco, es indispensable generar una comunicación basada en la confianza: escuchar y comprender las creencias, preocupaciones y percepciones de las personas es tan importante como proporcionarles evidencias y orientación.

Conclusiones

Todo lo expuesto busca entender si la República de Colombia y la República de Argentina tomaron medidas de protección adecuadas para el acceso a la salud de personas de la comunidad LGBTI, aun cuando siga siendo cuestionable que se materializara o no este derecho, a raíz de las denuncias elevadas por ONG y colectivos en defensa de los mismos. En todo caso, estudiamos si los Estados llevaron a cabo iniciativas de amparo en acatamiento a las recomendaciones de los órganos internacionales a los cuales están sujetos como partes. En efecto, se puede aseverar que, tanto en Colombia como en Argentina, en medio del contexto de la pandemia, se dieron recomendaciones y lineamientos para la protección y el trato digno de la comunidad LGBTI, y ciertamente ha habido mucho trabajo para reforzar la garantía de sus derechos humanos, por

lo que es rescatable la preocupación estatal por alcanzar este propósito.

Del mismo modo que Colombia, Argentina hace un llamado a la especial protección de personas LGBTI que están privadas de la libertad, a los que son menores de edad y a las personas trans, por el elevado riesgo que corren en la pandemia, situaciones que no solo referencia sus condiciones de salud, sino que, en algunos casos, traspasan a la discriminación o a la violencia física y moral por la intersección de sus contextos de vulnerabilidad. Ambos Estados prestan atención a la salud mental como parte de la integralidad del derecho a la salud:

Los reconocimientos jurídicos que han alcanzado la comunidad LGTB no constituyen per se, inmediata aceptación en el ámbito social. Puesto que, a pesar de las conquistas legales de esta minoría en aspectos como alimentos, seguridad social y régimen patrimonial, es latente cierta resistencia a respetar las diferencias en materia de orientación social y la discriminación, los prejuicios o estereotipos contra la población homosexual siguen siendo parte del imaginario colectivo. (Mejía y Almanza, 2010)

Bastante se ha recorrido, pero falta mucho por transitar. La pandemia ha abierto los ojos de muchos frente a estos grupos que requieren mayores acciones de intervención por parte de los Estados. Los derechos humanos, en medio de la denominada nueva normalidad, continúan transformándose y brindando perspectivas de las necesidades humanas; por esto, el papel que la sociedad civil y ciudadanos deben asumir

es el de empoderarse y apropiarse de tales derechos, de ser multiplicadores de conocimiento para romper las cadenas de la desigualdad y ser guardada esta época en el registro histórico como el periodo que nos hizo mejores, comenzando por los individuos, pasando a las minorías, siendo transversales en las sociedades hasta permear a todos los Estados.

Referencias

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2020). *Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*. https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2020). *Caso Cuscul Pivara y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2020). *Resolución No. 01/20*. <http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>
- Congreso de la República. (3 de junio de 2015). *Ley 1752 de 2015. Por medio de la cual se modifica la Ley 1482 de 2011, para sancionar penalmente la discriminación contras las personas con discapacidad*. Diario Oficial No. 49.531. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1752_2015.html#1
- Corte Constitucional de Colombia (7 de julio de 2016). *Sentencia SU-214 de 2016*.

- <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU214-16.htm>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE). (2019). *Encuesta Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas (ENCSPA)*.
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2020). *Lineamientos para la mitigación del riesgo de contagio, acceso a los servicios en salud y articulación con servicios sociales dispuestos para los sectores sociales LGBTI o con identidades y expresiones de género diversas en el marco de la emergencia por coronavirus*. <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Procesos%20y%20procedimientos/TEDS07.pdf>
- Ministerio de Salud de Argentina. (2020). *Recomendaciones para garantizar el acceso a la salud de las personas trans, travestis y no binarias en el contexto de la pandemia*. República de Argentina.
- Mejía, J., y Almanza, M. (2010). Comunidad LGBT: Historia y reconocimientos jurídicos. *Justicia*, 15 (17), 78-110.
- Menin, F. (2015). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XXI*. Fundación Konrad Adenauer, 627-641.
- República de Argentina. (2012). *Ley 26.743 de 2012. Se establece el derecho a la identidad de género de las personas*. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/195000-199999/197860/norma.htm>
- Ugalde, N., y Balbastre, F. (2013). Investigación cuantitativa e investigación cualitativa: buscando las ventajas de las diferentes metodologías de investigación. *Revista de Ciencias Económicas*, 31 (2), 179-187.
- Velásquez, R. (2009). Hacia una nueva definición del concepto "política pública". *Desafíos*, 20, 149-187.



LA JUSTICIA AMBIENTAL COMO PUNTO DE INTERSECCIÓN ENTRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LA JUSTICIA RUTINARIA Y PROTAGÓNICA: LA BÚSQUDA DE DISTRIBUCIÓN DE CARGAS Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

LUIS FELIPE GUZMÁN JIMÉNEZ*

Resumen: El presente artículo plantea una reflexión sobre lo que pueden considerarse las bases constituyentes de una justicia ambiental, centrándose en su pa-

* Doctor en Derecho con mención internacional. Su tesis doctoral recibió la calificación sobresaliente *cum laude* en la Universidad Carlos III de Madrid, España. Abogado y Magister en Derecho con énfasis en Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Docente e investigador del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Autor de artículos y libros de investigación, columnista y consultor independiente. Miembro del Semillero de Talentos de Colfuturo. Dentro de sus libros destacamos: *Las aguas residuales en la jurisprudencia del Consejo de Estado: Periodo 2003-2014*; *El activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales. Análisis de caso en el Derecho Jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado*. Algunos de sus reconocimientos académicos fueron la matrícula de honor por promedio académico (2012); eximido de presentar preparatorios por desempeño académico durante la carrera (2014); su tesis de pregrado recibió aclamación del Consejo Directivo de la Universidad, y para el desarrollo de sus estudios doctorales obtuvo una beca integral durante los tres años.

pel para la comprensión de una práctica más diversa e integral de la idea de justicia. Para ello, se parte de un conciso recorrido general a través de ciertas escuelas de la filosofía del derecho, mencionando algunas posturas de la teoría de la justicia liberal clásica, pasando por su crisis y desembocando en las recientes posturas en el campo referentes a los planteamientos sobre la teoría de las capacidades en el ámbito jurídico, estableciendo con ello una serie de relaciones y premisas para una propuesta alrededor de una visión de justicia ambiental en Colombia y su intersección con la justicia rutinaria y protagónica.

Palabras claves: Justicia ambiental, Filosofía del derecho, Justicia rutinaria, Justicia protagónica, Medio ambiente, Participación.

Abstract: This article presents a reflection on what can be considered the constituent bases of environmental justice, focusing on its role in understanding a more diverse and comprehensive practice of the idea of justice. To achieve this, it starts with a concise general tour through certain

schools of the philosophy of law, mentioning some positions of the classical liberal theory of justice, going through its crisis and leading to recent stances in the field regarding the approaches on the theory of capacities in the legal field, thereby establishing a series of relationships and premises for a proposal around a vision of environmental justice in Colombia and its intersection with routine and fundamental justice.

Keywords: Environmental Justice, Philosophy of Law, Routine Justice, Fundamental Justice, Environment, Participation.

Introducción

La justicia ambiental parece remontarse a la década de 1980. Específicamente al verano de 1978, cuando más de 114.000 litros de aceite contaminado con ploricloruros de bifenilo (PCB) se derramaron en 322 kilómetros en el este y en el centro del Estado de Carolina del Norte en los Estados Unidos. La empresa *Ward Transformers Company*, con sede en *Raleigh*, era la poseedora de dichos residuos, y pactó con la transportadora *Robert Burns* el transporte de los líquidos mencionados. Este negocio jurídico se surtió entre las partes, aunque hay que hacer la aclaración de que, para la época de los hechos, estaba prohibido el vertido incontrolado de este contaminante por la *Toxic Substances Control Act* de 1976.

Como resultado de ello, se ordenó la construcción de un lugar para hacer la disposición de estos residuos en el Estado de Carolina del Norte, en la ciudad de Warren, que es un lugar habitado por afroamericanos con problemas asociados a la pobreza.

Esta orden administrativa fue objeto de protestas pacíficas con cerca de 500 arrestos en la ciudad, pues habían escogido el lugar debido a la composición racial de los pobladores.

El presente artículo está dividido en dos partes. En primer lugar, presentaremos la justicia desde la filosofía del derecho como catalizador para su consolidación como justicia ambiental: es decir, participativa y distributiva. Haremos menciones a la idea desde justicia de la teoría liberal clásica; la crisis de la justicia bajo la óptica de la teoría liberal clásica y las nuevas perspectivas filosóficas sobre la justicia. En segundo lugar, abordaremos la justicia ambiental en Colombia, dando una mirada a la justicia *rutinaria y protagónica*, que permite discernir en torno a la realidad de la justicia en asuntos ambientales.

La justicia desde la filosofía del derecho como catalizador para su consolidación como justicia ambiental: *participativa y distributiva*

Para abordar la justicia como concepto filosófico y como sustrato para la consolidación de la llamada justicia ambiental, es necesario presentar algunas tesis que han sido construidas a lo largo de la historia de la filosofía general y de la filosofía del derecho en particular, las cuales recrean un antecedente de la justicia ambiental, el objetivo aquí será dar algunas píldoras de su relación⁷.

⁷ El objetivo de este artículo no es profundizar en la filosofía del derecho sino en el derecho administrativo y en el derecho ambiental. Se harán algunos ejer-

El concepto de justicia es heterogéneo y polémico, pues las distintas escuelas de pensamiento han construido su visión sobre la justicia incluso de formas opuestas y excluyentes. Para presentar algunos sustratos de estas corrientes filosóficas, hemos optado por hacerlo en tres momentos: el primero con la idea de justicia desde la teoría liberal clásica; el segundo con la crisis de la teoría liberal clásica; y el tercero bajo las nuevas perspectivas filosóficas que estudian la idea de la justicia.

La idea de justicia en la teoría liberal clásica

Para hacer un análisis de la justicia desde la óptica de la teoría liberal clásica es necesario partir de cuatro escuelas, con algunos matices entre ellas: el iusnaturalismo tradicional, el iusnaturalismo moderno, el positivismo y las concepciones analíticas de la justicia. En el caso del iusnaturalismo tradicional, se destacan dos autores. Por un lado, Platón (428-347 a.C.), quien afirma que la justicia es una virtud sin explicación racional, producto del equilibrio de todas las partes que constituyen el alma: la templanza, la fortaleza y la sabiduría. Pero esta concepción era un don dado al azar, y por ello era necesario objetivizar el concepto a través de la ley. Ésta se convirtió en el instrumento para medir la justicia y otorgar derechos y obligaciones, por lo tanto, si la ley no era aplicada ni obedecida, había injusticia.

cicios académicos, como en este caso, para recrear el origen de la justicia ambiental, pero no se pretende exponer un trabajo de índole filosófica.

Platón idealizó la justicia en torno a la ciudad, teniendo en cuenta que: “[...] «no hay dos personas exactamente iguales por naturaleza, sino que en todas hay diferencias innatas que hacen aptas a cada una para una ocupación», en consecuencia, la justicia constituye un ejercicio de «hacer cada uno lo suyo», ligado a «tener lo que corresponde»” (Citado en Barrios, 2012, p. 88). Por otro lado, Aristóteles (384-322 a.C.), planteó una definición de justicia relacionada con el cumplimiento de la ley, pues de esa forma se podría garantizar la igualdad, teniendo en cuenta que era el producto del acuerdo de intereses de la comunidad, por lo que de aquí surge el concepto de igualdad como distribución y de justicia distributiva y conmutativa. La primera consiste en la distribución de honores por los méritos y capacidades individuales, mientras que en la segunda se observa que lo justo es según proporción aritmética. Según Barrios (2012) la noción de justicia para estos dos autores:

[...] fue concebida como un valor absoluto proveniente por un lado de la felicidad, según Platón, y por otro lado de las leyes, según Aristoteles. No obstante, no se especifica con mucha claridad el contenido de lo que compone lo justo. Son teorías metafísicas formuladas para un contexto específico. (p. 89)

En nuestra opinión, esta afirmación es parcialmente cierta, pues la concepción de justicia distributiva es esencial para las construcciones filosóficas modernas. Al descartar tajantemente estos postulados, estaríamos privándonos de sustratos

muy importantes que, para el caso de la justicia ambiental, ayudan a replantear el concepto de distribución de los bienes, los servicios y las cargas ambientales. Así, teniendo en cuenta esto, afirmamos que los aportes de Aristóteles son determinantes a este propósito.

Respecto al iusnaturalismo moderno, evidenciamos un giro en el concepto que se tenía de justicia, y paralelo a ello surgen nuevos valores al interior de la sociedad, construyéndose por parte de los filósofos una teoría pensada en los fines del Estado: “[...] donde el individuo es el elemento central y sus derechos adquieren una preponderancia significativa” (Saidy, 2013, p. 94). Esta corriente de pensamiento representa la teoría del Estado del contractualismo, fundamentada en la idea de un paso del estado de naturaleza a una sociedad civil por medio de un contrato social⁸.

Jean-Jacques Rousseau (1996) afirmó que el contrato social tiene como propó-

8 El contractualismo tiene varios autores connotados en la filosofía del derecho. Dentro de ellos se destaca Thomas Hobbes (1651) quien afirma que el valor supremo del contrato social es el mantenimiento de la paz, de tal modo que los individuos ceden su libertad al *Leviatán* para obtener ese bien común, subsistiendo el derecho de resistencia en caso que el Estado no garantice ese fin supremo. John Locke (2006) afirma que el estado de naturaleza es armónico hasta que entra en conflicto con la propiedad, donde es necesario la intervención de un juez con poder coactivo que brinde protección a la propiedad privada, instruyendo así a la sociedad política fundamentada en las mayorías. Jean Rousseau (1996) habla de un contrato social que permite encontrar una asociación que defienda y proteja a la persona y a los bienes de cada asociado, consolidando así una voluntad general.

sito el bien común, esto es, conciliar los intereses de las mayorías e indicar la forma como debe gobernarse una sociedad, es decir, consolidando el concepto de soberanía, concebida como una persona moral cuya vida consiste en la unión de sus miembros y en la conservación del todo. De esto se deduce que el concepto de justicia estará circunscrito a la moral, que manifiesta la voluntad general de forma razonablemente natural, pero tener arraigado el concepto de voluntad general representa, según Barrios, el triunfo de las mayorías sobre las minorías (2012).

Esta visión de justicia no tiene, sin duda, asidero en los tiempos modernos, pues desconoce los actores sociales y las minorías, quienes son parte esencial de los principios generales del derecho, como lo son la igualdad y la justicia⁹. Dentro de esta corriente del contractualismo se presenta el paso a la visión liberal de la justicia. Saidy Bellmont (2013) sostiene que: “[...] los miembros de la organización humana sólo están sometidos a las leyes que son expresión de su propia voluntad, dado que el individuo es el eje de toda protección y desarrollo como sujeto de derechos” (p. 94), de esto se entiende una visión liberal de la justicia.

Siguiendo con el iusnaturalismo moderno, Immanuel Kant (2016) estableció que

9 Rousseau también afirma que: “[...] aquello que se ajusta al orden lo es en virtud de la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas. Toda justicia proviene de Dios, siendo él su única fuente, más si supieramos recibirla de tan alto no tendríamos necesidad ni de gobierno ni de leyes.” (p. 55). Aquí se reafirma que se asimila la justicia a un valor universal y absoluto, lo cual es criticable con argumentos de sobra.

la justicia hacía parte de las cosas metafísicas que funcionan como postulados de la razón práctica, pero que por su carácter formal nos es imposible saber lo que es. Así lo afirmó uno de sus críticos, Hans Kelsen (1961), al decir que la universalidad de la postura busca la homogeneidad de los comportamientos, lo cual carece de validez en la actualidad, siendo una justicia construida en la diversidad y la variedad de comportamientos que hacen que se adapte a ellos.

Finalmente, para comprender la idea de justicia en la teoría liberal tradicional queda por analizarla desde la óptica del positivismo o concepción analítica, como la llama Barrios (2012). Uno de los representantes de esta escuela fue Kelsen, quien tiene dos posiciones sobre la justicia, una donde plasma que ésta no es un elemento de validez del ordenamiento jurídico, pues el fundamento normativo está en la llamada norma fundamental: “[...] la cual tiene que ser necesariamente presupuesta, sin la imposición de ninguna autoridad y será el reflejo de todo el sistema normativo” (Kelsen, 1934, p. 205). Esta visión cambió radicalmente a raíz del holocausto nazi, por lo que el autor se dio a la tarea de repensar el contenido material de la norma fundamental, planteando que la justicia es un juicio de realidad y valor, terminando siendo la justificación para el comportamiento de las personas, al afirmar: “[...] que la justicia es una característica posible, más no necesaria del orden social” (Kelsen, 1961, p. 2). Compartimos la opinión de Barrios Guzmán (2012), quien afirma que de la: “[...] teoría kelseniana no se puede obtener una definición clara de justicia, pues este tiene una postura relativista, y lo considera como un pilar fundamental para

el desarrollo de la democracia y la libertad como valor preponderante de una sociedad moderna” (p. 95).

Otro autor que hace parte de las visiones positivistas o analíticas de la justicia es Alf Ross (1953), quien asocia la justicia a un problema relacionado con la igualdad y, por ende, con la distribución, afirmando que las fórmulas de justicia están compuestas por dos elementos: “[...] la exigencia formal de igualdad y un criterio material para la determinación de qué grupo de personas merecen un trato diferenciado o igualitario” (p. 338). Sumado a lo anterior, afirma que la idea de justicia siempre ha buscado ser la guía del legislador, para que elija la fórmula correcta donde pueda aplicarse el presupuesto material de igualdad, prestando atención al papel que cumple la objetividad, la predictibilidad y la regularidad para evitar las injusticias; estas ideas son esenciales y se constituyen como un antecedente para abordar las llamadas injusticias ambientales, que son la cara amarga del derecho ambiental.

Finalmente, en esta misma línea de asociar la justicia con la igualdad, se encuentra Herbert Hart (1961), que afirma que tal idea: “[...] se usa en problemáticas como el reparto de ventajas, utilidades o cargas a los miembros de la sociedad, lo cual no es otra cosa que una labor distributiva en la aplicación del derecho” (pp. 199-228). El autor austriaco resalta que la justicia no es el único elemento perseguido por el derecho, sino que en ocasiones debe ceder ante otros intereses como el *interés* o el *bienestar general* (p. 228) y considera que este elemento resulta indispensable para construir la regla de reconocimiento, pues le otorga legitimidad a la misma. Esto que

plantea el mencionado filósofo del derecho es esencial para analizar los problemas de la justicia ambiental, en cuanto a las ventajas, utilidades o cargas de los miembros de la sociedad, pues, como veremos más adelante, este es el sustrato o la razón de ser para dirimir conflictos por el uso de los recursos naturales y no renovables.

La crisis de la justicia bajo la óptica de la teoría liberal clásica

Luego de analizada sumariamente la teoría liberal clásica, es necesario ver cómo ese concepto ha sido replanteado por varios autores, quienes han considerado que dicha visión está en crisis, por lo que surge la perentoriedad de modificarla y adaptarla a la realidad que afronta el mundo posmoderno, denominándosele teoría actual de la justicia social y ambiental. Dentro de los partidarios de esta mutación doctrinal se destacan John Rawls y Ronald Dworkin, entre otros connotados profesores.

La tesis planteada por Rawls constituye el pilar de la teoría liberal de la justicia (1971), y de este planteamiento se pueden extraer los elementos que podrían llegar a considerarse en una teoría de justicia social y ambiental. Dentro de los elementos se destacan:

[...] imparcialidad, el velo de la ignorancia, o posición original y los principios para asignar derechos y deberes, más la correcta distribución de ventajas sociales expresadas a través de la formulación de la justicia como equidad, lo cual fortalece el esquema distributivo planteado por este, (Saidy, 2013, p. 95).

Un eje central de la discusión gira en torno a los procedimientos para lograr la asignación justa de las ventajas y desventajas, y sin duda esto se convierte en el eje gravitacional de la tesis de Rawls, basada en la justicia como distribución, regida por el valor de la equidad. Rawls (1958) retoma la teoría contractualista para referirse al procedimiento mediante el cual se llena de contenido a la norma fundamental en una sociedad, llegándose a verdaderos acuerdos acerca de los principios y valores que deben orientarla, por ello plantea dos ejes fundamentales de justicia, los cuales se traducen en:

[...] i) cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos y ii) las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) generar mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades. (pp. 187-211)

En este segundo principio se encuentra el elemento, a nuestro juicio, más importante para la justicia ambiental, y es el manejo del principio de igualdad material y de diferencia, el cual busca la equidad real en los diferentes esquemas sociales, otorgando una asignación de bienes, cargas y servicios diferentes en cuanto a la diversidad y a la capacidad de los miembros de cada esquema social.

Finalmente, Dworking (1993) construye su postura frente a la justicia a partir de la diferenciación entre intereses volitivos y críticos. El bienestar volitivo se ve satisfecho con la obtención de lo que las personas desean, mientras que el bienestar de tipo crítico responde a: “[...] conseguir lo que deberían desear [...]” (p. 98). Estos dos tipos de intereses confluyen y es lo que las personas consideran un buen modelo de vida. Esta teoría acude a los principios liberales en búsqueda de un diálogo deliberativo, es por ello que plantea una noción de justicia por fuera del marco estatal: “[...] por ello el modelo de justicia de éste se suele asociar a los derechos de las minorías, que cada individuo logre alcanzar lo que considere como sus intereses críticos en el marco de una ética del desafío.” (Barrios, 2011, p. 109).

Nuevas perspectivas filosóficas sobre la justicia

Sin duda alguna, las teorías descritas han sido inspiradas en el reparto equitativo de bienes y plasmadas para un modelo de sociedad individualista. Los conceptos planteados no son lo suficientemente sólidos y eficaces para resolver las problemáticas actuales que afronta el mundo, tales como la inserción de nuevas valoraciones a los intereses colectivos, o la visión de justicia global, pues hoy se requieren de decisiones de contenido y efecto global, bajo la idea del reparto de bienes y cargas ambientales. Por todo esto, se ha hablado de las teorías de la justicia después de Rawls o las nuevas visiones de la justicia que buscan, desde la filosofía, nutrir diferentes conceptos. Por ello, analizaremos algunos de los autores

que han planteado teorías que aportan a la discusión, como es el caso de Nancy Fraser, quien construye un nuevo objeto de la justicia; Martha Nussbaum y Amartya Sen, que hablan de una teoría de las capacidades en la concepción de justicia para reevaluar lo que venía planteando Rawls, como el caso de la distribución de bienes primarios, del velo de la ignorancia y del tipo de sociedad que se plantea.



Sin duda alguna, las teorías descritas han sido inspiradas en el reparto equitativo de bienes y plasmadas para un modelo de sociedad individualista. Los conceptos planteados no son lo suficientemente sólidos y eficaces para resolver las problemáticas actuales que afronta el mundo ”

Otros autores, como Sandel, con una visión de la justicia incluso para animales y vegetales como una tendencia de la posmodernidad, y Gargarella, quien a partir del constitucionalismo dialógico plantea elementos centrales de justicia para analizar el papel de los derechos colectivos, inmersos en los conflictos ambientales que se presenten, son sustratos esenciales para poder hablar de justicia ambiental. Fraser (2008) considera que existe un nuevo objeto de la justicia, pues reconoce que las teorías que han abor-

dado la justicia “[...] sobrepasan los conflictos actuales y esa regla dual de la balanza no tiene asidero hoy pues existen problemáticas y dilemas que sobrepasan esa solución.” (p. 67). Así, plantea derroteros que dan lugar a la justicia y no reglas únicas para alcanzarla, pues actualmente los cuestionamientos sobrepasan los temas de distribución o redistribución¹⁰. El nuevo objeto de justicia debería:

[...] dejar atrás la visión del ser humano individual en una visión espacio-temporal limitada a su generación, para llegar a un sujeto que vive como parte de un colectivo, donde hay respeto y reconocimiento por su función vital en una visión sin límites generacionales o transfronterizos que van más allá de su pertenencia a la especie humana. (Saidy, 2013, p. 105)

Respecto a los planteamientos que hacen Nussbaum y Sen en torno a la teoría de

10 Fraser (1997) indica que es necesario abordar la justicia como redistribución y reconocimiento, pues afirma que: “[...] la distribución es un elemento insustituible de la justicia, sin embargo, según el contexto de la injusticia que se pretende corregir, puede por sí sola resultar exigua por lo que requiere del complemento en otros elementos y el reconocimiento, es un factor que complementa el carácter distributivo de la justicia sobre todo cuando se trata de injusticias dadas por patrones sociales de representación, interpretación y comunicación que vulneran patrones sociales.” (p. 15). El autor afirma que la redistribución y el reconocimiento se ubican en el mismo nivel, por lo tanto, se debe hacer un análisis bivalente, y en este deben hacerse análisis de causas culturales, sociales y económicas de las diversas injusticias, para buscar soluciones.

las capacidades dentro de la concepción de justicia, por un lado, Sen (2009) afirma que las capacidades son: “[...] un elemento valioso para medir los avances de la justicia y superar el paradigma distributivo e individualista que se venía planteando por la filosofía liberal.” (p. 55). Al tomar las capacidades de un individuo se da un paso necesario para hacer un análisis de la justicia integral, y por ello, sugiere que se debe: “[...] abandonar el parroquialismo en las exigencias de la justicia» (p. 56) e incursionar en un plano de justicia global que traspase las fronteras de los Estados-Nación (Sen, 2009) desde dos acepciones: la libertad como oportunidad para elegir la vida que se quiere vivir y mejorar los objetivos de cada uno, y la libertad como el proceso de elección mismo de expresión de la autonomía privada del individuo. Por otro lado, Nussbaum (2005) señala que las capacidades están: “[...] ligadas a los derechos, y en el caso de los derechos colectivos la mejor forma para garantizarlos es mediante la consideración de las potencialidades” (p. 24). Esta visión no tiene un carácter exclusivamente individual, sino que permite la inclusión del desarrollo de las capacidades para el funcionamiento de una comunidad o de un sistema como categoría jurídica.

De esta visión de justicia como capacidades y libertades se resalta que la cuestión ambiental no debe ser un tema de preservación pasiva sino un proceso de intervención humana constructiva (Saidy, 2013), que busque la justicia social y la garantía de los derechos ambientales. La justicia ambiental, tal como ha sido presentada, supone una mirada al contenido axiológico

del derecho al medio ambiente, y éste debe centrar su núcleo axiológico en valores estrictamente ligados al Estado de derecho y a la democracia ambiental, es decir, de la justicia, la igualdad y el pluralismo.

La justicia ambiental en Colombia. Una mirada a la justicia rutinaria y protagónica

Adentrándonos en el planteamiento que nos compete, haremos una mención dogmática a la función de administrar justicia, representada primariamente en la rama judicial y en las excepciones, es decir, particulares que la administran. Partimos de la existencia de un poder judicial *autónomo e independiente*, como manifestación del principio de separación de poderes, y de la garantía de la existencia de un recurso judicial (tutela judicial efectiva) para la garantía de los derechos. Este propósito, en el caso de Colombia, se ve reflejado en el artículo 116 de la Constitución Política, que enlista la rama judicial dentro de las llamadas ramas del poder público. Dicha rama está compuesta por la Corte Constitucional; la Corte Suprema de Justicia; el Consejo de Estado; el Consejo Superior de la Judicatura; la Fiscalía General de la Nación; los Tribunales Superiores y los juzgados¹¹. Estos órganos administran justicia, pero la misma disposición consti-

11 El título VIII de la Constitución Política de 1991 determina que la estructura orgánica de la rama está compuesta por la Jurisdicción Ordinaria; la Jurisdicción Contencioso Administrativa; la Jurisdicción Constitucional (Corte Constitucional); los Jueces de Paz, la Fiscalía general de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura.

tucional (artículo 116 superior) dicta una habilitación para que ciertas autoridades administrativas y particulares lo hagan de forma excepcional y bajo determinadas circunstancias. Esto supone que la función judicial no es exclusiva de la rama judicial, como lo evidencia la mencionada norma de origen constitucional.

Paralelo a esto, el artículo 228 de la Corte Constitucional establece que la administración de la justicia es una función pública¹², que goza de una naturaleza especial al ser uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho¹³, que debe garantizar que una persona investida por el Estado (es decir, el juez) con plenos poderes, pueda hacer cumplir las decisiones y resolver de manera: “[...] imparcial, independiente, autónoma, eficaz y eficiente, los conflictos que surjan entre las personas, en virtud de los cuales se discute la titularidad y ejercicio de un específico derecho, consagrado por el ordenamiento jurídico vigente” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-242 de 1997). Vale decir que somos conscientes del papel de un juez en el Estado ambiental de derecho, de su carácter *protagónico* en la garantía de derechos fundamentales y colectivos, así como en la condena a la administración y a los particulares cuando se presentan daños ambientales puros y consecutivos.

12 En virtud de esta función pública se han formulado, a la fecha, siete planes sectoriales de la rama judicial en Colombia. Actualmente están en el desarrollo del plan sectorial previsto para el año 2019-2022.

13 Julio Estrada sostiene que: “[...] la independencia de los tribunales se halla vinculada a la aparición y desarrollo del Estado de derecho, y constituye sin duda alguno uno de sus elementos esenciales.” (2003, p. 151).

La administración de justicia tiene una triple calidad: 1) función pública (art. 228 de la Corte Constitucional); 2) derecho fundamental (arts. 2, 29, 229 de la Corte Constitucional, desarrollado ampliamente en el artículo 2 de la Ley 270 de 1996), cuyo derecho a la justicia es llamado *derecho a la tutela judicial efectiva*, el cual es un derecho fundamental en todos los sistemas de protección de derechos humanos¹⁴, y 3) servicio público (art. 125 Ley 270 de 1996¹⁵). Cada una de estas calidades con diferentes estándares, objetivos y fundamentos, respectivamente¹⁶, busca garantizar un acceso a juzgados y tribunales de manera gratuita y en igualdad de condiciones, protegiendo

14 Esto es, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 47: derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial) y en la CEDH (artículo 6: derecho a un proceso equitativo y artículo 13: derecho a un recurso efectivo). (Martínez, 2018, p. 48).

15 Los principios de la administración de justicia son la igualdad en el acceso; la legalidad; la gratuidad y la autonomía e independencia (Cuervo, 2018). Estrada (2003) sostiene que los principios que rigen la administración de justicia deben dividirse en: “[...] principios que rigen la administración de justicia (celeridad, gratuidad, eficiencia); principios estructurantes del poder judicial (unidad y pluralidad de jurisdicciones, polaridad individual del poder judicial, independencia judicial interna como externa, imparcialidad, desconcentración) y principios de los procedimientos judiciales” (p. 180).

16 Las disposiciones mencionadas desarrollan la necesidad de un sistema judicial que profundice la democracia, con características como la: “[...] independencia judicial; recursos económicos, jurídicos y técnicos para la actuación judicial; equidad, acceso fácil, universal, igualitario a la justicia; control y arraigo ciudadano” (Uprimny, 2016, p. 61)

los derechos de las personas o en trámite de una controversia susceptible de ser llevada al sistema de justicia para obtener una solución pronta y oportuna¹⁷.

El acceso a la justicia en materia ambiental no es solo un *problema de ingreso* al sistema judicial, sino también de *tránsito oportuno y razonable*, así como de solución efectiva de acuerdo con la ley y las pruebas en cada caso. Birgin y Gherardi (2009) señalan que el acceso a la justicia es el derecho que tiene el ciudadano, en condiciones de igualdad, para acceder a un sistema de protección jurídica de sus derechos, bien sea en sede judicial, la cual es garantizada a través de la rama judicial, que incluya la observancia plena del debido proceso, derecho de defensa y la existencia de un recurso judicial efectivo, bien en sede administrativa o en el ámbito de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (en adelante MASC).

Somos conscientes de que las transformaciones en la sociedad y su correlación con el Estado generan cambios en la forma de concebir la justicia por parte de un conglomerado social, lo cual acarrea giros de gran importancia, merecedores de análisis.

17 La Corte Constitucional ha construido, desde sus inicios, una sólida y trascendental línea jurisprudencial en torno al concepto de la función judicial, a sus características e implicaciones: “[...] A partir de su reconocida importancia para el correcto funcionamiento de la vida en sociedad, y del principio consagrado en el artículo 229 superior conforme al cual se garantiza a toda persona el derecho de acceder a la administración de justicia, como vehículo que es de la efectividad de los otros derechos, esta corporación le ha reconocido a esa prerrogativa el carácter de derecho fundamental, protegible entonces a través de la acción de tutela” (Corte Constitucional, Sentencia T-238 del 2011).

Dentro de esos, destacamos los ejercicios de autorregulación en materia de la resolución de conflictos o de la búsqueda de vías para evitarlos. Es decir, procedimientos e instancias alternativas atípicas y diversas a las que ofrece el sistema judicial del Estado, lo que son los MASC o *Alternative Dispute Resolution*. En el derecho anglosajón, específicamente en el derecho administrativo inglés, se habla de *tutela concreta*, esto es:

[...] la existencia de un remedio efectivo para la protección de derechos, muestra que lo determinante no es tanto el acceso a la jurisdicción para tutelar los derechos vulnerados, como la existencia de un mecanismo de defensa efectivo sin consideración a si ese proceso tiene lugar ante un órgano jurisdiccional (Agudo, 2018, p. 708).

En algunos casos, estos corresponden a convenciones, contratos o acuerdos voluntarios que se encuadran dentro de la llamada *autorregulación de la sociedad y de sus agentes* (Pardo, 2013), lo que lleva a plantearnos si existe un camino a la privatización de la justicia, que en cuestiones relacionadas con los conflictos ambientales no es la excepción para el tratamiento de dichas controversias, como analizaremos respecto a la conciliación y al arbitraje como alternativas de justicia ambiental, empezando por discernir en torno a la presencia de funcionarios judiciales (que existan en los territorios) y la eficacia del sistema judicial (la capacidad del sistema para alcanzar los objetivos esperados¹⁸).

18 Las cifras oficiales presentadas por el Consejo

En un Estado social de derecho, la obligación primaria es Siguiendo las cuestiones metodológicas, consideramos importantes los gravitacionales de gran importancia. imental desarrollar condiciones bajo las cuales la garantía de esos derechos sea posible, lo cual no es otra cosa que el fortalecimiento institucional; uno que logre sincronizar las realidades de la sociedad y del derecho¹⁹. La justicia hace parte del llamado *derecho al Estado*. Es claro que el sistema judicial, en el caso de Colombia, presenta problemas asociados a la impunidad, a la falta de eficacia de la justicia, sumado a una debilidad institucional manifiesta. Lo anterior impone desglosar este problema jurídico en varios acápites: oferta judicial y cobertura; necesidades jurídicas insatisfechas según grupos poblacionales; cuestiones de organización judicial y la disparidad regional en la eficacia judicial.

Superior de la Judicatura (2019) parecieran estar mostrando avances en la materia. Dichos números ilustran nuestro planteamiento. Tomaremos dos años como referente, 1993 y 2018. La demanda de justicia (procesos iniciados, que corresponden a ingresos) para 1993 fue de 748.063 procesos, y para el año 2018 de 2.723.771, aumentando en un 264%; en respuesta de justicia (procesos finalizados, que corresponden a egresos), el número para el año 1993 fue de 566.827 procesos, mientras que para el año 2018 fue de 2.249.181. Esto permite hacer una tasa diaria de evacuación por despacho judicial: para el año 1993 fue de 0.6 procesos, es decir, en cinco días se evacuaron tres procesos, y para el 2018 fue de 1.8 procesos, es decir, en cinco días se evacuaron nueve procesos.

19 La Corte Constitucional de Colombia ha llamado al amparo institucional de las poblaciones que habitan zonas de *apartheid* institucional, asociado al estado de cosas inconstitucionales reconocidos en los llamados *fallos estructurales*.

Para plasmar un análisis de la justicia ambiental en sede judicial, debemos hacerlo de forma íntegra²⁰, que permita hacer una valoración de cómo nuestras instituciones formales se encuentran, o no, adaptadas a los cambios locales y globales, como la incertidumbre intrínseca propia de la sociedad del riesgo en que vivimos²¹. La justicia ambiental debe ser capaz de aportar elementos para la construcción de una sociedad civil activa, integral y garantista, que pueda afrontar los riesgos tecnológicos y ambientales. Para hacer dicho análisis acudiremos a la herramienta *pirámide del litigio*, desarrollada por De Sousa Santos y a otros autores, para determinar la propensión al litigio en materia ambiental. Esto se logra con un cotejo a partir de los conjuntos de litigios judicializables que ocurren en una sociedad determinada, o incluso cuando se estudian las relaciones sociales que los pueden originar²².

20 Ello lo haremos bajo la triple calidad de la justicia ambiental: sustantiva, orgánica y procedimental, bajo cuatro factores esenciales: objetivo, funcional, territorial y temporal.

21 «[...] la justicia ambiental tiene que ser expedita y no lenta, efectiva y no ineficaz, sencilla y no complicada» (Extracto de informe de CIAM presentado ante la CIDH para la Audiencia General del 2 de noviembre del 2012).

22 De Sousa Santos sostiene que el concepto de pirámide de litigio es utilizado para: “[...] mostrar, haciendo uso de la una metáfora geométrica, el modo como son formadas socialmente las relaciones de litigio en una determinada sociedad. Teniendo en cuenta que las que llegan a los tribunales, y de éstas las que llegan a juicio, son la punta de la pirámide, es necesario conocer la trama social que media entre la punta y la base de la pirámide.” (p. 124).

Es importante también distinguir los niveles del trabajo judicial —pragmático—, según lo planteado por Uprimny (2016), lo que nos permite hacer una caracterización de la justicia en Colombia. Para ello vamos a dividirlos en dos: en primer lugar, la *justicia rutinaria*, la cual hace referencia a los asuntos cotidianos de conflicto del ciudadano. Es la de mayor impacto, pero la que menos discusión política genera. Hacemos referencia a la jurisdicción contenciosa administrativa y a la jurisdicción ordinaria, que se ocupan de los asuntos entre administrados, la administración y los particulares, respectivamente. El diagnóstico en el acceso a la justicia a través de la justicia rutinaria es crítico, pues se mantienen problemas relacionados con el acceso, la congestión, la selectividad y la impunidad. En este punto es necesario analizar cuestiones como la pirámide de litigiosidad urbana²³, así como la oferta judicial y la cobertura²⁴, que son parámetros objetivos que

23 Dicha pirámide permite concluir dos cosas: en primer lugar, Colombia tiene problemas de acceso a la justicia, aunque dista de estar colapsado o de ser inaccesible. La mayor cantidad de dificultades están en las zonas rurales. Y, en segundo lugar, solo un 10% de las personas recurre a métodos diferentes al judicial (con aspectos relacionados con la solución extrajudicial y la autocomposición de litigios).

24 La cobertura se asocia a algunos indicadores como el número de habitantes por juez (un juez por cada 100.000 habitantes). El promedio nacional es aproximadamente de 12.000 personas por juez; este es un indicador precario, pues todos los territorios son disímiles, y no es igual un juez en una capital de departamento que uno con jurisdicción territorial amplia, con vías precarias y cobertura efectiva muy baja. Este indicador es insuficiente, ya que no tiene en cuenta la disparidad geográfica que pueda presentarse en determinado territorio. En un país como Colombia, donde la disparidad es la constante, es

permiten hacer un análisis del diseño judicial tanto en lo sustancial como en lo procedimental (redacción).

En segundo lugar, la *justicia protagónica* tiene gran visibilidad en los debates públicos por su alto impacto en la vida económica, política, ambiental o social. Aquí hacemos referencia, por un lado, a la jurisdicción constitucional, es decir, a la puesta en marcha de un conjunto de acciones públicas constitucionales para la defensa de derechos fundamentales y de derechos colectivos. Y, por otro lado, a la jurisdicción contenciosa administrativa, encargada de adelantar las acciones y medios de control que buscan ejercer el control de la actuación administrativa. El diagnóstico en el acceso a la justicia a través de la justicia protagónica es positivo por el impacto que genera la consagración de la acción de tutela como mecanismo para la defensa de derechos fundamentales. Es accesible y ágil, tiene un procedimiento preferente y sumario, y es eficaz en la protección de derechos fundamentales²⁵.

necesario acudir a otras cifras y variables (Uprimny, Rodríguez y García Villegas, 2016). Para el año 2019 (con un total de 5.446 despachos judiciales) en Colombia se tiene un juez por municipio, esto quiere decir que hay una cobertura en todo el territorio nacional correspondiente a 1103; para el año 1993 (un total de 3.945 despachos judiciales) la presencia de un juez por municipio era limitada a 970 municipios (Consejo Superior de la Judicatura, 2019). De los 5.446 despachos judiciales, todos atienden acciones de tutela y tan solo 549 atienden asuntos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Las cifras relativas a la rama judicial en Colombia responden a los datos del Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial (SIERJU).

25 En el año 1993 fueron incoadas cerca de 20.000

La justicia rutinaria y la justicia protagónica no son excluyentes. Al contrario, creemos que deben imbricar y buscar el relacionamiento y el logro de un acceso universal a la justicia. Uprimny menciona cuatro tipos de relaciones: de irradiación o jalonamiento, de ocultamiento, de obstaculización y de coexistencia sin relación.

En todo esto hay que tener en cuenta dos marcos teóricos que permiten guiar la reflexión sobre este punto. Por un lado, la justicia como institución (instrumentalista), donde se entiende como un instrumento de intervención social que se logra con la implantación de un sistema de Estado de derecho (*rule of law*) a través de jueces independientes con capacidad para imponer sanciones efectivas y disuasorias. Por el otro lado, la justicia desde una visión constructivista, que parte de la conexidad que existe entre las instituciones y las prácticas sociales, razón por la cual las reformas institucionales deben tener un origen y sus efectos dependientes de un contexto. Este modelo lo defienden autores como Santos y García, quienes consideran que la intervención eficaz del Estado en la sociedad debe tener en cuenta el proceso de construcción (o de constitución) recíproca entre actores y normas jurídicas. Pareciera que las reformas institucionales en materia de justicia optan por una visión instrumentalista,

acciones de tutela; para el año 2004 pasamos a una cifra de 198.000 acciones de tutela, es decir, se multiplicó casi diez veces; para el año 2013 la cifra ascendió a 628.030, y para el 2018 se presentaron 757.983 acciones de tutela en el país. Esto evidencia el impacto positivo de la llamada justicia protagónica en materia de acceso (Consejo Superior de la Judicatura, 2019).

concentrada en la intervención entre el Estado y el derecho a la sociedad (García, Rodríguez y Uprimny, 2016).

En nuestro caso, acudiremos a la segunda postura, pues pretendemos analizar la justicia ambiental desde una perspectiva constructivista²⁶, dejando atrás el idealismo ilusorio que considera que las instituciones se reducen a las normas que las crean y las regulan. En teoría, un Estado de derecho debe cumplir tres condiciones centrales: eficacia, legitimidad y legalidad. Hoy es difícil lograr la realización de las tres condiciones. Y si nos fijamos en la administración de justicia, ésta cuenta cuatro condiciones muy claras: “[...] acceso; independencia judicial; seguridad jurídica; eficiencia y eficacia” (Corporación Excelencia en la Justicia, 2017, p. 17). El estado actual de la justicia en Colombia no es un asunto fácil²⁷,

y sigue siendo un aparato deficiente que no ha podido superar los problemas de acceso, congestión, seguridad jurídica²⁸ e impunidad²⁹. La Corporación Excelencia en la Justicia afirma que el acceso a la justicia es limitado, y esto es debido a seis obstáculos que impiden la materialización: “[...] barreras culturales, económicas, geográficas, operativas, ausencia de reglas de calidad en el servicio, falencias en atención a víctimas y testigos» (p. 24). El derecho de acceso al juez o a un tribunal es esencial³⁰. García de Enterría (1997) sostuvo que: “[...] no hay derecho sin juez”. Para ello, debemos analizar los órganos judiciales que generan el amparo constitucional y el control judicial de la actividad administrativa, es decir, de la tutela judicial efectiva. Por consiguiente, el análisis de eficacia de instituciones, para brindar un amparo institucional a los

26 El sistema de justicia en Colombia es complejo y, por lo tanto, un análisis de todos los elementos se sale de la órbita del presente trabajo. Así las cosas, nos enfocaremos en la justicia formal, sobre todo desde el punto de vista institucional.

27 No es asunto fácil pues debe analizarse en el contexto del Estado y del territorio, donde surgen expresiones como *Colombia tiene más geografía que Estado*. Un relato que ilustra la problemática y la heterogeneidad de Colombia lo expresa Héctor Abad Faciolince (2008): “[...] Colombia no es un solo país, y ni siquiera las ciudades son una sola ciudad. A media hora de distancia, en nuestras capitales, conviven opulencias del Primer Mundo europeo o norteamericano con miserias africanas. Como un microcosmos, como un resumen del mundo, en las ciudades de Colombia se puede pasar en un rato de Suiza a Sierra Leona”. Por su parte, García Villegas (2008) afirma tajantemente: “[...] así pues, en buena parte del territorio nacional ha habido más territorio que nación, más nación que sociedad, más

sociedad que Estado y más partidos políticos que democracia» (p. 31).

28 La Corporación Excelencia en la Justicia (2017) destaca que la seguridad jurídica, entendida como la certeza en la aplicación del derecho, de los tiempos y de las autoridades que administran justicia, en materia ambiental, no tiene un sistema de fuentes claras, coherentes y estables. Es decir, no hay certeza de lo que tardará una decisión. Sumado a ello, Colombia registra uno de los peores resultados de América Latina en el componente de cumplimiento del índice de *Doing Business*, cuyo último informe fue el del año 2018.

29 García Villegas (2008) sostiene que: “[...] la justicia no puede ser ajena a la fragmentación del Estado y del territorio. Jueces no hay en casi todas partes del territorio nacional.” (p. 41).

30 “[...] Los jueces son uno de los pilares fundadores del Estado constitucional moderno, un órgano de soberanía a la par con los poderes legislativos y ejecutivo” (De Sousa Santos, 2001, p. 89).

derechos de los ciudadanos, respecto al acceso a la justicia en materia ambiental:

[...] asegura que existan instancias jurídicas pertinentes para proteger los derechos ambientales mediante un proceso judicial independiente y expedito, que contemple la reparación por daño ambiental. El acceso a la justicia es fundamental para velar por los derechos ambientales de aquellos que tradicionalmente han sido excluidos de la toma de decisiones (CEPAL, 2013, p. 7).

Conclusiones

Colombia tiene una serie de herramientas jurídicas a través de las cuales se puede intentar hacer valer los derechos de los afectados por cuestiones ambientales, pero que no en todos los casos resultan ser eficientes ni eficaces. No existe una renuencia del propio sistema jurídico para dicho acceso, y carece de un régimen jurídico especial para el tratamiento de controversias ambientales y jueces especializados. Hay, pues, otros problemas, como la falta de aplicación de la ley y unas autoridades administrativas y judiciales poco capacitadas en el tema³¹. Es tan gra-

31 La Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla realizó la primera convocatoria para capacitación de funcionarios judiciales (magistrados y jueces) el 8 de mayo del 2017 con el *Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental*, ofertado por la Secretaría General de la OEA. Allí se abordaron nociones preliminares asociadas a la justicia ambiental. La OEA viene trabajando en la formación judicial en materia ambiental, plasmado en cinco manuales: i) Nociones preliminares de De-

ve la falta de aplicación de la ley, que en muchas ocasiones no es posible conocer la efectividad de la legislación solo porque no ha sido aplicada.

El último problema relacionado con la falta de efectividad de la legislación ambiental responde a las cuestiones de configuración normativa del llamado derecho constitucional ambiental, o mejor, del derecho público ambiental (donde convergen todas las ramas del derecho público que tienen que ver con la cuestión ambiental), el cual es disperso, complejo, numeroso y yuxtapuesto. Canosa Usera habla de una “[...] frondosa y dispersa ordenación jurídica”. Sumado a ello, las normas constitucionales de carácter ambiental tienen características como la indeterminación, la vaguedad y la abstracción, en cierta medida desprovisto de substrato teórico que facilite la aplicación de las mismas, que son de contenido complejo. En el caso de Colombia tenemos una Constitución Política con varios artículos que abordan la cuestión ambiental, todos asociados al medio ambiente y a la calidad de vida, lo que en muchos casos genera dificultad hermenéutica asociada con las aspiraciones sociales, económicas y políticas de los ciudadanos. Recordemos que, en últimas, la realidad social debe verse reflejada en las normas aplicadas para la resolución de los conflictos ambientales.

recho Ambiental; ii) Marco conceptual del derecho ambiental; iii) Aspectos sustantivos del derecho ambiental; iv) Aspectos procesales y v) Papel del juez.

Referencias

- Barrios, T. (2011). Dimensiones de la justicia: una nueva perspectiva. En Mesa, G. (Ed). *Elementos para una teoría de la justicia ambiental y estado ambiental de derecho* Universidad Nacional de Colombia. pp. 87-112.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-238 del 2011*. República de Colombia.
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law*. Oxford UP.
- Frasser, N. (1997). *La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. Universidad de los Andes. pp. 9-29.
- Frasser, N. (2008). *Escalas de Justicia*. Editorial Herder.
- Kant, I. (2016). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres, crítica de la razón práctica*. Editorial Porrúa.

- Kelsen, H. (1934). *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Porrúa.
- Kelsen, H. (1961). *Qué es la justicia*. Ed. Leviatán.
- Locke, J. (2006). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Ed. Tecnos.
- Rawls, J. (1958). *La justicia como equidad: una reformulación*. Ed. Paidós.
- Ross, A. (1953). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Ed. Eudeba.
- Rousseau, J. (1996). *El contrato social*. Ed. Alba.
- Saidy, Y. (2013). El concepto de justicia ambiental, expresión de una idea contemporánea de la justicia. En Mesa, G. (Ed.) *Estado ambiental de Derecho: o "Estado de cosas inconstitucional ambiental": derechos colectivos y ambientales bajo amenaza en la era de las locomotoras normativas*. Universidad Nacional de Colombia. pp. 89-130.
- Sen, A. (2009). *La idea de la justicia*. Ed. Taurus.



EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS DISCIPLINARIAS:

UNA INOBSERVANCIA MANIFIESTA,
PROBLEMÁTICA E INCONVENCIONAL

CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA*

Resumen: El presente artículo tiene como finalidad analizar lo que, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se ha denominado como control de convencionalidad, y su evolución a lo largo de diferentes pronunciamientos, para luego examinar

un fallo de este tribunal internacional en el que se condenó al Estado colombiano por la falta de adecuación de su ordenamiento jurídico interno a los parámetros del artículo 23.2 de la convención y de su interpretación, estudiando finalmente las implicaciones de la Circular 005 de septiembre de 2020 de la Procuraduría General de la Nación, entidad administrativa que, so pretexto del tiempo razonable dado al Estado colombiano para adecuar el ordenamiento jurídico de acuerdo a las facultades y al procedimiento del órgano legislativo para el cumplimiento del mencionado fallo, continuó con la violación de la convención al dejar de lado los derechos políticos de los ciudadanos elegidos popularmente con relación al cumplimiento de la obligación de adecuación.

Palabras claves: Control de convencionalidad, Caso Petro, Proceso disciplinario, Adecuación interamericana.

Abstract: The purpose of this article is to analyze what has been called conventionality control from the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

* Abogado de la Universidad Libre. Magíster en Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor en responsabilidad jurídica en Estudios multidisciplinarios de la Universidad de León en España. Especialista en Derecho Probatorio, Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses de la Universidad Católica de Colombia. Director de la Especialización en DDHH y DIH y de la Maestría en Promoción y Protección de los DDHH de la Universidad del Magdalena. Coordinador del Semillero de investigación Henry Dunant, vinculado al grupo de investigación Saberes Jurídicos de la Universidad del Magdalena. Docente catedrático en DDHH, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad del Magdalena. Actualmente es magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y autor de artículos de investigación y de libros en la temática. cfonsecl@cendoj.ramajudicial.gov.co; carmifoli@gmail.com y camifoli@hotmail.com

(IACHR), and its evolution throughout different pronouncements, to subsequently examine a verdict of this international court in which the Colombian State was sentenced for the lack of adaptation of its domestic legal system to the parameters of article 23.2 of the convention and its interpretation, finally studying the implications of Notice 005 of September 2020 of the National Attorney General's Office, an administrative entity that, under the pretext of the reasonable time given to the Colombian State to adapt the legal system in accordance with the authorities and procedure of the legislative body to comply with the aforementioned verdict, continued with the violation of the convention by leaving aside the political rights of popularly elected citizens in relation to the observance of the obligation of adaptation.

Keywords: Conventionality control, Petro case, Disciplinary trial, Inter-American adaptation.

Introducción

Los Estados americanos que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), han adquirido una serie de obligaciones, a saber: respetar los derechos humanos, garantizar los derechos humanos y adecuar sus ordenamientos jurídicos internos a las normas de la CADH para que las dos primeras obligaciones mencionadas de los derechos humanos protegidos en tal instrumento internacional tengan un efecto útil. Para el cumplimiento de estas obligaciones, en especial la de garantía y la adecuación, el Sistema Interamericano de Protección de

los Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, ha creado una herramienta denominada *control de convencionalidad*, la cual actualmente comporta uno de los asuntos de mayor importancia jurídica y política en la región. Hoy en día no basta con la mera incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino que se requiere que los órganos y los agentes del Estado adecúen las normas y prácticas internas a los estándares internacionalmente adoptados con el fin de lograr un efecto útil de los mismos.

En el presente artículo abordaremos, en una primera sección, la noción de control de convencionalidad desarrollada por la CADH, que implica la labor de declarar la incompatibilidad de normas y prácticas de los Estados con sus normas y la supresión, por lo tanto, de estas normas y prácticas. Se concluirá haciendo relación, en una segunda sección, con el control de convencionalidad respecto del artículo 23.2 de la CADH en un caso del Estado colombiano, específicamente el caso Petro Urrego, como a través de un acto administrativo de la Procuraduría General de la Nación: una circular en donde el Estado colombiano prescribe que seguirá realizando las actuaciones que consideró inconventionales (en el mentado caso) por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la jurisprudencia de la CADH ha surgido el concepto de control de convencionalidad para denominar a una herramien-

ta que le permite a los Estados concretar las obligaciones establecidas en sus artículos 1.1 y 2, verificando que sus normas y prácticas internas sean acordes con la misma y con la jurisprudencia interamericana. En ese contexto, en la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016), resolvió lo siguiente:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (párr. 124)

En esta sentencia hito, el tribunal interamericano estableció por primera vez el concepto de control de convencionalidad,

que trasciende los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes de la CADH. Esta figura reciente se encuentra estrictamente relacionada con las obligaciones internacionales que impone la CADH, en el sentido de que todos los órganos y poderes públicos del Estado, tienen el deber de adecuar las normas y prácticas internas, de forma tal que sean compatibles con la CADH y den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente.

Por ello, el fundamento jurídico de esta herramienta lo encontramos en la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y en dos principios básicos del derecho internacional: “i) el efecto útil de las obligaciones internacionales, que deben ser cumplidas de buena fe, y ii) la prohibición de alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” (Olano, 2016, p. 65). Este último artículo fue citado en la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cuando la CIDH indicó que “[...] según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser acatadas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno” (párr. 125). Y es que el “[...] sometimiento de los jueces al imperio de la ley y al derecho interno no obsta entonces para desconocer el mandato de la Convención cuando el Estado la ratifica” (Quinche, 2014, p. 1201).

Otro principio del derecho internacional público, que también sirve de premisa normativa del control de convencionalidad, es el denominado *pacta sunt servanda* o *lo pactado obliga*, que se encuentra con-

sagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, el cual dispone: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Y es que los Estados que han ratificado la Convención y otros tratados internacionales en materia de derechos humanos se han obligado a: i) garantizar el libre y pleno ejercicio de tales derechos y ii) adecuar sus ordenamientos jurídicos internos a las normas de la Convención para garantizar los derechos en ella reconocidos. Esta última obligación implica, por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Por lo tanto, al ratificar la Convención, los Estados se han obligado a cumplir con los compromisos en ella establecidos, esto es, a asumir la obligatoriedad de “[...] revisar la congruencia entre sus normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos, para prever que no sean antagónicas a los tratados de Derechos Humanos” (Pacheco, 2019, p. 65).

El control de convencionalidad puede ser desarrollado en dos ámbitos, uno internacional y otro interno. Respecto al primero, denominado *control concentrado*, el encargado de realizarlo es la CIDH mediante la expulsión de normas contrarias a la Convención en la resolución de casos que son sometidos a su conocimiento, como, por ejemplo, con la declaración de incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH. El segundo, conocido como el *control difuso*,

corresponde a los agentes y funcionarios del Estado y, principalmente, pero no exclusivamente, a los operadores de justicia, quienes deben examinar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. En dicho análisis de compatibilidad, ha manifestado la Corte Constitucional, los funcionarios públicos deben actuar dentro del ámbito de sus competencias y atribuciones. En ese sentido, el objetivo del control de convencionalidad:

[...] es verificar la conformidad de las normas internas y su interpretación y aplicación, con la CADH y otros instrumentos de derechos humanos que vinculan al Estado y que exista una correcta aplicación de dichos estándares. Este ejercicio de control puede tener una serie de consecuencias, tales como, la expulsión del sistema interno de normas contrarias a la Convención (sea vía legislativa o jurisdiccional cuando corresponda); la interpretación de las normas internas de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado; el ajuste de las actuaciones de los órganos ejecutivos y legislativos a las obligaciones internacionales; la modificación de prácticas de los órganos del Estado que puedan ser contrarias a los estándares internacionales a los que se ha comprometido el Estado; entre otras formas de concreción de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos (Nash, 2013, p. 4).

Como se puede ver, la consecuencia del control de convencionalidad realizado por cada agente estatal dependerá de sus

funciones, lo cual no implica la expulsión de normas del sistema jurídico interno. Teniendo en cuenta lo anterior, a lo que realmente están obligados los jueces y todos los agentes del Estado, es a interpretar tanto las normas como sus prácticas internas, de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales contraídas, ya sea por vía de preferencia de una norma internacional o por otras vías que se pudieran establecer en el orden interno (Nash, 2013).

En el caso *Boyce y otros vs. Barbados* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007), la Corte explicó de manera concreta de qué forma debe ser implementado el control de convencionalidad en el ámbito interno. Indicó que los tribunales nacionales no solo deben limitarse a realizar un examen de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, exponiendo que:

El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCEP [Ley de Delitos del Estado Contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. (p. 7)

Para esto, declaró la Corte Constitucional, no solo se debe tener en cuenta el tratado sino la interpretación que del mismo se ha hecho en su jurisprudencia. Igualmente, en la sentencia del caso *Aguado Alfaro y*

otros vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006), sobre los trabajadores cesados del congreso, el tribunal interamericano señaló que ese control debía ser de oficio, pues su finalidad es que el efecto útil de la CADH no se vea mermaado por la aplicación de normas contrarias a sus disposiciones, objetos y fines. En ese sentido, indicó que los operadores judiciales: “[...] deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (párr. 128). Tal control corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

Es importante aclarar que, si bien en las líneas precedentes se indica que el control de convencionalidad corresponde a los órganos de justicia, en la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011), se estableció que esta herramienta debe ser utilizada por cualquier autoridad pública y no solo por el poder judicial, lo cual fue ratificado en un pronunciamiento posterior: “[...] todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” (párr. 239).

Como hemos visto, el control de convencionalidad fue creado por la CIDH para controlar el cumplimiento de los estándares mínimos de protección consagrados en la CADH y la interpretación que de los mismos ha hecho a lo largo de su jurisprudencia. Este instrumento puede resultar

útil para el verdadero cumplimiento de los derechos humanos en el continente americano. En resumen, lo que se pretende con esta herramienta es que los jueces, y cualquier otro funcionario u órgano estatal, al momento de la resolución de casos o de la toma de cualquier decisión estatal, tenga en cuenta, en materia de derechos humanos, no solo las normas de origen interno (constitucionales, legales y reglamentarias), sino también aquellas de origen internacional que han sido admitidas internamente a través de diversos instrumentos, que para el caso colombiano son en virtud del bloque de constitucionalidad.

El control de convencionalidad respecto del artículo 23.2 de la CADH y el caso colombiano

En la sentencia del caso López Mendoza y otros vs. Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2016), la CIDH condenó al Estado venezolano por haber inhabilitado al peticionario para el ejercicio de la función pública a través de la vía administrativa. El punto central del caso radicó en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor Leopoldo López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la ley orgánica de la contraloría general y del sistema nacional de control fiscal. Determinó el tribunal interamericano que tales sanciones y sus efectos eran incompatibles con el artículo 23.2 de la CADH. En el mencionado caso, la CIDH estableció que:

106. El artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos de-

ben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, (...) i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país.

107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido.

108. La Corte estima pertinente reiterar que “[...] el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. [...] En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos, está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.

109. En virtud de lo que antecede, la Corte determina que el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Ame-

ricana, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza (párr. 106 y ss).

Este caso fue el precedente utilizado por la CIDH para declarar internacionalmente responsable al Estado colombiano por la violación de los derechos políticos del senador Gustavo Petro Urrego, cuando fue destituido e inhabilitado por la Procuraduría General de la Nación en diciembre del año 2013. En dicha sentencia, la CIDH reiteró que un órgano administrativo no puede: “[...] aplicar una sanción que implique una restricción a los derechos políticos de un funcionario público democráticamente electo” (CIDH, Sentencia caso Petro vs Colombia 2013, párr. 96). La Corte señaló lo siguiente:

La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su conducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez competente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente, sino también de

sus electores. (CIDH, Sentencia caso Petro vs Colombia 2013, párr. 96)

Para la CIDH no se cumplió ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 23.2 para que resultara procedente la restricción de los derechos políticos reconocidos en el artículo 23.1, pues el órgano que impuso dicha sanción no era un juez competente, no hubo condena y las sanciones no se aplicaron como resultado de un proceso penal. Lo anterior constituyó una afectación no solo de los derechos políticos del señor Petro Urrego, al impedirle ejercer su cargo, sino además de aquellas personas que lo eligieron. La CIDH reiteró el deber que todas las autoridades de un Estado Parte tienen respecto a la CADH, la de ejercer un control de convencionalidad de forma tal, que la interpretación y la aplicación del derecho nacional sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

En este caso, si bien la CIDH aplaudió la decisión adoptada por el Consejo de Estado de Colombia, en la que se declaró la nulidad de los actos administrativos que impusieron la sanción de destitución e inhabilitación al demandante, haciendo con esto un uso adecuado y oportuno de control de convencionalidad, pues tomó en consideración los estándares desarrollados por el tribunal internacional con relación a los límites a las restricciones permitidas por el artículo 23.2 de la CADH, lo que llevó a que cesara la violación a los derechos humanos de la presunta víctima, determinó que el Estado colombiano no ha reparado integralmente el hecho ilícito internacional, pues no ha modificado las normas

jurídicas que permitieron la imposición de dichas sanciones, las cuales aún se encuentran vigentes en el ordenamiento interno.

La CIDH determinó que Colombia violó el artículo 23 de la CADH, en relación con las obligaciones contenidas en los artículos 1.1. y 2 del mismo instrumento, tanto por la existencia como por la aplicación de normas del Código disciplinario único que faculta a la Procuraduría General de la Nación una autoridad de carácter administrativo, a imponer sanciones de destitución e inhabilitación a funcionarios públicos elegidos popularmente, como fue el caso del señor Petro. Para la CIDH existe un régimen legal inconvencional por la existencia de disposiciones previstas en el Código disciplinario único, como la Ley 610 de 2000; la Ley 1864 de 2017 y la interpretación de las facultades disciplinarias realizadas por la Corte Constitucional de Colombia.

En lo relacionado con el Código único disciplinario, son incompatibles con la CADH los artículos 44 y 45, que otorgan facultades a la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar funcionarios públicos democráticamente electos. Respecto a la Ley 610 del 2000, resulta inconvencional su artículo 60, que señala que no se podrán posesionar en cargos públicos: “[...] quienes aparezcan en el boletín de responsables” hasta tanto no se cancele la sanción. Indicó la CIDH que, si bien el artículo en cuestión no faculta a la Contraloría General de la República para destituir o inhabilitar funcionarios públicos de elección popular, las sanciones pecuniarias que este órgano impone pueden tener el efecto práctico de inhabilitarlos en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 del Código dis-

ciplinario único, el cual prescribe que: “[...] también constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo: [...] 4. Haber sido declarado responsable fiscalmente” (CIDH, Sentencia caso Petro vs Colombia 2013, párr. 114). En cuanto al artículo 5 de la Ley 1864 de 2017, que modificó la Ley 599 del 2000 del Código Penal, que establece el tipo penal de *elección ilícita de candidatos*, la CIDH consideró que es violatorio de la CADH en el sentido de inhibir a una persona para postularse a un cargo público cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, constituyendo un riesgo para sus derechos políticos y los de sus electores.

Todo lo anterior es violatorio de la obligación de adecuación contenida en el artículo 2 de la CADH, por lo que se condenó al Estado colombiano, entre otras cosas, a adecuar su ordenamiento jurídico interno, de forma tal que los funcionarios de elección popular no puedan ser destituidos ni inhabilitados por decisiones de autoridades administrativas de acuerdo a los parámetros establecidos en dicha sentencia. Y es que, para los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, la facultad administrativa, y no judicial, en la que se inhabilita a los funcionarios elegidos por voto popular, no es convencional. Es decir, no se ajusta a lo consagrado en el artículo 23 del instrumento interamericano, y genera la responsabilidad internacional del Estado colombiano por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales (Villalba y González, 2014).

No obstante, la Procuraduría General de la Nación emitió la Circular 005 de 2020, cuyo asunto se refiere a su competencia

disciplinaria luego de la expedición de la sentencia de la CIDH sobre el caso Gustavo Petro contra el Estado colombiano. En dicha circular, el órgano del Ministerio Público resolvió:

PRIMERO. Los servidores de la Procuraduría General de la Nación con funciones disciplinarias, adelantarán el proceso disciplinario contra servidores públicos de elección popular, así:

1.1. Cuando se trate de posibles faltas gravísimas que impliquen destitución e inhabilitación general, siempre y cuando: i) estas conductas tengan relación con hechos o asuntos constitutivos de corrupción en aplicación de los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción vigentes señalados en la parte motiva de esta circular o ii) se encuadre la conducta objetivamente en una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, previa denuncia o traslado a las autoridades penales para actuar en el ámbito de sus competencias.

1.2. En los restantes procesos que no correspondan a las conductas antes descritas, podrán imponerse sanciones distintas a la destitución e inhabilitación general, mientras se realizan los ajustes normativos que ordenó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 8 de julio de 2020 (p. 6).

De la lectura de este documento se puede colegir que la Procuraduría General de la Nación, hasta tanto no se realicen las modificaciones legislativas correspondientes, podrá seguir ejerciendo funciones que

son incompatibles con las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano, lo cual puede acarrear nuevamente una condena internacional. La Procuraduría General de la Nación, al seguir ejerciendo facultades contrarias al artículo 23.2 de la CADH, puede continuar vulnerando los derechos políticos de los funcionarios públicos democráticamente electos, dejando de lado lo establecido tanto en la CADH como en la jurisprudencia de la CIDH. Y es que hasta tanto no se realicen los ajustes normativos dispuestos por la CIDH, tal como lo señala en la circular, la Procuraduría General de la Nación seguirá sancionando con destitución, suspensión e inhabilitación a funcionarios elegidos por voto popular, como gobernadores, alcaldes y congresistas, mediante un procedimiento que, si bien ésta ha defendido y argumentado en el procedimiento administrativo adelantado ante su despacho y en diversos procesos judiciales, claramente es contrario a lo establecido en la CADH.

Como ya se anotó, desde el precedente judicial del caso López Mendoza vs Venezuela, la Procuraduría General de la Nación debió hacer uso del control de convencionalidad para ajustar su actuar a los estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos, y, en específico, al de los derechos de carácter político. Por lo tanto, una vez notificado el fallo en el que se condenó al Estado, precisamente por su actuar, ésta debió de inaplicar la norma inconvencional hasta que se realizaran los ajustes normativos pertinentes, contrario a lo que resolvió en la circular. El proceder de la Procuraduría General de la Nación desconoce abiertamente el con-

tenido del artículo 29 de la CADH y de los estándares establecidos en la jurisprudencia constante y pacífica de la CIDH en la interpretación de las normas de la CADH, específicamente en que los Estados Partes, cuando ratifican la CADH, como acontece con el Estado colombiano, además de declarar que reconocen su competencia en los casos sometidos a su consideración, hacen lo propio con la interpretación o aplicación de las normas de la Convención. Por lo tanto, cualquier otra interpretación que se haga por el desconocimiento de una norma de la CADH es un contrasentido, un imposible jurídico, un desatino que, so pretexto del plazo razonable que se da a un Estado en una sentencia de la CIDH para que adecúe, por medio del organismo o entidad competente para ello, y mediante los procedimientos apropiados, sus normas a las de la CADH y a la interpretación que sobre éstas ha dado la misma CIDH; que el Estado utilice normas de otra convención que ni siquiera es obligatoria desde la perspectiva de lo justiciable, y que su materia no sea de derechos humanos, como la Convención Interamericana Contra la Corrupción, para seguir violando una norma de la CADH, la cual la CIDH fijó su naturaleza, alcance y contenido, esto es, su interpretación.

En su parte considerativa, la Circular N.º 005 del 1 de septiembre de 2020 invoca la Sentencia C-028 de 2006, en la que la Corte Constitucional se refiere a la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en el contexto constitucional y nacional. Posteriormente, hace una transliteración mutilada del fundamento 122 de la sentencia del 8 de julio de 2020, caso *Petro Urrego vs. Colombia*, cuando resalta que:

La Corte observa que el primer período del inciso 6º del artículo 277 y el numeral primero del artículo 278 de la Constitución de Colombia admiten la posibilidad de ser interpretados de modo compatible con la Convención Americana y con el modelo de Estado de derecho establecido por el artículo 1º de la propia Constitución. (Procuraduría General de la Nación, 2020. p. 6).

Nótese como la Procuraduría General de la Nación, en este aparte que translitera en la circular, ubica un punto donde va una coma en la sentencia de la CIHD, y de contera cercena la consideración subsiguiente, que resulta sustancial para la comprensión de su *ratio decidendi*, como pasa a evidenciarse en el siguiente aparte extraído directamente de la decisión de la CDHI, a saber:

La Corte observa que el primer período del inciso 6º del artículo 277 y el numeral primero del artículo 278 de la Constitución de Colombia admiten la posibilidad de ser interpretados de modo compatible con la Convención Americana y con el modelo de Estado de derecho establecido por el artículo 1º de la propia Constitución, a condición de entender que la referencia a los funcionarios de elección popular **está limitada únicamente a la potestad de vigilancia** del Procurador. (CIDH, Sentencia caso *Petro vs Colombia*, 2013, párr. 112). La negrita es nuestra.

Se aprecia nítidamente que después de la palabra *constitución* sigue una coma (,),

no un punto aparte (.); y que lo subrayado fue lo que se omitió por parte de la circular. A partir de esto resulta razonable concluir que la normas constitucionales que anteceden no fueron declaradas no convencionales, en la medida que admite una interpretación ajustada a la de la CADH, y es precisamente la realizada por la CIDH, bajo el entendido de que las facultades de la Procuraduría General de la Nación, respecto a funcionarios de elección popular, está limitada a la potestad de vigilancia, mas no a la potestad sancionatoria, especialmente al haberse analizado la inconventionalidad de los artículos 60 y 38 de las Ley 610 de 2010 y del Código único disciplinario respectivamente, asuntos que quedaron plenamente definidos en el fundamento 115 de la plurimencionada decisión de la CIDH, así:

En relación con lo anterior, la Corte concluye que las sanciones impuestas por la Contraloría pueden tener el efecto práctico de restringir derechos políticos, incumpliendo así las condiciones previstas en el artículo 23.2 de la Convención y que han sido reiteradas en la presente sentencia. (CIDH, Sentencia caso *Petro vs Colombia*, 2013, párr. 115).

En ese mismo sentido, también se observa una exposición argumentativa relacionada con la CIDH contra la corrupción, en abierto desconocimiento del artículo 29 de la CADH y del artículo 94 de la Constitución Política de Colombia. Ello en la medida que la primera de las normas invocadas impide una interpretación que

permita a los Estados Partes suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la CADH, o limitarlos en mayor medida que las allí previstas, o de acuerdo a sus propias leyes. Es decir, la interpretación será siempre la más amplia posible. Ahora bien, las interpretaciones que la CIDH haga en materia de los derechos contenidos en la CADH poseen carácter vinculante, en razón de la competencia reconocida por el Estado colombiano, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.1 y 62.3. A saber:

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la **interpretación** o aplicación de esta Convención.
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la **interpretación** y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial (CADH, 1969). La negrita es nuestra.

El carácter vinculante de su propia jurisprudencia fue plasmado por la CIDH en el Caso *Barrios Altos vs. Perú*, en el que precisó que:

[...] las decisiones de esta Corte **tienen efectos inmediatos y vinculantes** y que, por ende, la **sentencia dictada** en el caso Barrios Altos **está plenamente incorporada a nivel normativo interno**. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma ipso iure parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia (CIDH, Sentencia caso la Cantuta vs Perú, 2006, párr. 186).

En este mismo orden de ideas, dispone el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia que:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, **prevalecen en el orden interno**. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se **interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos** ratificados por Colombia (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 93). La negrita es nuestra.

Visto lo anterior, resulta más que evidente que la CADH, al ser un tratado internacional ratificado por el Congreso de la República, que reconoce derechos humanos y prohíbe su limitación en los estados de excepción, no solo integra el llamado *bloque de constitucionalidad*, sino que tiene carácter prevalente en el orden interno.

Por consiguiente, la interpretación que se haga de los derechos allí contenidos por parte de la autoridad jurisdiccional competente, a saber, la CIDH, se extiende a la interpretación de la totalidad de las disposiciones consagradas en el orden interno relacionadas con los derechos y deberes establecidos en la Constitución Política de Colombia. De ahí que resulte un imposible jurídico para la Procuraduría General de la Nación acudir a normas que, pese a tener igual jerarquía (Constitución Política de Colombia, jurisprudencia constitucional y otros tratados), no tienen el mismo carácter de prevalente; además, tampoco puede esgrimirse el derecho disciplinario interno como fundamento para el desconocimiento del precedente judicial interamericano por virtud del mismo artículo 27 de la Convención de Viena, que dispone: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Así las cosas, no resulta, desde ningún punto de vista convencional, constitucional, ni legalmente válido, mantener la competencia disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en relación con servidores públicos de elección popular: “[...] mientras se realizan las reformas al ordenamiento jurídico que resulten pertinentes”, no solo por la fundamentación jurídica antedicha, sino porque desconoce la obligatoriedad de las demás obligaciones contenidas en el artículo 1.1. de la CADH: respeto y garantía. Esto insinúa que, mientras opera el *plazo razonable* otorgado y no se cumpla la obligación de adecuación, el Estado Parte se encuentra legitimado para desconocer las demás obli-

gaciones. Esto es un adefesio jurídico, pues implica no solo formalmente el incumplimiento de las más importantes obligaciones en relación con los derechos contenidos en la CADH, sino, materialmente, su trasgresión y violación. Indudablemente, las sanciones de idénticas características que se impongan a funcionarios públicos elegidos popularmente acarrearán el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la CADH, y necesariamente conlleva a la responsabilidad internacional del Estado por el hecho ilícito internacional.

El plazo razonable otorgado tiene como propósito otorgar un período al Estado colombiano para que adecúe su normatividad interna a una que vaya acorde a la interpretación realizada en el caso Petro Urrego vs. Colombia; no tiene como fin habilitar al Estado para que siga incurriendo en conductas violatorias de los derechos humanos contenidos en la CADH. Por lo general, el común denominador jurídico de los investigadores se concentra en analizar y discernir en torno a las actuaciones y actividades, pero un asunto siempre central resulta ser lo estructural (es decir, lo organizacional). En este caso, el punto tiene aplicación, por lo que cobra vigencia la *búsqueda del sueño weberiano* del profesor López Medina, que es la indagación de la eficacia en el diseño de la estructura del Estado. Pues es en este punto que la Procuraduría General de la Nación, como órgano de control de creación constitucional, debe ser objeto de un estudio y análisis de eficacia de sus actuaciones, partiendo de lo estructural y a la luz del derecho convencional.

Algunas entidades administrativas que gozan de potestad sancionatoria, como la

Procuraduría General de la Nación, acuden desesperadamente a prácticas inconventionales, como la analizada Circular N.º 005 del 1 de septiembre de 2020, en la que se deslegitima en su actuar. Pregunto de manera respetuosa: ¿qué debe ocurrir si quedan sin funciones como las sancionatorias, de carácter disciplinario, para los funcionarios elegidos popularmente? La respuesta es sencilla, pues como lo han manifestado algunos integrantes de la misma entidad, se pierde la *esencia de la actuación sancionatoria*. Por ende, consideramos que deben hacerse cambios estructurales. En este orden de ideas, proponemos, en aras de cumplir con la obligación de adecuación en cuanto a la estructura organizacional del Estado, una modificación a la Constitución Política de Colombia, mediante acto legislativo, para que la Procuraduría General de la Nación inicie un proceso de fusión con la Fiscalía General de la Nación, y solo así realice la función investigativa en cuanto a lo disciplinario, y que la función de juzgamiento quede en manos de las Salas de los Consejos Seccionales Disciplinarios, quienes, dicho sea de paso, no deberían tener funciones de investigación y juzgamiento. Es necesario avanzar en la separación *real* de funciones de investigación y de juzgamiento. Una segunda instancia, también en aras de garantizar los estándares interamericanos en la materia, debería asumirla el recién creado Consejo Nacional de Disciplina Judicial. Debemos empezar a discernir las mejoras estructurales que garanticen la obligación de adecuación, pues así se puede avanzar en el fortalecimiento institucional planeado, dialógico, eficaz y respetuoso del ordenamiento jurídico interamericano.

Reflexiones finales

El control de convencionalidad es una herramienta de la CIDH que materializa las obligaciones de garantía y de adecuación, permitiendo que ésta produzca un efecto útil en aquella, en el sentido de que todos los órganos y poderes públicos del Estado tienen el deber de adecuar las normas y prácticas internas, de forma tal que sean compatibles con la CADH y den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente. La CIDH, en las sentencias de los casos López Mendoza y otros vs. Venezuela y Petro vs Colombia, en su facultad de intérprete de la CADH, fijó el contenido y alcance del artículo 23.2, en el sentido de que los funcionarios elegidos popularmente solo pueden ser sancionados con destitución o multa por una sentencia ejecutoriada proferida por un juez penal, consecuencia de una investigación penal. Por lo tanto, las mencionadas sanciones impuestas por órganos o entidades de carácter administrativo no son convencionales, pues violan el artículo 23.2 y la interpretación que del mismo ha hecho la CIDH, en relación con las obligaciones de garantía y de adecuación contenidas en los artículos 1.1. y 2 de la misma CADH.

La Procuraduría General de la Nación, mediante la Circular N.º 005 de 2020, so pretexto del plazo razonable otorgado al Estado colombiano en la sentencia Petro Urrego vs Colombia de 8 de julio de 2020 para expulsar del ordenamiento jurídico interno las normas que son claramente incompatibles con la Convención, seguirá ejerciendo funciones que se determinaron

contrarias a la misma, realizando actividades inconvencionales violatorias del artículo 23.2, desconociendo las obligaciones internacionales contraídas por el Estado. El deber ser, en el caso *sub examine*, es que la Procuraduría General de la Nación deje de aplicar las normas disciplinarias declaradas no convencionales. En aras de lograr dicho propósito, reiteramos la propuesta esbozada *ut supra* relativa al proceso de fusión entre la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación, lo cual debe ser planeado, gradual, progresiva y, por ende, respetuosamente de los derechos laborales de los funcionarios que allí laboran; es más, podría pensarse en pro de la colaboración armónica y el fortalecimiento institucional, que muchos de esos funcionarios del ente de control disciplinario pasen al recién creado Consejo Nacional de Disciplina Judicial, como aconteció con la reforma relativa a la creación de la Fisca-

“ en el sentido de que los funcionarios elegidos popularmente solo pueden ser sancionados con destitución o multa por una sentencia ejecutoriada proferida por un juez penal, consecuencia de una investigación penal. ”

lía General de la Nación, donde los llamados jueces de instrucción criminal entraron a ser parte de la planta del ente acusador. Dicha propuesta es loable y necesaria para garantizar la vigencia y observancia plena del derecho convencional, de lo contrario vamos a hacer parte del sistema regional de protección de derechos humanos, sin observar y acatar las órdenes emanadas por el órgano judicial del mismo.

Referencias

- Congreso de la República. (15 de agosto de 2010). *Ley 610 de 2010*. República de Colombia.
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional N.º 116*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Convención de Viena. (23 de mayo de 1969). *Sobre el Derecho de los Tratados*. Organización de las Naciones Unidas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de septiembre de 2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de noviembre de 2006). *Caso la Cantuta vs Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de noviembre de 2006). *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 de noviembre de 2007). *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de febrero de 2011). *Caso Gelman vs. Uruguay*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de julio de 2020). *Caso Petro Urrego vs Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf
- Nash, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano XIX*. pp. 489-509.
- Pacheco, R. (2019). *Pacta Sunt Servanda* y control de convencionalidad. *Academia colombiana de jurisprudencia*, 2 (370), 37-98.
- Procuraduría General de la Nación. (1 de septiembre de 2020). *Circular N.º 005. Sobre la competencia disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación luego de la expedición de la Sentencia de la CIDH. Caso Gustavo Petro contra el Estado colombiano*. https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/3006_PGN%20Circular%20005%20CIDH%20-%20PGN%20%20DE%202020.pdf
- Villalba, J. y González, A. (2014). Reflexiones sobre el “caso Petro”. *Prolegómenos*, 17 (34), 9-12.



EL PLAZO RAZONABLE Y LA ESTRATEGIA DE CHAMBONERÍA CRIOLLA A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DE JULIO 8 DE 2020 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: UN SOS POR LOS DERECHOS HUMANOS CONVENCIONALES

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU*

Resumen: El artículo es una reflexión en torno a la actuación de la Procuraduría General de la Nación al emitir la Circular N.º 005 de septiembre 1 de 2020. Pronunciación que supone el incumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) del que Colombia es miembro. En este sentido, la exposición encuentra su punto clave en la falta de acoplamiento entre la jurisdicción interna del país con las normas internacionales acogidas voluntariamente, amparándose en la herramienta del plazo razonable sobre la Sentencia de julio 8 de 2020. Se concluye

relacionando toda una serie de normativas colombianas y los elementos que no encuentran coordinación con lo pactado en la CADH.

Abstract: The article is a reflection on the actions of the National Attorney General's when issuing Notice No. 005 of September 1st, 2020. A pronouncement that implies the breach of the American Convention on Human Rights (ACHR) of which Colombia is a member. In this sense, the presentation finds its key point in the lack of coupling between the internal jurisdiction of the country with the international regulations voluntarily accepted, based on the tool of the reasonable term on the Sentence of July 8th, 2020. It concludes by relating a whole series of Colombian regulations and the elements that do not find coordination with what was agreed upon in the ACHR.

Keywords: Reasonable term, local ordinariness, Attorney General's Office, Human Rights, Sentence, Control of conventionality.

* Abogado consultor, asesor y litigante. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia (1992); en Derechos Humanos por la American University Washington D.C. (2002, y en Alta Gerencia por la Universidad Militar Nueva Granada (2003). Se ha desempeñado como magistrado auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria; fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia; viceprocurador general de la nación. Docente y doctrinante en derecho penal y derecho disciplinario de la Universidad Externado de Colombia.

Introducción

Sorprende de veras, frente a los compromisos adquiridos por el Estado colombiano de cumplir de *buena fe* los tratados internacionales sobre derechos humanos, la sistemática, persistente y pertinaz estrategia de malabarismos jurídicos, subterfugios conceptuales y falacias argumentativas que los áulicos del nacionalismo decimonónico se inventan para desconocer los fallos de los tribunales internacionales de justicia, cuando hemos tenido la oportunidad, por más de setenta años, de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a los mismos.

Vemos cómo en otros fallos, proferidos en contra de Estados con compromisos en los sistemas de justicia internacional, existen situaciones parecidas a las propias, y sin embargo no nos damos por enterados y nos hacemos de oídos sordos, sin ninguna advertencia que prevenga afrontar nuestra desidia y displicencia hacia el orden público internacional de los derechos humanos, tónica en la cual continuamos aún, cuando en carne propia nos han enrostrado nuestras violaciones, tratando de justificarlas y de dejarlas indemnes como si nada hubiese sucedido, tratando de tapar la luz del sol con las manos, ofendiendo masivamente a la inteligencia ajena.

Esta muestra paradigmática la suministra, entre otros esperpentos jurídicos, la Circular N.º 005 de septiembre 1 de 2020, expedida exactamente nueve años después de pronunciada, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sentencia López Mendoza vs Venezuela, cuyas conclusiones parecen haber co-

gido de sorpresa al Estado colombiano, después de criticar por años la aptitud y la actitud del gobierno del hermano país por desconocer las órdenes de los tribunales internacionales, sin notar que en los mismos errores *intencionales* venimos incurriendo *sin querer queriendo*, según la consabida expresión de un cómico mexicano mundialmente conocido.

La Procuraduría General de la Nación, de lleno y en el pleno de sus delegados, que demuestra la dependencia vertical de su jefe supremo en los términos del artículo 275 de la Constitución Política de Colombia (*alter egos* que muestran una especie de vasallaje moderno), recitan al unísono que no cumplen con la jurisprudencia vertida en la sentencia de julio 8 de 2020 por cuanto la Corte Constitucional le otorgó un plazo razonable al Estado colombiano para ajustar el orden jurídico interno a lo allí decidido, olvidando olímpicamente que la Convención Americana de Derechos Humanos se firmó el 22 de noviembre de 1969, la incorporamos a la legislación interna por medio de la Ley 16 de 1972, la ratificamos el 28 de mayo de 1973, y que entró en vigor en Colombia el 18 de julio de 1978. Pero además olvidan que la Corte Constitucional ha reconocido que el órgano encargado de la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos es ella misma, y su jurisprudencia resulta relevante para el entendimiento de sus instituciones a nivel interno, así como la obligatoriedad que tienen todos los funcionarios públicos, especialmente los pertenecientes al sistema de justicia en términos formales y materiales, de aplicar el control de convencionalidad de oficio o a petición de parte cuando exista una confrontación entre los niveles de

garantías internacionales y nacionales en materia de derechos humanos, configurándose una auténtica denegación de justicia, ya advertida desde la vigencia del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, pero especialmente por lo dispuesto en los artículos 21 de la Ley 734 de 2002, y los artículos 4, 9, 85, 86, 93 y 228 de la Constitución Política.

He leído y releído el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), y no he encontrado un solo artículo o frase que siquiera, tangencialmente, autorice la afirmación acerca de que, por virtud del plazo razonable, se encuentren *suspendidas temporalmente* en Colombia las exigencias de la garantía reforzada del debido proceso, a que se refiere el artículo 23 numeral 2º de la CADH.

El preámbulo del PIDCP es claro en afirmar que todas las personas gozan de dignidad, y que ésta resulta inherente al ser humano, fundamento de todos sus derechos en igualdad e inalienables, derivados de su sola condición de persona, lo que refleja claramente y sin hesitación que existen antes, por encima y después de su positivización en tanto son universales, intemporales e inespaciales, reconocidos sin condicionamiento alguno, tanto como libertades civiles como políticas. El preámbulo señala especialmente, en su parte final, que todo individuo “[...] por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto”, lo que compagina con la obligación que, como un plus, tenemos los abogados en Colombia, derivada de la función social

de nuestra profesión, según la cual “[...] la abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia” (Decreto 196 de 1971, artículo N.º1) y “[...] la principal misión del abogado es defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares. También es misión suya asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas” (artículo N.º2).

Esto es un llamado a que, con todo vigor, ejerzamos la profesión oponiéndonos con absolutamente todos los instrumentos jurídicos a la *chambonería criolla*, creada para omitir el cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que carece de cualquier respaldo o legitimidad jurídica, *prima facie* opuesta a la normatividad nacional e internacional. Hanna Arendt, la gran filósofa judía, se asombraba de la forma en que el criminal de guerra Eichman enfrentaba las acusaciones en Jerusalén por sus delitos contra la humanidad con una frialdad y naturalidad pasmosa, producto de la rutina en que se convirtió su perversidad en la práctica, lo que llamó *la banalidad del mal*. Parece que de este virus también padecen muchos administradores de justicia, que ven en las persistentes y sistemáticas violaciones a los derechos humanos civiles y políticos algo sin mayor trascendencia, vacunándose para una tolerancia futura hacia las violaciones más relevantes, que ya la historia sabe cómo comienza, pero no cómo terminan.

La perentoriedad del artículo 2 del PIDCP, en su numeral 1º, sin duda alguna reconoce que no existe una vacancia de vigencia

de los derechos humanos allí reconocidos, que se pueda derivar del alegado *plazo razonable*, toda vez que: “[...] cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. A su vez, el numeral 2º del artículo en mención estipula que: “[...] cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

De dónde surge la idea maquiavélica y perversa de que el plazo razonable de que se habla en la sentencia de julio 8 de 2020 enerva el cumplimiento de las obligaciones del pacto por parte de los Estados o, lo que es lo mismo, mete al congelador los derechos humanos mientras se tramita una reforma que ya debería estar en trámite pero que no se avizora, muy a pesar de tener el procurador general de la nación facultades de iniciativa legislativa (artículo 156 de la Constitución Política de Colombia), ante contundentes y perentorias exigencias, sin límite alguno de tiempo o condiciones de espacio o modo para su vigencia, según lo dispuesto en el artículo 2 del PIDCP. Y de manera terminante, con vigencia intem-

poral, inespacial y amodal, el artículo 5 del mismo pacto reclama, de manera perentoria, lo siguiente:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

No puede menos que ofenderse la inteligencia cuando se saca de la manga una carta marcada, alegando la no violación a los derechos humanos, no constatada allí en concreto sino en abstracto, pues cómo explicar que así se determinó en el caso Petro vs Colombia, pero que no se aplique a anteriores violaciones, a sus hechos concomitantes o posteriores a ella, ante tan contundente y preclaras normas del derecho internacional de los derechos humanos, máxime cuando desde septiembre 1 de 2011, fecha del pronunciamiento del caso López Mendoza vs Venezuela, éramos conscientes de que nuestro derecho disciplinario gozaba de inconventionalidades intolerables. Si fuere esto, tampoco la sentencia de julio 8 de 2020 tendría fuerza coercitiva, pues quedaría cobijada

por el plazo de gracia para seguir violando los derechos humanos, como también sucedería por la paralización en la aplicación del control de convencionalidad que ello implicaría, lo que resulta a todas luces absolutamente ilógico e irrazonable.

La obligatoriedad del cumplimiento de lo pactado no depende de una sentencia, sino de los compromisos internacionales adoptados, como se desprende del numeral 1° del artículo 40 del PIDCP, que obligaba, desde el año siguiente a la entrada en vigor del pacto, a “[...] presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos”, lo que se ratifica en los ordinales c y e del numeral 1° del mismo artículo 41, cuando se dispone el conocimiento de un asunto sobre violaciones al pacto por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU. También así cuando, implementado un procedimiento, nos encontremos frente al evento que da cuenta el ordinal b del numeral 7° de su artículo 42. No en vano, pues, el artículo 46 del PIDCP reza, de manera perentoria y clara, que:

[...] ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

Los derechos esenciales del hombre no dependen de su nacionalidad y: “[...] tienen como fundamento los atributos de la naturaleza humana” dice el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, reafirmados como están en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, así como en el PIDCP. Universalidad, inespacialidad, intemporalidad y amodalidad son sus características, mismas que repugnan a la idea de que, por virtud de un plazo razonable, la aplicación de los derechos humanos reconocidos en las convenciones sobre derechos humanos se encuentre en vacancia, como lo pretende la Procuraduría General de la Nación. Ello resulta inadmisibles, y solo es posible entenderlo en un marco de malabarismo jurídico, subterfugio conceptual o falacia argumental, pues la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados señala reglas de imperativo cumplimiento a la cual los contrayentes de un tratado no se pueden oponer a su contenido, pues:

Considerando la función fundamental de los tratados en la historia de las relaciones internacionales; reconociendo la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio de desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales; advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma “*pacta sunt servanda*” están universalmente reconocidos [...]

Consecuentemente, con ello se dispone:

26. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

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.

En el mismo documento encontramos:

31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca

de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Ninguna de estas normas autoriza, ni siquiera insinúa, una interpretación tan salida de tono jurídico como la que propone la Procuraduría General de la Nación con una circular que va en contra de la Constitución Política y del bloque de constitucionalidad, por lo que debe ser exceptuada su aplicación por inconstitucional e ilegal al tenor del inciso 2° del artículo 4, so pena de incurrir el administrador de justicia en sentido material, como lo es el juez disciplinario, en una vía de hecho o causal de procedibilidad de la acción de tutela, a menos que estemos convencidos de que se hayan revivido deberes jurídicos vinculantes como los que, en su oportunidad, informaron los deberes de obediencia ciega a las órdenes del superior militar, en épocas aciagas de oscurantismo jurídico, frente a la prevalencia de

los derechos fundamentales de que dan cuenta los artículos 1, 2, 4, 85, 86, 93 y 228 de la Constitución Política de Colombia. Las demandas y exigencias de la CADH no son menores que las del PIDCP:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

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.

Los artículos 29 y 30 de la CADH también son solícitos y claros en no admitir excepciones, como la propuesta por la circular de la Procuraduría General de la Nación, al estipular con carácter perentorio y coercitivo:

Artículo 29. Normas de Interpretación
Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

El capítulo IV de la CADH, dedicado a la suspensión de garantías o vacancia de garantías, expresa sin hesitación alguna:

Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la inde-

pendencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente *no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos*: 3 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la integridad personal); 6 (Prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (Libertad de conciencia y de religión); 17 (Protección a la familia); 18 (Derecho al nombre); 19 (Derechos del niño); 20 (Derecho a la nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), *ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos*.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión (cursivas propias).

Adviértase que los derechos políticos del artículo 23 de la CADH no pueden ser sus-

pendidos por ningún motivo, ni siquiera en estados de excepción constitucional, mucho menos por un plazo razonable. Y se trata no solo del artículo 23, sino también del 8, esto es, del debido proceso en torno a: “[...] las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. De manera que los derechos humanos, de los que da cuenta la sentencia de julio 8 de 2020 de la CIDH, como lo son i) el principio de jurisdiccionalidad; ii) el principio de imparcialidad objetiva; y iii) el principio de separación de roles procesales en el proceso disciplinario, que hacen parte del debido proceso convencional, no puede sufrir vacancia alguna por ningún motivo, por excepcional que este aparezca. Para ello se erigen entonces, como tal, los órganos cuasi jurisdiccionales y jurisdiccionales de supervisión: “[...] competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención”, según su artículo 33, cuya tarea es hacer cumplir los compromisos y no, como pretende la procuraduría, crear excepciones incomprensibles e incompatibles con los mandatos de la CADH.

La solución amistosa, incluso, debe respetar lo pactado: “[...] fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención” (ordinal f del numeral 1º del artículo 48 de la CADH). Por ello también, en un trámite por presunta violación: “[...] la Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada” (numeral 2º del artículo 51 de la CADH) y, finalmente, el órgano jurisdic-

cional, al decidir: “[...] que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” (numeral 1º, primera parte, del artículo 63 de la CADH). Ahora, si existiere dudas de la aplicación de cualquiera de las normas aquí referidas, bien podría el Estado colombiano, de acuerdo a lo que sigue:

Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Por ello, invito a absolutamente todos los juristas colombianos, especialmente aquellos agremiados profesionalmente, a cumplir con lo dispuesto en el orden público internacional de los derechos humanos y en los artículos 1 y 2 del Decreto 196 de 1971, dando aplicación a la CADH:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un

recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El recurso en mención no es otro, a nivel interno, que la acción de tutela, presente en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, agotando previamente ante la Procuraduría General de la Nación la petición de efectuar control de convencionalidad, con el fin de que no se vaya a alegar que no se han usado los medios ordinarios que se tienen para evitar caer en la violación del principio de subsidiariedad. El debido proceso constitucional, en nuestro ordenamiento constitucional, tiene mayores niveles de garantía que cualquier otra regulación, pues los derechos del artículo 29, que aparecen como sus especies, son de aplicación inmediata y no necesitan desarrollo legal, como se establece sin hesitación en su artículo 85; de manera que la Procuraduría General

de la Nación no se puede escudar jurídicamente en la falacia del *plazo razonable* para cumplir con los derechos al debido proceso, como se plantea en la Circular N.º 005 de septiembre 1 de 2020.

Todos, en cumplimiento del orden público internacional de los derechos humanos y de los artículos 1 y 2 del Decreto 196 de 1971, podemos solicitar recursos, incidentes de definición de competencias, nulidades, recusaciones por violación al principio de imparcialidad objetiva inherente a la *teoría de la apariencia*, y acciones de revocatoria directa a la Procuraduría General de la Nación, y de no acceder a respetar la sentencia de julio 8 de 2020. Frente a esto se puede optar por acciones de tutela ante los jueces constitucionales y al contencioso administrativo. La procuraduría no puede concebirse como un órgano que tiene a su cargo la defensa de los derechos humanos (numeral 2º del artículo 277 de la Constitución Política) si procede de forma torticera, violando la Constitución Política y el orden público internacional de los derechos humanos. Recordemos que, según el artículo 67 de la CADH:

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

El fallo debe acatarse en su esencia, aun si se presenta solicitud de aclaración, pues no otra cosa significa *será definitivo e inapelable*, independientemente de las falacias, subterfugios y malabarismos jurídicos internos que se hagan en nuestro país. Así pues, en efecto:

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

Todos al combate jurídico por la justicia de los derechos humanos.

Referencias

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Sentencia de 8 de julio de 2020*. Organización de los Estados Americanos.
- Convención de Viena. (23 de mayo de 1969). *Sobre el Derecho de los Tratados*. Organización de las Naciones Unidas.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (PIDCP). (16 de noviembre de 1966). https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf



DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DERECHOS HUMANOS: CONVERGENCIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA*

ANGIE RODRÍGUEZ MARTÍNEZ**

Resumen: Con la llegada de la pandemia por el Covid-19, en Colombia surgió el reto de enfrentar una realidad en la que confluyen el conflicto armado y las dificultades de proveer acceso a los servicios de salud en condiciones de igualdad en todas las regiones del país. Este contexto, a su vez, presenta las dificultades de la convergencia de marcos jurídicos aplicables en zonas afectadas por el conflicto armado, como el Derecho Internacional Humanitario (DIH), aplicable al desarrollo de la guerra, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), aplicable a la relación del Estado respecto de sus ciudadanos. Este escrito busca dilucidar,

de forma general, la interacción entre ambos marcos jurídicos y sus efectos en el contexto de la pandemia. En particular, se hará énfasis en la obligación de proteger al personal y a los bienes de la salud, resaltando las obligaciones aplicables derivadas tanto del DIH como del DIDH.

Palabras claves: Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos, Pandemia, CANI, Convergencia.

Abstract: With the arrival of the Covid-19 pandemic, in Colombia the challenge arose of facing a reality in which the armed conflict and the difficulties of providing access to health services under equal conditions in all regions of the country. This context, in turn, presents the difficulties of the convergence of applicable legal frameworks in areas affected by the armed conflict, such as International Humanitarian Law (IHL), applicable to the development of war, and International Human Rights Law (IHRL), applicable to the relationship of the State with its citizens. This work seeks to elucidate, in a general way, the interaction between both legal

frameworks and their effects in the context of the pandemic. In particular, emphasis will be placed on the obligation to protect health personnel and property, highlighting the applicable obligations derived from both IHL and IHRL.

Keywords: International Humanitarian Law, Human Rights, Pandemic, NIAC (non-international armed conflict), Convergence.

Introducción

En Colombia existen hoy al menos cinco conflictos armados de carácter no internacional (CICR, 2019) que continúan en forma paralela a las restricciones generales establecidas por las autoridades nacionales para enfrentar la pandemia por Covid-19. En las zonas más afectadas por los conflictos armados, surgieron de inmediato problemáticas causadas, de manera superpuesta, por la pandemia, como, por ejemplo, lo relacionado con el respeto de la misión médica. Lo anterior genera retos tanto en el estudio del marco jurídico aplicable a estas situaciones como en las obligaciones oponibles a las partes en conflicto en el marco de la pandemia. Para hacer un análisis de dichas situaciones, procederé primero a explicar cuál es el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) como ley especial aplicable a los conflictos armados, y sus principales diferencias con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH). Posteriormente, mencionaré un ejemplo relativo a la interacción de ambos marcos jurídicos que ilustre los retos de aplicación que se han presentado en el marco de la pandemia.

Ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario

De manera general, la aplicación del DIH depende de que haya o no un conflicto armado. Para el DIH existen únicamente dos tipos de estos conflictos: los de carácter internacional y los de carácter no internacional. En efecto, desde la inclusión del artículo 3 en los Convenios de Ginebra se tipificó, en instrumentos internacionales, por primera vez, lo que describieron como un: “[...] conflicto armado que no sea de índole internacional” (1949). Los conflictos armados internacionales son aquellos en los cuales dos o más Estados se encuentran enfrentados al recurrir a la fuerza armada, no dependiendo de las razones o de la intensidad del enfrentamiento (CICR, 2008). Así lo propuso el tratadista Jean Pictet, en el comentario (1952) al artículo 2 del Primer Convenio de Ginebra, indicando que, cuando un Estado recurre a sus fuerzas armadas en contra de otro, da origen a un conflicto armado internacional y no se requiere la declaración de guerra por las partes (p. 28).

De acuerdo con el artículo 1 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949 (1977), los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera, o contra los regímenes racistas en ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos (guerras de liberación nacional), también son considerados conflictos armados internacionales. En cuanto a los conflictos armados no internacionales (en adelante CANI), determinar su clasificación no resulta tan sencillo. Estos fueron definidos inicialmente por la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), como aquellas situacio-

* Las opiniones expresadas en el texto son de exclusiva responsabilidad de su autora y no reflejan necesariamente la posición del CICR.

** Asesora jurídica de la delegación en Colombia del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Abogada especializada en Derecho Público de la Universidad Externado. Magister en Derecho Internacional Público de la Universidad de Utrecht, Holanda. angie.rodriguez3@gmail.com.

nes de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre estos mismos grupos, en el territorio de un Estado (1995, párr. 70). En la actualidad se entiende que la palabra *prolongada* se refiere a la intensidad de la violencia necesaria para alcanzar un umbral correspondiente al de conflicto armado. Se debe evaluar que las partes sean lo suficientemente organizadas como para llevar a cabo operaciones militares. Así pues, lo relevante será estimar los aspectos de la intensidad del conflicto y de la organización de las partes intervinientes para poder hablar de un CANI. Esta posición fue posteriormente reafirmada por la jurisprudencia del mismo TPIY, en la del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (TPIR) y en la de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), por lo que se entienden aceptados estos dos requisitos como los únicos necesarios (CICR, 2019, párr. 427).

En aplicación de dichos criterios, el CICR (2019, p. 1) ha señalado que, a la fecha, existen al menos cinco CANI en Colombia: cuatro de ellos enfrentando al gobierno de Colombia y los grupos armados organizados del ELN³², el EPL³³, el *Clan del Golfo* y algunas estructuras de las FARC que no se acogieron al acuerdo de Paz (Frentes 1, 7 y 40); y un quinto entre dos grupos armados organizados, el ELN y el EPL.

Interacción entre el DIDH y el DIH

El DIDH y el DIH son dos marcos jurídicos que, a primera vista, parecieran regular si-

tuaciones distintas. El DIH fue creado para regular la guerra (una relación horizontal entre partes del conflicto), mientras que el DIDH fue concebido para proteger a las personas del poder ejercido por los Estados (una relación vertical entre el Estado y quien está bajo su jurisdicción). Pese a ello, la realidad muestra que ambos marcos jurídicos confluyen frecuentemente, pues el DIDH no pierde vigencia en tiempos de conflicto armado. En su origen, el DIDH surge con el fin de limitar el poder del Estado frente a los individuos bajo su jurisdicción; por su parte, el DIH nace de un principio de humanidad mínima en el campo de batalla. De lo anterior es posible deducir un elemento común: el ideal humanista que ambos comparten (Droege, 2008, p. 3).

Es relevante preguntarse entonces, ¿de qué depende la aplicación del DIH o del DIDH en cada situación? Por un lado, es necesario indicar que la aplicación del DIH depende solo de la existencia de un conflicto armado. Una vez identificado este elemento, el ámbito de diligencia del DIH dependerá de la existencia de un nexo entre la situación específica y el conflicto armado, a lo que se ha llamado el *nexo con el conflicto* (Melzer y Kuster, 2019, p. 29), es decir, aquellos actos en que se recurre a medios y métodos de guerra para menoscabar el poder militar de una parte del conflicto en beneficio de otra, conocido también como *nexo beligerante* (Melzer, 2010, p. 58). En el caso del DIDH, por el contrario, su aplicación dependerá de hasta qué punto un individuo está bajo la jurisdicción de un Estado, sea por su acción, omisión o aquiescencia. Otra diferencia que debe anotarse tiene que ver con la derogación de ciertas cláusulas. Mientras que los

32 Ejército de Liberación Nacional.

33 Ejército Popular de Liberación, también llamado por el gobierno como *Pelusos*.

tratados de DIDH contienen cláusulas que permiten la *suspensión* de ciertas garantías—por ejemplo, el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos—es claro que el DIH, por ser un derecho de mínimos, no admite ningún tipo de suspensión (CICR, 2011, p. 15).

Pese a estas diferencias, la jurisprudencia ha analizado situaciones en que confluyen ambos marcos legales. La Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), al referirse a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP)—uno de los principales instrumentos de derechos humanos en el Sistema Universal— ha señalado implícitamente que el derecho a la vida no deja de tener aplicación en situaciones de conflicto armado, sino que, lo que constituye una privación arbitraria de la vida, deberá interpretarse de forma convergente con el marco jurídico que regula la conducción de las hostilidades, es decir, del DIH (CIJ, 1996, párr. 25). El DIH es, en la práctica, más flexible con la posibilidad de usar la fuerza en contra de cierta categoría de personas a las cuales es posible atacar directamente en las hostilidades. En la opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino, nuevamente se desarrolló este argumento refiriéndose a todos los derechos y no solo al de la vida (CIJ, 2004, párr. 206), por lo que, como consecuencia de ello, los derechos humanos deberán ser leídos a la luz de la especificidad del DIH en el marco de un conflicto armado.

En el ámbito regional ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la que ha sostenido la existencia de esta relación cercana y la aplicación convergente del DIDH y el DIH. Por ejemplo, en el

Caso *Vásquez Durand y otros vs. Ecuador* (2017), la CIDH considera apropiado interpretar el alcance de las obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos de forma *complementaria* con las reglas del DIH, *habida consideración de su especificidad en la materia* (párr. 104). En este ejercicio, la CIDH analiza no solo la existencia de un conflicto armado de carácter internacional en el momento de la ocurrencia de los hechos—para el caso, 1995—sino que analiza las obligaciones que tenía Ecuador respecto del señor Vásquez Durand como persona protegida por el DIH por su condición de civil, y las obligaciones en el marco del DIH respecto de la desaparición forzada, no solo dentro del DIH convencional sino también del DIH consuetudinario (párr. 103 y ss.). De esto se deduce que ya es ampliamente aceptada la interacción entre ambos ordenamientos jurídicos, por lo que se entiende que se complementan. Droege indica (2008) al respecto: “Complementariedad significa que los derechos humanos y el derecho humanitario no se contradicen, sino que, por basarse en los mismos principios y valores, pueden influirse y reforzarse mutuamente” (p. 22).

En general, es bajo el criterio de complementariedad que se analizan las situaciones en las que interactúan el DIH y el DIDH, sin embargo, también ha sido aceptado, de parte de la jurisprudencia internacional, que, en aquellos casos de contradicción, ésta se debe conciliar a través del principio de *lex specialis*, según el cual la norma especial creada para una situación en particular debe prevalecer sobre la norma general. Así lo ha aceptado la CIJ en el análisis citado de su opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares

(1996), indicando que, en todo caso, deben interpretarse las normas con base en la ley especial aplicable al caso concreto que, para situaciones que tienen nexos con un conflicto armado, será el DIH (párr. 25). Los criterios de complementariedad y de *lex specialis* son también aceptados por el CICR como aquellos que determinan la interacción del DIH y del DIDH (2011, p. 14; Melzer y Kuster, 2019, p. 31). De manera similar, el DIDH puede alimentar la interpretación o los vacíos que contenga el DIH en determinadas situaciones. Uno de estos ejemplos es el de las garantías procesales para aquellas personas internadas, por razones de seguridad, en conflictos armados no internacionales. En estos casos, según el CICR (Melzer y Kuster, 2019), el DIDH puede alimentar la interpretación del DIH al señalarlos cuándo estamos ante una detención arbitraria (p. 32).

Finalmente, habrá situaciones en las que, según el tipo de situación ante la que nos encontremos, se deberá aplicar únicamente el DIDH o el DIH. Este es el caso, por ejemplo, de disturbios internos derivados de una protesta social en un país en el cual se encuentre vigente un CANI. Si bien el DIH se aplicará en el territorio del Estado que tenga un CANI, en cada situación debe evaluarse si existe o no un nexo con dicho conflicto. De forma general, las protestas y los disturbios sociales no tienen un nexo directo con el conflicto, por un lado, porque no cumplen con el umbral requerido para ser considerado un CANI (intensidad y organización); por el otro, porque son ciudadanos que están manifestando su malestar por determinadas condiciones sociales: su propósito no es el de obtener una ventaja militar para una parte del conflicto en detrimento de la otra. Así las cosas, el derecho aplicable para esta

situación debe limitarse al del DIDH, pese a que la protesta ocurra inclusive en una zona afectada por el CANI. La única excepción a esta regla sería la de probar que ciertas acciones violentas dentro de los disturbios constituyan una participación directa en las hostilidades (Melzer, 2010).

Del respeto al personal y los bienes sanitarios en la pandemia

Una de las obligaciones angulares y, quizás la más antigua del DIH, es aquella que señala a las partes en conflicto su deber de asistir y proteger a los heridos y a los enfermos en tiempos de conflicto armado. De allí nació la necesidad de regular unos mínimos de humanidad en la guerra, lo que constituyó el origen mismo del DIH. Por ello, el Primer Convenio de Ginebra de 1864 fue creado “[...] para aliviar la suerte de la condición de los heridos de los ejércitos en campaña”, que luego evolucionaría al mundialmente ratificado Primer Convenio de Ginebra de 1949 “[...] para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña”.

En efecto, todas las partes en un conflicto armado tienen la obligación de proveer cuidados médicos —recoger y asistir— a los heridos y a los enfermos; cuidados que deben ser dados sin ninguna distinción de tipo desfavorable y sin importar a qué parte esté asociada la persona herida o enferma. Para los conflictos de índole no internacional, dicha obligación se estableció desde el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (1949), y posteriormente en el artículo 9 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (1977). Derivada de dicha obligación fundamental de respeto,

protección y asistencia de los heridos y los enfermos, se establecieron en el DIH normas dirigidas a proteger el acceso a la asistencia en salud. Hay una obligación de proteger en todo tiempo a quienes pueden llevar a cabo la labor de cuidado y atención, así como a sus bienes (transporte, equipamiento e instalaciones), en particular las reseñadas en los artículos del 7 al 12 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (1977). Esto se debe a que el respeto por el personal y los bienes sanitarios son esenciales para el cumplimiento efectivo de la obligación de recoger y asistir a heridos y enfermos (CICR, 2019). En el mismo sentido, se ha considerado que hace parte del DIH consuetudinario (Henckaerts y Doswald, 2007) la obligación de respetar y proteger en todo momento al personal y a los bienes sanitarios con sus obligaciones específicas (reglas 25, 26 y 28).

El personal sanitario ha sido definido como todo el personal exclusivamente destinado a la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento, incluidos los primeros auxilios, de los heridos y los enfermos, así como los destinados para la prevención de enfermedades, la administración de unidades sanitarias o el funcionamiento y administración de los medios de transporte sanitarios. Este personal puede ser militar o civil, o perteneciente al movimiento de la Cruz Roja o la Media Luna Roja (Henckaerts y Doswald, 2007, p. 92). En esta línea (CICR, 2019) el acto de prestar asistencia de salud a miembros de partes al conflicto, ya sea estatal o de un grupo armado organizado, no puede interpretarse como un apoyo a su causa o como participación en un acto hostil. Por lo tanto, el personal sanitario no puede ser castigado (Protocolo II adicional, art. 10) por el hecho de prestar atención

médica; el acoso o castigo ejercido contra su labor constituiría una violación a la obligación de asistir a los heridos y enfermos, pues impediría la prestación de dicha atención (párr. 768). Lo mismo ocurre con las instalaciones, con los medicamentos o con los medios de transporte que lleven de un lugar a otro a los heridos o enfermos: éstos no pueden ser atacados cuando se utilizan para transportar heridos fuera de combate. Ello implica que los bienes sanitarios tampoco pueden ser objeto de pillaje o destrucción, pues sería una obstrucción a la asistencia (párr. 769-770).

Para el CICR (2019), en su comentario al Primer Convenio de Ginebra, artículo 3, los efectos indirectos de los CANI en la salud pública pueden significar una amenaza mucho mayor en materia de salud que las propias lesiones causadas de forma violenta. Esto debido a que un conflicto puede impedir el acceso a las instalaciones y a los medicamentos, favoreciendo la propagación de enfermedades infecciosas y obstaculizando su atención para la población civil en general (párr. 730).

Durante el 2020, y derivado de la crisis reciente por los casos de Covid-19 y sus medidas restrictivas, el CICR registró, en aproximadamente 40 países, más de 600 incidentes de violencia, acoso o estigmatización contra profesionales de la salud, pacientes e infraestructura, durante los primeros seis meses de la pandemia. De estos incidentes, más del 20% conllevó agresiones físicas; el 15% a discriminación y otro 15% a agresiones verbales o amenazas (CICR, 2020). En efecto, antes de la llegada de la pandemia, dados los efectos que tuvo el CANI sobre la prestación de los servicios de salud en Colombia, se desarrolló un marco jurídico que

implementó las obligaciones en materia de DIH, relativas a la protección del personal y de los bienes sanitarios. La defensa a la misión médica se reguló en la Resolución 4481 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social, según la cual todo el personal sanitario tiene derecho a ser respetado y protegido. Igualmente, el Decreto 138 de 2005 había reglamentado la protección y el uso del emblema para el personal sanitario, sus unidades y su protección, estableciendo, en el artículo 16, la garantía general de protección a la misión médica.

En virtud de esta protección, la Mesa Nacional de Misión Médica³⁴ en Colombia registra incidentes que afecten a la misión médica. En el contexto colombiano, las zonas más afectadas por los CANI coinciden frecuentemente con aquellas donde los servicios públicos en salud son los más precarios. Desde el surgimiento de las medidas restrictivas por el Covid-19 en marzo de 2020, se ha observado, por parte de la Mesa Nacional de Misión Médica, un máximo histórico de incidentes contra la misión médica, no registrado desde la década de 1990. Entre enero y septiembre de 2020, se registraron en total 242 ataques contra el personal, las instalaciones y el transporte sanitario (Ibargüen, 2020). Esto permite concluir que la protección a la misión médica se convirtió en algo que traspasa las necesidades generadas por los CANI en Colombia, por lo que su protección debe también alimentarse de la regulación establecida en el DIDH para proveer respeto y garantías integrales. La protección es un ejemplo de cómo un derecho coincide

en ambos ordenamientos jurídicos: proveer asistencia a los heridos y a los enfermos, y el derecho de todos los ciudadanos a obtener asistencia en salud, lo cual debe analizarse tanto a la luz del DIH como del DIDH.

De acuerdo con el DIDH, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental se encuentra en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), artículo 12; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 12; la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 24, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10. Este derecho ha sido entendido como un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los otros, pues solo bajo el respeto a la salud es posible una vida en condiciones dignas (CDESC, 2000, párr. 1). Según el DIDH, los Estados tienen las obligaciones generales de respetar, garantizar y hacer efectivos los derechos humanos sin distinción desfavorable (PIDCP, art. 2; CADH, art. 1). El derecho a la salud está vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos como a la vida, la integridad y la no discriminación (CDESC, 2000, párr. 3). En esta medida, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la pandemia, recomendó recientemente a los Estados (Resolución N° 1 / 2020), entre otras cosas:

- Adoptar todas las medidas correspondientes para proteger los derechos a la vida, salud e integridad de las personas con un enfoque de derechos humanos, inclusive me-

dante la integración de un enfoque interseccional y multidisciplinario (párr. 1-3);

- La adopción de medidas relativas a la salud en el marco de la pandemia, sin ningún tipo de discriminación arbitraria (párr. 23);
- Medidas específicas que tengan en cuenta enfoques diferenciados para superar el estigma social asociado con el covid-19, en especial para proteger a grupos y colectividades en situación de vulnerabilidad y exclusión histórica (párr. 24);
- La obligación de garantizar condiciones de bioseguridad, laborales y de seguridad física, garantizando entornos libres de hostigamientos y amenazas (párr. 39-41);
- Garantizar la privacidad y la protección de los datos personales de las personas en su tratamiento de salud en el contexto de la pandemia, asegurando un trato digno y humanizado a las personas portadoras o en tratamiento por Covid-19 (párr. 12).

Es importante señalar que el concepto de salud ha tenido cambios importantes en su contenido y alcance. Como lo puso de relieve el CDESC al interpretar el derecho a la salud, se debe tener en cuenta otros elementos determinantes en este ámbito, incluyendo a la violencia o al conflicto armado (CDESC, 2000, párr. 10). En un contexto de conflicto armado no internacional, muchas veces el derecho obligatorio para los grupos armados organizados será el DIH únicamente. Sin embargo, el respeto del acceso a la asistencia en salud en todos los territorios incidirá no solo en la posibilidad de asistir a las personas

que queden fuera de combate, sino en la posibilidad de que los habitantes de un territorio accedan a los servicios de salud a los que tienen derecho, con urgencia en el marco de la pandemia. Además, estas condiciones en que deben ser prestados los servicios de salud se alimentan de las obligaciones descritas en el DIDH, que obligan al Estado a cumplirlas. No obstante, también sería deseable que las responsabilidades reflejadas en el DIDH fueran respetadas por todas las partes del conflicto en aquellas zonas afectadas por el CANI, en las cuales tienen algún grado de control. Ejemplo de ello es la posibilidad de permitir el ingreso de equipamientos de bioseguridad y la implementación efectiva de medidas específicas con enfoque diferencial en territorios con grupos o colectivos en situación de vulnerabilidad, como pueblos indígenas, mujeres y niños. Para el caso de los grupos armados organizados, estas responsabilidades podrían incluirse a través de las reglas de protección básicas del DIH de carácter obligatorio.

Lo mismo podría decirse de la implementación del derecho humano a la salud a nivel interno. Tal como fue regulada la protección de la misión médica, lo mismo ocurrió con el derecho a la salud. El Estado colombiano incorporó los estándares internacionales del derecho a la salud a través de la Ley 1751 de 2015, incluyendo los componentes específicos de este derecho en sentido amplio como fueron propuestos por el CDESC. Por ejemplo, se deja claro que el derecho a la salud comprende el acceso a los servicios de forma oportuna, eficaz y con calidad (artículo 2). Es relevante también indicar que esta ley garantiza la accesibilidad física a la salud (artículo 6 c) y establece como suje-

34 Institución nacional conformada, entre otros, por el Ministerio de Salud, la Organización Panamericana de la Salud, el CICR y la Cruz Roja Colombiana.

tos de especial protección a los desplazados y a las víctimas de violencia y del conflicto armado (artículo 11). De conformidad con lo descrito, la interacción en términos de complementariedad y ley especial no es solo una propuesta teórica, sino que es necesaria en un contexto de pandemia y de CANI en Colombia. El reto más grande será sacar provecho a la interacción existente entre DIH y DIDH en pro del bienestar y protección de las personas civiles, y en particular, de la protección y el respeto por los bienes y el personal sanitario, lo que redundará en el acceso a servicios de salud en condiciones de calidad y oportunidad para la población afectada por la pandemia.

Conclusión

La aparición de la pandemia por el Covid-19 y las restricciones derivadas del mismo, han impuesto retos en la protección del derecho a la salud en zonas afectadas por los conflictos de carácter no internacional en Colombia. Uno de los retos más grandes es garantizar el acceso de los servicios de salud, dado los altos riesgos en la seguridad que han tenido que correr tanto el personal como los bienes destinados a proveer dichos servicios en estas zonas del país. Tanto el DIH como el DIDH contienen normas relativas a la protección de todas las personas enfermas y heridas y, a su vez, a la protección y al respeto de todo el personal, de los hospitales, de las instalaciones médicas, de los centros de salud, de las ambulancias y demás transportes que puedan ser usados para trasladar enfermos y heridos. El estudio de la interacción de estos marcos jurídicos permite fortalecer y nutrir las obligaciones y responsabilidades

que tienen las partes en los conflictos armados de Colombia respecto de la misión médica y sus bienes. Su promoción, pero en particular su respeto incondicional, permite que todas las personas civiles, incluso aún en situaciones que no tengan un nexo con un conflicto armado, tengan acceso a los servicios de salud urgentes necesarios en el marco de la pandemia, lo que redundará en la protección general del sistema nacional de salud.

Referencias

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (11 de agosto de 2000). *Observación General N.º 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (8 de junio de 1977). *Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*. Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) (8 de junio de 1977). *Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*. Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (17 de marzo de 2008). *How is the Term "Armed Conflict" Defined in International Humanitarian Law?* <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>

- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) (octubre de 2011). *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts. 31st Conference of the Red Cross and Red Crescent*. <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf>.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2019). *Retos Humanitarios 2019. Balance anual en Colombia*. <https://www.icrc.org/es/colombia-retos-humanitarios-del-conflicto-armado-y-la-violencia>.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (18 de agosto de 2020). *El CICR registra cerca de 600 incidentes violentos contra prestadores de salud y pacientes en el contexto de COVID-19*. <https://www.icrc.org/es/document/cicr-600-incidentes-violentos-contra-prestadores-de-servicios-de-salud-debido-covid-19>.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) (12 de agosto de 1949). *I-IV Convenios de Ginebra*. <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (15 de febrero de 2017). *Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_332_esp.pdf
- Corte Internacional de Justicia. (8 de julio de 1996). *Legality of the threat or use of nuclear weapons*. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>
- Droege, C. (2008). ¿Afinidades electivas? Los derechos humanos y el derecho humanitario. *International Re-*

- view of the Red Cross*, (871), 1-51. <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc-0871-droege.pdf>
- Henckaerts, J. y Doswald, L. (2007). *El derecho internacional humanitario consuetudinario, I*. Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Ibargüen, R. (20 de octubre de 2020). El Mundo está Al Revés: campaña que rechaza agresiones al personal de salud. *Caracol Radio*. https://caracol.com.co/radio/2020/10/20/salud/1603165494_402508.html.
- Melzer, N. (2010). *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades: según el derecho internacional humanitario*. <https://www.icrc.org/es/publication/guia-participacion-directa-hostilidades-derecho-internacional-humanitario-dih>.
- Melzer, N. y Kuster, E. (2019). *Derecho Internacional Humanitario: una introducción integral*. <https://www.icrc.org/es/publication/derecho-internacional-humanitario-una-introduccion-integral>
- Ministerio de Salud y de Protección Social. (28 de diciembre de 2012). *Resolución 4481 de 2012. Por la cual se adopta el Manual de Misión Médica y establecen normas relacionadas con la señalización y divulgación de su emblema*. República de Colombia.
- Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. (TPIY). (2 de octubre de 1995). *Caso Tadic, decisión sobre la moción de la defensa acerca de un recurso interlocutorio sobre la competencia*. <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>



LA PROTESTA SOCIAL COMO DERECHO HUMANO Y SU DISYUNTIVA POR LA REGULACIÓN DE PARTE DEL ESTADO COLOMBIANO EN EL CONTEXTO DE PANDEMIA*

LUIS CARLOS CORMANE ORTIZ**

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo analizar la protesta social como derecho humano y su disyuntiva por la regulación de parte del Estado colombiano en el contexto de la pandemia, identificando el marco jurídico nacional e internacional que reconoce los derechos de los protestantes como sujetos de protección de los derechos humanos. Visto de esta forma, se analizará la defensa jurídica en el marco jurídico nacional e internacional, teniendo en cuenta los recursos y mecanismos de defensa y su fuerza vinculante ante el sistema universal y/o interamericano de derechos humanos, como fundamento en el cumplimiento de

la fuerza vinculante de los tratados internacionales en la moldura de la aplicación del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Precisamos cómo el Estado colombiano debe tomar medidas legislativas y administrativas en la protección y promoción de la integridad de la protesta social como un derecho humano que puede ejercer un grupo.

Palabras claves: Protesta Social, Derecho Humano, Estado, Pandemia, Marco jurídico nacional e internacional

Abstract: The present work aims to analyze social protest as a human right and its dilemma due to regulation by the Colombian State in the context of the pandemic, identifying the national and international legal framework that recognizes the rights of the protesters as subjects of protection of human rights. Seen in this way, legal defense will be analyzed in the national and international legal framework, taking into account the resources and defense mechanisms and their binding force before the universal and / or inter-American human rights system, as a basis for compliance with the binding

* Ponencia presentada en el *II Congreso Internacional de Derechos Humanos y Humanitario. Dinámica de los Derechos Humanos en contextos de pandemia: Balances y perspectivas.*

** Abogado de la Universidad Sergio Arboleda. Magíster en Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Especialista en Derecho Humano y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad del Magdalena, Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia.

force of international treaties in the molding of the application of the constitutionality block and conventionality control. We specify how the Colombian State should take legislative and administrative measures to protect and promote the integrity of social protest as a human right that a group can exercise.

Keywords: Social Protest, Human Right, State, Pandemic, National and international legal framework

Introducción

Durante el periodo constitucional 2018-2020 del presidente de la República de Colombia, Iván Duque Márquez, han ocurrido diversos episodios de protesta social que no solo han llamado la atención de la opinión pública nacional, sino también la internacional. Por un lado, se ha cuestionado la legalidad de los paros, de las tomas y de las huelgas de las clases obreras (confederaciones y sindicatos), de los movimientos estudiantiles, sociales y ambientales, de los líderes de derechos humanos, de las concentraciones lideradas por los indígenas, como los Nasa y el Consejo Regional Indígena del Cauca (en adelante CRIC), quienes hicieron una movilización hacia Bogotá conocida como la Minga, para que el gobierno nacional los escuchase. Caminaron por la vida y los derechos humanos, por el territorio, la paz y el cuestionamiento del modelo económico, incluso por la firma de la paz, que hoy en día tiene un sinsabor del fracaso del proceso celebrado con el grupo de insurgentes de la Fuerza Armada Revolucionaria de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP). Así mismo, por el manejo de la pandemia, uno de los puntos fundamen-

tales sobre la mesa de diálogo, pues para los líderes indígenas el gobierno no les ha garantizado nada frente al Covid-19, y han sobrevivido gracias al conocimiento ancestral de protección de bioseguridad dotado por la madre naturaleza. Por otro lado, el gobierno, desde su anterior ministro de defensa, Guillermo Botero, ha manifestado que, en algunos territorios, los grupos armados ilegales financiaron manifestaciones; de igual manera, la entonces ministra Alicia Arango afirmó que el gobierno no ha dejado de cumplir lo pactado, mencionando que nunca han dejado de escuchar a las comunidades, y que la Minga no es reivindicativa sino de carácter político.

La bancada del gobierno en el parlamento colombiano (Centro Democrático), radicó una acción popular ante los juzgados administrativos del circuito de Bogotá (El Tiempo, 2020, p. 1), liderado por los congresistas Carlos Felipe Mejía, José Obdulio Gaviria y Fernando Araújo, en donde aseguraron que la Minga indígena violaba los protocolos de bioseguridad para hacerle frente al coronavirus, por lo que solicitaron medidas cautelares en las que exigían a los indígenas, llegados a la capital, el cumplimiento de medidas para evitar más contagios por el Covid-19, y que no se hicieran reuniones de más de 50 personas, que se respetara ese aforo y hubiera distanciamiento de dos metros, así como la utilización del tapaboca en cada uno de los integrantes de cualquier expresión ciudadana. A partir de esto, se generó un debate de larga data, debido a que el Estado colombiano estaba estigmatizando la protesta por intereses políticos, no teniendo en cuenta la defensa de los derechos humanos de los reclamantes. Sus justificaciones radican en que debe re-

glamentarse la protesta social a raíz de una situación adversa de caso fortuito y de fuerza mayor como lo es la pandemia, quitando relevancia a la conformación de colectivos que participan activamente en la defensa de sus derechos fundamentales.

Cabe considerar, por otra parte, que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la Nación, presentaron al actual ministro de defensa, Carlos Holmes Trujillo (Procuraduría General de la Nación, 2020), una herramienta para el manejo de la protesta pacífica bajo los estándares internacionales de los derechos humanos, relevante en la actual coyuntura del país y sobre todo en la época de pandemia del Covid-19. El decálogo de los principios rectores que dieron a conocer las entidades antes mencionadas son los siguientes:

1. Los Estados respetarán y garantizarán todos los derechos de las personas que participen en reuniones
2. Todas las personas tienen el derecho inalienable a participar en reuniones pacíficas
3. Toda restricción que se imponga a las reuniones pacíficas deberá cumplir con normas internacionales de derechos humanos
4. Los Estados facilitarán el ejercicio del derecho a la reunión pacífica
5. No deberá emplearse la fuerza a menos que sea estrictamente inevitable y, en caso de emplearse, deberá hacerse con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos.
6. Todas las personas disfrutarán del derecho a observar, fiscalizar y grabar reuniones

7. La obtención de datos personales en relación con una reunión no debe suponer una intromisión inaceptable en el derecho a la intimidad u otros derechos
8. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información relacionada con las reuniones
9. Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos en el contexto de las reuniones
10. El Estado y sus órganos deberán rendir cuentas de sus actos en relación con las reuniones.

Visto de esta forma, resulta necesario un análisis de la normatividad nacional e internacional que ratifica la protesta social como un derecho fundamental. A título ilustrativo se indicará, para contribuir a la discusión sobre el alcance del derecho de la protesta social en Colombia, un panorama jurídico que permita una solución a la disyuntiva de la reglamentación de un derecho humano, como lo es la protesta, examinando el alcance de las actuaciones de las autoridades, con la finalidad de garantizar y, al mismo tiempo, evitar que los ciudadanos abusen de este derecho. Adicionalmente, es necesario armonizar la normatividad foránea y la nacional del acuerdo de paz con la puesta en marcha de la coordinación de las acciones de respeto y garantía a la protesta pacífica, que entró en vigor en la última fase del gobierno del premio nobel de la paz, Juan Manuel Santos.

¿Qué es la protesta social? ¿cuál es el marco normativo que garantiza su ejercicio y su fuerza vinculante como un derecho humano y derecho fundamental en el Estado colombiano?

Para comprender la definición de la protesta social (Sánchez, 2019) como un derecho fundamental, habría que preguntarse cómo se cristaliza su fuerza vinculante. Para responder esta interrogante, debe tenerse en cuenta que no solamente está consagrada en la Constitución Política de 1991, sino que es respaldada por resoluciones y tratados internacionales de derechos humanos, emitidas por organizaciones ratificadas por Colombia, por lo cual este derecho pertenece a lo que los constitucionalistas llamamos bloque de constitucionalidad, es decir, de las normas supranacionales que tienen la misma fuerza vinculante que cualquier principio o artículo de la Constitución Política de Colombia. Por lo tanto, el Estado colombiano está obligado a cumplir con los preceptos de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Universal.

En el marco jurídico internacional sobre los derechos humanos, no se encuentra taxativamente el derecho a la protesta, pero ésta guarda conexidad con el derecho de asociación o a la reunión pacífica, con la libertad de expresión y la huelga. Teniendo en cuenta lo contemplado por los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante DESCAS) y el contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 20, en donde se determina la importancia de los derechos de la libertad de reunión y de asociación pacífica

como elemento fundamental para la democracia, como también lo reglamentado por el Consejo de Derechos Humanos en la Resolución 15/21 de la Organización de las Naciones Unidas, la libertad de asociación y la expresión pacífica permiten identificar la medida en que los Estados deben respetar el disfrute de éste y otros derechos humanos.

En el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se menciona que el derecho a la protesta no es absoluto, debido a que puede estar sujeto a ciertas limitaciones prescritas por la ley en razón de la seguridad nacional, de la integridad de la población, del orden público, de la protección de la salud, de la moral pública o de la protección de los derechos y libertades de los demás. Así, resulta pertinente hacernos los siguientes cuestionamientos: ¿son eficaces las normas existentes para garantizar formalmente y materialmente el derecho a la protesta social en Colombia? ¿El ordenamiento jurídico colombiano privilegia el derecho a la seguridad democrática o a una seguridad humana para garantizar la protesta social?, ¿Existen vacíos en las normativas internas en Colombia, o se contradicen con el derecho a la protesta social?, ¿Conocen los colombianos la relación de las autoridades administrativas del Estado con el uso de la protesta social? Para responder estos interrogantes, es importante hacer un análisis del marco normativo en el ámbito jurídico interno colombiano y del ámbito jurídico foráneo, identificando la bitácora del camino en defensa de este derecho, así como sus retos y problemáticas asociadas. En esta perspectiva se estudiará, en primer lugar, el ámbito internacional y las disposiciones relacionadas al bloque de constitucionalidad y al control de convencionalidad;

en segundo lugar se estudiará el ámbito interno colombiano con sus diferentes disposiciones normativas y constitucionales.

En el ámbito internacional

En relación con nuestro tema, es necesario tener en cuentas las fuentes de las normas internacionales, como los convenios y/o tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, además de las disposiciones consideradas como derecho blando (*soft law*). Los primeros son disposiciones revestidas en calidad de tratados o convenios ratificados por el Estado colombiano, por lo que poseen el atributo de ser normas supraconstitucionales, perteneciendo directamente al ordenamiento interno del Estado colombiano, como las sentencias interamericanas de derechos humanos, que hacen parte del control de convencionalidad, que posee su sustento en la ratificación como un instrumento internacional, teniendo en cuenta dos condiciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986):

Una obligación de abstención, la cual hace referencia a una limitación del ejercicio estatal, es decir, el uso de la fuerza a situaciones estrictamente necesarias y cuando no existan medidas alternativas menos restrictivas de los derechos fundamentales en juego.

Una obligación de garantía, que constituye una exigencia a las autoridades para la ejecución de acciones suficientes con el fin de asegurar la protección de los bienes jurídicos de vital importancia para el ejercicio de otros derechos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reseñado que, cuando los

Estados incumplen las obligaciones a su cargo, se deriva una violencia generalizada y, en consecuencia, se pueden vulnerar los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y a la seguridad de las personas que participan en las manifestaciones.

En la segunda fuente de los instrumentos internacionales encontramos las recomendaciones, las directivas y resoluciones que pertenecen al estudio del derecho blando (*soft law*), cuyo objetivo fundamental es la interpretación de las autoridades estatales, velando por el cumplimiento en la elaboración de las propuestas que garanticen la protección de los derechos humanos a cargo del Estado Parte a través de sus medidas legislativas, políticas públicas, administrativas o judiciales, conforme a los parámetros internacionales. En el caso concreto de la protesta social, una de las medidas que se debe implementar en el Estado es la relacionada con el tránsito de peatones en determinadas zonas, los mecanismos para facilitar la convocatoria y las sanciones penales y disciplinarias para lo que provoquen perturbaciones en las reuniones públicas, así como también el uso excesivo de la fuerza de las autoridades policiales o de la fuerza pública del Estado.

En el ámbito internacional se reconocen individualmente derechos como la libertad de expresión y huelga, que integran el derecho a la protesta social. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos expone la protesta social como un derecho fundamental autónomo, como se expresa en el Caso del Caracazo vs Venezuela (2002), donde se estableció la responsabilidad del Estado venezolano por cometer faltas en el orden internacional por el uso desproporcionado de la fuerza por parte de agentes

militares y policiales sobre los habitantes de Caracas, en cuyas manifestaciones 44 personas perdieron la vida con ocasión de disparos indiscriminados, propiciados por las autoridades.

Derecho de asociación o reunión pacífica

La finalidad de este derecho es legitimar la pluralidad de un grupo de ciudadanos para reunirse de forma temporal en un espacio privado o público con una finalidad común (Fundación Ideas Para la Paz, 2018). El derecho internacional presume de una ejecución pacífica en donde se protejan las manifestaciones sin expresiones de violencia o que inciten al odio o agresión, por lo que existe una gran cantidad de disposiciones protectoras de este derecho, tales como:

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 20), que protege la libertad de reunión y asociación pacífica y, de igual forma, contempla que ningún ser humano puede ser obligado a participar en algún tipo de gremio o asociación

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo 21), mediante el cual se establece que las personas tienen derecho de asociarse, bien sea en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 21), donde se señala que el ejercicio de este derecho y las restricciones necesarias deberán estar previstas en la ley

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 15)

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (artículo 5)

La Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 15)

De igual manera, se encuentran resoluciones por parte del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en donde se le recomienda a los Estados Partes su responsabilidad en materia de protección y promoción de las libertades de manifestación pacífica, así como el deber de garantizar que sus legislaciones internas se ajusten al derecho internacional de los derechos humanos. Así mismo, se les exigen garantías de no represalias o criminalización de personas por ser organizadores o partícipes en las protestas sociales; la necesidad de incorporar disposiciones que permitan escenarios de diálogo abierto e incluyente; la creación de mecanismos accesibles para la presentación de denuncias sobre violaciones de derechos humanos, y la utilización y control de nuevas tecnologías de la información.

Entre las principales recomendaciones que hacen los sistemas interamericanos y universales de los derechos humanos, se destaca que los Estados exijan una notificación previa, ágil y sencilla, de la protesta, de forma que se les permita a las autoridades facilitar las medidas de protección a toda la ciudadanía cuando se trate de conglomerados en espacios públicos. No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha mencionado que el ejercicio del derecho de la reunión a través de la protesta social no debe sujetar-

se a una autorización por parte de las autoridades ni a requisitos excesivos que dificulten su realización. Las exigencias jurídicas que sientan una base para que una reunión o manifestación sea prohibida o limitada como, por ejemplo, a través de un permiso previo, no son compatibles con el derecho de reunión ni con el ejercicio de la libertad de expresión en el sistema interamericano.

El aviso previo, generalmente justificado por los Estados sobre la base de la necesidad de ofrecer mayor protección a una manifestación, no puede funcionar como un mecanismo de autorización encubierto. La CIDH (2011) sostuvo, en su informe sobre *Criminalización de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos*, que la exigencia de una notificación previa no debe ser confundida con la exigencia de un permiso previo otorgado discrecionalmente. Las protestas son indispensables para la consolidación democrática y, por lo tanto, constituyen un uso legítimo del espacio público como cualquier otro. De esa manera, no pueden suprimirse como forma de garantizar otros usos rutinarios de tales espacios, como la actividad comercial o la circulación de personas y vehículos.

Derecho a la libertad de expresión

Este es un derecho fundamental cuyo objetivo es lograr que todas las personas tengan derecho a buscar, recibir o difundir sus opiniones, sean de cualquier índole (moral, religiosa, política, etc.) de manera libre (oral, escrita, por medios artísticos o expresiones no verbales) y sin ningún tipo de discriminación. Los Estados tienen la obligación de respetar las manifestaciones mediante las cuales sus nacionales expresan sus opi-

niones, así como debe garantizar a los manifestantes la garantía a través de medidas judiciales, administrativas y legislativas a nivel local, regional y nacional. El ámbito de protección de este derecho exige que se resguarde a los ciudadanos, particularmente a los sujetos de especial protección (niños y niñas, mujeres, ancianos y periodistas), no solo de los actos de las autoridades, sino también de los particulares, dando cumplimiento a los estándares internacionales. Los Estados deben fomentar la no estigmatización de quienes ejercen su derecho a la libertad de expresión y, desde luego, a la protesta social.

Derecho a la huelga

Este derecho fundamental se integra al de la protesta social, promovido por la Organización Internacional del Trabajo, que se ha pronunciado en ocasión de las condiciones laborales de los trabajadores y del ejercicio de la libertad de expresión y asociación. La huelga se entiende como el instrumento legítimo con el que cuentan los trabajadores para la defensa de sus intereses económicos, sociales, e incluso políticos, sin que ello represente posibles consecuencias adversas en su situación laboral, siempre y cuando sea pacífica.

El uso de la fuerza en la protesta social

El uso de la fuerza constituye un elemento importante para garantizar el derecho a la protesta y proteger la integridad de los manifestantes, pero debe ser el último recurso para impedir un hecho de mayor gravedad en el que se provoca una reacción

de la fuerza pública del Estado. El sistema interamericano de los derechos humanos establece que, excepcionalmente, el uso de la fuerza se encuentra justificado y que debe satisfacer los principios de legalidad, de absoluta necesidad y sobre todo de proporcionalidad. Es decir, que el Estado debe utilizar la fuerza bajo la absoluta necesidad de recurrir a medidas de seguridad ofensivas y defensivas para el cumplimiento de las órdenes legítimas impartidas por la autoridad competente ante hechos violentos o delictivos que pongan en riesgo la integridad personal de cualquier habitante.

En esa medida, los Estados y la comunidad internacional han abogado por la creación de códigos de conducta vinculantes, además de la adopción de principios sobre el uso de la fuerza, en los cuales se determi-

nan las situaciones en las que es permitido su uso, los procedimientos de rendición de cuentas, las cláusulas de responsabilidad por abuso de la misma y las sanciones por el incumplimiento o inobservancia de los parámetros internacionales.

En el ámbito nacional (Constitución Política y pronunciamientos de la Corte Constitucional)

Desde la perspectiva de la Constitución Política de Colombia de 1991, existen artículos que han acentuado la defensa del derecho a la protesta como un derecho fundamental, gestando el pluralismo expresado en el preámbulo nacional frente a un Estado social de derecho, en donde la soberanía popular recae en su mismo poder político.

Tabla 1.

Artículos que establecieron una aplicación *sui génesis* de la protesta social en Colombia

Articulado de la Constitución Política de 1991	Resumen del Articulado de la Constitución Política de 1991
Artículo 37	Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho.
Artículo 20	Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.
Artículo 38	Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.
Artículo 56	Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.
Artículo 107	Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse. [...] También se garantiza a las organizaciones sociales el derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos.

Fuente: recopilación de la Constitución Política de Colombia. Elaboración propia.

La Corte Constitucional ha analizado el derecho de protesta social pacífica en el marco del estudio de la constitucionalidad de conductas tipificadas como delitos en contra de la seguridad pública, o desde el punto de vista de la prohibición de huelga, en el caso de servicios públicos esenciales. Entre las sentencias más destacadas encontramos la C-075 de 1997, en la que se establece que, si bien el derecho a la huelga no necesariamente está vinculado al de la protesta social, es innegable que en muchos eventos ambos van de la mano. Por lo tanto, la limitación al derecho a la huelga implica también una limitación del de la protesta. Sin embargo, la Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que, si bien el derecho a la huelga fue objeto de mayor protección por la Constitución Política de 1991, en ésta ningún derecho es absoluto, pues está limitado por el desarrollo de otros, como sucede, en este caso, con el interés general, derivado de la prestación de un servicio público esencial en virtud del principio de proporcionalidad constitucional. Así las cosas, la limitación de este derecho y, consecuentemente, de manifestaciones de protesta social derivados de él, es válido desde el punto de vista constitucional siempre que se afecten intereses generales.

Conclusiones

La protesta social es el conjunto de derechos fundamentales conexos a la libertad de expresión, al derecho a la asociación, al de la huelga y al de otras garantías esenciales en donde se materializan, como un instrumento convencionalidad, normas supraconstitucionales para la reivindicación de los dere-

chos humanos. A pesar de que no existe un fundamento positivista sobre el derecho a la protesta a nivel internacional, su conexidad con los derechos fundamentales lo consagra en el ordenamiento jurídico nacional, expresamente en el artículo 37 de la Constitución Política de Colombia.

En la perspectiva internacional, la existencia de órganos encargados de velar el estricto cumplimiento de los derechos humanos compone el gran derecho de la protesta social, a pesar del esfuerzo internacional mediante el *soft law*, que no constituye fuerza vinculante suficiente para el cumplimiento en el ordenamiento interno nacional. Limitar el derecho de protesta es sinónimo de restarle importancia a la construcción del derecho a la paz y, a su vez, obstaculiza los avances en la democratización del país y la creación de una codificación de la conducta de la ciudadanía mediante el código de policía; justifica la intervención de la fuerza pública para la defensa de una *seguridad ciudadana y democrática*; de medidas que abusan de su autoridad y realizan acciones con motivaciones políticas y de persecución contra la manifestaciones pacíficas de estudiantes, sindicatos, jóvenes, movimientos ciudadanos y cívicos, que reclaman la defensa de sus derechos fundamentales vulnerados por el Estado.

La protesta es considerada como un mecanismo adecuado para el control democrático, poniendo de relieve las falencias institucionales o las afectaciones de los derechos fundamentales por el Estado, cuyo sistema político tradicional siempre quiere tener el poder, el control y el gobernar para su propio beneficio, creando leyes y decretando estados de emergencia social y ambiental

para criminalizar *actos de rebeldía del pueblo*, obstaculizando el libre ejercicio al derecho a la protesta y limitando el derecho a la libertad de expresión y a la huelga por parte de las clases trabajadoras, perdiendo un valor fundamental de la soberanía popular.

Referencias

- Comisión Interamericana de Derecho Humanos (CIDH). (2011). *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. Organización de los Estados Americanos.
- Corte Constitucional de Colombia (14 de julio de 1992). *Sentencia T-456*. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia (9 de junio de 1993). *Sentencia T- 219 de 1993*. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia (13 de abril de 1994). *Sentencia C-179 de 1994*. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia (26 de septiembre de 2012). *Sentencia C-742 de 2012*. República de Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia (20 de abril de 2017). *Sentencia C-223/17*. República de Colombia.
- Corte Europea de Derechos Humanos (2011). *Gulizar Tuncervs. Turquía*. <http://www.lavanguardia.com/politica/ecciones-2011/20110520/54158192830/rubalcaba-no-aclara-si-ordenar-desalojar-las-acampadas-de-los-indignados.html>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). La Expresión "Leyes" en el

Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). *Sentencia de 29 de julio. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). *Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Sentencia de 7 de julio de 2009. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*.

El Tiempo. (17 de octubre de 2020). Uribistas acuden a acción popular contra la minga y Claudia López. <https://www.eltiempo.com/politica/congreso/accion-popular-apuesta-de-uribistas-contra-la-minga-y-claudia-lopez-543864>

Fundación Ideas para la Paz (FIP). (2018). ¿Cómo se rige la protesta pacífica en Colombia? El ejercicio y la garantía de Derecho Fundamental. En ¿Cómo se rige la protesta pacífica en Colombia? El ejercicio y la garantía de Derecho Fundamental. FIP. pp. 10-20.

Procuraduría General de la Nación. (21 de octubre de 2020). Procuraduría y Derechos Humanos de las Naciones Unidas presentan a Mindefensa herramienta para manejo de la protesta pacífica. <https://www.procuraduria.gov.co/portal/-Procuraduria-y-Derechos-Humanos-de-las-Naciones-Unidas-presentan-a-Mindefensa-herramienta-para-manejo-de-la-protesta-pacifica>. news

Sánchez, J. (2019). *Protección y cumplimiento del derecho a la protesta en Colombia*. Tesis de grado.



EL FUNCIONAMIENTO DE LA JEP

EN TIEMPOS DE PANDEMIA

ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA*

Resumen: El artículo expone, de manera sucinta, el desenvolvimiento y la forma en que la Justicia Espacial para la Paz (JEP) ha venido adaptándose a los nuevos retos, propiciados enteramente por las medidas de confinamiento y de bioseguridad de índole obligatoria en el contexto de la pandemia por el Covid-19. Mediante la exposición de tres fases, se describe cómo esta jurisdicción especial ha actuado, ejecutando sus prácticas acatando los lineamientos nacionales, y trabajado en medio de medidas restrictivas, estableciendo nuevas formas de comunicación y de llevar a cabo los procesos de forma íntegra con todas las partes de los procesos. Se concluye estableciendo una serie de avances y

limitaciones de la justicia transicional durante la pandemia, brindando datos útiles de corte normativo y fáctico.

Palabras clave: JEP, Pandemia, Marco regulatorio, Justicia, Transición, Crisis sanitaria, Macrocasos.

Abstract: The article describes, in a succinct way, the development and the way in which the Special Jurisdiction for Peace (in Spanish acronym JEP) has been adapting to the new challenges, caused entirely by the lockdown and biosecurity measures of a mandatory nature in the context from the Covid-19 pandemic. Through the exposition of three phases, it is described how this special jurisdiction has acted, executed its practices in compliance with national guidelines, and worked in a context of restrictive measures, establishing new forms of communication and carrying out the processes in an integral way with all the parts of the processes. It concludes by establishing a series of advances and limitations of transitional justice during the pandemic, providing useful data of a normative and factual nature.

* Abogado y docente investigador. Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Université de Paris X Nanterre. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Se ha desempeñado como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia y como magistrado auxiliar del Consejo de Estado. Actualmente es magistrado del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial de Paz de Colombia. alejandroramelli70@gmail.com

Keywords: JEP, Pandemic, Regulatory framework, Justice, Transition, Health crisis, Macrocasos.

Introducción

El objetivo del presente escrito es realizar un balance del funcionamiento de la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP) durante el tiempo de la pandemia ocasionada por el virus del Covid-19, es decir, desde el inicio de la cuarentena en Colombia (mediados del mes de marzo de 2020) hasta octubre del año 2020, señalando algunas ventajas, inconvenientes y desafíos que ha representado para la administración de justicia transicional el paso de la presencialidad, comprendiendo la visita a los territorios, a la virtualidad.

Si bien es cierto que las pandemias han acompañado desde siempre la historia de la humanidad, dada su extensión, letalidad e inexistencia de una vacuna, la propagación de este virus ha trastocado por completo el funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, esto es, a la administración de la justicia en Colombia. A pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico contamos con diversas disposiciones legales que no solo facultan, sino que propenden por el uso de las tecnologías de la información (artículo 103 del Código General del Proceso), culturalmente seguimos apegados al uso del papel y a la presencialidad en la realización de diligencias judiciales. En tal sentido, analizamos de qué manera el Órgano de Gobierno (en adelante OG) de la JEP se vio abocado a diseñar un marco regulatorio inédito de la clásica figura procesal de la *suspensión de términos*, encaminado a alcanzar

un delicado equilibrio entre, por una parte, la protección de derechos fundamentales, y por la otra, la imperiosa necesidad de avanzar en la consecución de unos objetivos para los cuales fue creada esta instancia judicial de carácter temporal, tales como: (i) satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación; (ii) brindar seguridad jurídica a los comparecientes; y (iii) lograr la rendición de cuentas de los máximos responsables de la comisión de los crímenes más graves y representativos.

Conviene señalar que los insumos para la elaboración del presente texto son, en esencia, los actos administrativos expedidos por el OG de la JEP; las respuestas ofrecidas a diversos derechos de petición elevados a la jurisdicción en relación con su funcionamiento durante la pandemia; algunas decisiones proferidas por las salas y secciones de la JEP; pronunciamientos de organismos internacionales de protección de los derechos humanos, así como estudios científicos realizados sobre el impacto de la pandemia global en el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Es pertinente indicar que los retos normativos y fácticos que ha debido asumir la JEP durante la pandemia no son tan disímiles de aquéllos que ha conocido la justicia ordinaria colombiana. De igual manera, el *recetario* de soluciones es semejante al implementado por otras jurisdicciones en América Latina. Lo anterior queda evidenciado en el informe titulado *Funcionamiento de la justicia en la pandemia por COVID 19*, presentado por diversas ONG de la región en el curso de la audiencia celebrada el 9 de octubre de 2020 en el 177 período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, 2020).

En el referido informe se afirma que, en los diversos países de la región, se suspendieron los plazos y los actos procesales en causas ordinarias, aunque fijando excepciones, las cuales apuntan a: (i) procesos o acciones de garantía de protección de derechos constitucionales; (ii) actuaciones procesales vinculadas al control o a la imposición de medidas provisionales de restricción de la libertad personal; (iii) procesos por violencia intrafamiliar; (iv) pago judicial de alimentos, (v) procesos de restitución de menores de edad; (v) en algunos países, actuaciones procesales respecto al control de la constitucionalidad o legalidad de los actos o medidas adoptadas por los poderes ejecutivos de facultades extraordinarias; y (vi) realización de audiencias por medios telemáticos y de videoconferencia, o bien la celebración de audiencias urgentes de forma presencial, limitando el número de participantes al mínimo indispensable, manteniendo las medidas de distanciamiento social y bajo condiciones de bioseguridad. (Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, et. al., 2020). Con estos presupuestos en mente, analizaremos el diseño y la aplicación de un marco regulatorio inédito de la suspensión de términos y diligencias judiciales, en un primer momento, y examinaremos los avances y limitaciones que ha conocido el trabajo de la justicia transicional durante la pandemia, en un segundo momento.

El diseño y la aplicación de un marco regulatorio inédito

El artículo 110 de la Ley 1957 de 2018, conocida como Ley de Administración de Justicia en la JEP, dispone que el OG tiene como funciones el:

[...] establecimiento de los objetivos, planificación, orientación de la acción y fijación de la estrategia general de la Jurisdicción. De tal forma, se enfocará en la toma de decisiones de planeación, diseño y/o mejoramiento organizacional, definición de herramientas, lineamientos y criterios generales necesarios para el funcionamiento, así como la definición de políticas públicas que involucren a la jurisdicción.

Téngase presente que, al no ser la JEP parte de la rama judicial colombiana, la facultad para suspender y levantar los términos procesales no se encuentra radicada en el Consejo Superior de la Judicatura, sino en la instancia de autogobierno de la JEP. Así las cosas, le correspondió al OG diseñar, en poco tiempo, un marco regulatorio eficiente que permitiera seguir atendiendo la enorme demanda de justicia transicional existente en Colombia, pero que no pusiese en riesgo la vida e integridad física de los funcionarios de la JEP, de los comparecientes y de las víctimas. Uno que, al mismo tiempo, respetase las garantías procesales de los intervinientes en las actuaciones surtidas ante la JEP, especialmente en términos de conectividad a internet.

La evolución de la regulación administrativa de la suspensión de términos, tuvo en consideración las particularidades de la justicia transicional (temporalidad, enfoque territorial, étnico y de género, entre otros) con lo cual no se trató simplemente de transcribir las disposiciones que iba expidiendo, con cierta periodicidad, el Consejo Superior de la Judicatura con relación al funcionamiento de la justicia ordinaria,

aunque fuera una pauta interpretativa importante en la materia.

Las modificaciones que ha conocido la figura de la suspensión de términos procesales en la JEP han tenido que acompañarse a los contenidos de numerosas y cambiantes regulaciones nacionales y distritales sobre el manejo de la pandemia ocasionada por el Covid-19, en especial en lo atinente al distanciamiento social, a los turnos de trabajo y a las cuarentenas. A continuación, se explican las etapas que, hasta el momento, caracterizan la regulación de la suspensión de términos en la JEP.

Primera fase: una suspensión casi total de términos

El Ministerio de Salud y Protección Social (2020), mediante Resolución N.º 385 del 12 de marzo de 2020 declaró la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID 19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus, una decisión que, en principio, sería temporal (hasta el 30 de mayo de 2020) y no afectaría gravemente a la administración de justicia. Al día siguiente, el OG expidió un acuerdo (JEP, 13 de marzo de 2020) adoptando las primeras medidas temporales para contener el contagio y la propagación del Covid-19 al interior de la jurisdicción. En este acuerdo se regularon turnos de trabajo extraordinarios para los despachos y dependencias. Asimismo, se implementó, de manera transitoria, el trabajo en casa de personas con síntomas leves y moderados, así como de funcionarios que se encontraban en grupos poblacionales de riesgo acentuado. También se autorizó la adopción de decisiones judiciales de

forma virtual y se prohibió el desarrollo de audiencias con asistencia masiva de público, entre otras medidas.

El 16 de marzo de 2020, el OG decretó la suspensión de audiencias y de términos procesales hasta el día 20 del mismo mes, con excepción del trámite de respuesta de *habeas corpus* (JEP, 16 de marzo de 2020), e igualmente autorizó a la presidencia y a la secretaria ejecutiva de la JEP a adoptar: “[...] todas las medidas necesarias de contención del contagio y propagación del Covid-19 que hacia el futuro sean necesarias”. Como puede advertirse, esta primera etapa de la regulación de la suspensión de términos fue bastante radical, pues si bien las salas y secciones podían seguir sesionando, formalmente no se encontraban habilitadas a expedir autos o sentencias. Tampoco se realizaron versiones voluntarias en los macrocasos ni se comunicaron o notificaron decisiones relacionadas con la concesión de beneficios.

Segunda fase: la creación de excepciones

La prolongación de la cuarentena, que en los primeros días se esperaba fuera corta, llevó al OG a replantear el tema del mantenimiento de la suspensión casi total de las audiencias y de los términos procesales. En tal sentido, a lo largo del acuerdo 014 de 2020, el OG adelantó la siguiente ponderación, de naturaleza constitucional:

Que teniendo en cuenta las sucesivas ampliaciones del aislamiento preventivo obligatorio y para dar cumplimiento a lo previsto en los Decretos 531 de 8 de abril de 2020 expedido por el Gobierno

Nacional y 106 de 8 de abril de 2020 expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá, se hace necesaria la adopción de medidas adicionales por parte del Órgano de Gobierno, que logren ponderar, de una parte, la debida protección de la salud e integridad física de las servidoras y servidores de la jurisdicción, los derechos fundamentales de las víctimas y las garantías judiciales de los procesados, y de otra, el derecho a la libertad individual, la vida e integridad de los testigos, víctimas y comparecientes, el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y la continuidad en la prestación de un servicio público esencial. (JEP, 13 de abril de 2020)

Adviértase que el OG abordó la figura de la suspensión de términos desde una óptica de derechos fundamentales, la cual trasciende la aproximación clásica de la teoría del proceso, en virtud de la cual se trata simplemente de un medio para hacerle frente a dificultades administrativas menores. En la referida ponderación, el OG tomó en consideración aspectos de carácter técnico (la posibilidad de comunicar y notificar electrónicamente a entidades estatales y privadas), fáctico (la decisión del INPEC de no permitir el ingreso de los notificadores a los centros de reclusión), así como las particularidades del funcionamiento y las competencias de cada una de las salas y secciones que integran la JEP. Como resultado de esto se dispuso que, *por regla general*, se mantuviera el régimen de suspensión de términos y de audiencias, solo matizado por un conjunto de *excepciones*, cuya aplicación se orientaría por la siguiente disposición:

Artículo 2. Regla general para la expedición de providencias judiciales. Las Salas de Justicia y las Secciones del Tribunal para la Paz podrán expedir las providencias que, conforme a la ley, no requieran notificación. Su comunicación se hará vía correo electrónico. Igualmente, podrán expedir las providencias cuya notificación y trámite posterior pueda hacerse integralmente por vía electrónica, siempre que la Sala o Sección que profiera la decisión asegure: (i) el conocimiento de la misma a todos los destinatarios de la providencia, (ii) la oportunidad para la interposición y trámite de los recursos de ley, (iii) que una vez ejecutoriada, se pueda cumplir sin poner en riesgo la salud de los concernidos y (iv) el cumplimiento de las funciones de supervisión que corresponde a la JEP. (JEP, 13 de abril de 2020)

A renglón seguido, en el acuerdo 014 de 2020, se fijaron las condiciones bajo las cuales se podían seguir instruyendo los macrocasos por parte de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Determinación de los Hechos y las Conductas (en adelante SRVR); se resuelven las solicitudes de beneficios por la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (en adelante SDSJ), así como aquellos tramitados por la Sala de Amnistía o Indulto (en adelante SAI). De igual forma, se regularon los trámites de las acciones de tutela y de medidas cautelares bajo un régimen de anormalidad sanitaria.

Tercera fase: un régimen de transición

La prolongación de la pandemia y la paulatina apertura de diversos sectores productivos

del país llevó a que el OG entrara a examinar, conjuntamente, dos temas: (i) el ingreso, la permanencia y el uso de las instalaciones de la JEP; y (ii) la suspensión de términos y audiencias judiciales. En relación con el primer tópico, el OG, mediante Acuerdo 036 de 31 de agosto de 2020: “Por el cual se dictan lineamientos de trabajo y desarrollo de actividades en la Jurisdicción Especial para la Paz en el marco del aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable” (JEP, 31 de agosto de 2020) fijó unas pautas para el reemplazamiento de su sede, la atención al público y el uso de las instalaciones, privilegiando, en todo caso, el trabajo en casa de los servidores públicos. Correlativamente, en materia de términos procesales y realización de audiencias, el OG decidió pasar de un régimen exceptivo a uno de transición, con miras a un futuro regreso a la plena normalidad.

Al respecto, mediante el Acuerdo 039 del 17 de septiembre de 2020 (JEP, 17 de septiembre de 2020), el OG dispuso: (i) levantar la suspensión de audiencias y términos judiciales en la JEP; (ii) derogar las excepciones fijadas en el Acuerdo AOG N.º 014 del 13 de abril de 2020, modificado por los Acuerdos AOG N.º 026 del 18 de mayo de 2020 y AOG N.º 029 del 23 de junio de 2020; (ii) mantener de manera indefinida los lineamientos respecto de las modalidades de trabajo o de cumplimiento de obligaciones contractuales, horarios flexibles, ingreso y permanencia en la sede principal de la jurisdicción; y (iii) hacer algunas precisiones en relación con el trámite de los beneficios ofrecidos a los comparecientes. En pocas palabras, si bien se decidió el levantamiento de la suspensión de términos, se sigue privilegiando el uso de las tecnologías

de la información, en especial, en materia de comunicaciones, las notificaciones y las audiencias, al igual que el trabajo en casa de los funcionarios de la JEP.

Avances y limitaciones de la justicia transicional durante la pandemia

El pasado 12 de marzo, el gobierno nacional decretó una emergencia sanitaria debido a la llegada al país del Covid-19. A partir de entonces, la vida institucional del país comenzó a cambiar: las restricciones a determinados derechos fundamentales se multiplicaron, en especial para los adultos mayores; la economía entró en crisis; las autoridades locales modificaron sus prioridades y las actividades presenciales fueron desplazadas por la virtualidad, especialmente en temas laborales y educativos. Transcurridos más de siete meses de crisis sanitaria, y sin que por el momento se cuente con la certeza del momento en que regresaremos a la *normalidad*, es posible realizar un balance preliminar sobre el funcionamiento de la JEP durante la cuarentena, ya no sobre lo normativo sino desde lo fáctico, es decir, tomando en consideración variables cuantitativas y cualitativas. Para tales efectos, me serviré de las respuestas que la JEP ha dado a diversos derechos de petición elevados, con miras a conocer el trabajo realizado por la justicia transicional durante estos extraños tiempos.

Progresos de la JEP durante la crisis sanitaria

Una revisión del trabajo adelantado por las salas y secciones que conforman la

JEP evidencia que la justicia transicional ha seguido produciendo resultados en todos los ámbitos de su competencia: instrucción de siete macrocasos; examen de solicitudes de beneficios para agentes del Estado, terceros y exintegrantes de las FARC-EP; medidas cautelares colectivas e individuales; acciones de tutela y resolución de recursos de apelación, entre otros. Dada su novedad, examinaremos los avances en materia de macrocasos y de medidas cautelares colectivas.

La instrucción de los macrocasos en tiempos de pandemia. En el primer macrocaso, relacionado con los secuestros perpetrados por las extintas FARC-EP, se reportaron los siguientes datos (JEP, 11 de septiembre de 2020):

Tabla 1.
Datos sobre estudios de secuestros

Entrevistas	8
Autos	59
Víctimas acreditadas	351

Fuente: elaboración propia

Tabla 2.
Datos sobre estudios territoriales

Autos	92
Versiones voluntarias	11 versiones voluntarias en modalidad virtual con comparecientes de las FARC-EP y la fuerza pública, con la participación de los representantes judiciales de víctimas acreditadas en el caso.
Acreditación de víctimas	Acreditación individual de 12 personas y 9 resguardos del pueblo Eperara ACIEESNA, y al territorio como víctima Eperara Euja.
Diálogos interculturales y coordinación interjurisdiccional e interjusticias	Se realizaron siete escenarios de diálogo intercultural y coordinación interjurisdiccional e interjusticias con autoridades étnicas, representantes judiciales de víctimas y el Ministerio Público.
Otros datos	Tres escenarios preparatorios con defensores de comparecientes y preparatorios a las versiones voluntarias con los abogados de las víctimas.

Fuente: elaboración propia

En relación con los aspectos cualitativos, la relatora del primer caso destaca la sistematización y el análisis de 908 observaciones a las primeras versiones voluntarias, e igualmente:

[...] el equipo de trabajo del caso No 01 finalizó los documentos de contrastación de informes, versiones, hechos reportados por las víctimas y piezas procesales para presentar a la sala la propuesta de hechos y conductas del caso. Estos documentos de contrastación versan sobre los hechos, el daño, el mando y la operación de las estructuras militares y el análisis estadístico de la magnitud del fenómeno. (JEP, 11 de septiembre de 2020)

El segundo macrocaso, de carácter territorial, denominado *Situación territorial que prioriza las graves violaciones a los derechos humanos y al DIH en los municipios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas (Nariño) entre 1990 y 2016*, los avances cuantitativos fueron los siguientes (JEP, 11 de septiembre de 2020):

En lo concerniente a los aspectos cuantitativos, el segundo macrocaso reportó que los principales resultados fueron: (i) aprobación de una ruta virtual con las víctimas de los pueblos étnicos del territorio priorizado; y (ii) concertación de medidas de protección con enfoque étnico y territorial, y “[...] protección física y espiritual de las personas, comunidades y territorios” (JEP, 11 de septiembre de 2020).

El tercer macrocaso, conocido como *Muertes ilegítimamente presentados como bajas en combate*, ha conocido importantes avances durante la pandemia:

Tabla 3.
Datos sobre estudios de muertes ilegítimas como bajas de combate

Comparecientes que han rendido versiones voluntarias virtuales	46
Sesiones de versión voluntaria realizadas	54
Declaraciones testimoniales	1
Informes entregados por organizaciones de víctimas	2
Diligencias de acreditación	2
Autos	379

Fuente: elaboración propia

Luego de realizar algunas consultas con dependencias de la JEP, los magistrados relatores del tercer macrocaso decidieron avanzar en la realización de las versiones voluntarias virtuales, lo cual llevó a establecer unos protocolos destinados a verificar las condiciones de conectividad de los comparecientes, de las víctimas y de los defensores. De igual manera, se avanzó en la recepción de informes, concretamente relacionados con los departamentos de Huila y Meta, así como en la realización de jornadas virtuales con víctimas de ejecuciones extrajudiciales.

El cuarto macrocaso refiere a la *Situación humanitaria de los municipios de Turbo, Apartadó, Carepa, Mutatá, Dabeiba, Chigorodó (Antioquia) y El Carmen del Darién, Riosucio, Unguía y Acandí (Chocó) entre 1986 y 2016*, esto es, otro asunto territorial. Se avanzó en la consolidación de la matriz de hechos, pasando de 1054 hechos a 3582 en el procesamiento de fuentes y: “[...] especialmente en violencia sexual se pasó de 4 hechos a 46 en este proceso”. (JEP, 11 de septiembre de 2020). Allí se realizaron diez ampliaciones escritas a versiones voluntarias y fueron recaudados siete testimonios. Así mismo, con el apoyo de la secretaría ejecutiva y el sistema de monitoreo de la UIA, se hizo un diagnóstico completo de la seguridad y la conectividad de las comunidades acreditadas, con el fin de facilitar su participación en el proceso judicial que adelanta el caso territorial.

El quinto macrocaso, denominado *Situación territorial del Norte del Cauca en los municipios de Santander de Quilichao, Suárez, Buenos Aires, Morales, Caloto, Corinto, Toribio y Caldono que incluye los hechos presuntamente cometidos por miembros de las FARC-EP y de la Fuerza Pública entre 1993 y 2016*, ha avanzado notablemente en las acreditaciones de víctimas: 32 resguardos y cabildos del Cauca; 5 organizaciones indígenas; 4 territorios indígenas; 3 organizaciones sociales; 23 consejos comunitarios del Sur del Valle y sus territorios, 2 cabildos del Valle del Cauca y 6 víctimas individuales (JEP, 11 de septiembre de 2020).

En el sexto macrocaso, titulado *Victimización de miembros del genocidio de la Unión Patriótica*, se acreditó al partido político Unión Patriótica como víctima en calidad de sujeto colectivo. Por último, el sép-

timo macrocaso, *Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado*, ofrece los siguientes progresos cuantitativos:

Tabla 4.
Datos sobre estudios de reclutamiento de niñas y niños en el conflicto armado

Versiones voluntarias	10
Testimonios	2
Informes entregados por víctima	1
Víctimas acreditadas	42
Autos	77

Fuente: elaboración propia

En lo atinente a los aspectos cualitativos, una vez resueltos los recursos, fueron citados a rendir versión voluntaria 37 exlíderes de las FARC-EP, relacionados con la política de reclutamiento de menores de edad.

Tabla 4.
Medidas tomadas por la SAR

LUGAR	AUTO	MEDIDA
Santander	AT-049 de 2020	Decretó medidas cautelares por 90 días para el Cementerio de los Pobres en Aguachica, Cesar, y así evitar la pérdida parcial o total de cuerpos de personas no identificadas, ordenando la suspensión de actividades de exhumación y traslado de cuerpos existentes en ese cementerio.
Yopal	AT- 071 de 2020	Se prohibió licenciar cualquier tipo de obra y en las bóvedas del nuevo cementerio a donde fueron trasladados los CNI del antiguo cementerio. Se ordenó su protección.
Magdalena Medio (Caldas y Puerto Berrio)	AI-020 de 2020	Decretó medida cautelar en relación con los lugares identificados en el cementerio Central de Nuestra Señora del Carmen de Norcasia (Caldas); en los cementerios San Agustín y San Diego de Samaná; y en los cementerios San Maximiliano María Kolbe y de la vereda Pradera de Victoria Caldas.
	AT-008 de 2020	Se ordenó al párroco de la parroquia La Dolorosa abstenerse de realizar exhumaciones de CNI y CINR.

La adopción de medidas cautelares colectivas

La sección de la JEP dedicada a Casos con Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad ha innovado en la comprensión de las medidas cautelares, en el sentido de no vincularlas, necesariamente, a un caso concreto. A lo largo de su jurisprudencia, la SAR ha considerado que existen varios bienes jurídicos cuya protección guarda una estrecha relación con la implementación del acuerdo de paz, tales como: (i) la información relacionada con el conflicto armado; (ii) los lugares donde se presume que existen cuerpos de personas dadas por desaparecidas (cementeros, fosas comunes, fincas, etcétera); (iii) la memoria histórica; y (iv) la vida e integridad personal de los comparecientes ante la JEP. Durante la pandemia, la SAR adoptó las siguientes decisiones:

LUGAR	AUTO	MEDIDA
Sucre	AI-013 de 2019	Presentó plan de acción de búsqueda en el que se expongan las acciones que considere necesarias para desarrollar la búsqueda de personas dadas por desaparecidas. Allegó a la JEP un informe detallado sobre la realización de cuatro exhumaciones realizadas en la finca La Alemania.
Dabeiba	AI-009 de 2020	Protección y preservación de la zona del cementerio Las Mercedes de Dabeiba.
Proyecto Hidroituango	AT 110 de 2020	Prohibición de exhumaciones e inhumaciones y traslados de cuerpos, en ocho zonas, por un lapso de ciento veinte días. Proteger, copiar y clasificar toda la información que se tenga o custodie la administración del JCU, permitiendo el acceso exclusivamente a los funcionarios de la UIA, del INMLCF y de la UBPD que sean asignados al presente trámite.
Comuna 13	AI-010 de 2020	Decreta el cerramiento y la prohibición de intervención de cualquier persona o el desarrollo de cualquier actividad en los sitios correspondientes al <i>Polígono nuevo</i> y la <i>zona de bajos cambios en la cobertura del suelo</i> .

Fuente: elaboración propia

En materia de protección de lugares donde se presume que yacen víctimas de desaparición forzada, la SAR adoptó medidas de diversa naturaleza: (i) prohibición de realizar exhumaciones y traslados de cuerpos. Encerramiento de determinadas partes los cementerios³⁵; (ii) cerramiento temporal de

laboratorios³⁶; (iii) prohibición de la expedición temporal de licencias de construcción³⁷; (iv) decreto de inspecciones judiciales a posibles lugares de inhumación de víctimas³⁸.

En el marco de la medida cautelar colectiva de protección de los antiguos integrantes de las FARC-EP, se adelantaron tres audiencias virtuales regionales ETCR³⁹, cada una con la participación de cerca de 100 personas; y se le ordenó mediante Auto AI-008 de 2 de julio de 2020 al Alto Comisionado para la Paz, en su condición de Secre-

35 La SAR ha ordenado la protección de ocho zonas del Jardín Cementerio Universal de Medellín; en la escombrera se ordenó el cerramiento de unos polígonos; en Dabeiba se prohibió realizar inhumaciones en tierra para proteger los sitios de interés forense; en el Copey (Cesar) se ordenó la suspensión inmediata de la manipulación, inhumación, exhumación y traslado de estructuras óseas existentes en el cementerio alterno; en Carmen de Bolívar se ordenó realizar un cerramiento de las tumbas o bóvedas que se encuentran con estructuras óseas expuestas; en Aguachica se ordenó detener el traslado de cuerpos del Cementerio de los Pobres hacia otros lugares.

36 El laboratorio de osteología de la Universidad de Antioquia

37 Algunas partes del antiguo cementerio de Yopal
38 Las zonas de influencia del proyecto de Hidroituango

39 Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación.

tario Técnico, que en un término no mayor a diez **días convocara** a la instancia de alto nivel del Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política (SISEP), para que realizara las gestiones que garantizaran la reglamentación y el pleno funcionamiento del Programa de Protección Integral para las y los integrantes del nuevo partido político que surja del tránsito de las FARC-EP a la actividad política legal, establecido en el artículo 12 del decreto 895 de 2017.

La primera audiencia regional ETCR se celebró virtualmente el 1 de junio de 2020 y tuvo como objetivo escuchar y profundizar en la construcción de un diagnóstico sobre los asesinatos perpetrados contra más de doscientos exintegrantes de las FARC-EP. La segunda audiencia fue sobre la región noroccidente del país, concretamente en relación con el ETCR Román Ruíz, Santa Lucía, Ituango, Antioquia, con enfoques de género y territorial, la cual se adelantó el 21 de julio de 2020, con Auto AT-087 del 26 de junio de 2020 y contó con la participación de la Procuraduría General de la Nación; la Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación; la Unidad Nacional de Protección; la Defensoría del Pueblo (delegada para la prevención de riesgos y sistema de alertas tempranas); la Fiscalía General de la Nación (Unidad Especial de Investigación para el Desmantelamiento de las Organizaciones Armadas); las autoridades territoriales, el gobernador del departamento de Antioquia, el alcalde y el personero del municipio de Ituango; los delegados de la sociedad civil ante la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad (CNGS); el Consejo Territorial de Paz de Antioquia y la Comisión de Impulso, Seguimiento y Verificación a la Implementación (en adelante CSIVI).

Finalmente, la tercera audiencia virtual se centró en la región oriental del país: ETCR Mariana Páez, La Guajira, Mesetas y Meta, con enfoque en nuevos asentamientos rurales (Auto AT-087 del 26 de junio de 2020), hecha el 12 de agosto de 2020 con los siguientes objetivos: (i) la construcción de un diagnóstico integral en materia de afectaciones y factores de riesgo que se ciernen sobre los integrantes del partido político FARC-EP, en especial, en la región del oriente; (ii) reconocer y profundizar los factores contextuales y fácticos que se relacionan con la afectación de los derechos fundamentales del colectivo de exintegrantes de las FARC-EP, en materia de garantías de seguridad en cada uno de los departamentos donde se asientan los proyectos comunitarios de los reincorporados; (iii) examinar la efectividad de las acciones proyectadas y ejecutadas por las diversas entidades estatales en materia de seguridad y frente a los ataques contra los integrantes del partido político FARC-EP en la región; y (iv) contar con los elementos de juicio necesarios para adoptar futuras medidas cautelares estructurales en la materia.

Dificultades de la JEP a lo largo de la crisis sanitaria

A lo largo de esta pandemia, si bien la JEP ha logrado seguir trabajando, sesionando, recibiendo informes, practicando diligencias de versiones voluntarias, tramitando acciones de tutelas y realizando audiencias virtuales, también es cierto que la justicia transicional ha tenido que asumir importantes retos relacionados con aspectos tecnológicos (conectividad a internet), con la imposibilidad de desplazarse a los territorios, con el



En relación con la conectividad, la realización de las versiones virtuales ha sido un reto para la JEP. A decir verdad, las disposiciones constitucionales e internacionales regulatorias de las garantías procesales fueron diseñadas en otros tiempos

acceso a los expedientes y las dificultades en materia de notificaciones en los centros carcelarios, entre otros.

En relación con la conectividad, la realización de las versiones virtuales ha sido un reto para la JEP. A decir verdad, las disposiciones constitucionales e internacionales regulatorias de las garantías procesales fueron diseñadas en otros tiempos, cuando ni siquiera existía internet, motivo por el cual es necesario repensar, por ejemplo, el ejercicio del derecho de defensa, la participación efectiva de las víctimas, y hasta los protocolos mismos de las audiencias. En la práctica, antes de adelantar una diligencia de versión virtual, el equipo de tecnologías de la información de la JEP adelanta pruebas de conectividad con los comparecientes, con sus abogados, con los representantes de las víctimas, con los delegados del Ministerio Público y los magistrados relatores. Todo esto para verificar que se cuente con las garantías necesarias para que la audiencia quede grabada y el compareciente rinda una versión libre y espontánea. Solo en algunos casos, excepcionales, no se han podido realizar las versiones voluntarias virtuales o han tenido que ser suspendidas debido a fallas técnicas

de conectividad ocasionadas, como, por ejemplo, fallas en el fluido eléctrico.

El paso de la presencialidad a la virtualidad, si bien ha constituido un desafío para la JEP, también se convirtió en una oportunidad. Así, por ejemplo, las audiencias virtuales realizadas por la SAR, con relación a la seguridad de los comparecientes de las FARC-EP, permiten escuchar sus preocupaciones de seguridad desde los territorios (Ituango, Mesetas, Putumayo, el Cauca, entre otros), lo cual hubiera sido imposible en un esquema tradicional. Otra dificultad, insuperable durante buena parte de las cuarentenas, fue la afectación del trabajo de los equipos forenses de la Unidad de Investigación y Acusación (en adelante UIA), por cuanto no podían desplazarse a los territorios a realizar sus labores de prospección y eventual de exhumación de cuerpos de víctimas de desaparición forzada. De igual manera, hubo retos en la realización de audiencias restaurativas, como las realizadas por la SAR con relación a los desaparecidos en la Comuna 13 de Medellín, la zona de influencia del proyecto de Hidroituango y los Montes de María (cementeros de San Onofre, Rincón del Mar y las fincas la Alemania y el Palmar), que difícilmente pueden llevarse a cabo de forma virtual. Sin duda, la voz de las víctimas debe ser escuchada en presencialidad, escuchando su dolor, sus aspiraciones y sus reclamos de justicia.

Conclusiones

La crisis sanitaria derivada del Covid-19 trastocó por completo la vida institucional, económica, política, familiar y personal en el planeta. Ninguna sociedad contemporánea estaba preparada para los confinamientos,

para la insuficiencia de los sistemas de salud, el cierre del comercio y de los centros educativos, la parálisis del transporte aéreo y terrestre y, por supuesto, para la imposibilidad de acceder a los tribunales y juzgados. Frente a la elevada incertidumbre, derivada de la prolongación de la crisis sanitaria y de la inexistencia de una vacuna, los sistemas de justicia en el mundo se han visto abocados a revisar si, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, existen herramientas normativas para adelantar trámites procesales por vía virtual.

Sin lugar a duda, la clásica figura de la *suspensión de términos* jamás fue pensada para hacerle frente a una crisis sanitaria mundial inédita. Ésta solo fue concebida como un medio para hacerle frente a situaciones de cierta forma previsibles, tales como el cierre temporal de un despacho por cambio de juez, el decreto de pruebas en sede de revisión de tutelas en la Corte Constitucional, entre otras.

Referencias

- Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, *et al.*, (2020). *Funcionamiento de la justicia en la pandemia por Covid-19*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Justicia Especial para la Paz. Acuerdo Órgano de Gobierno N.º 008 de 2020. (13 de marzo). *Por el cual se adoptan medidas temporales para contener el contagio y propagación del COVID-19, al interior de la Jurisdicción Especial para la Paz*.
- Justicia Especial para la Paz. Acuerdo Órgano de Gobierno N.º 009 de 2020. (16 de marzo). *Por el cual se suspenden audiencias y términos judiciales en la Jurisdicción Especial para la Paz*.

Justicia Especial para la Paz. Acuerdo Órgano de Gobierno N.º 014 de 2020. (13 de abril). *Por el cual se prórroga la suspensión de audiencias y términos judiciales en la Jurisdicción Especial para la Paz y se establecen unas excepciones*.

Justicia Especial para la Paz. Acuerdo Órgano de Gobierno N.º 036 de 2020. (31 de agosto). *Por el cual se dictan lineamientos de trabajo y desarrollo de actividades en la Jurisdicción Especial para la Paz en el marco del aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable*.

Justicia Especial para la Paz. Sala de Reconocimiento de la Verdad. (11 de septiembre de 2020). *Solicitud de información para foro Corporación Excelencia en la Justicia*.

Justicia Especial para la Paz. Acuerdo Órgano de Gobierno N.º 039 de 2020. (17 de septiembre). *Por el cual se dictan disposiciones especiales sobre el levantamiento de la suspensión de audiencias y términos judiciales en la JEP prevista en el Acuerdo AOG 014 de 2020*.

Organización de las Naciones Unidas. (22 de abril de 2020). *Experto de la ONU detalla medidas urgentes para que los sistemas de justicia no se paralicen por el COVID-19*. <https://www.ohchr.org/sp/News>

Organización de las Naciones Unidas. (22 de abril de 2020). *Emergencia del coronavirus: desafíos para la justicia*. <https://www.ohchr.org/>

Ministerio de Salud y Protección Social. (12 de marzo de 2020). Resolución número 385. *Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID 19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus*.



OBSTÁCULOS PANDÉMICOS EN PROTECCIÓN DE DERECHOS Y ACCESO A LA JUSTICIA DE LA JEP

HELBER NOGUERA SÁNCHEZ*

Resumen: El presente artículo se centra en los elementos constitutivos que permiten comprender la idea de un acceso a la justicia que cubija a toda la ciudadanía, entendiendo esto como parte de un derecho fundamental de las personas. En este sentido, exponemos una serie de observaciones sobre la justicia transicional, detallando las excepciones, los retos y las problemáticas a las que se enfrenta la Justicia Especial para la Paz (JEP), definiendo, de manera puntual, cómo se ha adaptado a los nuevos contextos nacionales, siempre teniendo en cuenta la protección de los derechos de los colombianos.

Palabras claves: Justicia, Derecho fundamental, Emergencia sanitaria, Administración, Observaciones, Víctimas, Informes electrónicos.

Abstract: This article focuses on the constitutive elements that allow us to understand the idea of access to justice that covers all citizens, understanding this as part of a fundamental right of people. In this sense, we present a series of observations on transitional justice, detailing the exceptions, challenges and problems faced by the Special Jurisdiction for Peace (in Spanish acronym JEP), defining, in a specific way, how it has adapted to the new national contexts, always taking into account the protection of the rights of Colombians.

Keywords: Justice, Fundamental law, Health emergency, Administration, Observations, Victims, Digital reports.

Introducción

El derecho al acceso a la justicia es un reto para toda democracia y Estado de derecho. El materializar la existencia de recursos idóneos y efectivos que permitan la exigibilidad de derechos constituye una exigencia fundamental para los Estados. Lo anterior se acentúa en contextos pandémicos, don-

* Abogado, docente e investigador. Candidato a Doctor en Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia y Magíster en Defensa de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario ante Organismos y Tribunales Internacionales.

de hay limitaciones a la libre circulación y en la presencialidad en los despachos judiciales, incluso de carácter transicional. El presente texto intenta identificar algunos retos generales que el contexto pandémico ha venido posicionando en el acceso a la administración de justicia, específicamente frente al quehacer de la Justicia Especial para la Paz (en adelante JEP).

El acceso a la justicia como derecho fundamental

El acceso a la justicia es el principio básico sobre el cual descansa el Estado de derecho: “[...] actúa como la llave que abre la puerta para la exigibilidad del goce de todos los derechos humanos de las personas, como el derecho a la libertad, a la salud, a la educación, al trabajo. (Gil, 2020). Con el ánimo de materializar y posibilitar el agenciamiento de las personas en el acceso a la justicia, los Estados tienen la obligación de proveer recursos idóneos y efectivos. En línea con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y con el relator especial de la ONU sobre la verdad, justicia y reparación, ninguna acción estatal ante el Covid-19 puede provocar impunidad sobre violaciones a los derechos humanos; infracciones al derecho internacional humanitario o crímenes de lesa humanidad, por lo que los Estados deben evaluar estas solicitudes con la mayor exigencia, respetando siempre el principio de proporcionalidad. (Guerrero, 2020).

Cabe resaltar que el aparato judicial tiene un rol cualificado en épocas de limitaciones o restricciones a derechos, y no

solo funge como contrapeso y equilibrio con los poderes públicos, sino que, a nivel estructural, también permite la aplicación de leyes de emergencia aprobadas por las autoridades nacionales, cuidadosamente supervisadas por el poder judicial. Estas respuestas a emergencias confrontarán los principios normales de la gobernabilidad democrática, los derechos humanos y el Estado de derecho (Matos, 2020). Por último, no debe pasarse por alto el papel de la judicatura frente a los vulnerables; pase lo que pase, los jueces continuarán al servicio de cada ciudadano toda vez que se deba decidir una medida urgente. Esto es particularmente aplicable en asuntos que involucran derechos fundamentales o la protección de los miembros más frágiles de nuestras comunidades, especialmente las personas mayores, pero también, por ejemplo, a las víctimas de violencia doméstica, fuertemente presionadas por el confinamiento de familias (Matos, 2020). Queda claro que el papel de la judicatura debe ser preferencial y con enfoque de acción sin daño frente a víctimas, comunidades indígenas, campesinas y afrodescendientes, población rural, personas mayores o mujeres.

Observaciones del acceso a la administración de justicia en medio de la emergencia sanitaria por pandemia

Son diversas las actuaciones, las oportunidades y los retos que ha venido afrontando la administración de justicia en época pandémica. A continuación, se enunciarán algunos que resaltan como avances (luces) y otros que hubieran podido ser diferentes (sombras):

Las luces:

- ✓ La pandemia ha actuado como un importante catalizador para poner en marcha procesos de modernización de los servicios de justicia (Gil, 2020).
- ✓ Asistencia jurídica gratuita.
- ✓ Celebración de mediaciones como medidas alternativas de resolución de conflictos por medios electrónicos.
- ✓ Realización de audiencias judiciales; presentación de escritos y notificaciones digitales en el proceso judicial.
- ✓ Profundización del uso de la aplicación *LegalApp* para la realización de consultas jurídicas desde el teléfono móvil.
- ✓ Flexibilización de algunas formalidades por Decreto 806. Vbr. la eliminación del requisito de presentación personal de los poderes. La radicación de la demanda y sus anexos a través de las direcciones de correo electrónico que el Consejo Superior de la Judicatura disponga para tal fin. El deber de las partes de contribuir con el adecuado desarrollo del proceso, aportando las piezas procesales que estén en su poder en los casos en los que el juez no cuente con el expediente físico. La habilitación de los funcionarios de los despachos para que establezcan contacto directo con los sujetos procesales, de manera que puedan definir las condiciones para la realización de las actuaciones virtuales en función de las posibilidades técnicas del despacho y de dichos sujetos. (Ministerio de Justicia, 2020).
- ✓ El emplazamiento por medios digitales.

Las sombras:

- ⇒ Conectividad.
- ⇒ La intermitencia y la comunicación no verbal pueden influenciar la intermediación de la prueba e incidir la resolución del caso.
- ⇒ Aumento masivo del volumen de trabajo por parte de los jueces (Crovo, 2020).
- ⇒ La interacción del trabajo con lo familiar, lo individual y lo doméstico. La incidencia de ello en la administración de justicia.
- ⇒ Carencia de espacios para la comunicación confidencial entre el acusado y su abogado (Crovo, 2020).
- ⇒ El escenario virtual no es imparcial como catalizador de controversias judiciales; para conseguir el boleto del triunfo en una audiencia digital es necesario, cuanto menos, un dispositivo tecnológico y una conexión con la capacidad suficiente para una videollamada estable, elementos que muchos ciudadanos todavía no tienen (Crovo, 2020).
- ⇒ En graves violaciones a los derechos humanos, los perpetradores que lograron ser condenados han visto en la emergencia sanitaria una oportunidad para perpetuar la impunidad. Varios de ellos han solicitado prisión domiciliar, aludiendo que por su edad son más vulnerables al coronavirus. (Guerrero, 2020).

Observaciones frente a la JEP

El panorama señalado tiene modulaciones y matices en lo que respecta a la JEP, comprendida como un aparato de justicia transicional para investigar, juzgar y sancionar en un contexto particular de conflicto armado, crímenes y graves violaciones a los derechos humanos. Lo primero es hacer algunas observaciones sobre las audiencias y las decisiones suspendidas. Se tuvieron que aplazar importantes procesos, como la audiencia sobre lugares con posibles víctimas de desaparición forzada en el departamento Caldas; el trabajo de campo antropológico en el sitio conocido como Hoyo Malo, ubicado en San Vicente de Chucurí, Santander; la identificación de cuerpos recuperados en sitios como el Cementerio Universal de Medellín y el laboratorio de osteología de la Universidad de Antioquia; además de la prospección y búsqueda masiva en la finca El Palmar, en Sucre, que sirvió como base paramilitar y lugar de inhumación (Hacemos Memoria, 2020). Las excepciones vigentes a la suspensión de términos y diligencias judiciales en la JEP son las siguientes:

- El trámite de hábeas corpus.
- La expedición de las providencias que, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, no requieren notificación y cuya comunicación se realiza por medios virtuales.
- La realización de diligencias judiciales y la expedición de providencias cuya notificación y trámite posterior pueden realizarse por medios

electrónicos. En estos casos, la sala o sección debe garantizar:

- Que todos los destinatarios y destinatarias de la providencia o de la diligencia la conozcan.
 - Que todos los destinatarios y destinatarias de la providencia o de la diligencia tengan la oportunidad de presentar y tramitar los recursos procedentes.
 - Que la providencia, una vez ejecutoriada, pueda cumplirse sin generar riesgo para la salud de ninguna persona.
 - Que la JEP pueda cumplir con las funciones de supervisión que le corresponden respecto al cumplimiento de la providencia.
- La expedición, comunicación y notificación por parte de la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) de:
 - Autos que acreditan víctimas.
 - Autos que dan traslado virtual de versiones voluntarias.
 - Autos que cancelan, aplazan o cambian la modalidad de las diligencias que habían sido convocadas antes de la suspensión de términos y audiencias (16 de marzo de 2020).
 - Autos por los que se requiere información o se remiten peticiones a órganos de la JEP o entidades públicas, que pueden responderse de forma virtual.

- Autos que resuelven solicitudes de medidas de protección.
 - Autos que le dan seguimiento a medidas de protección proferidas previamente.
 - Autos que decretan o prorrogan órdenes de policía judicial a la Unidad de Investigación y Acusación, que pueden cumplirse totalmente de forma virtual.
 - Autos que convocan a diligencias judiciales que pueden realizarse virtualmente sin comprometer los derechos de las partes e intervinientes.
- El envío electrónico de las boletas de libertad a los centros penitenciarios para quienes reciban beneficios provisionales o amnistía de *iure*.
 - El envío y la aceptación virtual de las actas de compromiso.
 - La remisión por competencia de los casos en que se otorgue el beneficio de libertad condicionada por parte de la SAI a la SRVR o a la SDSJ.
 - El trámite de todas las tutelas que sean radicadas por correo electrónico.
 - El trámite y decreto de medidas cautelares que pueda realizarse virtualmente y cumplirse sin generar riesgos.
 - La decisión sobre el beneficio de libertad condicionada por parte de la SAI, esto si cuenta con información suficiente para fallar, si la misma está digitalizada en los sistemas de información de la JEP o a

disposición de los funcionarios en los lugares donde se está haciendo trabajo en casa, y si el procedimiento no se encuentra en etapa de ampliación de información ni de práctica de pruebas.

- La decisión en materia de libertad por parte de la SDSJ, esto si cuenta con información suficiente para fallar, si la misma está digitalizada en los sistemas de información de la JEP o a disposición de los funcionarios en los lugares donde se está haciendo trabajo en casa, y si el procedimiento no se encuentra en etapa de ampliación de información ni de práctica de pruebas.

Todo esto, sin perder de vista el hecho de que la JEP trabaja a través de macrocasos, permite organizar (o limitar) las sesiones y la interacción del tribunal. Lo anterior se materializa, por ejemplo, en el hecho de que las víctimas acceden al tribunal a través de organizaciones que, durante la emergencia sanitaria, se han podido acreditar.

Algunos retos para la garantía de la participación efectiva de las víctimas en el contexto de la crisis sanitaria

De acuerdo a las observaciones que periódicamente hace la Comisión Colombiana de Juristas, se pueden identificar como retos, los siguientes.

La brecha digital

- No puede desconocerse que la justicia digital no está al alcance

de todas las víctimas, existiendo una amplia brecha que las afecta de distintas maneras.

- Las víctimas están ubicadas en distintos lugares.
- Contar con equipos de comunicación y redes de internet para participar en las audiencias de versiones voluntarias; recibir los traslados de versiones voluntarias o presentar las observaciones a éstas a través de medios electrónicos.
- Condiciones de calidad de las comunicaciones para sostenerlas de forma prolongada o para enviar o descargar archivos necesarios para garantizar la participación.
- Dificulta la comunicación de las víctimas con la JEP y también con sus representantes, pudiendo afectar la presentación de las observaciones a las versiones voluntarias o la participación en las mismas.
- Dificultades para recibir las notificaciones. Hasta este momento, no se han surtido debidamente las notificaciones en todos los procedimientos. Se han identificado casos donde no se han notificado debidamente a las víctimas los hechos como el sometimiento y la concesión de beneficios provisionales a terceros y agentes del Estado no integrantes de la fuerza pública.
- Las víctimas no logran acceder a la atención psicosocial a través de medios digitales de forma oportu-

na antes, durante o después de las diligencias judiciales.

La falta de condiciones de seguridad

- Algunas víctimas no cuentan con espacios seguros para participar en las diligencias como, por ejemplo, acceder a las versiones voluntarias o escuchar las audiencias.
- Se requieren condiciones de seguridad informática que mantengan segura la información de las víctimas y de los procedimientos.
- Las víctimas deben tener acceso a un lugar seguro y privado, si así lo deciden, al momento de escuchar o revisar las audiencias, diligencias o versiones trasladadas.

“
Algunas víctimas no cuentan con espacios seguros para participar en las diligencias como, por ejemplo, acceder a las versiones voluntarias o escuchar las audiencias.
”

La falta de condiciones de confidencialidad e intimidad

- Muchas víctimas, en ejercicio de su derecho a la intimidad, no desean que se conozcan los hechos victimizantes que sufrieron.
- Se suma la carencia del servicio de internet y de equipo tecnológico, así como del dinero para costearlos; el control territorial de grupos armados ilegales; la falta de un espacio seguro para participar; las condiciones de vulnerabilidad, etc.

La entrega de informes a través de medios electrónicos

Los actos de entrega de informes a la JEP pueden realizarse de distintas formas: en los territorios o en su sede, de forma oral o escrita, con adecuación simbólica de los espacios o con participación amplia y directa de las víctimas, etc. Por lo anterior, la JEP ha considerado que, en algunos casos, las entregas de informes pueden constituir actos de reparación temprana. A raíz de la crisis sanitaria, muchas de estas entregas han empezado a realizarse de manera virtual, pues la única alternativa sería postergarlas de forma indefinida. Al respecto vale la pena considerar que, al realizarse a través de medios electrónicos, los actos de entrega de informes pueden perder o reducir su carácter reparador; además, la comunicación con las organizaciones acompañantes también puede dificultarse, especialmente si están en territorios diferentes. Lo *simbólico* de la presencia de la JEP, más allá de la presentación de in-

formes, se encuentra en que materializa la presencia del Estado y del tribunal donde solo ha existido el conflicto.

La imposibilidad de continuar construyendo informes

Las medidas de aislamiento y de prevención han dificultado las labores de investigación, especialmente el trabajo de campo orientado a la recolección de información, la documentación de casos y la validación de los informes.

Retos políticos

Más allá de lo estrictamente normativo (sustancial o procedimental) uno de los retos más significativos por los que pasa el acceso a la justicia en época de pandemia es el contexto político respecto de la JEP. Aquí se enunciarán algunos de estos retos:

- ⇒ Propuestas de eliminación del tribunal por parte del partido político del gobierno nacional.
- ⇒ Manifestaciones públicas de varios líderes políticos del uribismo criticando a la embajadora de la Unión Europea por su posición sobre la JEP
- ⇒ Disminución de presupuesto para la protección de las víctimas, testigos e intervinientes, y de su funcionamiento en 30 mil millones de pesos.
- ⇒ Ataques mediáticos por contratación de abogados. Véase *El Expediente* (2020). En contraste, las manifestaciones de apoyo a la JEP,

como la de *Le pido al país que deje trabajar a la JEP en paz*, por parte del procurador general Fernando Carrillo.

⇒ Conflicto de competencias con Corte Suprema de Justicia. Caso Salvador Arana Sus.

Referencias

- El Expediente. (2020). La JEP derrochó \$4.930 millones en medio de la pandemia para pagarle los abogados a las FARC. <https://elexpediente.co/la-jep-derrocho-4-930-millones-en-medio-de-la-pandemia-para-pagarle-los-abogados-a-las-farc-especial-coronavirus/>
- Comisión Colombiana de Juristas. (2020). *Boletín # 17. La participación de las víctimas en la JEP durante la emergencia sanitaria por el covid-19*. https://www.coljuristas.org/observatorio_jep/documentos/documento.php?id=159
- Crovo, A. (2020). *Acceso a la justicia en tiempos de COVID 19*. <http://www.centroisur.co/blog/acceso-a-la-justicia-en-tiempos-de-covid-19/>
- Gil, E. (2020). *Cómo garantizar el acceso a la Justicia en tiempos de COVID-19*.

<https://www.somosiberoamerica.org/tribunas/acceso-a-la-justicia-garantias-de-su-aplicacion-en-tiempos-de-covid-19/>

- Guerrero, E. (2020). La búsqueda de verdad y justicia en medio de la pandemia. <https://www.cejil.org/es/busqueda-verdad-y-justicia-medio-pandemia>
- Hacemos memoria. (2020). *Casos sobre desaparición en la JEP: entre la pandemia y la desidia institucional*. <http://hacemosmemoria.org/2020/08/27/casos-sobre-desaparicion-en-la-jep-entre-la-pandemia-y-la-desidia-institucional/>
- Matos, J. (2020). *Acceso a la justicia en tiempos de cuarentena*. <https://www.unodc.org/dohadecaration/es/news/2020/03/access-to-justice-in-times-of-judicial-lockdown.html>
- Ministerio de justicia de Colombia. (2020). *El Decreto 806 facilita el acceso a la justicia a través de medios virtuales y agiliza los procesos judiciales en medio de la pandemia*. <http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/el-decreto-806-facilita-el-acceso-a-la-justicia-a-través-de-medios-virtuales-y-agiliza-los-procesos-judiciales-en-medio-de-la-pandemia>



LAS VÍCTIMAS EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ:

LA PARTICIPACIÓN COMO MECANISMO DE ACCESO A LA JUSTICIA

HEYDER ALFONSO CAMELO* Y ANA CRISTINA PORTILLA BENAVIDES**

Resumen: El conflicto armado colombiano ha dejado más de nueve millones de víctimas a lo largo de cinco décadas. A pesar de la magnitud de los hechos, las víctimas no han tenido un lugar protagónico que dé cuenta de la garantía de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. En Colombia, a partir de la ley 975 de 2005, inicia un reconocimiento débil, incluso tímido, de las víctimas de la guerra. Posteriormente, la ley 1448 de 2011 profundizó en sus

reconocimientos. Resultado del acuerdo de paz pactado entre el gobierno nacional y las FARC-EP, se constituye un entramado institucional que busca el reconocimiento de las víctimas a través de mecanismos propios de la justicia transicional. Este escrito se centra en los mecanismos de participación que tienen las víctimas dispuestos en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), particularmente en lo que ha venido estableciendo la Sala de Reconocimiento de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (SRVR) y la Sección de Apelación (SA), teniendo en cuenta que esta sala adelanta la construcción dialógica de la verdad utilizando como referentes los informes presentados por las víctimas, que pueden considerarse como un instrumentos esenciales de su participación, frente a lo cual se han desarrollado aspectos de la participación que reflejan la manera en que estos informes se traducen en vías institucionales de acceso a la justicia.

Palabras clave: Acceso a la justicia, Víctimas, Justicia transicional, Conflicto armado, Participación.

* Magíster en Derechos Humanos. Candidato a doctor en Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de la Universidad Santo Tomás. Sus áreas de trabajo giran en torno a la construcción de Estado y a la justicia local en Colombia; dinámicas de la violencia en el marco del conflicto armado colombiano, y escenarios de posconflicto en Colombia y Centroamérica. Consultor de organizaciones sociales nacionales y de agencias de cooperación internacional. heyderalfonso@usantotomas.edu.co

** Docente de la Maestría en Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Universidad Santo Tomás. anaportilla@usantotomas.edu.co

Abstract: The Colombian armed conflict has left more than nine million victims over five decades. Despite the magnitude of the events, the victims have not had a leading role that accounts for the guarantee of their rights to truth, justice and reparation. In Colombia, starting with Law 975 of 2005, a weak, even timid, recognition of the victims of the war began. Subsequently, Law 1448 of 2011 deepened its recognitions. As a result of the peace agreement agreed between the national government and the FARC-EP, an institutional framework is constituted that seeks the recognition of the victims through the mechanisms of transitional justice. This writing focuses on the participation mechanisms that the victims have provided in the Special Jurisdiction for Peace (in Spanish acronym JEP), particularly in what has been established by the Chamber for Acknowledgment of Responsibility and Determination of Facts and Conducts (in Spanish acronym SRVR) and the Appeals Section (in Spanish acronym SA), taking into account that this chamber advances the dialogic construction of the truth using as references the reports presented by the victims, which can be considered as essential instruments of their participation, against which aspects have been developed of participation that reflect the way in which these reports are translated into institutional channels of access to justice.

Keywords: Access to justice, Victims, Transitional justice, Armed conflict, Participation.

Introducción

El conflicto armado colombiano se ha caracterizado por su larga duración y por la baja intensidad en sus acciones bélicas, aunque se hayan presentado repuntes violentos, como a mediados de la década del 1990 y principios del 2000. Este conflicto se caracteriza por el impacto humanitario que ha dejado, pues, de acuerdo al Centro Nacional de Memoria Histórica, entre los años 1958 y 2012 hubo al menos 220.000 personas muertas (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013). Lo interesante de esto es que, a pesar de tener un número elevado de víctimas durante más de cinco décadas, y de haberse buscado el fin de la guerra a través de acuerdos de paz en por lo menos nueve ocasiones (López, 2016), las discusiones en torno a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, son relativamente recientes.

A través de la Ley 975 de 2005, por medio de la cual se negoció la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia, las víctimas comenzaron a tener espacio en el debate público en torno a sus derechos, a pesar de las limitaciones inherentes que comportaba esta ley. Luego de ello, la Ley 1448 de 2011 hizo de las víctimas su eje. En esta ley, los derechos de las víctimas y la reparación a los daños sufridos orientaron el trabajo institucional de la creada Unidad para la Atención y Reparación Integral de Víctimas; podría decirse que por primera vez en el país las víctimas eran las protagonistas. Sin embargo, es hasta la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante SIVJRNR), resultado del acuerdo de paz logrado entre

el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), cuando se constituye una institucionalidad encargada de garantizar, de manera integral, los derechos de las víctimas.

Dentro del SIVJRNR se encuentra la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP), un tribunal en el marco de la justicia transicional que está encargado de juzgar los crímenes cometidos por los actores armados a lo largo de la guerra en Colombia. En este tribunal la justicia y la verdad son centrales, en aras de la satisfacción de las víctimas, entendiendo que, además de una verdad judicial, es necesaria la participación, orientada a la dignificación, de aquellas personas que sufrieron los impactos de la violencia. Dentro del entramado institucional de la JEP dispuesto para garantizar la participación de las víctimas, está la presentación de informes de los hechos que impactaron a la población civil de todo el país. Justamente allí, en estos informes, se encuentran consignadas las expectativas de justicia que, desde la experiencia de la violencia, tienen las víctimas. Este trabajo indaga la manera en que estos informes se traducen en un mecanismo de acceso a la justicia para las víctimas, en aras de allanar el camino en la búsqueda de la justicia y la verdad.

Acerca de la justicia transicional

La justicia transicional, en términos generales, ha tenido tres grandes momentos con relación a su desarrollo como categoría analítica. El primero de ellos se encuentra al final de la Segunda Guerra Mundial. En este período, la justicia apli-

cada revistió unas características que se asocian principalmente a los Juicios de Nuremberg y a los Juicios de Tokio, donde, de acuerdo a Teitel (2003), se implementó una justicia cuyo objetivo era delinear la guerra injusta y demarcar los parámetros de un castigo justificable impuesto por la comunidad internacional. Dentro de este marco, la justicia nacional de los países derrotados fue desplazada por un tipo de justicia internacional —que hizo recordar los errores del fin de la I Guerra Mundial— donde el castigo se imponía a todo el país a través de elevadas multas que afectaban a la población en general. Así, las sanciones se aplicaban más allá del Estado, implicando directamente al individuo (Teitel, 2003. p. 5). De esta forma se brindó respuesta legal a hechos atroces desde el derecho de los conflictos armados.

El segundo momento se enmarca al final de la Guerra Fría, donde luego del enfrentamiento de las dos potencias mundiales de entonces —la Unión Soviética y los Estados Unidos—, la primera desaparece, y así, también lo hace el soporte ideológico de una serie de grupos que se encontraban en armas (sin querer reducir o simplificar este fenómeno, pero también por ausencia de espacio). Se iniciaron, pues, a partir de este hecho, una serie de transiciones como resultado del fin de conflictos activos alrededor del mundo, en especial en América Latina, pero también en la región de Europa del Este. Al mismo tiempo, una segunda consecuencia resultó del 11 de septiembre de 1990, cuando el presidente de los Estados Unidos, George Bush, declaró ante el congreso de su nación el inicio del *nuevo or-*

den mundial, donde se reconfigurarían los poderes hegemónicos a nivel global. Un ejemplo claro de esta política es la intervención a Somalia en 1992, donde se consolida el derecho de injerencia.

A lo largo de este segundo momento primó el sentido pragmático de la justicia por superar los pasados conflictivos. Se reconocieron las dificultades en torno a la aplicación de la justicia, más aún en democracias débiles que recién salían de regímenes autoritarios o de conflictos armados internos. Este escenario tuvo un peso significativo frente a las determinaciones que se tomaron, en particular, al momento de renunciar a los procesos penales por métodos alternativos para el esclarecimiento de la verdad y el establecimiento de responsabilidades en los hechos (Teitel, 2003. p. 10). El concepto de justicia, aplicado en estas transiciones, superó el enfoque retributivo y se centró en realizar concesiones cruciales sobre el Estado de derecho. En otras palabras, la justicia aplicada fue contextualizada y aplicada al orden nacional. La aplicación de este enfoque presenta tres tensiones que deben ser tenidas en cuenta:

1. La primera tensión gira en torno a la verdad y la justicia. En el modelo aplicado en esta etapa prima el componente restaurativo. Donde el propósito principal de la justicia transicional fue construir una historia alternativa de los abusos del pasado, emergió una dicotomía entre verdad y justicia. Durante este período se evitaron los enjuiciamientos para, en cambio, concentrarse en un nuevo mecanismo ins-

titucional: *las comisiones de verdad*. Se presentan como la posibilidad de una construcción histórica amplia, más allá de los juicios, colaborando con el propósito de mantener la paz.

2. La segunda tensión se centró entre la justicia y la paz. Aquí desempeñó un papel relevante el perdón y la reconciliación, puesto que el enfoque desbordaba las competencias del derecho. El perdón fue la contrapartida de la petición política de disculpas.

3. La última tensión se podría denominar como la justicia transicional de fin de siglo y el transcurso del tiempo. El uso reiterativo del adjetivo *transicional* ha devenido en un imaginario en el cual toda justicia se dirige hacia el pasado. Este contexto trajo persistentes llamados a pedir disculpas, realizar reparaciones, publicar memorias, y todo tipo de ajuste de cuentas relacionadas con crímenes y sufrimientos pasados (Teitel, 2003. p. 18). Lo fundamental es que la justicia transicional implica un tratamiento no lineal de la dimensión temporal. Este fenómeno se refleja en acciones legales que frecuentemente adoptan la forma de demandas y litigios postergados, para extender la esfera de acción de la justicia transicional hacia el litigio caso a caso.

El último momento de la justicia transicional se refiere a su estado estable. Un estado en el cual se ha expandido el discurso de la justicia transicional como resultado de la ampliación del derecho de la guerra, sustentado en la penetración en todos los

campos del sistema humanitario para hacer frente a los desafíos que trae la conflictividad contemporánea; por ejemplo: el terrorismo. Con esto, emerge entonces una tensión dinámica entre la fragmentación propia de distintas sentencias y el potencial de jurisdicción universal asociado a la justicia transicional, y el intento de centralizar en la CPI la función de establecer responsabilidades (Teitel, 2003. p. 23).

En esta nueva etapa logra percibirse un lenguaje encaminado a la constitución de una moralidad universal que impregna el discurso de la justicia transicional. Ante los escenarios de confrontación y los contextos políticos en los que se desarrolla, existe una tensión evidente del uso conceptual implementado, y por esto se hace necesario generar mecanismos que evidencien los contextos de normalidad frente a los de transición. Pero, entonces, ¿qué es la justicia transicional? La justicia transicional es aquella medida que implementan los países que han hecho frente a graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos. Esta justicia se caracteriza por ser aplicada cuando un país realiza una transición de un régimen autoritario a uno democrático, o de un estado de guerra a uno de paz. Terry Karl (1990) sostiene, con base en un estudio de los procesos de democratización en América Latina, que estas transiciones pueden ser caracterizadas como sencillas o dobles. Las transiciones sencillas son aquellos procesos llevados por países que pasan del autoritarismo a la democracia. Las dobles, por otra parte, se caracterizan por desarrollarse en países que realizan una transición de un estado de guerra a uno de paz; pero

este proceso no se concreta con el hecho de terminar las confrontaciones, sino que también, dado que una de las partes en confrontación es el gobierno de turno, se debe realizar un proceso de profundización de la democracia posterior al fin de los actos de violencia.

Los elementos que constituyen el núcleo de la justicia transicional: “[...] incluyen la justicia penal, el esclarecimiento de la verdad, la reparación a las víctimas, y las reformas institucionales, especialmente aquellas tendientes a “depurar” los servicios de seguridad” (De Greiff, p. 1). Estos elementos deben ser comprendidos en conjunto y no como engranajes autónomos que, de acuerdo a la situación, deban ser aplicados o no. Por tanto, la integralidad de la justicia transicional da cuenta de la manera en que dichos elementos se interrelacionan conceptualmente, además de complementarse en sus debilidades durante la práctica.

El fin último de las medidas es contribuir a la justicia. Esta contribución puede verse reflejada en los fines inmediatos, mediatos y últimos, determinados por la *suficiencia o insuficiencia causal* para lograr el efecto en cuestión. Los fines inmediatos de la justicia transicional son aquellos que pueden producirse mediante la implementación de una medida particular, mientras que los mediatos requieren más intervención. Tanto las medidas de la justicia transicional como los fines señalados se interrelacionan para compartir “[...] dos fines mediatos y un objetivo final: cada una de ellas tiene como fin mediato darles *reconocimiento* a las víctimas, promover

la *confianza cívica*, y fortalecer la *norma de derecho democrática*" (De Greiff, p. 3). En este sentido, el reconocimiento a las víctimas pasa no solo por la visibilidad, en muchos casos negada, en la esfera pública de su condición y de su sufrimiento, sino también por restaurar su estatus de ciudadano con plenos derechos. La promoción de la confianza cívica responde al elemento fundamental del contrato social, en cuanto asumimos que el actuar del otro se encuentra sustentado en determinados principios que fijan sus acciones. Por último, la norma democrática se explica desde la posibilidad de participar que tienen las víctimas en los procesos transicionales.

En este marco de reconocimiento de las víctimas, Colombia ha tenido una experiencia reciente en aras de la superación de la violencia del conflicto armado. De hecho, podría decirse que, en lo corrido del siglo XXI, ha sido Colombia, y particularmente las víctimas, quienes han irrumpido en la esfera pública, y reconociéndoles paulatinamente sus derechos. Antes del acuerdo de paz de La Habana, en el país se implementaron dos marcos normativos transicionales que, de una u otra forma, reconocían la existencia de las víctimas en el país. El primero de ellos vino con la expedición de la Ley 975 de 2005, mejor conocida como Ley de Justicia y Paz, que se formuló con el objetivo de lograr la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y con una pobre y limitada participación de las víctimas. Posteriormente, la Ley 1448 de 2001, la Ley de Víctimas, puso en el centro de sus preocupaciones a las víctimas del con-

flicto armado, reconociéndolas y estipulando una serie de medidas orientadas a la reparación integral por los daños causados como resultado del conflicto armado.

Lo relevante del acuerdo de paz de La Habana del año 2016, es que estructuró un sistema que pretendía realizar un abordaje holístico de la justicia transicional, donde no solo se reconocieran a las víctimas, sino que también se pudiera ofrecer la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Brindó, por tanto, justicia, en un país donde el acceso a la misma se encuentra en serias dificultades. Veamos un poco el panorama.

Acerca del acceso a la justicia

Al hablar de acceso a la justicia se hace referencia al: "[...] derecho de toda persona o grupo de personas, sin discriminación alguna, a que existan mecanismos adecuados y sencillos del sistema de justicia para la resolución de necesidades jurídicas, y sobre las cuales se adopte una decisión mínimamente satisfactoria, oportuna y a la que se le dé cumplimiento (Uprimny, et. al., 2014, p. 31). Así, al hablar del acceso de todo ciudadano a la justicia, se plantea la existencia de mecanismos institucionales, formales o no formales, que permitan tramitar las necesidades jurídicas buscando que haya algún tipo de conformidad con el resultado obtenido. La idea que subyace a estos postulados gira en torno a dos requerimientos, por un lado, a que existan las posibilidades institucionales para acceder a un mecanismo; por el otro, a que dicho mecanismo funcione para tramitar la necesidad jurídica de las personas.

En Colombia han sido históricas las barreras de acceso a este derecho, y lamentablemente la guerra ha profundizado las dificultades para que las personas puedan conocer mecanismos efectivos para resolver sus disputas. Alfonso (2020) muestra que los problemas en la justicia han sido históricos, lo que implica por lo menos dos retos para mejorar la oferta institucional de la que dispone el Estado. El primero de ellos hace referencia a la manera en que el Estado, a través de su institucionalidad, puede llegar a las zonas rurales, garantizando una articulación efectiva en la oferta institucional para satisfacer las necesidades de la ciudadanía; para esto, la articulación debe tener en cuenta las instituciones de carácter nacional y los operadores departamentales y nacionales. El segundo reto está relacionado con el reconocimiento de la conflictividad y la violencia desplegada en los territorios, lo que directamente puede afectar la posibilidad de acceder a los servicios institucionales dispuestos por el Estado.

La pregunta que surge de esto es: ¿qué pasa con las víctimas del conflicto armado? Ante las dificultades que ha caracterizado al derecho el acceso a la justicia en el país, las víctimas han tenido que enfrentar dificultades no solo para acceder a la justicia, sino incluso para ser reconocidas como tales. El acuerdo de paz de La Habana creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), por medio del cual las víctimas podrían acceder a la justicia en aras de ser reconocidas y obtener la verdad y el reconocimiento por los hechos que padecieron. En este sentido, vale la pena

conocer la JEP, y analizar con qué mecanismos cuenta para garantizar el acceso a la justicia por parte de las víctimas.

Acerca de la Jurisdicción Especial para la Paz

La JEP tiene un mandato legal que le impone garantizar la participación integral de las víctimas en sus actuaciones judiciales bajo principios rectores como la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación, el principio pro víctima, la acción sin daño y la protección de las víctimas. La JEP ha sostenido que las víctimas tienen derecho a participar en los procesos que adelanta (JEP, Auto 080 de 28 de mayo de 2019, párr. 61), con fundamento en la función constitucional de establecer la verdad sobre los hechos del conflicto armado entre el Estado colombiano y las FARC-EP, y como garantía de los demás derechos que están en juego a través de las actuaciones (JEP, Sentencia No. 01 de 3 de abril de 2019, párr. 64)

Bajo esta perspectiva, en adelante presentaremos los procedimientos y el alcance de la participación de las víctimas que han establecido la Sala de Reconocimiento y la Sección de Apelación de la JEP con su jurisprudencia, en la que se dota de contenido aspectos de la participación de las víctimas con la intención de hacerla viable en el proceso de construcción dialógica de la verdad. Se describirá de manera sucinta los hallazgos más importantes en materia de: (i) los requisitos que deben cumplir para acreditar su condición de víctimas; (ii) su calidad de intervinientes especiales; y (iii) las facultades que les

concede la participación en los trámites ante la JEP.

Acreditación de la condición de víctima

Según la jurisprudencia de la Sala de Reconocimiento, el Artículo 3° de la Ley 1922 de 2018 exige la verificación de los siguientes requisitos para acreditar la condición de víctima ante la JEP:

[...] (i) manifestación por parte de la víctima de su calidad y de su voluntad de participar en las actuaciones ante la JEP, después de la recepción de un caso o grupo de casos por parte de la Sala o Sección respectiva o una vez la Sala de Reconocimiento contraste los informes, (ii) presentación de prueba siquiera sumaria de su condición y (iii) la presentación de un relato de las razones por las cuales se considera víctima, especificando al menos la época y el lugar de los hechos victimizantes. (JEP, Auto de 7 de diciembre de 2018, párr. 5; Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 12)

La voluntad de la víctima de participar en las actuaciones que se surten ante la JEP puede presentarse oralmente, por ejemplo, durante la entrega de informes, o deducirse del poder conferido por ella a su abogado para actuar en su nombre y representación (JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 13-14). La determinación de la condición de víctima se rige por el principio de libertad probatoria y se debe establecer a través de prueba sumaria. En otras palabras, de un medio de convicción que le permita al juez:

“[...] determinar con certeza el hecho que se quiere probar tal y como ocurriría con la prueba plena, con la diferencia de que esta no tendrá que haber sido sometida a contradicción” (JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 16-20). La víctima directa debe aportar prueba del hecho dañoso. La víctima indirecta debe ofrecer pruebas concurrentes (JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 21) sobre: “(A) la existencia del hecho que originó su victimización y, (B) el vínculo existente entre la víctima que sufrió la afectación personal de manera directa y la víctima solicitante de la acreditación”. (JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 16-20). El hecho victimizante puede probarse, entre otros, a través de los siguientes medios:

[...] el relato de las razones por las cuales se considera víctima, especificando al menos la época y el lugar de los hechos victimizantes (...), de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 1922 de 2018; (ii) recorte de prensa, informe de institución estatal, intergubernamental o no gubernamental o pieza procesal que demuestre que el hecho referenciado en su solicitud existió, tomando en cuenta el principio de libertad probatoria; y (iii) los informes presentados ante la Sala y sus anexos. La SRVR valorará los relatos presentados siempre velando porque no se le impongan a la víctima exigencias probatorias innecesarias (JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 20)

El vínculo existente entre la víctima directa y el/la solicitante de acreditación

puede demostrarse, entre otros medios, a través de:

[...] copia simple de registros civiles de nacimiento de la víctima directa o del solicitante (cuando se desee probar parentesco por consanguinidad); copia simple de declaración extrajuicio donde conste la calidad de compañera permanente (cuando se desee probar parentesco por afinidad) o pieza procesal que acredite este vínculo; en el caso de las personas nacidas antes de 1936, la prueba de la fe de bautismo; declaración extrajuicio cuando se trate de algún dependiente de la persona que sufrió la afectación de manera directa. (JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 20)

Al evaluar el cumplimiento de estos requisitos, la JEP debe observar el principio pro víctima, el debido proceso, la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo y el principio de legalidad (JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 22). Así, por ejemplo, la Sala de Reconocimiento admitió la demostración previa de la calidad de víctimas del Caso No. 003 ante la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, a través de: “[...] documentos, expedientes, y otras pruebas sumarias que fueron allegadas, que indican la proximidad del vínculo familiar de quienes solicitaron la acreditación de su calidad víctimas, así como las circunstancias particulares que indican la existencia de una relación entre ellas” (JEP, Auto de 7 de diciembre de 2018, párr. 12). Además, la Sala de Reconocimiento podrá acreditar como víctima a quien haya sido

reconocida como tal en otro proceso judicial y tendrá que atenerse a su inclusión en el Registro Único de Víctimas (JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 22-24).

La Sala de Reconocimiento ha considerado pertinente adelantar un trámite incidental de acreditación de la condición de víctimas de varias personas que acudieron al Caso No. 003, con miras a obtener verdad y reparación. En este contexto, ha ordenado la conducción de “[...] acciones pedagógicas y dialogicas [sic] con las víctimas y sus representantes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 1922 de 2018” (JEP, Auto de 3 de octubre de 2018, párr. 8).

Calidad de intervinientes especiales de las víctimas

Una vez se han comprobado los requisitos mencionados, las víctimas adquieren la calidad de intervinientes especiales (JEP, Auto de 7 de diciembre de 2018, párr. 14; Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 6, 34): “[...] garantizando así que tendrá las facultades necesarias para participar de manera efectiva en las actuaciones de la JEP” (JEP, Auto de 3 de octubre de 2018, párr. 6). Por consiguiente: “[...] la acreditación de la condición de víctima ante la JEP, además de ser un derecho establecido en la Ley, es un mecanismo para garantizar y materializar otros derechos” (JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 7). Esto impone a todos los órganos de la JEP el: “[...] deber de [...] garantizar su participación de manera efectiva en las diferentes actuaciones de las Salas y Secciones que conocen de estos hechos”

(JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 9, 34). Las partes e intervinientes ante la JEP pueden recurrir la decisión que acredita la condición de víctima y apelar aquella que no la reconozca (párr. 10).

Facultades concedidas a las víctimas

La Sala de Reconocimiento ha dado cuenta que la calidad de intervinientes especiales les concede a las víctimas los derechos a: (i) presentar informes, (ii) ser oídas en los supuestos de priorización y selección de casos (párr. 31), (iii) aportar pruebas y, con posterioridad a la recepción de versiones voluntarias, presentar observaciones a estas y recibir copia del expediente, (iv) asistir a la audiencia pública de reconocimiento y dentro de los 15 días hábiles posteriores, presentar observaciones finales escritas sobre todos los aspectos concernientes a la resolución de conclusiones, (v) presentar observaciones en relación con los proyectos restaurativos presentados por la persona compareciente, y (vi) las víctimas de violencia basada en género, incluyendo aquellas de violencia sexual, tienen derecho a no ser confrontadas con su agresor (JEP, Auto de 7 de diciembre de 2018, párr. 8; Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 31). Todo esto: “[...] sin perjuicio de los otros derechos que surjan para las víctimas una vez la Ley Estatutaria de la JEP entre en vigencia” (JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 31).

No obstante: “[...] el alcance y derechos específicos del interviniente especial deberán corresponder con la etapa procesal en la que se encuentre el caso y el órga-

no de la Jurisdicción ante el que la víctima desee participar” (JEP, Auto de 7 de diciembre de 2018, párr. 7, 15; Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 8, 29, 35). Además: “[...] la racionalización de la intervención y participación de las víctimas tendrá en cuenta las diferencias existentes entre casos nacionales, territoriales y de otra índole que sean abiertos por la Sala de Reconocimiento” (JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 29). En consecuencia, la postura original de la Sala de Reconocimiento era que las víctimas tenían derecho a: “[...] conocer el contenido de [las] versiones voluntarias” (JEP, Auto de 7 de diciembre de 2018, párr. 22). Para ello: “[...] las víctimas acreditadas a través de sus representantes o directamente [debían] solicitar expresamente la o las versiones que quieren que les sean trasladadas” (JEP, Auto de 7 de diciembre de 2018, párr. 29; Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 47) Las versiones voluntarias eran puestas a disposición de las víctimas (JEP, Auto de 7 de diciembre de 2018, párr. 21 y 25; Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 41) de manera progresiva. (JEP, Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 44). Una vez recibidas, las víctimas podían presentar observaciones a su contenido: “[...] de manera verbal en audiencia pública o escrita una vez les sean trasladadas”. (JEP, Auto de 7 de diciembre de 2018, párr. 19, 27; Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 46; Auto 080 de 28 de mayo de 2019, párr. 50). Esta facultad cobijaba la posibilidad de:

[...] sugerir aspectos y/o preguntas particulares a la Sala de Reconocimiento para que, en el marco de sus com-

petencias, evalúe si es pertinente o no incluirlas en las siguientes versiones que tendrán lugar [...] sin perjuicio, de la autonomía de la Sala en el diseño y puesta en marcha de las mencionadas versiones voluntarias. (JEP, Auto de 7 de diciembre de 2018, Párr. 26; Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 45)

Además, la Sala de Reconocimiento garantizaba: “[...] la intimidad de las personas afectadas, la seguridad de los comparecientes y el debido desarrollo de las actividades investigativas pertinentes por parte de la Sala de Reconocimiento” (JEP, Auto de 7 de diciembre de 2018, párr. 23) a través de la asignación de carácter reservado a estos documentos. Asimismo, ofrecía: “[...] espacios de traslado de las versiones en los que se preste el acompañamiento jurídico y psicosocial para las víctimas que así lo requieran” (JEP, Auto de 7 de diciembre de 2018, párr. 29; Auto de 6 de febrero de 2019, párr. 47).

Con ocasión de un recurso interpuesto por varios representantes de víctimas en el Caso No. 003⁴⁰, la Sala de Reconocimiento consideró que era necesario establecer “[...] momentos y escenarios diferenciados que garanticen el derecho a la participación, a la vez que prevengan cualquier tipo de revictimización o afectación de otros derechos, y que promuevan los fines de los procesos restaurativos, según corresponda en cada etapa procesal” (JEP, Auto 080 de 28 de mayo de 2019,

párr. 60). Por ende, si bien sostuvo que el mecanismo de traslado y presentación de observaciones sobre las versiones voluntarias: “[...] cumple a cabalidad lo establecido en las normas de procedimiento, [...] contribuye a la satisfacción del derecho de las víctimas a la verdad y es acorde a los principios de centralidad de las víctimas y construcción dialógica” (párr. 70), la Sala de Reconocimiento amplió la participación de las víctimas en el Caso No. 003 (párr. 72).

La Ley 1922 de 2018 otorga facultades para: “[...] ampliar y promover de manera temprana la construcción dialógica de la verdad entre los sujetos procesales e intervinientes del Caso 03, teniendo en cuenta las circunstancias del Caso y, específicamente, el grado de organización de las víctimas” (párr. 75). En este marco, la Sala de Reconocimiento autorizó la presencia de un encargado de intervenir en la versión voluntaria a nombre de los representantes de víctimas y la disposición de una sala de audiencias para que las víctimas, que así lo desearan, pudieran seguir la diligencia en tiempo real (párr. 79). Además, fijó las siguientes condiciones a la participación de las víctimas y sus representantes en las versiones voluntarias:

[...] (i) los representantes judiciales y las víctimas interesadas en hacer presencia en la versión deberán comunicarlo a la Sala oportunamente [...] (ii) deberán realizar preguntas relacionadas con asuntos que han sido previamente trasladados al compareciente (para ello se les comunicará el auto por el cual se realiza el traslado), sin

40 Denominado por la SRVR como muertes ilegítimamente presentadas como baja en combate por agentes del Estado.

perjuicio de las preguntas que podrán realizar sobre documentos o elementos no conocidos y aportados espontáneamente por el compareciente el día de la versión voluntaria [...] (iii) deberán hacer presencia y hacer las preguntas únicamente en el momento de la versión previsto para ello [...] (iv) deberán guardar el debido comportamiento que establecen los protocolos de audiencias judiciales [...] sus actuaciones deberán respetar el objetivo de este momento procesal, buscando la construcción dialógica de la verdad y no la generación de un escenario adversarial y/o de confrontación [...] en el caso de existir varios representantes de víctimas, los representantes asistentes a la diligencia deberán escoger el mismo número de representantes que acredite el compareciente en la versión, el cual deberá hacer las preguntas en el tiempo previsto. Por esta razón, los representantes elegirán previamente a la versión voluntaria, la persona encargada de intervenir en la versión, siguiendo las reglas establecidas por la Sala. (párr. 79)

Esta determinación pareciera estar en línea con el mandato de: “[...] diseñar y ejecutar mecanismos judiciales destinados a la protección y garantía de los derechos de las víctimas” (JEP, Sentencia No. 01 de 3 de abril de 2019, párr. 72), el cual busca garantizar la acción sin daño en la JEP. En efecto, podría reflejar una adecuación de los procedimientos de la JEP para procurar la “[...] intervención satisfactoria y digna de las víctimas” (párr. 72). Sin embargo, la

sección de apelaciones advierte que esta decisión de garantizar la participación de las víctimas en las versiones voluntarias también podría provocar una: “[...] actuación masiva y desordenada en el contexto transicional [que representaría] un riesgo para el desenvolvimiento oportuno de la Jurisdicción y el logro de la paz, lo que a su turno amenaza los derechos de los que acuden a este componente, incluidas las víctimas mismas” (JEP, Sentencia No. 01 de 3 de abril de 2019, párr. 74).

Así entonces, la sección de apelación previó que la Sala de Reconocimiento podría tomar la decisión de ampliar la participación de las víctimas, pero ordenó, en el numeral segundo de la sentencia en mención, a la Comisión de Participación de la JEP, a presentar insumos para la elaboración de un manual de buenas prácticas en participación de víctimas que incluyera, entre otros, los temas de notificación, acreditación de víctimas, representación individual y colectiva, participación escrita y oral, y que, además, pudiera ser objeto de actualizaciones periódicas (JEP, Sentencia No. 01 de 3 de abril de 2019, párr. 76-77). Actualmente, en cumplimiento de dicha orden, la Comisión de Participación de la JEP está trabajando en la formulación de un manual para la participación de las víctimas, con lo cual se pueda contar con un instrumento dirigido tanto a los operadores judiciales de la JEP, como a las víctimas residentes en Colombia, las víctimas residentes en el exterior, sus representantes judiciales y las organizaciones de la sociedad civil que desean acceder o que actualmente participan o actúan ante las diferentes salas y secciones de la JEP.

Conclusiones

Una vez realizado este recorrido por la estructura dispuesta por la Jurisdicción Especial para la Paz en el marco de la justicia transicional, y con el ánimo de garantizar el acceso a la justicia de las víctimas del conflicto armado, encontramos dos grandes conclusiones y un reto coyuntural. La primera de ellas hace referencia a los mecanismos de acceso dispuestos en la JEP. En lo formal, la institucionalidad transicional ha tomado en cuenta la importancia de garantizar la participación de las víctimas, por lo que ha dispuesto una serie de procedimientos en aras de ofrecer condiciones estructurales para que puedan realizarse los derechos de las personas que acceden a la JEP. Así, como se señaló, la actuación de esta jurisdicción gira en torno a la centralidad de las víctimas, la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación, el principio pro víctima, la acción sin daño y su protección. Esto garantizaría las condiciones de materialización de los derechos. Sin embargo, el reto está en la posibilidad de abarcar el universo de víctimas y articular el funcionamiento institucional de la JEP con las expectativas creadas en materia de verdad y justicia.

La segunda conclusión es que la JEP debe hacer frente a una experiencia de exclusión de las víctimas. También el derecho al acceso a la justicia en Colombia ha tenido serias dificultades en su materialización, lo que se ha traducido en la deslegitimación de las actuaciones del Estado ante las necesidades jurídicas de los colombianos. Las víctimas del conflic-

to armado han sufrido mayores impactos, pues además de tener obstáculos en el acceso a la justicia, a lo largo de décadas fueron incluso desconocidas por la institucionalidad estatal. La JEP debe tener en cuenta esto al momento de sus actuaciones, pues está desempeñando su labor en un marco donde existe un alto déficit de acceso a la justicia, junto con enormes expectativas en torno a los resultados en materia de justicia por las violaciones de derechos humanos cometidas por la guerra, estando al frente de una población que, si bien ha sido reconocida por la institucionalidad reciente, exige, y con razón, mayor participación en aras de la reconciliación nacional.

Por último, encontramos un reto coyuntural que trae implicaciones estructurales. Todo lo anterior se agrava en el marco de la pandemia mundial por el Covid-19. Lo que ha traído la pandemia en el mundo, y particularmente en Colombia, es la profundización de las condiciones de desigualdad, donde los ciudadanos con mayores vulnerabilidades han llevado la peor parte. Esto afecta el funcionamiento de la JEP y, también, la manera en que se materializan las condiciones del acceso a la justicia. Es un reto al que debe hacerse frente porque, como lo recuerda Therborn (2016), la desigualdad mata, por lo que es necesario tomar medidas en aras de mitigar los impactos que ha traído consigo la actual pandemia.

Referencias

- Alfonso, H. (2020). La justicia en la posguerra: los retos de la protección de los derechos humanos en Colombia. En *Debates y desafíos para los derechos humanos en Colombia*. Ed. USTA.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Imprenta Nacional.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Reconocimiento de Verdad y la Responsabilidad. Caso No. 003, Auto de 3 de octubre de 2018.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Reconocimiento de Verdad y la Responsabilidad, Caso No. 003, Auto de 7 de diciembre de 2018.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Reconocimiento de Verdad y la Responsabilidad, Caso No. 003, Auto de 6 de febrero de 2019.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sala de Reconocimiento de Verdad y la Responsabilidad, Caso No. 003, Auto 080 de 28 de mayo de 2019.
- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Sección de Apelación. Sentencia SENIT No. 01 de 3 de abril de 2019.
- Karl, T. (1990). Dilemmas of Democratization in Latin America. *Comparative Politics* 23 (1). pp. 1-21.
- López, C. (2016). *¡Adiós a las Farc! ¿Y ahora qué?* Ed. Penguin Random House.
- Teitel, R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal* 16. pp. 69-94.
- Therborn, G. (2016). *La desigualdad mata*. Alianza Editorial.
- Uprimny, R., Emilio, M., Lalinde, S. y Santa, S. (2014). *Ante la justicia: Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Dejusticia.

Extractos jurisprudenciales del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta

SALA CIVIL

DR. ALBERTO RODRÍGUEZ AKLE

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD No. 47001.31.5.003.2016.00383.02 (Fl. 323 Tomo III)

SANTA MARTA, VEINTICUATRO (24) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE (2019)

Responsabilidad civil por actividad peligrosa / carga de la prueba. El damnificado tiene la carga de probar exclusivamente la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad; mientras que el autor de la lesión, para exonerarse de responsabilidad, debe probar la existencia del elemento extraño -fuerza mayor o caso fortuito- y/o la participación de un tercero o de la víctima, como causa única o exclusiva del quebranto.

Extracto de la sentencia

El señor E.A.L.S., actuando a través de apoderado judicial, demandó a la Organización de ferrocarriles YYY, con ocasión de los daños ocasionados al vehículo de su propiedad de placa XXXX en el accidente ferroviario acontecido el 5 de enero de 2016, por las inmediaciones del Hotel D. en la ciudad de Santa Marta, exactamente en el cruce ubicado en el PK 941+465. Del suceso resultó gravemente dañado el automotor antes mencionado, el cual no fue amparado por la póliza de seguro.

Los hechos relatados por el demandante señalan que el tren de la sociedad YYY embistió al vehículo cuando éste cruzaba la línea férrea para dejar pasajeros en el Hotel D. De acuerdo a lo anterior, el actor pretende que se declare responsable al demandado por perjuicios materiales, lucro cesante y daño emergente. [...]

El apoderado de YYY contestó la demanda reconociendo el accidente e indicando que el conductor del vehículo pretendió cruzar el paso a nivel irregular sin visión y que adicionalmente se parqueó en una zona prohibida. Por tal motivo, el tren colisionó sin tener otra alternativa, pese a estar cumpliendo con todos los parámetros de seguridad. Por lo anterior, la parte demandada afirmó que no puede atribuirse culpa debido a que en el lugar donde se verificó que sucedió el accidente, esto es, el PK 941+465, no existe ningún paso a nivel autorizado. Así, no tenían la obligación de realizar actuaciones de seguridad como colocar conos. Además, se informó que esta empresa construyó un cono en el año 2008 a menos de 100 metros del lugar don-

de ocurrieron los hechos, con la finalidad de evitar este tipo de accidentes.

Con fundamento en esto, el representante de la sociedad YYY propuso como excepciones la inexistencia de culpa al actuar alejado de toda negligencia, imprudencia e impericia y hecho dañoso por culpa exclusiva de la víctima dado el incumplimiento de lo consagrado en el artículo 66 del Código Nacional de Tránsito. [...]

Conforme a lo contenido en el artículo 372 y 373 del Código General del Proceso, se emitió sentencia el 2 de noviembre de 2018 declarándose probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima. En consecuencia, se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas al actor. Como fundamento de su decisión, el *a quo* consideró que el obrar del conductor fue imprudente al asumir el riesgo de estacionarse en la intermediación de la línea férrea y ubicar el vehículo en el espacio del tren con el propósito de esperar a que un pasajero que estaba allí se subiera al vehículo automotor. [...]

El caso presentado trata de un proceso de responsabilidad civil extracontractual por actividad peligrosa originado en accidente ferroviario, en el cual un vehículo locomotor colisionó contra uno de servicio público tipo Van. Antes de abordar a fondo el asunto en cuestión, debe memorarse que las disposiciones que regulan la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, tienen por objeto permitirle al sujeto que ha sufrido un daño, obtener la reparación, dirigiéndose contra el que lo causó. En consecuencia, implica la presencia de un sujeto que, por causar un perjuicio, está obligado a resarcirlo y la de otro que lo sufre o padece. [...]

No deja la menor duda que el anterior precepto, para el legislador civil, es imprescindible como criterio de imputación el elemento de culpa. Esto se traduce en negligencia, imprudencia, falta de precaución o descuido, la cual se presume en la responsabilidad civil por actividades peligrosas; de ahí que, desde otra perspectiva, tiene graduaciones posibles. Las actividades así denominadas deben ser ejercidas con sumo cuidado y atención debido a que, por su propio dinamismo, en un momento dado, no pueda ser controlado por quien se reporte beneficioso de tal ejercicio.

El tratadista Tamayo Jaramillo explica que *peligrosa es toda actividad que, una vez desplegada, su estructura o su comportamiento generan más probabilidades de daño, de las que normalmente está obligada a soportar por sí solo, un hombre común y corriente*; en tal sentido, se colige que la conducción de vehículos automotores es una acción que implica, por sí misma, la creación de un riesgo. Sin embargo, la legislación no la contempló dentro de las hipótesis enlistadas en el artículo 2356 del Código Civil, pero por la extensiva interpretación de esta norma vía jurisprudencial se extrajo que esta actividad es otro tipo de actividad peligrosa que expone a los asociados a un peligro inminente de recibir una lesión, debido a las previsibles consecuencias que podrían dar lugar a la generación de un perjuicio. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, haciendo referencia al citado artículo 2356, expresó:

3. Respecto de la anterior norma, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido de manera constante e inveterada que

ella consagra una presunción de culpa en contra del demandado, quien solo puede exonerarse de responsabilidad si demuestra que el hecho se produjo por una causa extraña. Ese criterio se ha mantenido incólume, salvo contadas excepciones, desde los comienzos de esta Corte hasta la actualidad [...]⁴¹

Bajo la misma línea argumentativa y referente a la presunción de culpa en las denominadas actividades peligrosas, la citada corporación, en sentencia SC2107 de 12 de junio de 2018, explicó:

[...] La culpa no es elemento necesario para estructurar la responsabilidad por actividades peligrosas ni para su exoneración; no es menester su demostración, ni tampoco se presume; el damnificado tiene la carga probatoria exclusivamente de la actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad; y, el autor de la lesión, la del elemento extraño, o sea, la fuerza mayor o caso fortuito, la participación de un tercero o de la víctima que al actuar como causa única o exclusiva del quebranto, desde luego, rompe el nexo causal y determina que no le es causalmente atribuible, esto es, que no es autor.

Ahora bien, es preciso señalar si la actividad del lesionado resulta en todo o en parte determinante en la causa del perjuicio que éste haya sufrido. Su proceder,

si es total, desvirtuará correlativamente el nexo causal entre el comportamiento del presunto ofensor y el daño inferido, dando paso a exonerar por completo al demandado del deber de reparación; si solo es en parte, solo reducirá el valor de la misma.

Es de añadir que entre las actividades denominadas peligrosas se encuentra la conducción de locomotoras. Estas son máquinas que generan grandes riesgos para quienes las conducen o a aquellos que se encuentran en su interior como pasajeros o para los peatones. Así las cosas, el obligado en estos casos no puede exonerarse de dicha carga demostrando haber tomado todas las precauciones necesarias para evitar el siniestro. Solo se le permitirá sustraerse de aquella probando que el daño no se originó en la actividad bajo su dirección, sino en un hecho extraño a ella; es decir, de fuerza mayor o caso fortuito, culpa de un tercero o de la propia víctima. [...]

Concretizando al caso de estudio, es necesario mencionar que en el presente proceso la parte demandante se muestra inconforme con la decisión tomada por el juez de primera instancia al negar las pretensiones y declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima en el accidente en que colisionaron la locomotora propiedad de YYY y el vehículo de transporte público propiedad del demandante. Como motivos de inconformidad alega que, si bien la víctima pudo incidir en el hecho, existe entonces una concurrencia de culpas y, por ello, la reparación del daño está sujeta a reducción conforme al artículo 2357 del Código Civil, pero no a la exoneración del demandado, pues no probó que

41 Exp. 76001-31-03-009-2006-00094-01 M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez, sentencia del 18 de diciembre de 2012.

hubiera actuado diligentemente, además de reprochar el estado de la vía férrea y la imposibilidad de transitar y atravesar por otro lugar.

En ese entendido, no hay duda de que se examina un caso en donde se ejerció una actividad peligrosa, ya que se trata de un accidente ferroviario. De acuerdo con esto, los daños causados bajo esta circunstancia están sometidos a las reglas legales y probatorias que ocupan la materia de este tipo de responsabilidad y a las disposiciones específicas de tránsito por vías férreas que por su particularidad tienen un trato propio y diferencial.

Recordemos que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 12 de agosto de 2003, expediente 7346, indicó que el régimen de tránsito que se remonta desde la Ley 76 de 1920, les otorga a los trenes cierta prelación para que nadie ocupe la vía por la que esta máquina transita y, si lo hace, se expone a lesiones o incluso a la muerte. Recordó además la Corte el peso y volumen de esta clase de rodantes, y que ello hace inútil cualquier frenado, puesto que su peso le otorga la energía suficiente para seguir desplazándose e imposibilita mecánicamente detenerse de inmediato o a pocos metros. Dijo la Corte en el fallo anotado que:

la vía es del tren, fue hecha para que el (sic) transitara, fue diseñada a su medida, solamente sirve para que el (sic) la utilice, no le sirve a ningún otro vehículo y finalmente las personas tienen prohibido transitar sobre ella o por el mismo aspecto de la imposibilidad material de maniobra para esquivar de la cual adolecen estos vehículos por

desplazarse sobre rieles, o sea que sean rodantes de dirección dirigida, lo cual hace nulatorio cualquier esfuerzo o intento de quien las conduce para evitar una colisión sobre vehículos o personas que se encuentran sobre ellas [...]

Entonces se evidencia la exposición intempestiva de la víctima al riesgo por su accionar provisto de culpa en modalidad de imprudencia. Esto pone de relieve la configuración de la causal de exclusión de responsabilidad alegada por la parte demandada y resuelta favorablemente por el despacho en anterior instancia al declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima. Esta decisión se realizó conforme al video contenido en el folio 165 del cuaderno principal en el que se contempla el vehículo tipo van estacionado durante más de medio minuto en las vías del tren. Esta apreciación no fue controvertida por el actor en este proceso.

Es importante anotar que frente a la acción del conductor del vehículo arrollado se torna inútil cualquier medida que pudiese desplegar YYY para evitar la colisión, más cuando se ha argumentado que el paso nivel en donde se produjo el accidente es irregular. En consecuencia, respecto a ello, no le asiste obligación a la demandada de garantizar seguridad por la expresa prohibición legal de tránsito que existe al respecto, distinto a lo establecido en los pasos niveles ordenados por el Ministerio de Transporte.

En cuanto a la regulación del daño pretendida por el demandante, teniendo en cuenta la participación que tuvieron ambos extremos en la ocurrencia del siniestro,

advierte esta Sala, que la Corte Suprema de Justicia, en su calidad de máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, a fin de resolver el problema de la concurrencia de actividades peligrosas, adoptó diversas teorías como la *neutralización de presunciones*⁴², las *presunciones recíprocas*⁴³ y la *relatividad de la peligrosidad*⁴⁴. Sin embargo, partir de la sentencia del 24 de agosto de 2009,

42 Ésta tenía aplicación en los eventos de responsabilidad donde se habla de presunción de culpa, es decir, cuando se ejerce una actividad riesgosa. Dicha teoría afirmaba que las presunciones se aniquilaban para dar paso a la culpa probada (CSJ SC 5 de mayo de 1999, rad. 4978). Durante su implementación, un sector de la doctrina se oponía a la misma por: “[...] carecer de fundamento normativo, toda vez que el hecho de haberse causado el daño por la intervención encontrada de dos cosas riesgosas no puede provocar una mutación normativa, es decir, pasar del riesgo como factor de imputación, a la culpa probada [...]” (Pizarro, pp. 274-277).

43 En este evento, las presunciones de culpa por quienes desarrollan labores riesgosas no se neutralizan, sino que permanecen incólumes. Significaba que, cuando una de las partes era la que sufría el daño, la presunción subsistía en contra de quien no lo padeció, el cual podrá destruir la presunción probando la incidencia del hecho de la víctima en la producción del evento dañoso (CSJ SC 26 de noviembre de 1999, rad. 5220). Su crítica radicaba en que “[...] la solución de apoyaba en una falsa idea de la responsabilidad civil, cuya esencia se fundamenta en la idea de indemnización y no de pena, por tal motivo no se podía determinar la responsabilidad según la culpa del ofensor o la víctima [...]” (Peirano, 1981, p. 442).

44 Se tiene en cuenta el mayor o menor grado de peligrosidad de la actividad o mayor o menor grado de potencialidad dañina (CSJ SC 2 de mayo de 2007, rad. 1997-03001-01). Su censura consistía en que dicha tesis se preocupaba más por establecer qué labor era más riesgosa en relación con otra, dejando de lado cuál de ellas había causado el daño.

rad. 2001-01054-01⁴⁵, optó por retomar la tesis de la incidencia causal⁴⁶, argumentando para el efecto, lo siguiente:

[...] Es más, en la responsabilidad civil por actividades peligrosas concurrentes, es preciso advertir, la imperiosa necesidad de examinar la objetiva incidencia del comportamiento para establecer su influjo definitivo o excluyente, unitario o coligado, en el daño, o sea, la incidencia causal de las conductas y actividades recíprocas en consideración a los riesgos y peligros de cada una, determinando en la secuencia causativa, cuál es la relevante en cuanto determinante del daño y cuál no lo es y, de serlo ambas, precisar su contribución o participación. En esta última hipótesis, esto es, cuando la conducta recíproca del agente y de la víctima confluye en el quebranto, la reparación está sujeta a reducción conforme al artículo 2357 del Código Civil y, en aquélla, o sea, cuando el comportamiento de la víctima es causa exclusiva de su detrimento, se rompe la relación de causalidad (LXXVII, 699), es decir, no puede predicarse autoría de la persona a quien se imputa el daño. [...]

Ahora, luego de determinar que el lugar donde ocurrió el siniestro no está habilitado ni permitido para cruces, sino que se

45 M.P. Dr. Willian Namen Vargas. Reiterado en sentencias de 26 de agosto de 2010, rad. 2005-00611-01, y 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-000042-01.

46 Teoría que, en todo caso, había sido acogida originariamente por esta Corte en sentencia de 30 de abril de 1976, G.J. CLII, n.º. 2393, p. 108.

tiene como uno irregular de poca afluencia, apto para alcanzar los rieles, como lo detalla el contrato de concesión celebrado entre la ferrovía, hoy cedido al Instituto ZZZ, y la sociedad YYY, en el que se establecen los pasos o niveles concesionados que deben tener señalización. En virtud de esto, mal haría esta colegiatura en acoger el planteamiento del apelante donde solicita declarar responsable a la empresa ferroviaria hoy demandada, bajo la reducción indemnizatoria por la apreciación del daño. Esta imputación requiere la concurrencia de culpas y en este caso es más que evidente que la causa del siniestro obedece al actuar negligente e imprudente del conductor del vehículo, hecho

que rompe la relación causal y exonera de la responsabilidad civil a quien ejerce la actividad peligrosa.

En conclusión, no puede imprimirse solución diversa al particular más que la de confirmar la sentencia impugnada, como en efecto se hará constar en la parte resolutoria de esta decisión.

Referencias

- Peirano, R. (1981). *Responsabilidad extracontractual*. Ed. Temis.
- Pizarro, D. (2006). *Responsabilidad por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual*. La Ley.

DR. ALBERTO RODRÍGUEZ AKLE

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD No. 47.001.22.13.000.2019.00236.00 (Fl. 88 Tomo IV)

SANTA MARTA, VEINTINUEVE (29) DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECINUEVE (2019)

Tránsito de legislación / normas aplicables. Los recursos interpuestos en el curso de un proceso se regirán por las normas que se hallaban vigentes al momento de su interposición.

Responsabilidad civil extracontractual / carga de la prueba. El demandante tiene a su cargo el deber de demostrar que el daño sufrido tuvo como causa el actuar o el omitir del demandado. Al no lograrlo se impone la consecuencia de absolver al demandado, que consagra dicho principio procesal.

Extracto de la sentencia

Previo el abordaje del problema jurídico aquí estudiado, es menester realizar una acotación. El asunto en estudio tuvo su origen en el año 2011 ante el Juzgado Civil del Circuito de Villavicencio. En aquel momento, el código de procedimiento vigente era el Decreto 1400 de 1970 y sus posteriores modificaciones; sus efectos en la vida jurídica del país cesaron con la entrada en vigencia del Código General del

Proceso, según las pautas presentes en sus artículos 624, 625, 626 y 627.

En el canon 624 se modificó aquella centenaria norma contemplada en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y se consagró en su lugar lo siguiente:

Artículo 40. Las Leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las Leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en

el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la Ley elimine dicha autoridad.

Igual aconteció en el tránsito de legislación de la Ley adjetiva civil⁴⁷. En el presente asunto se interpuso el recurso vertical de alzada el 2 de septiembre de 2015, momento en el cual, dentro del circuito judicial del Meta, se encontraba vigente el Código de Procedimiento Civil. De acuerdo con esto, dando aplicación al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, y simultáneamente al 625 de la Ley procedimental actual, se sustanciará y decidirá el presente asunto bajo el imperio de aquel mandato. [...]

El Código Civil estableció en el artículo 2341 la cláusula genérica de responsabilidad, donde cualquier persona que cause un daño a otro con malicia o negligencia estará legalmente obligado a su indemnización. Ahora bien, la doctrina colombiana ha desarrollado ampliamente los artículos que componen el título XXXIV del libro cuarto del Código Civil y ha establecido regímenes de responsabilidad según las circunstancias concretas y su interpretación adecuada.

47 Art. 625. Los procesos en curso, al entrar a regir este código, se someterán a las siguientes reglas de tránsito de legislación: (...) 5. No obstante lo previsto en los numerales anteriores, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las Leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

Dentro de esos regímenes de responsabilidad se dispuso el subjetivo con culpa probada, encasillándose allí la responsabilidad por el hecho propio. Dentro de este régimen de responsabilidad se deben establecer tres elementos, a saber: el hecho culposo o doloso, el perjuicio y la relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio. Asimismo, sobre la pregunta de quién es el encargado de aportar a la comunidad probatoria la convicción de tales elementos, en el régimen que se estudia la jurisprudencia y la doctrina es unánime en atribuirle al actor tales obligaciones, en aplicación del principio de la carga de la prueba, presentes en el artículo 177⁴⁸ del Código de Procedimiento Civil, 167 en la Ley actual, y 1757⁴⁹ del Código Civil.

Sobre la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad por el hecho propio, expresó la Corte Suprema de Justicia en el año de 1945:

Es sabido que, tratándose de culpa extracontractual, el actor tiene a su cargo la demostración plena de todos los factores necesarios para llevar a la conciencia del juzgador una convicción de tal naturaleza que determine lógicamente una condenación. Deberá demostrar el daño, la culpa y la relación causal entre los dos primeros elementos.⁵⁰

48 Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

49 Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. [...]

50 Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Neg. Gen., Sentencia del octubre 4 de 1945. T. LIX, núm. 1135.

Dentro de esos elementos la culpa y el nexo de causalidad no se pueden confundir. Este último es esencial y necesario para una acertada imputación a un sujeto de derecho debido a que, según la lógica natural de las cosas y a aquellos principios de la ciencia física: *toda causa tiene su efecto*. En el caso de la responsabilidad por daños, se intenta estructurar jurídicamente tal principio natural, estableciendo como necesario que el daño que se imputa al demandado tenga como nacimiento o fuente una conducta culposa o dolosa realizada por éste. Feliz Trigo Represas y Marcelo López Mesa manifiestan, en su *Tratado de la Responsabilidad Civil* tomo I:

La causalidad antecede a la culpabilidad, pues tiene por objeto determinar cuándo y en qué condiciones un resultado (daño) debe ser considerado como consecuencia de un hecho jurídicamente imputable a una persona; en cambio la culpabilidad se propone establecer cuándo y en qué condiciones un acto debe ser imputado subjetivamente a su autor.

La diferenciación entre causalidad y culpabilidad está dada por la circunstancia de que la relación de causalidad se refiere a la vinculación física entre la conducta del individuo y un resultado material: el daño; la culpabilidad, por el contrario, se refiere a la reprochabilidad psíquica de la acción (870). La causalidad constituye un elemento puramente objetivo y, por ende, ajeno a toda valoración sobre la injusticia y sobre la reprochabilidad de la causación del daño.

En el caso concreto, el conflicto en segun-

da instancia radica en la determinación probatoria de los hechos que dan vida a este asunto. En efecto, el apelante considera que sí estuvieron demostrados con las pruebas practicadas y aportadas los elementos de la responsabilidad. En sentido contrario, el *a quo* no lo consideró así al no encontrar demostrado que el veneno utilizado haya sido el enajenado por parte del demandado a XX y éste a su vez a YY. Además, no se demostró adecuadamente que la causa del daño haya sido la aplicación del veneno enajenado y no otra. [...]

Tanto en la declaración extraprocesal como en la realizada en el curso del asunto, el demandado, ZZ, aceptó haber enajenado el herbicida a XX. En ella también afirmó que luego entregó el producto a YY. En consecuencia, este mismo fue el que el demandante, YY, aplicó a través de sus trabajadores a los cultivos de su propiedad. Adicionalmente, cabe tener en cuenta que el producto vendido por el demandado a XX estaba reenvasado en garrafas de litros y no tenía etiquetas; esas mismas características revestían los venenos aplicados por los trabajadores del demandante, según lo dicho por estos últimos.

Dejando por sentado lo anterior, el siguiente hecho que está en irresolución es si la causa del daño causado al cultivo fue la utilización de ese veneno u otra circunstancia. De antemano se debe afirmar que no se encuentra suficiencia probatoria para demostrar tal hecho y se equivoca el demandante en los alegatos de conclusión, rendidos previamente y en los reparos a la sentencia, al estimar suficientes los testimonios practicados. En las declaraciones de los trabajadores que usaron el veneno se

puede deducir con mediana claridad que, a las aproximadamente 22 hectáreas afectadas, previamente se les habían hecho otros trabajos similares. [...]

De modo especulativo piénsese que el cultivo estuvo afectado por una intoxicación. ¿Cómo tener certeza absoluta que el daño fue causado únicamente por el Bispiribac Sodio y no por la suma de ambos productos?; es decir, del mencionado valet y del Bispiribac sodio. Con base en lo dicho, esta Sala no tiene certeza si la causa del perjuicio irrogado al demandante tuvo como génesis la aplicación del producto enajenado por ZZ. En efecto, no se encuentra demostrado un nexo causal suficiente entre la aplicación del veneno vendido por el demandado y el daño causado al cultivo, concluyendo así que el demandante no cumplió adecuadamente la carga de la prueba.

Existen asuntos técnicos especiales, ajenos al derecho, que requieren de conocimientos de una ciencia, arte u oficio, y en muchos casos, como el presente, son necesarios para obtener verdadera justicia. Los dictámenes periciales cumplen a cabalidad tal labor y, en ausencia de aludida prueba en este asunto, no pueden triunfar las pretensiones incoadas. De las demás testimoniales rendidas, la Sala considera que no se obtienen mayores elementos de juicio que puedan soportar los hechos y pretensiones del demandante con una fuerza tal que lleve a modificar la decisión planteada.

Como se expuso en los elementos estructurantes de la responsabilidad, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el demandante debía demostrar que el daño sufrido tuvo como causa el actuar o el omitir del demandado. Así, en el caso concreto se debía demostrar

que la quema del cultivo del señor YY la produjo el veneno enajenado por ZZ y no otro veneno o circunstancia. Al no tener certeza de ello, se impone la consecuencia que consagra dicho principio procesal, absolver al demandado. La carga de la prueba es, según Hernando Davis Echandía, una:

Noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables (p. 406).

De lo anterior se puede colegir que la carga de la prueba indica al juez a quién debe dirigirse una sentencia desfavorable a las pretensiones, en caso de ausencia de pruebas. Llamándosele a la carga probatoria un suceso de la prueba, para así evitar el *non liquet* o fallos inhibitorios. El artículo 177⁵¹ del Código de Procedimiento Civil, tal como lo hace la ley procedimental vigente en su canon 167, impuso esa carga demostrativa al demandante, por lo que necesariamente se debe absolver al demandado de las imputaciones hechas.

Referencias

Davis, H. (2015). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Vol. I. Ed. Zabalia.

51 C.P.C. "Artículo 177. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. [...]"

DR. CRISTIAN SALOMÓN XIQUES ROMERO

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD No. 47.001.31.03.001 2015.00166.01

SANTA MARTA, ONCE (11) DE JULIO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019)

Responsabilidad civil derivada del servicio de salud / obligación de resultado. No solo se reputa del galeno sino de los establecimientos asistenciales que tienen la obligación de brindar confianza, seguridad y garantía en el cuidado de sus pacientes, entendiéndose la misma como de resultado.

Responsabilidad civil derivada del servicio de salud / contractual / extracontractual. En relación con el paciente afiliado a la EPS., la responsabilidad es contractual. Cuando los demandantes son personas ajenas a esa relación, el trámite que corresponde es el de la responsabilidad civil extracontractual.

Extracto de la sentencia

[...] se constituyen en audiencia pública los Magistrados de la Sala Quinta de Decisión Civil - Familia de este Tribunal, [...] con el fin de surtir la etapa de sustentación y fallo de la apelación de la sentencia adiada el 7 de junio de 2018, dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta, dentro del proceso de responsabilidad civil promovi-

do por O.P. y J. T., quienes actúan en nombre propio y en representación de la menor A.T.P., W.P.A. y M.R.O. contra Clínica XX S.A., al que fueron llamados en garantía V. Ltda. (empresa de vigilancia) y la Compañía Aseguradora YY. [...]

Mediante escrito visible a folios 1 a 18 del cuaderno principal, los aludidos señores impetraron una demanda para que se declare civilmente responsable a la entidad demandada por los perjuicios causados con ocasión del incumplimiento de sus deberes de custodia y seguridad, que desencadenó el secuestro y posterior fallecimiento de la recién nacida T.P. En consecuencia, pidieron que se le condene al pago de dinero por los daños extrapatrimoniales causados, concretamente por los morales y a la vida de relación. [...]

Los demandantes anotaron que la señora O.P., el día 13 de octubre de 2010, en virtud de su afiliación con S. EPS., ingresó a la Clínica XX a fin de dar a luz, acontecimiento que se produjo ese día a las 3:33 p.m. No obstante, la recién nacida fue rapta de la sala de neonatos por la señora E. R. S., sacándola de las instalaciones de

la entidad demandada, y seguidamente le propinó la muerte.

También señalan que el establecimiento hospitalario inobservó sus deberes de seguridad, vigilancia y custodia al permitir el secuestro de la menor, los cuales catalogaron como obligaciones de resultado que implicaban una mayor rigurosidad en el cuidado. Por último, explicaron que la actuación negligente del personal asistencial y la fatal consecuencia afectaron la vida de relación de los familiares de la aludida infante, toda vez que no pudieron siquiera conocerla, pues solo alcanzó a vivir 55 minutos.

Previa inadmisión del escrito inicial (f. 47), mediante auto del 9 de junio de 2014 se le dio curso a la actuación (ff. 57 a 58), concurriendo la Clínica XX, quien, luego de llamar en garantía a V. Ltda. y a la Compañía Aseguradora YY (ff. 77 a 78 y 84 a 85), se opuso a las pretensiones, formulando como excepciones de mérito: a) la causalidad adecuada por causa extraña o hecho de un tercero; b) la inexistencia de la personalidad jurídica; c) la falta de causa para **pedir, ausencia** del hilo conductor; d) la falta de legitimación en la causa por activa; e) el enriquecimiento sin justa causa; y, f) la genérica.

Para sustentar su decir, inicialmente recountó los acontecimientos, resaltando que la homicida se infiltró en la sala de neonatos luciendo como enfermera en horario de visitas, y que, una vez tuvo a la menor en sus brazos, emprendió la huida, la cual fue frustrada por la intervención del personal, entre el que se encontraba la vigilante de turno. [...]

Finalmente sostuvo que se condenó penalmente a la señora E.R.S. por el delito de homicidio agravado, en donde *los aquí actores confrieron poder a un abogado para que los*

representara dentro del proceso allí adelantado y para que presentara un incidente de reparación, para obtener el pago de los perjuicios causados [...], lo que conllevaría a un doble cobro por el daño y, por ende, a un enriquecimiento sin causa (ff. 102 a 112). [...]

Surtido el trámite propio de esta clase de juicios, la funcionaria de primera instancia, a través de sentencia con fecha del 7 de junio de 2018, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas. En consecuencia, declaró civilmente responsable a la Clínica XX y solidariamente a V. Ltda. por los daños ocasionados al extremo activo con ocasión del fallecimiento de la menor T.P., condenándolas a cancelar las sumas allí descritas por concepto de perjuicios morales. Asimismo, exoneró a la llamada en garantía Compañía Aseguradora YY, toda vez que los perjuicios extrapatrimoniales no se encuentran amparados por la póliza.

Para arribar a la anterior determinación se acogió a la jurisprudencia y a la doctrina aplicable al caso, considerando que se encuentran reunidos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual en titularidad de la clínica encausada, quien ostentaba los deberes de diligencia y cuidado de sus usuarios como obligaciones de resultado, achacadas también a la empresa de vigilancia, cuyas acciones u omisiones permitieron la acción demencial de un tercero. [...]

Inicialmente debe indicarse que, dentro de las clases de responsabilidad civil, se encuentra la derivada del servicio de salud que no solo se reputa del galeno tratante, sino también de los establecimientos asistenciales que llevan intrínseco, entre sus funciones, brindar la colaboración, la confianza, la seguridad y la garantía en el cuidado de sus

pacientes, como ocurre en este caso. En ese sentido lo definió la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de julio de 2010, Rad. 2000.00042.01, M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena:

Trátase, en fin, de un conjunto de requisitos técnicos, organizativos e instrumentales mínimos previstos en el sistema y que generan unos estándares que deben cumplirse, de modo que su inobservancia pone de presente una ineficiente organización en la prestación del servicio.

Decantado lo anterior, advierte esta Corporación que, si bien este asunto se tramitó bajo la categoría de responsabilidad civil extracontractual, en realidad también se trata de contractual frente a la señora O.P., progenitora de la menor fallecida, por encontrarse afiliada a la EPS, en virtud del cual la Clínica XX le prestó los servicios médicos [...]

En ese orden de ideas, en primer lugar, resulta importante esclarecer que, en cuanto al punto de la existencia de la menor C.T.P. y su vínculo con los demandantes, sí se encuentra acreditada esa circunstancia en el plenario a través del registro civil de nacimiento [...] Superado lo anterior, y como quiera que es el eje inicial de discordia, resulta importante precisar el tipo de obligaciones que aquí se están ventilando; esto es, determinar si los deberes de cuidado y vigilancia achacados a la Clínica XX y a V. Ltda. se entienden como de medio o de resultado.

Para dilucidar este tema es importante precisar que, tratándose de la atención suministrada por las instituciones prestadoras de salud, además de las obligaciones inherentes al acto médico, deberán asumir todos los deberes que le son propios para el cui-

dado y la seguridad de sus usuarios, quienes, por su estado de gravidez e indefensión, en este evento, no pueden asumirla por sí mismos, entendiéndolas como obligaciones de resultado. En ese caso, quien acarrea la carga de la prueba es el enjuiciado, el cual, para romper ese nexo causal debe demostrar una causa extraña, configurativa de fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. Ahora, si la responsabilidad es de medio, el demandado debe acreditar que actuó diligentemente para evitar la producción del daño. En ese sentido, y siguiendo la línea jurisprudencial antes indicada, decantó el máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria:

Por lo demás, es evidente, y así lo ha puesto de relieve la reiterada jurisprudencia de esta Corporación (sentencias de 12 de septiembre de 1985, 1º de febrero de 1993, 18 de octubre de 2005, entre otras), que dichas entidades también adquieren una obligación de seguridad, definida como aquella en virtud de la cual una de las partes en la relación comercial se compromete a devolver, al concluir el objeto de la prestación, sanos y salvos tanto a la persona del otro contratante como sus bienes, obligación esta que puede ser de resultado, en cuyo caso el deudor se compromete a evitar que el acreedor sufra un accidente en la ejecución del contrato que lesione su persona o sus bienes [...]

Así las cosas y, además, dadas las condiciones de indefensión en que se encontraban la madre de la niña, así como ésta, y su falta de participación en la ocurrencia del daño, se puede concluir que en este evento la clínica

estaba frente a una obligación de resultado, como acertadamente lo concluyó la funcionaria de primera instancia, la cual era proteger la integridad y la vida de ambas.

Ahora bien, al analizar los elementos demostrativos obrantes, particularmente la fijación de los hechos que hizo la juez, sin que se propusiese recurso contra ella (ff. 206 a 236), y el testimonio rendido por M. R. M., quien presenció el suceso, se cuenta con la certeza que el 13 de octubre de 2010 hubo un acceso indebido a las instalaciones de la Clínica XX, por parte de E.R.S., vestida de enfermera, el cual solo fue advertido hasta el fatal desenlace ocurrido ese día, donde la menor C.T.P. perdió la vida, a causa de la conducta desplegada por ésta, quien la sustrajo de la sala de neonatos cuando la tenía en brazos la enfermera a cargo, y salió con ella apresuradamente, logrando traspasar la puerta principal, llegando hasta el separador de la calle, donde la golpeó contra el suelo, poniendo de presente que, más allá del rapto y la discusión de si éste se configuró o no, al momento del ingreso se obvió corroborar la identidad de la homicida, inclusive encontrándose en el área de neonatos. [...]

En ese orden de ideas, se observa que la demandada sienta su postura de exoneración en la teoría de la causalidad adecuada, definida como la pauta “[...] según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido... el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño, y en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse [,] de tal modo que el

demandado no se considere jurídicamente como causante del daño”, según la doctrina de Javier Tamayo Jaramillo, expuesta en su obra Tratado de Responsabilidad Civil, año 2007, páginas 14 a 17 del Tomo II, editorial Legis. Lo anterior, bajo los parámetros de la causa extraña para explicar la causalidad entre hecho y daño, que a su vez implica la existencia de fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima y/o el hecho de un tercero, este escenario donde se ubica a la parte pasiva deberá ser imprevisible, irresistible y no imputable a la culpa del deudor.

En ese contexto y en este tipo de eventos se aprecian dos sujetos pasivos: el que incurrió directamente en el daño –muerte de la menor- y el que con su acción u omisión tuvo incidencia en la comisión de éste. Sin embargo, lejos de demostrarse lo alegado por la demandada, en realidad se acreditó que el suceso final se dio gracias a la negligencia de ella, pues de no haber podido salir la señora Reyes Santiago de la esfera de control de la clínica, muy probablemente el desenlace hubiese sido otro, máxime cuando las tareas de cuidado y custodia están expresamente señaladas en la Ley. [...]

Artículo 4o. Medidas mínimas [sic] que deben adoptar las instituciones y demás [sic] prestadores de servicios de salud. Sin perjuicio de los procedimientos y normas que autónomamente definan las Instituciones para el desarrollo de los procesos de vigilancia y Seguridad de usuarios y de aquellas contenidas en las diferentes normas vigentes, deben contemplar las medidas mínimas necesarias para que los usuarios que se encuentren dentro de la Institución puedan ser identificados como tal. PARAGRAFO [sic]

1o. Las Instituciones y demás Prestadores de Servicios de Salud, a que se refiere la presente resolución deberán establecer las medidas de seguridad obligatorias para que todas las personas visitantes, trabajadores o usuarios estén plenamente identificados y porten el distintivo Institucional en una parte visible mientras permanezcan dentro de la Institución. [...]

Nótese que, en cuanto a la entrada de personas, indistintamente de si corresponden a trabajadores, usuarios o visitantes, deberá controlarse por medio de distintivos y registros que permitan identificar su función dentro del centro asistencial. Estos estándares no fueron ni siquiera mencionados en el plenario, permitiendo concluir que no se ejecutan en la práctica, pues, de haberlo hecho, bien se pudo evitar la lamentable situación. Es decir, en este caso no puede desligarse la conducta de la autora material de la muerte de la niña y la desplegada por la entidad demandada, a través de las personas correspondientes.

En conclusión, no está acreditado el soporte de las excepciones de la clínica. Con respecto al llamamiento en garantía, recuérdese que es una figura procesal, artículo 64 del C. G. P., en virtud de la cual:

Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o que se le promueva, o quien de acuerdo con la Ley sustancial tenga derecho al

saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

De tal manera que, solo en la medida en que el llamante sea condenado, tendrá el juez que pronunciarse sobre los efectos de la decisión respecto del llamado, con base en el vínculo existente entre ambos. De lo anterior es fácil deducir el error en que incurrió la *a quo* al declarar solidariamente responsables a la Clínica XX y a la empresa de vigilancia V. Ltda., pues esta no fue demandada y solo debe responder frente a la primera por los valores que deba pagar total o parcialmente, en virtud del llamamiento que se le hizo, al no tener ninguna relación con los demandantes. [...]

En ese contexto resulta importante precisar que la responsabilidad del llamado en garantía no opera de manera automática ante una eventual decisión desfavorable a su llamante, pues, puede acontecer que, de acuerdo con las condiciones especiales del pleito, no exista la obligación de reembolsar lo que deba sufragar la demandada o que tal reembolso sea en un monto menor. [...] En conclusión, quedan sin ningún sustento las excepciones propuestas por la demandada y la llamada en garantía y, en su defecto, como lo concluyó la *a quo*, prosperan las pretensiones al darse los presupuestos en este caso de la responsabilidad civil contractual y extracontractual según lo anotado. En consecuencia, se confirmará la sentencia recurrida, salvo su numeral tercero, que se revocará para en su defecto condenar a la empresa V. Ltda. como llamada en garantía, teniendo que asumir el 40% de la condena aquí impuesta.

DR. CRISTIAN SALOMÓN XIQUES ROMERO

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD No. 47.189.31.03.001.2015.00085.01

SANTA MARTA, DIECISÉIS (16) DE AGOSTO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018).

Acción reivindicatoria / falta de identidad entre lo pretendido por el demandante y lo poseído por los demandados. Se materializa la carencia de este presupuesto procesal cuando se omite indicar en la demanda las medidas y los linderos de las porciones de terreno ocupadas por cada uno de los demandados.

Litisconsorcio facultativo. Los litisconsortes facultativos son considerados en sus relaciones con la contraparte como litigantes separados.

Extracto de la sentencia

[...] se constituyeron en audiencia pública los Magistrados de la Sala de Decisión Civil - Familia de este Tribunal, [...] con el fin de surtir la etapa de sustentación y fallo de la apelación formulada por los demandados [...] respecto de la sentencia con fecha del 11 de mayo de 2017, dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Ciénaga – Magdalena, dentro del proceso reivindicatorio promovido por la sociedad XXX y CIA S. en C. contra O.M. E.C. [...] y los impugnantes. [...]

En ese instante, el *ad quem* precisó que el recurso de apelación solo fue concedido por el juez de primera instancia; es decir, el Primero Civil del Circuito de Ciénaga (Magdalena), de acuerdo con lo indicado en el auto del 25 de julio de 2017, el cual expresamente dice: “[...] a fin de que se surta la apelación que fuere impetrada contra la sentencia del pasado 11 de mayo, pero únicamente la correspondiente a la de los demandados H.B., L.S. A.F. [...] y A.B.”. Esto con base en que, con ocasión anterior, se había declarado desierta la alzada frente a todos los recurrentes, en virtud de una reposición en la que el *a quo* resolvió lo pertinente y, en ese sentido, se expidió el auto admisorio de este medio de defensa. Así las cosas, solo se escuchará la intervención de la abogada presente y de la contraparte. [...]

En ese instante se concedió el uso de la palabra a aquella, quien sustentó los reparos concretos que hizo a la sentencia de primera instancia y se limitó a pedir su revocatoria por ausencia del dominio pleno del demandante y la falta de identificación física del predio a reivindicar. Posterior-

mente intervino el mandatario judicial de la contraparte para formular la correspondiente réplica y pidió que se mantenga la decisión. [...]

A través del escrito visible en los folios 1 al 10 del cuaderno principal, la sociedad en mención promovió demanda contra los aludidos señores para que, surtidos los trámites pertinentes, se declarara que el inmueble objeto de este asunto le pertenece y que, como consecuencia de esa determinación, se condene a éstos a restituírselo. Así como también a cancelar cualquier gravamen que pese sobre el bien sin que haya lugar al pago de expensas necesarias por ser poseedores de mala fe, imponiéndoles las costas del proceso y finalmente que se inscriba la sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente. [...]

Cumplido el trámite propio de esta clase de juicios, el *a quo* puso fin a la instancia mediante sentencia dictada el 11 de mayo de 2017. En ella se ordenó a los demandados restituir a la sociedad demandante “las partes sobre las que cada uno de ellos ejerce posesión de la finca YYY Lote Z, la cual se encuentra situada en el corregimiento de HHH municipio de Ciénaga, identificada con matrícula inmobiliaria 222-000”, se denegó el reconocimiento de mejoras y se condenó en costas a los vencidos (f. 433).

Dichas decisiones se fundamentaron en que estaban acreditados los presupuestos axiológicos de la acción reivindicatoria y que los poseedores obraron de mala fe al introducirse en el predio. La anterior decisión fue apelada oportunamente por el extremo pasivo al momento de emitirse, reservándose el derecho de hacer los reparos concretos dentro de los tres días siguientes, por lo cual fue concedido el recurso. Sin embar-

go, como solo cumplió tempestivamente con esa carga la apoderada de los señores H.B., L.S., A.F. [...] y A.B., se mantuvo la decisión frente a ellos, mientras que respecto de O.M. se declaró desierta la alzada (ff. 441 a 442, 463 a 466 y 494). En consecuencia, la decisión queda en firme para los demandados no recurrentes, debido a que en este evento la parte demandada no constituye litisconsorcio facultativo. Conforme con lo dispuesto en el artículo 60 del Código General del Proceso, estos son considerados en sus relaciones con la contraparte como litigantes separados.

Dichos reparos, que pueden extraerse del memorial respectivo, pueden sintetizarse en: i) la ausencia de dominio en el demandante; ii) la falta de identidad entre el predio pretendido que solo consta en documentos y iii) el lugar donde se encuentran los demandados. Pese a que se hicieron otros reparos, ellos no fueron sustentados durante el trámite de esta audiencia, luego la Sala solamente se referirá a los aspectos mencionados. Allegado el paginario a esta Corporación, el Magistrado Sustanciador dispuso la admisión del recurso el 28 de septiembre de 2017 (f. 8 del cuaderno del Tribunal) y posteriormente se señaló fecha y hora para la audiencia de sustentación y fallo (f. 38 *ibidem*). [...]

El art. 946 del Código Civil determina la reivindicación como la acción que tiene “el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla”. De conformidad con la transcrita disposición y las subsiguientes del estatuto en mención, se puede afirmar que la reivindicación es una acción real, por cuanto nace de un derecho que tiene este carácter, la propiedad. Este

permite exigir la restitución de la cosa al tercero que la posea, teniendo como presupuestos: a) el dominio de la cosa por parte del actor, b) la posesión de ésta por el demandado, c) la singularización del bien reivindicado y d) la identidad entre lo pretendido por el demandante y lo poseído por el opositor. La carencia de alguno de estos requisitos trunca la viabilidad de la restitución pedida. [...]

Respecto del primer elemento, que de igual manera constituye el reparo inicial que se hace por parte del recurrente, se aportó la escritura pública N° JJJ, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta, por medio de la cual J.V. le vendió a la sociedad XXX & CIA S. en C.S. [...]. En tales condiciones se puede afirmar, en principio, que está demostrado el primer presupuesto de la reivindicación, sin que sea necesario remontarse en el tiempo a quienes antecedieron en la titulación a la demandante, como acertadamente lo señaló el *a quo*, máxime que la posesión de los demandados, según lo indicado en el escrito incoatorio, data de los años 2010 y 2011.

Respecto del segundo, que tiene que ver con la falta de identidad entre lo pretendido por el demandante y lo poseído por los demandados, pero que en este caso está íntimamente relacionado con los otros elementos axiológicos de la acción reivindicatoria, es decir, que los demandados posean el bien que se reclama y que éste sea una cosa singular o cuota parte de ella. Y acometiendo la Sala esa labor, salta a la vista que en la demanda se omitió indicar las medidas y linderos de las porciones de terreno ocupadas por cada uno de los demandados, como si fueran coposeedores y que de manera conjunta poseyeran la tota-

lidad del bien, cuando lo cierto es que cada uno de ellos realiza actos de señor y dueño sobre partes determinadas del inmueble reclamado.

En efecto, de acuerdo con el dictamen rendido por el perito designado en este asunto, obrante a folios 358 a 394, solo pudo identificar a 15 de los demandados que tienen un área ocupada, cada uno de ellos dueño de entre 0.50 y 5 hectáreas, pues: “el resto de manera retrechera se abstuvieron de suministrar el nombre de ellos mismos y el área de explotación de sus predios”, permitiéndole solamente visitar y tomar fotografías. Este hecho descarta la indicada coposesión y, por el contrario, evidencia aún más la necesidad de individualizar las franjas poseídas de manera individual.

No obstante, el juez de conocimiento condenó a los enjuiciados a que restituyeran a la sociedad demandante “las partes sobre las que cada uno de ellos ejerce posesión de la finca YYY o Lote Z”. Esta determinación es equivocada, porque si en la demanda no se indicaron las medidas y linderos de dichas partes, mal pueden determinarse en el curso del proceso, pues recuérdese que las pruebas van encaminadas a acreditar los hechos fundantes de las pretensiones, y mucho menos puede expedirse una orden para la entrega de un bien que no está determinado.

De acuerdo con lo expuesto es evidente que no está demostrado el presupuesto axiológico que se viene examinando, y por ello las pretensiones no debieron prosperar, razón por la cual la sentencia será revocada íntegramente, para en su defecto denegar aquéllas. [...]

DRA. MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

RAD No. 47.555.31.84.001 2019.00110.01

SANTA MARTA, DIECIOCHO (18) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTE (2020)

Unión marital y sociedad patrimonial de hecho / prescripción. La acción declarativa de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes es imprescriptible, en tanto que la concerniente a la declaración judicial de existencia de la sociedad patrimonial derivada de la unión marital y la relativa a su disolución y liquidación, es prescriptible.

Fallo ultra y extra petita / asuntos de familia. El juez podrá fallar *ultra y extra petita* en asuntos de familia cuando sea necesario, brindarles protección a niños, adolescentes o a personas con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.

Extracto de la sentencia

Se solicita se declare que entre los señores M. R. T. y J. P. Q. existió una unión marital de hecho y, como consecuencia de ello, la sociedad patrimonial de hecho los hizo compañeros permanentes desde el 11 de diciembre de 2006 hasta el 23 de febrero de 2019, fecha en la que se separaron.

La demanda se fundamentó en los siguientes hechos:

La señora M. R. T. y el señor J. P. Q., desde el 11 de diciembre de 2006 iniciaron una unión marital de hecho, la que subsistió de manera continua por un lapso superior a 2 años, hasta el 23 de febrero de 2019, en la ciudad de Plato (Magdalena). De dicha unión no se procrearon hijos, pero la demandante ayudó a criar tres 3 hijos que tiene el demandado. [...]

Como consecuencia de la unión marital descrita se formó la sociedad patrimonial, la cual durante su existencia construyó un patrimonio. [...] La citada sociedad patrimonial fue disuelta el 23 de febrero de 2019, fecha en la cual el extremo pasivo abandonó a su poderdante para irse a convivir con otra mujer. La señora M.R.T. es una mujer de 51 años, desempleada y enferma, que no tiene recursos para subsistir. [...]

La demanda fue admitida el 20 de noviembre de 2019 (f. 19); el demandado, enterado del asunto, contestó la misma, aceptando unos hechos y negando otros al no estar de acuerdo con la fecha de termina-

ción de la sociedad patrimonial de hecho que arguye la demandante. Él aludió que la convivencia fue por 10 años, desde el 10 de marzo de 2007 hasta el 10 de diciembre de 2017; asimismo formuló las excepciones de fondo como enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, no acatar acuerdos anteriores, inexistencia del derecho y las mixtas de prescripción de la acción correspondiente al derecho invocado. [...]

El 18 de febrero de 2020 se realizó la audiencia en la que se practicaron las pruebas decretadas, se escucharon los alegatos de conclusión y se dictó sentencia que: I) declaró no prósperas las excepciones propuestas, II) encontró probadas las tachas efectuadas a los testigos J.J. y M.O., III) declaró que entre M.R.T. y J. P.Q. existió una unión marital que se prolongó en el tiempo desde el 29 de diciembre de 2006 hasta el 1 de febrero de 2019 y que como consecuencia de ello se formó la sociedad patrimonial desde el 6 de julio de 2010 hasta el 1 de febrero de 2019 y, IV) condenó al señor J.P.Q. a suministrar alimentos en cuantía del 20% del salario y demás prestaciones que devengue. [...]

Inconforme con la decisión, el demandado apeló sobre los puntos que resuelven la no prosperidad de las excepciones y la condena de suministrar alimentos en cuantía del 20%, debido a que el despacho omitió apreciar la confesión de la demandante, la que al absolver el interrogatorio de parte adujo que su último domicilio con el demandado fue en el barrio XXX en el año 2014, allí convivió durante 3 años con el señor J.P.Q. y que luego de ahí no convivieron más. [...]

Continuó puntualizando que, con ello, quedó demostrado que el último día de la convivencia fue el 10 de diciembre de 2017.

De ahí se establece, con base al art.8 de la Ley 54 de 1990, que la prescripción de la acción es de un año a partir de la separación física y definitiva de los compañeros; la demanda fue presentada el 20 de noviembre de 2019. [...] La primera configuración normativa de esta institución jurídica la encontramos en la Ley 54 de 1990, por medio de la cual se definen las uniones maritales de hecho y se establece el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. [...]

Posteriormente, en la Constitución Política de 1991 se realizó su contemplación constitucional, en el artículo 42. Por otra parte, una de las consecuencias jurídicas de las uniones maritales de hecho es el surgimiento de la sociedad patrimonial, la cual necesita declaratoria judicial en los siguientes dos eventos, señalados en la Ley 54 de 1990, artículo 2:

Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio, y cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho. [...]

Antes de abordar el asunto que ocupa a la Corporación, se detendrá en lo atinente a la prescripción. La jurisprudencia puntualizó al respecto que:

En suma, para la Corte, la acción declarativa de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes en cuanto refiere al estado civil es imprescriptible, en tanto que, la concerniente a la declaración judicial de existencia de la sociedad patrimonial derivada de la unión marital y la relativa a su disolución y liquidación, es prescriptible. Así, cuando además de la existencia de la unión marital, se pretenda la de la sociedad patrimonial o, su disolución y liquidación, la acción, a propósito de los efectos económicos o patrimoniales, está sujeta a prescripción, más no respecto del estado civil.

Con este entendimiento, la acción para la declaración de existencia de la unión marital de hecho respecto al estado civil es "imprescriptible" (artículo 1º del Decreto 1260 de 1970) y desde la verificación fáctica de sus requisitos legales, es decir, la unión y la comunidad de vida permanente y singular, con las características legales, el derecho, *voluntas legis*, surge y puede ejercerse la acción para su reconocimiento judicial. [...]

De lo que se colige que la acción para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes prescribe en el término de 1 año contado a partir de los eventos señalados en la normatividad aplicable al caso y la sentencia citada. Esta excepción debe ser formulada por las partes, lo que en efecto ocurrió en el presente asunto. [...]

Al valorar las pruebas en conjunto, se puede establecer que la convivencia entre los señores M. R. T. y J. P. Q. fue hasta

el año 2017, sin que se tenga certeza de la época; por lo tanto, se presumirá que fue hasta diciembre de 2017. La demanda fue instaurada el 22 de octubre de 2019, es decir, que para la data en que ésta se radicó ya había transcurrido más del año previsto en la norma para reclamar la declaración de existencia, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho.

Así las cosas, contrario a lo plasmado por la *a quo*, se ha de declarar probada la excepción de prescripción de la acción, prosperando el primer reparo; en consecuencia, se ha de revocar los numerales segundo y cuarto de la providencia objeto de alzada. De acuerdo con esto, se continuará con el segundo de los reparos que es el fallo *extra petita* por la condena al pago de alimentos. De cara a ello, la Alta Corporación Ordinaria, en sentencia STC 6975-2019 del 4 de junio de 2019, con ponencia del Dr. Luís Armando Tolosa Villabona, precisó:

El fallo judicial en el Estado de Derecho, como no puede ser arbitrario, sino motivado y con observancias del debido proceso, se halla integrado por las declaraciones de hechos que, en mérito de la apreciación de las pruebas legalmente allegadas y practicadas en el juicio, estima probadas el juzgador; por las definiciones jurídicas que, de ellas, como verdad legal, se deriven, y por la consiguiente, declaración del derecho discutido en la controversia. [...]. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta. [...]

Pero, además, el Estado constitucional obliga al juez, en la sustanciación de causas familiares contaminadas con déficit de derechos, atemperar el rigor del principio de consonancia. En ese contexto, el C. G. P. prevé en el parágrafo 1 del artículo 281 que:

En los asuntos de familia, el juez podrá fallar *ultra* y *extra petita*, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole. [...]

En este orden de ideas, el reproche realizado, en principio, no gozaría de vocación de prosperidad, debido a que en materia de familia el juez está legalmente habilitado para fallar *extra* o *ultra petita* por la previa transcripción de la norma. Esto siempre que las decisiones que tome atiendan a los fundamentos de hecho expuestos por los extremos activo y pasivo. [...]

Ahora bien, en todo caso, esa obligación alimentaria reclama axiológicamente demostrar: I) la presencia de un vínculo jurídico sea de carácter legal (el parentesco) o de naturaleza convencional, II) la demostración de la necesidad del alimentario, en cuanto quien los pide no tiene lo necesario para su subsistencia y III) la correspondiente capacidad del alimentante. Si están demostrados estos elementos estructurales, reclamar otras exigencias o requisitos diferentes obstaculiza el ejercicio de tan esencial derecho subjetivo. [...]

Por otra parte, la falladora se remite a la certificación “visible del folio 14 al folio 16” para tener por demostrada la capacidad

económica del encausado, pero no hizo una valoración de por qué el 20% del monto de los ingresos allí certificados es lo que la señora M.R.T. necesita para satisfacer sus necesidades alimentarias sin afectar la subsistencia del señor J. P. Q. Esto era imposible de hacer ante la absoluta orfandad demostrativa, ya que tampoco existe prueba y ni siquiera hay mención de sus actuales circunstancias domésticas, las cuales no se expusieron ni fueron indagadas en el interrogatorio de parte al que aquél fue sometido.

En resumen, no está demostrada la convergencia de los tres presupuestos específicos de procedibilidad de la acción alimentaria. Estos son: I) la existencia de un vínculo del cual dimane la obligación, II) la capacidad del deudor alimentario y III) la necesidad del alimentario; porque como se acaba de explicar, el último de ellos carece de todo sustento demostrativo en este particular evento. Siguiendo esta línea de pensamiento, se ha de revocar el numeral quinto del proveído que se revisa. Por último, a pesar de que la declaratoria de la existencia de la unión marital, contemplada en el numeral 3 del fallo, no fue objeto de reparos, se impone la modificación del término de finalización como consecuencia de la prosperidad de la prescripción de la acción. Se indicará que perduró hasta el 31 de diciembre de 2017.

DRA. MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

RAD No. 47.001.31.53.005.2015.00088.01

SANTA MARTA, CUATRO (4) DE MAYO DE DOS MIL VEINTE (2020).

Responsabilidad civil médica contractual / extracontractual. En cualquiera de las modalidades de servicio de salud se establece una relación contractual entre el paciente y la empresa prestadora del servicio y, por ende, se está en presencia de un particular “contrato de prestación del servicio médico asistencial de emergencia”. En este, la principal obligación de la empresa prestataria consiste en la atención de la urgencia o emergencia sufrida por el paciente. Empero, cuando las prestaciones económicas por las supuestas fallas no son exigidas por el paciente, sino por personas ajenas a esa relación, se rige por la de tipo extracontractual.

Actividad médica / obligaciones. La actividad médica por regla general se enmarca dentro de las obligaciones de medios, excepcionalmente se configuran algunas de resultados.

Reglas de la experiencia / aplicación. El funcionario judicial, de conformidad con las normas jurídicas, puede aplicar las reglas de la experiencia, la ciencia o la lógica para realizar ciertas presunciones relacio-

nadas con la culpa médica. También puede imprimir razonamientos lógicos observando indicios conductuales de las partes o alguna anomalía que indique derivarse del acto médico con resultados desproporcionados que ameriten un resarcimiento.

Extracto de la sentencia

Los señores J. T., F. M. y S. M., a través de su apoderada, promovieron demanda para que, previo los trámites legales, se declare civilmente responsable a la demandada como consecuencia de las fallas en el servicio médico por omisión, error y negligencia al no diagnosticarle el verdadero cuadro clínico que tenía la paciente M. F. y, como consecuencia de ello, se ordene pagar los perjuicios materiales y morales en la cuantía indicada en la demanda.

Soportaron sus pedimentos en que el día 4 de octubre de 2010 la citada persona ingresó a la clínica S. S. debido al malestar que presentaba y, ante la ausencia de menstruación, advirtieron estado de embarazo y autorizaron su salida con algunas reco-

mendaciones. [...] Se relató que la paciente continuó en malas condiciones. Al ser valorada por ginecología, se programó para legrado. En el procedimiento se obtuvieron abundantes restos de placenta y se decidió cubrir con triple esquema de antibióticos, asimismo se solicitó valoración por cirugía general. Estos últimos descartaron foco séptico abdominal y no consideraron manejo quirúrgico, seguidamente la paciente presentó paro cardíaco y falleció el 28 de diciembre de 2010.

Los demandantes manifestaron que, en su sentir, se demuestra la falla médica por error en el tratamiento al no ser diagnosticado oportunamente su verdadero cuadro clínico. [...] Admitida la causa (f. 636), la demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, planteando excepciones que denominó ruptura del nexo causal por el hecho de un tercero aseverando que los hechos médicos que censura la parte fueron desarrollados por la Corporación IPS S.S., siendo un agente ajeno a la EPS. Propuso, además, cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación usuario – entidad promotora de salud, anotando que a la paciente se le garantizó de manera oportuna la prestación del servicio y autorizaciones pertinentes. [...]

Evacuadas las etapas, el 6 de septiembre de 2019 se emitió fallo negando las pretensiones de la demanda, considerando que el extremo activo no probó en qué se equivocaron los médicos tratantes o si el diagnóstico fue errado o los medicamentos no fueron los adecuados, por lo que se carece de certidumbre de dónde estuvo la falla.

Inconforme con esa determinación, el apoderado de la parte activa interpuso

recurso de apelación esbozando que se dejaron de lado las conclusiones a las que llegó el Tribunal de Ética Médica, quien es la autoridad sobre el comportamiento o práctica de la medicina, y que no fue objeto de objeción ni tacha por el demandado; por ello, según su parecer, dicho elemento debió tenerse en cuenta para determinar la responsabilidad. [...]

Como quiera que la actividad médica, por regla general, se enmarca en las obligaciones de medios, en principio deben propender por ejecutar diligente y correctamente los actos adecuados en procura de la recuperación o preservación de la salud del paciente, aunque en algunos eventos también se configuren las de resultados, por ejemplo, cuando se trata de asuntos con fines estéticos. De ahí que el ámbito persuasivo de ello se rija por el presupuesto de culpa probada, donde al actor le corresponde demostrar la desidia, impericia o mala praxis de las entidades prestadoras de salud y su personal, tal como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de julio de 2010.

Sin embargo, en la misma providencia dejó sentado que el operador judicial puede aplicar diferentes procedimientos, de la mano con los mandatos de la sana crítica, para flexibilizar la rigidez de las reglas de la carga de la prueba, realizando inferencias lógicas dirigidas a colegir la culpabilidad médica en determinado evento; especialmente por las dificultades probatorias que puede afrontar la víctima según las particularidades de cada caso.

Así las cosas, el funcionario judicial, de conformidad con las normas jurídicas, puede poner en práctica el sentido común y

aplicar las reglas de la experiencia, la ciencia o la lógica, realizar ciertas presunciones relacionadas con la culpa médica u observar indicios conductuales de las partes o imprimir razonamientos lógicos, como también observar alguna anomalía que indique derivarse del acto médico y que conduzca a deducir un resultado desproporcionado que amerite un resarcimiento. [...]

De esto se colige que la responsabilidad por el acto médico trae consigo un reproche de culpa relacionado con el cuidado, la pericia y la diligencia que debe desarrollar el facultativo cuando se deriva un resultado (daño) que, pudiendo ser previsto, no lo fue por imprudencia, impericia o negligencia. Esta configuración especial surge a partir de lo establecido por las reglas de la *lex artis ad hoc*, principal criterio de evaluación de la conducta médica, y por el conjunto de preceptos sobre el comportamiento de un buen facultativo en su especialidad; esto significa que tenga en cuenta los preceptos que rigen su ciencia.

En cualquiera de las modalidades de servicio de salud se establece una relación contractual entre el paciente y la empresa prestadora del servicio y, por ende, se está en presencia de un particular “contrato de prestación del servicio médico asistencial de emergencia”. En este contrato la principal obligación de la empresa prestataria consiste en la atención de la urgencia o emergencia sufrida por el paciente, servicio que comporta el tratamiento de tal crisis prehospitalaria u hospitalaria hasta que haya sido superada. Sin embargo, cuando las prestaciones económicas por las supuestas fallas no son exigidas por aquellas, sino por personas ajenas a esa relación, se

rige por la de tipo extracontractual, ya que están pidiendo por su propia cuenta la indemnización de perjuicios por ellos padecidos ante el supuesto daño producido a la paciente. [...]

En ese sentido, la Corporación se ocupará de determinar si se dan los supuestos para la declaratoria de responsabilidad y si el pronunciamiento al que se hizo mención es suficiente para ello. Sin embargo, lo primero es acotar que, frente a la falta de legitimación por pasiva propuesta por la demandada con el pretexto de no haber sido ella quien ejecutó los actos médicos que se reprochan, dicho medio de defensa no tiene vocación de prosperidad, porque si bien es cierto que no fue quien realizó directamente los actos que se recriminan sino la Corporación IPS S. S. con ocasión a un contrato prestacional suscrito entre esas partes, tal situación no lo exime de su responsabilidad para con sus afiliados, ya que como lo ha reiterado la Corte:

[...] la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudar, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Presta-

doras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas. [...]

Lo que permite aseverar que al ser recurrentes las infecciones urinarias en M. F., a tal punto que estuvo hospitalizada por pielonefritis y vaginitis, vulvitis y vulvovaginitis hasta el 10 de diciembre de ese año, se requería que se investigara a ciencia cierta el origen de estas molestias y así poder combatir las. El tratamiento con antibióticos inició solo hasta el 23 de diciembre de 2010 a las 18:29, según historia clínica, donde se manifiesta lo siguiente: “desde el día de hoy le medicaron ceftriaxona, se considera paciente en estado séptico, por lo que se decide pase a UCI”.

Estas actuaciones evidencian la demora en el “inicio de un plan antibiótico adecuado a la causa de la sepsis, asociado, intenso y de amplio espectro, ver medidas farmacológicas en el aborto séptico”, conducta establecida en las “Guías para la Atención de las Principales Emergencias Obstétricas” de la Organización Panamericana de la Salud. Por lo que el Colegiado comparte la apreciación que hiciera el Tribunal de Ética Médica del Magdalena, César, La Guajira y Distrito de Santa Marta, respecto al lapso censurado al plasmar: “pese que la paciente acudió de forma oportuna al servicio médico, no fue sino hasta cuando su condición se consideró crítica que se dio un manejo acorde a la patología presentada, lo que generó un retardo en la atención que impactó de manera negativa en el pronóstico de la paciente”.

Y es unánime la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando la tardanza en la atención médica constituye una conducta negligente que merece reproche y amerita la declaratoria de responsabilidad civil de ocasionarse el daño y probarse el nexo casual⁵². De tal manera se acredita la culpa de los médicos que atendieron a la señora M. F. por no proceder conforme al protocolo que requería este asunto, dejando de utilizar las herramientas útiles y necesarias para dar un tratamiento oportuno que contribuyera a disminuir los riesgos de sepsis. Esta conducta, que configura falta de gestión y desconocimiento a la *lex artis* médica, amerita revocar la sentencia que negó las pretensiones de la demanda y declarar responsable a S. S. EPS en liquidación, quien prestó el servicio de salud deficiente, al confluir las exigencias para su declaratoria como son el daño, la culpa y el nexo de causalidad.

El daño se encuentra demostrado con la muerte de la señora M. F., la culpa se produce de la negligencia al no brindar una atención de calidad, y el nexo causal se configura con la demora del inicio del tratamiento que contribuyó al deterioro de su salud y posterior fallecimiento, para lo cual se acompañó el respectivo registro civil de defunción.

52 Puede consultarse, entre otras, la sentencia del 30 de agosto de 2013, donde funge como ponente la Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

DRA. MYRIAM FERNÁNDEZ DE CASTRO BOLAÑO

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

RAD No.47.189.31.53.002.2017.00085.01

SANTA MARTA, QUINCE (15) DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECINUEVE (2019).

Responsabilidad civil contractual / naturaleza de la culpa. El deudor es responsable de la culpa leve en los contratos que se constituyen para beneficio recíproco de las partes.

Extracto de la sentencia

Con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por ambos extremos procesales contra la sentencia proferida dentro del proceso de responsabilidad civil contractual promovido por Comercializadora XXX S.A.S. contra la empresa de vigilancia ZZZ, se constituyeron en audiencia pública los magistrados integrantes de la Sala, en asocio con el secretario adjunto.

La sociedad Comercializadora XXX S.A.S. convocó a ZZZ para que se hicieran las siguientes condenas: declarar civilmente responsable a la empresa demandada, resarcir los perjuicios ocasionados con el incumplimiento del contrato de Packbase No. XXX con fecha de inicio 25 de abril de 2010, cuyo objeto era el monitoreo de

alarmas y, como consecuencia, declarar que los perjuicios sufridos por parte de la demandante son por concepto de daño emergente, intereses moratorios y al pago de las costas.

Las anteriores pretensiones las fundó en que, entre las sociedades mencionadas, se celebró contrato de prestación de servicio de monitoreo de alarmas, de naturaleza mercantil y, en especial, bajo lo contenido en la cláusula segunda, donde la empresa de vigilancia se obligaba a emitir las señales, durante las 24 horas del día, de alarma o verificación. La notificación podía ser mediante llamada telefónica, mensaje de texto, mensaje de voz o cualquier otro medio.

El día 2 de enero de 2017, el señor L. C. G., supervisor del supermercado XXX en dicha localidad, al momento de abrir observó que el sistema de alarma no se activó, y al llegar a la bodega se percató de indicios de que terceros indeterminados irrumpieron en el negocio, razón por la cual inmediatamente avisó a la administradora, M. J. A. y a la Policía Nacio-

nal. Luego, al revisar constataron que los desconocidos rompieron la caja fuerte y lograron sustraer una suma de dinero correspondiente a las ventas del supermercado los días 29, 30 y 31, más los valores del saldo de la caja destinados para suplir los requerimientos de menudo y, adicionalmente, otro monto correspondiente al dinero del corresponsal bancario con el cual la demandante tenía convenio.

Revisadas las imágenes del circuito cerrado de televisión se constató que los sujetos ingresaron el día 1 de enero de 2017 entre las 00:00 y 03:30 horas, para lo cual rompieron la pared del inmueble colindante y desde allí saltaron al techo del almacén para finalmente entrar en el supermercado. Sin embargo, no se notificó ninguna señal de alarma, ni aviso a los contactos de emergencia provistos por Comercializadora XXX S.A.S.

La empresa ZZZ se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos de manera parcial y propuso excepciones de mérito de observancia de las exigencias del contrato de Packbase No. XXX. Estas son: ausencia de responsabilidad, falta de demostración de la existencia y propiedad de los bienes.

En el fallo de primera instancia, la *a quo* declaró civil y contractualmente responsable a la demandada por los perjuicios acaecidos con ocasión de los hechos del 1 de enero de 2017, atendiendo la cláusula contenida en el contrato Packbase No. XXX, la que deberá indexarse, y condenó en costas a la demandada en un 50%. Para arribar a esta determinación indicó que el artículo 1604 del Código Civil establece que el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su

naturaleza solo son útiles al acreedor, de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes y de la levísima en aquellos que el deudor es el único que reporta beneficios. En el presente ambos contratantes reportan beneficios, por lo que debe ser examinada a la luz de la culpa leve.

Continuó expresando que existe falta de diligencia en el uso o en el ejercicio del cronograma de protocolo a seguir en los términos del contrato, pues al concurrir otros medios para poder enterar a la demandante de lo que estaba ocurriendo, la empresa de vigilancia debió hacer uso de éstos. [...]

Inconforme con la anterior solución, el apoderado de la parte demandada apeló, esgrimiendo como primera censura lo relacionado con el cumplimiento del contrato. Afirma que en el texto no se dispone de un orden a seguir para el cumplimiento del aviso de emergencia, los literales a, b y c corresponden a un seguimiento, pero no una orden particular; en consecuencia, considera que existe una inadecuada interpretación por parte del despacho para atribuirles culpa. En segundo lugar, existen documentos que hacen relación al monto de los valores que estaban según el demandante en el establecimiento XXX, pero no hacen referencia a la efectiva existencia del dinero en el local; afirma que una cosa es el monto en documentos contables y otra que en realidad existieran físicamente. [...]

En lo relacionado al daño sustenta su decisión en la falta de objeción al monto indemnizatorio pedido, como si con ello se demostrara de forma palpable que en

efecto el dinero estaba en la caja fuerte. Por último, alude que el nexo causal se rompió al no contestar los demandantes los teléfonos reportados, el único al que entró una llamada lo tenían en la oficina, aunado a que, contando con cámaras de seguridad, según lo dicho por los testigos, tampoco hicieron seguimiento al interior del establecimiento.

La demandante igualmente apeló y precisó como reparos concretos en que el fundamento de la decisión para reducir la indemnización se configura en una inadecuada apreciación probatoria alejada de los principios de la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia. Prosigue señalando que la *a quo* efectuó una indebida valoración probatoria al imputar una culpa leve en vez de grave a pesar de declarar probada que la obligación de informarle a Comercializadora XXX no se llevó a cabo. La jueza enmarca en culpa leve por haber llamado a la policía, y que este acto por sí solo no bastaba para que la parte demandada cumpliera el contrato. [...]

Finalmente, manifiestan que se equivoca la *a quo* al aplicar límite a la indemnización, porque no fue solicitada por la parte demandada al no presentarla como excepción ni en las alegaciones que hizo, la cual en su sentir no es aplicable por ser abusiva, ya que no se minimizan los riesgos que se pretendían con la celebración del contrato. [...] De lo anterior tenemos que, en el presente proceso, se persigue la indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento por parte de ZZZ con lo pactado en el contrato de Packbase No. XXX con la Comercializadora XXX S.A.S. Así, se precisa que, en toda clase de

responsabilidad precontractual, contractual o extracontractual, deben concurrir los siguientes elementos: a) un hecho o una conducta culpable o riesgosa, b) un daño o perjuicio concreto a alguien y c) el nexo causal entre los anteriores supuestos. Se detendrá la Sala en el marco de la responsabilidad contractual a fin de establecer la prosperidad o no de los embates plasmados en la apelación por cada uno de los extremos procesales. [...]

Por consiguiente, cuando se persigue la indemnización de perjuicios de manera principal (artículos 1610 y 1612 del Código Civil), como en este caso, es un presupuesto indispensable para la prosperidad de la pretensión la prueba de los dos últimos requisitos, pues no siempre el incumplimiento del contrato ocasiona perjuicios al otro contratante. [...]

Al examinar en el expediente el convenio adosado en el folio 10 al 13 la fotocopia del contrato de Packbase No. XXX, se tiene que éste, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1480 del 2011, es un típico contrato de adhesión. Ahora, atendiendo las obligaciones contraídas por el contratista con la que se persigue minimizar los riesgos, la obligación es de medios. [...]

Del contexto se puede sostener que la demandada no cumplió con el protocolo establecido porque, como se alude, existe registro de una llamada a uno de los abonados suministrados por el contratante. No es menos cierto que no se logró establecer comunicación alguna con el responsable de este celular, pero la parte demandada tampoco demostró que lo hubiese hecho con los otros contactos.

De acuerdo con lo anterior, no existe elemento probatorio alguno que establezca que el operador se volvió a comunicar con los contratantes con el propósito de establecer si el beneficiario se iba a desplazar al establecimiento para verificar sus instalaciones. Este hecho debió ser demostrado por el extremo pasivo, en virtud que, al responder en principio por culpa leve, le incumbía la prueba de su diligencia y cuidado.

Por lo tanto, al valorar las pruebas en conjunto, se puede establecer que la obligación de ZZZ era la de monitorear las dependencias de Comercializadora XXX las 24 horas del día, y en caso de recibir una alerta, avisar a través de una llamada telefónica, mensaje de texto, mensaje de voz o cualquier otro medio. Con el interrogatorio de parte de los representantes de ambos extremos procesales se estableció que la señal llegó a media noche; lo que corroboró el señor H. E. C., quien relató que intentó comunicarse con el señor C., pero el teléfono aparecía como si no tuviera señal, que el único que timbró fue el de J. E., quien informó que el día 2 de enero de 2017, al revisar el teléfono, figuraba una llamada, pero que no se dio cuenta del mensaje de voz.

Pues bien, la demandada pregona el cumplimiento de su compromiso con el mensaje de voz dejado al señor J. E. y la llamada a la Policía Nacional. Para la Sala esto no resulta suficiente, esto sin desconocer que, atendiendo a las reglas de la experiencia, las llamadas para la medianoche del 31 de diciembre se tornan complicadas. A ZZZ se le exigía la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en

sus negocios propios. Lo anterior, de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, "incumbe al que ha debido emplearlo...", lo cual no fue efectuado. [...] En este punto se pronunciará el Tribunal respecto a la objeción relacionada al rompimiento del nexo causal, de haberse contestado la llamada o tener el teléfono corporativo en su poder, la Policía Nacional hubiese hecho una revisión del lugar al momento en que se acercó al mismo. Por lo tanto, no puede achacar una responsabilidad al demandante, al ser la parte pasiva quien tenía la carga de respuesta.

Como ya se analizó, no existe un medio que compruebe el mensaje de voz, como tampoco que la entidad demandada hubiese actuado diligentemente, pues se reitera que, a la hora y el día del evento, las comunicaciones se complican. Una persona eficiente insiste hasta obtener la comunicación o al menos envía un mensaje de texto para demostrar que intentó la comunicación y le fue fallido, pero para ello solo se cuenta con lo dicho por el operador de turno. De tal manera, no es de recibo la tesis del rompimiento del nexo causal al no contestar los teléfonos la entidad demandante. [...]

Por consiguiente, se ha de analizar lo tocante a la naturaleza de la culpa por la que debe responder la empresa de ZZZ, para ello el inciso primero del Art. 1604 dispone que:

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio

recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

De ahí que ZZZ responda hasta por la culpa leve al obtener los contratantes beneficios recíprocos, esto significa que Comercializadora XXX reciba un servicio y la parte demandada el pago por éste. [...] Las omisiones en que incurrió ZZZ son:

- Incumplimiento del protocolo al registrarse una sola llamada y no insistir con el propósito de asegurar que los representantes de Comercializadora XXX se desplazaran hasta sus instalaciones a fin de verificarlas.
- No acudir a un mensaje de texto o un correo electrónico.
- La tardanza de la llamada desde el instante en que se registró la alarma.

Lo que permite colegir que la conducta desplegada por la empresa de vigilancia fue muy descuidada al omitir acudir a otros medios que tenía a su alcance para prevenir a Comercializadora XXX de la activación de la alarma, despreocupándose de las señales de alerta como era la desactivación del sistema GPRS una vez se activó la alarma. Estas omisiones conllevan a que la culpa que se le endilgue a ZZZ tenga la connotación de grave, como lo invocó la entidad demandante. [...]

De otra parte, ZZZ alega que no existe prueba de que en efecto el dinero se encontraba físicamente en la caja fuerte de la Comercializadora XXX de Ciénaga, lo que fue acreditado por la Juzgadora de

Instancia al no mediar objeción o tacha al monto indemnizatorio, basándose en el señalamiento que hiciera el revisor fiscal, así como en los papeles contables allegados al proceso. De cara a ello, el Art. 206 del C. G. P. establece que:

Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. [...] Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido. [...]

Por ende, se ha de revisar los medios convincentes que reposan en el expediente para establecer si con ellos se comprobó la existencia del dinero; en esta tarea se tiene que no solo la declaración del revisor fiscal da cuenta de la existencia del dinero, sino que M. A. P., quien manifestó que el dinero existió porque no hubo servicio bancario los días 29, 30 y 31 de diciembre, además de que la entidad cuenta con un sistema pos que discrimina las ventas en efectivo y con tarjetas. Por su parte, S. P. B., por ser la tesorera, encargada de recaudar el dinero, explicó que una vez se rectifica el dinero

se manda a consignar, pero como el banco trabajó hasta cierta fecha, no se alcanzó a consignar la venta de ciertos días; existen los recibos de caja y J. R. P. relata que existe un sistema contable en el que queda todo registrado.

Lo anterior, aunado al estado de resultado visible a folio 321 aportado por el revisor fiscal en el que se relacionó por hurto la suma de \$196.606.601, permite aseverar que, contrario a lo esgrimido por la demandada, sí se pudo colegir la existencia del dinero en las instalaciones del supermercado XXX. [...]

Lo dicho permite afirmar que, con el estado de cuentas presentado por el señor J. R. P., más el relato de los testimonios reseñados, lleva certeza al juzgador de la existencia de los dineros reclamados, lo que falsea el argumento con el que soporó el reparo que se analiza.

La actora reclama como indemnización por daño emergente la suma de

\$215.251.549; sin embargo, tal como se analizó anteladamente, solo se corroboró, como se observa a folio 321, con el estado de resultado, el monto de \$196.606.601, lo que no se desvirtúa con el juramento estimatorio, tal como se analizó previamente. Por tanto, al demostrarse que el valor del hurto fue de \$196.606.601, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 281 del C. G. P.: “si lo pedido por el demandante excede de lo probado se reconocerá solamente lo último” e inaplicarse la cláusula décima primera del contrato Packbase No. XXX de acuerdo con las explicaciones que anteceden, se ha de modificar el numeral primero de la sentencia complementaria del 27 de agosto de 2018 y se revocará parcialmente el numeral primero del fallo emitido el 22 del mismo mes y año, y se corregirá el monto allí consignado en la cuantía, antes anotada y debidamente indexado.

DRA. MARTHA MERCADO RODRÍGUEZ

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

RAD No. 47.001.31.53.003.2015.00185.02

SANTA MARTA, VEINTINUEVE (29) DE MAYO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019)

Responsabilidad civil por mala praxis médica / principio de la culpa probada. Está a cargo de la parte actora acreditar que el daño y el procedimiento adelantado por los médicos tratantes están íntimamente ligados, en desarrollo de las reglas de distribución de la carga de la prueba.

Extracto de la sentencia

La Sala resolvió el recurso de apelación formulado por el apoderado de los demandantes [...] contra la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2018 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta, dentro del proceso verbal de responsabilidad civil contractual y extracontractual que promovieron frente a CC – EPS y la Clínica XXX, quien llamó en garantía a Seguros de Vida YY. La EPS citada hizo lo propio frente a Oftalmológica ZZ y al Centro de Oftalmología NN. [...]

Las pretensiones de la demanda consisten en que se declare civilmente responsable a CC - EPS y a la Clínica XXX por los

perjuicios que sufrieron los actores a causa de la pérdida de la visión del ojo izquierdo de E.R., desencadenado en la negligencia y mala praxis médica, y como consecuencia de tal determinación, se les condene a resarcirlos en la modalidad de daños materiales y extrapatrimoniales, en las cuantías indicadas en ese libelo y de los supuestos de hecho que allí se invocan. Se concluye que la responsabilidad civil es de stirpe contractual respecto de E.R y extracontractual frente a los demás demandantes. Estos tipos de responsabilidad se diferencian en virtud de que, para la configuración de la primera, se requiere que haya de por medio un convenio que una a las partes y que supuestamente fue desconocido o incumplido por las demandadas, según el artículo 1602 del Código Civil que la regula. El último tipo de responsabilidad se rige por el 2341 del mismo ordenamiento, que establece la responsabilidad civil por ministerio de la ley.

Ahora, se extrae de sendos preceptos que los elementos de la responsabilidad civil, cualquiera que sea, consisten en un

daño, una culpa, y la relación de causalidad entre ésta y aquél, a más del contrato en los de esta índole. Este vínculo se demostró con lo consignado en la historia clínica, donde se indica que fue atendido en la Clínica XXX, en virtud del convenio existente entre ésta y la EPS demandada, a la cual E.R. está afiliado al régimen contributivo.

Bajo esa perspectiva, el tema que nos ocupa se circunscribe a la responsabilidad médica que, por regla general, se enmarca dentro de las obligaciones de medio, siendo de cargo de los actores demostrar la culpa de las demandadas, ya por desidia, impericia o mala praxis de los médicos vinculados a la entidad de salud a la que E.R. se encontraba afiliado.

En el asunto bajo examen, el *a quo* negó las súplicas de la demanda al hallar probada la excepción de falta de los presupuestos de la responsabilidad civil, específicamente del nexo causal propuesto por la aseguradora YY. En opinión del juzgador, el apoderado de los recurrentes no demostró, en primer lugar, que la dexametasona fuera la causa ineludible de la úlcera corneal que ocasionó la pérdida de la visión por el ojo izquierdo a E.R. y, en segundo lugar, del médico que lo vio por el servicio de urgencias por no realizar el interrogatorio debido.

Inconforme el apoderado de los demandantes frente a la decisión presentó su apelación, el primer reparo que hizo a la decisión consistió en recordar que la responsabilidad de las accionadas no solo se atribuye al suministro de dexametasona, del que manifestó que es un medicamento contraindicado en el caso de infecciones micóticas, sino porque no le prescribió natacin, que como lo manifestaron los testi-

gos técnicos oftalmológicos, es el idóneo y adecuado para hacerle frente a este tipo de afección. Además, reprocha el valor probatorio dado a los testimonios técnicos y a la historia clínica, pues, según su criterio, omitió el médico tratante efectuar una adecuada anamnesis o interrogatorio al paciente sobre los antecedentes o circunstancias que dieron origen a la patología detectada el 5 de enero. Esto ocasionó que el galeno no tuviera conocimiento del incidente con el insecto y, en consecuencia, no considerara ni sospechara de una patología diferente a la conjuntivitis, razón por la que impartió el tratamiento que estimó adecuado para combatir esa afección.

Con sustento en la referida historia clínica, los testigos técnicos concluyeron que el cuadro que presentó el actor era compatible con diagnóstico de conjuntivitis y, por tanto, ajustado a la *lex artis* el comportamiento del médico al ordenar dexametasona. Sin embargo, el Dr. S. declaró que en la primera atención no hubo un adecuado interrogatorio y, según sus palabras, eso cambia todo. Añadió que el mismo se circunscribió a los signos, dolor, inflamación y padecimientos que aquejaban a E.R., pero no a la causa de éstos y, por ello, omitió la remisión al especialista y ordenar exámenes especializados para determinar la causa de la infección, los que fueron ordenados hasta el 10 de enero cuando la infección micótica se había propagado hasta causar una úlcera que abarcaba el 80% de la córnea del ojo afectado, como consta en el documento que hace parte de la historia clínica y que sirve de respaldo del indebido tratamiento médico impartido el 5 de enero anterior.

Ante estas circunstancias, cambió la medicación, suprimiendo la dexametasona y ordenando natacin, conducta que fue avalada por el Dr. S. en Oftalmológica ZZ. Por último, refirió que no existe explicación razonable de por qué el 7 de enero, dos días después de la primera atención, la EPS, a través de la Unidad Básica de atención del barrio La Esperanza, no detectó el avance o curso de la infección ocular, cuando consta que el médico que practicó examen físico en los ojos de E.R. no advirtió ningún padecimiento y lo remitió a oftalmología por la enfermedad de base de éste, diabetes, que produce retinopatía diabética y no por infección ocular.

Al examinar el material probatorio, a fin de determinar a quién le asiste razón, advirtiendo que para que salgan adelante las pretensiones de la demanda, es de cargo de los actores acreditar que el daño y el procedimiento están íntimamente ligados y, previamente a ello, la falla en la atención médica de urgencias o de los galenos adscritos a la EPS demandada. Lo anterior teniendo en cuenta que se trata de una obligación de medios, estando en línea de principio en presencia de la culpa probada, que sigue el sendero de las reglas de distribución de la carga de la prueba, prevista en el artículo 167 del C. G. P.; excepto que de los elementos suasorios se deduzca culpa virtual, producto entre otras causas, del resultado desproporcionado obtenido⁵³.

53 Así lo ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, entre otras decisiones, en la sentencia del 22 de julio de 2010, donde hizo énfasis en que se debe examinar el asunto con mesura y profundidad a efecto de determinar si se está en presencia de “culpa virtual” o de “un resultado despro-

En primer lugar, se advierte que no es tema de discusión la existencia del contrato para la prestación del servicio de salud del señor E.R., en virtud de su afiliación al régimen contributivo de la EPS demandada en calidad de cotizante, como se plasmó en la historia clínica. Estos hechos son además aceptados por aquélla al descorrer el traslado de rigor⁵⁴. Tampoco es objeto de controversia que aquel perdió la visión por su ojo izquierdo, como se consignó en el aludido documento, quedando acreditado el daño, elemento primordial de la responsabilidad civil. De acuerdo con lo descrito, el verdadero aspecto de discordia del extremo litigioso lo constituye el nexo causal. El meollo del asunto es establecer si la lesión se produjo por la equivocada prescripción de medicamentos en la primera atención médica, toda vez que eran contraindicados para la patología presentada por E. R.

Muestra la historia clínica que el 5 de enero de 2014, el demandante E.R. consultó por urgencias al centro de atención, CC –E.P.S., Clínica XXX, manifestando que tenía dos días sintiendo dolor en el ojo izquierdo e inflamación del globo ocular, asociado a lagrimeo constante y secreción por conducto lagrimal. Refirió que se aplicó terramicina emulsión por más de tres veces sin obtener mejoría y que padece diabetes desde hace más de 16 años. La consulta fue atendida por el médico de turno, Dr. J. O., que le diagnosticó conjuntivitis aguda no

porcionado”, porque en principio no resulta viable aplicar criterios generales que quebranten las reglas de distribución de la carga probatoria previstos en el ordenamiento jurídico.

54 Folios 366 a 380 – cuaderno principal.

especificada y le prescribió dexametasona, neomicina, polimicina, gotas oftalmológicas cada ocho horas por cinco días y le recomendó control por consulta externa⁵⁵.

Ahora bien, a fin de determinar si el diagnóstico de conjuntivitis no especificada que emitió el galeno era adecuado dada la patología que presentaba el paciente, se les preguntó a especialistas en el ramo de oftalmología con más de treinta años de experiencia, y todos conceptuaron de manera afirmativa. [...]

Las declaraciones de los oftalmólogos que acompasan con lo plasmado en la historia clínica contradicen los señalamientos que hace el demandante E.R. a los médicos que lo atendieron el día 5 y 10 de enero de 2004, de quienes afirma le informaron que no tenía nada. Se repite, el primero le diagnosticó conjuntivitis y ordenó el tratamiento indicado para combatirla y el Dr. R., úlcera corneal mixta, micótica más bacteriana, con compromiso del 80%, de aspecto sucio y secreción purulenta, y le ordenó frotis, cultivo y antibiograma, y control oftalmológico de urgencias en 24 horas, al que el paciente no asistió, y le recetó viamox colirio, natacin colirio y tropicaimida. Entonces, no resulta cierto lo expuesto por el actor, quien, además, se contradice con lo consignado en los hechos de la demanda, donde afirma que “el día sábado 3 de enero a las 8 de la noche, aproximadamente, E.R., conducía su motocicleta cuando repentinamente un cuerpo extraño (insecto) penetró en su ojo izquierdo”, y en su declaración afirmó que iba en un vehículo y que los hechos acaecieron el 4 o 5 de enero. [...]

Adicionalmente, según los profesionales con conocimientos médicos especializados, hay gran probabilidad que uno de los factores que pudo alterar las posibilidades de recuperación de E.R. era que se trataba de un paciente diabético y que no tiene glicemia controlada⁵⁶. También que no asistió a los controles que se le ordenaron, como lo indicaron los aludidos doctores, la representante de la clínica XXX y la Dra. V.V., representante de CC-EPS, médica con especialización en auditoría en salud y servicios de calidad, quien manifestó que de la revisión de la historia clínica se enteró que era hipertenso y diabético, y muy desordenado con los controles médicos, no apegado al tratamiento ni a las consultas, aspectos que además, están consignados en la historia clínica, impera concluir.

Así las cosas, si los medios de persuasión no permiten acreditar que la causa del daño fue el mal manejo adoptado por el médico de urgencias y/o la falta de remisión al oftalmólogo, no se puede endilgar responsabilidad a las demandadas por la lesión que afectó su salud, al no lograrse demostrar que ésta sea producto de la mala atención prestada durante la etapa de evaluación inicial en el servicio de urgencias, estando su demostración a cargo de la parte actora, razones por las que amerita confirmación de la sentencia de primer grado que así lo dispuso.

55 Folios 42 a 44.

56 Folio 602.

DRA. MARTHA MERCADO RODRÍGUEZ

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

RAD No. 47.001.22.13.000.2019.00246.00

SANTA MARTA, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE (2019)

Unión marital de hecho / **elementos**. Su existencia se determina a partir de una comunidad de vida permanente y singular, por más de dos años, a partir de la cual se presume la conformación de una sociedad patrimonial.

Unión marital de hecho / singularidad. La singularidad o exclusividad es un factor esencial para que se configure el fenómeno jurídico de la unión marital de hecho.

Extracto de la sentencia

La Sala que actuó como Tribunal de Descongestión resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 1 de octubre de 2015 por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Villavicencio (Meta). Dentro del proceso ordinario de unión marital de hecho presentado por O. S. X. contra M. M. S. y W. M. S., en condición de herederos determinados, y contra herederos indeterminados del causante M. A. M., al que concurrieron A. M., J. M. y

M. M. en calidad de herederos del citado difunto. [...]

El libelo que dio impulso al proceso fue presentado el día 26 de mayo del año 2011, pretendiendo la actora se declare que entre ella y M. A. M., ya fallecido, existió una unión marital de hecho desde el 30 de junio de 1960 hasta el 3 de febrero de 2011 (fecha en que ocurrió su deceso), así como la correlativa sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Alude que, de la mencionada unión, nacieron los hijos extramatrimoniales M. M. S. y W. M. S. Así mismo solicita que se ordene que quede en estado de liquidación la sociedad patrimonial formada entre ella y el fallecido. [...]

Al trámite concurrieron los señores M. M., J. M. y A. M., quienes se opusieron al pedimento demandatorio, manifestando que el causante M. A. M. había tenido una relación marital paralela con su progenitora R. D. Z., que incluso inició antes de la que sostuvo con O. S. X. razón por la que ésta no se encuentra legitimada para incoar esta acción. [...]

La *a quo* decidió acceder a las pretensiones, teniendo en cuenta los interrogatorios de las partes y de los testigos llamados a declarar en el proceso. Argumentó que, en efecto, aunque el señor M. A. M. tuvo una relación con la señora R. D. Z., con quien tuvo tres hijos entre los años 1970 y 1977, nunca existió una unión marital de hecho, puesto que así lo aseguraron sus hijos M. M., A. M. y J. M., y fue corroborado además por los testimonios de los otros deponentes. Esto contrario a lo sucedido con la relación que sostenía con la señora O. S. X., la cual distó mucho de la anteriormente mencionada, ya que ella sí era su compañera. [...]

La anterior determinación fue impugnada mediante alzada por el apoderado de los herederos M. D., quien dentro del trámite de segunda instancia sustentó su inconformidad, manifestando que uno de los hijos, el cual responde al nombre de M. M. S., supuestamente procreado y que pasa por hijo del causante, no lo es, dado que su fecha de nacimiento data del 13 de marzo de 1963. Manifiesta el accionante que la señora O. S. X. ya traía este hijo desde antes de conocerse con el señor M. A. M. (padre) y que solo le dio su apellido por cuestiones de relación con la señora O. S. X.; por lo tanto, al no ser su primer hijo, la relación debió iniciarse mucho después de 1968, de ahí que el vínculo amoroso que sostuvo la parte activa con el difunto no pudo iniciar a partir del 30 de junio de 1960, tal y como lo sostiene el representante de la parte demandante en sus alegatos de conclusión. [...]

Se procedieron a presentar las consideraciones por parte de la segunda instancia. Respecto a la legitimación en la causa, tenemos que este requisito se encuentra

presente, tanto por activa como por pasiva, comoquiera que lo pretendido por la señora O. S. X. es la declaración y disolución de la unión marital de hecho y consecuentemente la liquidación de la sociedad patrimonial, que sostiene conformó con el progenitor de los demandados.

Antes de resolver el recurso, es pertinente memorar lo estipulado en la Constitución Política de Colombia en su artículo 42, la cual consagró a la familia como el núcleo básico de toda sociedad, así como también las diferentes clases de familia, y sus efectos civiles, entre estas la natural. Por lo tanto, los conciudadanos tienen pleno derecho de conformar y desarrollar esta base de la sociedad. La Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, consagró la institución de la unión marital de hecho, en la cual toda “comunidad de vida permanente y singular” entre dos personas no casadas origina un auténtico estado civil, siendo esta otra de las formas de constituir familia natural o extramatrimonial. A esta pareja que conforma la unión marital de hecho, para efectos civiles, se les denomina compañero y compañera permanente.

A su vez, esa misma norma consagra la sociedad patrimonial de hecho que se origina de esa unión, estableciendo como un mínimo de 2 años a partir de la convivencia permanente para que se configure la posibilidad de conformarla, siempre que no existan impedimentos legales para contraer matrimonio o, existiéndolo, las sociedades anteriores hayan sido disueltas. Y es que, conforme al desarrollo legislativo, se establecieron unos mecanismos ágiles para declarar la existencia de la unión marital de hecho en casos como el que nos ocupa. [...]

Como se manifestó, en el *sub examine* se demanda la declaratoria y disolución de la unión marital de hecho y consecuentemente la liquidación sociedad patrimonial; entonces, se analiza si se acreditaron los elementos que la configuran, establecidos en la Ley 54 de 1990, modificada por la 979 del 2005, que de acuerdo a los lineamientos trazados por la jurisprudencia, supone la presencia de los siguientes supuestos: I) la comunidad de vida, II) la permanencia, III) la singularidad, y IV) la sociedad patrimonial, que además exige la convivencia ininterrumpida por 2 años.

En este orden de ideas, el punto de debate que se plantea se centra en establecer si, conforme al material probatorio, resulta acertado declarar la unión marital de hecho entre la señora O. S. X. y el señor M. A. M., dentro del periodo comprendido entre el 30 de junio de 1960 y el 3 de febrero de 2011, y acreditada ésta, se declare consecuentemente la conformación de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes.

Así las cosas, se memora que la comunidad de vida permanente y singular es aquella que deciden conformar dos individuos, siendo que, aunque no se encuentran casados, la conducta desplegada por la pareja tiene la firme intención de formar una familia. Dicho de otra manera, tal supuesto no indica la voluntad interna, sino los hechos externos de donde emanan, carentes de cualquier formalismo. De ahí que, la unión marital de hecho presupone la conciencia de que tales compañeros forman un núcleo familiar, exteriorizado en el afecto, el socorro y el mutuo respeto. [...]

En segundo lugar, la permanencia, como elemento fundamental de toda

unión marital de hecho, denota constancia en el tiempo de la comunidad de vida, independiente de todo componente ocasional, tal y como sucede en el trato sexual y la cohabitación, por lo que, a la falta de alguno de estos factores accidentales, la comunidad de vida no desaparece. Tercero, la singularidad, por su parte, como factor esencial de la unión marital de hecho, puede entenderse dada la condición *sui generis* de la relación, como la exigencia de que no haya en ninguno de los compañeros permanentes más uniones maritales que los aten; por lo tanto, ha de ser exclusiva, ya que, de presentarse incumplimiento por parte de cualquiera de los compañeros, se convierte en una circunstancia que impide la configuración de dicho fenómeno. [...]

El cuarto aspecto a considerar es la inexistencia de impedimentos legales que hagan ilícita la unión, como sucede, por ejemplo, con el incesto. Por último, la convivencia ininterrumpida por 2 años, presupuesto fáctico que hace presumir la conformación de la sociedad patrimonial. Ante la ausencia de cualquiera de estos requerimientos se dificultará conceder la pretensión declarativa, siendo responsable el demandante de la carga demostrativa. [...] Así las cosas, se logra colegir del acervo probatorio estudiado, en concreto, las declaraciones rendidas por los testigos, que en efecto la demandante convivió con el señor M. A. M. por un periodo de más de 40 años y que nunca se separaron, tal y como lo expone el señor W. M., hijo de la demandante. Manifestó también que al señor M. A. M. siempre se le veía en compañía de la señora O. S. X. y que, por ende, se le conocía como su compañera permanente. Declaración igualmente ratificada por un grupo de testimo-

nios, a saber: G. D., E. B. y J. C., quienes afirman que al señor M. A. M. nunca se le vio o conoció una relación paralela.

No obstante, a pesar de que la señora O. S. X. figuraba como la persona con quien el señor M. A. M. convivía diariamente y compartía su hogar, éste sostenía una relación marital paralela con R. D. Z., que negó la demandante, al punto que dijo no conocerla. Pero los propios hijos de ésta, W. M. y M. M. (hijo) en su testimonio arguyen que acompañaban a su padre a llevarle mercado a R. D. Z. [...] Por lo anterior, no cabe duda para esta Sala que los testimonios rendidos por G. R., W. M., M. M., M. M., J. M. y A. M. le merecen total credibilidad, ya que, como anteladamente se acotó, provienen de amistades cercanas y familiares directos, que son los miembros del grupo familiar, pues son los más indicados e idóneos para atestiguar acerca de las condiciones en que se dio la convivencia entre O. S. X. y M. A. M., y a la vez entre este mismo y R. D. Z. Estos denotan espontaneidad y son elocuentes, y se observa que no son producto de un aprendizaje inducido, se aprecia que son completos y manifiestan la razón de su dicho.

No ocurre lo mismo con el otro grupo de testimonios, como son G. de la T., E. B. y J. C., quienes indistintamente a que tuvieran algunos la calidad de vecinos de las partes en controversia, ninguno establece cuándo se inició la unión entre la demandante y M. A. M., pues solo se limitan a indicar que siempre se les veía juntos [...]. En estos casos en los cuales existe testimonios contradictorios, la jurisprudencia ha sentado que⁵⁷:

La Sala ha dicho que cuando se enfrentan dos grupos de testigos, como en el caso presente, el Tribunal puede inclinarse por adoptar la versión expuesta por un sector de ellos, sin que por eso caiga en error colosal, único que autoriza el quiebre de la sentencia, pues en presencia de varios testimonios contradictorios o divergentes que permitan conclusiones opuestas o disímiles, corresponde al juzgador dentro de su restringida libertad y soberanía probatoria y en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica establecer su mayor o menor credibilidad, pudiendo escoger a un grupo como fundamento de la decisión desechando otro. (G.J. tomo CCIV, No. 2443, 1990, p. 20).

De ahí que, si la pretensión de la reclamante estaba fundamentada en la convivencia permanente y singular que con el señor M. A. M. tuvo por más de 40 años, es evidente para esta Sala que la relación sentimental no fue única y exclusiva, ya que, tal y como lo esgrime el apelante, el vínculo que existió entre R. D. Z. y M. A. M. no fue esporádico, eventual o casual, de manera que se pudiera considerar como una simple infidelidad o aventura y que, por ende, no fuese motivo que pudiera ocasionar la ruptura de la unión marital que sostenía con O. S. X., comoquiera que en dicha relación se procrearon tres hijos en diferentes épocas, y en simultáneo al hogar que llevaba con la señora S., pues tanto es así

que W. M. y M. M. presentan fechas de nacimiento contemporáneas. [...]

En suma, de haberse demostrado que la relación que el señor M. A. M. sostuvo con la señora D. fue un simple acto de infidelidad, ya sea, por ejemplo, por la inexistencia de una convivencia permanente bajo el mismo techo, lo cierto es que nada de ello incide o desdibuja la comunidad de vida permanente que sostuvieron. Es decir, las situaciones significativas de trato personal y social trascienden a la conformación de una verdadera familia y no se quedaron en el plano de la simple amistad íntima o sentimental. [...]. En respaldo de lo anterior, se torna necesario traer a colación lo concluido por la Corte Suprema de Justicia, la cual, tratándose del tema de la permanencia como tópico configurativo de toda unión marital de hecho, establece que:

El requisito de permanencia denota la estabilidad, continuidad o perseverancia en la comunidad de vida, al margen de elementos accidentales involucrados en su devenir, como acaece con el trato sexual, la cohabitación o su notoriedad, los cuales pueden existir o dejar de existir, según las circunstancias surgidas de la misma relación fáctica o establecidas por los interesados. [...]

A partir de lo descrito se puede mencionar que, a pesar de haberse demostrado con los

testimonios vertidos al expediente que la señora O. S. X. efectivamente mantuvo una convivencia con el señor M. A. M. durante un largo período de tiempo, ello por sí solo no es suficiente para dar por acreditada una unión marital de hecho, ya que al no concurrir uno de los presupuestos para su declaratoria, como es la singularidad. Esto debido a que no se halló desvirtuada la relación que con la señora R. D. Z. sostenía el causante, la cual fue más allá de simples encuentros ocasionales, eventuales o accidentales, se infiere de ello entonces que el enjuiciado mantenía convivencia con dos mujeres en simultáneo. [...]

Al no encontrarse configurados los presupuestos para la conformación de la unión marital tampoco puede ser declarada la sociedad patrimonial entre compañeros, y aún en el hipotético caso que así hubiese ocurrido, tampoco surgiría esta, toda vez que el señor M. A. M. sostuvo una relación sentimental con la R. D. Z., de la cual no obra prueba de lo contrario en el libelo, sin que sea dable privilegiar en este caso a una u otra familia conformada por una decisión libre, y menos inaplicar el artículo 2º de la Ley 54 de 1990 en cuanto a la existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Consecuentes con las disertaciones realizadas, al encontrar eco el recurso de apelación interpuesto se ha de revocar la providencia objeto de alzada con la consecuente imposición de costas a cargo de la demandante [...]

DRA. MARTHA MERCADO RODRÍGUEZ

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

RAD No. 47.189.31.53.002.2017.00059.01

SANTA MARTA, DOCE (12) DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTE (2020)

Responsabilidad civil extracontractual en accidente de tránsito / exoneración de prueba. La conducción de vehículos está considerada una actividad peligrosa y cuando el hecho dañoso es resultado de dicho ejercicio, a la víctima del accidente se le exonera de demostrar la culpa del autor del daño, porque sobre éste pesa la presunción de culpa.

Extracto de la sentencia

El asunto planteado pertenece al campo de la responsabilidad civil extracontractual, cuyo ámbito de aplicación exige una conducta o comportamiento que genere un daño que obligue a quien lo causó a indemnizar a la víctima por haber incurrido en incumplimiento de obligaciones legales, en la comisión de un delito o la violación del deber general de prudencia, según predica el artículo 2341 del Código Civil.

En efecto, los demandantes persiguen que se declare a la persona natural y a las jurídicas demandadas, civilmente responsables de los perjuicios materiales y extra-

patrimoniales que sufrieron por el accidente de tránsito ocurrido el 26 de abril de 2013, a la altura del Kilómetro 48+55mts., vía Ariguani, Ye de Ciénaga, peaje de Tukurinca, en el departamento del Magdalena. Expresan que fue ocasionado por el tractocamión afiliado a la empresa C.T.S. S.A.S., de placas XXX, de propiedad de Leasing [...] S.A. El vehículo era conducido por el señor P. F., quien se orilló y atropelló al señor G.R., el cual se movilizaba en una bicicleta, produciéndole graves lesiones que le condujeron a su muerte. Este siniestro causó afectación a los padres y hermanos de la víctima, perjuicios que cuantificaron en el libelo genitor, y además solicitaron la imposición de condena en costas (ff. 1 y 2 cuad. ppal.).

La *a quo* finiquitó la instancia con proveído que declaró probada la excepción de mérito de culpa exclusiva de la víctima y, por ende, denegó las pretensiones de la demanda al estimar que de las pruebas recaudadas, especialmente las declaraciones de terceros, la causa determinante del accidente obedeció al maniobrar imprudente

del causante G. R., indicando que “[...] independientemente de la situación de si la bicicleta estaba o no estaba en el sentido correcto [...]”, éste era quien tenía mejor visibilidad para transitar en la parte trasera del tractocamión que fue la que finalmente lo arrojó. En consecuencia, dedujo que ese trágico instante se generó porque él se “[...] confió en estar ya alejado del vehículo [...]” y salió “[...] un poco del sitio donde venía ubicado [...]”, generando la colisión y no al revés, por cuanto si el invasor hubiera sido el automotor, lo habría “[...] sacado de la vía [...]” y no dejado sobre la berma. A esta conclusión arribó cimentándose en el campo de la lógica y las reglas de la experiencia. (ff. 142 y 143, transliteración).

Inconforme con la decisión, los accionantes apelaron, reprochando que se le otorgó “validez” al informe policivo contenido en el croquis y se dejó de valorar los testimonios de E. P. y L. B., quienes dieron ilustración de “[...] la posición en que quedaron los vehículos y la víctima en el lugar de los hechos”. [...] Fluye de lo expuesto que la conducción de vehículos está considerada una actividad peligrosa y que, cuando el hecho dañoso es el resultado de dicho ejercicio, a la víctima del accidente se le exonera de demostrar la culpa del autor del daño, porque sobre éste pesa la presunción de culpa, a voces del artículo 2356 del Código Civil⁵⁸. Así las cosas, a los deman-

58 En los últimos tiempos la presunción de culpa que pesa sobre el agente cuando, en ejercicio de una actividad peligrosa, se causa un daño resultado de dicha actividad, como lo es la conducción de vehículos, no ha sido tema pacífico ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. En efecto, en sentencia del 24 de agosto de 2009,

dantes les corresponde probar el daño y que éste se produjo con ocasión de la actividad peligrosa que ejercía la contraparte, es decir, el nexos causal. A los demandados, si quieren liberarse de la responsabilidad, se les exige demostrar la ruptura del vínculo causal, ya sea porque el daño se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpa de un tercero o exclusiva de la víctima.

Y no hay discusión en torno al acaecimiento del accidente en el que colisionaron el citado automotor con la bicicleta en la que se transportaba el causante G. R., ni las circunstancias de tiempo y espacio en que tuvo lugar, pues no solo se desprende del croquis y las declaraciones de quienes rodearon la escena, sino que también fue aceptado expresamente por cada extremo procesal en la etapa de fijación del litigio, quedando pendiente el elemento de la culpabilidad y su incidencia causal en la producción del hecho dañoso. De igual manera, se encuentra demostrado el daño, consistente en la muerte del señor G.R., consignado en el respectivo registro civil de defunción. [...]

Tampoco hay duda sobre el interés que le asiste a los litigantes en este asunto, pues

la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia cambió la posición que venía sosteniendo, al considerar que el ejercicio de una actividad peligrosa atañe a la responsabilidad objetiva y no a la subjetiva por culpa presunta, pero luego en sentencia del 26 de agosto de 2010 retomó la postura anterior, la que mantiene hasta la fecha, y ha sido defendida, entre otras, en la sentencia de esa Corporación del 18 de diciembre de 2012, donde fungió como ponente el Dr. Ariel Salazar Ramírez. exp. No. 76001-31-03-009-2006-00094-01.

el aspecto controversial se cierne en establecer si el accidente se produjo por la culpa del conductor del vehículo de carga pesada o, *contrario sensu*, por el de la bicicleta ya fenecido. Sobre la causa del accidente, a la primera hipótesis arriban los demandantes, diferente a los encausados que insisten en la segunda, argumentando que del examen al material probatorio se logra extraer que el insuceso vial fue consecuencia directa del maniobrar imprudente del señor G.R., quien iba en contravía al momento de la colisión. [...]

De esta manera, sea lo primero por enunciar que en estos asuntos resulta relevante para la decisión a adoptar, las descripciones sobre las circunstancias del accidente que se plasman en los distintos informes policivos, todos importantes e integradores de un mismo engranaje. Así pues, en el croquis levantado en ese escenario, 20 minutos después de su ocurrencia, se consignó que el siniestro ocurrió a las 7:30 de la mañana del día 26 de abril de 2013, en el kilómetro 48 con 550 metros de la vía que conduce del río Ariguani a la Ye de Ciénaga, sector rural del peaje de Tucurínca, que se caracteriza por ser una vía recta, plana, con bermas, de calzada con dos carriles, doble sentido, asfaltada, en buen estado, demarcada con líneas central y de borde, cuya condiciones en ese momento se consignaron con buen tiempo, iluminación natural y seca. [...]

En ese informe de tránsito se estableció como hipótesis del accidente que quien iba en la bicicleta incurrió en la codificada No.127, que trata sobre “transitar en contravía”, y por el lado del tractocamión refirió que se encontraba pendiente “por

escuchar”. Esta información fue consignada de conformidad con el Manual para el Diligenciamiento del Formato del Informe Policial de Accidentes de Tránsito⁵⁹ emitido por el Ministerio de Transporte [...]

Hasta aquí, con ese solo documento policivo, se podría extraer *prima facie* qué razón le asiste a los encausados en aseverar que el infortunio en la carretera obedeció a un maniobrar imprudente endilgado a la víctima por transitar en el lado contrario a su sentido vial; sin embargo, al auscultar las demás piezas documentales allegadas al plenario, se evidencia que ello no fue así. Resáltese que, en el otro documento de policía, conocido como Formato Único de Noticia Criminal FPJ 2, se estableció el relato factual de la siguiente manera: “[...] Al llegar al lugar de los hechos hallamos dos vehículos en dirección a la vía de Bosconia (Cesar) con sentido este [...]” (fol. 42 a 46 cuad. ppal.).

Tal relato cambia el horizonte que se tenía hasta el momento, pues se contrasta entre lo consignado en el croquis con lo establecido por el formato de noticia criminal FPJ2, ya que en el primero se hace alusión a que los dos vehículos intervinientes iban en sentido contrario, uno para Ariguani y otro para la Ye de Ciénaga, y en el último se menciona que iban en la misma dirección apuntando hacia la vía de Bosconia, departamento del Cesar, la cual, como se sabe, geográficamente queda después de Ariguani. [...]. Al tomar otra pieza documental, igualmente de carácter policivo, como es el Formato de Policía Judicial

59 Disponible en <https://www.mintransporte.gov.co/descargar.php?idFile=58>. Ver pp. 77 y 78.

FPJ10, que trata de la inspección técnica del cadáver de la víctima, se observa la siguiente descripción:

Al inspeccionar el cuerpo se le encontró: un vendaje color blanco en la región del pie izquierdo, una herida en la región del tobillo izquierdo, [...] un vendaje en la región frontal lado izquierdo, hematoma en la región malar lado izquierdo. [...]

Tal experticia resulta clara al indicar que las mayores lesiones producidas sobre la humanidad del señor G. R., en extensión y gravedad, fueron las del lado izquierdo de su cuerpo, que, a diferencia del derecho, no solo abarcó los miembros inferiores y superiores, pues afectó la región frontal y malar izquierda, que tratan de la cabeza y pómulo de esa zona. Al verificar la historia clínica del occiso, se tiene que esta persona sufrió “trauma por aplastamiento de múltiples órganos abdominopélvicos” y “fracturas múltiples de miembro superior izquierdo”, lo cual refuerza el hecho de que el daño haya venido de forma directa y en mayor proporción en la zona izquierda de su cuerpo porque aquí se habla de heridas de tal envergadura que conllevaron a un aplastamiento de la estructura anatómica (fol. 39 cuad. ppal.).

Y siguiendo en esa misma línea, al adentrarnos al campo de las reglas de la experiencia y la lógica, se tiene que si el señor G. R. hubiera estado transitando en sentido contrario al tractocamión en ese fatídico momento, su exposición con las llantas traseras derechas le hubiera afectado la parte derecha de su cuerpo y no al contrario. El

lado izquierdo sería el opuesto al colindante con la estructura del automotor, *contrario sensu*, el interfecto en ese entonces tenía que ir en el mismo sentido al vehículo de carga pesada y por ello resultó gravemente lastimada la zona izquierda de su cuerpo porque solo en ese orden es que resultaría posible y razonada tal afectación con la zona derecha del vehículo de carga. [...]

En consonancia con lo anterior, en los interrogatorios de partes, los demandantes, casi en su totalidad⁶⁰, afirmaron que para el momento del accidente, el señor G. R. se dirigía, luego de su jornada laboral, hacia su casa en Aracataca, donde vivía con sus padres, por ser esa su rutina diaria; ejemplo de ello, se vio en la declaración del señor J. R., quien al ser consultado sobre hacia dónde se movilizaba su hermano en el momento del accidente, contestó: “[...] el acababa de terminar turno en Tucurínca y se dirigía hacia Aracataca, hacia la misma parte en el sentido que iba la mula”. [...]

De otro lado, el demandado P. F., quien era el conductor del tractocamión, expresó, contrariamente, que el día del accidente, luego de haber pasado el peaje de Tucurínca, vio que “[...] venía el señor ciclista en sentido contrario [...]”, insistiendo que solo observó eso, cuando de repente sintió que “[...] una llanta [de] la mula [...] se estalló [...]” procediendo a detener su marcha y al bajarse se percató “[...] que el señor estaba debajo del tráiler” y “[...] le había pasado [...] por encima”, versión

60 Folios transliteración: Janer Ruiz (15); Edinson Ruiz (26); Dionisia Ruiz (34); Yajaira Ruiz (37); Edilsa Ruiz (41); Kathy Ruiz (46); Álvaro Villafaña (59); Alejandra Ruiz (65); Laura Ruiz (71); y Jesús Villa (75).

que, como se ha presentado, ha perdido toda credibilidad. [...]

Por todo lo disertado, para este cuerpo colegiado, no cabe duda que el accidente acaeció por la culpa del conductor del tractocamión y no como lo concluyó la *a quo*, quien se la endilgó a la víctima, pues el análisis de los distintos elementos demostrativos permite colegir que ésta se encontraba transitando en el mismo sentido en que se desplazaba el tractocamión. El señor G. R. se encontraba dirigiéndose, luego de su jornada laboral, hacia su hogar ubicado en el municipio de Aracataca, cuando fue arrollado por aquél vehículo pesado con sus llantas traseras derechas, impactando inmediatamente la parte posterior e izquierda de su cuerpo, por ser el lado contiguo a la zona derecha del vehículo de carga, generándole graves lesiones en su pierna izquierda, la cual quedó completamente fracturada, pasando luego por su zona abdominopélvica, que aplastó y así sucesivamente en las demás partes del cuerpo, atendiendo el curso progresivo de la tractomula, la cual no necesariamente tenía por qué arrojarlo fuera de la carretera, ya que la señal de aplastamiento implica un anterior aprisionamiento debajo de las ruedas del automotor que iban en marcha.

En ese orden, pasa la Sala a estimar la cuantía de los perjuicios materiales e inmateriales rogados en la presente acción, no sin antes anunciar que los llamados a resarcir los daños irrogados al extremo activo, serán los demandados, C. T. S. S.A.S. y el señor P. F., por figurar la primera como locataria y guardiana del tractocamión involucrado en el accidente de tránsito, último aspecto que compartía con el men-

cionado ciudadano, quien de acuerdo a su ocupación revestía facultades de uso, dirección y control del vehículo de carga. Al respecto, conviene precisar lo establecido de vieja data por el máximo órgano de la justicia ordinaria, en Sala de Casación Civil⁶¹, que dijo:

De modo que a más de acreditar en el proceso el daño cierto, el factor de imputación (culpa, riesgo, etc. salvo que la Ley lo presuma) y el nexo causal entre el daño y la conducta del agente, en esta responsabilidad por el hecho de las cosas deben estar también corroborados otros elementos: la relación del sujeto pretensamente responsable con la cosa de forma que se le pueda endilgar la calidad de guardián, y la actividad misma de esa cosa como causante directa o indirecta del perjuicio, actividad que si es peligrosa allana el camino para la aplicación del artículo 2356 de acuerdo con su decantada interpretación.

En el fondo, al que tiene el poder de control se le carga y exige el cumplimiento de la obligación de custodia y guarda de la cosa con la cual se causa el perjuicio. Esa guardianía en principio recae en el propietario, pero puede desvirtuarse este si demuestra que transfirió ese poder sobre la cosa a otra persona o si esta le fue arrebatada, porque lo que en últimas está en juego es, más que la guarda jurídica, una especie de obligación de quien material o in-

61 Sentencia CS-4750- 2018 del 31 de octubre de 2018, en el proceso con radicación N.º 05001-31-03-014-2011-00112-01

telectualmente manipula y se vale de una cosa, que ella no cause perjuicios a terceros. Más, preciso es establecer que todo cuanto viene dicho, referido a las cosas peligrosas, la Corte lo ha venido aplicando con propiedad y a tono con el artículo 2356, a la actividad que con cosas o sin ellas son riesgosas; y así, el guardián de esta se hace responsable de los daños en los términos de tal precepto. [...]

Ahora, sobre la indemnización de daños patrimoniales, es procedente entrar a valorar la indemnización de perjuicios por lucro cesante constituida por los ingresos que dejó de percibir el causante G. R. como trabajador, producto de su deceso, los cuales persiguen los actores, quienes aseveraron dentro de la etapa de interrogatorio de partes que dependían económicamente de aquél. Sin embargo, de entrada, debe decirse que sobre este ítem no habrá lugar a condena, atendiendo que, en el fundamento fáctico de la demanda, en manera alguna se mencionó tal sujeción financiera, indicándose simple y llanamente en éste que el occiso laboraba en obras civiles y lograba una asignación salarial mensual por ello. [...]

En lo que respecta a los reclamados daños extrapatrimoniales, tenemos que el extremo activo persigue una condena por este tipo de concepto, únicamente por los perjuicios morales, los que estima por valor de 60 millones para cada uno de los integrantes de ese polo. Así pues, frente a esta afectación, vemos que del material probatorio se encuentra acreditado que las lesiones sufridas por el señor G. R., en el accidente de tránsito, revistieron tal gravedad que finalmente le condujeron a su deceso, con tan solo 27 años. [...]

El acontecer de forma trágica e inesperada la muerte del señor G.R., quien aparte de haber fallecido a una edad temprana, también se trataba de una persona que convivía en el mismo techo con sus progenitores, resulta a todas luces procedente estimarle como perjuicio moral a éstos, la suma de 60 millones de pesos, cifra que es la máxima tasación otorgada por el Órgano de Cierre de la Justicia Ordinaria, tal como ocurrió en la sentencia SC665-2019 del 7 de marzo de 2019. [...]. Por lo expuesto, la Sala de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decidió revocar la sentencia impugnada. [...]

DRA. TULIA ROJAS ASMAR

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

RAD No. 47-555-31-84-001-2019-00044-01 (FOLIO 261 TOMO IX)

SANTA MARTA, DOCE (12) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTE (2020)

Cesación de efectos civiles de matrimonio religioso / prueba de la convivencia matrimonial. El solo suministro de alimentos del esposo a su cónyuge no constituye un indicio que descarte la separación de hecho, como quiera que el suministro de alimentos es un deber conyugal que no solo opera durante la vigencia del matrimonio, sino que incluso persiste después del divorcio o de la separación legal de cuerpos.

Cesación de efectos civiles de matrimonio religioso / igualdad sustancial entre los sexos / proscripción de uso de estereotipos de género. La igualdad formal entre los sexos se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico nacional, siendo la igualdad sustancial un objetivo aún, en cuya búsqueda se ha proscrito internacionalmente el uso de estereotipos de género.

EXTRACTO DE LA SENTENCIA

Procede la Sala a desatar la apelación interpuesta por el extremo pasivo, contra

la sentencia del 1 de octubre de la pasada anualidad, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Plato, dentro del juicio de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso promovido por M. M. X., en contra de J. V. Z. Actuando por medio de apoderado judicial, la mencionada señora instauró demanda contra su esposo, para que se decretara la cesación de los efectos civiles y la consecuencial disolución de la sociedad conyugal del matrimonio contraído entre ellos y se dispusiera la inscripción de la decisión en los respectivos registros civiles.

La causa para pedir se fundamenta en los siguientes hechos: M. M. X. y J. V. Z. se casaron por el rito católico en el año de 1968, unión dentro de la que fueron procreados 7 hijos, todos mayores de edad. Los esposos se encuentran separados de cuerpos de hecho desde el 10 de julio de 2000, sin que medie reconciliación entre ellos. El libelo fue admitido con auto del 15 de mayo del pasado año, en el que se ordenó que se notificara personalmente al demandado y se le corriera el traslado respectivo, al igual

que al representante del Ministerio Público y al Defensor de Familia, sin que estos funcionarios hicieran manifestación alguna.

El enjuiciado dio respuesta dentro del término pronunciándose sobre sus fundamentos fácticos. En concreto niega la separación de hecho, explicando que ellos siguen conviviendo, prodigándose amor, compañía y que, pese a las desavenencias por la existencia de otra relación que él mantiene desde hace más de treinta años, se tratan pública y privadamente como marido y mujer, por lo cual propuso la excepción de “inexistencia de la separación de hecho”. Sustenta ésta argumentando que su matrimonio se mantiene en el tiempo, que en él existe armonía y que ha mediado el perdón por la relación extramatrimonial con R. O. Y., fruto de la cual nació una hija. Luego concluye que “convive pública y permanentemente con su esposa señora Myriam M. de V. y en concubinato con la señora R. O. Y., sosteniendo dos hogares”.

Finalizado el trámite dispuesto para esta clase de procesos, la jueza *a quo* terminó la instancia con sentencia en la cual, al estimar que estaba probada la separación de cuerpos de hecho entre los esposos, resolvió acceder a lo pretendido por la enjuiciante, por lo que el demandado apeló, exponiendo sus reparos concretos.

Debido a la alzada, fue remitido el expediente a este colegiado y en proveído del 9 de junio de esta anualidad, se corrió traslado para alegar, durante el cual el demandado sustentó su rebeldía frente a la sentencia, argumentando que la actora no cumplió con la carga de la prueba, toda vez que la causal que se esgrime no se demostró, al no estar acreditado que la pareja

esté separada desde el 10 de julio de 2000, como se expuso en el escrito introductorio. Insiste en que, aunque han tenido desavenencias, no han perdurado y han sido superadas y perdonadas, quedando evidenciado con los testimonios de R. L., L. Á. y R. O. Y., al igual que con los interrogatorios de parte, que tal separación no existe.

Aduce que la demandante conoció su otra relación de pareja y el nacimiento de su hija desde que ocurrió, aceptándolo y que, pese a la existencia de ese hogar que ha conformado, ha mantenido su matrimonio con M. M. X., brindándole tiempo, amor, ayuda y educación a sus hijos en común; también le suministra alimentos a su esposa voluntariamente y mantiene con ella relaciones sexuales.

Por el matrimonio, los cónyuges adquieren una serie de derechos y obligaciones ineludibles de orden público, como quiera que está de por medio la célula básica de la sociedad. De acuerdo con esto, les asiste la de la convivencia que lleva implícito el débito conyugal, fundamento básico de la familia monogámica que se impone en nuestro medio, e igualmente en virtud de la solidaridad que debe imperar entre ellos, han de socorrerse y ayudarse en todas las circunstancias de la vida. El acatamiento de la cohabitación tiende a facilitar el cumplimiento de las restantes cargas, pero en la medida en que aquélla se trunca, de suyo comienza a fallarse con las demás y, en la mayoría de los casos, se debilita la relación y termina por desmoronarse por completo la unión matrimonial.

En épocas pasadas, al presentarse esta situación irregular, el cónyuge inocente podía demandar el divorcio, si se trataba

del civil, o la separación de cuerpos si era religioso, pero esto con base en el incumplimiento de los deberes de esposo, porque la mera separación de cuerpos de hecho no era suficiente para propender por esa solución legal. Actualmente, ante la vigencia de la Constitución Política de 1991 y la Ley 25 de 1992, no solo es posible obtenerlo para cualquier tipo de matrimonio, aun cuando con resultados diferentes, sino que también se consagró la ruptura de *facto*, cuando ha perdurado por más de dos años, como causal autónoma para lograrlo.

Indudablemente que ello incide en la legitimación para actuar, porque habilita a cualquiera de los consortes para reclamar el divorcio invocándola. Esto se desprende directamente del criterio de causalidad objetiva con que ha sido concebida, pues es precisamente ese tratamiento el que impide que se hagan imputaciones culposas y, por ende, que opere la prohibición en el sentido de que solo pueda ser demandado por quien no haya dado lugar a los hechos que lo motivan, como ocurre con aquellas contentivas del elemento subjetivo de dolo o culpa.

La convivencia de la pareja unida por vínculo matrimonial debe ser autónoma, esto es, libre de toda coacción, y cuando se interrumpe por un lapso superior a los dos años, es constitucional y legalmente viable ordenar, a solicitud de cualquiera de los consortes, que se finiquite el contrato matrimonial civil o se autorice la cesación de los efectos civiles del religioso. Aun ante la oposición de quien no ha dado lugar a la separación porque su condición de cónyuge inocente no le faculta para disponer sobre la vida del otro, que en ejercicio de

su libertad individual (art. 13, C. P.), libremente desarrollada (art. 16), ha manifestado con actos positivos su voluntad de no continuar con la unidad familiar, lo que objetivamente demuestra la inviabilidad del vínculo por ausencia de estabilidad.

La Sra. M. M. X. demanda a su esposo J. V. Z., y para ello se apoya en la causal que se viene analizando, al sostener que se encuentran separados de cuerpos de hecho desde el 10 de julio de 2000. Él no lo admite, dado que, por el contrario, plantea una situación *sui generis*, toda vez que pese a aceptar abiertamente y sin tapujos su infidelidad, al extremo de manifestar que tiene otro hogar conformado en el que ha sido concebida una hija, asegura que convive pública y permanentemente con su esposa, sin desconocer su concubinato con la Sra. R. O. Y.

La sentenciadora, luego de un minucioso análisis del acervo probatorio, encontró configurada la separación de cuerpos de hecho por más del bienio que exige el legislador, concluyendo que está probada la ruptura de la convivencia conyugal al no haber cohabitación entre los consortes. El apelante no comparte tal conclusión, ya que asegura que no está evidenciada la separación de la pareja por espacio superior a los dos años. Aduce que las pruebas recaudadas son huérfanas e inidóneas para demostrar la que se alega desde la fecha indicada en el libelo, pues las desavenencias entre ellos han sido superadas y perdonadas, y pese a la existencia de su otro hogar, “siempre ha mantenido su matrimonio con la demandante señora M. M. X., brindándole tiempo, amor, ayuda a su legítima esposa y educando a sus hijos en común”.

Pues bien, la convivencia es la esencia del matrimonio, ella se erige en una de las obligaciones más trascendentales que de él se derivan, y si uno de los cónyuges decide de manera unilateral e injustificada eludir-la, está contrariando el querer del legislador. En este evento, el *modus vivendi* de la pareja ha sido pregonado por el Sr. J. V. Z., y así quiere proyectarlo, para llevar al convencimiento del juez de que aun convive junto a su esposa. Es pertinente recordar que al estar nuestro modelo de familia cimentado sobre la monogamia, no es admisible legal, ni constitucionalmente, que el esposo pretenda ahora simular que sostiene una relación matrimonial normal con la enjuiciante porque la visita y la socorre pecuniariamente, cuando del material probatorio recaudado emerge que ha abandonado el hogar conyugal para trasladarse a vivir con otra dama, desatendiendo la cohabitación que según el artículo 158 del Código Civil, deriva de ese vínculo.

Esta visión distorsionada de lo que es la cohabitación también parece proyectarla el apoderado del enjuiciado que concurrió a la audiencia, pues en los alegatos de conclusión hizo énfasis en la naturaleza del hombre caribeño. Asevera, con visos de permisividad, que es normal que éste tenga dos y hasta más mujeres con las que sostenga coitos; en consecuencia, concluye que si median relaciones sexuales no hay abandono, ni puede haber separación de cuerpos, máxime cuando el Sr. J. V. Z. no le ha quitado a su esposa el sostén económico, actitud que, confirma, solo es propia del costeño cuando ya deja a su mujer. Con aquellos razonamientos, el alzante aspira a derruir los fundamentos de la determinación de primer grado, a deses-

timar todo el material probatorio recabado en el decurso procesal y apreciado por la falladora *a quo*, además de desacatar a preceptos internos y transnacionales que integran el bloque de constitucionalidad mediante la perpetuación de estereotipos de género, como se pasa a explicar.

Desde hace varias décadas, la comunidad internacional se ha ocupado de hacer esfuerzos por regular la reivindicación de las prerrogativas de las mujeres; entre ellas, la de recibir igual trato de que el prodigado brinda a sus congéneres masculinos. A su vez, Colombia viene participando activamente en ese proceso suscribiendo instrumentos internacionales e incorporándolos al derecho positivo interno. Es así como mediante la Ley 77 de 1935 se adoptó la Convención Interamericana sobre la nacionalidad de la mujer; por la Ley 54 de 1962, el Convenio OIT No. 100 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina, por un trabajo de igual valor; a través de la Ley 51 de 1981, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - CEDAW; y con la Ley 35 de 1986, la Convención Interamericana sobre los derechos políticos de la mujer.

Posteriormente, bajo la égida del nuevo modelo constitucional, por la Ley 248 de 1995 se ratificó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer conocida como “Convención de Belém do Pará” y, finalmente, mediante la Ley 984 de 2005 se adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en el marco de la CEDAW. [...]

No obstante, es evidente, que muy a pesar de haberse abordado durante casi un siglo la paridad entre mujer y hombre desde la perspectiva formal, mediante la consagración de preceptos internacionales e internos, por situaciones como la que ahora se estudia, en el imaginario colectivo se mantienen muchos de los estereotipos de género, según los cuales deben aplicarse raseros distintos a una misma situación particular, dependiendo de si es de uno u otro la persona interesada en las consecuencias, en un preciso caso, de derecho. Previendo el profundo arraigo de tales parámetros nocivos en la sociedad, la Corte Constitucional, en sentencia C-410 de 1994, explicó que:

Aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico colombiano, la igualdad sustancial todavía constituye una meta; así lo demuestra la subsistencia de realidades sociales desiguales. No se trata de ignorar el avance que supone la igualdad ante la Ley; fuera de que su ausencia sería un enorme obstáculo para la elevación de las condiciones de la mujer, es preciso tener en cuenta que allana el camino hacia derroteros superiores, pues permite recurrir a los órganos del Estado en procura de eliminar la discriminación y legítima, de ese modo, la demanda de efectivas oportunidades para ejercer derechos y desarrollar aptitudes sin cortapisas. [...]

Ahora bien, la proscripción supranacional de discriminación contra la mujer conlleva la consecuente prohibición del uso

de estereotipos de género, imponiendo a los Estados Parte el deber de desarraigar patrones culturales segregacionistas generacionalmente soportados, no solo mediante la modificación de sus respectivos ordenamientos jurídicos, sino desde la intersectorialidad de la actividad estatal (CEDAW artículos 5 y 10, por ejemplo). Hacen parte de ese objetivo el ámbito educativo y, por supuesto, la administración de justicia. Esta colegiatura considera importante precisar los conceptos de los términos “discriminación”, enfatizando en que no guarda identidad con el de “distinción” y el de “estereotipo de género”, además de explicar el papel que un juez debe cumplir en este contexto, previo al abordaje del fondo del asunto. De conformidad con el artículo 1º de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – CEDAW, debe entenderse como discriminación:

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. [...]

A su vez, de conformidad con lo explicado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-734 de 2015, con ponencia Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado:

Un estereotipo se refiere a la determinación de un molde como una referencia a la identidad de alguien, que cuando se traduce en un prejuicio adquiere una connotación negativa y tiene el efecto de la discriminación. La asignación de estereotipos muchas veces responde a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, lo cual puede generar desventajas que tengan un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales. Los estereotipos han sido definidos como una preconcepción sobre los atributos o las características de los miembros de un grupo particular, o sobre los roles que éstos deben cumplir. En este sentido, los estereotipos presumen que todos los miembros de un grupo tienen unas características o cumplen unos roles precisos, y por lo tanto cuando se valora a una persona que pertenezca al grupo se presume que ésta actuará de conformidad con dichas preconcepciones, o que es su deber hacerlo.

Sobre el rol que debe desempeñar la actividad jurisdiccional en el caso en estudio, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STC2287-2018, proferida el 21 de febrero de 2018, como ponente la Dra. Margarita Cabello Blanco, determinó que:

El funcionario judicial tiene el deber funcional de aplicar el “derecho a la igualdad” dentro de las decisiones judiciales en virtud de los convenios internacionales ratificados por Colombia que así lo imponen y del artículo 13 de la Carta Política que se encarga de es-

tablecerlos como norma nacional fundamental e introducir la perspectiva de género en las decisiones judiciales a efecto de disminuir la violencia frente a grupos desprotegidos y débiles como ocurre con la mujer, implica aplicar el “derecho a la igualdad” y romper los patrones socioculturales de carácter machista en el ejercicio de los roles hombre-mujer que por sí, en principio, son roles de desigualdad.

Juzgar con ‘perspectiva de género’ es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa.

Es necesario aplicar justicia no con rostro de mujer ni con rostro de hombre, sino con rostro humano.

Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el “enfoque diferencial” es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo

de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que “prejuicio o estereotipo” es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar. [...]

En virtud de las disertaciones precedentes, el caso será estudiado por el Tribunal con perspectiva diferencial de género, dado que el extremo pasivo reclama la aplicación de una regla de la experiencia derivada de un ejercicio cultural que propende por la perpetuación del estereotipo consistente en que la mujer casada debe someterse, por voluntad de su marido, a continuidad del matrimonio aunque el consorte tenga convivencia extramatrimonial con otra persona, con la exigua excusa del cumplimiento de los deberes alimentarios y del débito conyugal, por quien desde hace más de dos años no pernocta en el otrora hogar conjunto. [...]

Así se tiene que, siguiendo esta línea de pensamiento, a juicio de la Sala, sí está demostrada la separación de cuerpos de hecho pregonada por la actora porque, aunque bajo la perspectiva de cada uno, a ella se refieren los testigos de ambas partes. De acuerdo con lo anterior, el testimonio de la Sra. R. O. Y. reviste de especial importancia, quien asegura ser la compañera permanente del Sr. J. V. Z. por más de treinta años, siendo por ende la más autorizada, por lógica percepción directa, para revelar con quién vive la persona que ella identifica como “su marido”. En su declaración desta-

ca que lo hace con ella, sin haberla abandonado durante todo ese tiempo, pese a que afirma que también convive con la demandante. La señora justifica esa última aseveración bajo su propio entendimiento de lo que es la convivencia marital, que para ella se contrae por cubrirle a M. M. X. todas sus necesidades, es decir, porque le suministra una pensión y le hace visitas. Aunque se enfoca en que éstas son para los hijos, pero admite finalmente que no duerme donde Myriam porque siempre lo hace en su casa. No pasa por alto este colegiado que, de las manifestaciones destacadas, emerge que la percepción de la deponente también está sesgada por un estereotipo de género según el cual, la convivencia matrimonial persiste si hay suministro de alimentos del hombre a su esposa y visitas de aquél a los hijos matrimoniales, aunque la pareja no haya cohabitado como tal en muchos años. No obstante, aun sobre tal consideración, refulge su verdadero convencimiento de que J. V.Z vive con ella y solo con ella, pues es diáfana al precisar que va solamente a ver a sus hijos donde M. M. X.

Ahora bien, el deber de convivencia se concreta en acompañarse en la cotidianidad. Para la Corte Suprema de Justicia significa compartir no solo el lecho sino también el techo y la mesa. Si bien esto ha de interpretarse en consonancia con el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, acorde al cual los miembros de la pareja pueden delinear cómo es que quieren desarrollar ese convivir para no tropezar con sus propios objetivos, compartiendo un común destino, respetando los deseos y las necesidades del otro, sin que se tengan que seguir los estereotipos

marcados por la comunidad. No obstante, este último aspecto no puede conducir al extremo de desconocer, de otro lado, las bases de la célula básica de la sociedad, dando lugar a que impere la poligamia.

Es admisible que en ocasiones las parejas casadas no compartan techo por justas causas, *verbigratia*, la salud, el trabajo en diferentes ciudades propio de la falta de oportunidades laborales en el domicilio conyugal o por las cargas ancestrales familiares. Sin embargo, es totalmente reprochable que la razón de ello sea la mera voluntad de uno de los cónyuges de dejar al otro para irse a convivir maritalmente con un tercero; ello se erige no solo en el desconocimiento de los deberes de cohabitación y fidelidad, sino del estandarte monogámico sobre el que está edificada nuestra familia.

Poco importa entonces si dos personas de la tercera edad, como los esposos V. M., aún mantienen relaciones sexuales al margen de la cohabitación, dado que ellas no son significativas para acreditar ésta, como lo pretende el censor. Nótese que, aún de aceptarlo, no se probó por el enjuiciado que compartan techo y mesa, lo

que sí hace con otra dama, que la mantiene a su lado desde hace 30 años, según él mismo lo confiesa en su deposición ante la *a quo*, al manifestar que vive únicamente con R. O. Y. y de día va a visitar a M. M. X.; visitas que carecen de trascendencia si no hay convivencia, como tampoco la tiene que le suministre alimentos porque éste es un deber conyugal que no solo opera durante la vigencia del matrimonio, sino que incluso persiste después del divorcio o de la separación legal de cuerpos, si hay culpa de uno de ellos. Luego, si no se cumple, es exigible coercitivamente y susceptible de las medidas cautelares consagradas por el legislador; de este modo, está lejos de erigirse un indicio que descarte la separación de hecho, ni puede ser muestra de un gesto amoroso, ni de una respuesta a una intimidad sexual que se comparte, porque no es una dádiva, es un deber. [...]

Colíguese de lo anterior que, al estar acreditada la causal invocada, no le quedaba otro camino a la juzgadora de instancia que acceder a las pretensiones de la demanda, por lo que se impone para este colegiado la íntegra confirmación de la sentencia apelada [...]

DRA. TULIA ROJAS ASMAR

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

RAD No. 47-001-31-53-004-2017-00234-01 (FOLIO 251-TOMO IX)

SANTA MARTA, DOCE (12) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTE (2020).

Responsabilidad civil médica / elementos. La responsabilidad civil, cuando tiene fundamento en el acto médico, no difiere de las condiciones previstas en el régimen general para su estructuración; es decir, de un daño, una conducta que lo genere y el nexo causal entre ambos.

Nexo causal. Funge como componente estructurador de responsabilidad, ya que es aquel que permite establecer una relación de causa y efecto entre la conducta o actividad y el daño causado.

Extracto de la sentencia

Se pronuncia la Sala respecto del recurso de apelación interpuesto por el extremo activo en contra de la sentencia proferida dentro del proceso verbal de responsabilidad civil extracontractual seguido por J. R. M., U. de R., F. R., M. R., D. R., A. R. y J. R. en contra de R. M. A., el Centro de Oftalmología XX., ZZZ EPS y la Clínica Oftalmológica YY, en el que fue llamada en garantía Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

Los libelistas, actuando por medio de apoderada judicial, instauraron demanda contra las referidas personas natural y jurídicas, pretendiendo se les declare civilmente responsables por los perjuicios de orden material y moral a la salud y a la vida de relación causados por el mal y defectuoso procedimiento quirúrgico practicado por los encartados al primero de los accionantes, ocasionándole la pérdida de visión en su ojo izquierdo, y, en consecuencia, se les condene a indemnizarlos.

Los hechos que sirven de soporte a la demanda pueden sintetizarse del siguiente modo: inician su relato indicando que el Sr. J. R. M., de 73 años, se encuentra afiliado a ZZZ EPS desde el 1º de febrero de 2009 en el régimen contributivo, y que está casado con la Sra. U. de R., siendo sus hijos los demás enjuiciantes.

Manifiestan que el Sr. J. R. M., en su condición de pensionado de la G. del M., venía recibiendo atención oftalmológica por presentar cataratas en ambos ojos, a través de su EPS en el Centro de Oftalmología I.C., siendo su tratante el Dr. R. M. A. Aseveran

que el 10 de febrero de 2015 el Sr. J. R. M. fue sometido a un procedimiento quirúrgico de extracción de catarata por “facuquectomía más implante de ló (lente intraocular) de ojo izquierdo”, durante el cual se produjo una “ruptura capsular extensa”. Esto es, una grave lesión que le ocasionó la pérdida total de la visión por ese ojo.

Ponen de presente que, de acuerdo con el historial clínico, durante los controles posteriores que tuvieron lugar el 11 y 18 de febrero del mismo año, el paciente refería inicialmente ver un círculo verde; luego continuó con mala visión, hasta perderla por completo. Por esa razón, el 2 de marzo siguiente fue remitido a la Clínica Oftalmológica YY en la ciudad de Barranquilla, donde fue valorado por el Dr. C. A. C., encontrando “lío desplazado” y programándole una nueva cirugía.

Sostienen que la demora en la remisión aludida, la cual tuvo lugar después de haber transcurrido más de 20 días de la primera operación, denota una grave negligencia del galeno a cargo, quien debió hacerlo al día siguiente, es decir, a partir del 11 de febrero. Estas afirmaciones encuentran sustento en la historia clínica respectiva, sobre la que se realizó una experticia por parte del Dr. P. R. R., médico cirujano especialista en gerencia y auditoría en salud, de la que quedó demostrada “la falta de oportunidad en la prestación de los servicios médicos y la negligencia protuberante del especialista tratante.”

Precisan, finalmente, que en este caso se evidencia una falla del servicio médico que constituye, por sí misma, un acto complejo, pues no bastaba la cirugía y hacerle seguimiento a la patología, sino que era

necesaria una atención integral que involucrara tanto la atención previa como el diagnóstico, tratamiento, así como todo el manejo pre y post quirúrgico. En la atención se pasaron por alto las múltiples obligaciones radicadas en cabeza de las entidades a cargo; debido a ello, están llamadas a responder por los perjuicios causados al Sr. J. R. M. y a su familia, dado que el cambio de vida que le sobrevino fue drástico, hasta el punto de generarle dependencia de terceros, menoscabo psicológico y un notable estado de depresión constante que se ha hecho extensivo a sus seres queridos.

Al proceso concurren Coomeva, Centro de Oftalmología I.C. y el Dr. R. M. A., oponiéndose a las pretensiones de los actores con sustento en la proposición de excepciones de mérito. Así mismo, los dos últimos llamaron en garantía a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. La aseguradora, a su vez, intervino para proponer excepciones contra el libelo y el llamado que le fue hecho, al tiempo que la Clínica Oftalmológica YY contestó la demanda, pero se tuvo por extemporánea su defensa. [...]

La *a quo* negó las pretensiones de la parte actora y condenó en costas. Para tomar esa determinación, la funcionaria judicial llevó a cabo un análisis probatorio para sostener, a partir del mismo, que no se acreditó el nexo de causalidad entre el hecho y el daño. Inconforme con esa decisión, el extremo activo apeló oportunamente, siendo sus reparos los que a continuación se sintetizan:

- No se tuvo en cuenta la prueba pericial allegada con el libelo genitor.
- Se desacreditaron los cuidados personales que tuvo el Sr. J. R. M. durante

el post operatorio, así como también el hecho de que se ciñó a las indicaciones dadas para el tratamiento médico, lo cual sí quedó reseñado en los testimonios rendidos por los demás accionantes.

- El consentimiento informado no fue suficiente en este caso. Si bien es cierto que el formato respectivo obra en el expediente, no lo es menos que el Sr. J. R. M. en su interrogatorio precisó que, dada su edad y comprensión sobre asuntos científicos, no pudo haber tenido un entendimiento completo de los riesgos que implicaba la práctica de la cirugía.

Si bien la demanda se encausó por las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, era deber del juez encaminar el juicio por las normas propias de la que resultare aplicable al caso.

Concedida la alzada y llegado el expediente a este colegiado, previa la formalidad del reparto, se admitió el recurso por auto del 27 de noviembre de 2019. Se corrió traslado al extremo alzante para sustentar sus argumentos, a lo cual procedió en los siguientes términos: la jueza de instancia dio una connotación menos gravosa al daño ocasionado, pues muy a pesar de haber encontrado demostrada su ocurrencia, se limitó a indicar que el mismo fue inherente al procedimiento médico. La experticia allegada al plenario demostró que el tratamiento post quirúrgico llegó retrasado. Además, se pasó por alto el hecho de que el Sr. J. R. M. desarrolló una infección ocular a causa de un glaucoma que, a la

postre, ha opacado en mayor medida su visión, muy a pesar de lo cual no fue enviado a un especialista en el tema [...]. Por su parte, el Centro de Oftalmología I.C. se pronunció sobre el particular, pidiendo que se confirme en todas y cada una de sus partes la determinación opugnada.

Estando colmados los presupuestos procesales, y no observándose motivo que pueda restarle validez a lo actuado, se pasó a estudiar el caso. Este órgano colegiado ha manifestado que la responsabilidad civil, cuando tiene fundamento en el acto médico, no difiere de las condiciones previstas en el régimen general para su estructuración. Esto es, valga precisar, de un daño, una conducta que lo genere y el nexo causal entre ambos, sin dejar de lado que la conducta en este caso derivará de la actuación médica en cualquiera de sus fases, sea diagnóstico, tratamiento e intervención, e imputable al galeno a título de culpa.

En el evento sometido a consideración en esta oportunidad, se tiene que los demandantes reprochan responsabilidad civil a los integrantes del extremo pasivo por el mal y defectuoso procedimiento quirúrgico practicado por los demandados al primero de ellos, ocasionándole la pérdida de visión en su ojo izquierdo.

Pues bien, descendiendo de inmediato a las particularidades del caso, procede la Sala a analizar los reparos concretos formulados por la censura. En lo que al primero de ellos se refiere, esto es, al hecho de que no se tuviera en cuenta la “experticia” aportada con el libelo genitor, debe decirse que, tras escuchar los audios correspondientes a la audiencia en primera instancia, donde se profirió la determinación venida en alzada,

se advierte que, al realizar el análisis probatorio, la juez lo pasó por alto, pues en ningún aparte lo menciona o a su contenido. La *a quo* centra su atención en lo que quedó consignado en las diferentes historias clínicas, así como también en lo depuesto en los interrogatorios y en las declaraciones recabadas.

No obstante, llama la atención de este colegiado el hecho de que el documento aludido, si bien en el soporte fáctico de la demanda se anunció como “experticia”, al momento de reseñarlo en el acápite de pruebas se introdujo como un “informe de auditoría”. Estas diferencias conceptuales inciden directamente en su apreciación al interior de trámites como el que ocupa nuestra atención. [...]. Tan marcadas son esas diferencias conceptuales que en nuestro Código General del Proceso la experticia o prueba pericial es concebida como un medio demostrativo autónomo, sometido a unas reglas especiales que, a voces del art. 226: “[...] es procedente para verificar hechos que interesan al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos [...]”. [...]

Entonces, la prueba a que aluden los alzantes, otorgándole la calidad de “experticia”, no reúne las exigencias que el estatuto procedimental vigente prevé para ese particular medio demostrativo. Desde esta perspectiva, aún si hubiese sido tenida en cuenta por la *a quo* al momento de desatar el fondo del asunto, existe una talanquera legal que impide darle el alcance al que aspiran los demandantes en tanto que su confección no se ajusta a derecho. Ahora bien, si se aceptara que sí los reunía y que su valoración podría tener alguna inciden-

cia en el resultado final, la respuesta sigue siendo negativa, pues una lectura minuciosa de ese escrito no permite arrimar a conclusión distinta a la expuesta por la jueza de primer grado. [...]

Los párrafos finales contienen lo que se anuncia como “conclusiones”. En ellas se enlista la afiliación a Coomeva del Sr. J. R. M., su diagnóstico, la IPS y el galeno tratante, el procedimiento que le fue practicado y un breve resumen de lo que consta en las historias clínicas de los días 11 y 18 de febrero, y 2 de marzo de 2015, en lo que atañe a la información que el paciente dio al médico al momento de la consulta, así como de su evolución. La exposición se cierra refiriendo que: “[...] la demora en la remisión y falta de oportunidad en la prestación de los servicios y procedimientos que requería [...]”; el paciente “[...] conllevó a la pérdida total de visión [...]”, situación compleja “[...] que ha ocasionado deterioro en la salud mental, satisfacción por vivir y la pérdida de la calidad de vida, secundarios a una mala práctica del especialista quien realizó la primera intervención quirúrgica [...]”. Ello sin dejar de mencionar que “[...] mientras en otros países se están realizando cirugías de forma preventiva para la corrección de cataratas y prevenir la ceguera en la población de mayor edad, al Sr. J. R. M. le realizan un mal procedimiento, el especialista tratante evidenció que existían complicaciones y no lo remiten [sic] en forma oportuna [...]”

Esas “conclusiones” se fundamentan sin un análisis detallado, científico y explicitado de la situación. Nada se dice acerca del por qué la remisión fue demorada y qué detalles le permiten sostener esa premisa,

ni mucho menos se hace mención sobre el tiempo transcurrido entre los controles post quirúrgicos y si fue excesivo o se encontraba ajustado a la práctica común en casos similares. Tampoco precisa cuáles eran los servicios y procedimientos requeridos por el paciente que, de haberlos recibido en tiempo, hubieran impedido la pérdida de la visión. En el apartado se refieren a deterioros en la salud mental del Sr. J. R. M., pero sin adentrarse en detalles. También hacen alusión de un desmedro en su calidad de vida, producto de una mala práctica del especialista demandado, pero sin indicar por qué se le califica así y cuál habría sido la correcta. Por último, no se explica por qué, en criterio del profesional de la salud que suscribe ese documento, lo que procedía era una cirugía correctiva y no la que le practicaron.

Como se verá, entonces, la valoración de la experticia de que se duelen los apelantes nada aporta al *sub examine*, pues ninguna de sus conclusiones, aunque genéricamente sirven de basamento a sus pretensiones, tienen un soporte científico suficiente como para llevar al juez al convencimiento de que, en efecto, hubo una mala práctica médica y que, como consecuencia de ello, debe condenarse a los llamados a juicio. Y es que el resultado no podría ser otro si se parte de la base de que quien lo expidió no es especialista en oftalmología y, por ende, carece de los conocimientos específicos en el área que se ocupa del padecimiento que aquejaba al Sr. J. R. M. En consecuencia, poco o nada aporta al esclarecimiento de los hechos en debate.

Los demandados, por su parte, desplegaron una actividad probatoria mucho

más amplia, no solo porque la mayoría de ellos son profesionales de la salud en el área de la oftalmología, sino porque también hicieron soportar sus defensas en la intervención de testigos técnicos en esa área, incluso con subespecializaciones. Estos elementos permitieron arribar a la conclusión de que no existía nexo causal entre la pérdida de la visión que sufrió el Sr. J. R. M. y la intervención que le fue practicada por el Dr. R. M. A. [...]

En ese sentido giraron las apreciaciones de la jueza al referirse a los cuidados personales que tuvo el Sr. J. R. M. y que vienen a constituir el segundo de los reparos a su determinación. La intervención de la Dra. R. P. S., oftalmóloga con especialización y subespecialización en glaucoma, dejó por sentado que no solo fue la profesional que le diagnosticó ese padecimiento al señor J. R. M., sino que enfatizó en precisar que la baja adherencia al tratamiento obedecía al hecho de que aquél no se aplicaba las gotas prescritas para ello, siguiendo las indicaciones médicas.

Este actuar a futuro repercutió en el edema corneal persistente que causó la ceguera y que, además, quedó establecida como una de las consecuencias propias de ese tipo de cirugías, a lo que debe sumarse el compromiso del nervio y que, por su edad, existía una disminución considerable de las células del epitelio de la córnea. De acuerdo con esto, el Tribunal no encuentra razones que posibiliten la prosperidad de ese embate, pues, por sí mismo, nada aporta de cara a la demostración del nexo causal echado de menos.

Tampoco se avista que estuvieran dirigidos a desacreditar los cuidados que el pa-

ciente pudo haber tenido en el post operatorio, pues si bien pudieron estar al orden, como lo pusieron de presente los testigos solicitados por la parte demandante, lo cierto es que la complicación que desencadenó en la ceguera tuvo su antecedente en el glaucoma, diagnosticado antes de la cirugía, como ya quedó explicado. Luego, el hecho de que se guardaran celosamente las recomendaciones propias del cuidado requerido con posterioridad a ese tipo de cirugías, poco o nada evitaría el fatal desenlace de que se duelen los promotores de la causa.

Además, tomando en consideración que lo echado de menos aquí es la prueba reina, con soporte científico, que acreditaría que la pérdida de visión del primero de los actores se debió a un proceder erróneo de los demandados, lo contenido en esos testimonios nada aporta al *thema probandum*, pues ninguno de ellos manifestó tener conocimiento especializado en esa área de la medicina y que pueda arrojar luces al respecto.

Respecto al tercer reparo, referido a que el consentimiento informado no fue suficiente en este caso, el cual es sustentado en el hecho de que, aunque el formato respectivo obra en el expediente, la edad y entendimiento del paciente sobre asuntos científicos le imposibilitaron dimensionar los riesgos que implicaba la práctica de la cirugía, tampoco está llamado a prosperar. En efecto, aunque la censura señala que el Sr. J. R. M., al iniciar su interrogatorio puso de presente el padecer algunas dificultades mentales, incluso referidas a pérdidas parciales de memoria, lo cierto es que en el plenario quedó acreditado que tales

complicaciones, según lo afirmó su hija y también demandante F. R., fueron posteriores a la cirugía. Entonces, no existe una inferencia razonable que permita concluir que, de haberse dado esa mejor comprensión, el Sr. J. R. M. hubiese desistido de la intervención.

Llama poderosamente la atención que el paciente no estuvo solo el día de la cirugía, pues tal como lo señaló F. R. en su interrogatorio, ella estaba con él, así como también la señora S. R., al parecer pariente suyo, quien suscribió el consentimiento informado en calidad de testigo, tal como se puede apreciar en el duplicado que reposa en el folio 35 del cuaderno principal. Siguiendo ese orden de ideas, la Sala se interroga acerca del por qué los familiares que lo acompañaban en el instante previo a la intervención no indagaron más sobre las complicaciones, en procura de que el Sr. J. R. M. obtuviera una mejor y más clara comprensión de los riesgos, incluso pudiendo persuadirle de no someterse a ella.

Ese aspecto se torna irrelevante de cara a la no demostración del nexo causal, pues la falta o deficiencia de la información, por sí misma, no estructura la responsabilidad que aquí se reclama. Así lo precisó la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC2801-2019, emitida el 26 de julio de 2019, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, al señalar que:

El interés jurídicamente tutelado cuando se requiere que el paciente dé asentimiento a la práctica quirúrgica previa, información suficiente que ha obtenido de la misma y de otros pormenores...

radica en la protección de derechos constitucionales fundamentales (autonomía, libertad y dignidad humana) y no propiamente la evitación de un perjuicio que, con información o sin ella, puede llegar a materializarse como secuela de la intervención quirúrgica que comporta riesgos.

Además, no puede pasarse por alto aquí que la conclusión general de los diferentes especialistas que trasegaron por el proceso consistió en que la pérdida de visión fue consecuencia del edema corneal persistente, que a su vez es producto del glaucoma diagnosticado antes, con las complicaciones que ya fueron reseñadas. En todo caso, según acotó la Dra. R. P. S., con cirugía o sin ella, a causa de las cataratas, el Sr. J. R. M. igual perdería la visión, pues el único tratamiento para ellas es la intervención quirúrgica. Si ésta no se hubiera llevado a cabo, de todos modos, su avance, con el paso de los años, comportaría la ceguera.

Finalmente, los alzantes se duelen de que, si bien la demanda se encaminó por las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, era deber del juez enderezar el juicio por las normas propias de la que resultare aplicable al caso, reparo al que la Sala no le encuentra mayor asidero si se tiene en cuenta que la disertación inicial de la funcionaria cognoscente estuvo dirigida, precisamente, a clarificar ese tópico. La jueza fue enfática en concluir que en el *sub examine* se imponía distinguir que, en lo que se refiere al Sr. J. R. M., aplicaba

la contractual, dado que era él quien tenía vínculo directo con ZZZ EPS en calidad de cotizante [...]

En todo caso, bien fuera contractual o extracontractual, la ausencia de demostración del nexo causal da al traste con la pretensión indemnizatoria que persiguen los enjuiciantes, pues, no basta con evidenciar un daño y reclamar unos perjuicios, si no se acredita que entre uno y otro existe un vínculo estrecho y directo que otorgue a lo reclamado la condición de ser consecuencia de la afectación. Como se verá, entonces, no hay nada en el expediente que dé cuenta de que el proceder de los encartados hubiera sido inadecuado o irregular, pues no existe ni siquiera un dictamen pericial que así lo acredite, el cual hubiese sido ideal para despejar las dudas sobre el particular.

Y es que no puede pasarse por alto que, en estos asuntos, la carga demostrativa que debe soportar quien pide se le indemnice está representada por la acreditación de la equivocada *praxis médica*, y ello solo se logra en la medida en que se prueba cuál era el procedimiento idóneo y previsto por los protocolos galénicos. De ese modo es que puede detectarse dónde estuvo la falla que estructura la negligencia del profesional de la salud y que vendría a ser el soporte del andamiaje resarcitorio que se ventila ante los estrados judiciales, lo que aquí, insistase, no ocurrió, pues la parte actora no lo pidió y el que creyó haber aportado con la demanda no reúne los requisitos de ese particular medio demostrativo, como ya quedó analizado. Lógico colofón de todo lo disertado es la confirmación del fallo atacado. [...]

SALA PENAL

DR. DAVID VANEGAS GONZÁLEZ

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD. No. 11001 6000098 2014 80372 01

RAD. TRIBUNAL: 428-17

SANTA MARTA, TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL DIECIOCHO (2018).

Prisión domiciliaria para padre cabeza de familia / presupuestos para su concesión. No resulta fundamento jurídico suficiente para su concesión, el hecho de no hallarse enlistado el punible cometido por el sentenciado, dentro de los señalados en el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 750 de 2002. Se requiere, además, que el infractor supere el análisis de la autoridad competente sobre su desempeño personal, laboral, familiar o social, para determinar que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

Extracto de la sentencia

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la defensa técnica de H. J. F. contra la sentencia por medio de la cual el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta (Magdalena) lo declaró penalmente responsable de la comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacien-

tes agravado y le negó la concesión de la prisión domiciliaria. Para mayor claridad, la apelación versa concretamente sobre la negativa de conceder el mecanismo sustitutivo. [...]

Los hechos probados en la actuación penal, en virtud de los elementos materiales probatorios allegados con el acta de preacuerdo, indican que:

El día [...] de 2014 el personal de policía adscrito al Grupo de Inteligencia de la Dirección Antinarcóticos de Bogotá, mediante llamada telefónica, recibió información [...] sobre el posible transporte de estupefacientes (cocaína) en el vehículo marca YYY, placa JJJ donde dos ocupantes se movilizarían en horas de la noche de ese mismo día [...], desde la ciudad de Barranquilla hasta el sector zona bananera, encargados de entregar la sustancia en una finca del corregimiento Sevilla –(Magdalena).

La información fue reportada a la unidad Básica del Grupo de Inteligencia Antinarcóticos Santa Marta y para verificar la veracidad de esta, personal

de ese grupo se trasladó en la patrulla hasta la estación de policía de Río Frío, avisando a los uniformados de ese lugar para que apoyaran el procedimiento.

Los policiales observan el vehículo con las características suministradas por la fuente transitando por el troncal oriente a las 19:25 horas, desviándose por la entrada del corregimiento de Prado (Sevilla) y 500 metros más adelante giró a la derecha para tomar una trocha e ingresar a una finca. En ese momento la patrulla intercepta el automotor, se identifican como funcionarios de la Policía Nacional y solicitan el pare a los ocupantes quienes atendieron el llamado.

El conductor del vehículo se identificó como patrullero de la Policía Nacional presentando el carné de la institución y la cédula de ciudadanía correspondiendo al nombre de A. J. H. y su acompañante se identificó como H. J. F.

Cuando iban a realizar el registro del automotor, el conductor emprendió la huida saltando una cerca de alambre, ocultándose en un cultivo de banano y llevándose las llaves del vehículo; los uniformados fueron a la persecución, pero las condiciones de lluvia y escasa visibilidad por la hora nocturna impidieron ubicarlo. Seguidamente, proceden a hacer el registro del automotor [...]

El vehículo fue trasladado en una grúa hasta las instalaciones de la Base de la Policía Antinarcóticos de Santa Marta; allí continuaron con el registro de este, retiraron la silla trasera, en el baúl hallaron una maleta y un morral de lana color negro, al ser revisados encontraron paquetes en forma rectangular fo-

rrados en cintas de látex de diferentes colores. Fueron, en total, 107 paquetes contenidos en las dos maletas y los dos morrales.

La prueba de identificación preliminar homologada realizada a las muestras sólidas arrojó resultado positivo para cocaína y el peso neto arrojó ciento dieciséis (116) kilos y 0.30 gramos. Acto seguido, el policía judicial recolecta, embala, rotula y somete a cadena de custodia veintiocho (28) muestras y las entrega al laboratorio de estupefacientes del Instituto Nacional de Medicina Legal para análisis químico y mediante informe pericial No. DRNT-LAES0000... se estableció que todas las muestras contenían cocaína.

La conducta imputada a H. J. F. fue a título de coautor de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el inciso 1 del artículo 376 (modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011), agravado por el numeral 3° del artículo 384 del Código Penal, bajo el verbo rector transportar.

La fiscalía y el procesado, asesorado por su defensor, celebraron un preacuerdo y se procedió a fijar fecha para su verificación. Una vez impartida la legalidad del preacuerdo, el defensor del procesado solicitó, en el traslado de la audiencia del artículo 447 de la Ley 906, la concesión de la prisión domiciliaria argumentando que se debía aplicar la Ley 750 del 2002, pues era más beneficioso para los intereses de su prohijado.

El día 1 de junio de 2017 se dictó sentencia condenatoria en contra de H. J. F., donde se le declaró penalmente responsa-

ble, en calidad de coautor, del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes previsto en el inciso 1 del artículo 376 (modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011), agravado por el numeral 3° del artículo 384 del Código Penal, bajo el verbo rector transportar, y se le impuso una pena de 96 meses de prisión y multa de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así mismo, se le negó el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena, como también el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria.

Señaló la juez *a quo*, que en el preacuerdo se dejaron sentadas dos circunstancias relevantes, a saber: I) que se le reconocería la circunstancia de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema y, II) que la pena a imponer sería concretamente la de 96 meses de prisión y multa de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 599 de 2000, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la pena privativa de la libertad.

Con relación a la concesión de beneficios, la defensa técnica del procesado solicitó al juez unipersonal que se concediera a su prohijado el mecanismo sustitutivo de prisión domiciliaria, atendiendo su calidad de padre cabeza de familia. Frente a esta pretensión, manifestó la juez de primer grado que no es posible acceder a la prisión domiciliaria trazada en la norma sustantiva dado que, acorde con lo expuesto en el artículo 68A del Código Penal, cuando se trata de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes es inviable su concesión.

Disiente la funcionaria judicial del argumento del defensor, para quien no

existe restricción para que en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 se apliquen a los condenados. A juicio de la juez, la defensa olvida que el numeral 5° del artículo 314 hace alusión a la sustitución de la detención preventiva como madre o padre cabeza de familia, cuya naturaleza es distinta a la prisión domiciliaria. En cuanto a la alusión a que deberían ser aplicadas las directrices trazadas en la Ley 750 de 2002 por ser más favorables, estimó la falladora de primer grado que del informe psicológico aportado se deduce que los menores de edad viven con la señora Y. D. G., quien, acorde con la declaración extrajudicial rendida por ella, es una vecina del señor H. J. F.

En los documentos suscritos por el profesional de la salud se dejó sentado que la señora aseguró brindar a los niños el amor que una madre les otorga a sus hijos. Además, adujo que, si bien esa circunstancia no es la ideal, dado que no existe un vínculo de parentesco entre los menores y quien hoy les provee amor y cuidado, en todo caso concluía que los menores están bien cuidados y que están desarrollándose en un escenario sano, pese a las secuelas lógicas que produce la ausencia de un padre, privado además de su libertad, en un niño y una adolescente.

Por último, refirió la *a quo* que, pese a que el delito por el cual se le declara penalmente responsable no se encuentra incluido en la Ley 750 de 2002, como aquellos que hacen inviable objetivamente la concesión del sustituto, eso no significa que no pueda hacerse una valoración de esa naturaleza en aras de verificar precisamente el interés superior del menor. Es así como para sustentar su decisión acude a la juris-

prudencia especializada emitida por la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, en el sentido que:

El juez en cada caso analizará la situación especial del menor, el delito que se le imputa a la madre cabeza de familia, o al padre que está en sus mismas circunstancias, y el interés del menor, todo lo cual debe ser argumentado para acceder o negar el beneficio establecido en la norma que se analizará.⁶²

Luego de la cita jurisprudencial, consideró la *a quo* que el delito por el cual se condena al Sr. H. J. F. es el de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, es decir, que afecta el bien jurídico tutelado que el legislador ha denominado “salud pública” y que tiene gran impacto en nuestra juventud colombiana. Así las cosas, concluyó la jueza de instancia, que, en procura de salvaguardar el interés superior de los menores, se habría de denegar la solicitud de prisión domiciliaria invocada por el apoderado del acusado (f. 13 de la sentencia de primera instancia). [...]

Inconforme con la decisión, el defensor del Sr. H. J. F. impugnó la providencia dictada por la Juez Penal del Circuito Especializada argumentando que no es ideal que los menores queden bajo la protección de una vecina pues “no existe un vínculo de parentesco entre los menores y quien hoy les provee amor y cuidado”. Por otro lado, sostuvo que la juez incurrió en violación de

la ley sustantiva por interpretación errónea de la Ley 750 de 2002; pues, expone el recurrente, en abierta contradicción con la motivación efectuada por la funcionaria judicial, que solo basta con demostrar la calidad de padre cabeza de familia para la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria y afianza su argumento en Jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. [...]

Así mismo, sostuvo que conforme al postulado del artículo 42 de la Constitución Política, los niños y adolescentes tienen derecho a “tener una familia y a no ser separados de ella”; del mismo modo, cita el contenido del artículo 9° del Código de la Infancia y la Adolescencia para referirse a la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas y, con base en este argumento jurídico, solicita la concesión de la prisión domiciliaria para su defendido. [...]

Esta corporación aborda, en primer lugar, el contenido de las disposiciones contempladas en la Ley 750 de 2002, en concordancia con otras instituciones legales que les sean complementarias, para establecer, en virtud del principio de interpretación integral u holístico, si la concesión del beneficio deprecado por el defensor del señor H. J. F. se agota en el mero contenido de la legislación referida. [...]. El artículo 1° de esta disposición normativa dispone textualmente que:

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso

de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente Ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos. [...]

En este estadio de valoración e interpretación, circunscrito inicialmente al contenido estrictamente legal, debe acotarse que no tiene razón el recurrente al considerar que para la concesión de la prisión domiciliaria, en virtud de la condición de padre o madre cabeza de familia, basta con que el delito por el cual se ha emitido la sentencia condenatoria no sea de aquellos que se mencionan en el inciso 3° del artículo 1° de la Ley 750 de 2002, es decir, genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada.

No le asiste razón porque esta prohibición es apenas una de las aristas consignadas en la Ley. Esta disposición legal tiene un contenido interno de carácter progresivo y coherente, hasta conformar un todo; nóte-

se cómo, antes de establecer la prohibición categórica acerca de los delitos respecto de los cuales no es dable conceder el sustituto penal, el legislador incluyó la facultad, que también es un deber, en cabeza de la autoridad judicial competente, de tener en consideración el desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor o infractora de la norma penal. Lo anterior, con miras a determinar que no pondrán en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente. [...]

En este orden de ideas, no resulta infundado sostener que el examen, desde lo subjetivo, que está llamado a efectuar el funcionario judicial, se predica de cualquier delito distinto de los dispuestos en la Ley 750 de 2002. O para ser más precisos, incluso si la sentencia condenatoria se emite por la realización de delito diferente de los nombrados en el inciso 3° del artículo 1° de la Ley que es objeto de interpretación judicial, es perfectamente viable y jurídico que el autor no sea arrojado con el beneficio de la prisión domiciliaria, si no supera el pronóstico a cargo del Juez de conocimiento mencionado en el párrafo anterior. [...]

Para la Sala no se satisface el requisito de carácter subjetivo de que da cuenta el artículo 1 de la Ley 750 de 2002, debido a que una persona que contribuye al tráfico y/o transporte de alucinógenos a esta escala no es prenda de garantía para la seguridad de la comunidad, como tampoco para sus hijos menores de edad y/o adolescentes. Desde esta óptica, la gravedad de la conducta delictiva por la cual ha sido hallado responsable quien pretende la concesión del beneficio, es un criterio

que tiene plena aplicabilidad al momento de establecer si se cumplen los requisitos dispuestos por el legislador en la Ley 750 de 2002. [...]

Para abordar el análisis del reproche, debe contextualizarse que el defensor invocaba, por ser más favorable, en lo pertinente, el inciso 4º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, cuyo tenor literal es el siguiente:

Lo dispuesto en el presente artículo (se aclara por parte de la Sala, en lo que guarda relación con la exclusión de los beneficios y subrogados penales) no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. (Negrita fuera del texto original).

Y el evento al que se refiere el apelante es el reseñado en el citado artículo 314, numeral 5 de la Ley 906 de 2004; allí se dispone que:

La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos [...] 5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufre incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.

Sin embargo, recordemos que la modalidad de violación de la ley puede ser por una interpretación errónea, una aplicación indebida o una infracción directa. Para una mayor claridad, la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia ha enseñado que:

la violación directa de la Ley sustancial puede llegar a presentarse por: (i) falta de aplicación, (ii) aplicación indebida o, (iii) interpretación errónea de un determinado precepto, acogiendo de esta manera el criterio de clasificación trimembre de los sentidos de la violación, que reconoce total autonomía al último de ellos.⁶³

Dentro de esta categorización, se tiene entendido que la falta de aplicación de normas de derecho sustancial se presenta cuando el juzgador deja de aplicar al caso la disposición que lo rige. La aplicación indebida tiene lugar cuando aduce una norma equivocada y la interpretación errónea consiste en el desacierto en que incurre el fallador cuando, habiendo seleccionado adecuadamente la norma que regula el caso sometido a su consideración, decide aplicarla con un entendimiento equivocado, sea rebasando, menguando o desfigurando su contenido o alcance. De esta manera, resulta claro que la diferencia de las dos primeras hipótesis de error con la última radica en que, mientras en la falta de aplicación y la aplicación indebida subyace un error en la selección del precep-

63 Casación 39.023 del dieciséis (16) de octubre de dos mil doce (2013). M.P. José Luis Barceló Camacho.

to, en la interpretación errónea el error es solo de hermenéutica. En este último, se parte del supuesto de que la norma aplicada es la correcta, solo que con un entendimiento que no es el que jurídicamente le corresponde, llevando con ello a hacerla producir por exceso o defecto consecuencias distintas. [...]

Pues bien, para sustentar su reproche de violación directa de la ley por interpretación errónea, el actor se apoyó en un referente jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 27 de julio de 2009 [sic], con ponencia del Magistrado Alfredo Gómez Quintero, sin indicar el número de radicado. El actor aduce que la providencia aludida contempla criterios menos restrictivos de los tenidos en cuenta por la juez *a quo* y procede a citarlos en los siguientes términos:

[...] las exigencias que demanda la Ley 906 en referencia al beneficio bajo examen son significativamente reducidas y abiertamente ventajosas, como que basta demostrar la calidad de cabeza de familia respecto a su hijo menor o que sufra incapacidad permanente, y además que este menor (a quien la Ley pretende proteger) halla [sic] estado bajo su cuidado, como se ve la aplicación del sustituto hoy en día no está limitada por la naturaleza del delito, así como tampoco supeditada a la carencia de antecedentes penales y mucho menos a la valoración de componentes [sic] subjetivo alguno, dada la simplicidad que ofrece la constitución legislativa del dispositivo. [...]

Se trata de la sentencia con Radicado No. 22.453 del 26 de junio de 2008. En esta decisión se sentó el criterio jurisprudencial para el reconocimiento de la prisión domiciliaria para un padre o una madre cabeza de familia y bastaba con verificar esa calidad en el caso concreto. [...]

No obstante, hoy en día, la Corte ha asumido una postura diferente adoptando una interpretación que tiende a equilibrar los intereses o bienes en conflicto. Esto significa que no basta, para la concesión de este mecanismo sustitutivo, con la existencia de los requisitos de orden objetivo. Es decir, que se demuestre únicamente la condición de madre o padre cabeza de familia, pues se habrá de tener en especial consideración el riesgo que la libertad del procesado implique para la seguridad de la comunidad y en especial de los menores de edad que estén bajo su cuidado. Para mayor precisión, este es el actual razonamiento que hace la Sala Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, sobre este instituto y las posibilidades de su otorgamiento, veamos:

Sea del caso señalar que, como lo reconoció la Sala en CSJ SP, 19 agos. 2015, rad. 45853, la comprensión jurisprudencial de las condiciones para acceder a la prisión domiciliaria (y también a la detención domiciliaria, se añade) ha variado en el tiempo. Así en CSJ SP, 26 jun. 2008, rad. 22.453, decisión reiterada en CSJ SP, 3 jun. 2009, la Corte consideró suficiente, a partir de la interpretación sistemática de lo dispuesto en la Ley 750 de 2002 y en los artículos 314 y 461 de la Ley 906 de 2004, la

acreditación de la condición de padre o madre cabeza de familia, sin necesidad de valorar los antecedentes del interesado ni la naturaleza del delito objeto de condena.

La Sala, sin embargo, recogió ese criterio en CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943, pronunciamiento en el cual sostuvo que el otorgamiento de la figura sólo procede ante la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en la Ley 750 de 2002, a saber: i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales⁶⁴.

Luego entonces, al quedar claro que el máximo órgano de cierre en materia de justicia penal ordinaria varió de manera expresa la jurisprudencia de la cual se auxilia el recurrente para sustentar su pretensión, no se advierte la comisión de error alguno de interpretación por parte de la Juez Segunda Penal del Circuito Especializada de Santa Marta. En suma, bien hizo la funcionaria judicial al momento no solo de seleccionar, sino también de interpretar el contenido y alcance de la Ley 750 de

2002, que en su inciso primero impone el deber de valorar el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado, con el fin de determinar que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente. [...]

Ahora, 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 (Alexy, 1993, p. 409). [...].

Una vez sentadas las bases doctrinarias y jurisprudenciales, es preciso adaptarlas a la decisión tomada por la juez *a quo* con relación al subprincipio de adecuación, también llamado de aptitud o idoneidad. El mecanismo restrictivo de la libertad impuesto en la sentencia de primer grado resulta idóneo para la obtención de la finalidad perseguida; esto es, la prevalencia de las funciones de la pena consignadas, como igualmente se ha dicho, en el artículo 4º del Código Penal, de prevención general, retribución justa y prevención especial. [...]

Ahora, en lo que atañe al subprincipio de necesidad, este se encuentra dirigido a “establecer si la medida enjuiciada es la más benigna con el derecho fundamental afectado, entre todas aquellas que sean igualmente idóneas para alcanzar el fin perseguido por la intervención”. Debemos colegir que este subprincipio exige el de-

ber de analizar si existe otro mecanismo menos afflictivo del derecho fundamental que resulta afectado con la decisión judicial y que existiendo, aun así, garantice la finalidad perseguida. No es necesario acudir a elucubrados análisis para concluir que en el plexo normativo sí es posible hallar un mecanismo menos afflictivo que la prisión carcelaria; precisamente uno de ellos es la prisión domiciliaria, en caso de ostentar el procesado la calidad de padre o madre cabeza de familia.

Empero, la anterior es solo la primera parte del ejercicio, pues se debe analizar si esta última medida, o beneficio en pro de los menores o personas discapacitadas, garantiza la finalidad perseguida por la Ley y expuesta por la juez *a quo* en la sentencia. [...]

La respuesta deviene negativa, la prisión domiciliaria no garantiza los fines o las funciones señaladas en las Leyes sustantivas (Ley 599 de 2000 y 750 de 2002), por cuanto no debemos soslayar que, en todo caso, de conformidad con el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 750 de 2002 se debe tener en consideración el desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor y precisamente este ejercicio le permitirá a la autoridad judicial competente determinar que el condenado no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente. [...]

[...] la ponderación debe entenderse como una parte del principio de proporcionalidad, su tercer subprincipio, que exige que las intervenciones en el

derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho o al bien constitucional que favorecen, que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado”. (Bernal, 2005, p. 566).

Marcados estos derroteros, deviene la necesidad de dar solución a algunos problemas jurídicos de suma importancia, tendientes a corroborar si la decisión de la *a quo* se encuentra ajustada a derecho y si, además es razonable, en atención a su finalidad no solo legal sino también constitucional. Antes de la formulación de dichos problemas jurídicos, la Sala es del criterio que el derecho y/o el bien constitucional que resultan favorecidos son aquellos referidos a las funciones de la pena, desde la perspectiva del artículo 4º del Código Penal⁶⁵, y la vigencia de un orden justo. [...]

En contraposición, no desconoce la Sala, resultan afectadas las garantías de los menores de edad, quienes de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política son sujetos que gozan de protección constitucional reforzada y como tales tienen derecho, de manera prevalente, a tener una familia y a no ser separados de ella⁶⁶.

65 Ley 599 de 2000. Artículo 4o. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión

66 Constitución Política. Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación

64 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP997-2017. Radicación 47377 del Primero (1º) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Magistrado ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa.

Sin embargo, no olvidemos que este derecho no es absoluto y pese a que en la teoría constitucional los derechos de los menores de edad tienen un mayor peso abstracto reconocido por la norma suprema, tal reconocimiento no elimina el juicio de ponderación que se reclama pues, a pesar de que la supremacía o prevalencia del principio debe ser respetada por el intérprete de la norma, ello no excluye que en más de una ocasión impere el que en apariencia ostenta la menor raigambre⁶⁷.

Con todo, reiteramos que la decisión del juez *a quo*, al negar el sustituto de la prisión domiciliaria propendió implícitamente por la vigencia de un marco jurídico y social justo, al paso que garantizó la seguridad y la igualdad jurídicas, en amplio sentido consideradas. [...]. De haberse despachado de manera favorable por la juez *a quo* la pretensión del defensor,

equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las Leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

67 Así se expuso en la ya citada sentencia CSJ. Sala Penal. Proceso No. 36507 de 2008.M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

la finalidad de las normas jurídicas que prohíben el narcotráfico perderían su carácter persuasivo; esto es, los miembros de la comunidad se verían desalentados a cumplir con el mandato legal, ante la poca probabilidad de recibir una sanción justa y proporcional al daño causado o bien, ante el serio peligro potencial que una conducta de esta naturaleza comporta para los bienes jurídicos protegidos por el legislador y de los cuales ya se ha hecho mención en varias oportunidades. En suma:

[...] la privación de la libertad en el lugar de residencia del procesado en razón de su condición de padre [...] cabeza de familia no puede en principio suscitar situaciones intolerables de impunidad, es decir, aquellas en las cuales el derecho reconocido del menor afecta de manera grave o desproporcionada la realización efectiva de los fines del proceso o del cumplimiento de las funciones propias de la pena, todo ello dentro del ámbito de los objetivos que el derecho penal imponga por mandato constitucional en el caso concreto.⁶⁸

Recapitulando, con el fin de dar respuesta definitiva a los problemas jurídicos principales y subsidiarios planteados al inicio de la providencia, se tiene que en el caso el caso sub examine, la decisión de la Juez de primera instancia se mues-

68 Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal- Proceso N° 35943. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá 22 de junio de 2011.

tra respetuosa del principio de razonabilidad⁶⁹ y, pese a las imprecisiones en que incurrió estas carecen de trascendencia, como quiera que logró sustentar fehacientemente que no estaban dados los presupuestos legales y jurisprudenciales para la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria, en atención a la calidad de padre cabeza de familia del procesado condenado. [...]

La Sala precisa que esta acción afirmativa debe considerarse como una extensión del test de proporcionalidad, por cuanto la institución de la prisión domiciliaria - en atención a la calidad de padre o madre cabeza de familia -, no es un beneficio que opera a favor del procesado, sino de las personas que dependan de él. [...]. Recapitulando, como la Sala advier-

69 Sentencia C- 022 de 1996. En la evaluación de la justificación de un trato desigual, la lógica predominante es la de la razonabilidad, "fundada en la ponderación y sopesación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos." Muestra de lo anterior es la sorprendente coincidencia de los criterios utilizados por los distintos tribunales encargados de analizar casos que involucran el principio de igualdad. La Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido que "los tribunales deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones (diferenciadoras) establecidas en una Ley son razonables a la luz de su finalidad"; el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha afirmado que "la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable [...]"; la Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que "una diferenciación es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si carece de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido."

te que la providencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Santa Marta no riñe con el conjunto de principios y valores que componen el sistema jurídico, se procederá a confirmar la sentencia recurrida, con el fin de que el procesado cumpla con la pena de prisión en el centro penitenciario designado por el INPEC [...]

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

DR. DAVID VANEGAS GONZÁLEZ

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD No. 47 001 600 1018 2013 01828

RAD. TRIBUNAL: 290 -16

SANTA MARTA, SIETE (07) DE FEBRERO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018).

Errores de hecho y de derecho en las decisiones judiciales / sustentación eficiente del recurso de apelación. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende. No es suficiente la sola exposición de argumentos tendientes a defender una posición, se requiere, además, que esa argumentación esté dirigida a controvertir de manera seria la decisión impugnada. Se deben indicar los motivos del desacuerdo y las falencias jurídicas y/o fácticas que presente la providencia.

Declaratoria de desierto del recurso de apelación / variación jurisprudencial.

Cuando se presente controversia sobre la sustentación del recurso de apelación lo procedente no es su declaratoria de desierto sino su denegatoria –según ha dicho la Corte en tesis reciente-, con el propósito de permitir que el interesado interponga el recurso de queja.

Extracto de la sentencia

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa en

contra de la sentencia del 1 de abril de 2016, por medio de la cual el Juzgado XX Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Santa Marta (Magdalena) declaró penalmente responsable al señor J. A. G. por la comisión de los delitos de hurto calificado y agravado en grado de tentativa, en concurso con tráfico, fabricación y porte de arma de fuego y municiones y lesiones personales. [...]

El día 26 de julio de 2013, siendo las 15:45 horas, la señora G. P. S. se desplazaba en una motocicleta y fue interceptada en el barrio Santa Clara de esta ciudad por dos sujetos de sexo masculino, quienes se movilizaban a su vez en otra motocicleta marca Boxer de color azul, con número de placa XXX. Los sujetos la golpearon, intimidaron con un arma de fuego y arrastraron en el piso despojándola de una mochila que en su interior contenía la suma de \$ XXX y objetos personales. Luego del hecho, la víctima abordó una patrulla de la Policía Nacional compuesta por

dos uniformados y los informa sobre la situación, indicándoles además las características de los sujetos.

Luego del reporte, los agentes de policía iniciaron la búsqueda y avistaron el vehículo en mención. La motocicleta la conducía J. A. G., quien iba acompañado por H. D.T. en calidad de parrillero. Este último estaba en poder de la mochila con la totalidad del dinero hurtado. Al momento de la requisa, el conductor J. A. G. tenía en su poder un total de cinco cartuchos para arma de fuego con calibre de 9 m. m.

Ante tales hallazgos, los policiales efectuaron la captura en situación de flagrancia y como la víctima se encontraba presente, ésta procedió a reconocer a los dos aprehendidos como los sujetos que previamente la habían despojado de sus pertenencias. El juez de primera instancia consideró que concurrieron los dos requisitos para dictar sentencia condenatoria. Esto son: acreditar la existencia de los delitos y la responsabilidad penal del acusado.

El *a quo* analizó los hechos jurídicamente relevantes y recordó que la señora G. P. S. puso en conocimiento de miembros de la Policía Nacional que dos hombres que se transportaban en una motocicleta la despojaron de una suma de dinero, tras intimidarla con un arma de fuego. Como consecuencia de este aviso, se materializó la captura en situación de flagrancia de los señores H. D. T. y J. A. G., aunque reprochó el fallador que solamente se hubiese puesto a disposición del Juzgado de Control de Garantías al segundo de los aprehendidos. Ante la aludida situación de flagrancia,

propició que compulsara las respectivas copias penales y disciplinarias. [...]

En varios segmentos del proveído el *a quo* expone las razones por las cuales emite la sentencia condenatoria, considerando que:

[...] De acuerdo con el examen detenido de los testimonios rendidos por los policiales que participaron en la captura como de la denunciante, se extrae claramente que el acusado fue sorprendido por la policía momentos después de perpetrado el hurto, en el momento en que se disponía con su acompañante a huir con el producto del ilícito en un medio motorizado (f. 15 de la sentencia de primera instancia).

[...] En el presente caso para cumplir su cometido se ejerció la intimidación con arma de fuego para vencer la resistencia de la víctima con el fin de asegurar el producto del hurto, y aparte de lo anterior, la misma asegura que fue golpeada en el casco que ella llevaba puesto con la cachá de la pistola, pateada y arrastrada en medio de un forcejeo, es decir, que se desplegaron ambas vertientes de la violencia (moral y física) de conformidad con lo ilustrado supra de ahí que se estructure la circunstancia calificante del delito de hurto prevista en el artículo 240 inciso segundo del C.P.

Por último, estimó el Juez que se acreditó la existencia del delito de lesiones personales. Cuando se allegó el examen de Medicina Legal practicado a la víctima

por el legista F. E. D., se le concedió una incapacidad provisional de 8 días, actualizándose así el tipo penal contemplado en el artículo 112 del Código Penal; esto es, lesiones personales con incapacidad para trabajar o enfermedad, que no pase de treinta días.

En un escrito de 7 folios, uno de los cuales está repetido, el abogado de la defensa presentó recurso de apelación en contra de la sentencia emitida en contra del señor J. A. G. En los primeros 4 folios, el recurrente se ocupa de hacer algunas explicaciones genéricas, acompañadas de transcripciones normativas, acerca de los requisitos para condenar contemplados en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 y de la presunción de inocencia [...]

Expone, a manera de pregunta, ¿cómo es posible que el autor material e intelectual al mismo tiempo, señor H. D. T. que fue capturado con arma de fuego en la mano por un miembro de la Policía que venía de civil, lo dejaran libre, sin ser judicializado ante un juez de control de garantías, y a contrario sensu sí dejan capturado a su cliente que es mototaxista?. A renglón seguido, aprueba la postura asumida por el *a quo*, en el sentido de compulsar copias para que se investigue a los funcionarios de la Unidad de Reacción Inmediata -URI- ante quienes se habrían puesto a disposición los capturados. Alega que su cliente no fue capturado como lo dijeron los policías, ya que este se encontraba en la moto cuando se presentó el intercambio de disparos y salió corriendo. Aduce que su cliente vivía a cuadra y media del lugar de los hechos y se pregunta si una persona atraca cerca de su casa.

Concluye su escrito reprochando que se hubiera dado libertad al capturado H. D. T., debido a que su cliente “no fue la persona que le quitó y la maltrató [sic]”, y arguye que el juez actuó con terquedad y temeridad en el juicio al no prestar atención a [...] que había irregularidades y, por lo tanto, no tenían que procesar a su cliente porque la víctima no lo señaló”. [...]. Ante esto, el Tribunal manifiesta, de entrada, que el recurrente no expuso de manera clara y suficiente los motivos por los cuales no comparte la decisión del Juez de primera instancia. Del mismo modo, el sustento argumentativo respecto de los yerros en que pudo haber incurrido el juez y que ameriten que su decisión sea despojada, en esta segunda instancia, de la triple presunción de constitucionalidad, acierto y legalidad.

Y se hace alusión al plus de constitucionalidad porque el debido proceso descende desde el techo ideológico de la Constitución Política, siendo la Ley un desarrollo de la norma superior. Desde esta perspectiva, se considera que cuando una autoridad judicial respeta el mandato constitucional desarrollado en la ley, cumpliendo, del mismo modo, con el deber de motivar - esto es, de analizar los presupuestos fácticos y jurídicos de una determinada pretensión - la decisión que surge como, consecuencia de dicho razonamiento por ser respetuosa del debido proceso, está cobijada por la presunción de acierto y legalidad.

De ahí que no sea infundado sostener que una decisión acertada es aquella que ha respetado los principios y valores constitucionales. Aquella, cumple con los

presupuestos legales de orden sustantivo y procedimental, que son un desarrollo de la Constitución, y surge, en consecuencia, la aludida determinación judicial, como producto de una motivación seria y razonada efectuada por el titular de la jurisdicción, que recae sobre las pretensiones, y oposiciones, de las partes de la contienda jurídico procesal. Y si esto es así, quien se encuentre en desacuerdo con el proveído judicial está en el deber de argumentar con todo rigor las razones por las cuales la ya referida presunción tripartita de constitucionalidad, acierto y legalidad debe ser derrumbada por el superior de quien emitió el pronunciamiento que es motivo de disenso.

Para este propósito debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia ha propendido por la adecuada sustentación del recurso de apelación⁷⁰. Éste delimita los linderos dentro de los cuales se ha de movilizar el superior jerárquico. Por su parte, quien desata la alzada queda, incluso, facultado para determinar si existe deficiencia en la construcción y sustentación de la sentencia, de cara al reproche de algún aspecto específico. Veamos lo expuesto por esa Corporación:

[...] La forma como está concebido el recurso, en el marco de una justicia rogada, de partes, regido por los principios de igualdad de armas y de imparcialidad, se impone la necesidad de motivar y sustentar las peticiones que

se formulen a los jueces, y entre tales peticiones, los recursos⁷¹, de otra forma ello implicaría que los jueces deberían examinar todo de manera oficiosa, extralimitando así una competencia, que para el caso de la que deriva de la apelación, debe circunscribirse a lo que es materia del disenso.

[...] Como en anterior oportunidad se consignó: “no basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso. Esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento, todo ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende. [...]

Ahora bien, tal y como la ha entendido la jurisprudencia del mismo tribunal de cierre citado, el recurso de apelación se declara desierto “cuando no se sustente”, lo cual equivale a que la parte inconforme con la decisión no ofrece los argumentos de hecho y de derecho que controviertan,

70 Providencia del 29 de marzo de 2012. Rad.: 38278. M.P: Fernando Alberto Castro Caballero.

71 Véanse radicaciones: 26087 auto febrero 28 de 2007 y 37449 auto 19 octubre de 2011

refuten, nieguen los propuestos por el juzgador.⁷² [...]

En el caso que ocupa nuestra atención, el funcionario judicial, en el contexto de un ejercicio serio de valoración probatoria y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, expuso los motivos por los cuales halló penalmente responsable al procesado J. A. G. de la comisión de los delitos por los cuales fue acusado por parte de la fiscalía.

Existe una motivación seria cuando el Juez analizó no solo las declaraciones rendidas por los dos miembros de la Policía Nacional que intervinieron en el procedimiento de captura en situación de flagrancia, sino también la atestación rendida por la víctima, señora G. P. S., y encontró que en ellas había plena convergencia respecto a las circunstancias en que se desarrollaron los hechos. En este caso el recurrente, antes que atacar los razonamientos del *a quo*, se limitó a efectuar elucubraciones jurídicas relacionadas con la presunción de inocencia y con los requisitos para emitir sentencia condenatoria, soslayando que el ataque debía recaer en la motivación construida por el señor Juez XX Penal del Circuito y que le sirvió de sustento a la decisión judicial, por medio de la cual declaró responsable penalmente a su prohijado judicial.

En este orden de ideas, el impugnante debía explicar las razones por las cuales a pesar del análisis jurídico no compartía

las motivaciones del *a quo*; máxime si se toma en consideración que el impugnante es un profesional del derecho que goza de la idoneidad necesaria para la construcción de argumentos que tengan por finalidad derruir la presunción de constitucionalidad, legalidad y acierto de la decisión judicial que reprocha y que fue consecuencia lógica del análisis de los hechos, de la valoración de las pruebas y la interpretación de las normas correspondientes, que permitieron emitir un juicio de reproche y culpabilidad respecto del comportamiento del procesado.

Para reforzar este planteamiento, es sabido que la sustentación del recurso de apelación es carga del impugnante; desde luego - como lo sostiene la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia - que no se trata de construir una pieza jurídica sobre el particular, pero sí es necesario presentar los planteamientos en los que estriba la inconformidad con la decisión recurrida y no basta un desacuerdo genérico que no indique en concreto los puntos en que se fundamenta, sino que se requiere la formulación de los argumentos de hecho y de derecho en que se finca la impugnación⁷³. [...] En este sentido:

La fundamentación de la apelación, por el aspecto indicado, es ya un acto trascendental. No le basta al recurrente afirmar una inconformidad general frente a la providencia que recurre, sino que le es imperativo concretar aquello de lo que disiente presentando

los argumentos de hecho y de derecho que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada. Sustentar indebidamente, en consecuencia, es como no hacerlo, y la consecuencia de la omisión es que el recurso se declara desierto⁷⁴. [...]

Para esta Sala de Decisión no se advierte en la sustentación del recurso un juicio diferente de parte del impugnante que ataque la providencia recurrida y oriente la labor de esta segunda instancia. La fundamentación expuesta por el apelante no reviste las características de un verdadero recurso, el cual debe estar signado por una sustentación adecuada, encaminada a controvertir la determinación judicial de primer grado, por cuanto ella solo entraña una aparente sustentación; mucho menos aporta nuevos argumentos críticos de tipo probatorio que vayan más allá de su mera enunciación, respecto de la providencia de la cual se disiente. [...]

Prácticamente el recurrente lo que pretende - así lo infiere la Sala - es que se aborde nuevamente en esta instancia la valoración de la prueba allegada y se acoja su tesis defensiva planteada en los alegatos de clausura, sin poner de presente el por qué son desacertadas las conclusiones a que llega el *a quo*, luego del estudio de las pruebas aportadas. Tal pretensión no puede tener asidero por cuanto no resulta apropiado, en virtud de las reglas que direccionan el procedimiento acusatorio,

que el recurso de apelación se convierta en una extensión del debate probatorio y de los alegatos de clausura. [...]

Para finalizar, considera la Magistratura, siguiendo criterios jurisprudenciales, que el recurso de apelación carece de los aspectos fundamentales que lo deben caracterizar, tales como:

1. La valoración de la prueba acopiada,
2. Las razones de tipo probatorio en que se soporta la inconformidad,
3. La referencia concreta del análisis efectuado por juez en la providencia atacada que no se comparte,
4. La crítica jurídica con la que se contradiga y refute el fundamento que condujo a sentenciar en el sentido que no se acepta,
5. La indicación, en concreto, de los aspectos que deben ser reformados o revocados por el superior. [...]

Con sustento en lo dispuesto en los artículos 179A y 179B de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, venía sosteniendo pacíficamente que la declaratoria de desierto aplica bien sea cuando el recurso es sustentado deficientemente bien sea cuando la sustentación es inexistente o extemporánea, decisión contra la cual procede únicamente el recurso de reposición.⁷⁵ Tal postura fue variada recientemente en los siguientes términos:

72 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. AP7234-2014. Radicación No. 45.018. Veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014). M.P. José Luis Barceló Camacho. Bogotá, D. C.

73 M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, marzo 18 de 1992.

74 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia del 25 de marzo de 1999, expediente 11279, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

75 Corte Suprema de Justicia, AP 24 Feb. 2016, Rad. 44684; AP 28 Sep. 2016, Rad. 48865; AP 15 Jul. 2015, Rad. 46319, entre otros.

En este orden, el principio de la doble instancia tiene como propósito garantizar los fines del Estado y reforzar la presunción de acierto y legalidad predecible de las providencias judiciales, objetivo que no se agota con la sola existencia formal de medios de recursos, sino que demanda del Estado la garantía de acceso a aquéllos.

Dada la trascendencia de este principio, estima la Sala que en aquellos eventos en que media algún grado de sustentación del recurso de apelación, de considerarse ésta indebida o insuficiente, lo procedente no es la declaración de desierto que, como se dijo, solo contempla como medio de control el recurso de reposición, sino su rechazo o negación, a efectos de habilitar la posibilidad que la parte afectada interponga, si lo estima pertinente, el recurso de queja.

Lo anterior, por cuanto no resulta razonable que la posibilidad de revisión por el superior jerárquico de una decisión, cuando se ha hecho uso de la oportunidad procesal para exhibir las razones de inconformidad con aquélla, quede supeditada exclusivamente al arbitrio del juez que la emitió. Ello por cuanto la declaratoria de desierto del recurso de alzada impide de plano que otro funcionario revise si, en efecto, los argumentos expuestos son insuficientes para activar la competencia de la segunda instancia.

Por ello, reitera la Sala, siempre que haya controversia en torno a si el impugnante cumplió con la carga de sustentación suficiente de la alzada, debe-

rá denegarse esta con el propósito de permitir al interesado la interposición de queja, para que sea el superior jerárquico quien decida sobre la idoneidad de la fundamentación.⁷⁶

Esta Sala de Decisión, acogiendo la nueva tesis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia por considerar que es la que más se ajusta a las garantías constitucionales que establece el artículo 29 de la Constitución Política, habrá de denegar el recurso como quiera que el abogado defensor no cumplió con la carga suficiente de sustentación, por las razones que ya han quedado explicadas suficientemente en el transcurso de esta providencia judicial. Del mismo modo, lo anterior, con el propósito de permitir al interesado la interposición de queja, para que sea nuestro superior jerárquico, esto es, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien decida sobre la idoneidad de la fundamentación.

De acuerdo con la información plasmada en el escrito de acusación, los hechos de connotaciones delictivas ocurrieron el día 26 de julio del año 2013 y la formulación de imputación se realizó el día 27 de julio del mismo año por los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego o municiones agravado; hurto calificado y agravado en grado de tentativa y lesiones personales. Este último, reseñado en el artículo 112 del Código Penal, de acuerdo con el dic-

76 Sala Penal C.S.J. AP4870-2017. Radicación 50560 de fecha dos (02) de agosto de dos mil diecisiete (2017). M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

tamen médico legal, el daño consistió en incapacidad para trabajar o enfermedad que no superó los treinta días; es de anotar que esta conducta tiene aparejada una pena de prisión de 16 a 36 meses.

Pues bien, revisada la foliatura, encuentra la Sala que respecto de este último delito no se agotaron las exigencias legales que se desprenden de los artículos 70 y 73 de la Ley 906 de 2004, esto es, la presentación de la querrela dentro de los seis meses siguientes a la comisión del delito, como requisito de procesabilidad para el ejercicio de la acción penal, toda vez que el delito de lesiones personales del que dan cuenta los artículos 111 y 112 del Código Penal requiere querrela de parte por estar enlistado en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal. En este orden de ideas, resulta claro que ha operado el fenómeno jurídico de caducidad de la querrela, pues si recordamos que la formulación de imputación se materializó el día 27 de julio de 2013, sin que se hubiese agotado el mencionado requisito, a la fecha ha transcurrido un término que supera ostensiblemente el de los seis meses que dispone la ley para que se ponga en funcionamiento el engranaje jurisdiccional, previo requerimiento del afectado.

Es claro que, para la fecha de la sentencia de primera instancia, es decir, el 1 de abril de 2016, ya había operado la caducidad y así debió haberlo decretado el *a quo*, absteniéndose en consecuencia de imponer sanción por el delito de lesiones personales, la que se fijó en cuatro meses, por concepto de “otro tanto”, de conformidad con las previsiones del artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

Con base en los precitados razonamientos, esta Sala entonces habrá de decretar de oficio la caducidad de la querrela, ameritándose la correspondiente redosificación punitiva. El juez de primer grado impuso una pena de 216 meses de prisión por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; luego, adicionó un año por el delito contra el patrimonio económico y cuatro (4) meses más por el delito de lesiones personales, quedando finalmente una pena de 221 meses, según la sumatoria efectuada por el *a quo*; luego entonces, en virtud de la caducidad de la querrela, se restarán estos cuatro meses, quedando una pena definitiva de 217 meses de prisión.

Observa la Sala que existe un error en la sumatoria efectuada en la sentencia venida en alzada, como quiera que 216, más doce, más 4, arroja un guarismo de 232 meses y no de 221. Pero, el yerro en que incurrió el *a quo* no puede ser subsanado por esta Corporación, pues se estaría incurriendo en un despropósito que violentaría una garantía de rango constitucional: el principio de prohibición de reforma peyorativa. Es claro, de acuerdo con lo reseñado en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución, que el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único y, en efecto, de acuerdo con la historia procesal de que da cuenta la foliatura, únicamente el defensor del procesado presentó desacuerdo con la decisión del juez de primera instancia. La postura que ahora se asume, encuentra pleno respaldo jurisprudencial, es así como la Sala Penal

de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado sobre este particular aspecto que:

La garantía constitucional de no *reformatio in pejus* constituye [...] un límite a la autoridad judicial que conoce en segunda instancia, consistente en que no puede agravar la pena impuesta del condenado cuando éste sea apelante único; entendiendo este concepto no referido exclusivamente al número de recurrentes de la sentencia condenatoria, sino a la naturaleza de sus pretensiones.

Dentro de las garantías y principios rectores previstos en la Ley 906 de 2004, aparece tal postulado en el artículo 20, pero de manera ampliada, en cuanto se establece que “el superior no podrá agravar la situación del apelante único”, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en CC C-591/05. [...]

Habrà, entonces, una violación de la Ley sustancial cuando, en ese supuesto, el superior le imponga al condenado una pena mayor o cuando, en cualquier sentido, modifique su situación, haciéndola más nociva, como, por ejemplo, le fije una

carga no considerada por el inferior, varíe su forma de responsabilidad por una que implique mayor reproche penal o con tal actuar le restrinja el acceso a un beneficio, subrogado o sustituto. Esa intervención, ex officio, conculca el debido proceso y el derecho de defensa”.⁷⁷ [...]

Para concluir, *ut supra* se dijo que había operado la caducidad de la querrela en lo atinente al delito de lesiones personales. Esta decisión es la más acertada porque en los casos de concurso de delitos, cuando concurren conductas investigables de oficio con delitos que necesiten querrela de parte, esta circunstancia no habilita al Estado, a través de sus entidades investigativas y/o judiciales, para que investigue de oficio las conductas querellables. Estas jamás adquieren la calidad de oficiosas por la ya aludida concurrencia mixta y si esto es así, como en efecto lo es, lo procedente será decretar, con fundamento en el artículo 77 de la Ley 906 de 2004, la extinción de la acción penal, decisión contra la cual procede únicamente el recurso de reposición.

77 Corte Suprema de Justicia. Casación Penal. Proceso 45736, SP2168, de 24 de febrero de 2016. M.P., Dr. Eyder Patiño Cabrera.

DR. CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD No. 47 001 600 1023 2015 00702 01

RADICACIÓN TRIBUNAL: 642-18

SANTA MARTA, VEINTICINCO (25) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)

Antijuridicidad / legítima defensa. Como causal excluyente de antijuridicidad, se materializa cuando se obra por la necesidad de defender, de manera proporcionada, un derecho propio o ajeno de una agresión injusta, actual o inminente.

Nulidad por falta de defensa técnica. El hecho de estar en desacuerdo con la estrategia asumida por el defensor o haber sido adversos los resultados del juicio, no dan lugar a considerar que se ha vulnerado el derecho de defensa por falta de defensor idóneo.

Extracto de la sentencia

[...] Resuelve la Sala el recurso de apelación invocado por la Defensa contra la sentencia condenatoria proferida [...] por el Juzgado XX Penal del Circuito de Ciénaga - Magdalena, dentro de la actuación adelantada contra A. A. X. por el delito de homicidio agravado [...]

Los hechos por los que se acusó al procesado consisten en que el 6 de septiembre

de 2015, a las 10:30 PM, en la Calle AZ del Corregimiento de BY- Magdalena, abordó por la espalda y apuñaló en 8 ocasiones a R. M. Y. ocasionándole la muerte. Por estos hechos fue capturado el 6 de noviembre de 2015, por órdenes del Juzgado Promiscuo Municipal de [...] Magdalena, y puesto a disposición del Juzgado 3° Promiscuo Municipal de [...] Magdalena, ante quien le fue formulada imputación el 7 de noviembre de 2015 por el delito de homicidio agravado (Numeral 7° del Artículo 104), imputación fáctica y jurídica que se mantuvo en el escrito de acusación presentado el 5 de enero de 2016.

Se formuló acusación contra el procesado el 16 de febrero de 2016 ante el Juzgado 1° Penal del Circuito de Ciénaga, ante quien se celebró Audiencia Preparatoria [...]. El Juicio Oral se llevó a cabo en las siguientes fechas: 29 de noviembre de 2016, en la que el acusado manifestó no aceptar los cargos; 28 de agosto de 2017, en la que las partes presentaron su teoría del caso y se escuchó el testimonio de A. L. [...]. El 11 de abril de 2018 se presen-

taron los alegatos de conclusión, se dictó sentido de fallo condenatorio y se realizó la Audiencia de Individualización de la Pena, a lo que siguió la sentencia condenatoria del 18 de septiembre de 2018.

El Juzgado XX Penal del Circuito de Ciénaga – Magdalena encontró suficiencia probatoria tanto de la materialidad de la conducta como de la responsabilidad penal del procesado en la totalidad de testigos de la Fiscalía, en los cuales encontró coherencia interna y externa respecto a sus dichos, especialmente que hubo una testigo presencial del hecho investigado, y que los demás testigos dieron cuenta de las circunstancias concomitantes y subsiguientes al hecho.

Resaltó el valor probatorio de la testigo presencial A.L., quien narró las particularidades de cómo se cometió el delito, lo que se acompañaba con el dicho de N. A., quien manifestó acerca de lo ocurrido inmediatamente después, y fue quien lo vio desplomarse luego de las lesiones que fueron realizadas sobre su cuerpo, y que también confluía con el dicho de P.O., quien era compañero de oficio del difunto, y quien ubicó al procesado como la persona que había realizado amenazas en contra de la víctima previamente por una discusión que habían tenido, pero además, con el testimonio de C. M., quien vio al procesado pasar con un cuchillo por el barrio. A su turno, explicó que la gestión probatoria de la Defensa fue precaria en el sentido que no logró generar duda razonable sobre el convencimiento constituido a partir del análisis de las pruebas de cargo, y evidenció lo que consideró como inconsistencias en los dichos de los testigos de la Defensa.

Por lo anterior, lo declaró penalmente responsable del delito de homicidio agravado, imponiéndole como sanción penal la pena de prisión equivalente a 400 meses, y por el mismo término, le impuso las accesorias contenidas en los Numerales 1°, 4° y 8° del Artículo 43⁷⁸ del Código Penal. Negó la concesión de subrogados. Contra la decisión fue interpuesto el recurso de apelación por parte de la Defensa, mientras que el Ministerio Público intervino como no recurrente.

La defensa alegó que se quebrantó la estructura procedimental por parte del Juez, y, además, que se estructuraba una nulidad como producto de la falta de idoneidad de la Defensa Técnica de su representado. En cuanto al primer aspecto, explicó cómo el Juzgado tramitó irregularmente la audiencia preparatoria porque omitió dar aplicación al Numeral 1° del Artículo 356 del Código de Procedimiento Penal⁷⁹; que posteriormente otorgó el uso de la palabra a la Defensa para que realizara el descubrimiento, pero el Defensor realizó fue la enunciación, y posteriormente lo instruyó a realizar las peticiones probatorias; que fue posterior-

78 ARTÍCULO 43. Las penas privativas de otros derechos. Son penas privativas de otros derechos:

1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; 4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría; 8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

79 1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.

mente que el Juez dio la oportunidad a las partes para que se pronunciaran acerca de las estipulaciones; y que fue sólo en la última sesión de la audiencia preparatoria que el Juez dio oportunidad para que las partes se pronunciaran acerca de las peticiones probatorias de la contraparte; y que a su representado no se le preguntó si aceptaba o no los cargos endilgados. Todo lo anterior constituyó, en su sentir, un evidente desconocimiento de los trámites previstos en el Artículo 357 del Código de Procedimiento Penal. [...]

En general, criticó la actitud “pasiva” de su antecesor durante la audiencia preparatoria. Puso en evidencia que en la audiencia preparatoria la Defensa realizó solicitudes probatorias documentales que fueron decretadas, frente a las cuales manifestó que serían introducidas con el testimonio de M.O., pero que durante su testimonio no fueron introducidas, generándose como consecuencia que el Juez no pudiera valorarlas. [...]. Ya en punto de responsabilidad penal, señaló que el *a quo* no valoró las circunstancias antecedentes a la comisión del hecho, y que ello llevó a que se profiriera la decisión judicial, resaltando que, si se hubieran valorado en debida forma, el Juzgado hubiera llegado a la conclusión de que A. A. X. obró en exceso de la legítima defensa. [...]. Posteriormente, criticó el valor suasorio otorgado por el *a quo* a A.L., porque sólo tenía un ojo y porque además manifestó ser amiga del occiso; pero enfáticamente la tildó de mendaz por haber manifestado que el procesado atacó al occiso por la espalda. [...]

Su pedimento en apelación en cuanto

al fondo del asunto consiste en la modificación de la sentencia de primer grado en el sentido que a su representado debió condenársele por el delito de homicidio, pero bajo la circunstancia prevista en el Numeral 7° del Artículo 32 del Código Penal. El Ministerio Público, actuando como no recurrente, señaló que, de cara a los principios orientadores de las nulidades, no bastaba con enunciar las irregularidades acaecidas en la audiencia preparatoria, sino que se debía sustentar su trascendencia, y que en el caso concreto ello no se hizo, y que ello impedía evaluar si resultaba o no necesario aplicar el remedio extremo de la nulidad [...]. Finalmente, se refirió al recurso de apelación, indicando que este no estuvo bien sustentado en la medida que constituía, más que un ataque a una decisión judicial, una serie de argumentos que no controvierten la sentencia proferida por el *a quo*.

Por mandato legal derivado del contenido del numeral 1° del artículo 34, 176 inciso final y 179 de la Ley 906 de 2004 resuelve la Sala el asunto planteado por la Defensa Técnica recurrente dentro del marco delimitado por el objeto de la apelación.

En el presente caso, atendiendo las censuras planteadas por la parte recurrente encuentra la Sala que su tesis se orienta a la declaratoria de nulidad por violación del debido proceso y defensa técnica, y subsidiariamente, que la condena se imponga no por homicidio agravado, sino por homicidio simple, reconociendo un exceso en la legítima defensa; planteamientos de los que surgen las siguientes preguntas problema:

1. ¿En el caso concreto, de cara a los lineamientos legales y jurisprudenciales vigentes, resulta posible predicar la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso o un desconocimiento de la garantía fundamental del derecho a la Defensa Técnica derivada de la actuación del defensor anterior de A. A. X? En caso de ser negativa la respuesta.
2. Analizadas las pruebas puestas de presente por la Defensa ¿Se encuentra acreditado un exceso en la legítima defensa? En caso de no ser así, y de acuerdo a los hechos probados
3. ¿Se debe modificar la decisión venida en alzada?

La Sala considera que aun con las particularidades del caso, se evidencia la inexistencia de actos defensivos anti técnicos que permitan concluir que a A. A. X. se le haya menoscabado su derecho de Defensa Técnica. Para una mejor comprensión de la postura, conviene rememorar las reglas y subreglas jurídicas que demarcan las declaratorias de nulidad, en los siguientes términos. La Ley 906 de 2004 en sus Artículos 455 al 458, consagra todo lo atinente a la ineficacia de los actos procesales, específicamente señala 3:

- i) la derivada de la prueba ilícita; ii) la que tiene origen en la incompetencia del juez, y; iii) la que se produce por violación a garantías fundamentales, ya sea por violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

Así, el Artículo 305 del Estatuto Procesal nos indica que se consideran inexistentes para todos los efectos procesales las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor; el 306 nos enlista las causales de nulidad, a saber: i) incompetencia del funcionario judicial, ii) la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, y iii) la violación del derecho a la defensa. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en reiteradas oportunidades acerca de los principios que regulan las nulidades y entre ellos ha destacado los de: i) trascendencia; ii) instrumentalidad de las formas; iii) taxatividad; iv) protección; v) convalidación; vi) residualidad y vii) acreditación.

Debe recordar la Sala que, en lo concerniente a la ineficacia de los actos procesales, conforme lo ha sostenido la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otros, en los autos CSJ SP, 9 May. 2007, Rad. 27022 y CSJ SP, 29 oct. 2010, Rad. 30300, si bien es cierto el sistema penal acusatorio no consagró expresamente los principios que orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades como lo hacía la Ley 600 de 2000 (art. 305 al 310), tal circunstancia no significa que esos postulados hubiesen desaparecido, y es así porque son inherentes al asunto, motivo por el cual, al estudiar asuntos relativos a nulidades, se deben atender: “los principios de taxatividad, protección, convalidación, trascendencia, instrumentalidad y el carácter residual, seguirán rigiendo las nulidades como hasta ahora.” En el caso concreto, la defensa planteó su

petición de nulidad con fundamento en dos circunstancias: I) la indebida tramitación de la audiencia preparatoria y; II) el desconocimiento de la garantía de defensa técnica.

En cuanto al primer planteamiento, la Sala lo desestimaré porque aun cuando se comprobó a partir del análisis de la actuación que efectivamente el Juez llevó a cabo la audiencia en un orden distinto al plasmado en los Artículos 356 y 357, los pasos fueron llevados a cabo, lo que de cara al principio de instrumentalidad de las formas, impone la necesidad de abstenerse de decretar la nulidad en tal sentido, pues se cumplió con las finalidades para las que estaba prevista la audiencia, independientemente de que se haya llevado a cabo en un orden distinto.

Únicamente tendría la virtualidad necesaria para afectar el debido proceso en forma significativa el hecho de no haberse otorgado el uso de la palabra al procesado para que manifestara si aceptaba o no los cargos, sin embargo, carece de trascendencia en la medida en que no fue demostrado que el procesado tuviera voluntad de aceptar los cargos, de modo tal que se le hubiera privado de la posibilidad de hacerse acreedor de la rebaja de hasta una tercera parte de que trata el Numeral 5° del Artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, motivo por el cual tampoco puede prosperar la censura, máxime que la audiencia del 29 de Noviembre de 2016 tuvo como único propósito corregir dicho yerro (ver 2.4.). Tampoco prospera la censura por el hecho que antes de recibirle testimonio al procesado no se le haya advertido acer-

ca de su derecho a guardar silencio y no auto incriminarse porque:

[...] El Artículo 389 del Código de Procedimiento Penal, relativo a las reglas de práctica de la prueba testimonial, especifica que cuando se le va a tomar juramento a los testigos, se deban realizar las amonestaciones pertinentes; no obstante, el Artículo 390 *ibidem* establece que antes de iniciar el interrogatorio, se le debe informar al testigo correspondiente acerca de sus derechos constitucionales y legales, y posteriormente tomarle juramento. Sin embargo, no debe perderse de vista que ésta es la ritualidad para los testigos distintos al procesado, a quien, desde el inicio del Juicio Oral deben ponerse de presente sus derechos constitucionales y legales relacionados con guardar silencio y no auto incriminarse, en la forma prevista en el Artículo 367 *ibidem*. Por tal motivo, revisado el contenido de la audiencia de Juicio Oral celebrada el 29 de noviembre de 2016, se evidenció que al registro 1"55' en adelante, el Juez realizó lo propio, *ergo*, no puede la Defensa ahora plantear que su representado desconocía los derechos que le asistían, motivo por el cual la irregularidad deviene, una vez más, intrascendente. [...]

En lo relacionado con las peticiones de nulidad relacionadas con violación del derecho de defensa, por falta de Defensa Técnica, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, se ha referido en asuntos en los

que un Defensor plantea que defensores anteriores no han obrado diligentemente⁸⁰, estableciendo que en dicha instancia procesal no resultaba juzgar el acierto o desacierto de la gestión procesal de sus predecesores, y puntualizó, recordando su jurisprudencia que:

[...] El defensor en ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de total iniciativa, pudiendo presentar las solicitudes que considere acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso a pesar de tener actitud vigilante del desarrollo de la actuación asumir una pasiva por estimar que esa puede ser la mejor alternativa de defensa, y no por estar en desacuerdo con la estrategia asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, hay lugar a sostener que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la Ley no le impone al abogado derroteros en torno a la estrategia, contenido, forma o alcance de sus propuestas, ni la aptitud de estas gestiones se establece por los resultados del debate.

Así las cosas, estableció en el Auto AP690-2019 (53646) del 27 de febrero de 2019, que, para demostrar alguna falencia en la defensa técnica, capaz de quebrantar las garantías esenciales de la persona sometida a juzgamiento, se requiere que el impugnante acredite:

[...] que (i) el comportamiento procesal asumido por el defensor obedeció a su actitud negligente para agenciar los derechos que le fueron encomendados, sin apego a los lineamientos que el ejercicio de la profesión de abogado le exigen, (ii) reseñar la omisión o la actuación desplegada que se tacha de inapropiada, y (iii) mostrar, en consecuencia, la actividad objetiva que debió desarrollar, para finalmente (iv) precisar y demostrar su objetiva incidencia de cara a las conclusiones del fallo cuestionado. En este sentido, no basta que el demandante en casación simplemente oponga su inconformidad con la estrategia planteada por quien le precedió en la representación judicial de los intereses de su defendido, o se dedique a repudiar genéricamente la actividad o pasividad procesal que rigió su desempeño para tachar su gestión y atribuirle la responsabilidad de haber desencadenado un fallo adverso.

En posterior decisión, Auto AP692-2019 (53430) del 27 de febrero de 2019, explicó que:

[...] la simple enunciación abstracta que efectúa el censor sobre la deficiencia probatoria en que incurrió su antecesora, no basta para tener acreditado el yerro y proceder a la invalidación de todo lo actuado, pues no se aviene admisible que se establezca la ausencia de solicitud de pruebas indeterminadas cuya naturaleza y relevancia es simplemente especulativa.

Descendiendo al particular, para la Sala, no se encuentran acreditados los requisitos jurisprudenciales establecidos en el Auto AP690-2019 (53646) del 27 de febrero de 2019, mencionados en el fundamento 6.3.6.2.1. en la medida que no se evidencia que el comportamiento procesal asumido por el defensor anterior en los aspectos puestos en evidencia por el nuevo apoderado, por muy desarticulado que haya resultado, haya obedecido a una actitud negligente para agenciar los derechos del interesado, o sin apego a los lineamientos éticos profesionales exigidos por la profesión. [...]

En suma, este Tribunal no acredita la actitud negligente del defensor anterior, sino el mero desacuerdo con la actitud defensiva asumida por él y la exaltación de lo que consideró subjetivamente errores, amén de que las actuaciones reseñadas no pueden ser catalogadas de forma objetiva como inapropiadas, ni se comprobó que objetivamente estuviera su predecesor en la obligación de actuar en forma distinta, máxime que no se demostró a través de la proposición hipotética, un posible resultado favorable en caso de haberse asumido otra estrategia. Por lo tanto, no será decretada la nulidad por desconocimiento del derecho a la defensa técnica, por no haberse demostrado. Del memorial de apelación se evidencia que la parte recurrente no discute la materialidad de la conducta ni la responsabilidad penal del procesado, sino que su tesis argumentativa y probatoria se enfoca en acreditar que las circunstancias antecedentes probadas en el Juicio Oral dan cuenta que el procesado dio muerte a R. M. Y. en legítima

defensa, lo anterior con miras a conseguir una disminución punitiva consistente en la degradación de homicidio agravado, a homicidio simple, con reconocimiento de exceso en la legítima defensa.

En consecuencia, corresponde a la Sala analizar si cada uno de los hechos que alega como probados resultan suficientes para acreditar un exceso en la legítima defensa, que corresponden a: I) unas 5 horas antes del hecho, hubo un altercado entre el procesado y R. M. Y; II) el procesado se acercó a la parte exterior de la vivienda del difunto; III) entre ellos hubo intercambio verbal agresivo, encontrándose la víctima en estado de embriaguez, y que en ese momento la víctima se hizo a un pico de botella y en actitud amenazante; IV) que posteriormente la víctima se dirigió hasta un billar donde estaba su representado en una actitud desafiante y el hecho no pasó a mayores gracias a la interferencia de terceros; V) finalmente, que la víctima se dirigió hasta la casa del procesado en la misma actitud y con agresiones verbales y violentas, y ya desbordado el límite de la tolerancia, el procesado salió en defensa de su honor, frente a quien también se encontraba armado.

Pero para lograr establecer si las mencionadas circunstancias resultan suficientes para la acreditación de una legítima defensa, se debe primero presentar el marco teórico y legal que delimita la figura invocada, como pasa a realizarse. El Código Penal Colombiano prevé en su Artículo 32 una lista de supuestos de hecho que, de estructurarse, eliminan la posibilidad de endilgar responsabilidad penal, denominadas causales de ausencia de respon-

sabilidad, o de justificación. Entre ellas, concretamente en sus Numerales 6° y 7°, se encuentran previstas las causales excluyentes de la antijuridicidad relacionadas con la legítima defensa, en los siguientes términos:

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión...

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El Numeral 7° además señala que:

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible." Es decir, la legislación penal colombiana permite la posibilidad de una responsabilidad penal atenuada en los casos en que se exceden los límites previstos en los Numerales allí previstos, que para el caso de la legítima defensa vienen a ser los subrayados y resaltados en precedencia.

Sobre los requisitos para el reconocimiento de la legítima defensa, la Doctrina Na-

cional ha previsto: I) la existencia de una agresión actual o inminente; II) el carácter injusto de la agresión; III) la imposibilidad de evitar la agresión de otra manera o la evidente necesidad de defensa; IV) el examen de solidaridad mínima: obligación del agredido de no actuar sobre los bienes jurídicos de su agresor si no es necesario, equiparable a la evidente necesidad de defensa; V) la proporcionalidad, analizada desde el bien jurídico a proteger por la agresión *versus* el dañado con la reacción defensiva, y también a partir de los medios utilizados. A partir de lo anterior, correspondió a la Sala analizar las pruebas practicadas en la actuación, a efectos de dilucidar si efectivamente las circunstancias que el apelante alega como probadas, relacionadas en el fundamento 5.4.2. fueron demostradas en el Juicio Oral, de modo tal que logre establecer la Sala si ellas constituyen, a la luz de la Ley y la jurisprudencia, pueden acreditar los requisitos de la legítima defensa, valorando además el testimonio que calificó como mendaz. Como consecuencia del anterior análisis, se encontró:

Que unas horas antes del hecho, hubo un altercado entre el procesado y R. M. Y. (q.e.p.d.), circunstancia que fue probada con los testimonios de P.O. (compañero de trabajo del difunto), A.M. (padre del difunto), A.B. (cuñada del acusado), M.O. (esposa del acusado), L. H. (vecina del barrio) y A. A. X. (procesado).

La Colegiatura, a partir del análisis conjunto de cada una de éstas declaraciones, logró establecer que el altercado consistió en que un sujeto que se dirigía a la casa del procesado en compañía del cuñado

del procesado, golpeó una de las ruedas del bici taxi que conducía el difunto y que tripulaba su padre, quien se acercó inmediatamente en compañía de su padre hasta la casa del procesado, donde se encontraba estacionado el vehículo en cuestión, para realizar los reclamos correspondientes, pero que a pesar de que el conductor se encontraba presto a responder por los daños, el procesado salió de su casa con un objeto metálico contundente (mazo o mona) ante lo cual el difunto quebró una botella, y se produjo una discusión en la que hubo amenazas por parte del difunto hacia la vida del hoy procesado.

Que la testigo A.L. no merece total credibilidad, pues analizada la coherencia interna de su declaración, y contrastada su versión con las demás pruebas obrantes en la actuación, resulta imposible arribar a la conclusión de que los hechos ocurrieron exactamente como ella los planteó.

Primero, la testigo en la sesión del 28 de agosto de 2017 planteó que R. M. Y. no era amigo suyo, sino que era un mero conocido, dice que al momento en que ocurrió el hecho investigado ella estaba sola, que no había nadie en el lugar, que ella iba detrás del procesado y vio cuando atacó a R. M. Y. por la espalda y que con una mano le hizo una llave y con la otra lo apuñalaba, que en ese momento ella le gritaba al procesado que no lo matara. Posteriormente, durante el contrainterrogatorio del 11 de septiembre de 2017, ya no se refirió a R. M. Y. como un mero conocido, sino que dijo cómo el procesado se acercaba a su amigo R. M. Y. para apuñalarlo, y, además, dijo que el procesado atacó a su amigo 8 veces, es decir, 8 puñaladas.

Pero la falta de coherencia interna frente a tan relevante aspecto como era la relación que unía a la testigo con el difunto no es lo único que le resta credibilidad, sino también la falta de coherencia externa en relación con otros testigos y con la prueba pericial. Ello se afirma porque el lugar, contrario a lo planteado por la testigo, no estaba solo, como se evidencia del testimonio de C.M. (testigo de la Fiscalía), quien estuvo presente en los momentos subsiguientes al hecho pues afirmó haber visto al procesado que venía corriendo con un cuchillo para su casa, y también del testimonio de L. B. (testigo de la Defensa) quien manifestó haber estado presente y ver a los 2 individuos peleando durante minutos.

Relevante resaltar en este momento que efectivamente, se encuentra probado que se trató de un combate cuerpo a cuerpo, que no fue en la puerta de la casa del procesado, como lo planteó en su declaración, y que el combate duró minutos. Pero además de lo anterior, la declaración de A.L. también contravino la prueba pericial practicada en el Juicio Oral (declaración de R. V., médico del INMLCF de Ciénaga) quien declaró que la causa de la muerte fue 1 de 5 lesiones (no 8 como mencionó López), correspondiente a su muslo izquierdo, por laceración de vasos femorales. Relevante de esta prueba resaltar que todas las lesiones fueron en la parte frontal (anterior) del cuerpo de R. M. Y., y el hecho de que las lesiones sean frontales no descarta que el ataque pudiera provenir desde la espalda del fallecido, ello no es conclusivo de que haya sido así, como tampoco descarta que las lesiones

hubieran provenido de en frente. Sin embargo, sí desacredita en forma absoluta lo narrado por A.L., los hechos no ocurrieron en la forma en que los narró, las reglas de la experiencia sugieren lo contrario [...]

La quinta herida, determinante para la producción de la muerte, correspondió a 2cm x 1cm de superficie, con profundidad de 8cm en el muslo izquierdo, que causó laceración a los vasos femorales, que finalmente causó la fatal pérdida de sangre. [...]

Frente a los demás hechos que la Defensa pretendió demostrar, a saber: I) que el sujeto pasivo se encontraba en estado de embriaguez; II) que después del altercado verbal el difunto se dirigió hasta un billar donde estaba su representado en una actitud desafiante y el hecho no pasó a mayores gracias a la interferencia de terceros; y III) que finalmente, el difunto R. M. Y. se dirigió hasta la casa del procesado en la misma actitud y con agresiones verbales y violentas, y ya desbordado el límite de la tolerancia, el procesado salió en defensa de su honor, frente a quien también se encontraba armado; la Colegiatura estima que ellos no fueron probados en Juicio. Lo anterior porque no se produjo ninguna prueba técnica acerca del estado de embriaguez del difunto, y los testimonios rendidos en dicho sentido no resultan suficientes ni conclusivos de la posible borrachera del difunto al momento del altercado verbal. [...]

Refirió el acusado en su interrogatorio cruzado que R. M. Y. se dirigió hasta su casa, lo llamó en tono amenazante desde afuera, y que, al abrir la puerta, el difunto lo amenazó con un cuchillo y luego pro-

cedió a atacarlo, ante lo cual él se defendía como podía con sus manos y luego cayeron al piso y que la caer, al parecer accidentalmente le propinó la puñalada que le causó la muerte con el cuchillo que tenía en sus manos porque se encontraba en ese preciso instante pelando una naranja porque se sentía con fatiga. [...]

La Sala estima que la declaración del acusado carece de veracidad y se muestra como un desesperado intento de evasión de responsabilidad [...]. Así las cosas, contrario a lo planteado por la Defensa, se tiene demostrado que la lesión que causó la muerte a R. M. Y. no fue producto de una legítima defensa, pues no fue demostrada la agresión actual o inminente por parte del difunto en relación al procesado, y en esos términos, mal podría adentrarse la Sala a realizar un examen de proporcionalidad. Tampoco se acreditó la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno, en la medida que no fue demostrado que el difunto haya sido quien realizó algún acto que haya detonado el combate, máxime cuando se encuentra probado que el combate no tuvo lugar en la casa del procesado, ni en sus dependencias inmediatas; aunado a ello, tampoco se acreditó la inevitabilidad de otra manera, pues se itera, no fue demostrado que el difunto haya realizado ataques contra la vida del procesado o alguno de los suyos que le impusiera la necesidad de quitarle la vida como único medio de defensa. Es decir, no está acreditada la legítima defensa.

Contrario sensu, lo que está demostrado es que, en un lugar cercano a la vivienda del procesado, se suscitó un combate entre un hombre armado y un hombre

desarmado [...], y que el móvil determinante para la producción de dicha pelea fue nada más y nada menos que la intollerancia mutua que entre ellos existía, motivo fútil, que acredita el agravante imputado fáctica y jurídicamente por la Fiscalía. Como consecuencia del análisis desplegado en el fundamento 5.4., que llevó a concluir que el resultado muerte tuvo origen en una riña, necesariamente deviene como conclusión adicional que el agravante imputado por la Fiscalía no se encuentra demostrado, pues la reconstrucción episódico criminal efectuada por la Colegiatura no da cuenta de que se haya colocado a la víctima en un estado de indefensión o inferioridad, o que A. A. X. se haya aprovechado de dicha situación. [...]

En el caso concreto, resulta posible variar la calificación jurídica en la medida que: I) existe concordancia en los hechos, pues a pesar que la circunstancia de modo consistente en "haber abordado por la espalda" al sujeto pasivo no fue demostrada, a A. A. X. se le acusó fue de quitarle la vida a R. M. Y., es decir, de haber cometido el delito de homicidio, y en ese sentido, la tipicidad novedosa respeta el núcleo fáctico de la acusación; II) se trata del mismo delito de *homicidio*, pero en su modalidad simple; III) aun cuando no se trata en estricto sentido de un delito de menor entidad, pues el delito de *homicidio* es uno solo, independientemente de que se imputen o no circunstancias de agravación, la eliminación del agravante resulta en una rebaja considerable en cuanto a los límites punitivos, por lo tanto, en sentido lato, se trata de un delito de menor enti-

dad; IV) con la variación de la calificación jurídica no se afectó el derecho de defensa en concreto, en la medida que la tesis defensiva se encaminó a demostrar la existencia de un exceso en la legítima defensa, que en alto grado de probabilidad se hubiera mantenido así se hubiera acusado en la modalidad simple.

En cuanto a las repercusiones relacionadas con la pena a imponer, resulta sencillo en el caso concreto realizar la modificación en la medida que el *a quo* impuso la pena de 400 meses, es decir, el mínimo imponible, pues recuérdese que en vigencia de la Ley 890 de 2004, el homicidio en modalidad agravada tiene pena de entre 400 y 600 meses. Por lo tanto, respetando los parámetros del *a quo*, la pena se modificará a 208 meses, teniendo en cuenta que este delito en la modalidad simple, tiene prevista en la Ley una pena de entre 208 y 450 meses. [...]

Finalmente, la Colegiatura encontró demostrado que R. M. Y., bicitaxista, cuyo lugar habitual de estacionamiento se encontraba ubicado en la plaza del pueblo, tuvo un altercado verbal con el vecino de en frente de dicho lugar, A. A. X., quien según testigos se manifestaba ofuscado con el hecho de que las personas que desempeñaban dicha profesión se aparcaran allí; también está demostrado que dicho altercado tuvo lugar con ocasión de un leve accidente de tránsito en el que estaban involucrados un conocido del procesado, el difunto, y su padre, y que como producto de la discusión el procesado salió, en su lugar de habitación, salió, sin abandonar las dependencias inmediatas de su hogar, con un mazo, ante lo cual, R. M. Y. se hizo a

un pico de botella, sin que llegara al plano físico dicho pleito.

Además de lo anterior, está probado que horas más tarde, entre A. A. X. y R. M. Y. hubo una pelea, que en dicha pelea A. A. X. estaba armado, sin que se halle probado que R. M. Y. estuviera en posición de propinar ataques proporcionales; y que, como producto de dicha pelea, R. M. Y. quedó gravemente lesionado, luego de lo cual fue buscando un machete a la casa de su tía, donde finalmente se desploma dada la gravedad de la herida que le propinó el acusado y que finalmente desembocó en su muerte. Por lo tanto, habiendo sido descartados los presupuestos objetivos de la legítima defensa, por tratarse de una riña ocasionada por la intolerancia

existente entre ambos contendientes en un actuar antijurídico, que por sustracción de materia, descarta los elementos subjetivos de la justificante, se impone la necesidad de confirmar la declaratoria de responsabilidad penal de A. A. X.

Sin perjuicio de lo anterior, la colegiatura variará la calificación jurídica oficiosamente al no haberse encontrado demostrado el agravante, pues está demostrado que el resultado muerte fue producto de una riña, y se modificará la decisión venida en alzada, en el sentido que A. A. X. será declarado penalmente responsable del delito de *homicidio* en su modalidad *simple*, y la pena a imponer no será de 400 meses, sino de 208 meses de prisión.

DR. CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD. No. 47 001 3104 001 2018 00167 - 01

RADICACIÓN TRIBUNAL: 583-18

SANTA MARTA, SIETE (07) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)

Fraude procesal / prescripción de la acción penal / Cómputo. El término prescriptivo en este tipo penal empieza a contarse a partir de la firmeza del último acto de inducción en error, es decir cuando la conducta ilícita ha dejado de producir sus consecuencias y cese, en consecuencia, la lesión que por ese medio se venía ocasionando.

Extracto de la sentencia

[...] la Sala desata la apelación invocada por la defensa contra el auto que resuelve la negativa de solicitud de prescripción, decisión proferida en audiencia de fecha 02 de octubre de 2018 por el Juzgado XX Penal del Circuito de Santa Marta - Magdalena, dentro de la investigación seguida en contra de V. G. P. por el delito de *fraude procesal*. De la resolución de acusación se extrae el siguiente apartado:

El día 26 de septiembre de 1988 el señor X. G. V., hoy fallecido, registró como hijo suyo ante la Notaría Segunda del Círcu-

lo de Santa Marta a J. G. Y., con el objeto de lograr para él, la afiliación en la prestación de los servicios médicos, cuando en realidad el menor era su nieto, siendo sus padres biológicos los señores V. G. P. y O.G. El registro civil obtenido fue utilizado por el señor V. G. P. para demandar por alimentos a su padre X. G. V., cuando aún se encontraba con vida, alegando que este era el progenitor del entonces menor J. G. Y. La demanda por alimentos correspondió al Juzgado Primero de Familia de esta ciudad, proferiendo decisión en el acta de audiencia del 6 de febrero de 1996 en donde ordenó al señor X. G. V. suministrar alimentos al menor equivalente al 18% de la pensión que percibía.

Dicho documento también fue usado como sustento de la demanda ejecutiva presentada el 12 de agosto de 1999, por V. G.P., a través de apoderado judicial, por haberse constituido en mora el demandado en el pago de las mesadas causadas en durante los años de 1997, 1998 y 1999, la cual fue admitida y tra-

mitada en el seno del mismo Juzgado Primero de Familia de Santa Marta, en esta oportunidad la funcionaria judicial a cargo del despacho mediante auto del 19 de agosto de ese año, ordenó librar mandamiento de pago en contra de X. G. V. por valor de \$7.558.907.

El mencionado proceso ejecutivo se extendió con el transcurso del tiempo, culminando la exigencia alimentaria el 18 de abril de 2006, cuando la señora Juez ante el pedido del demandado, lo exoneró de cumplir con la obligación, por haber cumplido el menor su mayoría de edad, no obstante, el proceso continuó en cuanto se siguieron haciendo solicitudes por las partes en torno a los descuentos y devolución de títulos judiciales, ejemplo de ello es que al demandado, aun un año después de decretada la exoneración, le fueron descontadas unas sumas de dinero y ante ello elevó solicitud poniendo de presente a la Juez quien mediante auto del 11 de julio de 2006 ordenó librar oficios al pagador del consorcio FOPEP para que se abstuviera de seguir haciendo los descuentos por concepto del embargo decretado.

El día 10 de agosto de 2010 se recibió denuncia contra el señor V. G. P. por la presunta comisión de los delitos de fraude procesal (Art 453 del Código Penal), falsedad material en documento público (Art 287 del Código Penal) y falso testimonio (Art 442 Código Penal). Con fundamento en lo anterior, el día 22 de febrero de 2018, la Fiscalía Y delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta profirió resolución de acusación en contra del señor V. G. P.,

como presunto autor responsable del delito de 'fraude procesal'⁸¹, decisión apelada por la defensa y confirmada el 29 de junio de 2018 por la Fiscal Primera Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta. La defensa a través de memorial adiado 06 de julio de 2018 solicitó la cesación del procedimiento, debido a que en el presente caso había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal frente al punible de fraude procesal, solicitud que fue negada el por el Juzgado XX Penal del Circuito de Santa Marta en diligencia realizada el 02 de octubre 2018.

En audiencia del 02 de octubre de 2018 el Juez Primero Penal del Circuito de Santa Marta – Magdalena, negó la solicitud de prescripción presentada por la defensa argumentando que la pretensión realizada por el defensor ya fue resuelta por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior, quien despachó de manera desfavorable.

Agregó que el delito de Fraude Procesal es de carácter permanente y acorde con el precedente de la Sala Penal de la Corte, se extiende hasta que efectivamente cesa el acto perturbador o dañino, agrega que la tardanza de la decisión no exonera de que se compute el término de la prolongación de la acción dañina, debido a que quien ha dado lugar a ella es el procesado quien con intención y voluntad y a sabiendas que su padre no era el padre biológico del menor J. G. Y., utilizó un documento espurio para hacer incurrir en error al juez, obteniendo un pronunciamiento falso contrario a la Ley. También indicó que no puede entonces acudirse al argumento de la tardanza en to-

81 Art 453 del Código Penal

mar la decisión de que cesen efectivamente los efectos dañinos de su acción, quiera tomarlos para beneficiarse de la prescripción de la acción penal por el transcurso del tiempo, debe asumir como carga en su contra dicha situación.

La defensa interpuso recurso de apelación, manifestando que la Corte Suprema de Justicia ha variado su tesis respecto del fenómeno de la prescripción del delito de fraude procesal, que la última postura del Máximo Tribunal estableció que la prescripción opera una vez desaparecen los actos dañinos de la conducta desarrollada por el actor, igualmente precisó que la Corte dejó sentado que cuando sucede un tránsito legislativo y al considerarse un delito de carácter permanente en el tiempo, si los actos dañinos siguen en el tiempo y entra a regir una nueva Ley que agrava dicha conducta, se aplicará la anterior legislación.

Considera que según el Juez, el acto dañino en el presente caso se tiene como producido hasta el día en que se materializó el oficio por el cual se ordenaba al pagador de FOPEP cesar los descuentos se debe entrar a considerar si posterior a la decisión del 18 de enero de 2006 fecha en la que se exoneró al demandado del pago de las obligaciones alimentarias en favor del menor J. G. Y., el procesado no percibió, ni se le entregaron los títulos judiciales, motivo por el cual estima que la conducta a la fecha se encuentra prescrita. Por mandato legal derivado del contenido del numeral 1º del artículo 34, 76 la Ley 600 del 2.000, resuelve la Sala los asuntos planteados por la Fiscalía General de la Nación y la Defensa recurrentes, dentro del marco delimitado por el objeto de las impugnaciones.

Encuentra la Sala que la defensa disiente del sentido de la decisión, porque considera que no debió negarse la solicitud de prescripción de la acción penal debido a que la prescripción opera una vez desaparecen los actos dañinos de la conducta desarrollada por el actor, igualmente precisó que la Corte dejó sentado que cuando sucede un tránsito legislativo y al considerarse un delito de carácter permanente en el tiempo, y su tesis está encaminada a que se decrete la prescripción de la acción penal en favor del señor V. G. P. del planteamiento que se viene de exponer, surge la siguiente pregunta problema: ¿Se verifica la configuración del fenómeno jurídico de la prescripción dentro de la presente causa penal?

Considera la Sala que en el caso estudio, no se verifica la configuración del fenómeno jurídico de la prescripción, toda vez que al momento de proferirse la resolución de preclusión en contra del procesado no habían transcurrido los doce (12) años previstos por el Código Penal como pena a imponer por la conducta delictiva de Fraude Procesal.

El artículo 82 del Código Penal Colombiano establece a la prescripción como una las causales de la extinción de la acción penal, el artículo 83 establece que la acción penal prescribe en "un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la Ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5), ni excederá de veinte (20)", salvo los delitos contra los derechos humanos y los de lesa humanidad. El delito por el que se acusó al procesado fue el de *fraude procesal*, tipificado en el artículo 453 del Código Penal Ley 599 de 2000, que para la fecha de los hechos (1999) se encontraba sancionado con pena privativa de la liber-

tad de 4 a 8 años de prisión, según se establece del contenido original del artículo 453 del Código Penal, antes de la modificación introducida por el artículo 11 de la Ley 890 de 2004, que la fijó entre 6 y 12 años.

En el fraude procesal, la lesión del bien jurídico tutelado que se prolonga durante todo el tiempo en el que la autoridad se mantenga en el error y aun después si se llevan a cabo actos de ejecución y consumativos de ese proceder; el carácter permanente del delito implica, entonces, que la lesión al bien jurídico tutelado se prolonga durante todo el tiempo en el que la autoridad se mantenga en el error y aun después si se requiere de actos de ejecución. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia 11 oct. 2017, Rad. 49517 reiterando el precedente jurisprudencial en cuanto al fenómeno de la prescripción en el delito de fraude procesal, precisó que:

[...] el término empieza a contarse, no a partir de la firmeza del acto administrativo, en este caso, sino del último acto de inducción en error, entendiendo este no como aquel momento histórico en el que el servidor público dictó el acto contrario a la Ley -cuando ello alcanza a materializarse- sino hasta cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cese, en consecuencia, la lesión que por ese medio se venía ocasionando a la administración.

Bajo estos preceptos y teniendo en cuenta que se trata de un delito de carácter permanente, surge el interrogante sobre qué ocurre en los casos de tránsito legislativo, como en este evento, en el que los actos consumativos tuvieron lugar en 1999, pero

los efectos del delito se mantuvieron hasta Julio de 2006; y para la Sala la respuesta es clara, resultan aplicables las penas previstas en la Ley posterior, aunque ésta sea más gravosa, y siempre que haya entrado en vigencia mientras los efectos del delito seguían produciéndose, precisamente por el hecho de tratarse de un delito de carácter permanente. Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 25 de agosto de 2010 (31407), sostuvo:

De conformidad con lo expuesto, concluye la Sala en primer lugar, que cuando se trata de delitos permanentes iniciados en vigencia de una Ley benévola pero que continúa cometiéndose bajo la égida de una Ley posterior más gravosa, es ésta última la normativa aplicable, pues en tal caso no se dan los presupuestos para acoger el principio de favorabilidad, sino que opera la regla general, esto es, la Ley rige para los hechos cometidos durante su vigencia.

En el caso concreto los efectos del delito se mantuvieron hasta el 11 de Julio de 2006, fecha en la que mediante auto proferido por el Juzgado Primero de Familia de Santa Marta ordenó al Consorcio FOPEP suspender los descuentos por concepto del embargo decretado, es decir la fecha en la que cesó la lesión ocasionada con ocasión al fraude perpetrado por el procesado. A esta fecha ya había sido promulgada la Ley 890 de 2004, cuyos incrementos punitivos se conoce, resultan aplicables a los procesos de Ley 906 de 2004 en virtud de lo dispuesto en el primer aparte de su Artículo 15, a

saber: “La presente Ley rige a partir del 1o. de enero de 2005.”; no obstante, la segunda parte del mismo aparte normativo dispone: “[...] con excepción de los artículos 7o. a 13, los que entrarán en vigencia en forma inmediata.”, y resulta que el Artículo 11° de dicha Ley fue el que incrementó la pena del delito de Fraude Procesal hasta 12 años. En consecuencia, el término de prescripción que debe contabilizarse, es teniendo en cuenta el incremento antes mencionado.

Esto significa que el término de prescripción para este particular delito que se investiga, en la instrucción, es de doce (12) años, contabilizados a partir de su consumación y producción de efectos, y en la fase del juicio, de seis (6) años, contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, por producirse el fenómeno jurídico de la interrupción de la prescripción, que para los casos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, ocurre “[...] con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.”, conforme lo previsto en el Artículo 86 Original del Código Penal.

Así las cosas, se itera, en el caso concreto, la actualización típica del Fraude Procesal se produjo en el año 1999 cuando se materializó la obtención de una sentencia contraria a la ley induciendo en error a la Juez, y sus efectos cesaron el 11 de Julio de 2006, cuando mediante auto proferido por el Juzgado Primero de Familia de Santa Marta se ordenó al Consorcio FOPEP suspender los descuentos por concepto del embargo decretado; es decir, que en principio, la prescripción hubiera ocurrido el 12 de Julio de 2018, sin embargo, el término fue interrumpido por la ejecutoria de la resolución de acusación, que ocurrió el 29 de

Junio de 2018, conforme fue expuesto en el fundamento 2.3. de esta providencia, momento a partir del cual comenzó a correr nuevamente el término prescriptivo, esta vez por la mitad del máximo de pena imponible, es decir, 6 años, a partir de lo cual se concluye que la prescripción de la acción penal en el caso concreto ocurrirá el 29 de junio de 2024.

De lo anteriormente expuesto, se puede colegir que el fenómeno prescriptivo no se ha estructurado porque conforme la jurisprudencia vigente en la materia, el delito de fraude procesal es uno de carácter permanente y la contabilización de la prescripción no inicia a partir de la actualización del tipo, sino a partir de la última fecha en que el delito produjo efectos contrarios a derecho, a partir de lo cual, se evidenció que la fecha a partir de la cual se debía contabilizar el fenómeno era el 11 de julio de 2006.

Entonces, como los efectos se produjeron desde el 12 de agosto de 1999 (fecha de presentación de la demanda ejecutiva reseñada en los hechos) hasta el 11 de julio de 2006 (fecha en que cesaron los efectos producidos por el delito conforme se evidenció en el fundamento 5.2.7.), y entre las fechas se produjo un tránsito legislativo que resultó aplicable al caso concreto, consistente en el aumento de la pena imponible al fraude procesal, se debió contabilizar el fenómeno prescriptivo teniendo en cuenta la nueva pena. A partir de lo anterior se concluyó que el fenómeno prescriptivo hubiera operado el 12 de julio de 2018, pero como se produjo su interrupción el 29 de junio de 2018, la nueva fecha de prescripción será el 29 de junio de 2024, lo que impone la necesidad de confirmar la providencia apelada [...]

DR. CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD. No. 47 001 600 10 18 2015 0083101

RADICACIÓN TRIBUNAL: 517-19

SANTA MARTA, DIECISIETE (17) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)

Incorporación de evidencias al proceso penal / documentos. Para que un documento, independientemente de su calidad de público, sea aducido a la actuación procesal como prueba directa, debe ser previamente solicitado como tal, esto es, como prueba documental.

Incorporación de evidencias al proceso penal / impugnación. Las determinaciones adoptadas por los funcionarios judiciales en el decurso de las audiencias, incluido el Juicio Oral, son susceptibles del recurso de alzada, en la medida que tengan naturaleza de auto, es decir, resuelvan sobre algún incidente o aspecto sustancial del proceso, como es el relacionado con pruebas.

Extracto de la sentencia

[...] resuelve la Sala la apelación invocada por la Fiscalía contra el auto que inadmite la incorporación de prueba en el juicio oral, decisión proferida en audiencia de fecha 23 de julio de 2019 por el Juzgado XX Penal del Circuito de Santa Marta, dentro de la investigación seguida en contra de L. V. X por el delito de *cohecho por dar u ofrecer*.

Del escrito de acusación se retoma que el día 01 de abril de 2015 a las 4:50pm, en el km 91 + 400 mts., en la vía Santa Marta – Barranquilla, entrada a Curinca, en el sector de la Lucha, en la ciudad de Santa Marta, L. V. X quien conducía un vehículo automóvil de servicio público tipo taxi, de placas [...], le ofreció y entregó al patrullero D. M., quien se encontraba realizando labores de regulación y control de aplicación de normas de tránsito, la suma de \$30.000 pesos representados en un billete de \$20.000 y dos billetes de \$5.000, con el propósito de omitir un procedimiento de imposición de un comparendo por una infracción de tránsito cuando conducía el vehículo de servicio público sin la respectiva licencia de conducción.

Las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento se llevaron a cabo el día 02 de abril de 2019 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Santa Marta, donde la Fiscalía formuló cargos por la conducta punible de *cohecho por dar u*

*ofrecer*⁸² en calidad de autor a título de dolo, el procesado no aceptó los cargos.

La etapa de juzgamiento se llevó a cabo conforme la normatividad procesal vigente, realizándose la audiencia de formulación de acusación el 09 de septiembre de 2015 ante el Juzgado 2° Penal del Circuito de Santa Marta. El 27 de enero de 2016 se celebró la audiencia preparatoria, en ella fueron decretadas todas las pruebas solicitadas por las partes. El juicio oral inició el 23 de julio de 2019, sesión al interior de la cual declaró D. M., funcionario de la Policía Nacional, testigo de la Fiscalía y una vez finalizado su interrogatorio cruzado, el ente acusador solicitó la incorporación como “prueba directa” a la actuación de los actos de investigación urgentes consistentes en la plena identificación del acusado, su cartilla decadactilar y un álbum fotográfico en que constaban fotografías del encausado “para que sean admitidos y posteriormente valorados”, luego de lo cual pretendió incorporar la cartilla de antecedentes penales del procesado, todo ello con el argumento de que se trataba de documentos públicos, y que la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia así lo permitía.

La Defensa se opuso argumentando que los documentos debieron ser introducidos a través del correspondiente testigo perito, especialmente en lo que tiene que ver con el registro decadactilar que fue quien los elaboró a través de específicos procedimientos de orden técnico científico, amén de que, de conformidad con el Artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, quien elabore el documento debe ir al Juicio Oral a autenticarlo, a través de su reconocimiento. En cuanto a los demás documentos, argumentó que ad-

mitirlos directamente sería desconocer los principios que rigen la práctica probatoria en el Sistema Penal Acusatorio, específicamente en cuanto a los principios de inmediación, concentración, contradicción, y en ese sentido la posibilidad de impugnar credibilidad y desacreditar a los respectivos testigos, controvertir la prueba, amén que el conocimiento que debe llegar al Juez es a través del testimonio. Indicó, finalmente, que la Fiscalía pretende incorporar dichos documentos de esa forma en razón a que sus testigos no fueron a la audiencia.

En audiencia del 23 de julio de 2019 el Juez Segundo Penal del Circuito de Santa Marta, inadmitió la incorporación directa de la prueba o peritaje que establece la plena identidad del señor L. V. X, así como el álbum fotográfico que se tomó para determinar la filiación del procesado, toda vez que a su criterio, tales documentos deben incorporarse al juicio a través de un perito de acreditación, porque de lo contrario se estaría soslayando la práctica de una prueba fundamental que tiene un sustento científico y respecto de la cual, la única forma de establecer la verdadera credibilidad de la entidad probatoria, es interrogando al experto que las introduce.

La Fiscalía presentó recurso de apelación parcialmente contra la decisión, oponiéndose a ella únicamente en lo que tenía que ver con el “Informe de consulta web”, pues este sí tenía la calidad de documento público, expuso que la Defensa y el Juzgado tenían razón en lo relacionado con la tarjeta decadactilar, etc., pero que para el documento mencionado no se requería peritazgo, pues son documentos que se pueden obtener de manera libre, por parte de cualquier persona, sin necesidad de conocimientos técnicos, profesionales o artísticos específicos. Además, expuso que la

82 Art 407 de la Constitución Política de 1991

Defensa no especificó si solicitaba su inadmisión, rechazo o exclusión. Solicitó la revocatoria parcial de la decisión, y que se admitiera la incorporación del documento "Informe consulta web". La Defensa no rebatió los argumentos de la Fiscalía.

Por mandato legal derivado del contenido del numeral 1º del artículo 34, 176 inciso final y 179 de la Ley 906 de 2004, resuelve la Sala los asuntos planteados por la Fiscalía General de la Nación y la Defensa técnica recurrentes, dentro del marco delimitado por el objeto de las impugnaciones.

Encuentra la Sala, que la Fiscalía disiente del sentido de la decisión del *a quo* de inadmitir la incorporación directa de la prueba o peritaje que establece la plena identidad del señor L. V. X, así como el álbum fotográfico que se tomó para determinar la filiación del procesado, pues su incorporación no fue llevada a cabo a través de un testigo de acreditación; los argumentos de la parte apelante se resumen a que se debe admitir la incorporación del "Informe consulta web", pues se trata de un documento público que puede ser incorporado directamente por la Fiscalía. Del planteamiento que se viene de exponer, surgen los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Es jurídicamente viable resolver el recurso de apelación propuesto por el representante del ente acusador contra el auto proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santa Marta, cuya decisión inadmitió la incorporación de una prueba en el juicio oral?

2. ¿En el caso concreto, la decisión de inadmisión de incorporación de las evidencias deviene correcta a la luz del ordenamiento jurídico?

3. ¿Se debe confirmar el fallo venido en alzada?

El Artículo 176 del Código de Procedimiento Penal señala que el recurso vertical procede, salvo los casos específicos previstos en él, "contra todos los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias [...]", en ese mismo sentido, el Artículo 20 *ibidem* estableció que "[...] las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales [...] serán susceptibles del recurso de apelación.". Se colige de lo anterior que las determinaciones adoptadas por los funcionarios judiciales en el decurso de las audiencias, incluido el Juicio Oral, son susceptibles del recurso de alzada, en la medida que tengan naturaleza de auto, es decir, resuelva sobre algún incidente o aspecto sustancial del proceso.

Sobre la posibilidad de impugnar decisiones de incorporación de evidencias al Juicio Oral, se refirió la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto AP3805-2015 (46262) en los siguientes términos:

[...] En esa medida, descendiendo al asunto sometido a examen en esta oportunidad, si lo que dispuso la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta por medio de la decisión impugnada por la defensa, fue la negativa de incorporar al proceso una evidencia, ninguna incertidumbre se presenta respecto a que mediante dicho proveído se resolvió un aspecto sustancial del trámite relacionado con la práctica de las pruebas, hipótesis que está contemplada en los preceptos citados *ut supra* como uno de los eventos en que procede la alzada [...], refiriéndose, precisamente, a los preceptos reseñados en los párrafos anteriores del presente proveído.

Visto todo lo anterior, resulta más que evidente que, el presente asunto, como quiera que trata sobre la incorporación o no de una evidencia al Juicio Oral, fue resuelto en primera instancia a través de un auto, esto es, una decisión que resolvió un aspecto sustancial del trámite, relacionado con la práctica probatoria, y en ese orden de ideas, es susceptible de apelación.

Debe iniciar la Colegiatura por mencionar que le asistió razón al *a quo* al considerar que la prueba "directa" solicitada por parte de la Fiscalía, no podía ser aducida al proceso en la forma pretendida, por las siguientes razones: primero, revisada la actuación procesal, se procedió a examinar el contenido del registro audiovisual de la Audiencia Preparatoria celebrada el 27 de Enero de 2016, y se comprobó que la totalidad de peticiones probatorias de la Fiscalía consistieron en los siguientes testimonios: D. M., K.T., [...]; sin que se evidencie que de parte suya hubieran sido pedidas pruebas documentales, así también se logra constatar del acta de la referida diligencia, documentos obrantes a folios 29 y 30 de la Carpeta. Es decir, ninguno de los documentos que pretendió aducir la Fiscalía en el Juicio Oral fueron decretados como pruebas documentales.

Segundo, para que un documento, independientemente de su calidad de público, sea aducido a la actuación procesal como prueba directa, ha debido ser previamente solicitado como tal, esto es, como prueba documental, y en el caso concreto ello no ocurrió, sino que, las evidencias que la Fiscalía pretende utilizar como prueba directa, ya en Juicio Oral, fueron apenas descubiertas, y en ese sentido, únicamente pueden ser utilizadas en esta etapa procesal con fines de refrescar memoria o impugnar credibilidad,

en el contexto de los testimonios de los respectivos deponentes a través de los cuales se haga el respectivo procedimiento de autenticación. Tal omisión, naturalmente, ocasiona que en esta etapa procesal dicha solicitud devenga extemporánea y sea abiertamente improcedente, pues no se trata de una prueba sobreviniente. La condición de público de un documento únicamente exime a la parte en favor de la cual fue decretada la prueba documental, de la obligación de autenticarlo a través de interrogatorio directo. La condición de público de un documento no exime a la parte que pretende su aducción al Juicio de solicitarlo como prueba documental, para que pueda ser incorporado sin necesidad de testigo de acreditación.

Tercero, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en quizá una de las más relevantes providencias en cuanto a los problemas jurídicos hoy estudiados, a saber: Auto AP948-2018 (51882), a partir de su página 52, puntualmente en el fundamento 7.1.2.6., expresó lo siguiente:

No se requiere de un mayor esfuerzo para entender que la dinámica de autenticación e incorporación de documentos durante el juicio oral requiere que exista suficiente claridad sobre lo que fue objeto de descubrimiento por cada una de las partes y, obviamente, sobre lo que fue decretado como prueba, pues solo de esa manera la parte contra la que se aduce el documento podrá constatar que lo que se le exhibe al testigo es lo mismo que se descubrió y decretó.

Una vez que un documento es admitido como prueba, las partes podrán utilizarlo: (i) durante el interrogatorio con el testigo de acreditación; (ii) con otros

declarantes; (iii) para impugnar a los testigos de la contraparte, cuando resulte pertinente; (iv) durante los alegatos de conclusión o clausura; etcétera.

Queda claro entonces que inclusive a la luz de la jurisprudencia, la incorporación de un documento, independientemente de su naturaleza de público, tiene como presupuesto su decreto como prueba documental, pues de lo contrario, se admitiría la posibilidad de que las partes, con su mero descubrimiento, pudieran aducirla al proceso sin que ello fuera decretado como prueba. Y es precisamente en dicho sentido que, en la misma jurisprudencia citada, la Corte manifestó:

Lo anterior reafirma la idea sobre la claridad que debe existir en torno a las pruebas descubiertas y solicitadas por las partes, y las que sean decretadas por el Juez, pues los yerros en que incurran los actores del sistema judicial sobre estos aspectos en la audiencia preparatoria, seguramente se traducirán en conflictos que impedirán el adecuado desarrollo del juicio oral.

Esto fue específicamente lo ocurrido en el caso que hoy se examina, en el que la Fiscalía no solicitó como prueba documental autónoma el documento “Informe consulta web”, hecho que impide analizar si se trata o no de un documento público, pues así tenga dicha naturaleza, el hecho de no haberlo pedido como prueba documental autónoma en la audiencia preparatoria, limita su uso en el Juicio Oral al mero propósito de refrescar memoria o impugnar

la credibilidad del testigo que intervino en su producción o que lo recolectó.

Para la Colegiatura, el auto que decide sobre la incorporación de una evidencia durante el Juicio Oral es susceptible de alzada de acuerdo a lo previsto en los Artículos 20 y 176 del CPP, y con base en los planteamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto AP3805-2015 (46262) sobre el material, en la medida que se trata de decisiones que resuelven aspectos sustanciales del trámite, relacionadas con la práctica de pruebas.

En cuanto a la incorporación específica del documento que pretendió la Fiscalía fuera aducido como prueba directa, la Sala encontró ajustada a derecho la decisión venida en alzada porque: I) el documento cuya incorporación se solicitó no fue decretado como prueba documental, luego, no podía ser usado en el juicio oral para fines distintos al refrescamiento de memoria o impugnación de credibilidad; II) la petición como prueba directa en el Juicio Oral únicamente resulta procedente para las pruebas sobrevinientes, cuyo caso no es el que hoy se estudia; III) la Fiscalía, si pretendía usar dicho documento, debió hacerlo a través del testigo que lo elaboró o recolectó, sin embargo, ello no ocurrió, por tanto, no es susceptible de incorporación al Juicio Oral, independientemente de que tenga o no la naturaleza de público; motivos suficientes para confirmar la decisión venida en alzada. [...] Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en Sala de Decisión Penal resuelve confirmar la decisión proferida en audiencia de fecha 23 de julio de 2019 por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Santa Marta [...].”

DR. JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD No. 47 555 600 1029 2015 00049.

RAD. INT. 0359-20

SANTA MARTA, OCHO (08) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)

Libertad por pena cumplida / facultad probatoria oficiosa del juez.

No obstante estar en cabeza de las partes procesales (Fiscalía y defensa) aducir los elementos probatorios y evidencia física con que cuenten para fundamentar sus argumentos, corresponde al Juez de conocimiento solicitar oficiosamente información que amplíe la ofrecida por las partes procesales, particularmente si se encuentra ante la probable viabilidad de otorgar libertad por pena cumplida.

Extracto de la sentencia

[...] Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda acerca del recurso de apelación oportunamente presentado y debidamente sustentado por la defensa contra la sentencia condenatoria con allanamiento a cargos proferida el 4 de junio de 2020 por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado en Descongestión de Santa Marta (Magdalena) en contra de R. P. X. por el punible de *concierto para delinquir agravado*.

De acuerdo con lo narrado por la Fiscalía se conoce que R. P. X. pertenecía a la banda delincriminal llamada LOS [...] donde su función era la de expender drogas en los barrios AXX y AYY. Dicha estructura criminal estaba compuesta por alias J. o JL, siendo el jefe de la organización que desde la ciudad de Barranquilla llevaba la droga al municipio de Plato (Magdalena) siendo distribuida por alias MS y alias AX. Igualmente, había unos miembros de la organización que recibían el estupefaciente y vendían la mercancía desde su lugar de residencia.

El 2 de octubre de 2015, el procesado fue conducido ante el Juzgado XX Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Santa Marta (Magdalena) a fin de llevar a cabo las respectivas audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, por la conducta punible de *concierto para delinquir agravado*, siendo su voluntad aceptar los cargos censurados por el delegado de la Fiscalía adscrito a la Unidad de Reacción Inmediata – URI.

Además, se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva de carácter domiciliario.

Asignado el conocimiento, el Juzgado XX Penal del Circuito Especializado de Santa Marta (Magdalena) procedió a programar el 23 de noviembre de 2016 para la audiencia de verificación de allanamiento e individualización de la pena, sin que la misma pudiera llevarse a cabo por numerosos motivos, reprogramándose para el 24 de mayo de 2018. Durante el curso de la diligencia, se verificó el allanamiento a cargos, se emitió sentido del fallo y se dio paso al procedimiento reglado en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004. Posteriormente se fija fecha para lectura de la sentencia sin que pueda llevarse a cabo el 29 de agosto de 2018 y 16 de agosto de 2019. Sin embargo, mediante Acuerdo PCSJA 20-11486 de 30 de enero de 2020 fue asignado al Juzgado Único Penal del Circuito Especializado en Descongestión de Santa Marta (Magdalena) procediendo a programar fecha para la audiencia de lectura de fallo los días 20 y 27 de mayo de 2020 sin que se pudiera llevar a cabo, reprogramándose para el 4 de junio de 2020.

4.- Llegado el día y la hora señalada, el despacho judicial resolvió condenar a R. P. X. como autor del punible de *concierto para delinquir agravado*. De igual manera, determinó no conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria ni la libertad por pena cumplida. Contra la precitada determinación la defensa interpuso recurso de apelación.

Mediante sentencia de 4 de junio de 2020, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado en Descongestión de San-

ta Marta (Magdalena) decidió condenar a R. P. X. como responsable del delito de concierto para delinquir agravado a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso como autor del punible de concierto para delinquir agravado. Así mismo determinó no conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria ni la libertad por pena cumplida tras la aceptación de cargos realizada por éste en la diligencia de 2 de octubre de 2015.

A continuación el Juez *a quo* explicó que de los elementos materiales probatorios allegados a la actuación y la aceptación de forma espontánea y consciente de cargos en audiencia de formulación de imputación en la que el procesado reconoció su participación en los hechos investigados y además renunció no solo al derecho de no auto incriminarse sino también a la posibilidad de tener un juicio oral, público y concentrado, a allegar pruebas y controvertir las aducidas en su contra, es posible inferir más allá de toda duda razonable que R. P. X. es responsable de la conducta imputada. Así mismo respecto a la concesión de subrogados penales, consideró el sentenciador no otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria ni la de pena cumplida.

En relación a la solicitud de libertad condicional efectuada por la defensa técnica manifestó el Juez de conocimiento que no se cumplen con los requisitos para el otorgamiento de dicho beneficio bajo los parámetros del artículo 64 modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014 dado

que revisada la cartilla biográfica del encausado, pudo vislumbrar que tiene otro proceso de fecha 9 de octubre de 2014 seguido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Plato (Magdalena) por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones con radicado No. 2014-00298, el cual aparece en etapa de juzgamiento. En ese sentido, el Juez cognoscente manifestó que la anotación mencionada en el párrafo precedente, le genera incertidumbre respecto en que proceso ha venido descontando pena, información de vital importancia ya que de ahí se parte para realizar los cálculos de sanción purgada para establecer si cumplió con las 3/5 partes de la pena impuesta. Además, no allegó certificado de buena conducta y resolución favorable expedida por la Dirección del establecimiento carcelario que vigila la privación de la libertad en su domicilio.

Por otro lado, en atención a la solicitud de libertad por pena cumplida, el Juez *a quo* indicó que el encartado por cuenta del proceso en referencia está requerido desde el 2 de octubre de 2015 y a *prima facie* se podría pensar que a la fecha tendría pena cumplida, sin embargo, indica que se evidencia en la cartilla biográfica otro proceso penal con radicación No. 201400298 por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego que data del 9 de octubre de 2014. En ese orden de ideas, enfatiza que el deber de la defensa era aportar las actas de las audiencias preliminares para que se pudiera corroborar que por el proceso con radicado No. 201400298 no le fue impuesta detención preventiva.

Por último, concluye que no se tiene constancia alguna que en el proceso con

radicado No. 201400298 se haya impuesto medida de detención preventiva o emitida sentencia, información de vital importancia para poder establecer si el encartado ha estado descontando pena por cuenta de este proceso y por esa vía otorgarle la libertad por pena cumplida o condicional en caso de reunir las exigencias legales. El defensor del procesado R. P. X. interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida el 4 de junio de 2020 aseverando que no hay certeza si en el proceso con radicado No. 201400298 se haya impuesto o no medida de detención preventiva, haciendo alusión a que el Juez *a quo* dejó por sentando que, si existe la mencionada medida, transgrediendo el principio de favorabilidad, equidad y justicia.

Afirmó que no conoce norma que obligue a la defensa a aportar actas del desarrollo de otro proceso penal, más cuando en el proceso por el que aceptó cargos y acaba de ser condenado su prohijado, no hizo parte ni se tuvo en cuenta el proceso con radicado No. 201400298.

Indicó que el Juzgado de Primera instancia emitió su sentencia a sabiendas que faltaban elementos de juicio que le permitieran una decisión justa enfatizando que estos elementos de prueba debió solicitarlos el Juzgado Penal del Circuito Especializado en Descongestión de Santa Marta al Juez Promiscuo del Circuito de Plato (Magdalena) expresando que es este quien está legitimado para hacerlo y más cuando era un requisito modular de su decisión. Enfatiza la defensa que la finalidad del recurso instaurado es para que se declare la pena cumplida a su prohijado en el presente proceso en razón a que el fallador negó

este beneficio muy a pesar de la evidencia que la pena fue redimida.

Finalmente debe señalarse que existe constancia de M. K., Oficial Mayor del Juzgado de primera instancia en el sentido que el defensor anunció en la sustentación escrita del recurso de apelación que presentaba dos documentos haciendo la salvedad que no fueron aportados anexos a la sustentación de la alzada. [...]

De conformidad con el numeral 1 del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) corresponde a la Sala Penal del Tribunal Superior decidir sobre los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces de circuito y de las sentencias dictadas por los municipales del mismo distrito. De manera que la sustentación de la apelación constituye límite de la competencia del superior porque establece el objeto del pronunciamiento del *ad quem*, referido a discutir los términos y conclusiones a que arribó el *a quo*, dando lugar a afirmar, que resulta evidente la relación de necesidad que se produce entre la providencia impugnada, la sustentación de la alzada y la decisión del funcionario judicial de segunda instancia.

De acuerdo con su albedrío, las partes pueden recurrir y el *ad quem* sólo revisará los aspectos que son materia de impugnación porque los recursos son potestativos de los sujetos procesales, están basados en el interés del impugnante y la competencia por el factor funcional es limitada. Revisada la carpeta, se verifica que, de acuerdo con lo planteado en el escrito de sustentación del recurso de apelación impetrado por el defensor, la inconformidad radica básicamente en un aspecto a saber y es que el juez *a quo* no respetó el principio de favorabilidad, equidad o justicia al no conceder en la sentencia adiada el 4 de junio de 2020, la libertad por pena cumplida.

Pues bien, *ab initio* anuncia la Sala que el pedimento del recurrente no está llamado a prosperar, en consecuencia, la decisión objeto del recurso vertical que nos ocupa, será confirmada integralmente, toda vez que contrario a lo expuesto por el defensor, la decisión del Juez *a quo* se encuentra ajustada a la legalidad. Lo anterior, por cuanto considera la Sala que la defensa debió aportar los elementos probatorios pertinentes que sustentaran que en el proceso con radicado No. 201400298 por el delito de fabricación, tráfico o porte de armas de fuego en contra del encartado, se impuso o no medida de detención preventiva, o en su defecto, se hubiera proferido sentencia condenatoria o absolutoria que permita determinar claramente por cuenta de que proceso penal ha descontado la pena o se haya detenido.

Ahora bien, sin tener certeza de lo anterior al no poseer los elementos de convicción necesarios para determinar si el procesado cumplió la pena impuesta por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Marta en sentencia adiada el 4 de junio de 2020, mal haría el Juez de Conocimiento o en su defecto la Colegiatura en otorgar la libertad inmediata por pena cumplida dado que existe incertidumbre sobre si R. P. X. se encuentra descontando pena por este proceso o por otro o cualquier situación atinente a su privación de la libertad. Es menester enfatizar que es de vital importancia para esta Colegiatura establecer si el proce-

sado se encuentra privado de la libertad por este proceso y desde que fecha para poder otorgarle la libertad por pena cumplida en caso de que efectivamente la haya cumplido. Además, es pertinente acotar que puede darse que se encontrara detenido por cuenta del proceso con radicado No. 201400298 y, en consecuencia, estaría descontando pena por cuenta del proceso precitado y no por este, por lo que no se puede compartir lo aducido por la defensa al no tener elementos probatorios que sustenten una u otra situación.

Por otro lado, esta Colegiatura considera pertinente precisar que le asiste razón al defensor cuando señala que le correspondía a la juez de conocimiento verificar lo planteado en la audiencia de individualización de pena, haciendo uso de sus facultades oficiosas a fin de establecer si en el proceso penal con radicado No. 201400298 se impuso o no medida de detención preventiva o en su defecto sentencia, a efectos de estudiar cabalmente la libertad por pena cumplida.

Se estima que si bien está en cabeza de las partes procesales (Fiscalía y defensa) aducir los elementos probatorios y evidencia física con que cuenten para respaldar sus planteamientos que se contraen estrictamente a las condiciones que le permitirán al juez arribar a la probable determinación de la pena aplicable y a la concesión de algún subrogado, más si en este caso es la defensa la que solicita la libertad por pena cumplida, también lo es, que el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 autoriza al juez a solicitar oficiosamente información que amplíe la ofrecida por las partes procesales si lo estimare necesario. Frente a dicha

facultad oficiosa, la Corte Suprema de Justicia en decisión SP2144 de 24 de febrero de 2016, radicación 41712, M.P. José Leónidas Bustos Martínez señaló:

[...] Esta expresa facultad legal se halla acorde con la estructura del sistema acusatorio, por cuanto para ese momento procesal ya se ha superado el debate probatorio del juicio oral que tiene como objetivo deducir la responsabilidad criminal del procesado, y en esta fase posterior, los elementos de juicio que se le presentan al juez o que este ordena, tienen un cometido totalmente distinto, esto es, determinar los aspectos relacionados con la individualización de la pena y la procedencia o no de los subrogados penales.

En ese sentido, para la Sala resulta relevante hacer un llamado de atención al Juez de conocimiento para que, en futuros eventos, ante una probable viabilidad de otorgar libertad por pena cumplida, se haga la labor adecuadamente, esto es, que se obtenga la información que se echa de menos y necesaria para la resolución de dicha concreta petición de libertad impetrada por la defensa. Ahora bien, su petición de libertad condicional o pena cumplida podrá intentarla la defensa nuevamente ante el Juez Ejecutor de la pena en el evento que lo estime necesario y acredite los presupuestos legales para ello. En consecuencia, procederá la Sala a confirmar integralmente la sentencia calendada el 4 de junio de 2020 en la cual se condenó a R. P. X. como responsable del delito de *concierto para delinquir agravado*. [...]

254

DR. JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD. INT. 0405-19

SANTA MARTA, VEINTIDÓS (22) DE MAYO DE DOS MIL VEINTE (2020)

Preclusión / causal de exclusión de responsabilidad. Para decretarse la preclusión de la investigación por la causal que contempla la legítima defensa, resulta menester que la Fiscalía acredite los elementos materiales probatorios necesarios para poder ir más allá de toda duda razonable, lo cual permita inferir que el procesado efectivamente actuó amparado bajo la aludida causal.

Extracto de la sentencia

[...] la Sala desata la apelación interpuesta por el delegado de la Fiscalía General de la Nación contra la decisión del Juez Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santa Marta que niega la solicitud de preclusión solicitada en audiencia celebrada el 14 de junio de 2019 dentro del proceso penal que se adelanta en contra de S. L. por el delito de *homicidio*. En audiencia de preclusión, el Fiscal Delegado los reseñó de la siguiente manera:

[...] Los hechos materia de investigación ocurrieron, el día 30 de julio del año próximo pasado en el barrio San Martín de esta localidad, a esos de las horas de la madrugada, el señor S L. se encontraba departiendo en un establecimiento de razón social, ubicado en dicho perímetro, llamado XXX, estando allí se aleja del grupo de amigos que lo acompañaban hacia un lado del sitio donde se encontraban a realizar una necesidad física, estando allí realizando esa actividad se le acercan tres personas y una de ellas lo intimidó, amenazándolo que se presentara porque ellos no aceptaban personas extrañas en el barrio. Preguntándole de donde era, él le responde que era sobrino de Á. y primo de V. y de Y., al muchacho que le dicen R. me dijo: no comemos de una mo [...], así le dijo y los otros dos muchachos llegaron a requisarme y me quitaron la billetera, allí dentro tenía la cédula de ciudadanía, el carnet de Coosalud, la tarjeta de ahorro del banco BBVA, una certificación del Batallón Córdoba y la suma de

ciento cincuenta mil pesos, que también le quitaron, aparte del celular Y5 marca Huawei, color dorado, él empujó a uno de ellos y recibe una trompada en la costilla, en ese momento él se puso a pelear con los tres, fue en ese momento cuando R. sacó una navaja y lo agarró por la camisa, en ese momento lo tiró al piso, él le coge la mano donde tenía la navaja y se la dobla y la cacha quedó pegado al pecho de él y el filo de la navaja quedó hacia arriba y R. cayó encima de mí y la navaja se le incrustó en el pecho, yo me paré enseguida, pero yo me quedé con la navaja en la mano, en ese momento llegó mi amigo F. M. y los otros dos sujetos que me hurtaron cogieron piedras y una de ellas me pegó en la espalda, a mi amigo no sé si le pegó, salimos corriendo para entrar al estadero “Donde [...]” pero allí no dejaron entrar y enseguida corrimos para los lados de la vía alterna, porque venían detrás de nosotros los otros agresores, tirándonos palos y piedras, en ese momento iba pasando una patrulla motorizada de la policía, yo los llamé y cuando se me acercaron, les comenté que me habían acabado de atracar y que a uno de los atracadores al tratarme de defender le propiné una herida con una navaja en el pecho al momento de caer al piso, yo voluntariamente hice entrega de la navaja a los policías, que era propiedad de la persona que me agredió [...]

El delegado de la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de solicitud de preclusión el 10 de diciembre de 2018, correspondiéndole por reparto al Juzgado

Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santa Marta (Magdalena) que fijó el 13 de mayo de 2019 para realizar la audiencia de solicitud de preclusión en favor de S. L.

El delegado de la Fiscalía General de la Nación solicitó la preclusión de la investigación por el delito de homicidio dado que mediante información legalmente obtenida se pudo determinar que S.L. actuó en legítima defensa, ya que lo estaban atracando y quitando sus elementos que hacían parte de su patrimonio económico como su cartera, su tarjeta de ahorro, su dinero y su celular, el cual no estaba obligado a soportar dicho ataque. Allega como elementos materiales probatorios, el testimonio de K. F., F. M., E.F. y el informe del policía de vigilancia por parte de V.B. y W.P.

El Juez Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santa Marta resolvió no decretar la preclusión de la investigación solicitada por el ente acusador aduciendo que los elementos materiales probatorios llevados por el ente acusador no eran suficientes puesto que no existe claridad acerca de los hechos y no se encuentra debidamente acreditada la causal de preclusión aducida. El representante de la Fiscalía argumentó que la Corte Suprema de Justicia ha marcado la hoja de ruta para señalar los requisitos para que proceda una preclusión. Así mismo señala que el testimonio de M.F. es poco creíble porque manifiesta que su hermano J.F. fue objeto de un ataque injustificado y sin ningún reparo por parte de S.L., donde las reglas de la experiencia indican que todo homicidio tiene un móvil, y en el presente evento investigado, existió un móvil no doloso ya que el

acusado desplegó toda su acción defensiva como forma natural del ser humano para repeler un ataque del cual era víctima. De igual manera informa el representante de la Fiscalía que desacredita el testimonio de M.F. no solo por ser hermano de la víctima, sino que utilizando las reglas de la sana crítica, no es un testimonio veraz, por el contrario, es mentiroso y rodeado de fantasía cuando sin razón alguna manifiesta que su hermano fue objeto de puñalada porque otra persona se lo provocó sin mediar causa alguna.

Por otro lado, señala que la víctima portaba una navaja y estaba despojando a S.L. de sus pertenencias, por lo que a este le correspondía defenderse, advirtiendo que no tenía ningún elemento en la mano ya que se defendió con el elemento letal que portaba su agresor, en este caso, J. F. Reitera que la situación puntual es que S.L. se estaba defendiendo de un atraco y entró en disputa con su victimario y lo redujo. De igual manera, F. M., presencial de los hechos, señala que en el preciso instante que S.L. estaba orinando, se le acercaron tres sujetos y miró que uno de ellos tenía una navaja en la mano y empiezan a forcejear con S.L. y caen al piso, por lo que es claro que a partir de dicho momento se edifica la figura de la legítima defensa.

Por último, aduce que están acreditados los elementos para que el instituto de la legítima defensa como causal de ausencia de responsabilidad se estructure, a saber: una agresión ilegítima y antijurídica que ponga en peligro algún bien jurídico individual, en este caso, existió una agresión ilegítima y antijurídica que puso en peligro el bien jurídico de la vida y el patrimonio económico

ya que S.L. fue despojado de sus propiedades y se puso en peligro su vida. El ataque al bien jurídico del patrimonio y la vida de S.L. fue actual ya que lo estaban atracando entre tres personas, y uno con una navaja, destacando que forcejeó e incluso de manera osada y arriesgada se enfrenta a las tres personas, a tal punto que se da trompadas, no obstante, la desventaja en que se encontraba. Menciona finalmente que la defensa fue proporcionada al ataque de que era víctima, por lo que solicita el reconocimiento de la causal de ausencia de responsabilidad consagrada en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) corresponde a la Sala Penal del Tribunal Superior decidir sobre los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces de circuito y de las sentencias dictadas por los municipales del mismo distrito. Recuérdese que si bien la Ley 906 de 2004 no establece de manera expresa límite respecto a la competencia del superior para desatar el recurso de apelación, como sí lo hacía la Ley 600 de 2000 en el artículo 204, de todos modos, en virtud de lo consagrado por el artículo 31 de la Constitución Política que consigna los principios de doble instancia y la prohibición de la reforma en peor, la decisión de segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación y que éstos no constituyan un desmejoramiento de la parte que apeló.

El Tribunal para resolver la presente impugnación de la decisión proferida en au-

dencia por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santa Marta, desarrollará primero un marco jurídico conceptual acerca de la extinción de la acción penal para luego abordar la figura de la Preclusión, y culminar con el conflicto que nos ocupa. De conformidad con las normas contenidas en los artículos 82 del Código Penal y 77 de la Ley 906 de 2004, una de las causales para extinguir la acción penal:

[...] Artículo 82 Son causales de extinción de la acción penal: i) la muerte del procesado; ii) el desistimiento; iii) la amnistía propia; iv) la prescripción; v) la población; vi) el pago en los casos previstos en la Ley; vii) la indemnización; viii) la retractación en los casos previstos en la Ley; y, ix) Las demás que consagra la Ley [...]

Así mismo encontramos el artículo 77 de la Ley 906 de 2004, código de procedimiento penal:

[...] Extinción. Art. 77.- La acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados en la Ley [...]

Ahora bien, la norma procedimental contenida en el Artículo 78 determina que el trámite para que se declare la extinción de la acción penal es la petición de preclusión que debe propiciar la Fiscalía ante los jueces de conocimiento [...] Lo anterior, au-

nado a decisión de la Corte Constitucional que deja en claro que el competente para declarar la extinción de la acción penal es el juez de conocimiento previa solicitud del Ente Acusador. [...].

De acuerdo a lo previsto por el artículo 331 de la Ley 906 de 2004 en cualquier momento puede la Fiscalía solicitar al Juez de conocimiento la preclusión si no existiere mérito para acusar, y que en orden a lo reglado en el artículo 336 C.P.P, tendrá lugar cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. El artículo 332 del C.P.P establece las causales de preclusión:

[...] Artículo 332: Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos:

i) imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; ii) existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal; iii) inexistencia del hecho investigado; iv) atipicidad del hecho investigado; v) ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; vi) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia; vii) vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código. [...]

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso particular, se tiene inicialmente que la decisión proferida por el Juez de instancia fue de negar la preclusión solicitada por el representante del ente acusador

estimando que los elementos materiales probatorios llevados por el ente acusador no eran suficientes para esclarecer los hechos y tampoco le permitía establecer si la conducta realizada fue dolosa o se cometió en ejercicio de la causal de ausencia de responsabilidad denominada legítima defensa. Ahora bien, el representante de la Fiscalía no está de acuerdo con la decisión negativa del Juez *a quo* de no precluir la investigación con fundamento en la causal segunda del artículo 332 de la Ley 906 del 2004 y en ese sentido adujo que los elementos materiales probatorios traídos para demostrar que S.L. actuó bajo el instituto de la legítima defensa son suficientes ya que se acreditó que estaba en peligro su patrimonio económico e integridad física, por lo que procedió a defenderse legítimamente ante la agresión actual e injusta.

A partir de lo anterior, es necesario aclarar que es deber de la Fiscalía General de la Nación probar de manera concreta los hechos que originaron el despliegue de la acción penal, a través de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, respecto de la persona a favor de quien se le solicita la preclusión.

Con dicho propósito, en el presente caso, encontramos, por un lado, la versión de S.L. y F.M. y por el otro, se cuenta con los dichos de M.F. y K. F. [...]. En tal sentido, podemos observar que tenemos en principio dos teorías o hipótesis de lo que pudo pasar entre S.L., procesado y J.F., ociso y los elementos materiales probatorios ilustrados por el ente acusador no nos permite establecer que efectivamente S.L. actuó bajo la figura de la legítima defensa

o que efectivamente los hechos ocurrieron de otra forma, porque en el legajo procesal solo encontramos los relatos de S.L., F.M., M.F. K.F. y la declaración de los patrulleros de la policía que atendieron el caso, V.B. y W.P., que no nos permite esclarecer lo que de verdad ocurrió, ya que los relatos se contradicen y el dictamen de medicina Legal solo dice que efectivamente J.F. recibió una puñalada en el pecho. Igualmente debemos recordar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de julio de 2009, proceso N° 31.780 con ponencia del doctor Julio Enrique Socha Salamanca sostuvo:

[...] la norma procesal señalada (artículo 332 de la Ley 906) que regula el trámite que debe guiar la petición de preclusión, claramente expresa (inciso 2°) que en su exposición la Fiscalía debe fundamentar la causal e indicar “los elementos materiales probatorios y evidencia física”. Es evidente que, si de la solicitud debe darse traslado a los demás intervinientes en el acto, igual debe acontecer con los elementos probatorios que la soporten, pues solamente a partir del análisis de estos pueden coadyuvar u oponerse a la pretensión.

De manera tal que tratándose de la aplicación de la preclusión de la investigación es requisito ineludible acompañar los elementos materiales de prueba o evidencia física necesarios para demostrar la configuración de la causal alegada, la cual no se satisface con la simple versión de los hechos suministrada por el indiciado, sino acompañando los medios de prueba que corroboran su

configuración fáctico-jurídica con categoría de certeza [...].

Por lo tanto, para poder decretar la preclusión de la investigación se necesita que la Fiscalía acredite todos los elementos materiales probatorios o evidencia física necesarios para poder ir más allá de toda duda razonable que nos permita inferir que S.L. efectivamente actuó en legítima defensa y así mismo tener la certeza que los hechos ocurrieron de dicha forma. Sin embargo, realizando un estudio exhaustivo de los elementos materiales probatorios allegados, se tienen dos versiones contrapuestas de lo que supuestamente ocurrió la noche del 30 de julio de 2018 [...]

Significa lo anterior que la Fiscalía debía exponer sus elementos materiales probatorios con el fin de poder desaparecer toda duda que existiera en la ocurrencia de los

hechos del 30 de julio de 2018, por lo que estima la Colegiatura que si bien los documentos que aportó la Delegada de la Fiscalía aunque iban dirigidos a demostrar que S.L. actuó bajo la figura de la legítima de defensa, los mismos no resultan suficientes y contundentes para afirmar que está debidamente acreditada la causal de ausencia de responsabilidad que sustenta la petición de preclusión, por lo que el ente acusador debe seguir en la búsqueda de elementos materiales probatorios con el fin de poder probar y soportar su teoría. [...]. Por lo expuesto, La Sala De Decisión Penal Del Tribunal Superior De Distrito Judicial De Santa Marta, resuelve confirmar la decisión adiada el 14 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Santa Marta (Magdalena) mediante el cual se negó la preclusión solicitada por la Fiscalía a favor del ciudadano S. L.

SALA LABORAL

DR. CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD No. 47001-3105-004-2015-00162

SANTA MARTA, DIECISIETE (17) DE JULIO DE DOS MIL VEINTE (2020)

Pensión de sobrevivientes / hijos mayores/ cónyuge. Tienen derecho a esta prestación los beneficiarios hijos mayores de 18 años y menores de 25, que se encuentren inhabilitados para trabajar en razón a estar estudiando. / El cónyuge supérstite debe acreditar tal condición y, además, el hecho de haber convivido con el (la) causante por lo menos durante los últimos cinco años.

Mora en pago de aportes. No es procedente trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sin antes acreditarse que las administradoras hayan adelantado proceso de gestión de cobro.

Extracto de la sentencia

La señora Z. V. X. en representación del menor C. P. X. demandó a X. Z. S.A., para que se reconozca y pague pensión de sobrevivientes a que tiene derecho el menor [...] en su condición de hijo menor de la señora I. H. Y., incrementos de las mesadas y pago de todas las mesadas

adeudadas, indexación e intereses moratorios. [...]

Como sustento de sus pretensiones señaló que la señora I. H. Y. era cotizante desde el 9 de mayo de 1996 hasta el día de su fallecimiento, ocurrido el 7 de diciembre de 2011. Que la señora I. H. Y., laboró ininterrumpidamente al servicio de la empresa Inversiones CE... SAS, desde el 1º de agosto de 1995 hasta el día de su fallecimiento. Que la señora Z. V. X. era madre de la fallecida I. H. Y., quien dejó un hijo menor C. P. X. Que la señora Z. V. X., a quien le fue otorgada la patria potestad el 30 de octubre de 2013, solicitó a X. Z. S.A el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, quien se la negó [...]. El Fondo X. Z. S.A, al responder la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma.

Señaló básicamente que la señora I. H. Y. presentó solicitud de afiliación a X. Z. S.A, el 9 de mayo de 1996 teniendo como empleador a la empresa Inversiones CE... SAS época para la cual inició a cotizar, y fueron pagados los periodos hasta mayo de 1999, y desde esta fecha se generó incumplimiento

en el pago de las cotizaciones, y como para acceder al derecho reclamado debió haber cotizado desde 7 de diciembre de 2008 hasta el 7 de diciembre de 2011, fecha de su fallecimiento, y no lo hizo, no tendría derecho. Con auto del 27 de julio de 2016 Se integró como litis consorcio necesario al empleador INVERSIONES C... y al señor O. P. Y., en calidad de padre del menor⁸³. Inversiones CE... SAS, contestó se opuso a las pretensiones de la demanda. Precisó que entró en acuerdo de restructuración el [...] bajo los parámetros de la Ley 550 de 1999, lo cual le permitía pagar todos los pasivos de acuerdo a como fue establecido en la restructuración, y es así que dentro del mismo se le canceló a X. Z. S.A, todas las obligaciones pendientes antes del acuerdo y las que se dieron en el transcurso del mismo respetando los turnos o las formas de pago que se estableció en el mencionado acuerdo.

El señor O. P. Y., padre del menor, contestó señalando que se opone a la primera pretensión por cuanto se trata de pensión de sobrevivientes y en este caso él fue cónyuge de la causante y por lo tanto tiene derecho a la pensión de sobrevivientes; que se opone que se pague la pensión a C. P. X. a través de la señora Z. V. X. ya que el joven cumplió la mayoría de edad y actualmente tiene 19 años. [...]

El Juez XX Laboral del Circuito de Santa Marta, con sentencia de fecha 20 de mayo de 2019, condenó a X. Z. S.A, a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de la señora I. H. Y. a favor de C. P. X., retroactivo por la suma de \$49.727.528; absolvió a la empresa Inversio-

nes C... SAS y al señor O. P. Y. de todas las pretensiones de la demanda. Inconforme con la decisión tanto la demandada X. Z. S.A como la parte demandante interpusieron recurso de apelación. X. Z. S.A, al sustentar su apelación básicamente, señaló:

(i) Que la afiliada solo cotizó 44,4 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha del fallecimiento, por lo tanto, no cumplió con uno de los requisitos establecidos en la norma.

(ii) Que en la jurisprudencia citada en los fundamentos de derechos y en los alegatos de conclusión, la CSJ considera que “no resulta lógico ni acorde con la Ley que una entidad encargada de cubrir el riesgo de la muerte, cargue con la responsabilidad de reconocer la pensión a los beneficiarios de quien en vida lo tuvo como afiliado, cuando no recibió de su empleador los correspondientes aportes para dicho riesgo, sino después de que se presentó el infortunio”.

Y que esa parte considerativa de la sentencia citada aplica a las circunstancias fácticas de este proceso, pues las cotizaciones hechas por el empleador moroso se dieron con posterioridad a la fecha del fallecimiento por lo tanto no pueden tenerse en cuenta para causar la pensión de sobrevivientes.

(iii) Que, en cuanto al retroactivo pensional, X. Z. S.A, tenía una cifra económica inferior a los \$47.727.528, que liquidó el juzgado; por lo que solicita se realice nuevamente esta liquidación y en caso de prosperar la pensión de sobrevivientes se revise el monto del retroactivo pensional.

Por su la dado la parte demandante al sustentar su recurso, básicamente indicó:

(i) Que, si bien es cierto que no se aportó la certificación de estudio en la audiencia de que trata el artículo 77, también es lo cierto que, si se aportó en la siguiente audiencia, con lo cual demuestra la calidad de estudiante; y por lo tanto al no reconocerle la pensión hasta la actualidad generaría un agravio para el actor.

(ii) Que, en cuanto a los intereses moratorios, si bien es cierto que el fondo de pensiones hizo las maniobras tendientes a cobrar esos pagos, también fue ella la que se negó hacer el reconocimiento a sabiendas que se tenían las semanas cotizadas.

El apoderado del señor O. P. Y., señaló que se atiene a lo que resulta de estudio de la consulta. [...]. Debe la Sala determinar si la finada I. H. Y. dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes; en caso positivo establecer si al Joven CRISTIAN P. y a O. P. Y. les asiste el derecho pensional que reclaman y el monto del retroactivo a que haya lugar. [...]. Procede seguidamente la sala a pronunciarse sobre las inconformidades planteadas, de la manera siguiente:

[...] i) Primera inconformidad: De lo planteado por X. Z. S.A se puede extraer, en resumen, que se alega que la finada I. H. Y. no alcanzó a cotizar el mínimo de densidad de semanas exigidas legalmente dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la muerte, y

que los aportes pagados por el empleador con posterioridad a su fallecimiento no se podían tener en cuenta, ya que no resultaba acorde con la Ley que la entidad encargada de cubrir el riesgo de la muerte, asumiera la responsabilidad de reconocer la pensión a sus beneficiarios, cuando no recibió oportunamente de su empleador los aportes para dicho riesgo, sino después que se presentó el infortunio [...]

Frente a esa inconformidad, estima la Sala necesario referirse a ella, tomando en cuenta lo dicho por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre el computo de cotizaciones, en dos situaciones: una en caso de *mora* en el pago de los aportes respecto de un trabajador afiliado, y la otra en relación con la falta de aportes por ausencia de afiliación, para luego definir el caso que ocupa la atención de la sala. En cuanto a la mora en el pago de los aportes del trabajador afiliado, es conveniente indicar:

En primer lugar, se destaca, que es cierto, que en las providencias a que se refiere el apelante, dicha Corporación precisó básicamente, que, en caso de *mora* en el pago de los aportes, las consecuencias debían ser asumidas por el empleador y por tanto sería este, y no la entidad administradora, quien debía realizar el pago de la pensión de sobrevivientes. Pero también es lo cierto, que, con posterioridad, la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia cambió su jurisprudencia frente a las consecuencias de la mora en el pago de los aportes a la seguridad social, precisando que no se podía

[...] Trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debía acreditar que las administradoras habían adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo habían hecho la consecuencia debía ser que se les impusiera el pago de la prestación.

En efecto, en la Sentencia de fecha 22 de Julio del 2008 proferida con ponencia del Dr. Eduardo **López Villegas**, dentro del radicado 34270, esa alta corporación adoctrinó:

Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro. [...]

Esa postura ha sido corroborada por la Sala de Casación Laboral, en decisiones ulteriores, y así tenemos, por ejemplo, que en la sentencia SL5335-2019 de fecha 2 de diciembre del 2019 proferida dentro del radicado 69165, con ponencia del Dr. Carlos Arturo Guarín Jurado [...]

En segundo lugar, se resalta, que el afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa, y por lo tanto la cotización surge por el mero hecho de la ejecución de la la-

bor o la prestación del servicio por parte del trabajador, y consecuentemente ese tiempo de servicio se debe tener en cuenta para la pensión así no se haya hecho efectivo el pago aporte. [...]. De modo que, resulta admisible que se tome en cuenta el tiempo de servicio cumplido por el afiliado, sin importar que se hubieren hecho o no los aportes al sistema, sin que ello signifique que se deban reconocer pensiones sin que existan las cotizaciones, pues la cotización surge con la actividad del trabajador, por lo que el hecho de que exista mora en su pago, no implica la inexistencia del aporte.

En cuanto a la falta de aportes por ausencia de afiliación, aquí se pone en resalto que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4103 del 22 de marzo de 2017, rad. 49638, sostuvo:

[...] La Corte considera preciso advertir que es cierto que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que «...ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.» (CSJ SLSL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015). [...]

De acuerdo con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias acabadas de citar, en tratándose de pensiones en fun-

ción del riesgo como lo es la pensión de sobreviviente, los fondos de pensiones no están obligados a asumir el pago de las prestaciones si el trabajador no fue afiliado o si a pesar de ello, no se hizo, al menos, algún trámite de convalidación del tiempo servido con anterioridad a la muerte del afiliado, pues en tal caso resultaría imprevisible para la administradora la ocurrencia de ese riesgo, y por tanto le era imposible gestionarlo y adoptar las medidas para su financiamiento, vale decir, efectuar las reservas o contratar seguros, y por tanto en ese evento no puede asumir las prestaciones, a menos que con antelación a la muerte se haya convenido con el empleador la convalidación de los tiempos servidos. [...]

En el presente caso la causante fue afiliada al Sistema De Seguridad Social En Pensiones, y por tanto la administradora demandada contó con la posibilidad de prever razonablemente que el riesgo que se aseguraba podía realizarse; le era posible, entonces, gestionarlo y adoptar las medidas que la situación ameritara para financiar las prestaciones que se derivaran de la ocurrencia de ese riesgo, bien a través de las reservas respectivas o de la contratación de los seguros correspondientes, (artículo 6 del Decreto 832 de 1996), y por ende podía asumir las prestaciones correspondientes. De ese modo, sí la causante llegó a alcanzar el número mínimo de semanas exigidos en la Ley, *computando para ello los ciclos causados y en moral*, la entidad demandada estaría obligada al reconocimiento de la pensión reclamada, a menos que demostrara que adelantó las acciones de cobro frente a los respectivos ciclos en mora.

Veamos entonces, de acuerdo con las pruebas allegadas, si la causante dejó cau-

sado el derecho, vale decir, si cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la muerte, esto es, entre el 7 de diciembre del 2008 al 7 de diciembre del 2011, y si X. Z. S.A debe pagar la prestación [...]. A folios 182 aparece la comunicación de fecha 2 de mayo del 2016 elaborada por Porvenir y dirigida a INVERSIONES CE... S.A.S., donde la manifiesta que, según sus registros, dicha empresa presentaba mora en el pago de los aportes pensionales de sus trabajadores afiliados al fondo administrado por X. Z. S.A, relacionados en el estado de cuenta que le anexaban. [...]

Valorando en conjunto las pruebas relacionadas se puede colegir, que la finada prestó sus servicios Inversiones CE... S.A.S., de manera continua entre el 1 de agosto de 1995 al 7 de diciembre del 2011, fecha de su fallecimiento, y que estuvo afiliada a X. Z. S.A en pensiones desde mayo de 1996 hasta el día de su fallecimiento 7 de diciembre del 2011. [...]

Ahora como la finada prestó sus servicios entre los extremos indicados [...], y como todo ese tiempo estuvo afiliada a la seguridad social en pensiones, es claro que cumplió con su deber de cotizar al desplegar su actividad durante ese tiempo, tal como se precisó en sentencia de fecha 30 septiembre del 2008, proferida dentro del radicado 33476, la Sala De Casación Laboral, con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas, por lo que a sus beneficiarios le es inoponible la mora, y por ende habría que tenerle en cuenta las semanas causadas y no pagadas dentro de esos 3 años anteriores. De esa manera sumaría 40,9 semanas que le aparecen reconocidas por X. Z. S.A como pagadas dentro de los 3 años, más las 109,4 en mora

que fueron pagadas después del fallecimiento, para un total de 150,3 semanas, por lo que se concluye que dejó causado el derecho. Ahora X. Z. S.A solo sería responsable si no ejerció las acciones de cobro a que había lugar. Examinadas las pruebas allegadas al proceso se advierte que:

Los folios 119 a 126 nos dan cuenta de la demanda ejecutiva presentada el día 29 de junio del 2006⁸⁴, de PORVENIR contra la empresa CE... [...]

Como puede verse, es cierto que porvenir adelantó acciones de cobro, pero no lo hizo en relación con los ciclos correspondientes a los meses de enero a diciembre del 2010, que suman 51.4 semanas, frente a los cuales, para el mes de enero del 2011, ya todos estaban en mora, sin que se advierta que en todo lo corrido entre enero y diciembre del 2011, hubiese adelantado las acciones de cobro extrajudiciales y judiciales respectivas. [...]

Aquí cabe destacar que según el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador será el responsable tanto del pago de su aporte como el de sus trabajadores, y deberá trasladar las sumas correspondientes al respectivo fondo dentro de los plazos que para el efecto señale el gobierno. Como puede verse, la obligación del pago de los aportes quedó sujeta a un plazo que sería fijado por el gobierno. Por tanto, es precisamente dentro de ese plazo que el empleador debe cumplir la obligación. En desarrollo de esa previsión legal

el Gobierno ha expedido una serie de decretos señalando los plazos, en la mayoría de ellos atendiendo tanto el número de aportantes como el último o dos últimos dígitos del Nit, del empleador obligado. Fue así como se expidió el Decreto 692 de 29 de marzo 1994, el cual en su Artículo 24 dispuso:

Cotización de abril de 1994. La primera cotización al sistema general de pensiones será la correspondiente al mes de abril de 1994, la cual deberá trasladarse a las administradoras en los primeros diez (10) días del mes de mayo, de acuerdo con los plazos a que se refiere el artículo anterior. Para quienes se vinculen con posterioridad al sistema, será el mes subsiguiente a la fecha de solicitud de la afiliación respectiva. [...]

Y ulteriormente el decreto 1990 de diciembre 6 del 2016, en su Artículo 2. Sustituyó el artículo 3.2.2.1., del Decreto 780 de 2016, señalando que todos los aportantes a los Sistemas de Pensiones efectuarán sus aportes utilizando la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes – PILA, bien sea en su modalidad electrónica o asistida, a más tardar entre el 2 y el 16 día hábil del mes siguiente. De modo que la obligación de pagar los aportes a pensiones que recae sobre el empleador está sometida a plazo. [...]

Por tanto, porvenir debió adelantar las acciones de cobro extrajudicial una vez vencido el plazo para el pago de cada uno de los ciclos y a más tardar dentro de los 3 meses siguientes al respectivo vencimiento, y luego de haber transcurrido 15 días

84 También a folios 293 a 300.

de ese cobro extrajudicial, debía elaborar la liquidación y, hecha esta, proceder a su cobro judicial; pero como en relación con los meses de enero a diciembre del 2010 (ni los meses de agosto, septiembre y octubre del 2011) aparece probado que haya hechos esos cobros, resulta que si es responsabilidad del X. Z. S.A para asumir el pago de la pensión reclamada, a pesar de falta de pago de esos ciclos antes de la muerte de la afiliada, pues esa mora no se produjo por falta de afiliación y porque no promovió oportunamente el cobro ejecutivo respectivo frente a los referidos ciclos.

Otro punto de inconformidad del X. Z. S.A es el total del retroactivo pensional, señala que a la entidad le da una suma inferior. Realizando la Sala las operaciones matemáticas de rigor, teniendo en cuenta el monto de la pensión [...], le arroja a la Sala un total de \$45.158.399.22 [...]. La suma anterior es inferior a la que le dio al juez de primera instancia, asistiendo razón, entonces, al recurrente, por lo que se modificara este punto de la sentencia.

El demandante, por su parte, alega que se le debe reconocer el derecho pensional a C. P. X. hasta la presente, que, si bien no se aportó en su momento el certificado que demuestre que estaba estudiando, si lo aportó en la audiencia de juzgamiento, no hacerlo generaría un agravio al actor. Es claro que para acceder a la pensión de sobreviviente por parte de los hijos del causante mayores de 18 y hasta los 25 años cumplidos, imposibilitados para trabajar deben demostrar la condición de estudiante [...]. Conforme lo anterior es claro que al joven C. P. X. le asiste el derecho al reconocimiento del derecho pensional de las mesadas de

enero a mayo de 2019, pues demostró que para ese tiempo estaba estudiando. [...]

También está inconforme con el no reconocimiento de los intereses moratorios [...]. De conformidad con lo establecido en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, se estima que dichos intereses son procedentes, pues la entidad demanda tenía 2 meses para resolver de fondo la petición presentada por la actora el 30 de octubre de 2013 (folio 25), lo que no hizo. [...] I.-) EL señor O. P. Y. litisconsorte (padre del menor C. P. X.) reclama el derecho a la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge de la finada. La calidad de cónyuge está probada con el registro civil de matrimonio que corre a folio 268, que la causante contrajo matrimonio con el señor O. P. Y., el 6 de diciembre de 1997; sin embargo, no allegó prueba alguna que demostrase que hubiere convivido por lo menos 5 años con la causante como lo exige la Ley 797 de 2003 [...]. Por tanto, a O. P. Y. no le asiste el derecho a la pensión que reclama. Como esa fue la decisión del a quo se confirmará.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Superior resuelve *modificar* el numeral segundo de la sentencia del 20 de mayo de 2019, dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta, en el sentido de *condenar* A X. Z. S.A, a reconocer y pagar a C. P. X. la suma de de \$45.158.399.22, por concepto de retroactivo pensional [...], a reconocer y pagar al joven C. P. X., la suma de \$3.312.464, por concepto de mesadas pensionales de enero a mayo de 2019. Sin perjuicio de las que se sigan causando siempre que demuestre la condición de estudiante [...], a reconocer y pagar al joven C. P. X., intereses moratorios [...]"

DR. CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD No. 47001-3105-002-2018-00251-01

SANTA MARTA, DIECISIETE (17) DE JULIO DE DOS MIL VEINTE (2020)

Sentencia / facultad extra y ultra petita. Esta figura jurídica le permite al juez de única o primera instancia conceder en su fallo más de lo que el trabajador ha solicitado en la demanda o aquello que no ha sido solicitado, cuando los hechos que lo originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados.

Principio de congruencia. Manifiesta la necesidad de que la actividad jurisdiccional se desarrolle de manera coherente con las pretensiones y lo probado por las partes.

Extracto de la sentencia

[...] el señor S. L. D. demandó a la entidad XX, para que se condene a reliquidar la mesada pensional ya que en la Resolución No SUB 53366 del 5 de mayo de 2017 XX no liquidó bien la primera mesada del 2009, que debió ser liquidada con base en la Ley 33 de 1985, con el promedio del salario devengado en el último año incluyendo los factores salariales recibido en

el mismo periodo, pago del retroactivo e indexación.

Como sustento de sus pretensiones, esencialmente expuso que el ISS le reconoció pensión de vejez mediante Resolución No 18838 del 14 de septiembre de 2009, como funcionario de la empresa YY en cuantía de \$1.529.700, con base en el Acuerdo 049 de 1990, pero lo hizo considerando solo el promedio de los salarios devengados durante el último año sin tener en cuenta los factores salariales y la liquidación se basó en 1.169 semanas y un IBL de \$1.821.071 al que se le aplicó el 84%. Que posteriormente XX con la Resolución No, GNR 298024 del 10 de octubre de 2016, le reconoció un retroactivo por valor de \$31.716.662 por concepto de retroactivo derivado de la reliquidación ordenada por el Juzgado AA Laboral del Circuito de Santa Marta, la cual fue confirmada por el superior.

Que al momento de la vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad y tenía más de 15 años de servicios, por lo que era beneficiario del

régimen de transición, por lo tanto, se le debió aplicar el régimen anterior, esto es la Ley 33 de 1985, que le resultaba más favorable. Que el 5 de abril de 2017, presentó ante XX solicitud de reajuste de la mesada pensional la cual le fue negada mediante Resolución No SUB 53366, decisión contra la cual interpuso los recursos de Ley, la que fue confirmada en todas sus partes.

La demanda fue presentada en la Oficina Judicial de Santa Marta el 5 de julio de 2018, admitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta el 27 de julio el mismo año, XX, al responder se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento legal propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de costas, compensación, Se integró la litis con el Patrimonio Autónomo de las empresa TT y ZZ en liquidación, quien contestó que APRT TT no es la encargada de reconocer de liquidar y reconocer pensión. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, pago, buena fe, cobro de lo no debido.

El Juzgado YZ Laboral del Circuito de Santa Marta, con sentencia de fecha 29 de julio de 2019, condenó a XX a reliquidar la pensión de vejez, retroactivo por valor de \$5.037.293.55, indexación. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción. Absolvió a las empresas TT y ZZ en liquidación. Indicó que al aplicarle la Ley 33 de 1985 y teniendo en cuenta que el actor cotizó 1.260.86 semanas y le faltaban más de 10 años para

adquirir el derecho, por lo que al hacer el ejercicio con toda la vida laboral y el promedio de los últimos 10, aplicándole la tasa de 75% y que como al actor le reconocieron la pensión con el acuerdo 049 de 1990 y una tasas del 90% esta última le resulta más favorable.

En cuanto a los factores salariales señaló que en la Ley 62 de 1985 están consagrados los factores salariales que se deben aplicar a los trabajadores Oficiales y que entre los que aparecen relacionados en la documental que obra a folios 54 y 55, y que fueron los que devengó el actor, solo aparece lo relacionado con la asignación básica, así que no le asiste razón. Y para establecer si la pensión que reconoció XX en la Resolución No. SUB 53366 del 5 de mayo de 2017, tomó la historia laboral y verificó que el empleador tenía mora patronal de los siguientes ciclos [...] por lo que le tuvo en cuenta toda esa mora patronal y procedió a reliquidar la pensión.

Inconforme con la decisión las partes demandante y demandado interpusieron recurso de apelación. El demandante manifestó que la juez no tuvo en cuenta que la pensión que se reclama no es de carácter legal si no convencional, que no se tuvo en cuenta la convención colectiva de trabajo suscrita en el 2002, donde en el artículo décimo se establecen los factores salariales que constituyen salarios así:

La empresa pagará para el año 2002 una prima de navidad extralegal de 23 días de salario promedio, para el año 2003 será de 24 días de salario promedio y para el año 2004 25 días de sa-

lario promedio. Esta constituye factor salarial, o sea que debe ser incluida dentro de la liquidación de la pensión.

Por su parte la demandada XX alegó que el a quo se alejó de lo que eran las pretensiones de la demanda que están orientadas a la reliquidación de la pensión con base en la aplicación del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, es decir, que se le reliquide la pensión conforme el salario promedio del último año de servicio; sin embargo la juez consideró que si le asistía el derecho a la reliquidación al actor era de acuerdo a la presunta mora en cuanto a unos ciclos que no hizo YY en su momento como empleador del actor, situación distinta a lo que fue el objeto de la litis [...]. Por tanto, debe determinar la Sala si el actor tiene derecho a que se le reliquide la mesada pensional aplicando los factores de la convención colectiva o, por el contrario, no hay lugar a tal reliquidación como lo alega la demandada.

No hay discusión en cuanto a que XX le reconoció pensión de vejez al actor mediante la Resolución No 18838 del 2009, le aplicó el Acuerdo 049 de 1990, con base en 1.169 semanas, con tasa de remplazo de 84% y en cuantía de \$1.529.700⁸⁵. Tampoco que presentó demanda contra el ISS para que se le reconociera la pensión desde el año 2007 fecha en que cumplió los requisitos, la cual le correspondió al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta, quien con sentencia del 30 de septiembre de 2014 condenó a XX a reconocer pensión

de vejez desde el 27 de noviembre de 2007, retroactivo e intereses moratorios, y estableció la mesada para el año 2009 en la suma de \$1.529.700, decisión que fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal el 16 de mayo de 2016⁸⁶.

Asimismo, que con Resolución No GNR 298024 del 10 de octubre de 2016, XX dio cumplimiento al fallo del Juzgado Tercero Laboral y pagó el retroactivo por valor de \$31.716.662⁸⁷ Que el 5 de abril de 2017 el actor reclamó a XX le reliquidara la pensión con aplicación de la Ley 33 de 1985, y le tuviera en cuenta los factores salariales devengados en el último año de servicio. XX con Resolución No SUB 53366 del 5 de mayo de 2017 le reliquidó la pensión al actor, con base en 1260 semanas, con tasa de remplazo de 90%, arrojando una mesada de \$1.920.646, para el año 2014 y se le aplicó el Acuerdo 049 de 1990, por ser la más favorable, y para el año 2017 la mesada le quedó en \$2.247.958⁸⁸.

Ahora, precisado lo anterior, se procede a resolver los recursos de apelación. La parte demandante alega que la juez se equivocó, que la pensión que se reclama no es legal si no convencional y que no se tuvo en cuenta lo consagrado en la cláusula decima de la convención de 2002 que consagra:

La empresa pagará para el año 2002 una prima de navidad extralegal de 23 días de salario promedio, para el año

86 Folios 112 y 130

87 Folio 24

88 Folio 35

85 Folio 21

2003 será de 24 días de salario promedio y para el año 2004 25 días de salario promedio. Esta constituye factor salarial”, o sea que debe ser incluida dentro de la liquidación de la pensión.

La Sala estima que no le asiste razón al apoderado del actor cuando indica que la pensión que se deprecia en la demanda es de carácter convencional, lo cual no es cierto, porque de los hechos y pretensiones de la demanda nada se dice de pensión convencional, al contrario lo que solicita es la aplicación de la Ley 33 de 1985, esto es, la reliquidación con el promedio de lo devengado en el último año de servicio y la aplicación de los factores salariales, entonces es claro que la pensión que reclama es legal. Ahora hay que señalar que los factores salariales que se deben tener en cuenta para establecer el monto de la pensión con base en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3°, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, la *asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

Y ninguno de estos factores salariales aparecen como devengados por el actor en la certificación que aparece a folios 54 y 55. Si en gracia de discusión la pensión reclamada fuera convencional, la misma

no sería procedente frente a XX, porque esta entidad solo reconoce pensión de carácter legal. Por su parte, XX, indicó básicamente que la juez desatendió el principio de consonancia entre lo solicitado y lo que terminó concediendo, pues lo solicitado fue la reliquidación de la pensión con base en la Ley 33 de 1985, esto es, la reliquidación de la pensión conforme al salario promedio del último año de servicio y la inclusión de factores salariales, sin embargo, la juez consideró que sí le asistía el derecho a la reliquidación por la presunta mora del empleador YY.

Encuentra la Sala que, en efecto, le asiste razón al recurrente por cuanto si bien el juez de primera instancia puede fallar extra y ultra petita de conformidad con el artículo 50 del CPTSS, también lo es que eso se puede hacer cuando los hechos que lo originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados:

Además, si bien dicha figura ha sido entendida como una expresión de la naturaleza tuitiva que respecto de los trabajadores tiene en todo su conjunto el derecho laboral, la misma no puede ir en contravía con lo consagrado legalmente que se traduce en que la sentencia debe ser congruente con la demanda, es decir, debe existir concordancia o armonía entre lo alegado y pedido por el demandante y lo fallado por el juez.

Ahora revisando las pretensiones de la demanda se tiene que se persigue que se declare que XX liquidó mal la pensión en la resolución No SUB 53366 del 5 de mayo de 2017, ya que liquidó mal la primera mesada de 2009, por lo que solicitó se ordene a XX reliquidar la pensión con base

en el promedio del salario devengado durante el último año de servicio, incluyendo los factores salariales percibidos como empleado de YY, indexación e intereses moratorios.

Es claro para la Sala que las pretensiones de la demanda distan de perseguir la reliquidación de la pensión por mora del empleador, elucubraciones que efectuó la a quo cuando estudió la reliquidación de la pensión, pero no por lo señalado por el actor en su demanda, si no por otras razones como la mora patronal. Tampoco se ha admitido que la parte actora haya señalado en los fundamentos facticos la existencia de dicha mora como aspecto a tener en cuenta en la reliquidación pedida. En ese sentido, esta Corporación considera que la

reliquidación efectuado por el juzgado desbordó las facultades extra y ultra petita, pues, además de no haber sido solicitada, no fue objeto de debate durante el proceso, presupuesto indispensable para que el juez haga uso de esas potestades. No cabe duda de que el proceso laboral, como cualquier otro proceso judicial, se cimenta sobre el respeto y la garantía de derechos fundamentales. Por lo tanto, el juez como director del proceso tiene que poner a buen resguardo el derecho de defensa, el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, y garantizar su efectividad a cada una de las partes intervinientes. Por todo lo anterior le asiste razón al recurrente por lo que se revocará la decisión de primera instancia [...]"

DR. CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO

MAGISTRADO SUSTANCIADOR

RAD No. 47-288-31-05-001-2018-00030-01

SANTA MARTA, DIECISIETE (17) DE JULIO DE DOS MIL VEINTE (2020)

Litisconsorcio necesario / improcedencia. Cuando exista disputa entre cónyuge y compañera permanente, o entre compañeras permanentes respecto a derechos laborales del causante, no es necesario ni riguroso integrar un litisconsorcio, pues cada beneficiario puede ejercer su acción con prescindencia de los demás.

Extracto de la sentencia

La señora P. O. Z. demandó a la cooperativa ZZ y al Municipio De El Reten Magdalena para que se declare que entre el señor R. G. H. y la demandante existió un contrato de trabajo, que se condene a pagar a las demandantes salarios adeudado, primas de servicio, intereses de cesantías, auxilio de cesantías, vacaciones, sanción por la no consignación de las cesantías, auxilio de transporte, indemnización moratoria, pensión de sobreviviente, dotaciones, pagos de horas extras, dominicales y festivos, extras nocturnas y diurnas. Costas y se falle extra y ultra petita. La señora P. O. Z.,

como sustento de sus pretensiones básicamente, manifestó:

- i) Que el señor R. G. H. empezó a laborar con la cooperativa ZZ el 01 de enero de 2002, mediante un contrato de trabajo a término fijo, como operador de acueducto del corregimiento el Bongo municipio del Reten Magdalena.
- ii) Que trabajaba 24 horas seguidas, sin descanso algunos 7 días a la semana de lunes a domingo, que laboraba 240 horas extras nocturnas mensuales y 288 horas extras nocturnas mensuales.
- iii) Que la relación de trabajo terminó el 20 de marzo de 2017 por el fallecimiento del señor R. G. H.
- iv) Que devengaba un salario de \$737.717.
- v) Que no le fueron cancelados salarios y prestaciones sociales durante el tiempo de servicio.
- vi) Que la actora fue compañera permanente del causante por más de 3 años, hasta el fallecimiento.

La demanda fue presentada ante el Juzgado Único Laboral Del Circuito De Fundación Magdalena el día 21 de febrero de 2018 y fue admitida el 07 de mayo de 2018. La parte demandada, ZZ, contestó la demanda señalando se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que no le adeuda suma alguna por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que le pudieran corresponder al finado, puesto que fueron cancelados en su mayoría al empleado, a uno de sus hijos y a la señora M. X. Z. su compañera permanente y madre de sus hijos menores.

Manifestando que como los beneficiarios del finado no presentaron la documentación correspondiente para el pago del saldo adeudado por concepto de salarios y prestaciones sociales, solicitó consignación ante el Juzgado Único Laboral Del Circuito De Fundación Magdalena. Propuso como excepción de mérito inexistencia de la obligación, falta de causa en la demandante, pago parcial de obligación, buena fe, prescripción.

La parte demandada Municipio De El Reten Magdalena contestó a través de curador ad-litem señalando que se opone totalmente teniendo en cuenta que si bien existe una conciliación en el plenario no existe constancia alguna que este haya sido incumplida, añadiendo que el causante Rafael G.H. no era empleado directo del municipio del retén. Propuso como excepciones de mérito prescripción y pago parcial de la obligación.

El Juzgado Único Laboral del Circuito de Fundación Magdalena, mediante sen-

tencia del 15 de mayo de 2019, resolvió: absolver a las demandadas de todas y cada de las pretensiones de la demanda, costas a cargo de la parte demandante. El A quo señaló que, en el presente debate observó inconsistencia en la declaración de los testigos, por lo que no pueden ser tenidas en cuenta puesto que no cumplen con los requisitos para que la prueba testimonial adquiera poder demostrativo, teniendo razón el apoderado de la parte demandada que dos de los testigos le resultan sospechosos, omitiendo la inexistencia de su progenitora y sus hermanos menores de edad, pretendiendo darle validez a una relación entre su padre y la demandante, no siendo claros en qué momento inició dicha relación. [...]

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Manifestó que no está de acuerdo con el despacho con respecto a que los testigos R. G. y J. C. no fueron claros cuando manifestaron sobre la relación marital existente entre el señor R. G. H. y la señora P. O. Z., ya que ambos fueron claros cuando el despacho les preguntó acerca de la fecha de inicio de dicha relación y ambos respondieron de forma clara y precisa [...]. Por otro lado, difiere con el despacho por la absolución del municipio del Reten puesto que las obras son funciones y obligaciones estatales y que una vez estas contraten a terceros estos deben responder solidariamente. Por tanto, la Sala debe determinar si la señora P. O. Z. tiene la calidad de beneficiaria del señor Rafael G.H., para el pago de las acreencias laborales adeudada por parte de la empresa ZZ.

En primer lugar, de inicio se precisa que no hay discusión con respecto a la existencia del contrato de trabajo entre las partes tal como obra en la certificación expedida por el subgerente administrativo de la entidad demandada que obra a folio 22. Tampoco hay discusión que la relación de trabajo inicio en enero de 2008 tal como obra en el acta de acuerdo conciliatorio⁸⁹ firmado por el señor R. G. H. y el representante legal de ZZ, misma donde las partes acordaron el pago de las prestaciones y salarios adeudados entre el periodo comprendido de enero de 2008 a febrero de 2016, por valor de \$12.000.000.

Así mismo no hay discusión que la empresa demandada pagó las prestaciones y salarios adeudados y conciliados, en parte al trabajador; y posterior a su fallecimiento siguió cancelándoles las acreencias laborales a la señora M. X. Z. y al señor O. G. en calidad de hijo tal como obra en los comprobantes de pago allegados al proceso⁹⁰. Lo que se discute aquí y entrará la Sala a resolver es si la demandante tiene la calidad de beneficiaria como compañera permanente del señor R. G. H. y en consecuencia si le asiste el derecho al pago de las acreencias canceladas en favor del trabajador por parte de la empresa demanda ZZ.

Pues bien, para definir tal controversia, resulta conveniente poner de presente lo precisado por Corte Suprema de Justicia en sentencia de noviembre de 1994 Rad. No 6810 con ponencia del Dr. Francisco Escobar Henríquez, en la cual y en lo per-

tinente se indicó: Necesidad del litisconsorcio y viabilidad del cargo:

Ahora bien, acerca de si al proceso debió concurrir como litisconsorte de la parte actora la otra supuesta compañera permanente, ante todo debe descartarse que ello se constituya en una exigencia expresa de la Ley, pues ni el artículo 295 citado, ni otros preceptos lo prevén así. Antes, por el contrario, este canon lo que indica es que los beneficiarios en conflicto deben ser contrapartes en un posible litigio, pero en modo alguno litisconsortes obligados, figura que como se ha visto, supone defender idéntico interés en el juicio. Menos aún se impone la conformación litisconsorcial por la naturaleza del asunto. En efecto, el derecho de los beneficiarios del trabajador o jubilado, aunque puedan acudir a reclamar en conjunto, es un derecho individual emanado normalmente de su relación familiar o de dependencia frente al fallecido. En otros términos, los derechohabientes en general no se consideran como herederos, sucesores de la persona del causante en su relación de trabajo, cosa que por demás se excluye en razón del carácter intuitu personae del operario en el nexo laboral, sino que cada cual tiene su propia relación jurídica con el patrono o entidad responsable de los Radicado n°. 43654 16 derechos laborales del fallecido, tanto es así que entre ellos es dable que existan intereses encontrados y si acuden a la justicia en conjunto, el correspondiente fallo ha de puntualizar

la situación de cada uno, de suerte que algunos pueden resultar triunfantes al paso que otros derrotados. [...]

Algunas posibles controversias judiciales y la forma como deben comparecer los interesados a las mismas: [...]

En todas estas eventualidades siempre debe contemplarse la posibilidad de que posteriormente acudan nuevos beneficiarios que no han sido parte en los procesos y, por tanto, dado que su situación es individual, al no darse cosa juzgada frente a ellos, hay lugar a que ejerciten sus propias acciones. Si ello ocurre, debe recordarse que los beneficiarios que hubieren recibido son los obligados para con los nuevos, respecto de los derechos que a estos correspondan.

Sirve de ejemplo la situación generada por el fallo recurrido en casación pues resulta que la señora M. J. P. tiene reconocido el derecho a sustituir en la jubilación que le cancelaba Bavaria S.A, a su compañero permanente R. M. Z., de ahí que la compañía deba cancelarle la prestación. No empecé a ello, otros beneficiarios diferentes del señor M. Z. podrían discutir judicialmente el derecho jubilatorio en todo o en parte, reclamándolo principalmente a la beneficiaria J. P. quien responde por lo que haya percibido y a la empresa en vista que sigue respondiendo de el en tanto prestación vitalicia.

Como puede verse de lo adocinado por esta corporación se advierte que en tratándose de derechos del beneficiario del trabajador o jubilado, se pueden demandar de manera conjunta o individualmente; y el caso que se le haya reconocido

dichos derechos a los beneficiarios y posteriormente aparezcan nuevos beneficiarios que no han sido parte en el proceso, están obligados a responder los beneficiarios que hubieren recibido con respecto a los derechos que le correspondan a los nuevos beneficiarios.

En el presente caso el apelante alega que los pagos realizados por concepto de salarios y prestaciones sociales a la señora M. X. Z. y al señor O.G. en calidad de beneficiarios del señor R. G. H por parte de la empresa ZZ, fueron pagos indebidos, puesto que frente a esta entidad no se acreditó la calidad de beneficiarios de los mismos, que estos debían ser pagados a la señora P. O. Z. por ser compañera permanente del fallecido, tal como lo afirmaron los testigos R.G. y J.G. en su declaración cuando manifestaron que la señora P. O. Z. convivió por el lapso de tres (3) años con su padre el señor R. G. H. y que dicha relación inicio en el año 2011 y se hizo pública en el año 2014.

Si bien es cierto que la señora P. O. Z. demostró a través de los testigos ser compañera permanente del señor R. G. H., también es lo cierto que la demandada no es responsable del pago de las acreencias laborales frente a la demandante, puesto que estas fueron canceladas como se dijo líneas atrás al trabajador en vida y posterior a su muerte las adeudadas a la señora M. X. Z. y al señor O.G. en calidad de beneficiarios, y como lo señaló la Sala de Casación Laboral en la sentencia citada, los nuevos beneficiarios que aparezcan deben reclamarle sus derechos a los beneficiarios que hayan recibido dichos pagos en este caso los llamados a responder

serían la señora M. X. Z. y el señor Ó.G. quienes recibieron los pagos adeudados del trabajador fallecido.

Por otra parte, la empresa demandada cumplió con el deber de dar aviso público⁹¹ para que las personas que se consideraran beneficiarias y se acercaran para el pago de las acreencias laborales del trabajador fallecido, no habiéndose acercado nadie que acreditara dicha calidad, quedó el empleador exonerado de su obligación tal como lo consagra el artículo 212 del C.S.T:

Comprobada así dicha calidad y hecho el pago a quienes resulten beneficiarios, el {empleador} respectivo se considera exonerado de su obligación, y en caso de que posteriormente aparecieran otros beneficiarios, aquellos que hubieren recibido el valor de la prestación están solidariamente obligados a satisfacer a los nuevos beneficiarios las cuotas que les correspondan.

Por otra parte, el empleador consignó las acreencias laborales adeudadas y no reclamadas a la cuenta de depósito judicial del juzgado laboral del circuito de fundación, por lo que el empleador se encuentra exonerado de toda deuda por concepto de salarios y prestaciones sociales debidas al trabajador fallecido, y a sus beneficiarios. Por último, con respecto a lo alegado por el recurrente sobre la solidaridad del Municipio de El Reten, es bueno indicar que las funciones que realizaba el finado R. G. H. fueron en desarrollo de un vínculo laboral sostenido con ZZ., que es una empresa de servicios varios comunitarios, independiente al municipio del Reten. Y en gracia de discusión al quedar absuelta ZZ que era el responsable directo de las pretensiones de la demanda, también quedaría absuelto de responder el Municipio del Reten Magdalena. Por lo anterior no le asiste razón al demandante, y habrá de confirmarse la decisión de primera instancia. [...].

CARTAS AL EDITOR

EL ESTÁNDAR PROBATORIO MÁS ALLÁ DE LA DUDA RAZONABLE

FRANCISCO JAVIER CAMPO MENDOZA*

En el derecho colombiano, a partir de la incursión en el sistema penal de tendencia acusatoria dispuesto en el Acto legislativo 03 de 2002, y desarrollada por la Ley 906 de 2004, se dispuso que, para que se emitiera una sentencia condenatoria por parte de un funcionario judicial, era menester que éste alcanzara un convencimiento en contra del imputado más allá de toda duda. Así lo establecen sus artículos 7° y 382°. Tal exigencia es conocida en el mundo del derecho como estándar probatorio, y según se tiene noticia, su génesis se encuentra en el derecho anglosajón (Fenoll, 2010).

Ahora bien, no se puede hablar de duda razonable sin abordar, al menos tangencial-

mente, el debido proceso y sus más comunes manifestaciones en el derecho penal, tales como la presunción de inocencia y el *indubio pro reo*. Sobre estos dos conceptos, Rúa y Vélez (2018) trazan distinciones fundamentales:

- La presunción de inocencia está presente a lo largo de todo el proceso. El *in dubio pro reo*, solo en una parte, específicamente cuando aparece una duda que afecte el fondo del proceso. Esta última es un pilar esencial para que no se quite la condición de inocencia al procesado, obrando en su favor.
- La presunción de inocencia está cimentada sobre una condición *objetiva*.
- El *in dubio pro reo* tiene operatividad ante una situación *subjetiva*, la duda.
- La presunción de inocencia exige una actividad probatoria para que se le desvirtúe con seguridad, con certeza. El *in dubio pro reo* es el reconocimiento jurisdiccional de la exis-

* Abogado de la Universidad del Magdalena (Colombia). Especialista en Derecho Comercial y Marítimo y en Derecho Constitucional por la Universidad Sergio Arboleda. Especialista en DDHH y DIH por la Universidad del Magdalena. Estudiante de Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Empleado de carrera de la rama judicial, actualmente Juez Promiscuo Municipal Zapayan-Magdalena. franciscojcmz@gmail.com

tencia de una duda, no despejada, de un conflicto de pruebas de cargo y descargo que no permiten fallar con seguridad.

- La presunción de inocencia es la garantía para considerar a todo procesado como inocente, esto mientras no se aporte un medio de prueba al proceso que produzca la certeza y desvirtúe, anule o elimine, la convicción de culpabilidad. El *in dubio pro reo* se dirige al órgano jurisdiccional como elemento de valoración probatoria, para que en los casos en que aflore la duda, se absuelva al sentenciado.
- La presunción de inocencia opera independientemente, con o sin aporte probatorio amparado al imputado; de ella es titular el sujeto desde el momento de la sindicación. El *in dubio pro reo* es un instituto observable cuando hay aporte de pruebas y debate, además de una consecuente valoración probatoria que no genera certeza.
- Para que opere la presunción de inocencia, no es menester que se profiera sentencia. El *in dubio pro reo* necesariamente debe aplicarse en la sentencia y, además, debe cumplir con un estándar reforzado de motivación.

En el campo del derecho probatorio se ha determinado que la existencia de un estándar de prueba es una forma de minimización del error judicial. De esta forma, se ha construido una sólida doctrina,

entendiendo que el estándar de prueba es una manera de distribución del riesgo, esto es, que a través de él se busca reducir la posibilidad de imponer una condena a quien es inocente del punible que se le atribuye, aunque ello implique que, no en pocas ocasiones, no se castigue a quien ha cometido un delito (Sánchez, 2018; Accatino, 2011; Rúa y Vélez, 2018). Recuérdese aquella afirmación que dice que es preferible absolver culpables que condenar inocentes (Rúa, 2016).

Hay que advertir que el estándar de más allá de la duda razonable no es pacífico, y siempre ha sido blanco de críticas dado que, a pesar de sonar como algo perfectamente elaborado, en la práctica no es fácil su aplicación. Este estándar de prueba es una institución pensada para los juicios con jurados, ya que son éstos los encargados de dar el veredicto de responsabilidad del imputado, debiéndose aclarar que tales jurados están conformados por ciudadanos que no tienen formación jurídica. Por esto, hay quienes no ven en dicho estándar más que: “[...] guías surgidas de la jurisprudencia, a fin de orientar la libre valoración de la prueba. Pero a pesar de su difusión debe destacarse con el máximo respeto que no han aportado mucho al estudio de la valoración de la prueba.” (Fenoll, 2010).

El derecho internacional también ha fijado el conocimiento más allá de duda razonable como un estándar probatorio para proferir sentencias que atribuyan responsabilidad a un acusado. Nótese que la Corte Penal Internacional utiliza

este estándar, el cual está consagrado en el artículo 66 del Estatuto de Roma.

En Colombia, este estándar fue introducido a partir de la Ley 906 de 2004, cuya entrada en vigencia fue gradual, llegándose a su aplicación nacional desde el año 2008. De aquí puede verse cómo la institución de la duda razonable es nueva en el país, teniendo presencia en la vida judicial interna no más de veinte años, lo que lleva a concluir que apenas se está en un proceso de construcción del estándar, pues por más que se quiera, lo reciente de su aparición condiciona su desarrollo y florecimiento, en el entendido de que no ha sido lo suficientemente trasegada por los intervinientes en el proceso penal. Por ejemplo, en la Sentencia SP3168-2017, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia expresó: “La Sala es consciente de los debates suscitados en torno a lo que debe entenderse por duda razonable, y de la consecuente necesidad de desarrollar jurisprudencialmente dicho concepto.” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP3168 del 2017). Ahora bien, al margen de lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, exponemos una aproximación del concepto:

[...] puede predicarse la existencia de duda razonable cuando durante el debate probatorio se verifica la existencia de una hipótesis, verdaderamente plausible, que resulte contraria a la responsabilidad penal del procesado, la atenúe o incida de alguna otra forma que resulte relevante.

En conclusión, el estándar de duda razonable es reciente en nuestro derecho interno, y por lo tanto se encuentra en construcción. La Corte Suprema de Justicia es consciente de ello, y por eso solo muestra aproximaciones que sirven como derrotero para llegar a una consolidación del concepto, lo cual es una tarea que, como se ha visto en otras latitudes, no ha podido ser finiquitada. No obstante, debe tenerse paciencia, pues no se puede olvidar que en los Estados Unidos dicha institución lleva por lo menos 200 años de existencia, y en ella aún perviven críticas sobre su claridad.

De lo expuesto se puede colegir que, si bien el estándar probatorio de más allá de duda razonable no goza de una precisión conceptual (Pinilla, 2016), esto no ha impedido su utilización pese a la complejidad que encierra (en Chile, bajo el artículo 340 de la Ley 19.696 de 2000; en España con el artículo 741.1 LECrim, y en Colombia, como hemos mencionado, con la Ley 906 de 2004). En la mayoría de casos se le tiene como una manifestación del debido proceso y del derecho de defensa. Resulta curioso el hecho de que, a pesar de ser un concepto antiguo y nada pacífico en los lugares donde tuvo origen, se haya logrado introducir en nuestros sistemas jurídicos con tanta facilidad. Parece ser que no solo se importó un estándar de prueba, sino toda una discusión sobre el mismo, una de la que esperamos enriquezca su figura.

Referencias

- Accatino, D. (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 483-511.
- Corte Suprema de Justicia (8 de marzo de 2017). *Sentencia SP3168-2017*. República de Colombia.
- Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Ed. Marcial Pons.
- Pinilla, A. (2016). Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español. *Nuevo foro penal*, 12, 151-192.
- Rúa, M. (2016). *El estándar de prueba en*

el proceso penal "El conocimiento más allá de toda duda razonable". Algunas generalidades desde la legislación y la jurisprudencia colombiana en el derecho probatorio y la decisión judicial. Universidad de Medellín, 73-106.

- Rúa, M. y Vélez, D. (2018). La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile. *Ius et praxis*, 24, 651-692.
- Sánchez, J. (2018). ¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable? *Anuario colombiano de derecho internacional*, 11. Universidad del Rosario.

EL INCIDENTE DE DESACATO DENTRO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

SABAT ARÉVALO*

El incidente de desacato es un trámite accesorio a un proceso principal, el cual se activa cuando no se acata la providencia que profiere una orden de inmediato cumplimiento. El Decreto 2591 de 1991, que reglamentó la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, en su artículo 52, dispuso:

La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción. (Constitución Política de Colombia, Decreto 2591 de 1991).

Este artículo hace referencia al trámite que debe seguirse cuando una persona no

acata la orden de un juez de tutela, siendo un incumplimiento que le puede traer consecuencias penales y pecuniarias. Se trata de un procedimiento especial, diferente a los incidentes de los códigos de procedimientos, según la lectura de la Sentencia C-243/1996 que declaró inexecutable los efectos devolutivos que se le otorgaba a la consulta.

NATURALEZA DEL INCIDENTE

El juez, como director del proceso de tutela y del incidente de desacato, posee atribuciones para hacer cumplir la sentencia de tutela. La Corte Constitucional de Colombia ha sostenido la tesis de que el desacato tiene una naturaleza disciplinaria, así lo hizo en la sentencia C-243 de 1996, y fue reiterada en la Sentencia C-092 de 1997, con la salvedad de que el desacato no tiene naturaleza ni penal ni civil, cuestión sostenida en la Sentencia de Unificación (SU) 034 de 2018. Tales poderes disciplinarios constitucionales, más que imponer una sanción, buscan hacer cumplir la sentencia de tutela. Estos poderes no son

absolutos, sino que tienen límites enmarcados en la primacía de la eficacia de la orden de tutela, el debido proceso y el derecho a la defensa. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-367 de 2014, hace mención al seguimiento de los principios del derecho sancionador, enfatizando el respeto por las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa de quien se ve involucrado en el incidente de desacato.

El Decreto 2591 de 1991, en el artículo 3, menciona algunos principios que deben desarrollarse en el trámite de la acción de tutela, como son la publicidad, la prevalencia del derecho sustancial⁹², la economía, la celeridad y la eficacia. Éstos no deben excluirse del trámite incidental de desacato. Aunado a ello, encontramos los principios de la Constitución Política, presentes en los artículos 1 al 10, de donde resalto los siguientes: prevalencia de la Constitución Política como norma de normas; Estado social de derecho; convivencia pacífica y orden justo. Entre los principios del derecho sancionador (sentencia C-367 de 2014), destacan los siguientes:

1. Dignidad humana: en el trámite de la acción de tutela y en el incidente de desacato, intervienen seres humanos, sujetos de derechos que llevan consigo una dignidad, que constituye un derecho inherente a los mismos, uno que no se puede qui-

tar, arrebatar o pisotear. Bieri explica que: “La humillación es la experiencia de que alguien nos quita la dignidad”, y que “[...] vivimos gran parte de nuestra vida bajo la mirada de los otros” (2017). Esos otros, teniendo una posición dominante del poder, olvidan que la dignidad es de todos, y son capaces de menospreciar y humillar a quienes están mirando. La dignidad humana es un principio que debe tenerse en cuenta en cualquier actuación de la vida, y, especialmente, en incidentes de desacato que conllevan a sanciones de arresto y multa.

2. Legalidad: esto tiene que ver con el orden jurídico de las normas y los procedimientos a seguir en el trámite del incidente de desacato, para lo cual el marco del juez de tutela es la Constitución Política (Rodríguez, 2015, p. 337). El Decreto 2591, en sus artículos 27 y 52, y la jurisprudencia constitucional, han dado pautas a seguir, sobre todo en aquellas sentencias que han marcado el procedimiento en demandas de constitucionalidad. En este sentido, ¿cuál sería el procedimiento ante un incidente de desacato? Lo primero es determinar el juez competente, que en este caso debe ser el juzgado que profirió la sentencia en primera instancia, aún si tuvo segunda instancia. Determinada la competencia del juzgado se debe estudiar, antes de admitir el incidente, si es posible el requerimiento del artículo 27, lo cual sirve para exhortar el cumplimiento de la sentencia, averiguar quién debe cumplirla si tiene superior el responsable, y cuáles son los motivos del incumplimiento; en este trámite es posible que se acredite el cumplimiento de la sentencia y no se tenga que abrir el incidente de desacato.

92 Entendiendo que: “La autoridad debe buscar la justicia material concretada en los hechos y evitar el exceso ritual manifiesto, que desconozca material probatorio importante en la prevalencia de los principios y valores constitucionales que impiden conocer la verdad y abandona la normatividad sustantiva en el pronunciamiento de una decisión justa.” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SU-061 de 2018).

Existe una constante discusión sobre si es obligatorio o no el requerimiento de cumplimiento de sentencia antes de abrir el incidente, en razón de que la Corte Constitucional ha expresado que el trámite del cumplimiento de la sentencia es diferente al del incidente de desacato, pues mientras que aquel es oficioso, éste se hace a petición de parte, además que: “[...] el trámite del cumplimiento del fallo no es un prerrequisito para el desacato.” y por ello “[...] en forma paralela al cumplimiento de la decisión, es posible iniciar el trámite de desacato” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia T-171 del 2009). Para resolver esta inquietud, la Sentencia C-367 de 2014 expresa:

Antes de abrir un incidente de desacato, el juez tiene el deber de evaluar la realidad del incumplimiento y de valorar, de manera autónoma y amplia, si para hacer cumplir el fallo de tutela son suficientes y eficaces las demás atribuciones que le confiere el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 y, en todo caso, debe asumir la responsabilidad de hacer cumplir el fallo, valga decir, de ejercer su competencia mientras esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

El juez debe evaluar si antes de abrir el incidente es posible hacer el requerimiento del cumplimiento, o en sus efectos abrirlo sin el prerrequisito del requerimiento, por lo que uno no debe depender del otro, sino que ambos procedimientos son posibles. Por lo tanto, no es causal de nulidad no hacer el requerimiento antes de abrir el incidente, pero tampoco es exceso de

formalismo hacer el requerimiento antes de abrir el incidente. También hace parte del principio de legalidad el que el incidente deba fallarse en diez días una vez se abra el incidente de desacato. Sin embargo, es posible que antes de este periodo se realicen, excepcionalmente, las siguientes actuaciones:

- Decretar o practicar una prueba para asegurar el derecho de defensa de la persona contra la cual se promueve el incidente de desacato.
- Fundamentar que existe una justificación objetiva y razonable para la demora en su práctica.
- Justificar la demora o la necesidad de la prueba en una providencia judicial. El juez puede exceder el término del artículo 86 de la Constitución Política, pero en todo caso estará obligado a adoptar directamente las medidas necesarias para la práctica de dicha prueba, respetando el derecho de defensa y analizando y valorando esta prueba una vez se haya practicado.
- Resolver el trámite incidental en un término que sea razonable frente a la inmediatez prevista en el referido artículo.

En caso de emitirse la sanción, ésta debe enviarse al superior jerárquico para que, en grado de jurisdicción de consulta, se estudie la sanción de manera íntegra, sin límite, a fin de determinar si es correcta o justa.

3. Presunción de inocencia: en todo incidente de desacato debe imperar la pre-

sunción de inocencia, y corresponde al accionante y al juez demostrar el incumplimiento de la sentencia con responsabilidad subjetiva, es decir, con dolo o culpa. Con la sola responsabilidad objetiva no es posible sancionar al accionado. El silencio del accionado en este trámite no puede tenerse como presunción de veracidad, conforme el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, ya que la presunción de inocencia tiene rango constitucional, en atención al artículo 29 de la Constitución Política: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. (Constitución Política de Colombia, Decreto 2591 de 1991) Al accionado se le debe demostrar con pruebas regulares, oportunamente allegadas y controvertidas al interior del incidente, que el incumplimiento a la sentencia de tutela se debe a una responsabilidad subjetiva.

4. Debido proceso: es la garantía de estar cumpliendo con las formalidades propias del juicio y que se ha dado la oportunidad para la defensa. Es nula la prueba obtenida con vulneración del debido proceso.

En conclusión, la esencia de los principios del derecho sancionador en el trámite

del incidente de desacato brinda respeto a las garantías del debido proceso y al derecho a la defensa, no solo del accionante sino también del accionado, en la cual las partes deben tener iguales oportunidades para conocer las actuaciones a favor o en contra de sus intereses, presentando pruebas y controvirtiendo las que haya en su contra.

Referencias

- Bieri, P. (2017). *La dignidad humana*. Ed. Herder.
- Corte Suprema de Justicia (13 de marzo de 2009). *Sentencia T-171 del 2009*. República de Colombia.
- Corte Suprema de Justicia (11 de junio de 2014). *Sentencia C-367 de 2014*. República de Colombia.
- Corte Suprema de Justicia (7 de junio de 2018). *Sentencia SU-061 del 2018*. República de Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (1991). *Decreto 2591 de 1991*. República de Colombia.
- Rodríguez, L. (2015). *Derecho Administrativo*. Ed. Temis.